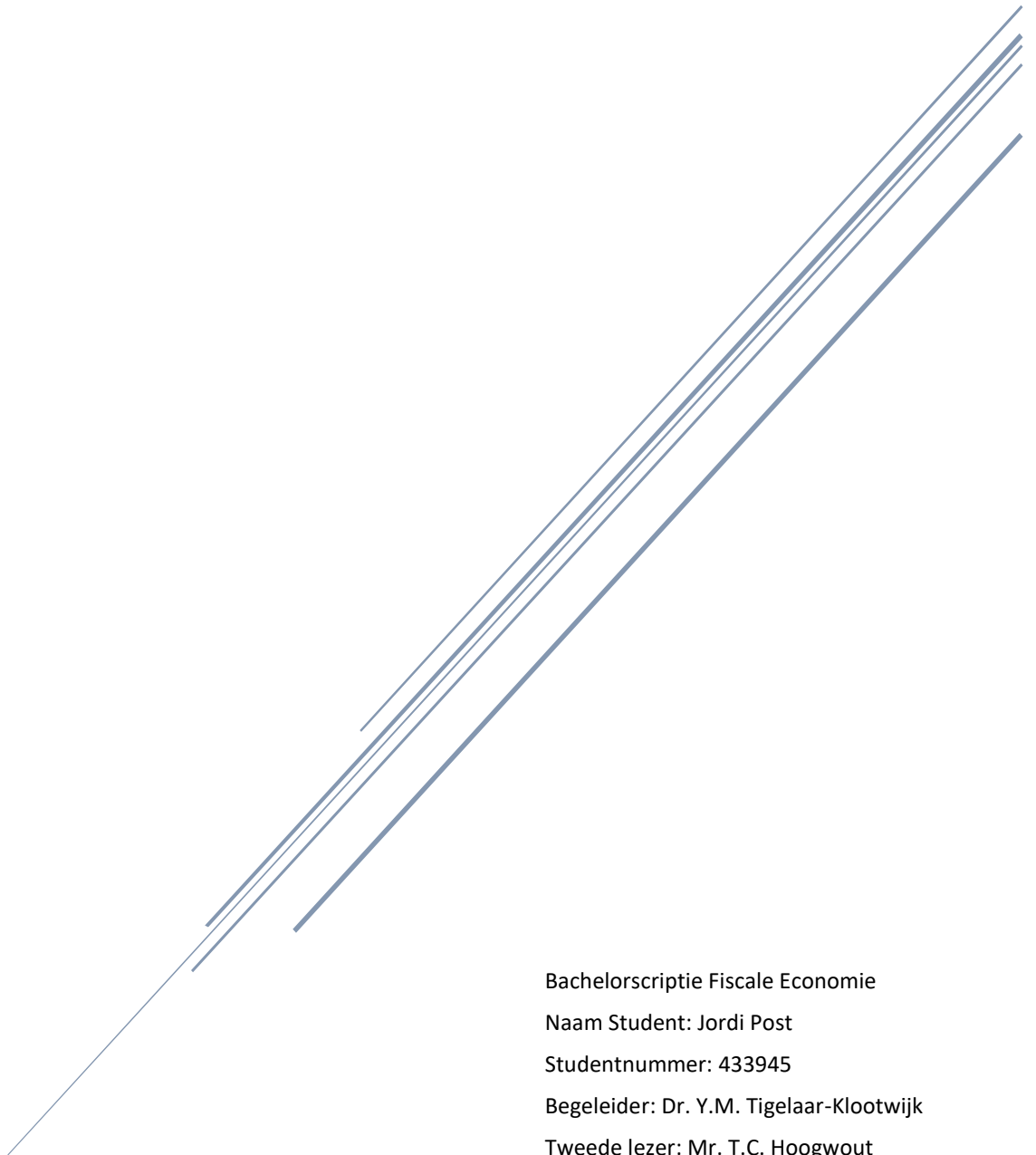


Kwalificatievraagstukken bij toepassing doorschuiffaciliteiten

Wat wordt verstaan onder de begrippen 'materiële onderneming' en 'ondernemingsvermogen' in de aanmerkelijkbelangregeling?



Bachelorscriptie Fiscale Economie

Naam Student: Jordi Post

Studentnummer: 433945

Begeleider: Dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk

Tweede lezer: Mr. T.C. Hoogwout

Datum definitieve versie: 31-08-2018

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	1
Afkortingenlijst	3
Hoofdstuk 1: Inleiding	4
1.1 Aanleiding	4
1.2 Probleemstelling en deelvragen	5
1.3 Afbakening	6
1.4 Methodologie/structuur	6
Hoofdstuk 2: De achtergrond van de doorschuif Faciliteiten in de aanmerkelijkbelangregeling	7
2.1 Inleiding	7
2.2 Historie	7
2.3 Artikel 4.17a Wet IB 2001	8
2.4 Artikel 4.17b Wet IB 2001	9
2.5 Artikel 4.17c Wet IB 2001	9
Hoofdstuk 3: Het begrip ‘materiële onderneming’ bij vastgoedvennootschappen	11
3.1 Inleiding	11
3.2 Het begrip ‘materiële onderneming’	11
3.3 Verhuur van vastgoed	13
3.3.1 Standpunt Belastingdienst over vastgoedverhuur	13
3.3.2 Hoge Raad 17 augustus 1994	14
3.3.3 Hof Den Haag 20 december 2013	14
3.4 Vastgoedontwikkeling	15
3.5 Combinatie vastgoedverhuur en vastgoedontwikkeling	16
3.5.1 Standpunt Belastingdienst over vastgoedverhuur en vastgoedontwikkeling	16
3.5.2 Hof Den Haag 19 juli 2017	16
3.5.3 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014	17
3.5.4 Arrest Hoge Raad 10 maart 2017	18
3.5.5 Arrest Hoge Raad 15 april 2016	19
3.5.6 Hof Den Haag 3 april 2018	19
3.6 Knelpunten en mogelijke oplossingen	20
3.6.1 Knelpunt vastgoedverhuur en meer dan normaal vermogensbeheer	20
3.6.2 Knelpunt vastgoedverhuur en projectontwikkeling	21
3.6.3 Knelpunt rendement	21
3.7 Deelconclusie	22
Hoofdstuk 4: Het begrip ‘ondernemingsvermogen’ bij vastgoedvennootschappen	23
4.1 Inleiding	23

4.2 Het begrip ‘ondernemingsvermogen’ in de literatuur, Praktijkhandreiking en jurisprudentie ..	23
4.2.1 Vermogensetikettering bij onroerende zaken	23
4.2.2 Vermogensetikettering in bedrijfsopvolgingsituaties.....	24
4.2.3 Vermogensetikettering bij vastgoedverhuur en/of projectontwikkeling	24
4.2.4 Vermogensetikettering in bijzondere gevallen	25
4.2.5 Hof Den Haag 19 juli 2017	25
4.2.6 Arrest Hoge Raad 15 april 2016.....	26
4.2.7 Hof Den Haag 3 april 2018.....	26
4.2.8 Arrest Hoge Raad 10 maart 2017	26
4.2.9 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2014.....	27
4.3 Knelpunten en mogelijke oplossingen	27
4.3.1 Knelpunt ondernemingsvermogen bij zowel vastgoedverhuur als vastgoedontwikkeling .	27
4.3.2 Knelpunt verhuur na ontwikkelingsfase.....	28
4.3.3 Knelpunt keuzevermogen	28
4.4 Deelconclusie.....	29
Hoofdstuk 5: Samenvatting/Conclusie	30
Literatuurlijst	33

Afkortingenlijst

- Wet IB: Wet inkomstenbelasting 2001
- SW: Successiewet 1956
- HR: Hoge Raad
- bv: besloten vennootschap
- Rb: Rechtbank
- WOB: Wet openbaarheid bestuur
- VPB: Vennootschapsbelasting

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding

Het is 10 september 2013 en rechtbank Gelderland oordeelt vandaag over de kwestie of de aanslag recht van schenking voor het correcte bedrag is opgelegd.¹ Ter discussie staat in hoeverre de eiseres recht heeft op het gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit vermeld in de Successiewet 1956. Specifieker buigt de rechtbank zich over de kwestie of binnen de besloten vennootschap een materiële onderneming wordt gedreven en in welke mate de waarde van de aandelen als ondernemingsvermogen moet worden beschouwd. Rechtbank Gelderland stelt dat de activiteiten die in de BV plaatsvinden voldoende aannemelijk maken dat een materiële onderneming gedreven wordt. Dit is in overeenstemming met de standpunten die beide partijen innemen en in beginsel is dus de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing. De partijen verschillen echter wel van mening over de kwestie in welke mate de waarde van de aandelen als ondernemingsvermogen moet worden beschouwd. De eiseres stelt dat ze voor de volledige schenking gebruik kan maken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, omdat de gehele waarde van de certificaten van aandelen toe te rekenen is aan de materiële onderneming die gedreven wordt. De rechtbank oordeelt echter dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet in zijn geheel toegepast mag worden, omdat eiseres niet genoeg aannemelijk heeft gemaakt dat de BV met haar voltallige vermogen een materiële onderneming drijft. De eiseres is het hier echter niet mee eens en stelt tegen de uitspraak van de rechtbank Gelderland hoger beroep in.

Het is 12 mei 2015 wanneer het hoger beroep dient bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.² In geschil is de vraag welk deel van het vermogen als ondernemingsvermogen kwalificeert. De belanghebbende stelt dat de BV met haar gehele vermogen een onderneming drijft en dat dus geen sprake is van beleggingsvermogen. Tevens brengt de belanghebbende het argument in, dat er qua arbeid meer wordt geleverd dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. De Inspecteur stelt echter dat 90% van de waarde van de aandelen is aan te merken als beleggingsvermogen. Dit vanwege het feit dat enkel het verhuren van een pand als beleggen wordt beschouwd. Ook stelt de inspecteur dat het behaalde rendement wordt gezien als normaal en dat geen rekening gehouden moet worden met het indirecte rendement. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden stelt dat de arbeid qua aard meer omvat dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. Voorts oordeelt Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat wel rekening gehouden moet worden met het indirecte rendement, hierdoor ligt het behaalde rendement hoger dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden concludeert verder dat de opgelegde aanslag niet correct is en vernietigd moet worden. De belanghebbende krijgt gelijk en mag de bedrijfsopvolgingsfaciliteit volledig toepassen.

Op 15 april 2016 oordeelt de Hoge Raad over deze zaak³. De Hoge Raad gaat hierbij voornamelijk in op de beoordeling van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden over wat beschouwd moet worden als ondernemingsvermogen en in hoeverre sprake is van ondernemingsvermogen in deze zaak. Hierbij stelt de Hoge Raad dat 'het Hof is uitgegaan van een juiste vooropstelling omtrent het begrip ondernemingsvermogen in artikel 35b, lid 3, SW. 's Hofs oordeel dat het concern gelet op de vastgestelde feiten en omstandigheden met zijn gehele vermogen een materiële onderneming drijft, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Het oordeel van het Hof is ook voldoende gemotiveerd.' Het oordeel van de Hoge Raad is in overeenstemming met dat van Hof Arnhem-Leeuwarden, de bedrijfsopvolgingsfaciliteit mag in zijn geheel gebruikt worden.

¹ Rb. Gelderland 10 september 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2775, NTFR 2015/1743.

² Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3505, V-N 2015/34.1.4.

³ HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633, BNB 2016/166.

De uitspraak hierboven is één van de vele uitspraken/arresten die betrekking hebben op de begrippen 'materiële onderneming' en 'ondernemingsvermogen'. Deze begrippen zijn van belang voor de toepassing van de doorschuiffaciliteiten in de Wet inkomstenbelasting 2001 en de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956. Deze faciliteiten kunnen worden toegepast bij de overdracht van ondernemingen. De faciliteiten in de Wet IB 2001 kunnen worden gebruikt om de belastingclaim te verschuiven naar de toekomst. De bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 betreft een (gedeeltelijke) vrijstelling die gebruikt kan worden bij verkrijging van ondernemingsvermogen door vererving of schenking.

Om gebruik te kunnen maken van deze faciliteiten moet sprake zijn van een materiële onderneming. Dit brengt een probleem met zich mee, namelijk de vraag wanneer wel en wanneer geen sprake is van een materiële onderneming. Tevens hebben de faciliteiten alleen betrekking op het gedeelte van het vermogen dat als ondernemingsvermogen wordt beschouwd. Ook dit brengt weer een probleem met zich mee, namelijk de vraag wat wel en wat niet als ondernemingsvermogen wordt geëtiketteerd. Deze twee kwalificatievraagstukken kunnen in sommige gevallen moeilijk beantwoord worden en dus leiden tot problemen.

In deze scriptie zal onderzoek gedaan worden naar deze problemen. Hierbij wordt aandacht gegeven aan de vraag wat wordt verstaan onder een materiële onderneming. Ook wordt ingegaan op de vraag wat wordt verstaan onder ondernemingsvermogen. Tenslotte worden ook nog enkele knelpunten genoemd die ontstaan bij de begrippen 'materiële onderneming' en 'ondernemingsvermogen'. Voor deze knelpunten wordt onderzoek gedaan naar mogelijke oplossingen.

1.2 Probleemstelling en deelvragen

In deze scriptie staan de begrippen 'materiële onderneming' en 'ondernemingsvermogen' centraal. Hierbij is mede van belang of deze begrippen tot problemen leiden en hoe eventuele problemen vervolgens mogelijk opgelost kunnen worden. Aan de hand van onderstaande probleemstelling wordt onderzoek gedaan naar dit probleem:

'In hoeverre leiden de begrippen 'materiële onderneming' en 'ondernemingsvermogen' in het kader van de doorschuiffaciliteiten in de aanmerkelijkbelangregeling van de Wet IB 2001 tot knelpunten en hoe zouden deze knelpunten opgelost kunnen worden?'

Deze probleemstelling wordt behandeld met behulp van 4 deelvragen.

1. Wat wordt verstaan onder het begrip 'materiële onderneming'?
2. Wat zijn mogelijke knelpunten bij het begrip 'materiële onderneming'?
3. Wat kwalificeert als ondernemingsvermogen in het kader van de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001?
4. Wat zijn mogelijke knelpunten bij het begrip 'ondernemingsvermogen'?

