

Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie



NADRUK VERBODEN

Ondernemen of beleggen bij de exploitatie van vastgoed in het licht van de bedrijfsopvolging

Einde van een discussie?

Naam: Reilly Huijser

Studentnummer: 429545

Begeleider: Mr. T.C. Hoogwout

Eerste lezer: Mr. M.P.L. Adriaansen

Datum: 05-06-2019

Inhoudsopgave

1. Inleiding	1
1.1 <i>Aanleiding en probleemstelling</i>	1
1.2 <i>Onderzoeksvraag</i>	3
1.3 <i>Plan van aanpak.....</i>	4
2. De doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001 en de BOR in de SW 1956.....	5
2.1 <i>Historie.....</i>	5
2.1.1 <i>Doorschuiffaciliteit krachtens erven.....</i>	5
2.1.2 <i>Doorschuiffaciliteit krachtens schenken.....</i>	6
2.1.3 <i>BOR in de Successiewet 1956</i>	7
2.2 <i>Werking en voorwaarden</i>	8
2.2.1 <i>Wet IB 2001.....</i>	8
2.2.2 <i>SW 1956</i>	9
3. ‘Meer dan normaal vermogensbeheer’	11
3.1 <i>Inleiding.....</i>	11
3.2 <i>Onderneming en ‘meer dan normaal vermogensbeheer’.....</i>	12
3.3 <i>Jurisprudentie.....</i>	13
3.3.1 <i>Ondernemen</i>	13
3.3.2 <i>Beleggen.....</i>	16
3.4 <i>Literatuur</i>	18
3.5 <i>Deelconclusie</i>	24
4. Vastgoedexploitatie en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	26
4.1 <i>Inleiding.....</i>	26
4.2 <i>Positieve uitspraak na 2010 omtrent de exploitatie van vastgoed</i>	27
4.2.1 <i>Hof Den Haag 20 december 2013</i>	27
4.2.2 <i>Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014</i>	28
4.2.3 <i>Hoge Raad 15 april 2016</i>	29
4.2.4 <i>Hof Den Haag 19 juli 2017</i>	31
4.2.5 <i>Hof Den Haag 3 april 2018</i>	32
4.3 <i>Negatieve uitspraak na 2010 omtrent de exploitatie van vastgoed</i>	33
4.3.1 <i>Rechtbank Oost-Nederland 5 maart 2013</i>	33
4.3.2 <i>Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013</i>	35
4.3.3 <i>Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018</i>	36
4.3.4 <i>Hof Amsterdam 3 juli 2018</i>	38
4.4 <i>Deelconclusie</i>	39
5. Conclusie	43
Literatuurlijst	46

Lijst met gebruikte afkortingen

Ab	Aanmerkelijk belang
Art.	Artikel
Bv	Besloten Vennootschap
BNB	Beslissingen in belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CV	Commanditaire Vennootschap
Dga	Directeur-groootaandeelhouder
FtV	Civiel en Fiscaal Tijdschrift Vermogen
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
SW 1956	Successiewet 1956
V-N	Vakstudie Nieuws
Vof	Vennootschap onder Firma
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

1. Inleiding

1.1 Aanleiding en probleemstelling

Het beleggen in vastgoed heeft een groot aandeel in de Nederlandse economie. De professionele vastgoedmarkt vertegenwoordigt een waarde van ongeveer € 75 miljard. De beleggingen van pensioenfondsen, verzekeraars en vastgoedfondsen vormen daarvan ongeveer € 50 miljard. Het achterhalen van de cijfers van de particuliere beleggers is lastig, kwalitatief goede informatie ontbreekt. Wel is een ondergrens vastgesteld door de Amsterdam School of Real Estate van ongeveer € 16.5 miljard, dit is gedaan aan de hand van overige partijen en private beleggers in Nederland.¹ Uit cijfers van het CBS² valt af te leiden dat in de bedrijfstak 'Verhuur en handel van onroerend goed' 27.580 bedrijven aanwezig zijn.³ Qua bedrijfsgrootte bestaan ongeveer 27.555 bedrijven waarin 0 tot 250 personen werkzaam zijn en 20 bedrijven waarin 250 tot 500 personen werkzaam zijn. Uit deze gegevens kan worden afgeleid dat er een grote maatschappelijke relevantie is voor het gebruik van de BOR. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moeten zorgen voor het behoud van de ondernemingen en de werkgelegenheid.

Bij de verkrijging van aandelen door vererving of schenking zijn een aantal fiscale aspecten waarop gelet moet worden. In beginsel is de verkrijger erf- of schenkbelasting verschuldigd over de waarde. Ook is de erflater of schenker Inkomstenbelasting verschuldigd over het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de verkrijgingsprijs wanneer het onroerend goed tot het ondernemingsvermogen in box 1 behoort. Dit is ook het geval wanneer het om een ab in een lichaam gaat welke onroerende zaken bezit. De zogenoemde doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001 en de BOR in de SW 1956 hebben als doel het faciliteren van de voortzetting van een onderneming bij schenken of erven.

In 1998 is de BOR vereenvoudigd met als reden: "Vanuit het algemeen sociaaleconomisch belang is het onwenselijk dat een onderneming die overgaat door vererving moet worden

¹ 'De omvang van de vastgoedbeleggingsmarkt in Nederland.', Amsterdam School of Real Estate. Paper 2017-06 Augustus 2017.

² Bedrijfsgrootte en Rechtsvorm, CBS 2019.

³ 7.400 daarvan zijn eenmanszaken, 1.505 maatschappen, 2.605 vof, 680 CV en daarnaast nog 15.390 rechtspersonen.

gestaakt of geforceerd moet worden verkocht zonder dat de bedrijfsresultaten daar aanleiding toe geven, met als gevolg een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit. Het is om dezelfde reden onwenselijk dat een ondernemer in situaties waarin het maatschappelijk gebruikelijk is uit te treden, zijn onderneming staakt in plaats van overdraagt aan een of meer opvolgers.”⁴ Daarnaast is in 2009 door de Staatssecretaris van Financiën Jan Cornelis de Jager het volgende gezegd: “Kern van de regeling is dat de schenk- of erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid, geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten.”⁵

In het kader van de zogenoemde vastgoedondernemingen is de laatste jaren veel jurisprudentie geweest omtrent het feit of de verkrijger op grond van een schenking of erfenis van deze ondernemingen gebruik kan maken van de BOR en daarmee aanzienlijk belasting kan besparen. Bij deze ondernemingen zou sprake kunnen zijn van ondernemingsactiviteiten of beleggingsactiviteiten. Ook kan het voorkomen dat in de onderneming een mix is van zowel ondernemingsactiviteiten als beleggingsactiviteiten. Voor het deel wat gebruikt wordt als belegging zou de BOR niet van toepassing zijn, terwijl deze voor de rest van de onderneming wel geldt.

De HR heeft geoordeeld dat de vastgoedondernemingen alleen als materiële onderneming worden gezien wanneer de onderneming werkzaamheden verricht die normaal vermogensbeheer te boven gaan.⁶ De werkzaamheden mogen dus niet bestaan uit het beleggen van vermogen. In de onderneming moet sprake zijn van echt ondernemen. Hiervan is sprake als de aard en omvang van de werkzaamheden meer omvatten dan met normaal vermogensbeheer gebruikelijk is en door de arbeid een rendement na te streven dat het rendement van een normale belegger te boven gaat. Dit begrip zal centraal staan in deze scriptie en zal door de hoofdstukken heen verder uitgebreid worden en ook de toepassing van dit begrip zal naar voren komen.

⁴ Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7.

⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4.

⁶ Hoge Raad, 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166, ECLI:NL:HR:2016:633

Uit 'De Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten' kan geconcludeerd worden dat volgens de Belastingdienst in de rechtspraak geen eenduidig beslissingskader af te leiden valt met betrekking tot de problematiek.⁷ In het derde hoofdstuk zal ook de meningen van verschillende auteurs naar voren komen waarin zij spreken van een onduidelijkheid welke gecreëerd is door de gewezen jurisprudentie. Zowel auteurs die de mening van de Belastingdienst delen en auteurs die een compleet andere mening hebben komen aan bod.

Met betrekking tot het overlijden van een ondernemer is sprake van een fictieve vervreemding ingevolge art. 3.58 Wet IB 2001, wat inhoudt dat direct voorafgaand aan het overlijden het vermogen van de onderneming fictief overgedragen wordt aan degene aan wie het krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht toekomt en wel tegen de waarde in het economische verkeer dat aan dat vermogen kan worden toegekend.⁸ Op grond van de abregeling is sprake van een vervreemding van aandelen of winstbewijzen als de overgang onder algemene titel alsmede de overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel plaatsvindt.⁹

Het probleem dat zich voordoet wanneer geen sprake is van een bedrijfsopvolgingsfaciliteit is vooral relevant in de SW 1956. Wanneer de BOR geen toepassing vindt kan de belasting oplopen tot 20%, terwijl dit percentage bij het doorschuiven wordt verlaagd tot minimaal 3.4% over hetgeen boven de vrijstelling van €1.084.851 uitkomt.¹⁰

1.2 Onderzoeksvraag

In deze studie zal onderzocht worden waar de grens ligt wanneer een vastgoedonderneming wordt aangemerkt als een materiële onderneming en zo ook gebruik kan maken van de doorschuiffaciliteit in de Wet IB 2001 en de BOR in de SW 1956. De onderzoeksvraag die in de studie behandeld zal worden luidt: **“Hoe verhoudt de vastgoedonderneming zich binnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het kader van schenken en erven?”**

⁷ 'Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten', Belastingdienst, 1 juni 2016

⁸ Art. 3.58 Wet IB 2001

⁹ Art. 4.16 lid 1 onderdeel e, Wet IB 2001

¹⁰ $20\% * 17\% = 3.4\%$. (Vrijstelling van 83%)

1.3 Plan van aanpak

In deze studie zal aan de hand van drie deelvragen een antwoord geformuleerd worden op de onderzoeksvraag. De eerste deelvraag is als volgt: *“Wat houdt de doorschuiffaciliteit in de Wet IB 2001 en de BOR in SW 1956 in?”*. De deelvraag wordt behandeld in het tweede hoofdstuk en zal een beschrijvend karakter hebben. Hierbij zal uitgebreid aandacht worden besteed aan de werking en de historie van deze regelingen.

De tweede deelvraag welke in hoofdstuk drie aan bod zal komen luidt: *“Wat betekent het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’?”*. Dit begrip staat centraal in het onderscheiden van ondernemen van beleggen en het aanmerken van een onderneming als zijnde materieel. Dit is een vereiste voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en onderzocht zal worden hoe dit begrip in vroegere jurisprudentie tot stand is gekomen en hoe verschillende auteurs het begrip beschrijven en interpreteren.

De laatste deelvraag wordt in hoofdstuk 4 besproken en kan als volgt geformuleerd worden: *“Hoe wordt in de huidige rechtspraak beslist met betrekking tot het exploiteren van onroerende goederen?”*. Bij deze deelvraag zal gekeken worden naar zowel positieve als negatieve uitspraken na de wijziging van de BOR in 2010. Getracht zal worden om een duidelijke omschrijving te vinden van wat nu als beleggen of ondernemen gezien kan worden met betrekking tot het exploiteren van vastgoed.

Bij hoofdstuk drie en vier zal tevens een deelconclusie naar voren komen waarin de belangrijkste aspecten van het hoofdstuk naar voren komen. De studie zal afgesloten worden met een conclusie waarin het antwoord op de onderzoeksvraag geformuleerd zal worden. Daarnaast zal een aanbeveling worden gegeven voor een verandering in de kwalificatie van onroerend goed in het licht van de BOR.