1.3 Afbakening

In dit onderzoek worden de begrippen 'materiële onderneming' en 'ondernemingsvermogen' doorgelicht. Dit zijn vereisten om de doorschuiffaciliteiten te kunnen toepassen. De problematiek van de begrippen 'materiële onderneming' en 'ondernemingsvermogen' speelt zich vooral af bij vastgoedvennootschappen. Binnen dit onderzoek is de keuze gemaakt om alleen de doorschuiffaciliteiten te bespreken die van belang zijn voor vastgoedvennootschappen en waar de begrippen 'materiële onderneming' en 'ondernemingsvermogen' een rol spelen. Deze scriptie beperkt zich daarom tot de artikelen 4.17a lid 1,2 en 6 ,artikel 4.17b lid 1, 2 en 3 en artikel 4.17c lid 1,2 en 3 van de Wet IB 2001.

1.4 Methodologie/structuur

In deze scriptie worden aan de hand van een literatuurstudie antwoorden gezocht op de deelvragen. Eerst wordt in hoofdstuk 2 uitleg gegeven over de achtergrond van de doorschuiffaciliteiten in de aanmerkelijkbelangregeling en hoe de doorschuiffaciliteiten van artikel 4.17a, 4.17b en 4.17c van de Wet IB 2001 functioneren. In hoofdstuk 3 worden deelvragen 1 en 2 behandeld. Aandacht wordt gegeven aan het begrip 'materiële onderneming'. Onderzocht wordt wanneer sprake is van een materiële onderneming bij vastgoedvennootschappen. Dit wordt zowel gedaan voor vastgoedvennootschappen die alleen vastgoed verhuren als voor vastgoedvennootschappen die vastgoed ontwikkelen. Ook de combinatie van het verhuren en ontwikkelen van vastgoed wordt nagegaan. Aan de hand van leidende jurisprudentie en vakliteratuur wordt een antwoord gezocht op de vraag wat het begrip 'materiële onderneming' voor deze vastgoedvennootschappen inhoudt. Tevens worden knelpunten besproken die voortkomen uit de jurisprudentie en vakliteratuur en worden mogelijke oplossingen voor de besproken knelpunten gegeven. Tenslotte zal het hoofdstuk eindigen met een conclusie op de 2 deelvragen. Hoofdstuk 4 volgt met de uitwerking van deelvraag 3 en 4. In dit hoofdstuk wordt het begrip 'ondernemingsvermogen' onderzocht. De aanpak van dit hoofdstuk is gelijk aan de aanpak van hoofdstuk 2, daarom wordt hiervoor verwezen naar de eerder geschreven aanpak van hoofdstuk 2. Hoofdstuk 5 is het laatste hoofdstuk van de scriptie. Er wordt eerst een samenvatting gegeven over de belangrijkste bevindingen uit de deelvragen. Tenslotte wordt aan de hand van de opgedane bevindingen een eindantwoord gegeven op de probleemstelling.

Hoofdstuk 2: De achtergrond van de doorschuif Faciliteiten in de aanmerkelijkbelangregeling

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de achtergrond van de doorschuif Faciliteiten in de aanmerkelijkbelangregeling besproken. In paragraaf 2.2 staat de aanloop naar het huidige systeem van de aanmerkelijkbelangregeling centraal. In paragraaf 2.3 wordt vervolgens de werking van artikel 4.17a besproken. Ditzelfde wordt tevens gedaan in paragraaf 2.4 voor artikel 4.17b. Het hoofdstuk sluit af met paragraaf 2.5. In deze paragraaf wordt ingegaan op artikel 4.17c.

2.2 Historie

De Wet IB heeft niet altijd een aanmerkelijkbelangregeling gekend. Dit is te zien in onder andere de Wet IB 1914, deze kende namelijk geen aanmerkelijkbelangregeling. Dit valt te verklaren op basis van het feit dat eindafrekeningswinsten in het algemeen niet belast werden in het toentertijd van toepassing zijnde bronnenfictiestelsel. Een belastingheffing op winsten bij vervreemding van aandelen zou dus ook niet gepast hebben onder de Wet IB 1914.⁴

Het gebrek aan een aanmerkelijkbelangregeling veranderde in 1941, toen werd deze ingevoerd bij het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941. Het ingevoerde systeem was voornamelijk geïnspireerd op het Duitse Einkommensteuergesetz (Duitse variant van de Wet IB). Het systeem kende echter wel een groot hiaat bij overlijden van de aanmerkelijkbelanghouder. Het overlijden van de aanmerkelijkbelanghouder werd namelijk niet beschouwd als een vervreemding, hierdoor kon bij de erflater ook niets belast worden. Voor de erfgenamen gold echter wel dat de waarde in het economische verkeer als verkrijgingsprijs werd gebruikt. Dit betekende dat de waarde van de aandelen, die ontstond tijdens het leven van de erflater, niet belast werd met inkomstenbelasting. Tevens miste in dit systeem een regeling voor schenking van aandelen. Het schenken van aandelen betekende wel dat een vervreemding plaatsvond, echter ontbrak een vervreemdingsprijs. Hierdoor was een heffing bij de schenker onmogelijk. Voor de verkrijger werd weer de waarde in het economische verkeer als verkrijgingsprijs gebruikt. Tenslotte werd in het systeem ook geen rekening gehouden met een verlies uit aanmerkelijk belang.⁵

De eerstvolgende verandering in de aanmerkelijkbelangregeling vond plaats in het wetsvoorstel IB 1958. Dit voorstel veranderde niet veel aan de aanmerkelijkbelangregeling, alleen de gaten bij overlijden en schenking in het systeem werden gedicht. Door deze wijziging konden aandelen niet meer belastingvrij overgaan naar erfgenamen en eventuele bedrijfsopvolgers. Dit was hinderlijk voor belastingplichtigen, echter werd binnen het wetsontwerp hier geen aandacht aan besteed.⁶

In de Wet IB 1964 kreeg de aanmerkelijkbelangregeling een plaats in de artikelen 39 tot en met 41. Artikel 39 had betrekking op de vraag hoe omgegaan moest worden met aandelen en winstbewijzen die krachtens huwelijksvermogensrecht of erfrecht overgegaan zijn. De hoofdregel hierbij was doorschuiven, echter de mogelijkheid bestond om op verzoek af te rekenen. In de Wet IB 1964 was voor schenking van aanmerkelijkbelangaandelen, in tegenstelling tot de IB-ondernemer, nog geen faciliteit getroffen.⁷

⁴ A.C. Rijkers & J.E.A.M. van Dijck 2000, p, 22.

⁵ A.C. Rijkers & J.E.A.M. van Dijck 2000 p, 22-23.

⁶ A.C. Rijkers & J.E.A.M. van Dijck 2000, p, 23.

⁷ Artikel 17 Wet IB 1964.

In het vergaderjaar 1995-1996 werd gedebatteerd over een wetsvoorstel dat als doel had het aanpassen van enkele belastingwetten.⁸ Dit wetsvoorstel had geen invloed op de doorschuifregeling bij overlijden uit de Wet IB 1964, deze bleef in zijn geheel ongewijzigd. Een soortgelijke doorschuifregeling werd voorgesteld voor de overgang krachtens huwelijksvermogensrecht. Indien binnen twee jaren na ontbinden van de huwelijksgemeenschap aandelen werden verdeeld, dan gold in beginsel doorschuiving van de verkrijgingsprijs. Ook hier bestond de mogelijkheid om op verzoek af te rekenen. Dit was echter niet de grootste aanpassing die dit wetsvoorstel had binnen de aanmerkelijkbelangregeling. Als eerste werd een betalingsfaciliteit geïntroduceerd voor het geval dat de aanmerkelijkbelanghouder emigreerde naar het buitenland. In dergelijke gevallen werd het aanmerkelijk belang niet daadwerkelijk vervreemd, waardoor de financiële middelen om aan de belastingclaim te voldoen in bepaalde gevallen kon ontbreken. Om deze reden mocht de betaling, onder het vergoeden van rente, verspreid worden over een periode van tien jaar. De grootste aanpassing was echter een betalingsfaciliteit voor schenking van aanmerkelijkbelangaandelen, waarbij de belastingclaim betaald mocht worden in tien jaarlijkse termijnen. Opgemerkt moet worden dat in de twee hierboven genoemde gevallen sprake is van een betalingsfaciliteit en niet van een doorschuiffaciliteit. In de gevallen van een betalingsfaciliteit moet de IB-claim alsnog in termijnen betaald worden en dus wordt de overdrager met een betalingsverplichting geconfronteerd. Bij een doorschuiffaciliteit zou dit niet het geval zijn, immers de claim kan dan verschoven worden naar de toekomst. Dit wetsvoorstel trad op 1 januari 1997 in werking.

In het jaar 2001 werd een nieuwe wet IB ingevoerd, namelijk de Wet IB 2001. Deze nieuwe Wet IB nam de regelingen over van het hiervoor genoemde wetsvoorstel. De laatste grote aanpassing die gedaan werd trad met ingang van 1 januari 2010 in werking. Artikel 4.17 van de Wet IB 2001 werd toen gewijzigd en opgenomen in de artikelen die nu bekend staan als artikel 4.17, 4.17a en 4.17b van de Wet IB 2001. Ook werd artikel 4.17c geïntroduceerd voor schenking van aanmerkelijkbelangaandelen. Sindsdien zijn er enkel aan het begin van 2011 en 2017 kleine aanpassingen aan de artikelen geweest.^{9 10} Deze wijzigingen zijn echter niet relevant voor dit onderzoek.

2.3 Artikel 4.17a Wet IB 2001

Artikel 4.17a Wet IB 2001 bevat de doorschuiffaciliteit die toegepast kan worden indien een overgang van aanmerkelijkbelangaandelen of winstbewijzen krachtens erfrecht onder algemene titel of onder bijzondere titel plaatsvindt. Aan de toepassing van dit artikel zijn echter wel een paar eisen gesteld. Artikel 4.17a lid 1 onderdeel a stelt dat de vennootschap waarvan de aandelen of winstbewijzen worden geërfd een materiële onderneming moet drijven of een medegerechtigheid als bedoeld in artikel 3.3, eerste lid, onderdeel a van de Wet IB 2001. Wat het begrip 'materiële onderneming' inhoudt wordt later besproken in hoofdstuk 3. Onderdeel b van lid 1 stelt dat de aandelen of winstbewijzen bij de erflater niet tot een aanmerkelijk belang mogen behoren op grond van de meetregeling van artikel 4.10 Wet IB 2001. Dit is gedaan om misbruik te voorkomen.¹¹ Uit onderdeel c van lid 1 vloeit voort dat de verkrijger binnenlands belastingplichtig moet zijn en dat de verkregen aandelen of winstbewijzen niet tot het resultaat uit een werkzaamheid mogen behoren. Tevens mogen de verkregen aandelen of winstbewijzen niet deel uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming. Dit onderdeel is noodzakelijk om de heffing te waarborgen.¹² Overigens geldt voor dit onderdeel nog wel een uitzondering vermeld in artikel 4.17b lid 2 Wet IB 2001. Deze uitzondering wordt besproken in de volgende sub paragraaf. Tenslotte stelt onderdeel d van lid 1 als eis dat bij overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel, deze plaats moet vinden binnen twee jaren na overlijden.

⁸ *Kamerstukken II 1995/1996, 24761, 3, p. 21-25.*

⁹ Artikel I van de wet van 23 december 2010, *Stb.* 2010, 871.

¹⁰ Artikel I van de wet van 21 december 2016, *Stb.* 2016, 549.

¹¹ *Kamerstukken II 2009-2010, 32129, 3, p. 41.*

¹² *Kamerstukken II 2009-2010, 32129, 3, p. 41.*

Wanneer aan de eisen vermeld in het eerste lid wordt voldaan, dan treedt het tweede lid in werking. Het gedeelte van de overdrachtprijs dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen van de vennootschap wordt niet als vervreemding aangemerkt, mits de aandelen en winstbewijzen ook betrekking daarop hebben. In het zesde lid wordt besproken wat verstaan wordt onder ondernemingsvermogen. Het omvat de bezittingen en schulden die toerekenbaar zijn aan de onderneming of medegerechtigheid vermeerderd met het beleggingsvermogen tot ten hoogste 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen. Wat het begrip 'ondernemingsvermogen' inhoudt wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 4.

2.4 Artikel 4.17b Wet IB 2001

In artikel 4.17b Wet IB 2001 is de doorschuiffaciliteit opgenomen voor de verdeling van een nalatenschap binnen twee jaar. Het verschil met artikel 4.17a Wet IB 2001 is dat het hier de verdeling van een nalatenschap betreft. Artikel 4.17a Wet IB 2001 bevat de doorschuiffaciliteit die toegepast kan worden indien een overgang van aanmerkelijkbelangaandelen of winstbewijzen krachtens erfrecht onder algemene titel of onder bijzondere titel plaatsvindt. Artikel 4.17b Wet IB 2001 bevat daarentegen de doorschuiffaciliteit die toegepast kan worden bij een verdeling van een nalatenschap binnen twee jaren na het overlijden van de erflater. Op verzoek van de gezamenlijke belanghebbenden bestaat de mogelijkheid om de verdeling van de nalatenschap niet als vervreemding aan te laten merken.

Om artikel 4.17b Wet IB 2001 toe te kunnen passen moet echter wel voldaan zijn aan twee voorwaarden. Als eerste voorwaarde wordt gesteld dat de verkrijger binnenlands belastingplichtig moet zijn. De reden hiervoor is om de heffing te kunnen waarborgen.¹³ Als tweede voorwaarde wordt gesteld dat de door de verkrijger gekregen aanmerkelijkbelangaandelen niet behoren tot het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming dan wel een werkzaamheid.

Artikel 4.17b lid 2 Wet IB 2001 geeft een uitzondering op de voorwaarde dat de verkrijger binnenlands belastingplichtig moet zijn voor de toepassing van artikel 4.17a Wet IB 2001. Indien de aandelen van een niet in Nederland wonende verkrijger alsnog binnen twee jaren na het overlijden van de erflater als gevolg van een verdeling van de nalatenschap naar een binnenlands belastingplichtige overgaan, dan mag alsnog de doorschuiffaciliteit van artikel 4.17a Wet IB 2001 alsnog gebruikt worden.

2.5 Artikel 4.17c Wet IB 2001

Artikel 4.17c Wet IB 2001 bevat de doorschuiffaciliteit die toegepast kan worden bij schenking van aanmerkelijkbelangaandelen. Voor de toepassing van dit artikel zijn echter wel een paar voorwaarden gesteld. Artikel 4.17c lid 1 onderdeel a stelt dat de vennootschap waarvan de aandelen of winstbewijzen worden geërfd een materiële onderneming moet drijven of als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming winst geniet uit een of meer ondernemingen. Onderdeel b stelt dat de aandelen of winstbewijzen bij de erflater niet tot een aanmerkelijk belang mogen behoren op grond van de meetregel van artikel 4.10 Wet IB 2001. Dit is gedaan om misbruik te voorkomen.¹⁴ Uit onderdeel c stroomt voort dat de verkrijger binnenlands belastingplichtig moet zijn en dat de verkregen aandelen of winstbewijzen niet tot het resultaat uit een werkzaamheid mogen behoren. Deze voorwaarden zijn grotendeels gelijk aan de voorwaarden van artikel 4.17a lid 1 onderdeel a, b en c Wet IB 2001, echter is voor de schenking van aanmerkelijkbelangaandelen wel een aanvullende voorwaarde gesteld. De verkrijger van de aanmerkelijkbelangaandelen moet namelijk reeds gedurende de 36 maanden die voorafgaan aan de vervreemding in dienstbetrekking zijn van de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben.

¹³ *Kamerstukken II 2009-2010, 32129, 3, p. 41.*

¹⁴ *Kamerstukken II 2009-2010, 32129, 3, p. 41.*

Indien wordt voldaan aan alle voorwaarden mag de doorschuiffaciliteit van artikel 4.17c Wet IB 2001 toegepast worden. Het gedeelte van de overdrachtprijs dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen van de vennootschap wordt niet als vervreemding aangemerkt, mits de aandelen en winstbewijzen ook betrekking daarop hebben. Tevens kan het gedeelte dat niet als vervreemding wordt aangemerkt niet groter zijn dan de overdrachtprijs verminderd met de tegenprestatie.

Hoofdstuk 3: Het begrip ‘materiële onderneming’ bij vastgoedvennootschappen

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de deelvragen ‘wat wordt verstaan onder het begrip ‘materieel onderneming?’ en ‘wat zijn mogelijke knelpunten bij het begrip ‘materiële onderneming?’ besproken. Het begrip ‘materiële onderneming’ is van belang voor de toepassing van de doorschuiffaciliteiten van de Wet IB 2001. De achtergrond van deze doorschuiffaciliteiten werd eerder besproken in hoofdstuk 2. Hierbij werd specifiek ingegaan op de artikelen 4.17a tot en met 4.17c van de Wet IB 2001. In dit hoofdstuk wordt dieper ingehaakt op het begrip ‘materiële onderneming’. Onderzocht wordt wat het begrip ‘materiële onderneming’ inhoudt. Dit wordt gedaan voor vastgoedvennootschappen die vastgoed verhuren of vastgoed ontwikkelen hetzij een combinatie van deze twee hebben. Tevens worden de knelpunten die voortkomen uit jurisprudentie en vakliteratuur besproken en worden voor deze knelpunten mogelijke oplossingen gezocht.

3.2 Het begrip ‘materiële onderneming’

De problematiek van het begrip ‘materiële onderneming’ speelt vooral een rol bij vastgoedvennootschappen en bij het vraagstuk of een natuurlijk persoon al dan niet een onderneming drijft in de IB-sfeer. Om de inspecteur te helpen met zaken die betrekking hebben op bedrijfsopvolging bij vastgoedexploitanten is de Belastingdienst gekomen met een Praktijkhandreiking. Deze Praktijkhandreiking heeft als doel om ‘de inspecteur een handzaam overzicht te bieden om de problematiek te kunnen overzien om vervolgens een afgewogen standpunt te kunnen innemen.’¹⁵ In deze paragraaf wordt onderzocht wat het begrip ‘materiële onderneming’ inhoudt voor vastgoedvennootschappen.

Het begrip ‘materiële onderneming’ speelt een grote rol bij de toepassing van de doorschuiffaciliteiten van de Wet IB 2001. Om de doorschuiffaciliteiten toe te kunnen passen moet namelijk sprake zijn van een materiële onderneming, dit wordt ook wel de activiteitentoets genoemd. De meest gangbare definitie van een materiële onderneming die volgt uit jurisprudentie luidt als volgt: een duurzame organisatie die erop gericht is met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen.¹⁶

Het eerste criterium dat voortvloeit uit de definitie is dat sprake moet zijn van een duurzame organisatie. Hierbij geldt dat het duurzaamheidsvereiste zowel betrekking heeft op de organisatie als op de activiteiten. De ondernemingsuitoefening moet gericht zijn op continuïteit.¹⁷ Tevens heeft de duurzaamheidseis alleen betrekking op de onderneming en dus niet op de belastingplichtige.¹⁸ Het gevolg hiervan is dat alle participanten voldoen aan de duurzaamheidseis indien in de firma een duurzame onderneming wordt gedreven, zelfs als een participant individueel niet duurzaam participeert.¹⁹ Bovendien wordt dit criterium gebruikt om een onderscheid te maken tussen resultaat uit overige werkzaamheden en winst uit onderneming.²⁰ Het tweede criterium is de arbeid- en kapitaalvereiste. Hierbij ligt de nadruk op het arbeidsvereiste. Het houden van kapitaal is namelijk niet altijd noodzakelijk.²¹ Als derde criterium geldt dat de duurzame organisatie van arbeid en kapitaal

¹⁵ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p. 1.

¹⁶ M.L.M. van Kempen, In: Cursus belastingrecht IB 3.2.2.A.a, Deventer: Wolters Kluwer.

¹⁷ HR 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299.

¹⁸ HR 12 september 2008, nr. 43 401, BNB 2009/34.

¹⁹ HR 18 maart 1998, nr. 32 958, BNB 1998/230.

²⁰ R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, Deventer: Kluwer 2002, p. 121.

²¹ HR 21 juni 1946, B.8137.

regelmatig deelneemt aan het economische verkeer²². Het vierde criterium luidt dat er een oogmerk is om winst te behalen. De beoordeling hiervan is objectief, de wil van de belangplichtige speelt hierbij geen rol.^{23 24} Indien aan de vier genoemde criteria voldaan wordt dan is er sprake van een 'materiële onderneming'.

Voor vastgoedvennootschappen geldt verder specifiek 'dat de activiteiten slechts als het drijven van een onderneming kunnen worden aangemerkt indien zij naar aard en omvang meer hebben omvat dan gebruikelijk is bij een normaal vermogensbeheer, dat wil zeggen dat zij strekten tot het behalen van een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven ging (de 'plus arbeid'-toets en de 'plus rendement'-toets').²⁵ Een mogelijke verklaring voor deze extra vereiste is dat anders niet het onderscheid gemaakt kan worden tussen vastgoedvennootschappen die zich bezighouden met beleggen en vastgoedvennootschappen die zich bezighouden met ondernemen. In de Praktijkhandreiking²⁶ wordt hierover het volgende gezegd: 'vastgoedbeleggers zullen al snel elementen van deze definitie²⁷ op zich kunnen betrekken, als ze er al niet geheel aan voldoen: (enige) organisatie is nodig; (enig) kapitaal wordt ingezet; (enige vorm van) arbeid zal worden verricht; (enige) risicodragende deelname aan het economische verkeer en het oogmerk om geldoverschotten te behalen is doorgaans een gegeven.' De oorspronkelijke definitie van het begrip 'materiële onderneming' is dus niet genoeg om onderscheid te kunnen maken tussen vastgoedvennootschappen die zich bezighouden met beleggen en vennootschappen die zich bezighouden met ondernemen. Om deze reden is de extra vereiste dat de activiteiten naar aard en omvang meer hebben omvat dan gebruikelijk is bij een normaal vermogensbeheer. Of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer moet beoordeeld worden aan de hand van de actuele omstandigheden. Rozendal²⁸ beschreef het als volgt: 'het begrip 'normaal vermogensbeheer' wordt in wezen gebruikt om een feitelijke situatie die in een concreet geval aan de orde is te vergelijken met een theoretische situatie waarin sprake is van normaal vermogensbeheer. Indien in de feitelijke situatie de grens van wat normaal is wordt overschreden, is geen sprake van beleggen.'

In de literatuur wordt een vergelijkbare manier voorgesteld om ondernemende en beleggende vastgoedvennootschappen uit elkaar te houden. Als oplossing op de kwestie of de vastgoedvennootschap een materiële onderneming drijft wordt gegeven dat een antwoord gezocht moet worden op de vraag 'of sprake is van 1) een duurzame organisatie die erop gericht is 2) meerwaarde te creëren'.²⁹ Berkhout³⁰ zegt over de 'meerwaardetoets' het volgende: 'De 'meerwaardetoets' is gericht op het behalen van voordelen die het normale vermogensrendement overstijgen. Het gaat om méér dan het rendabel maken van eigen arbeidskracht, ervaring, capaciteiten of relaties, waardoor het nettorendement verbetert, zoals met 'normaal' vermogensbeheer het geval is'. In de Praktijkhandreiking wordt deze methode gebruikt om onderscheid te maken tussen ondernemende en beleggende vastgoedvennootschappen. Tevens wordt in de Praktijkhandreiking de definitie aangegeven die de Belastingdienst toepast voor het begrip vastgoedonderneming: 'van een vastgoedonderneming spreken we wanneer een duurzame organisatie gericht is op het creëren van

²² HR 28 september 1983, nr. 21 851, BNB 1984/72.

²³ HR 14 juni 1972, nr. 16 816, BNB 1972/173.

²⁴ HR 3 november 1982, nr. 21 310, BNB 1982/329.

²⁵ Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794, V-N 2018/32.1.4.

²⁶ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 3.

²⁷ Een duurzame organisatie die erop gericht is met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen.

²⁸ Rozendal 'Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting' 2015, NTFR 2015/3.

²⁹ J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/5258, p, 148-149.

³⁰ T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', NTFR 2010/1225.

meerwaarde boven het nettorendement dat wordt verkregen uit het enkele verhuren of beheren van vastgoed'.³¹

Tenslotte is het waard om te vermelden dat de Staatssecretaris van Financiën recentelijk beleid bekend heeft gemaakt met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsregeling.³² Dit werd gedaan naar aanleiding van een WOB-verzoek. Dit beleid heeft betrekking op verschillende onderwerpen. Voorbeelden van onderwerpen zijn of ter beschikking gestelde panden en machines tot de omvang van de objectieve onderneming behoren en of het beleggingsoogmerk van de aanmerkelijkbelanghouder van invloed moet zijn op de toepassing van de faciliteit.

3.3 Verhuur van vastgoed

In deze paragraaf wordt onderzocht wat het begrip 'materiële onderneming' inhoudt voor vastgoedvennootschappen die alleen vastgoed verhuren. Eerst wordt in paragraaf 3.3.1 besproken hoe de Belastingdienst tegen het begrip 'materiële onderneming' aankijkt. In de paragrafen 3.3.2 en 3.3.3 wordt jurisprudentie besproken die betrekking heeft op vastgoedvennootschappen die alleen vastgoed verhuren.

3.3.1 Standpunt Belastingdienst over vastgoedverhuur

In de vorige paragraaf is het begrip 'materiële onderneming' besproken. De besproken definitie hiervan is echter tamelijk abstract waardoor alsnog onduidelijkheid kan ontstaan of sprake is van een materiële onderneming of niet. Mede hierdoor komt de vraag of sprake is van een 'materiële onderneming' vaak ter sprake in jurisprudentie. In deze gevallen staat de belanghebbende altijd tegenover een inspecteur van de Belastingdienst. Om de inspecteur te helpen met zaken die betrekking hebben op bedrijfsopvolging bij vastgoedexploitanten is de Belastingdienst gekomen met de eerder besproken Praktijkhandreiking. Deze Praktijkhandreiking heeft als doel 'de inspecteur een handzaam overzicht te bieden om de problematiek te kunnen overzien om vervolgens een afgewogen standpunt te kunnen innemen'.³³ In principe was de Praktijkhandreiking een intern document, echter is het document openbaar gemaakt naar aanleiding van een WOB verzoek.³⁴

In de Praktijkhandreiking wordt als definitie van een vastgoedonderneming gegeven 'een duurzame organisatie die gericht is op het creëren van meerwaarde boven het nettorendement dat wordt verkregen uit het enkele verhuren of beheren van vastgoed'.³⁵ Uit de voorgaande definitie trekt de Belastingdienst de conclusie dat bij het verhuren van vastgoed nooit sprake kan zijn van een onderneming.³⁶ Uit jurisprudentie volgt dat dit echter niet automatisch betekent dat de inspecteur van de Belastingdienst de stelling inneemt dat bij enkel verhuur van vastgoed geen sprake is van een onderneming. In de Praktijkhandreiking worden verder ook nog enkele omstandigheden beschreven die niet relevant zijn of niet onderscheidend genoeg zijn bij de beoordeling of sprake is van een onderneming in geval van verhuur van vastgoed.³⁷ Hierbij kan gedacht worden aan het aantal personeelsleden, hoe het vastgoed gefinancierd is, de know how van de eigenaar en het personeel, de omvang van de portefeuille en tenslotte hoe klachten behandeld worden. Dit zijn enkele van de in totaal 17 omschreven omstandigheden.

In de volgende sub-paragrafen worden twee zaken besproken die betrekking hebben op het enkel verhuren van vastgoed.

³¹ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 3.

³² Beleid Belastingdienst over bedrijfsopvolgingsregeling van 26 juli 2018, V-N Vandaag 2018/1600.

³³ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 1.

³⁴ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 1.

³⁵ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 3.

³⁶ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 4.

³⁷ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 4-5.

3.3.2 Hoge Raad 17 augustus 1994³⁸

In dit arrest van de Hoge Raad stond centraal een belangplichtige die kamers verhuurde. In totaal verhuurde de belastingplichtige 18 kamers in zowel zijn woning als in een ander pand. Tevens deed de belastingplichtige de onderhoudswerkzaamheden en de schoonmaakwerkzaamheden zelf. Hof Amsterdam stelde dat 'van het drijven van een onderneming is hier geen sprake doch van normaal vermogensbeheer'.

De Hoge Raad was het niet eens met deze stelling van Hof Amsterdam. De Hoge Raad stelde dat: '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 omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit de onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan.' De Hoge Raad vernietigt vandaar ook de uitspraak van het Hof en stelt dat nader onderzoek gedaan moet worden naar de stellingen van de belastingplichtige.