2. De doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001 en de BOR in de SW 1956

De doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001 en de BOR in de SW 1956 staan in dit hoofdstuk centraal. Ingegaan zal worden op de historie, voorwaarden en werking van zowel de doorschuiffaciliteit in de Wet IB 2001 als op de BOR in de SW 1956.

2.1 Historie

2.1.1 Doorschuiffaciliteit krachtens erven

De regeling voor de doorschuiving van de verkrijgingsprijs van onder andere het ab krachtens erfrecht vindt zijn oorsprong in de Wet Inkomstenbelasting 1964. Daarin is getracht het lek te dichten dat ontstond doordat geen heffing plaatsvond over het ab bij het overlijden.¹¹ Dit lek bestond wel onder het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941. De kern van dit artikel bestond uit het automatisch doorschuiven van de verkrijgingsprijs van het ab zoals deze voor de erflater gold naar de verkrijgers krachtens erfrecht.¹² Daarnaast konden de erfgenamen opteren voor de afrekening over de belastingclaim.¹³ In 2001 is deze doorschuiffaciliteit teruggekeerd in art. 4.17 Wet IB 2001. Deze regeling kende dezelfde hoofdlijn, namelijk het doorschuiven van de belastingclaim naar de verkrijger krachtens erfrecht en de optie voor de afrekening over de belastingclaim.

Vanaf 1 januari 2010 is de overgang krachtens erfrecht aangepast en vindt in beginsel afrekening plaats over de belastingclaim, met de optie voor het onder voorwaarden doorschuiven van de verkrijgingsprijs.¹⁴ Voor de doorschuiffaciliteit moet vanaf dat moment sprake zijn van het drijven van een materiële onderneming en als hiervan sprake is kan slechts het ab ter waarde van 105% van het ondernemingsvermogen worden doorgeschoven, mits in de onderneming ook sprake is van beleggingsvermogen. Voor zover in dat geval het beleggingsvermogen meer bedraagt moet over de ab-claim, worden afgerekend. Het materiële ondernemingsbegrip is toegevoegd om alleen reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

¹¹ Commentaar op de Wet op de inkomstenbelasting 1964, Vakstudie 02 – IB 1964, aant. 136.

¹² Art. 39, lid 9, Wet IB 1964.

¹³ Art. 39, lid 10, Wet IB 1964.

¹⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3.

2.1.2 Doorschuiffaciliteit krachtens schenken

Een specifieke doorschuiffaciliteit voor de overgang krachtens schenking bestond nog niet tot 2010. Tot dan was sprake van een vervreemding van aandelen waarover direct belasting verschuldigd was. Wel kon de schenker een beroep doen op een betalingsregeling. Onder bepaalde voorwaarden kon de belasting over tien jaarlijkse termijnen renteloos worden betaald.¹⁵

In 2009 heeft de wetgever zich ingezet op het verbeteren van de fiscale positie van de Dga. Op 29 april 2009 heeft de Staatssecretaris van Financiën een brief verzonden met 'de notitie Fiscale positie directeur-groootaandeelhouder'.¹⁶ In deze brief wordt de fiscale positie van de Dga in Nederland als belangrijk omschreven met als reden: "Dga's zijn de drijvende kracht achter een belangrijk deel van de ondernemingen in de bv-vorm. Dga's zijn daarmee, net als ondernemers in de Inkomstenbelasting, van belang voor de Nederlandse economie." Daarnaast is door het ontbreken van de doorschuiffaciliteit bij schenken, het fiscaal aantrekkelijker om de overdracht van de aandelen uit te stellen tot het overlijden. Dit is vanuit het economisch oogpunt niet wenselijk.

Gepleit werd voor het invoeren van de doorschuiffaciliteit krachtens schenken, wat dezelfde werking moest krijgen als de regeling die bestaat voor de overgang krachtens erfrecht. De daadwerkelijke wijziging bevindt zich in het wetsvoorstel 'Overige fiscale maatregelen 2010' als onderdeel van het Fiscaal pakket Belastingplan 2010. Dit staat los van het Belastingplan 2010, wat vooral ziet op het budgettaire en koopkrachtbeeld voor 2010. In 2010 is de doorschuiffaciliteit ingevoerd binnen de Inkomstenbelasting ten aanzien van het schenken van ab-aandelen, voor zover de bv een materiële onderneming drijft.¹⁷ De doorschuiffaciliteit is vanaf dat jaar te vinden in art. 4.17c wet IB 2001.

¹⁵ Art. 25, lid 9, Invorderingswet 1990.

¹⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19.

¹⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3. p. 3.

2.1.3 BOR in de Successiewet 1956

Op grond van art. 1 SW 1956 is de verkrijger erfbelasting verschuldigd over “al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde”. Daarnaast is de verkrijger op grond van datzelfde artikel schenkbelasting verschuldigd over “de waarde van al wat krachtens schenking wordt verkregen van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woonde”. Onder schenking wordt ook een gift verstaan waar civielrechtelijk de volgende betekenis aan gegeven wordt: “Als gift aangemerkt iedere handeling die er toe strekt dat degenen die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt.”¹⁸

In het ‘Rapport Fiscale maatregelen ten bate van het midden- en kleinbedrijf’ is aangekondigd dat een betalingsregeling zal worden ingevoerd.¹⁹ Als doel van deze regeling worden twee argumenten aangevoerd, namelijk een fiscale lastenverplichting en het weghalen van het knelpunt dat zich voordoet ten gevolge van het overlijden. Dit laatste ziet vooral op het successierecht dat verschuldigd is over de verkrijging waardoor een liquiditeitsprobleem kan ontstaan. Dit zal tevens een “gevaar vormen voor de continuïteit van de onderneming”.

De maatregel bestond uit een betalingsregeling waardoor de belasting over een periode van vijf jaar gefaseerd mag worden voldaan, zonder dat rente in rekening zal worden gebracht. In 1996 is deze periode verlengd naar tien jaar.²⁰

In 1998 zijn enkele belastingwetten gewijzigd, waaronder de SW 1956. De toenmalige Staatssecretaris van Financiën zei over de faciliteiten bij de bedrijfsopvolging het volgende²¹: “Vanuit het algemeen sociaaleconomisch belang is het onwenselijk dat een onderneming die overgaat door vererving moet worden gestaakt of geforceerd moet worden verkocht zonder dat de bedrijfsresultaten daar aanleiding toe geven, met als gevolg een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit.”

¹⁸ Art. 7:186, tweede lid, BW

¹⁹ Kamerstukken II 1983/84, 18 226, nr. 3.

²⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24 428, nr. 2.

²¹ Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3.

Om deze reden is ingezet op een volledige kwijtschelding van het successie- of schenkingsrecht, voor een gedeelte van 25% van de waarde van het ondernemingsvermogen. Dit alles met terugwerking tot en met 1 januari 1997.²² Over de jaren heen is dit percentage gestegen naar 30%, 60% en in 2007 naar 75%.²³

In april 2009 is een wetsvoorstel gepubliceerd om de Successiewet opnieuw in te richten, met als grootste doel het vereenvoudigen van de bedrijfsopvolging.²⁴ De huidige regeling had volgens de wetgever aan de ene kant een te beperkte en aan de andere kant een te ruime werking en beide zijn onwenselijk.²⁵ Over de wijziging die per 1 januari 2010 in werking is getreden had de Staatssecretaris het volgende te zeggen:²⁶ “De bedrijfsopvolgingsregeling moet eenvoudiger, toegankelijker en evenwichtiger worden. Daarnaast kan de regeling nog meer worden toegesneden op het faciliteren van de overgang van echte ondernemingen.”

2.2 Werking en voorwaarden

2.2.1 Wet IB 2001

Het schenken van ab-aandelen vormt een vervreemding voor de Wet IB 2001, waarbij de tegenprestatie als uitgangspunt geldt voor de overdrachtprijs. De overdrachtprijs is minimaal de waarde van de aandelen in het economische verkeer ten tijde van de vervreemding. Door het gebruik van de doorschuiffaciliteit zal deze schenking niet als vervreemding worden aangemerkt voor zover een materiële onderneming wordt gedreven.²⁷

Voor het deel dat beleggingsvermogen vormt, kan geen gebruik van de doorschuifregeling worden gemaakt, met uitzondering van 5% van het ondernemingsvermogen. Het beleggingsdeel geldt als een normale vervreemding in de Wet IB 2001 en daar moet over afgerekend worden. De overdrachtprijs van dat deel wordt gesteld op de waarde die in het economische verkeer aan de aandelen kan worden toegerekend. Voor het berekenen van het

²² Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3.

²³ Staatsblad Nr. 653, Wet van 16 december 2004.

²⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 2.

²⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3.

²⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3.

²⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3. p. 3.

vervreemdingsvoordeel voor de overdrager geldt dat hij de volledige verkrijgingsprijs in mindering kan brengen op de overdrachtprijs, met een maximum van de overdrachtprijs zelf. Dat deel van de verkrijgingsprijs dat niet in aanmerking is genomen schuift door naar de verkrijger.

Bij de wijziging van de BOR in 2010 was het belangrijk dat het doel van de regeling niet misbruikt zou kunnen worden. Om te realiseren dat de doorschuiffaciliteit alleen voor reële bedrijfsopvolgingen wordt aangewend zijn een aantal voorwaarden gesteld aan de faciliteit.²⁸ Zo moet bijvoorbeeld de verkrijger gedurende 36 maanden die onmiddellijk voorafgaan aan de vervreemding in dienstbetrekking zijn van de vennootschap. In eerste instantie was vereist dat de verkrijger als bestuurder in dienstbetrekking was van de vennootschap, maar dat is vervallen.²⁹ Aan deze dienstbetrekking zijn geen eisen verbonden.

Naast de introductie van de doorschuiffaciliteit voor de overdracht krachtens schenken is in 2010 ook een aanpassing doorgevoerd in de faciliteit voor de verkrijging van het ab krachtens erfrecht. Net als bij het schenken is voor het erven als eis gesteld dat het om een materiële onderneming moet gaan. De doorschuiffaciliteit krachtens erfrecht van het ab heeft in hoofdlijnen dezelfde werking als de faciliteit bij het schenken. Bij de overdracht krachtens erfrecht geldt daarentegen niet de voorwaarde dat de verkrijger gedurende 36 maanden die onmiddellijk voorafgaan aan de vervreemding in dienstbetrekking is van de vennootschap.

2.2.2 SW 1956

In art 35b SW 1956 is de BOR geregeld, waar op verzoek van de verkrijger beroep kan worden gedaan op de faciliteit om het ondernemingsvermogen tot een bedrag van €1.084.851 volledig vrij te stellen van belasting. Wanneer de liquidatiewaarde hoger is dan de going concern waarde van de onderneming, mag voor dit verschil ook een beroep gedaan worden op de volledige vrijstelling.³⁰ Mocht na toepassing van deze regel het ondernemingsvermogen niet uitstijgen boven €1.084.851, dan geldt een 100% voorwaardelijke vrijstelling voor dit

²⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3. p. 5.

²⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3. p. 6.

³⁰ Art 35b, lid 1, sub b SW 1956.

bedrag. Mocht het ondernemingsvermogen dit bedrag wel te boven gaan, geldt een voorwaardelijke vrijstelling van 83% voor het gedeelte dat €1.084.851 overschrijdt.