Uit dit arrest komt goed naar voren hoe belangrijk de kwestie al dan niet normaal vermogensbeheer is. In veel zaken die betrekking hebben op het begrip 'materiële onderneming' bij vastgoedvennootschappen komt het uiteindelijk neer op de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Een mogelijke verklaring hiervoor is de onduidelijkheid rond de vraag wanneer er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Dit komt omdat dit vraagstuk beoordeeld moet worden aan de hand van actuele omstandigheden en het onduidelijk is welke omstandigheden hiervoor meespelen en hoe zwaar deze omstandigheden meespelen in de beoordeling of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.³⁹ Dit staat in contrast met de andere eisen die gesteld worden aan het begrip 'materiële onderneming'. Deze eisen moeten ook beoordeeld worden aan de hand van de omstandigheden, maar voor deze eisen is het duidelijker welke omstandigheden meewegen in de beoordeling. In paragraaf 3.6 wordt dieper ingegaan op het knelpunt meer dan normaal vermogensbeheer en worden mogelijke oplossingen gegeven om meer duidelijkheid rond dit thema te creëren.

3.3.3 Hof Den Haag 20 december 2013⁴⁰

Deze uitspraak is 5 jaar geleden geweest in een zaak over de verhuur van vastgoed. In deze zaak stond de belanghebbende tegenover een inspecteur van de Belastingdienst. In 2009 is de vrouw van heer Y overleden en tot de nalatenschap behoorden aanmerkelijkbelangaandelen in vennootschappen. Deze vennootschappen verhuurden huizen en bedrijfspanden. Tevens besteedde de heer Y 25 uur per week aan werkzaamheden aan de verhuur van vastgoed. Dit deed een van de kinderen, heer B, ook voor meer dan 50 uur per week. De belanghebbende stelt in deze zaak dat sprake is van een materiële onderneming en dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit dus toegepast mag worden. Als reden hiervoor geeft de belanghebbende dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. De inspecteur van de Belastingdienst stelt dat geen sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer en dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit dus niet toegepast mag worden. Rechtbank Den Haag oordeelt dat er geen onderneming gedreven wordt bij de vennootschappen voor het gedeelte dat vastgoed verhuurt. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is volgens Rechtbank Den Haag dus ook niet van toepassing.

Hof Den Haag oordeelt anders over deze zaak. Met betrekking tot de kwestie of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer stelt het Hof het volgende: 'Naar het oordeel van het Hof brengt het vorenoverwogene 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

³⁸ HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, BNB 1994/319.

³⁹ P.G.H Albert, *'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed'*, WFR 2016/184.

⁴⁰ Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, V-N 2014/19.17.

is van meer dan normaal actief vermogensbeheer. Het Hof neemt hierbij in aanmerking dat [B] en [Y] 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 op het vermogen wordt behaald dan anders het geval zou zijn.' Het Hof stelt dat de onroerende zaken geëxploiteerd worden met het doel en ook de redelijke verwachting om winst te behalen. Het Hof vindt het beroep dus ook gegrond, de bedrijfsopvolgingsfaciliteit mag toegepast worden. Tevens laat de Staatssecretaris van Financiën weten dat hij zijn pro-forma beroepschrift gaat intrekken.

Uit deze zaak blijkt dat het enkel verhuren van vastgoed alsnog in bepaalde omstandigheden kan leiden tot een materiële onderneming. Het standpunt van de Belastingdienst dat bij enkel verhuur van vastgoed geen sprake is van een onderneming is dus ook niet correct. Het hangt voornamelijk af van de geldende omstandigheden. In paragraaf 3.6 wordt nadrukkelijker ingegaan op het knelpunt of vastgoedvennootschappen die alleen vastgoed verhuren wel of geen materiële onderneming drijven. Tevens worden mogelijke oplossingen gegeven voor dit knelpunt. Opvallend is verder dat de Staatssecretaris van Financiën zijn pro-forma beroepschrift intrekt en dat er dus geen cassatie komt tegen het hofoordeel.

3.4 Vastgoedontwikkeling

In deze paragraaf wordt onderzocht wat het begrip 'materiële onderneming' inhoudt voor vastgoedvennootschappen die alleen vastgoed ontwikkelen.

Onder vastgoedontwikkeling wordt verstaan onderhandelingen met grondeigenaren, het verkrijgen van bouwvergunningen, het maken van een exploitatiebegroting, architectonische werkzaamheden, het regelen van de financiering, de aankoop van grond, bouw en eventueel verkoop.⁴¹ Deze definitie is geschreven in het kader van projectontwikkeling door beleggingsinstellingen. Ontwikkeling van vastgoed wordt niet gezien als een beleggingsactiviteit en daardoor worden ook bijbehorende werkzaamheden niet beschouwd als beleggingshandelingen. Eerder is vermeld dat de Belastingdienst het onderscheid tussen vastgoedvennootschappen die zich bezighouden met beleggen en vastgoedvennootschappen die zich bezighouden met ondernemen maakt aan de hand van de vraag of sprake is van 'een duurzame organisatie die erop gericht is meerwaarde te creëren'.⁴² Tevens is pas sprake van een vastgoedonderneming wanneer 'een duurzame organisatie gericht is op het creëren van meerwaarde boven het nettorendement dat wordt verkregen uit het enkel verhuren of beheren van vastgoed'.⁴³ In het geval van een vastgoedvennootschap die alleen aan vastgoed ontwikkeling doet, kan uitgegaan worden dat sprake is van een duurzame organisatie. Hierbij moet vermeld worden dat in de Praktijkhandreiking de stelling ingenomen wordt dat 'incidenteel een pand bouwen of vernieuwbouwen geen onderneming oplevert. Er is dan immers geen sprake van zelfstandige, duurzame activiteiten, zodat deze activiteiten bij onvoldoende samenhang niet kwalificeren als het drijven van een onderneming'.⁴⁴ De andere eis die gesteld wordt om een vastgoedonderneming te zijn is dat er een meerwaarde moet worden gecreëerd boven het nettorendement. Ook aan deze eis wordt in principe voldaan, immers is een duidelijke relatie zichtbaar tussen de meerarbeid en het gehoopte hogere rendement bij vastgoedontwikkeling. Daarnaast zijn aan projectontwikkeling aanzienlijke risico's verbonden. Deze risico's gaan de risico's die horen bij normaal vermogensbeheer te boven.

Het standpunt van de Belastingdienst is vandaar dat sprake is van een onderneming indien de vastgoedvennootschap alleen aan vastgoedontwikkeling doet omdat vastgoedontwikkeling een

⁴¹ Kamerstukken II 2005/06, 30 689, nr. 3, p.1.

⁴² Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 3.

⁴³ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 3.

⁴⁴ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 5.

duurzame ondernemingsactiviteit is.⁴⁵ In de Praktijkhandreiking worden ook nog enkele bijzondere gevallen beschreven: 'In een reeks van jaren nieuwbouwpanden realiseren, eventueel na sloop van oude gebouwen in een bestaande portefeuille, levert een ondernemingsactiviteit op. Zeker als er sprake is van een projectontwikkelingsorganisatie, die jaar in jaar uit op zoek is naar nieuwe projecten en daarmee aan de slag gaat. Indien ontwikkeld voor eigen vastgoedportefeuille is onderstaande subregel van toepassing:

subregel: nadat de ontwikkeling klaar is en sprake is van duurzame verhuur eindigt de ondernemingsactiviteit.⁴⁶ Dit knelpunt met betrekking tot de verplichte herkwalificatie wordt behandeld in het volgende hoofdstuk.

Het standpunt van de Belastingdienst is in overeenstemming met die gevormd in de jurisprudentie.⁴⁷ Tevens wordt ook in de literatuur de stelling ingenomen dat projectontwikkeling op duurzame basis per definitie kwalificeert als het drijven van een materiële onderneming.⁴⁸ Als onderbouwing van dit standpunt wordt gebruik gemaakt van onder andere kamerstukken uit het vergaderjaar 2005/2006.⁴⁹

3.5 Combinatie vastgoedverhuur en vastgoedontwikkeling

In deze paragraaf wordt onderzocht wat het begrip 'materiële onderneming' inhoudt voor vastgoedvennootschappen die zowel vastgoed verhuren als ontwikkelen. In paragraaf 3.5.1 wordt besproken hoe de Belastingdienst hier tegenaan aankijkt. In paragraaf 3.5.2 en verder wordt jurisprudentie besproken die betrekking heeft op vastgoedvennootschappen die zowel vastgoed ontwikkelen als vastgoed verhuren.

3.5.1 Standpunt Belastingdienst over vastgoedverhuur en vastgoedontwikkeling

In de voorafgaande paragrafen zijn de standpunten van de Belastingdienst over vastgoedverhuur en vastgoedontwikkeling al ter sprake gekomen. Het standpunt van de Belastingdienst bij vastgoedverhuur is dat er geen onderneming is en het standpunt bij vastgoedontwikkeling is dat er wel een onderneming is. Tevens werd als definitie gegeven van een vastgoedonderneming 'een duurzame organisatie gericht op het creëren van meerwaarde boven het nettorendement dat wordt verkregen uit het enkel verhuren of beheren van vastgoed.'⁵⁰ De Belastingdienst neemt niet daadwerkelijk een standpunt in over de kwestie of een vastgoedvennootschap die zowel aan vastgoedverhuur als vastgoedontwikkeling doet een materiële onderneming drijft. Indien de Belastingdienst zich echter houdt aan de hiervoor genoemde definitie dan zou het gevolg moeten zijn dat zij aannemen dat bij vastgoedverhuur en vastgoedontwikkeling sprake is van een (gedeeltelijke) materiële onderneming. Het knelpunt of sprake is van een (gedeeltelijke) materiële onderneming bij een vastgoedvennootschap die zowel vastgoed verhuurt als vastgoed ontwikkelt wordt besproken in paragraaf 3.6. Hierbij worden ook mogelijke oplossingen gegeven voor dit knelpunt.

3.5.2 Hof Den Haag 19 juli 2017⁵¹

In deze zaak houdt A een certificaat van een gewoon aandeel in een BV met de naam D. De activiteiten van de BV en haar directe deelnemingen bestaan uit verhuur van panden (verhuuractiviteiten), projectontwikkeling en afbouw en bouw van panden (bouwactiviteiten) die de BV in eigen beheer houdt. A heeft op 12 juni 2014 een schenking gedaan aan de belanghebbende X. Deze schenking bestaat uit één certificaat. Voor deze schenking is vervolgens een verzoek gevraagd om toepassing van

⁴⁵ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 7.

⁴⁶ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 5.

⁴⁷ Zie hiervoor bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 19 juli 2017, nr. 16/00373, V-N 2017/62.20.

⁴⁸ Zie hiervoor bijvoorbeeld Rozendal, 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', *WFR* 2018/53.

⁴⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 689, nr. 3, p.1.

⁵⁰ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 3.

⁵¹ Hof 's-Gravenhage 19 juli 2017, nr. 16/00373, V-N 2017/62.20.

de bedrijfsopvolgingsregeling van de SW 1956. De inspecteur stelt dat de bedrijfsopvolgingsregeling niet in zijn geheel toegepast mag worden, maar alleen op de vermogensbestanddelen die kunnen worden toegerekend aan de bouwactiviteiten. Rechtbank Den Haag was het eens met deze stelling van de inspecteur.

Deze zaak is vervolgens naar Hof Den Haag gegaan. Hier oordeelt het Hof dat 'D bv met haar gehele vastgoedportefeuille een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid omvat, gericht op duurzame deelname aan het economisch verkeer met het oogmerk rendement te realiseren en dat rendement ook redelijkerwijs is te verwachten.' Tevens merkt het Hof op dat 'het rendabel maken van de vastgoedportefeuille niet alleen geschiedt met de inzet van kapitaal, maar in het bijzonder door de inzet van arbeid, welke naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft om duurzaam rendementen te behalen die hoger zijn dan bij normaal vermogensbeheer.' Het Hof stelt hierbij dat dit rendement ook gehaald wordt in de praktijk. Het Hof trekt de conclusie dat al 'het vorenoverwogene brengt mee dat het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, dat voor elk van de vijf activiteiten categorieën⁵² op zichzelf bezien sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer. Het Hof neemt hierbij in aanmerking dat de heren jarenlange ervaring en expertise hebben ten aanzien van de werkzaamheden ten behoeve van elk van de categorieën van de vastgoedportefeuille. Bovendien stelt het Hof vast dat door hun persoonlijke betrokkenheid bij de huurders een hoger rendement op het vermogen wordt behaald dan anders het geval zou zijn'. De certificaten van de aandelen in D BV vertegenwoordigen allemaal ondernemingsvermogen volgens het Hof. De bedrijfsopvolgingsregeling is volledig van toepassing.

Interessant aan deze zaak is dat gekeken wordt of alle activiteiten op zichzelf een onderneming vormen. Dit is naar mijn mening ook de manier hoe dit gedaan moet worden om te bepalen welke activiteiten meetellen als ondernemingsvermogen. Het begrip 'ondernemingsvermogen' wordt overigens uitgebreider besproken in het volgende hoofdstuk van deze scriptie.

3.5.3 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014⁵³

In deze zaak staat een BV centraal die twintig tot vijftientig onroerende zaken in eigendom heeft. De activiteiten van de BV bestaan grotendeels uit projectontwikkeling en uit het verhuren van onroerend goed. De vader van de belanghebbende is werkzaam als makelaar in de vennootschap. Tevens worden alle aandelen van de BV gehouden door de ouders van de belanghebbende. In 2011 besluit de vader van de belanghebbende één aandeel te schenken aan de belanghebbende. Volgens belanghebbende is er sprake van een onderneming en is de bedrijfsopvolgingsregeling in het kader van de SW van toepassing. De inspecteur is het echter niet met deze stelling eens.

Het oordeel van het Hof luidde dat een hoger rendement werd verwacht dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer en dat de bedrijfsopvolgingsregeling in het kader van de SW als gevolg daarvan toegepast mag worden. Het Hof argumenteerde dat de arbeid van de vader duidelijk als doel had om een hoger rendement te behalen dan een belegger. Daarnaast is voor de realisatie van de vastgoedprojecten gebruik gemaakt van het zakelijk netwerk van de vader. Hierbij kan gedacht worden aan contacten met gemeenten, aannemers en architecten. Tevens is de vader bouwopzichter geweest en betrokken bij de projectontwikkeling. Hieruit werd geconcludeerd dat de aard en omvang van de werkzaamheden van de vader ervoor zorgen dat de arbeid gericht is op het halen van een hoger rendement dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer.

Interessant aan deze zaak was de mogelijke oplossing die gegeven werd voor de kwestie wanneer sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Als mogelijke oplossing werd gegeven een cijfermatige benadering. Bij deze benadering worden behaalde rendementen vergeleken met andere rendementen om te kijken of er hogere rendementen behaald worden dan gebruikelijk is in de sector.

⁵² Onder de 5 activiteiten categorieën vallen de projectontwikkeling, de afbouw en bouw van panden en 3 soorten verhuuractiviteiten.

⁵³ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, V-N 2014/19.18.

Indien de behaalde rendementen hoger zijn dan gebruikelijk kan vervolgens geconcludeerd worden dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Voor zowel de belanghebbende als de Belastingdienst wordt het eenvoudiger om te kijken of aan de voorwaarde van meer dan normaal vermogensbeheer wordt voldaan. Tevens heeft het als voordeel dat omstandigheden minder een rol gaan spelen, waardoor de uitspraken minder subjectief worden in sommige gevallen. Dit kan echter ook als nadeel uitgelegd worden. In sommige gevallen is het mogelijk dat het rendement tegenvalt, maar dat de omstandigheden er wel op wijzen dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. In deze gevallen zou onjuist geconcludeerd kunnen worden dat geen sprake is van een onderneming. Het Hof heeft zich uitgelaten over deze benadering. Het Hof stelde dat deze cijfermatige benadering maar beperkt bruikbaar is voor de toets of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, het gaat erom of meer dan normaal vermogensbeheer wordt verwacht waarbij de behaalde resultaten geen rol spelen. De cijfermatige benadering is dus geen mogelijke oplossing voor de kwestie wanneer sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Een kanttekening hierbij is dat het betrekking heeft op behaalde rendementen en dus niet op te verwachten rendementen. Naar mijn mening kan de cijfermatige benadering namelijk wel gebruikt worden wanneer sprake is van te verwachten rendementen.

3.5.4 Arrest Hoge Raad 10 maart 2017⁵⁴

In deze zaak waren er zes belanghebbenden die ieder 1/6 deel van de aandelen in een BV uit de nalatenschap van erflater verkregen. Het vermogen van de BV bestond op het moment van overlijden van de erflater uit diverse onroerende zaken die door de BV of door de erflater waren aangekocht en afgebouwd of ontwikkeld. De werkzaamheden van de BV bestonden uit het realiseren en ontwikkelen van nieuwe projecten en uit het verhuren van onroerende zaken met de daarbij behorende beheersactiviteiten. In geschil voor het Hof was of de BV een materiële onderneming dreef zodat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toegepast kon worden. Het Hof vond dat geen sprake was van een onderneming en dus dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet toegepast mocht worden.

De Hoge Raad oordeelde anders over deze zaak. De Hoge Raad stelde dat het Hof geoordeeld had dat de ontwikkelingsactiviteiten die de vennootschap uitvoerde niet aangemerkt konden worden als een onderneming. Als reden gaf het Hof hiervoor dat de omvang van de ontwikkelingsactiviteiten ten opzichte van de verhuur te beperkt is om te oordelen dat de vennootschap (gedeeltelijk) een materiële onderneming drijft. Met deze uitleg ging de Hoge Raad niet akkoord, beslissend moest volgens de Hoge Raad zijn of de ontwikkelingsactiviteiten op zichzelf aangemerkt kunnen worden als een materiële onderneming. De relatieve kleine omvang van de ontwikkelingsactiviteiten is hierbij niet relevant. De Hoge Raad stelde dat 'verwijzing moet volgen voor een hernieuwd onderzoek naar de vraag of de ontwikkelingsactiviteiten van de vennootschap kunnen worden aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 35c SW.'

Interessant aan dit arrest is dat de omvang van de activiteiten geen rol speelt in de vraag of sprake is van een materiële onderneming of niet. Het zou dus kunnen dat een vennootschap die maar beperkt aan vastgoedontwikkeling doet en zich voornamelijk bezighoudt met het verhuren van vastgoed alsnog aangeduid kan worden als een (gedeeltelijke) materiële onderneming. Hierdoor kunnen alsnog de doorschuiffaciliteiten toegepast worden voor het gedeelte dat als ondernemingsvermogen wordt beschouwd. Dit wordt uitgebreider besproken in paragraaf 3.6 bij het knelpunt of een vastgoedvennootschap die zowel vastgoed verhuurt als vastgoed ontwikkelt een materiële onderneming drijft. Het begrip 'ondernemingsvermogen' wordt overigens uitgebreid besproken in hoofdstuk 4.

⁵⁴ HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, BNB/ 2017/114.

3.5.5 Arrest Hoge Raad 15 april 2016⁵⁵

Dit arrest is eerder ter sprake gekomen in de introductie van deze scriptie. De essentie van dit arrest was dat belanghebbende 1/100 deel van een certificaat van een aandeel gekregen had in een holding die in het hoofd staat van een groot vastgoedconcern. Het concern bevatte in totaal 350 onroerende zaken, bijna 900 huurcontracten en vertegenwoordigde een geschatte waarde van ruim 700 miljoen euro. Ook waren er 16 werknemers in dienst. Bij de schenking was een beroep gedaan op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Het Hof stelde dat het jaarlijks door het concern behaalde rendement, inclusief indirect rendement van 20% het normaal vermogensbeheer te boven gaat. Ook was de verrichte arbeid naar aard en omvang meer dan gebruikelijk bij normaal vermogensbeheer. Het Hof stelde hierom dat met het gehele vermogen, inclusief de verhuurde panden, een materiële onderneming wordt gedreven. De Hoge Raad stelde dat 'het Hof is uitgegaan van een juiste vooropstelling omtrent het begrip ondernemingsvermogen in artikel 35b lid 3 Successiewet 1956. Het oordeel van het Hof dat het concern met zijn gehele vermogen een materiële onderneming drijft, geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voor het overige feitelijk en voldoende gemotiveerd.'

Opvallend aan dit arrest is dat het gehele concern gezien wordt als een materiële onderneming. Ook de activiteiten die alleen zien op de verhuur van panden worden gezien als een materiële onderneming. Mijn mening over of de activiteiten apart of gezamenlijk gezien moeten worden wordt besproken in paragraaf 3.6. Tevens besluit het Hof dat indirect rendement ook meegenomen moet worden bij het bepalen of het rendement hoger ligt dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. Het knelpunt of indirect rendement ook meegenomen moet worden wordt tevens besproken in paragraaf 3.6.

3.5.6 Hof Den Haag 3 april 2018⁵⁶

In deze zaak was er 1 belanghebbende, de heer X, die een schenking van zijn ouders kreeg. In deze schenking zat onder andere één aandeel in een bv. Via maatschappen neemt de bv deel in de exploitatie van vastgoed, waaronder ook een winkelcentrum. Rechtbank Den Haag oordeelt dat de bv een materiële onderneming drijft. De Rechtbank stelt dat 'de activiteiten niet enkel verricht zijn met het oog op de verkoop en verhuur van het winkelcentrum, maar zijn ook omvangrijker dan bij vermogensbeheer gebruikelijk is en zijn gericht op het behalen van een hoger rendement. Bovendien wordt een groter risico gelopen'. Op deze uitspraak van de Rechtbank is de inspecteur in hoger beroep gaan.

Hof Den Haag oordeelt 'dat zowel wat betreft het verrichten van arbeid – de 'plus arbeid' toets – als het behalen van overrendement – de 'plus rendement'-toets – sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het betreft namelijk een grote vastgoedportefeuille met voortdurende inschakeling door de bv van professionele deskundigen, zoals juristen en makelaars, en onder toezicht van onder meer de vader van X.' Tevens werd een gemiddeld direct rendement van 9.3% per jaar gehaald, hiermee behaalt de bv een gemiddeld overrendement van ongeveer 3%. Het Hof Den Haag oordeelt dus ook dat het beroep van de inspecteur ongegrond is. Opgemerkt moet hierbij worden dat de Staatssecretaris in cassatie is gegaan tegen deze uitspraak van het Hof.

In deze zaak stelt het Hof dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Als een van de redenen werd hiervoor gegeven dat het een grote vastgoedportefeuille betreft. Het knelpunt of de grootte van de vastgoedportefeuille invloed moet hebben op de kwestie of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer wordt besproken in paragraaf 3.6.

⁵⁵ HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633, BNB 2016/166.

⁵⁶ Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794, V-N 2018/32.1.4.

3.6 Knelpunten en mogelijke oplossingen

In deze paragraaf worden knelpunten met bijbehorende mogelijke oplossingen besproken. In paragraaf 3.6.1 staan de knelpunten vastgoedverhuur en meer dan normaal vermogensbeheer centraal. Vervolgens wordt in paragraaf 3.6.2 het knelpunt of sprake is van een materiële onderneming bij een vastgoedvennootschap die zowel vastgoed verhuurt als vastgoed ontwikkelt besproken. In paragraaf 3.6.3 wordt het knelpunt rendement besproken.

3.6.1 Knelpunt vastgoedverhuur en meer dan normaal vermogensbeheer

In paragraaf 3.3 is het standpunt van de Belastingdienst besproken voor vastgoedvennootschappen die alleen vastgoed verhuren. Het standpunt luidde dat geen sprake was van een materiële onderneming. Uit de besproken jurisprudentie bleek echter dat deze stelling van de Belastingdienst niet correct is, indien sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer kan er alsnog sprake zijn van een materiële onderneming. Dit brengt het knelpunt op wat meer dan normaal vermogensbeheer inhoudt. Berkhout en Hoogeveen⁵⁷ omschreven het knelpunt als volgt: 'In de praktijk blijkt de norm 'meer dan normaal vermogensbeheer' als afbakening van ondernemen en beleggen moeilijk te hanteren. In de casuïstische rechtspraak is geen lijn te ontdekken, wat komt doordat een vage norm wordt aangehouden. Aangezien de rechtspraak de feiten en omstandigheden niet volledig en/of gestructureerd weergeeft en evenmin steeds vermeldt welk feit waarom/wel niet van belang is, ontstaat een theorie die die naam eigenlijk niet verdient: niet voorspellend, en niet falsifieerbaar. Dit brengt rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid mee. Het is naar onze mening dan ook noodzakelijk dat de norm een concretere invulling krijgt. Daarnaast zullen de feiten en omstandigheden in concretere situaties op een meer gestructureerde wijze moeten worden weergegeven.' Als mogelijke oplossingen geven Berkhout en Hoogeveen een omstandighedencatalogus. De omstandighedencatalogus 'dient ertoe partijen feiten en omstandigheden gestructureerd in kaart te laten brengen, zowel van de voorliggende casus als vergelijkbare situaties. De rechters kunnen de normen en de catalogus gebruiken om hun uitspraken beter kenbaar te laten zijn: normen en omstandigheden worden aanvaard, bijgesteld, verworpen, aangevuld en nader geconcretiseerd'. Naar mijn mening is de omstandighedencatalogus een goede manier om de onduidelijkheid rond het knelpunt meer dan normaal vermogensbeheer te verduidelijken. Welke omstandigheden meetellen bij de kwestie of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer worden met behulp van de omstandighedencatalogus duidelijker. De kwestie hoe zwaar een omstandigheid meetelt blijft echter nog wel bestaan, dit kan echter mogelijk opgelost worden door rechters die hier invulling aan geven. Overigens wordt in de Praktijkhandreiking ook de omstandighedencatalogus als hulpmiddel gegeven om te beoordelen of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.⁵⁸

Een mogelijke oplossing om het knelpunt inzake vastgoedverhuur op te lossen wordt gegeven door Albert⁵⁹. Albert stelt voor om een extra bepaling aan de artikelen 4.17a Wet IB 2001 en 35c SW 1956 toe te voegen. Deze extra bepaling moet als volgt luiden: 'Voor de toepassing van dit artikel worden onroerende zaken die zijn bestemd om direct of indirect ter beschikking te worden gesteld aan anderen dan met de belastingplichtige verbonden lichamen als bedoeld in artikel 10a, vierde lid, wet VPB 1969 niet als ondernemingsvermogen beschouwd.' Deze bepaling zou betekenen dat alleen vastgoedverhuur niet meer kan leiden tot een ondernemingsactiviteit in de gevallen dat niet wordt verhuurd aan verbonden lichamen. Naar mijn mening is dit daarom niet de ideale oplossing, omdat in bepaalde gevallen van vastgoedverhuur wel degelijk sprake kan zijn van meer dan normaal vermogensbeheer en dus van een ondernemingsactiviteit. Een betere oplossing zou naar mijn mening zijn dat de maatstaf, tussen onderneming en beleggen, door de Hoge Raad beter verduidelijkt wordt.

⁵⁷ T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, *'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten'*, WFR 2015/4.

⁵⁸ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10,

⁵⁹ P.G.H. Albert, *'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed'*, WFR 2016/184.

Dit kan op 2 manieren bereikt worden. Als eerste mogelijkheid kan worden genoemd dat de Hoge Raad op eigen initiatief meer invulling gaat geven aan de maatstaf. Deze invulling kan gegeven worden in een cassatieprocedure die betrekking heeft op het begrip 'materiële onderneming' bij vastgoedverhuur. Een andere mogelijkheid is het zelf stellen van prejudiciële vragen door een rechter aan de Hoge Raad om op deze manier meer duidelijkheid te krijgen over de onderscheidingsmaatstaf tussen de begrippen 'ondernemen' en 'beleggen'.

3.6.2 Knelpunt vastgoedverhuur en projectontwikkeling

In paragraaf 3.5 is langsgekomen wat het standpunt zou moeten zijn van de Belastingdienst bij vastgoedvennootschappen die zowel vastgoed verhuren als vastgoed ontwikkelen. Het standpunt van de Belastingdienst zou moeten zijn dat zij aannemen dat bij vastgoedverhuur en vastgoedontwikkeling sprake is van een (gedeeltelijke) materiële onderneming. Uit het arrest van de Hoge Raad besproken in paragraaf 3.5.4 volgde dat de onderneming in zijn geheel een materiële onderneming dreef, terwijl er ook vastgoedverhuur plaatsvond. Uit het arrest van de Hoge Raad besproken in paragraaf 3.5.3 volgde daarentegen dat elke activiteit apart getoetst moest worden. Het knelpunt of een vastgoedvennootschap die zowel vastgoed verhuurt als aan projectontwikkeling doet een (gedeeltelijke) materiële onderneming drijft speelt dus ook in de jurisprudentie een grote rol.