Bij de wijziging van de BOR in 2010 was de voorwaardelijke vrijstelling nog €1.000.000.³¹ Dit bedrag is door de jaren heen gestegen tot €1.084.851 in 2019. Voor de toepassing van de BOR zijn daarnaast nog een aantal voorwaarden gesteld waar de onderneming, de erflater of schenker en de verkrijger aan moet voldoen.³²

- In de onderneming moeten daadwerkelijk ondernemingsactiviteiten plaatsvinden, beleggen valt hier niet onder. Beleggingsactiviteiten vallen zoals vermeld niet onder de reikwijdte van de BOR.
- De erflater of schenker moet aan een bepaalde termijn voldoen waarin hij of zij eigenaar van de onderneming is geweest. Bij het erven geldt een bezitseis van één jaar en bij het schenken is deze termijn vijf jaar.
- De verkrijger moet de onderneming minimaal vijf jaar voortzetten als zijnde ondernemer. Wanneer het gaat om aandelen moeten deze minstens vijf jaar in bezit blijven van de voortzetter. De vennootschap waarin de aandelen gehouden worden, moet de onderneming ook minimaal vijf jaar blijven drijven.

³¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. A., p. 14.

³² Erf- en schenkbelasting en de bedrijfsopvolgingsregeling, Belastingdienst, 2019.

3. ‘Meer dan normaal vermogensbeheer’

3.1 Inleiding

In Hoofdstuk 2 is naar voren gekomen dat voor het toepassen van de doorschuiffaciliteiten en de BOR het materiële ondernemingsbegrip van toepassing is. Over de jaren heen is verschillende jurisprudentie geweest omtrent de kwalificatie van de exploitatie van vastgoed als onderneming of belegging. Naast de vraag of sprake is van een organisatie van kapitaal en arbeid dat is gericht op deelname aan het economisch verkeer om een voordeel te behalen, is bij de exploitatie van onroerende goederen nog een extra vereiste. De werkzaamheden moeten qua aard en omvang meer omvatten dan bij gewoon normaal vermogensbeheer gebruikelijk is en de verrichte arbeid moet qua aard en omvang een rendement beogen dat het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. Dit wordt ook wel ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ genoemd.

Dit hoofdstuk zal zich vooral richten op de totstandkoming van dit begrip in de Inkomstenbelasting en aan de hand van jurisprudentie van voor 2001 zal gekeken worden hoe het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ wordt ingevuld. In hoofdstuk 4 zal in worden gegaan op de jurisprudentie na 2010, waarin de BOR vaak discussie doet ontstaan tussen de belastingplichtige en de fiscus. ‘Meer dan normaal vermogensbeheer’ staat in deze discussie centraal. Zowel positieve als negatieve jurisprudentie zal naar voren komen, waarin het onderscheid tussen wat als ondernemen en wat als beleggen wordt gezien besproken wordt.

Allereerst zal algemeen worden beoordeeld wanneer sprake is van ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. Aan de hand van jurisprudentie zal getracht worden een verschil duidelijk te maken tussen wat wordt gezien als ondernemen en wat als beleggen wordt aangemerkt. Na het bespreken van de jurisprudentie wordt gekeken naar de invulling van het begrip ‘beleggen’ door de Staatssecretaris van Financiën. Daarnaast zal de visie van verschillende auteurs besproken worden omtrent het exploiteren van vastgoed en of sprake is van ondernemen of beleggen. Dit ziet zowel op de Inkomstenbelasting als op de Successiewet. Afgesloten zal worden met een deelconclusie waarin de belangrijkste punten van dit hoofdstuk opgesomd worden.

3.2 Onderneming en ‘meer dan normaal vermogensbeheer’

Voor de toepassing van de doorschuiffaciliteit en de BOR is het belangrijk dat sprake moet zijn van een materiële onderneming, welk begrip lastig in te vullen is met betrekking tot vastgoed. De wetgever heeft geen concrete invulling willen geven aan hetgeen zij acht een onderneming te zijn. Wel is naar aanleiding van jurisprudentie omtrent dit onderwerp een invulling gegeven aan de term ‘onderneming’. Het moet gaan om ‘een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die deelneemt aan het maatschappelijke verkeer en waarin een winstoogmerk bestaat’. Naast de drie vereisten voor een onderneming zal ook voldaan moeten worden aan het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’.³³ Rondom dit laatste vereiste is veel jurisprudentie geweest waarin zowel positief als negatief is geoordeeld met betrekking tot de ondernemingsactiviteiten.

Wanneer het om het exploiteren van onroerende zaken gaat zal bijna altijd aan de drie vereisten voor een onderneming voldaan worden. De exploitatie speelt zich af in het maatschappelijke verkeer en kapitaal is aanwezig waarmee rendement wordt beoogd. Arbeid zal daarnaast in meer of mindere mate aanwezig zijn in de zin van het bijhouden van de administratie, het onderhoud (laten) plegen aan de onroerende zaken en wellicht het innen van huur. Ook bij de belegger in onroerende goederen zal sprake zijn van enige arbeid. Voor het onderscheid tussen de werkzaamheden van een belegger en de werkzaamheden van een ondernemer is in de jurisprudentie het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ ontwikkeld. Voor de kwalificatie van materiële onderneming moet de aard en omvang van de arbeid van de exploitant van de onroerende zaak meer zijn dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer en moet die arbeid gericht zijn op het behalen van een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.

Door het aanhalen van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ is het voor de exploitanten moeilijker geworden om door het poortje van het aanwezig zijn van een onderneming te komen. Dit begrip is ontwikkeld voor de toepassing in de Inkomstenbelasting maar is daarna ook aangehaald voor het toepassen van de BOR in de Successiewet.

³³ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p.25

3.3 Jurisprudentie

3.3.1 Ondernemen

HR 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299, ECLI:NL:HR:1981:AW9757

In de casus is sprake van een vennootschap onder firma waarin belanghebbende samen met een ander persoon onroerende zaken verkrijgen, exploiteren en vervreemden. Het Hof heeft beoordeeld dat sprake is van een onderneming die door de belanghebbende en zijn compagnon wordt gedreven.

De HR is het eens met het Hof en oordeelt dat “Belanghebbende en zijn compagnon een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid in het leven hebben geroepen welke op meer dan incidentele basis aan het maatschappelijke verkeer deelneemt en waarbij de factor arbeid, qua aard en omvang van zodanig belang is dat deze geacht kan worden ten doel te hebben het behalen van voordelen uit onroerende goederen, welke het aan een belegger in zodanige goederen normaliter opkomende rendement te boven gaan en dat een dergelijke organisatie is aan te merken als een onderneming.”

In het oordeel wordt gewezen op een negental feiten die tot deze conclusie hebben geleid. In de eerste plaats wordt gewezen op de loopbaan van de belanghebbende waarin hij ervaring heeft opgedaan in het doen van zaken en ondernemen. Als tweede heeft belanghebbende zich de hulp ingeroepen van een deskundige compagnon. Ten derde is sprake van een aanvangskapitaal van f 75.000. Als vierde en vijfde omstandigheid wijst het Hof op het tijdsverloop en het gemoeide bedrag van de verkregen onroerende zaken. In de zesde plaats overweegt het Hof dat de aankoop van de onroerende goederen grotendeels met vreemd vermogen is gefinancierd. Als zevende en achtste omstandigheid noemt het Hof het feit of de onroerende zaken zijn verhuurd, leeg staan of dat ze verbouwd worden. In de laatste plaats wordt gewezen op het feit dat tussen de vennoten een taakverdeling bestond.

Het beleggen van het vermogen wordt uitgesloten omdat de arbeid die plaats heeft gevonden onmiskenbaar ten doel heeft een voordeel te behalen die het rendement dat een belegger zou kunnen halen te boven gaat. In de casus is duidelijk te zien dat de arbeid die wordt verricht van zodanige aard is dat van ondernemen uit kan worden gegaan en niet van beleggen. Deze

uitspraak kan als een goede basis worden gezien voor hedendaagse jurisprudentie om de activiteiten te beoordelen als zijnde 'meer dan normaal vermogensbeheer'.

HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731

In dit arrest was het de vraag of het verhuren van kamers en daarmee gemoeide werkzaamheden als onderneming of als normaal vermogensbeheer beschouwd kon worden. Belanghebbende verhuurt 18 kamers in zijn eigen woning en een buitenstaand pand. Al het onderhoud en de schoonmaak neemt hij voor zijn eigen rekening. Het Hof had geoordeeld dat "Belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat de werkzaamheden die hij aan de panden verrichtte, meer hebben omvat dan de werkzaamheden die gewoonlijk worden opgeroepen door kamerverhuur. Dat het feit dat belanghebbende de onderhoudswerkzaamheden niet door derden heeft laten verrichten, maar zonder daarvoor een afzonderlijke vergoeding te bedingen, zelf heeft verricht, niet leidt tot het oordeel dat de beleggingsopbrengst moet worden aangemerkt als winst uit onderneming." Eenzelfde redenering stelt het Hof met betrekking tot de schoonmaakwerkzaamheden.

Het Hof had beslist dat sprake was van normaal vermogensbeheer. De HR daarentegen had een andere mening en heeft de beslissing vernietigd. De HR oordeelt: "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 HR legt dus vooral de focus op twee punten in het toewijzen van het ondernemingsbegrip. Aan de ene kant de aard en omvang van de werkzaamheden die uit moeten gaan boven het normaal vermogensbeheer. Daarnaast moeten de werkzaamheden leiden tot een verwacht rendement dat normaal vermogensbeheer te boven gaat.

Deze gedachtegang van de HR is in lijn met hetgeen in 1976 is geoordeeld. In dit arrest is beslist dat geen sprake is van beleggen indien: "het rendabel maken van de onroerende goederen geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende goederen

verricht of door werknemers laat verrichten en deze arbeid naar haar aard of relatieve omvang - dat wil zeggen: in verhouding tot de grootte van het in onroerende goederen belegde vermogen bepaalde omvang - onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen naast het uit de onroerende goederen genoten rendement dan wel van voordelen uit de onroerende goederen, welke het aan een belegger in zodanige goederen normaliter opkomende rendement te boven gaan.”³⁴

Als noot op het arrest geeft Van Dijck³⁵ een viertal opmerkingen. Als eerste gaat hij in op het feit dat het Hof niet de hoeveelheid arbeid aankaart maar ingaat op de omvang van de kamerverhuur. Vervolgens vraagt het Hof zich wel af of de arbeid meer omvat dan gewoonlijk door kamerverhuur wordt opgeroepen. Als tweede gaat hij in op twee grenslijnen, te weten de grenslijn tussen de inkomensbronnen onderneming en arbeid enerzijds en de inkomensbron vermogen anderzijds. Als tweede grenslijn, welke in de procedure niet uitgebreid aan de orde komt, tussen onderneming en arbeid aan de hand van een groot aantal feitelijke criteria. Ten derde gaat hij in op het verschil tussen de invloed van de zelf verrichte arbeid op het bruto rendement en het nettorendement van de belanghebbende. De arbeid die de belastingplichtige verricht heeft tot gevolg dat geen kosten aan derde worden gemaakt en dat daardoor het nettorendement hoger is dan wanneer dit door derde wordt verricht. Het Hof heeft zich vooral gericht op het bruto rendement en volgens de HR moet vooral gekeken worden naar het nettorendement. Als laatste gaat van Dijck in op “de rafeligheid van de fiscus zijn eigen criteria”. De fiscus moet de last van de onzekere grenslijn, die is opgekomen door de vele ondernemings- of ondernemersfaciliteiten in de wet, niet bij de belastingplichtige gaan leggen.

Opmerkelijk is het feit dat de arbeid in het arrest van 1994 vooral ziet op schoonmaakwerkzaamheden. Zoals in hoofdstuk 4 naar voren zal komen, ligt de grens van arbeid nu hoger dan vroeger. Waar eerst de schoonmaakwerkzaamheden genoeg waren om te kunnen spreken van arbeid dat een hoger rendement nastreeft, moet de arbeid tegenwoordig veel verder gaan dan alleen de schoonmaakwerkzaamheden.

³⁴ Hoge Raad 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976/860

³⁵ Noot van Van Dijck bij HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319

3.3.2 Beleggen

Als eerste zal begonnen worden met het kort bespreken van enkele arresten waarin is beoordeeld dat geen sprake is van een onderneming en zodoende de exploitatie van het onroerend goed wordt aangemerkt als een belegging. Daarna zal één arrest in het bijzonder wat extra uitgelicht worden omdat dit arrest nog vaak wordt aangehaald door auteurs.

Hof Amsterdam, 9 mei 1974, nr. 653/73, BNB 1974/250

In 1974 is een van de eerste arresten met betrekking tot de exploitatie van onroerende zaken aan de orde gekomen. In dit arrest was sprake van een eigenaar van een kruideniersbedrijf met twee panden. Na de staking van de onderneming bleef belanghebbende de panden verhuren en de opbrengst van de exploitatie tot zijn winst rekenen. Het Hof heeft geoordeeld dat de wijze van exploitatie zo'n grote verandering heeft ondergaan sinds de staking van zijn onderneming dat sindsdien niet meer van de exploitatie van een bedrijf kan worden gesproken. Het Hof voegt toe dat de wil niet beslissend is maar dat de wijze van exploitatie beslissend is. De panden behoren dus tot zijn privévermogen.

HR, 29 mei 1974, nr. 17 346, BNB 1974/177

Tevens in 1974 is een arrest geweest waarin de HR heeft geoordeeld dat de verhuur van kamers door belanghebbende niet als onderneming aangemerkt kon worden omdat de omvang van de werkzaamheden niet hetgeen bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is heeft overschreden. De werkzaamheden die belanghebbende verrichtte omvatte niet meer dan het innen van de huur, onderhoud en toezicht van het pand.

HR, 3 november 1982, nr. 21 310, BNB 1982/329, ECLI:NL:HR:1982:AW9443

In 1982 is beslist dat het niet uitmaakt voor het aanwezig zijn van een onderneming dat de werkzaamheden gezamenlijk en geregeld in vennootschappelijk verband worden verricht. In dat geval is niet per se sprake van een organisatie van kapitaal en arbeid welke aangemerkt kan worden als een onderneming. In het arrest was sprake van een belastingconsulent, makelaar en een registeraccountant die een vennootschap onder firma hadden opgericht om onroerende zaken te exploiteren. Wat opmerkelijk te noemen is, is het feit dat in 1981

eenzelfde casus³⁶ aan de orde was, waarin wel is beslist dat sprake is van een onderneming. Wat waarschijnlijk de doorslag heeft gegeven bij het arrest in 1981, is de omvang van de vastgoedportefeuille. Een andere mogelijkheid kan gezocht worden in de werkzaamheden die van grote mate aanwezig geacht kunnen worden bij de grotere vastgoedportefeuille.

HR, 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232, ECLI:NL:HR:1996:AA1845

In dit arrest is sprake van een belanghebbende die een aantal panden kocht. Deze heeft zij verbouwd om geschikt te maken voor de verhuur. De panden worden zowel gereed gemaakt als kamers, appartementen als winkels. De panden werden in de jaren 1983 tot en met 1986 verbouwd en vanaf 1988 werden werkzaamheden verricht die betrekking hebben op de verhuur van de panden. De werkzaamheden omvatten het innen van de huur, het oplossen van problemen met de huurders en diverse schoonmaakdiensten. Belanghebbende heeft beroep in cassatie ingesteld na het oordeel van Hof 's-Hertogenbosch op 13 september 1994.

Waar het in deze casus om gaat is of de verhuur van de panden wordt aangemerkt als onderneming of als belegging. Door het Hof 's-Hertogenbosch is beoordeeld dat de werkzaamheden van zodanige aard waren dat sprake was van een onderneming. Het Hof nam daarin mee het feit dat de aankoop door middel van een hypothecaire geldlening was gefinancierd en dat de arbeid zo omvangrijk was dat voordelen beoogd waren die het rendement van een belegger overstijgen.

In cassatie heeft de HR geoordeeld dat het Hof van een verkeerde rechtsopvatting is uitgegaan en de HR stelt dat "het slechts van belang is of aard en omvang van de door haar ter zake van de verhuur verrichte werkzaamheden, nadat de verbouwing was voltooid, al dan niet meer hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is." De werkzaamheden die betrekking hebben op de verhuur moeten dus apart gezien worden van de activiteiten die zien op de verbouwing. Deze verbouwingswerkzaamheden mogen geen rol spelen bij de beoordeling en een herkwalificatie zal plaats moeten vinden bij de werkzaamheden die zien op de exploitatie van het onroerend goed. Het geding is doorverwezen naar het Gerechtshof

³⁶ Zie '3.3.1 Ondernemen', HR 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299, ECLI:NL:HR:1981:AW9757

te Arnhem, waar is besloten dat geen sprake is van een onderneming met betrekking tot de werkzaamheden die zijn verricht voor de verhuur van de panden.³⁷

J.W. Zwemmer³⁸ is het eens met de mening van de HR dat de arbeid die gepaard gaat met de verbouwing nog niet tot gevolg heeft dat gesproken kan worden van een onderneming met betrekking tot de exploitatie van onroerende zaken. Hij legt de focus op het feit dat de verbouwing voorafgaat aan de exploitatie. De verbouwing zelf kan wel als ondernemingsactiviteit worden gezien. Dat zou betekenen dat de werkzaamheden die met de exploitatie gemoeid zijn op zichzelf moeten worden bekeken. Daarnaast maakt Zwemmer een vergelijking met het arrest van de HR van 17 augustus 1994³⁹, waarin wel is geoordeeld dat de werkzaamheden meer hebben omvat dan normaal vermogensbeheer. In dat arrest was daarentegen ook sprake van onderhoud en administratie dat verband hield met de onroerende zaken.

3.4 Literatuur

Naar aanleiding van de verschillende jurisprudentie die omtrent de exploitatie van onroerende zaken naar voren is gekomen, zijn ook meningen vanuit de kant van de literatuur. Hierna zal als eerst de invulling van de Staatssecretaris van Financiën in 2009 aan bod komen. Daarna zal de mening van verschillende auteurs in het vakgebied aan de orde komen.

Tijdens de parlementaire behandeling over de wijziging van de BOR in de SW 1956 is tevens geprobeerd om duidelijkheid aan het begrip 'materiële onderneming' te geven.⁴⁰ In de oude regeling was hiervoor verwezen naar de bepaling inzake de subjectieve belastingplicht van verenigingen en stichtingen in de Vennootschapsbelasting. Gekozen is aansluiting te zoeken bij het materiële ondernemingsbegrip in de Inkomstenbelasting omdat daar meer jurisprudentie voorhanden is dan bij de Vennootschapsbelasting. De Staatssecretaris geeft

³⁷ Hof Arnhem, 22 augustus 1997, nr.96/0821, V-N 1997/4707, ECLI:NL:GHARN:1997:AA1196

³⁸ Noot van J.W. Zwemmer bij HR 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232, ECLI:NL:HR:1996:AA1845

³⁹ Noot van J.W. Zwemmer bij HR 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232, ECLI:NL:HR:1996:AA1845

⁴⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3

daarnaast aan dat het een feitelijk kwestie blijft of sprake is van een materiële onderneming⁴¹, dat beoordeeld moet worden aan de hand van de feiten van het onderhavige geval. De Staatssecretaris gaat ook in op het begrip materiële onderneming bij verhuur van onroerende zaken en zegt daarover het volgende⁴²: “Bij de enkele verhuur van onroerende zaken zal dit overigens niet snel het geval zijn; ook niet als sprake is van een omvangrijke vastgoedportefeuille en het lichaam het onderhoud van de onroerende zaken in eigen beheer heeft. Indien sprake is van normaal onderhoud van de onroerende zaken, wordt het onderhoud gepleegd om de beleggingen in stand te houden. In dat geval zal veelal sprake zijn van normaal vermogensbeheer, hetgeen in de Inkomstenbelasting belast zou zijn via box 3.”

De Staatssecretaris geeft geen duidelijk invulling van wat dan wel wordt gezien als ondernemingsactiviteiten bij de verhuur van vastgoed. Voor zowel de rechter als de belastingplichtige had een invulling van het begrip door de Staatssecretaris een goede basis kunnen zijn voor het beoordelen of sprake is van een materiële onderneming.

Berkhout merkt op dat het verhuren van vastgoed niet snel als een ondernemingsactiviteit wordt aangemerkt, en dat sprake is van een open norm.⁴³ Hij merkt op dat het directe beleggen in vastgoed vraagt om een andere en vaak actievere aanpak, in tegenstelling tot indirect beleggen in bijvoorbeeld aandelen en obligaties. Ook maakt hij onderscheid tussen het verschil van een grote en een kleine vastgoedportefeuille en de daarmee gemoeide beheersactiviteiten.

Hij geeft aan dat de beheersactiviteiten meestal zijn gericht op het op peil houden van het rendement. Als verschillende beheersactiviteiten noemt hij het ontwikkelen, verbeteren of actief uitponden van de onroerende zaken. In zijn conclusie geeft hij aan dat het beheren van een omvangrijke vastgoedportefeuille die rendementen boven het staatsleningenrendement genereert, nog niet impliceert dat het gaat om ondernemen in vastgoed. “Van een vastgoedonderneming spreken we wanneer een duurzame organisatie (samenhangende activiteiten in een georganiseerd verband) gericht is op het creëren van meerwaarde boven

⁴¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

⁴² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

⁴³ T.M. Berkhout, ‘Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed’, NTFR 2010/1225

het nettorendement dat wordt verkregen uit het enkele verhuren of beheren van vastgoed. In de praktijk zal veeleer de vraag aan de orde zijn of we met al dan niet incidentele activiteiten, zoals het (her)ontwikkelen van objecten binnen een vastgoedbeleggingsportefeuille, kunnen spreken van een onderneming voor die activiteiten.”⁴⁴

Als laatste geeft hij aan dat de doorschuiffaciliteit voor ab-aandelen en de BOR in de Successiewet met betrekking tot een omvangrijke vastgoedportefeuille niet snel aan de orde zal zijn. Berkhout noemt de fiscale vastgoedbeleggingsonderneming een *contradictio in terminis*, wat inhoudt dat het eigenlijk óf een vastgoedbelegging moet zijn óf een vastgoedonderneming. Het exploiteren van onroerende zaken kan nooit een belegging én een onderneming zijn.