Naar mijn mening gaat het arrest besproken in paragraaf 3.5.4 het meest de correcte kant op. Indien in de onderneming activiteiten plaatsvinden die aangeduid kunnen worden als ondernemingsactiviteiten mag naar mijn mening de gehele onderneming aangeduid worden als materiële onderneming. Hier zit naar mijn mening echter wel 1 voorwaarde aan. De ondernemingsactiviteiten moeten wel minimaal 5% van de totale activiteiten van de onderneming bevatten. Overigens betekent het niet dat indien aan de voorwaarde is voldaan automatisch volledig gebruik gemaakt kan worden van de artikelen 4.17a tot en met 4.17c Wet IB 2001. De activiteiten die niet gelden als ondernemingsactiviteiten tellen namelijk ook niet mee als ondernemingsvermogen. Dit wordt uitgebreider besproken in hoofdstuk 4.

3.6.3 Knelpunt rendement

Het knelpunt direct of indirect rendement is ter sprake gekomen in de bespreking van het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016 (zie paragraaf 3.5.5). In deze zaak stelde rechtbank Gelderland dat indirect rendement niet meegenomen moest worden bij het bepalen of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Hof Arnhem-Leeuwarden was het niet eens met de stelling van Rechtbank Gelderland en vond dat het indirect rendement meegenomen moest worden. De Hoge Raad stemde in met het besluit van het Hof Arnhem-Leeuwarden.

Onder direct rendement wordt verstaan het rendement dat behaald wordt op basis van de jaarlijkse huurinkomsten. Hier moeten nog wel de exploitatiekosten afgehaald worden. Onder indirect rendement wordt verstaan het behaalde resultaat bij verkoop van het onroerend goed. Hier moeten nog wel de aflossing van de hypothecaire geldlening en de gemaakte verkoopkosten afgetrokken van worden.

Rozendal⁶⁰ schreef het volgende met betrekking tot het rendement: 'Benadrukt moet worden dat het feitelijke behaalde rendement niet ter zake doet, aangezien de Hoge Raad géén eisen stelt aan het daadwerkelijk behaalde rendement. Het gaat om het doel dat men nastreeft en niet om het daadwerkelijk behalen van het doel. Met andere woorden, er geldt een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting. Indien men in een concreet geval het daadwerkelijke behaalde rendement wenst te gebruiken om aan te tonen dat de meerarbeid daadwerkelijk heeft geleid tot een hoger rendement, dan is het voorts van belang dat dit hogere rendement kan worden afgezet tegen het

⁶⁰ Rozendal, *Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?*, WFR 2016/127.

‘beleggersrendement’ dat met de betreffende vastgoedportefeuille behaald zou kunnen worden. Een vergelijking met een algemene vastgoedindex lijkt immers tot een vergelijking van (het rendement op) verschillende grootheden. Voorts is van belang dat het moet gaan om zowel het directe rendement als het indirecte rendement. Volgens de Hoge Raad moet het namelijk gaan om de gerichtheid op het verkrijgen van een waardestijging en een rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht.’

Naar mijn mening mag het behaalde rendement gebruikt worden om aan te tonen of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het kan echter alleen gebruikt worden als indicatie en is niet doorslaggevend in de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Tevens moet naar mening het rendement bestaan uit zowel het directe rendement als het indirecte rendement met de kanttekening hierbij dat het indirecte rendement wel redelijk toewijsbaar moet zijn aan de activiteit en binnen een redelijke termijn behaald moet worden. Tenslotte moet er naar mijn mening gekeken worden naar het netto rendement dat behaald wordt en niet naar het bruto rendement. Het netto rendement geeft immers een eerlijkere weergave van of de activiteit succesvoller is dan het beleggersrendement dat gehaald had kunnen worden met de vastgoedportefeuille. In de praktijk is het namelijk mogelijk dat het bruto rendement relatief hoog ligt terwijl het nettorendement daarentegen tegenvalt. Dit komt doordat bij het netto rendement wel rekening gehouden wordt met de exploitatiekosten.

3.7 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond het begrip ‘materiële onderneming’ centraal. Geconcludeerd kan worden dat onder het begrip ‘materiële onderneming’ wordt verstaan ‘een duurzame organisatie die erop gericht is met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen’. Voor vastgoedvennootschappen geldt tevens nog ‘dat de activiteiten slechts als het drijven van een onderneming kunnen worden aangemerkt indien zij naar aard en omvang meer hebben omvat dan gebruikelijk is bij een normaal vermogensbeheer. De beoordeling of sprake is van een materiële onderneming moet gedaan worden aan de hand van omstandigheden. De mening van de Belastingdienst is dat een vastgoedvennootschap die alleen vastgoed verhuurt geen materiële onderneming drijft. Vastgoedvennootschappen die alleen aan projectontwikkeling doen, drijven wel een materiële onderneming volgens de Belastingdienst. Vastgoedvennootschappen die zowel aan projectontwikkeling als vastgoedverhuur doen zouden volgens de definitie van het begrip vastgoedonderneming van de Belastingdienst ook een (gedeeltelijke) materiële onderneming drijven. Een knelpunt bij het begrip ‘materiële onderneming’ is vastgoedverhuur en wanneer nou precies sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Hiervoor zijn als mogelijke oplossingen gegeven een cijfermatige benadering en de omstandighedencatalogus. Tevens is als mogelijke oplossing gegeven dat het onderscheid tussen beleggen en ondernemen door de Hoge Raad verduidelijkt moet worden. Een derde knelpunt speelt zich af bij vastgoedvennootschappen die zowel vastgoed verhuren als aan projectontwikkeling doen. Naar mijn mening telt de vastgoedvennootschap dan als een gehele materiële onderneming, mits de ondernemingsactiviteiten 5% van de totale activiteiten bevatten. Het vierde knelpunt heeft betrekking op de kwestie welk rendement meegenomen moet worden in de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Naar mijn mening moet zowel het directe behaalde rendement als het indirecte behaalde rendement netto meegenomen worden.

Hoofdstuk 4: Het begrip ‘ondernemingsvermogen’ bij vastgoedvennootschappen

4.1 Inleiding

In het hoofdstuk voorafgaand aan dit hoofdstuk is het begrip ‘materiële onderneming’ besproken. Dit begrip is één van de vereisten voor de toepassing van de doorschuiffaciliteiten van artikel 4.17a tot en met 4.17c van de Wet IB 2001. De doorschuiffaciliteiten van deze artikelen mogen toegepast worden indien aan alle vereisten voldaan zijn, echter alleen voor het gedeelte van de overdrachtsprijs dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen van de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben. Dit wordt ook wel de vermogenstoets genoemd. Dit brengt de kwestie met zich mee wat verstaan wordt onder het begrip ‘ondernemingsvermogen’.

In dit hoofdstuk worden de deelvragen ‘wat kwalificeert als ondernemingsvermogen in het kader van de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001?’ en ‘wat zijn mogelijke knelpunten bij het begrip ‘ondernemingsvermogen?’ besproken. In paragraaf 4.2 wordt het begrip ‘ondernemingsvermogen’ onderzocht aan de hand van literatuur, de Praktijkhandreiking en jurisprudentie. Vervolgens worden in paragraaf 4.3 knelpunten en mogelijke oplossingen op deze knelpunten besproken die betrekkingen hebben op het begrip ‘ondernemingsvermogen’ bij vastgoedvennootschappen.

4.2 Het begrip ‘ondernemingsvermogen’ in de literatuur, Praktijkhandreiking en jurisprudentie

4.2.1 Vermogensetikettering bij onroerende zaken

Bij vermogensetikettering kan onderscheid gemaakt worden tussen drie categorieën, namelijk verplicht privévermogen, keuzevermogen en verplicht ondernemingsvermogen. In principe geldt hierbij dat de belastingplichtige zelf kan kiezen tot welke groep een vermogensbestanddeel behoort.⁶¹ De kanttekening die hierbij geplaatst moet worden is dat de keuze van de belangplichtige wel redelijk moet zijn.⁶² Een vermogensbestanddeel dat alleen privé wordt gebruikt kan dus nooit als ondernemingsvermogen beschouwd worden en vice versa. De wil van de belastingplichtige speelt vandaar eigenlijk alleen een rol bij keuzevermogen. Van Es⁶³ stelt het volgende hierover: ‘In feite kunnen alle vermogensbestanddelen tot het keuzevermogen worden gerekend, tenzij er sprake is van verplicht privé-vermogen of verplicht ondernemingsvermogen. Overigens is de wil van de belastingplichtige alleen bij het keuzevermogen beslissend. Bij het verplichte ondernemingsvermogen en het verplichte privé-vermogen is de wil van de belastingplichtige niet doorslaggevend, omdat die vermogensbestanddelen naar hun aard niet anders dan als ondernemingsvermogen of als privé-vermogen kunnen worden gekwalificeerd. Wel kan de op het moment van aanschaf aanwezige bedoeling van de ondernemer, in de zin van de bestemming die de ondernemer in de toekomst aan het vermogensbestanddeel wenst te geven, bepalend zijn voor de kwalificatie als verplicht ondernemingsvermogen dan wel verplicht privé-vermogen.’⁶⁴

De vermogensetiketteringsregels gaan ook op bij onroerende zaken. Wanneer een onroerende zaak geen rol speelt in de onderneming geldt dat sprake is van verplicht privévermogen, dit geldt tevens ook voor onroerende zaken die gebruikt worden als een belegging.⁶⁵ Tevens geldt dat wanneer een pand alleen voor zakelijke overwegingen gekocht is dat het behoort tot verplicht ondernemingsvermogen.⁶⁶ Lastiger wordt het echter wanneer een onroerende zaak zowel privé als

⁶¹ HR 7 oktober 1953, nr. 11 383, BNB 1953/272.

⁶² HR 20 juni 1962, nr. 14 819, BNB 1962/272.

⁶³ Van Es, *Vermogensetikettering in de inkomstenbelasting*, TFO 2003/113.

⁶⁴ Zie hiervoor bijvoorbeeld HR 2 november 1983, nr. 21 879, BNB 1984/6.

⁶⁵ Rozendal, *Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties*, WFR 2018/53.

⁶⁶ HR 24 februari 1999, nr. 34 316, V-N 2008/8.12.

zakelijk wordt gebruikt. Heithuis, Kavelaars en Schuver⁶⁷ stellen het volgende met betrekking tot dit: 'Het genoemde uitgangspunt kan tot discussie leiden als één pand tegelijkertijd zowel voor privé als voor zakelijke doeleinden wordt gebruikt. Dit wordt 'gesplitst gebruik' genoemd. Ter zake van dit keuzevermogen heeft de ondernemer in beginsel twee mogelijkheden. Allereerst kan hij het pand – conform de regels voor keuzevermogen – volledig tot het ondernemings-, dan wel het privévermogen rekenen. Dit keuzerecht bestaat echter niet indien één der delen te overheersend is.⁶⁸ In dat kader besliste Hof Arnhem dat een pand in haar geheel tot het ondernemingsvermogen mag worden gerekend indien het pand ten tijde van de aankoop bestemd was om voor meer dan 10% van de inhoud ten behoeve van de onderneming te worden gebruikt. De tweede mogelijkheid is dat het vermogensbestanddeel overeenkomstig het gebruik wordt gesplitst in een ondernemingsgedeelte en een privégedeelte.' Deze opties kunnen echter niet gebruikt worden wanneer de onroerende zaak bouwkundig splitsbaar is. Vermogensetikettering moet dan apart gedaan worden voor elk deel.

4.2.2 Vermogensetikettering in bedrijfsopvolgingssituaties

In een artikel van de Beer⁶⁹ is besproken hoe de vermogensetiketteringsregels toegepast moeten worden volgens de fiscale wetgever in bedrijfsopvolgingssituaties: 'Voor de verkrijging van een IB-onderneming telt keuzevermogen alleen mee als het ondernemingsvermogen is geëtiketteerd.⁷⁰ Voor de verkrijging van aanmerkelijkbelang aandelen kwalificeren naar IB-maatstaven als keuzevermogen te bestempelen vermogensbestanddelen van de vennootschap altijd als ondernemingsvermogen. Ter rechtvaardiging voor dit onderscheid is aangevoerd dat de vennootschap geen keuzevermogen kan hebben en die keuze dus ook niet kan maken.⁷¹ Dat keuzevermogen meetelt bij toepassing van de faciliteit hoeft overigens niet zonder meer voordelig te zijn. Keuzevermogen kan ook een negatieve waarde vertegenwoordigen. Feit blijft dat zich hier een spanning voordoet met de rechtsvormneutraliteit. Consistenter is het als keuzevermogen ook voor de IB-ondernemer ondernemingsvermogen is, ongeacht de uitgebrachte keuze in de inkomstenbelasting. Voor zover keuzevermogen een ondernemingsfunctie vervult, is er ook geen reden om het buiten de faciliteit te houden.' Dit knelpunt wordt uitgebreid besproken in paragraaf 4.3

4.2.3 Vermogensetikettering bij vastgoedverhuur en/of projectontwikkeling

In het voorgaande hoofdstuk is besproken dat bij vastgoedvennootschappen die alleen vastgoed verhuren in principe geen sprake is van een onderneming. Dit is ook het standpunt dat de Belastingdienst inneemt in de Praktijkhandreiking zoals besproken in paragraaf 3.3.1 Indien dit standpunt zou kloppen betekent het dat aan de activiteitentoets niet voldaan wordt en dat dus aan de vermogenstoets niet toegekomen wordt. Het is echter gebleken dat het wel degelijk mogelijk is om een onderneming te drijven wanneer alleen vastgoed verhuurd wordt.⁷² In deze gevallen wordt dus wel aan de vermogenstoets toegekomen. In het voorgaande hoofdstuk is ook besproken of sprake is van een onderneming bij vastgoedvennootschappen die alleen aan projectontwikkeling doen. Hierbij werd gesteld dat vastgoedontwikkeling een duurzame ondernemingsactiviteit is en dat daarom sprake is van een onderneming. Dit was tevens ook het standpunt van de Belastingdienst. In het geval van alleen projectontwikkeling wordt dus voldaan aan de activiteitentoets en geldt bij de vermogenstoets dat het gehele vermogen wordt beschouwd als ondernemingsvermogen.

Het meest interessant is de situatie waarbij vastgoedvennootschappen zowel aan projectontwikkeling als aan vastgoed verhuur doen. In hoofdstuk 3 is gesteld dat dan sprake is van een (gedeeltelijke) materiële onderneming. Dit brengt echter een knelpunt met zich mee, namelijk of de vermogensbestanddelen die worden gebruikt voor de vastgoedverhuur ook automatisch moeten

⁶⁷ Heithuis, Kavelaars, Schuver, 2016, p, 111.