Van Dijck is in 1976 ingegaan op wat nou het verschil is tussen een belegger en een ondernemer.⁴⁵ Hij stelt dat een belegger natuurlijk ook arbeid moet verrichten en deelneemt in het economisch verkeer wanneer hij een onroerende zaak koopt. Ook streeft de belegger naar rendement op zijn vermogen. Aan alle eisen voor een onderneming is dus voldaan als belegger zijnde. Wat volgens van Dijck het verschil maakt tussen een belegger en een ondernemer moet gezocht worden in de meerwaarde dat een ondernemer met zich meebrengt. Een belegger biedt geen zelf vervaardigde prestatie aan stelt hij. “Een ondernemer heeft de intentie met behulp van kapitaal en arbeid een meerwaarde te creëren door een prestatie op een markt aan te bieden. Een belegger stelt uitsluitend zijn vermogensbestanddelen ter beschikking van derden (aandelen, obligaties, onroerend goed) en ontvangt daarvoor een vergoeding. Hij creëert zelf geen meerwaarde; hij ontvangt alleen een vergoeding, omdat het vermogensbestanddeel zelf een vruchtdrager is.”⁴⁶

Het verschil tussen een ondernemer en belegger moet volgens Van Dijck ook worden gezocht in de vraag of men de intentie heeft een meerwaarde te scheppen. De arbeid moet zijn gericht op waarde creatie waardoor het onroerend goed in een marktpositie kan komen die beter is

⁴⁴ T.M. Berkhout, ‘Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed’, NTFR 2010/1225, p. 4

⁴⁵ J.E.A.M. van Dijck, ‘Vermogensbeheer’, WFR 1976/141.

⁴⁶ J.E.A.M. van Dijck, ‘Vermogensbeheer’, WFR 1976/141, p.5.

dan op het moment dat de arbeid niet verricht zou zijn. Volgens hem zal de verhuur van onroerend goed geen onderneming vormen. Het maakt daarbij niet uit hoe het onroerende goed is gefinancierd. Ook maakt het niet uit dat de eigenaar zelf klein onderhoud pleegt of de huur int. Wanneer het wel als een onderneming kan worden gezien is het moment dat de eigenaar andere werkzaamheden voor de huurder uitvoert, in de vorm van schoonmaken of bijvoorbeeld de bewaking. Maar dan alsnog zal alleen sprake zijn van een onderneming voor dat gedeelte van de exploitatie, aangezien dat de meerwaarde creëert.

In 2007 heeft Te Niet het verschil in ondernemen en beleggen in kaart gebracht door middel van de omstandighedencatalogus die hij heeft beschreven.⁴⁷ Het gebruik hiervan moet de rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid van het recht in algemene zin positief beïnvloeden.⁴⁸ Het beleggingsbegrip komt in verschillende wetten en regelingen voor en een eenduidige formulering is niet aanwezig. Het beleggingsbegrip is een open norm dat in elke wet en regelgeving een eigen invulling heeft gekregen. Te Niet concludeert dat de open norm die bestaat voor het beleggingsbegrip een grote inspanningsverplichting met zich meebrengt voor zowel de wetgever als de rechter. De omstandighedencatalogus kan als hulpmiddel worden gebruikt voor de motivatie van rechters bij bepaalde uitspraken

Hij heeft het meerwaarde criterium van Van Dijck overboord gegooid en vervangen door een integrale activiteitentoets waarin zowel de kwantitatieve als de kwalitatieve elementen van de verrichte arbeid afzonderlijk en in combinatie worden beoordeeld.⁴⁹ De omstandighedencatalogus is opgebouwd uit elementen waaraan de rechter in de jurisprudentie belang hecht. Gedacht moet worden aan⁵⁰:

- Handelingen die niet alleen zijn gericht op het aanhouden van de vermogensbestanddelen en op het behalen van periodieke opbrengsten
- De inzet van marktkennis en relaties

⁴⁷ H.A.J.P. Te Niet, Het beleggingsbegrip in de directe belastingen, Kluwer: Deventer 2007

⁴⁸ H.A.J.P. Te Niet, Het beleggingsbegrip in de directe belastingen, Kluwer: Deventer 2007, p. 72

⁴⁹ H.A.J.P. Te Niet, Het beleggingsbegrip in de directe belastingen, Kluwer: Deventer 2007, p. 71, verwijzing 274

⁵⁰ H.A.J.P. Te Niet, Het beleggingsbegrip in de directe belastingen, Kluwer: Deventer 2007, p. 71

- De aard van de werkzaamheden
- De duurzaamheid van de werkzaamheden
- Het aantal bestede uren
- De werkzaamheden van ingehuurd personeel

Naast deze arbeid gerelateerde omstandigheden kijkt de rechter volgens Te Niet ook naar vermogens gerelateerde omstandigheden zoals:

- De omloopsnelheid van het vermogen
- De samenstelling van het vermogen
- De omvang van het vermogen
- De wijze van financieren

Hij stelt dat wanneer naar aanleiding van deze twee omstandigheden nog geen duidelijke kwalificatie is, ook nog andere factoren van belang worden geacht. Te denken valt aan de administratieve verwerking en of men leeft van de opbrengsten van het vermogen. Al met al lijkt de omstandighedencatalogus een goede oplossing voor de onduidelijkheid die bestaat. Wellicht dat de catalogus nog aangepast kan worden door meer specifiek op de werkzaamheden in te gaan om zo geen ruimte voor interpretatie over te laten.

Volgens Adriaansens en Rozendal moet de nadruk bij het aanmerken van de vastgoedexploitatieactiviteiten als belegging of onderneming op de kwalificatie van de verhuur van de onroerende zaken liggen.⁵¹ De handelsactiviteiten en projectontwikkeling zullen veelal als ondernemingsactiviteit worden aangemerkt. Zij zetten vraagtekens bij het toepassen van het materiële ondernemingsbegrip uit de Inkomstenbelasting bij het gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Zij stellen hierbij dat⁵²: “men sluit voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan bij een fiscaal begrip (het materiële ondernemingsbegrip uit de Inkomstenbelasting), terwijl men een specifiek algemeen-maatschappelijk doel nastreeft, namelijk het voorkomen van liquiditeits- en continuïteitsproblemen en het dienen van het algemeen sociaaleconomisch belang.”

⁵¹ O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, ‘Bedrijfsopvolging en vastgoed’, WFR 2014/1215

⁵² O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, ‘Bedrijfsopvolging en vastgoed’, WFR 2014/1215, p. 6

Als oplossing voor de open norm die thans geldt voor het ondernemingsbegrip met betrekking tot het exploiteren van vastgoed stellen Adriaansens en Rozendal voor om een niet-fiscaal ondernemingsbegrip begrip te hanteren. Hierbij zal de afbakening tussen het wel ondernemen en het niet-ondernemen in vastgoed plaatsvinden aan de hand van de door het CBS ontwikkelde Standaard Bedrijfsindeling (SBI). Hierin is sprake van een hiërarchische indeling van economische activiteiten die in aanmerking komen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Adriaansens en Rozendal gaan ook in op het meerwaardecriterium van Van Dijck en plaatsen enkele kanttekeningen bij deze benadering. Zij menen dat de opvatting dat een onroerende zaak zelf een vruchtdrager is niet geheel juist is. In de huidige tijd moet de eigenaar van de onroerende zaak zelf zoeken naar huurders en andere werkzaamheden verrichten om inkomsten te genereren. Daarnaast zijn Adriaansens en Rozendal het eens met de opvatting van Berkhout dat de bezitter van een onroerende zaak veel meer moet doen dan vroeger om een positief rendement te behalen.

Van Dijck stelt dat nooit sprake kan zijn van een onderneming ten aanzien van de verhuur van de onroerende zaak, ongeacht de financiering of de beheersdaden. Adriaansens en Rozendal zijn het eens met deze stelling. Wel zeggen zij dat het dan gaat om de kale verhuur, wanneer andere prestaties voorkomen zoals onderhoud -en schoonmaakwerkzaamheden of administratie kan wel sprake zijn van een onderneming. In tegenstelling tot Van Dijck stellen zij dat dan sprake is van een onderneming voor de complete exploitatie en niet alleen voor de activiteiten die een meerwaarde creëren. Dit is bevestigd in een uitspraak van de HR.⁵³

De omstandighedencatalogus van Te Niet is een zeer bruikbaar instrument volgens Adriaansens en Rozendal. Zij zeggen het volgende⁵⁴: "De arbeidsgerelateerde omstandigheden vormen ons inziens dan ook een objectieve toets aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een belastingplichtige het (subjectieve) doel heeft om voordelen te behalen, die het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan."

⁵³ HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731

⁵⁴ O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', WFR 2014/1215, p. 5

Albert pleit in zijn artikel voor het stellen van prejudiciële vragen aan de HR, om duidelijkheid te verschaffen over het onderscheid tussen ondernemen en beleggen bij de exploitatie van onroerende zaken.⁵⁵ Hij stelt dat het voor de belastingbetaler duidelijk moet zijn hoe het belastbaar bedrag bepaalt moet worden. De maatstaf die is geschetst in BNB 1994/319⁵⁶ is naar de mening van de auteur onduidelijk en met name niet onderscheidend. Albert legt twee oplossingen voor om het onderscheid te verduidelijken. Hij stelt voor dat de HR de maatstaf verduidelijkt of dat de maatstaf compleet wordt afgeschaft.

3.5 Deelconclusie

Bij de jurisprudentie omtrent het aanmerken van een vastgoed bv als een materiële onderneming, moet gekeken worden naar twee eisen. Sprake moet zijn van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, die is gericht op het deelnemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen. Voor de exploitatie van onroerend goed geldt daarnaast dat de in dat kader verrichte arbeid qua aard en omvang meer moet hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Dit wordt ook wel de plus arbeid-toets en de plus rendement-toets genoemd.⁵⁷

De kwalificatie van de vastgoedexploitatie tot ondernemingsactiviteit of beleggingsactiviteit zorgt voor veel problemen in de hedendaagse jurisprudentie. Het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' vormt het grootste struikelpunt voor de belastingplichtige in het aanmerken van vermogensbestanddelen als ondernemingsvermogen. Dit hoofdstuk heeft getracht de totstandkoming van het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' duidelijk te maken en aan de hand van de meningen van auteurs een duidelijke richtlijn te creëren voor de jurisprudentie welke aan bod zal komen in hoofdstuk 4.

In 1981 is het eerste arrest gekomen waarin het exploiteren van vastgoed als onderneming wordt gezien. De strekking van het arrest houdt in dat de arbeid die plaats heeft gevonden

⁵⁵ P.G.H. Albert, 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', WFR 2016/184

⁵⁶ HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731

⁵⁷ T.C. Hoogwout, 'fictieve materiele onderneming in het kader van verhuur', ftV augustus 2018

onmiskkenbaar ten doel heeft een voordeel te behalen die het rendement dat een belegger zou kunnen halen te boven gaat. Ook in het arrest uit 1994 is naar voren gekomen dat de HR heeft beslist dat geen sprake is van normaal vermogensbeheer maar dat de aard van de werkzaamheden leiden tot een dermate hoog rendement dat sprake is van ondernemen. Met betrekking tot de exploitatie van het onroerend goed zijn ook arresten geweest waarin een scheidingslijn is getracht te creëren met wat nu als beleggen wordt gezien. Zo is de wil niet beslissend maar de wijze van exploitatie beslissend voor het aanwezig zijn van een onderneming. Het alleen innen van de huur, het onderhoud en toezicht op de panden is daarnaast niet genoeg om van meer dan normaal vermogensbeheer te spreken. Uit het arrest in 1996 is gebleken dat alleen gekeken mag worden naar de werkzaamheden die nadat de verbouwing is voltooid hebben plaatsgevonden om te kunnen spreken van een materiële onderneming.