⁶⁸ HR 30 oktober 2016, nr. 31 450, BNB 1996/410

⁶⁹ De Beer, *Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten*, WFR 2015/1319.

⁷⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p, 96.

⁷¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3 p, 43.

⁷² Zie hiervoor bijvoorbeeld de jurisprudentie besproken in paragraaf 2.4.2.

worden beschouwd als ondernemingsvermogen of juist als beleggingsvermogen. Dit knelpunt wordt uitgebreider besproken in paragraaf 4.3.

4.2.4 Vermogensetikettering in bijzondere gevallen

Wanneer een projectontwikkelaar een pand ontwikkelt geldt in de ontwikkelingsfase dat het pand bestempeld wordt als ondernemingsvermogen. Indien het pand na de ontwikkelingsfase de bestemming krijgt om verkocht te worden blijft het ook gelden als ondernemingsvermogen. Een knelpunt is echter wat gedaan moet worden als het pand na de ontwikkelingsfase verhuurd gaat worden. Het verhuren van een onroerende zaak is namelijk in principe geen ondernemingsactiviteit en dus is ook geen sprake meer van ondernemingsvermogen. Dit knelpunt wordt uitgebreider besproken in paragraaf 4.3.⁷³

In de Praktijkhandreiking⁷⁴ wordt tevens nog een situatie beschreven wanneer verhuur van vastgoed niet aangeduid wordt als beleggingsvermogen maar als buffervermogen. In deze gevallen kan het beleggingsvermogen dus alsnog aangeduid worden als ondernemingsvermogen. Dit kan echter alleen wanneer het beleggingsvermogen de functie heeft om het bedrijf te verstevigen.⁷⁵ In de praktijk moet er wel een concreet investeringsplan zijn om het buffervermogen te rechtvaardigen.

In het vervolg van deze paragraaf wordt het begrip ‘ondernemingsvermogen’ onderzocht aan de hand van jurisprudentie. Dit wordt alleen gedaan voor vastgoedvennootschappen die zowel aan projectontwikkeling doen als aan het verhuren van vastgoed. De reden hiervoor is dat de vermogenstoets geen grote rol speelt bij vastgoedvennootschappen die maar één van deze activiteiten uitvoeren. Indien de activiteitentoeets met succes is doorlopen betekent dit namelijk dat automatisch ook volledig aan de vermogenstoets voldaan is vanwege het feit dat er maar één ondernemingsactiviteit is. De zaken die besproken worden zijn de zaken die ook besproken zijn in paragraaf 3.5.

4.2.5 Hof Den Haag 19 juli 2017⁷⁶

Deze uitspraak is eerder ter sprake gekomen in paragraaf 3.5. Voor een meer inhoudelijke bespreking van deze uitspraak wordt daarom verwezen naar paragraaf 3.5.

In dit arrest stelde het Hof dat ‘D bv met haar gehele vastgoedportefeuille een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid omvat, gericht op duurzame deelname aan het economisch verkeer met het oogmerk rendement te realiseren en dat rendement ook redelijkerwijs is te verwachten.’ Tevens merkt het Hof op dat ‘het rendabel maken van de vastgoedportefeuille niet alleen geschiedt met de inzet van kapitaal, maar in het bijzonder door de inzet van arbeid, welke naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft om duurzaam rendementen te behalen die hoger zijn dan bij normaal vermogensbeheer.’ Het Hof stelt hierbij dat dit rendement ook gehaald wordt in de praktijk. Het Hof trekt de conclusie dat al ‘het vorenoverwogene brengt mee dat het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, dat voor elk van de vijf activiteitscategorieën⁷⁷ op zichzelf bezien sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer.

Interessant aan deze zaak is dat gekeken wordt of alle activiteiten op zichzelf een onderneming vormen. Dit is naar mijn mening ook de manier hoe dit gedaan moet worden om te bepalen welke activiteiten meetellen als ondernemingsvermogen. Dit komt uitgebreider aan de orde in paragraaf 4.3.

⁷³ Rozendal, ‘*Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties*’, *WFR* 2018/53.

⁷⁴ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10, p, 9-10.

⁷⁵ Zie hiervoor bijvoorbeeld HR 23 december 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0548, BNB 1960/25.

⁷⁶ Hof 's-Gravenhage 19 juli 2017, nr. 16/00373, V-N 2017/62.20.

⁷⁷ Onder de 5 activiteitscategorieën vallen de projectontwikkeling, de afbouw en bouw van panden en 3 soorten verhuuractiviteiten.

4.2.6 Arrest Hoge Raad 15 april 2016⁷⁸

Dit arrest is eerder ter sprake gekomen in zowel de introductie als in paragraaf 3.5. Voor een meer inhoudelijke bespreking van dit arrest wordt daarom verwezen naar paragraaf 3.5.

Het Hof stelde in het arrest dat het 'jaarlijks door het concern behaalde rendement van 20% het normaal vermogensbeheer te boven gaat'. Ook was de verrichte arbeid naar aard en omvang meer dan gebruikelijk bij normaal vermogensbeheer. Het Hof stelde hierom dat met het gehele vermogen, inclusief de verhuurde panden, een materiële onderneming wordt gedreven.' De Hoge Raad stelde hierop dat 'het Hof is uitgegaan van een juiste vooropstelling omtrent het begrip ondernemingsvermogen in artikel 36 lid 3 Successiewet 1956. Het oordeel van het Hof dat het concern met zijn gehele vermogen een materiële onderneming drijft, geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voor het overige feitelijk en voldoende gemotiveerd.

Opvallend in dit arrest is dat gekeken wordt naar het concern in het geheel en niet naar elke activiteit apart. Hierop wordt uitgebreider ingegaan in paragraaf 4.3.

4.2.7 Hof Den Haag 3 april 2018⁷⁹

Deze uitspraak is eerder ter sprake gekomen in paragraaf 3.5. Voor een meer inhoudelijke bespreking van deze uitspraak wordt daarom verwezen naar paragraaf 3.5.

Het Hof Den Haag oordeelde in deze zaak 'dat zowel wat betreft het verrichten van arbeid – de 'plus arbeid' toets – als het behalen van overrendement – de 'plus rendement'-toets – sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het betreft namelijk een grote vastgoedportefeuille met voortdurende inschakeling door de bv van professionele deskundigen, zoals juristen en makelaars, en onder toezicht van onder meer de vader van X.' Tevens werd een gemiddeld direct rendement van 9.3% per jaar gehaald, hiermee behaalt de bv een gemiddeld overrendement van ongeveer 3%. Het Hof Den Haag oordeelde dat het beroep van de inspecteur ongegrond is. Er was sprake van een gehele materiële onderneming.

Ook in deze uitspraak van het Hof werd de onderneming als geheel gezien als een materiële onderneming waardoor ook automatisch het gehele vermogen gold als ondernemingsvermogen. Naar mijn mening is dit niet correct. Een uitgebreidere bespreking van dit knelpunt volgt in paragraaf 4.3.

4.2.8 Arrest Hoge Raad 10 maart 2017⁸⁰

Dit arrest is eerder ter sprake gekomen in paragraaf 3.5. Voor een meer inhoudelijke bespreking van dit arrest wordt daarom verwezen naar paragraaf 3.5.

In dit arrest oordeelde het Hof dat geen sprake was van een onderneming en dus dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet toegepast mocht worden. De Hoge Raad stelde dat het Hof geoordeeld had dat de ontwikkelingsactiviteiten die de vennootschap uitvoerde niet aangemerkt konden worden als een onderneming. Als reden gaf het Hof hiervoor dat de omvang van de ontwikkelingsactiviteiten ten opzichte van de verhuur te beperkt is om te oordelen dat de vennootschap (gedeeltelijk) een materiële onderneming drijft. Met deze uitleg ging de Hoge Raad niet akkoord, beslissend moest volgens de Hoge Raad zijn of de ontwikkelingsactiviteiten op zichzelf aangemerkt kunnen worden als een materiële onderneming. De relatieve kleine omvang van de ontwikkelingsactiviteiten is hierbij niet relevant.

⁷⁸ HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633, BNB 2016/166

⁷⁹ Hof Den Haag 3 april, ECLI:NL:GHDHA:2018:794, V-N 2018/32.1.4.

⁸⁰ HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, BNB/ 2017/114.

Eerder in paragraaf 3.6 is mijn mening gegeven over deze kwestie. Indien een activiteit aangeduid wordt als ondernemingsactiviteit en alle ondernemingsactiviteiten bij elkaar minimaal 5% van alle activiteiten bevatten dan is naar mijn mening sprake van een gehele materiële onderneming. De omvang van de ontwikkelingsactiviteiten speelt dus wel degelijk een rol. Hoe naar mijn mening omgegaan moet worden met het ondernemingsvermogen wordt besproken in paragraaf 4.3.

4.2.9 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2014⁸¹

Deze uitspraak is eerder ter sprake gekomen in paragraaf 3.5. Voor een meer inhoudelijke bespreking van deze uitspraak wordt daarom verwezen naar paragraaf 3.5.

Het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden luidde dat een hoger rendement werd verwacht dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer en dat de bedrijfsopvolgingsregeling in het kader van de SW als gevolg daarvan toegepast mag worden. Het Hof argumenteerde dat de arbeid van de vader duidelijk als doel had om een hoger rendement te behalen dan een belegger. Daarnaast is voor de realisatie van de vastgoedprojecten gebruik gemaakt van het zakelijk netwerk van de vader. Hierbij kan gedacht worden aan contacten met gemeenten, aannemers en architecten. Tevens is de vader bouwopzichter geweest en betrokken bij de projectontwikkeling. Hieruit werd geconcludeerd dat de aard en omvang van de werkzaamheden van de vader ervoor zorgen dat de arbeid gericht is op het halen van een hoger rendement dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. Er is sprake van een materiële onderneming.

In deze zaak werd geconcludeerd dat sprake was van een materiële onderneming. Naar mijn mening is dit correct omdat de ondernemingsactiviteiten, de projectontwikkeling, het grootste deel van de activiteiten van de onderneming waren. Hoe vervolgens moet worden omgegaan met het ondernemingsvermogen wordt besproken in paragraaf 4.3.

4.3 Knelpunten en mogelijke oplossingen

In deze paragraaf worden knelpunten met bijbehorende mogelijke oplossingen besproken. In paragraaf 4.3.1 staat het knelpunt ondernemingsvermogen bij vastgoedvennootschappen die zowel aan projectontwikkeling als vastgoedverhuur doen centraal. Vervolgens wordt in paragraaf 4.3.2 het knelpunt verhuur na de ontwikkelingsfase besproken. In de laatste sub-paragraaf wordt het knelpunt met betrekking tot keuzevermogen besproken.

4.3.1 Knelpunt ondernemingsvermogen bij zowel vastgoedverhuur als vastgoedontwikkeling

In paragraaf 3.6.3 is besproken hoe naar mijn mening omgegaan moet worden met het begrip 'materiële onderneming' bij vastgoedvennootschappen die zowel vastgoed verhuren als aan projectontwikkeling doen. Indien in de onderneming activiteiten plaatsvinden die aangeduid kunnen worden als ondernemingsactiviteiten kan de gehele onderneming aangeduid worden als materiële onderneming, mits de ondernemingsactiviteiten 5% van de totale activiteiten van de onderneming bevatten. Indien niet aan die eis voldaan wordt, is er sprake van een gedeeltelijke materiële onderneming.

Rozendal schreef met betrekking tot dit knelpunt het volgende: 'naar mijn mening heeft als uitgangspunt te gelden dat de projectontwikkelingsactiviteiten en verhuuractiviteiten separaat beoordeeld moeten worden. De wijze waarop deze activiteiten zich qua omvang tot elkaar verhouden doet dan niet ter zake. Indien eenmaal vaststaat dat projectontwikkelingsactiviteiten kwalificeren als het drijven van een onderneming, kan het feit dat de omvang van het beleggingsvermogen verhoudingsgewijs zeer groot is ten opzichte van de omvang van de projectontwikkelingsactiviteiten dus niet leiden tot de afwezigheid van een onderneming.'⁸² Dit brengt echter ook mee dat verhuurde

⁸¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, V-N 2014/19.18.

⁸² HR 3 maart 2017, nr. 16/04190, BNB 2017/114.

onroerende zaken niet automatisch geëtiketteerd kunnen worden als ondernemingsvermogen, louter vanwege het feit dat men zich naast de verhuur ook bezighoudt met projectontwikkeling. Etikettering van verhuurde onroerende zaken als ondernemingsvermogen is alleen aan de orde indien de verhuur op zichzelf beschouwd kwalificeert als het drijven van een onderneming.⁸³

Naar mijn mening is dit de correcte wijze om het ondernemingsvermogen vast te stellen, omdat de faciliteiten zien op de overgang van ondernemingen. Vermogen dat niet toebehoort aan een ondernemingsactiviteit hoort dus ook niet meegenomen te worden als ondernemingsvermogen. Naar mijn inzien moet dus als volgt omgegaan worden met het begrip 'ondernemingsvermogen' bij vastgoedvennootschappen die zowel aan vastgoedverhuur als aan projectontwikkeling doen: Indien sprake is van een materiële onderneming en er dus wordt voldaan aan de activiteitentoets, geldt voor de toepassing van de vermogenstoets dat alleen de activiteiten die gelden als ondernemingsactiviteiten moeten meetellen als ondernemingsvermogen.

4.3.2 Knelpunt verhuur na ontwikkelingsfase

Eerder is besproken dat een pand dat zich in de ontwikkelingsfase bevindt, bestempeld wordt als ondernemingsvermogen. Wanneer het vervolgens verkocht gaat worden blijft het gelden als ondernemingsvermogen. Mijns inziens is het correct om in deze fases het pand te bestempelen als ondernemingsvermogen, omdat deze activiteiten vallen onder de definitie van vastgoedontwikkeling. Ingewikkelder wordt het wanneer het pand na de ontwikkelingsfase verhuurd gaat worden, omdat vastgoedverhuur in principe geen ondernemingsactiviteit is.

De mening van Rozendal⁸⁴ over dit knelpunt luidt als volgt: 'Op basis van de vermogensetiketteringsregels behoort een onroerende zaak die wordt ontwikkeld door een projectontwikkelaar per definitie tot het ondernemingsvermogen. Indien de onroerende zaak vervolgens wordt bestemd voor de verhuur, is sprake van een situatie waarin het gebruik ten behoeve van de (projectontwikkelings) onderneming wordt beëindigd. Mits geen sprake is van een staking en de projectontwikkelaar zijn ondernemingsactiviteiten continueert, staat het de ondernemer gelet op de hiervoor geciteerde rechtsregel⁸⁵ vrij om deze onroerende zaak ook in volgende jaren tot zijn ondernemingsvermogen te rekenen. Het pand wordt dan keuzevermogen en blijft voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten dus als ondernemingsvermogen kwalificeren.'