De Staatssecretaris van Financiën spreekt van een feitelijke kwestie wanneer het om de materiële onderneming gaat. Beoordeeld zal moeten worden aan de hand van de feiten in het onderhavige geval. Berkhout spreekt van een open norm voor het verhuren van vastgoed. Hij geeft aan dat gericht moet worden op meerwaarde creatie boven het nettorendement van een normale belegger. Van Dijck is het eens met deze stelling en zegt dat gekeken moet worden naar de arbeid en de invloed daarvan op het onroerend goed en de marktpositie daarvan. Alleen de verhuur van onroerende goederen zal volgens hem nooit een materiële onderneming vormen. Te Niet heeft in 2007 een omstandighedencatalogus opgebouwd waarin de gedachtegang van de rechter naar voren komt. Dit kan als hulpmiddel worden gebruikt door zowel de belanghebbende als de Inspecteur. Adriaansens en Rozendal pleiten voor een niet-fiscaal ondernemingsbegrip waarin gekeken wordt naar een hiërarchische indeling van economische activiteiten welke in aanmerking komen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Albert is voorstander van het stellen van prejudiciële vragen aan de HR om duidelijkheid te verschaffen over deze lastige kwestie omtrent de exploitatie van vastgoed.

4. Vastgoedexploitatie en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

4.1 Inleiding

Hoofdstuk 3 is ingegaan op het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ en de totstandkoming van dit begrip aan de hand van de jurisprudentie van voor 2001. Ook hebben verschillende auteurs hun invulling gegeven aan dit begrip en hoe dit samenhangt met de exploitatie van vastgoed. Vooral de plus arbeid-toets en het plus rendement-toets blijken cruciaal voor het aanmerken van ondernemingsvermogen wat gebruik kan maken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

De discussie tussen het ondernemen en het beleggen is een veel gehoorde discussie tussen de belanghebbende en de fiscus. De belangen zijn heel groot. Het gebruikmaken van de doorschuiffaciliteiten zorgt immers voor een gemis in de schatkist van de netto contante waarde van de toekomstige belasting terwijl bij de BOR sprake is van volledige afstel van belastingbetaling. De uitkomst is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het onderhavige geval. Een grote bewijslast rust op de belanghebbende. Ook de houding van de fiscus is van belang. In de praktijkhandreiking⁵⁸ is de nadruk gelegd op de bewijslast bij de belastingplichtige. Verzoeken voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wanneer sprake is van verhuur van vastgoed worden eigenlijk altijd afgewezen. De discussie tussen het ondernemen en het beleggen mondt dus steeds vaker uit in een rechtszaak.

In hoofdstuk 4 zal aan de hand van recente jurisprudentie gekeken worden hoe beslist wordt omtrent de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en het exploiteren van vastgoed. Jurisprudentie zal besproken worden welke direct samenhangen met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en aan de hand daarvan zal gekeken worden hoe in deze verschillende arresten beslist wordt. Zowel positieve als negatieve uitkomsten zullen aan de orde komen. Stilgestaan zal worden bij de rode lijn die door de jurisprudentie naar voren komt met betrekking tot de arbeidscomponent. Geconcludeerd zal worden met een beschrijving van wat nu eigenlijk belangrijk is voor de fiscus en het toelaten van de BOR met betrekking tot de exploitatie van onroerende goederen.

⁵⁸ ‘Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten’, Belastingdienst, 1 juni 2016

4.2 Positieve uitspraak na 2010 omtrent de exploitatie van vastgoed

4.2.1 Hof Den Haag 20 december 2013⁵⁹

In dit arrest is sprake van een erflaatster die in 2009 overleden is. Zij was getrouwd en had drie kinderen. In het testament heeft zij ieder een deel toegewezen van de verschillende bv's waarin onroerend goed wordt verhuurd. De man verrichte 25 uur per week en een zoon verrichte meer dan 50 uur per week werkzaamheden in de verschillende bv's.

De belanghebbende stelt dat sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer en dat daarom de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing zijn. Gewezen wordt op de persoonlijke relatie die met de huurders wordt onderhouden. Kennis is in grote mate aanwezig, waardoor een prominente plaats is bemachtigd op de markt. De rechtbank oordeelt dat niet aannemelijk is gemaakt dat voordelen te verwachten zijn die het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaan.

Het Hof stelt dat sprake is van een aanzienlijke waarde van de vastgoedportefeuille, waardoor werkzaamheden worden verricht met betrekking tot het zoeken van huurders, huurprijzen vaststellen, het voeren van correspondentie, contacten onderhouden, onderhoud beoordelen, nieuw onroerend goed aankopen en veel kennis wordt vergaard. Door deze omstandigheden stelt het Hof dat weldegelijk sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het Hof let tevens op het feit dat jarenlange expertise bestaat bij de vader en de zoon. Hierdoor stelt het Hof dat door hun persoonlijke interactie met de huurders een hoger rendement wordt behaald. Dit alles leidt tot het aanwezig zijn van een materiële onderneming. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden van toepassing geacht en het hoger beroep wordt gegrond verklaard.

Wat opmerkelijk te noemen is, is het feit dat met betrekking tot de arbeidscomponent vooral de kennis en ervaring meegenomen wordt in het oordeel van het Hof. Het aantal uur wat gemoeid is met de onderneming is van ondergeschikt belang in deze uitspraak. De doorslag ligt volgens deze uitspraak vooral op de kennis die aanwezig is bij de belanghebbende en hoe deze tot uiting wordt gebracht.

⁵⁹ Hof Den Haag, 20 december 2013, nr. 12/00757, V-N 2014/8.22, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083

4.2.2 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014⁶⁰

In de casus is sprake van een schenking van één aandeel in een vastgoed bv door de ouders van belanghebbende. Belanghebbende had bij de schenking een beroep gedaan op de BOR. Dit beroep is door de Inspecteur genegeerd en zodoende is een aanslag opgelegd zonder rekening te houden met de BOR. De Inspecteur stelt dat geen onderneming gedreven wordt. Het bezwaar van de belanghebbende is afgewezen en het beroep is door de rechtbank ongegrond verklaard.

De vader van belanghebbende is makelaar van beroep en verricht voor 30 uur per week werkzaamheden in de vastgoed bv. 4 uur wordt besteed aan de administratie en de boekhouding. De vastgoed bv bezit een 5% belang in een vof, waarin de belanghebbende en haar echtgenoot de overige aandeelhouders zijn, en een 1/3 aandeel in een andere vof. Het overige aandelenkapitaal in laatstgenoemde vof is in bezit van een aannemer en een installatiebedrijf. De bedrijven richten zich op makelaardij en assurantie activiteiten. Ook is grond aangekocht waarop een bedrijfsverzamelgebouw is gebouwd dat deels verhuurd wordt.

De werkzaamheden die zich voordoen in de 'moeder vastgoed bv' bestaan uit de aan- en verkoop van vastgoed, het realiseren van bouwprojecten, marktonderzoek plegen, onderhandelingen, inspecties, verbouwingen en onderhoud, het regelen van financiering en daarnaast de gewoonlijke administratie zoals het innen van de huur en het verzorgen van de huurcontracten.

Het Hof is van mening dat de aard en omvang van de werkzaamheden die de vader van belanghebbende verricht, onmiskenbaar ten doel heeft een hoger rendement na te streven dan hetgeen een belegger zou nastreven. Gewezen wordt op het netwerk dat door de belanghebbende tot stand is gebracht en nog steeds wordt gebruikt voor het realiseren van projecten. De arbeid die hiermee gemoeid is wordt gezien als het nastreven van het hogere rendement dat nodig is voor het aanwezig zijn van een materiële onderneming. Het Hof acht ook van belang het financieren van de projecten met vreemd vermogen en het als bouwopzichter optreden door de vader van belanghebbende.

Het is vreemd dat in deze uitspraak het Hof geen waarde hecht aan de cijfers die zowel

⁶⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden, 8 april 2014, nr. 13/00473, V-N 2014/19.18, ECLI:NL:GHARL:2014:2901

belanghebbende als de Inspecteur hebben ingebracht. Het Hof stelt hierbij dat dit maar beperkt bruikbaar is en dat de verwachting van het behalen van een meer dan normaal vermogensrendement niet neergeslagen hoeft te zijn in eerder behaalde resultaten. Het Hof oordeelt dan ook dat ten tijde van de schenking sprake is van een onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet Inkomstenbelasting 2001. De BOR is dus van toepassing op de verkrijging van belanghebbende. Het hoger beroep wordt gegrond verklaard.

Ook in deze uitspraak is de arbeidscomponent vooral gericht op de werkzaamheden zelf en niet per se de tijd die hieraan besteed wordt. Wel valt op te merken dat, in tegenstelling tot de uitspraak van het Hof in 2013, in deze uitspraak in grotere mate sprake is van arbeid dat zich richt op het nastreven van een hoger rendement, niet alleen de interactie met huurders.

4.2.3 Hoge Raad 15 april 2016⁶¹

Nadat het Hof Arnhem-Leeuwarden⁶² heeft beslist dat sprake is van het drijven van een materiële onderneming door belanghebbende heeft de Staatssecretaris van Financiën beroep in cassatie ingesteld.⁶³ Dit arrest is een van de eerste uitspraken die door de HR is gedaan met betrekking tot het aanwezig zijn van een materiële onderneming door een vastgoed bv en zodoende het kunnen beschikken over de BOR voor de aandelen in de bv.

Ouders van de belanghebbende zijn certificaathouders van een stichting. Deze stichting houdt 100% van de aandelen in de vastgoed bv. Deze bv houdt op zichzelf 100% van de aandelen in meerdere vennootschappen en kleinere belangen in andere vennootschappen. De ouders hebben in 2009 een honderdste deel van een certificaat geschonken aan belanghebbende. In totaal heeft de vastgoed bv een portefeuille van 350 onroerende zaken met bijna 900 huurcontracten op 143 locaties met een geschatte waarde van 700 miljoen euro. Uit de feiten kan daarnaast worden vastgesteld dat 16 personen in dienst zijn en sprake is van een commerciële, juridische, administratieve en een technische afdeling.

⁶¹ Hoge Raad, 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166, ECLI:NL:HR:2016:633

⁶² Hof Arnhem-Leeuwarden, 12 mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/34.1.4, ECLI:NL:GHARL:2015:3505

⁶³ De handreiking vastgoedexploitanten die naar aanleiding van een WOB-procedure in december 2016 is gepubliceerd bevat dezelfde argumenten als dit cassatieberoepschrift. Vooral gelet op de vergelijkingsmaatstaf met betrekking tot het rendement dat wordt behaald.

Belanghebbende stelt dat verschillende werkzaamheden worden uitgevoerd. Het betreft de verhuur van de onroerende zaken, aankoop en verkoop, ontwikkeling en herontwikkeling als ook korte termijnhandel in onroerende zaken. De exploitatie richt zich op A1-locaties, waardoor gezocht wordt naar het maximaliseren van de groei en het rendement. Zoveel mogelijk wordt gebruik gemaakt van externe financiering. Sprake is van eigen arbeid en personeel, specialistische kennis, voldoende capaciteiten en relaties.

De Inspecteur daarentegen stelt dat inderdaad sprake is van materiële ondernemingsactiviteiten maar dat 90% van de waarde van de aandelen als beleggingsvermogen aangemerkt kan worden. De omvang van de vastgoedportefeuille doet hier niet aan af. Daarnaast stelt de Inspecteur dat niet op het indirecte rendement van het onroerend goed hoeft te worden gelet. Het Hof is het hier niet mee eens en stelt dat zowel een belegger als een ondernemer let op de prijsontwikkeling van het onroerend goed. Het Hof stelt dat het rendement wat over de periode 1990 tot en met 2009 op ten minste 20% moet worden geschat, hetgeen het opkomende rendement dat bij normaal vermogensbeheer te verwachten valt te boven gaat. De vergelijking van de Inspecteur met de ROZ/IPD Nederlandse Vastgoedindex is volgens het Hof niet bruikbaar.

Het Hof concludeert dat door de kennis en ervaring, de verbouwing waarop toezicht werd gehouden en het inhuren van externe deskundigen, gesproken kan worden van een materiële onderneming. Het hoger beroep wordt door het Hof gegrond verklaard. De HR heeft het beroep in cassatie van de Staatssecretaris van Financiën ongegrond verklaard en is het eens met de beslissing van het Hof om te spreken van het drijven van een materiële onderneming en dat zodoende gebruik kan worden gemaakt van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Wederom komt uit deze uitspraak naar voren dat de arbeid vooral ziet op de kwaliteit en niet de kwantiteit van de arbeid. Wel is door de grote vastgoedportefeuille sprake van arbeid door verschillende werknemers. De grote van de vastgoedportefeuille lijkt de doorslag te geven in deze uitspraak, daarbij wordt uitgegaan van arbeid dat in grote mate gericht is op het behalen van een hoger rendement. Hier valt ook wel iets van te zeggen omdat de vastgoed bv mede zo groot kan zijn en geworden is door de arbeid die aanwezig is.

4.2.4 Hof Den Haag 19 juli 2017⁶⁴

In 1982 is een bv opgericht door de heer en mevrouw en in 1997 zijn de aandelen gecertificeerd. Mevrouw houdt 1 certificaat die zij in 2014 aan de belanghebbende schenkt. De vastgoed bv houdt zowel directe als indirecte belangen in meerdere vennootschappen waarin verschillende werkzaamheden plaatsvinden. Deze werkzaamheden bestaan uit projectontwikkeling, bouw -en verhuuractiviteiten. In de vastgoed bv bevinden zich 48 projecten, 18 panden en 2 bouwkavels met een waarde van meer dan 24 miljoen euro. Een verzoek wordt gedaan tot toepassing van de BOR, maar deze wordt door de Inspecteur alleen toegestaan voor het vermogen dat dienstbaar is aan de bouwactiviteiten.

De belanghebbende stelt dat sprake is van het exploiteren van vastgoed in een zodanige vorm dat gesproken kan worden van een materiële onderneming. De arbeid is van dien aard en omvang dat het redelijkerwijs te verwachten rendement hetgeen normaal geacht wordt te boven gaat. Ook stelt de belanghebbende dat 7 werknemers in dienst zijn. Deze werknemers hadden voor ongeveer 18% van hun arbeid te verrichten met betrekking tot de projectontwikkeling en de bouwactiviteiten. Het rest van de arbeid, 82%, werd verricht met betrekking tot de verhuur van het vastgoed. De rechtbank oordeelt dat de belanghebbende niet geslaagd is in het aannemelijk te maken dat de werkzaamheden van de werknemers toe te rekenen zijn aan de exploitatie van het onroerend goed in zijn geheel.

De Inspecteur heeft bij zijn behandeling een onderscheid gemaakt tussen de ontwikkeling van nieuwe projecten en de exploitatie daarvan. Volgens de belanghebbende staan deze twee met elkaar in samenhang omdat door het een de ander verwezenlijkt kan worden. Het Hof steunt dit en vermeld daarbij dat het rendement wordt veroorzaakt niet alleen door het kapitaal maar juist door de arbeid die wordt verricht. Sprake is van het drijven van een materiële onderneming door alle vormen van activiteiten die in de bv worden uitgevoerd. Ook de ervaring, kennis en de persoonlijke betrokkenheid zorgen voor het behalen van een hoger rendement.

Dit alles leidt tot het aanmerken van ondernemingsvermogen voor alle certificaten van aandelen die gehouden worden in de bv. Aansprak kan dus worden gedaan op het toepassen van de BOR. Het hoger beroep is gegrond verklaard en de aanslag is door het Hof vernietigd.

⁶⁴ Hof Den Haag, 19 juli 2017, nr. 16/00373, V-N 2017/62.20, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429

Deze uitspraak is zeer interessant, omdat het een van de eerste uitspraken is waarbij de gehele arbeid de doorslag geeft in het voldoen aan de materiële onderneming eis. Het is daarnaast opmerkelijk om te zien dat de rechtbank oordeelt dat de belanghebbende niet geslaagd is om duidelijk te maken dat de werkzaamheden toe te rekenen zijn aan de exploitatie omdat toch duidelijk is aangegeven wat voor werkzaamheden zijn verricht en voor welk gedeelte deze zien op het vastgoed.

4.2.5 Hof Den Haag 3 april 2018⁶⁵

De vader van belanghebbende heeft in 1991 een bv opgericht en daarbij meerdere vennootschappen ingebracht. In de statuten staan de werkzaamheden van de bv, waaronder het beheren, exploiteren en het beleggen van onroerend goed. In 2013 hebben de ouders van belanghebbende aan zowel belanghebbende als zijn broer een aandeel in de bv geschonken. Door belanghebbende is een beroep gedaan op de BOR. De rechtbank heeft geoordeeld dat de werkzaamheden bestaan uit de dagelijkse leiding over projecten, contacten onderhouden en het actief zoeken naar nieuwe mogelijkheden voor de bouw en verbouw.

De rechtbank heeft met betrekking tot deze activiteiten geoordeeld dat sprake is van werkzaamheden die omvangrijker zijn dan bij normaal vermogensbeheer aannemelijk is. Ook wordt de nadruk gelegd op het feit dat door de ontwikkeling van voor de verkoop bestemde objecten een groter risico wordt gelopen. De Inspecteur is in hoger beroep gegaan tegen de uitspraak van de rechtbank. Het Hof geeft aan dat het van belang is dat wordt gekeken naar de activiteiten die zich afspelen in alle maatschappen en vennootschappen waarin een ab wordt gehouden. Wanneer een ab korter dan vijf jaar bestaat hoeft deze vennootschap niet meegenomen te worden in het oordeel.

Het Hof maakt een vergelijking met de plus arbeid-toets uit de uitspraak van de HR in het arrest van 15 april 2016.⁶⁶ Sprake is van een omvangrijke vastgoedportefeuille binnen de vennootschappen waarin verhuurd wordt en waar over de jaren heen verbetering plaatsvindt aan het vastgoed. Dit alles gaat zeer professioneel en de belanghebbende en zijn familie zijn daar ook voortdurend mee bezig. Geconcludeerd kan worden dat daardoor sprake is van de plus arbeid-toets en dat dus meer arbeid verricht wordt dan bij normaal vermogensbeheer.

⁶⁵ Hof Den Haag, 3 april 2018, nr. 17/00030, V-N 2018/44.10, ECLI:NL:GHDHA:2018:794

⁶⁶ Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166, ECLI:NL:HR:2016:633

Een overrendement is aanwezig van 3% boven het gemiddelde in dezelfde markt, zodat ook aan de plus rendement-toets wordt voldaan volgens het Hof.

Het Hof gaat dus niet geheel verassend mee met de uitspraak van de rechtbank en concludeert dat sprake is van het drijven van een materiële onderneming. Het hoger beroep is ongegrond verklaard, en de belanghebbende heeft dus recht op de BOR. Het lijkt uit deze uitspraak door te schemeren dat een redelijke scheidslijn bestaat voor de grote vastgoed bv's. Deze zullen veelal worden gezien als een materiële onderneming door de aanwezigheid van veel projecten waarover ook leiding wordt gegeven. Wanneer geen sprake is van het zoeken naar nieuwe mogelijkheden voor de groei van de portefeuille zal hoogstwaarschijnlijk geoordeeld worden dat geen sprake is van een materiële onderneming.

4.3 Negatieve uitspraak na 2010 omtrent de exploitatie van vastgoed

Naast de jurisprudentie waarin positief is geoordeeld met betrekking tot het toepassen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn ook uitspraken waarin de belanghebbende niet geslaagd is in het aannemelijk maken dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Ik zal hierna een aantal uitspraken bespreken waarin negatief is geoordeeld omtrent de kwalificatie van de vastgoedexploitatie.

4.3.1 Rechtbank Oost-Nederland 5 maart 2013⁶⁷

In 2011 heeft de vader van belanghebbende een aandeel aan zijn dochter geschonken. De dochter heeft bij de aangifte een beroep gedaan op de BOR. In de bv worden onroerende goederen verhuurd. De opbrengsten bedragen € 300.000 per jaar en sprake is van 20 tot 25 panden met een waarde tussen € 5.000.000 en € 6.000.000. Dochter geeft aan dat sprake is van een aantal werkzaamheden binnen de bv. Vakantiewoningen in Turkije worden verkocht en onderhandelingen worden gevoerd met de banken in verband met nieuwe financieringsopties en gesprekken vinden plaats met huurders. Ook is sprake van aankoop van nieuwe grond en het kopen, bouwen en verbouwen van panden. Daarnaast wordt de administratie gevoerd en is projectontwikkeling aanwezig. In de pleitnota noemt de belanghebbende daarnaast dat een industrieterrein wordt geëxploiteerd samen met

⁶⁷ Rechtbank Oost-Nederland, 5 maart 2013, nr. 12/1097, V-N 2013/20.18, ECLI:RBONE:2013:BZ4028

aannemers. De bv heeft een notariskantoor tot een ziekenhuis verbouwd en daarna verhuurd. Ook zijn woonwinkelpanden omgebouwd tot woongelegenheden met daarbij een winkel in het voorhuis. De Inspecteur heeft geoordeeld dat geen onderneming gedreven wordt in de bv en dat geen aanspraak kan worden gedaan op de BOR. Dochter geeft aan dat haar vader altijd makelaar/taxateur is geweest en dat hij daardoor ervaring en een goed netwerk bezit.

De rechtbank beslist dat de werkzaamheden die worden ingevuld in de bv tot het normale vermogensbeheer behoren en dat geen sprake kan zijn van een onderneming in materiële zin. Ook heeft de belanghebbende niet aannemelijk gemaakt dat de verbouwingen op zichzelf bezien een onderneming vormen. Ook de werkzaamheden door de vader en de belanghebbende vinden geen waarheid in het oog van de rechtbank. De belanghebbende heeft het niet kunnen onderbouwen en het niet aanwezig zijn van een beloning voor haar werkzaamheden laat niet zien dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het rendement wat is behaald in de bv is ook niet onderbouwd en ook zou het rendement te laag zijn voor het aanwezig zijn van een materiële onderneming. Over 2011 had de bv een resultaat van € 56.322, dit bezien op de waarde van de onroerende zaken geeft een rendement van ongeveer 1%. De vakantiewoningen in Turkije hebben tot dusver ook nog geen inkomsten gegenereerd.

Al met al heeft belanghebbende niet aannemelijk kunnen maken dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer en is het beroep ongegrond verklaard. Wat vooral opvalt is dat zij geen onderbouwingen heeft voor haar uitspraken. De bewijslast ligt volledig bij de belanghebbende en zij moet dus zorgen voor voldoende feiten en omstandigheden om te kunnen spreken van het aanwezig zijn van een materiële onderneming voor het toepassen van de BOR.