In dit stuk beroept Rozendal zich op een geschreven rechtsregel die stelt dat het pand na verhuur alsnog tot ondernemingsvermogen mag worden gerekend. Mijns inziens is deze rechtsregel niet juist. Naar mijn mening moet gekeken worden of de verhuur op zichzelf een ondernemingsactiviteit is. Indien de verhuur op zichzelf beschouwd wordt als een ondernemingsactiviteit dan geldt dat het ook als ondernemingsvermogen moet worden beschouwd. Echter wanneer het niet op zichzelf een ondernemingsactiviteit is, moet naar mijn mening verplichte heretikettering plaatsvinden. Het pand moet dan worden geduid als beleggingsvermogen.

4.3.3 Knelpunt keuzevermogen

Eerder is besproken dat bij de verkrijging van een IB-onderneming geldt dat het ondernemingsvermogen bestaat uit het verplichte ondernemingsvermogen en het keuzevermogen dat geëtiketteerd is als ondernemingsvermogen. Voor de toepassing van de faciliteiten in een vennootschap geldt echter dat het ondernemingsvermogen bestaat uit het verplichte

⁸³ Rozendal, 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', *WFR* 2018/53.

⁸⁴ Rozendal, 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', *WFR* 2018/53.

⁸⁵ "Indien een ondernemer het gebruik ten behoeve van de onderneming van een tot zijn ondernemingsvermogen behorend gebouw beëindigt, en het gebouw geheel of nagenoeg geheel bestemd tot verhuur, staat het hem vrij dit gebouw ook in volgende jaren tot zijn ondernemingsvermogen te rekenen."

ondernemingsvermogen en het gehele keuzevermogen. De Beer⁸⁶ stelde hierover het volgende: 'Consistenter is het als keuzevermogen ook voor de ondernemer ondernemingsvermogen is, ongeacht de keus uitgebracht in de inkomstenbelasting. Voor zover keuzevermogen een ondernemingsfunctie vervult, is er ook geen reden om het buiten de faciliteit te houden.'

Naar mijn mening heeft De Beer hier gelijk. Keuzevermogen heeft altijd wel een soort van affiniteit met de onderneming/het bedrijf in kwestie, immers zou het anders aangeduid worden als verplicht privé-vermogen. Deze waarde moet dus naar mijns inziens ook meegenomen worden bij de verkrijging van een vennootschap/onderneming omdat de waarde van het ondernemingsvermogen anders lager is dan het eigenlijk hoort te zijn.

4.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond het begrip 'ondernemingsvermogen' centraal. In bedrijfsopvolgingsituaties geldt dat onder ondernemingsvermogen zowel verplicht ondernemingsvermogen als keuzevermogen valt. Een knelpunt bij het begrip 'ondernemingsvermogen' is de kwestie of het gedeelte van de vermogensbestanddelen die worden toegerekend aan vastgoedverhuur ook automatisch beschouwd moeten worden als ondernemingsvermogen of juist niet. Als mogelijke oplossing wordt hiervoor gegeven dat de projectontwikkelingsactiviteiten en verhuuractiviteiten separaat beoordeeld moeten worden. Indien sprake is van een ondernemingsactiviteit is vervolgens ook sprake van ondernemingsvermogen. Een ander knelpunt bij het begrip 'ondernemingsvermogen' is wat gedaan moet worden als het pand na de ontwikkelingsfase verhuurd gaat worden. Hiervoor werd als mogelijke oplossing gegeven dat gekeken moest worden of de verhuur van het pand op zichzelf een ondernemingsactiviteit betrof. Wanneer deze vraag bevestigend beantwoord wordt dan mocht het pand alsnog als ondernemingsvermogen beschouwd worden. Indien de vraag negatief beantwoord wordt dan moest het pand beschouwd worden als beleggingsvermogen. Als laatste is het knelpunt keuzevermogen besproken. Mijns inziens moet keuzevermogen altijd worden beschouwd als ondernemingsvermogen bij toepassing van de faciliteiten.

⁸⁶ De Beer, *Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten*, WFR 2015/1319.

Hoofdstuk 5: Samenvatting/Conclusie

In het jaar 2010 werd artikel 4.17 van de Wet IB 2001 gewijzigd en opgenomen in de artikelen 4.17, 4.17a en 4.17b van de Wet IB 2001. Tevens werd artikel 4.17c geïntroduceerd voor schenking van aanmerkelijkbelangaandelen. Deze faciliteiten kunnen alleen toegepast worden wanneer sprake is van een materiële onderneming. Dit brengt de vraag met zich mee wanneer wel en wanneer geen sprake is van een materiële onderneming. Verder hebben de faciliteiten alleen betrekking op het gedeelte van het vermogen dat als ondernemingsvermogen wordt beschouwd. Ook dit brengt weer een probleem met zich mee, namelijk de vraag wat wel en wat niet als ondernemingsvermogen wordt geëtiketteerd. Deze twee vraagstukken zijn in de praktijk echter in sommige gevallen moeilijk te beantwoorden.

In het eerste hoofdstuk van deze scriptie is vandaar de volgende probleemstelling opgesteld:

‘In hoeverre leiden de begrippen ‘materiële onderneming’ en ‘ondernemingsvermogen’ in het kader van de doorschuiffaciliteiten in de aanmerkelijkbelangregeling van de Wet IB 2001 tot knelpunten en hoe zouden deze knelpunten opgelost kunnen worden?’

Er zijn 4 deelvragen opgesteld om deze probleemstelling te onderzoeken. Deze deelvragen luiden als volgt:

1. Wat wordt verstaan onder het begrip ‘materiële onderneming’?
2. Wat zijn mogelijke knelpunten bij het begrip ‘materiële onderneming’?
3. Wat kwalificeert als ondernemingsvermogen in het kader van de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001?
4. Wat zijn mogelijke knelpunten bij het begrip ‘ondernemingsvermogen’?

In hoofdstuk 3 van deze scriptie werd het begrip ‘materiële onderneming’ besproken. Onder het begrip ‘materiële onderneming’ wordt verstaan ‘een duurzame organisatie die erop gericht is met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijke productieproces met het oogmerk om winst te behalen’. Hierbij geldt voor vastgoedvennootschappen ook nog ‘dat de activiteiten slechts als het drijven van een onderneming kunnen worden aangemerkt indien zij naar aard en omvang meer hebben omvat dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. De beoordeling of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer wordt door inspecteurs en rechters gedaan aan de hand van de omstandigheden. In de praktijk is het echter vaak onduidelijk welke omstandigheden hiervoor meespelen en hoe zwaar deze omstandigheden meespelen in de beoordeling of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Verder is de mening van de Belastingdienst dat een vastgoedvennootschap die alleen vastgoed verhuurt geen materiële onderneming drijft. Vastgoedvennootschappen die alleen aan projectontwikkeling doen, drijven volgens de Belastingdienst wel een materiële onderneming. Vastgoedvennootschappen die zowel aan projectontwikkeling als vastgoedverhuur doen zouden volgens de Belastingdienst ook een (gedeeltelijke) materiële onderneming drijven.

Met betrekking tot knelpunten bij het begrip ‘materiële onderneming’ zijn de volgende knelpunten besproken met de volgende mogelijke oplossingen:

Knelpunt	Mogelijke oplossing(en)
‘Is bij vastgoedverhuur sprake van een ondernemingsactiviteit en wanneer is sprake van meer dan normaal vermogensbeheer?’	Vastgoedverhuur is alleen een ondernemingsactiviteit wanneer sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Als mogelijke oplossingen om te bepalen of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer in bepaalde gevallen zijn een cijfermatige benadering gegeven en een omstandighedencatalogus. Tevens is gesteld dat de maatstaf tussen ondernemen en beleggen meer verduidelijkt kan worden door de Hoge Raad.
‘In hoeverre is sprake van een (gedeeltelijke) materiële onderneming bij combi vastgoedverhuur en projectontwikkeling?’	Indien de ondernemingsactiviteiten 5% of meer bedragen van de totale activiteiten dan is sprake van een gehele materiële onderneming, anders alleen sprake van een onderneming voor de ondernemingsactiviteiten.
‘Welk rendement moet gebruikt worden bij het aantonen of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer?’	Het netto rendement, dat bestaat uit zowel het directe als indirecte behaalde rendement.

Centraal in hoofdstuk 4 van deze scriptie stond het begrip ‘ondernemingsvermogen’. Bij vermogensetikettering kan onderscheid gemaakt worden tussen drie categorieën, namelijk verplicht privévermogen, keuzevermogen en verplicht ondernemingsvermogen. In principe geldt hierbij dat de belastingplichtige zelf kan kiezen tot welke groep een vermogensbestanddeel behoort. De kanttekening die hierbij geplaatst moet worden is dat de keuze van de belangplichtige wel redelijk moet zijn. De vermogensetiketteringsregels gaan ook op bij onroerende zaken. Wanneer een onroerende zaak geen rol speelt in de onderneming geldt dat sprake is van verplicht privévermogen, dit geldt tevens ook voor onroerende zaken die gebruikt worden als een belegging. In gevallen van bedrijfsopvolgingssituaties stelt de fiscale wetgever dat bij verkrijging van een IB-onderneming het keuzevermogen alleen meetelt als ondernemingsvermogen indien het als ondernemingsvermogen is geëtiketteerd. In gevallen van verkrijging van aanmerkelijkbelangaandelen moet het keuzevermogen altijd bestempeld worden als ondernemingsvermogen. In het geval van alleen projectontwikkeling wordt voldaan aan de activiteitentoets en geldt bij de vermogenstoets dat het gehele vermogen wordt beschouwd als ondernemingsvermogen. In het geval van alleen vastgoedverhuur is in principe geen sprake van een onderneming en dus wordt aan de vermogenstoets niet toegekomen. Het is echter gebleken dat het wel degelijk mogelijk is om een onderneming te drijven wanneer alleen vastgoed verhuurd wordt. In deze gevallen wordt dus wel toegekomen aan de vermogenstoets. Het meest interessant is de situatie waarbij vastgoedvennootschappen zowel aan projectontwikkeling als aan vastgoed verhuur doen. In hoofdstuk 3 is gesteld dat dan sprake is van een (gedeeltelijke) materiële onderneming. Naar mijn mening moeten dan alle activiteiten die gelden als ondernemingsactiviteiten meetellen als ondernemingsvermogen.

Met betrekking tot de knelpunten bij het begrip 'ondernemingsvermogen' zijn de volgende knelpunten besproken met de volgende mogelijke oplossingen:

Knelpunt	Mogelijke oplossing(en)
'Wat valt onder ondernemingsvermogen voor vastgoedvennootschappen met de combi vastgoedverhuur en projectontwikkeling?'	Alle activiteiten die gelden als ondernemingsactiviteiten moeten meetellen als ondernemingsvermogen.
'Hoe moet omgegaan worden met vastgoed dat verhuurd wordt na de ontwikkelingsfase?'	Gekeken moet worden of de verhuur op zichzelf een ondernemingsactiviteit betreft: Indien ja → pand is ondernemingsvermogen Indien nee → pand is beleggingsvermogen
'Moet keuzevermogen meegaan als ondernemingsvermogen?'	Keuzevermogen heeft altijd een soort van affiniteit met de onderneming en moet dus meegenomen worden als ondernemingsvermogen.

Literatuurlijst

Boeken

- R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, Deventer: Kluwer 2002.
- Heithuis, Kavelaars, Schuver, *Inkomstenbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- M.L.M. van Kempen, In: *Cursus belastingrecht IB 3.2.2.A.a*, Deventer: Wolters Kluwer.
- A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijck, 'De a.b.-regeling in de Wet IB 1964 en Wet IB 2001', Deventer, FED 2000.

Artikelen

- P.G.H Albert, 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', WFR 2016/184.
- De Beer, Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten, WFR 2015/1319.
- T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', NTFR 2010/1225.
- T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', WFR 2015/4.
- J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/5258, p, 148-149.
- Van Es, Vermogensetikettering in de inkomstenbelasting, TFO 2003/113.
- Rozendal 'Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting' 2015, NTFR 2015/3.
- Rozendal, Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?, WFR 2016/127.
- Rozendal, 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', WFR 2018/53.

Jurisprudentie

- Rb. Gelderland 10 september 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2775, NTFR 2015/1743.
- Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, V-N 2014/19.17.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, V-N 2014/19.18.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3505, V-N 2015/34.1.4.
- Hof 's-Gravenhage 19 juli 2017, nr. 16/00373, V-N 2017/62.20.
- Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794, V-N 2018/32.1.4.
- HR 21 juni 1946, B.8137.
- HR 7 oktober 1953, nr. 11 383, BNB 1953/272.
- HR 23 december 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0548, BNB 1960/25.
- HR 20 juni 1962, nr. 14 819, BNB 1962/272.
- HR 14 juni 1972, nr. 16 816, BNB 1972/173.
- HR 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299.
- HR 3 november 1982, nr. 21 310, BNB 1982/329.
- HR 28 september 1983, nr. 21 851, BNB 1984/72.
- HR 2 november 1983, nr. 21 879, BNB 1984/6.

HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, BNB 1994/319.
HR 18 maart 1998, nr. 32 958, BNB 1998/230.
HR 24 februari 1999, nr. 34 316, V-N 2008/8.12.
HR 12 september 2008, nr. 43 401, BNB 2009/34.
HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633, BNB 2016/166.
HR 30 oktober 2016, nr. 31 450, BNB 1996/410.
HR 3 maart 2017, nr. 16/04190, BNB 2017/114.
HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, BNB/ 2017/114.

Parlementaire behandeling/regelgeving

Kamerstukken II 1995/1996, 24761, 3, p, 21-25.
Kamerstukken II 2005/06, 30 689, nr. 3, p.1.
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p, 96.
Kamerstukken II 2009-2010, 32129, 3, p. 41-43.
Artikel I van de wet van 23 december 2010, *Stb.* 2010, 871.
Artikel I van de wet van 21 december 2016, *Stb.* 2016, 549.

Overig

Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, V-N 2017/7.10.
Beleid Belastingdienst over bedrijfsopvolgingsregeling van 26 juli 2018, V-N Vandaag 2018/1600.