Het is opmerkelijk te noemen dat de rechtbank in deze uitspraak oordeelt dat geen sprake is van een materiële onderneming. Gelet op de uitspraken waarin wel positief is geoordeeld met betrekking tot het toepassen van de BOR, zijn geen grote verschillen aan te merken waarbij precies aangegeven kan worden dat geen sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Wellicht moet de onderbouwing van bepaalde gegevens meer gedetailleerd met bijvoorbeeld cijfers van opbrengsten of kosten die gemaakt worden. Vooral na 2013 zijn positieve

uitspraken gedaan met betrekking tot dit soort bv's, waarin arbeid met betrekking tot de projectontwikkeling plaatsvindt. Hoogstwaarschijnlijk had deze casus meer kans van slagen gehad in de huidige tijd, gezien op de positieve uitspraken.

4.3.2 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013⁶⁸

Erflater en tevens vader van de belanghebbende had alle aandelen van een holding bv met daarin 15 panden welke allemaal verhuurd zijn. De vader was directeur en als enige werkzaam in de bv. De belanghebbende heeft aangevoerd dat sinds de pensionering van de vader, de vader zich meer dan voor zijn pensionering bezig heeft gehouden met de vastgoedportefeuille in de bv. Mede door zijn zakelijke contacten heeft hij vastgoed van hoge kwaliteit kunnen bemachtigen. Dit zou gezorgd hebben voor het feit dat de bv een hoger rendement heeft behaald dan in de markt normaal is. De vader stelde zelf de huurovereenkomsten op en zocht zelf naar de huurders. Ook zou hij door zijn netwerk het onderhoud goedkoper hebben kunnen uitvoeren en heeft hij een bestemmingswijziging doorgevoerd van een kantoor naar woongelegenheden.

Het Hof stelt dat het aankopen en verkopen van de panden zo beperkt was dat geen sprake kon zijn van een uitoefening van een materiële onderneming. In een periode van 27 jaar zijn in totaal 15 panden gekocht en 7 verkocht. Ook zijn de rendementsgegevens van de belanghebbende niet correct omdat deze niet vergeleken kunnen worden met de marktgegevens. De waardeinstijgingen en waardedalingen van het vastgoed ontbreken in de gegevens van de belanghebbende. Alle activiteiten die door de belanghebbende zijn aangehaald om te spreken van meer dan normaal vermogensbeheer zijn te licht bevonden door het Hof. Daarnaast wijst het Hof op de bestemmingswijziging die, in totaal maar een keer heeft plaatsgevonden in 19 jaar, te incidenteel is bevonden om te spreken van een activiteit die kwalificeert als een materiële onderneming. De werkzaamheden die zijn uitgevoerd in de panden is niet van zodanige aard dat hiermee is getracht een voordeel te behalen, welke het rendement van een normale belegger te boven gaat.

⁶⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden, 5 november 2013, nr. 12/00702, V-N 2013/2650, ECLI:NL:GHARL:2013:8439

Het Hof komt tot het oordeel dat het hoger beroep ongegrond is en dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat geen sprake is van het drijven van een materiële onderneming. Geen recht op toepassing van de BOR bestaat voor de belanghebbende. De belanghebbende heeft gesteld dat wanneer geen recht op de BOR bestaat zij op grond van het gelijkheidsbeginsel alsnog toepassing van de regeling wilt. Het Hof heeft dit ook verworpen met verwijzing naar de uitspraak van het Hof van 5 maart 2013⁶⁹.

Waar het in dit arrest vooral om gaat is het tijdsbestek waarin de aankoop en de verkoop heeft plaatsgevonden. Door de tijd zijn maar 22 transacties geweest wat als zodanig incidenteel is geacht door het Hof dat geen sprake is van echt ondernemerschap. Doordat de rendementsgegevens niet op orde waren kon hier ook geen waarde aan worden gehecht. Wellicht had een grotere kans van slagen bestaan wanneer dit wel het geval was en de nadruk meer had gelegen op de werkzaamheden die door de vader werden verricht. Deze werkzaamheden waren te gering en wellicht te passief om echt van meer dan normaal vermogensbeheer te spreken.

4.3.3 Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018⁷⁰

Dit arrest ziet op de verkrijging van certificaten van aandelen door de nabestaanden in een vastgoed bv. In de bv zijn 42 werknemers in dienst in verschillende afdelingen zoals de financiën, de juridische zaken, secretariaat, makelaardij, marketing, projectontwikkeling en een technische kant. De vastgoed bv bezit ongeveer 300 objecten met daarin 2800 verhuurbare eenheden. De Inspecteur heeft in de bezwaarfase een uitgebreid onderzoek gedaan naar de activiteiten binnen de bv. Tussen de partijen is geen overeenstemming gekomen met betrekking tot de kwalificatie van de verhuuractiviteiten als materiële onderneming voor de toepassing van de BOR. Het is de vraag of met het gehele vermogen een onderneming wordt gedreven of alleen met het gedeelte dat ziet op de projectontwikkeling.

⁶⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden, 5 maart 2013, nr. 12-00183, V-N 2013/15.20, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5017

⁷⁰ Rechtbank Noord-Holland, 26 juni 2018, nr. 16/3544, V-N 2018/49.2.3, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635

De belanghebbende geeft hierbij aan dat de dermate grote vastgoedportefeuille een hoge mate van professionaliteit, in de bv zelf, eist en dat daarom ook een hoger rendement verwacht wordt. Sprake is van een actieve vorm van arbeid in de commerciële sectie waardoor nieuwe huurders en panden gevonden kunnen worden. De Inspecteur stelt dat alleen het gedeelte dat met projectontwikkeling te maken heeft als materiële onderneming kan worden aangemerkt. De belanghebbende zou niets hebben aangevoerd waaruit blijkt dat de verhuuractiviteiten een echte onderneming vormen. De werkzaamheden voor de verhuur zouden vooral door het ondergeschikte personeel uitgevoerd zijn. Ook zou uit het onderzoek niets naar voren zijn gekomen waaruit blijkt dat de belanghebbende een hoger rendement beoogde, dan bij normaal vermogensbeheer zou zijn gerealiseerd.

De rechtbank oordeelt dat de maatstaf welke de Inspecteur heeft gebruikt met betrekking tot het aanwezig achten van een materiële onderneming omtrent de projectontwikkeling juist is.⁷¹ Daarnaast oordeelt de rechtbank dat de belanghebbende niet geslaagd is om aannemelijk te maken dat de verhuuractiviteiten zodanig zijn dat een bovennormaal rendement behaald wordt. De omvang van het personeel zegt niets over de meerarbeid die vereist zou moeten zijn. Belanghebbende is niet geslaagd om aannemelijk te maken dat het ondernemingsvermogen uitgebreid moet worden met de verhuuractiviteiten.

Waar het in deze casus fout loopt is de bewijslast die op de belanghebbende rust, aangezien zij aanspraak doet op de BOR. De belanghebbende heeft niet duidelijk naar voren laten komen dat een daadwerkelijke rendementsdoelstelling was die het rendement dat bij normaal vermogensbeheer opkomt te boven gaat. Mocht dit wel naar voren zijn gekomen, dan had de belanghebbende sterker in deze casus gestaan. Uit de casus kan wel worden afgeleid dat het aanmerken van projectontwikkeling als ondernemingsvermogen veel gemakkelijker is dan bij de verhuur van de onroerende goederen. Gelet op de arbeidscomponent is het vreemd dat in 2016 en 2018 in een soortgelijke casus wel sprake was van een materiële onderneming. Een groot verschil is niet te onderscheiden, naast het uitvoerige onderzoek in deze uitspraak. De scheidslijn bij omvangrijke vastgoed bv's leek vastgesteld, maar deze uitspraak laat eigenlijk blijken dat dit nog niet helemaal het geval is.

⁷¹ Hoge Raad, 10 maart 2017, nr. 16/04190, BNB 2017/114, ECLI:NL:HR:2017:396

4.3.4 Hof Amsterdam 3 juli 2018⁷²

De erflater is in 2011 overleden en heeft als erfgenamen zijn echtgenote, twee zonen en een dochter. De twee zonen zijn de belanghebbende en zij hebben ieder de helft van één derde van de aandelen verkregen met een waarde van € 306.564,85. De onroerende zaken die deel uitmaken van het vermogen van de bv zijn door de broer van de erflater en de erflater zelf ontwikkeld. De broer was verantwoordelijk voor de bouw van het onroerend goed.

De werkzaamheden door de zonen hebben betrekking op het verhuren van woningen, garages en bedrijfsruimten, administratie, contacten onderhouden, reparaties regelen, beoordelen van het onderhoud en de aankoop en het ontwikkelen van nieuwe projecten. De rechtbank heeft geoordeeld dat het geheel van werkzaamheden van dien aard is dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Aandacht wordt mede besteed aan het feit dat een aanzienlijk deel van de projecten is gefinancierd door de banken, welke zo een hoge financiering bij normaal vermogensbeheer niet zouden toestaan.

Een ander argument dat de rechtbank aanhaalt is het causaal verband tussen de meerarbeid en het behaalde resultaat. Hier kan gedacht worden aan het meerwaarde criterium van Van Dijk uit hoofdstuk 3. De rechtbank is van mening dat de arbeid die belanghebbende heeft verricht kwalificeert als zijnde het hebben van meerwaarde voor de onderneming.

Hof Den Haag daarentegen acht het hoger beroep van de Inspecteur gegrond en vernietigd de uitspraak van de rechtbank⁷³. De projectontwikkeling die plaatsvindt is qua omvang te beperkt om te kunnen spreken van het drijven van een onderneming. De werkzaamheden komen daarnaast ook in te grote mate overeen met de gebruikelijke werkzaamheden zoals onderhoud, verhuur en verkoop van onroerend goed. De belanghebbenden hebben omtrent het te verwachte rendement te weinig informatie verstrekt waaruit kan blijken dat sprake is van een meer dan normaal rendement. Dit alles leidt voor het Hof tot de conclusie dat de belanghebbenden niet aannemelijk hebben gemaakt dat de vennootschap een onderneming drijft in de zin van artikel 35c Successiewet 1956.

⁷² Hof Amsterdam, 3 juli 2018, nr. 17/00327, V-N 2018/65.12, ECLI:NL:GHAMS:2018:3294

⁷³ Hof Den Haag, 1 juli 2016, nr. 14/00838 en 14.00839, V-N 2016/47.1.2, ECLI:NL:GHDHA:2016:2167

De HR heeft geoordeeld dat het Hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd⁷⁴. De HR stelt dat gekeken moet worden naar de ontwikkelingsactiviteiten op zichzelf en of die activiteiten kunnen worden aangemerkt als zijnde het drijven van een materiële onderneming. De relatieve omvang van de projectontwikkelingsactiviteiten ten opzichte van de activiteiten met betrekking tot de verhuur is niet van belang. Het beroep in cassatie wordt daarom ook als gegrond verklaard en de uitspraak van het Hof wordt vernietigd. Het geding wordt doorverwezen naar het Gerechtshof Amsterdam.

Hof Amsterdam oordeelt dat de ontwikkelingsactiviteiten niet van dien aard zijn om te kunnen spreken van een onderneming in de zin van de BOR⁷⁵. In deze verschillende uitspraken van zowel de rechtbank, HR als het Hof komt duidelijk naar voren dat geen eenduidig kader bestaat omtrent het aanmerken van een onderneming voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

De werkzaamheden zijn bestempeld als de gebruikelijke werkzaamheden die gemoeid zijn met onroerend goed. Hier lijkt dus wederom in te worden gegaan op andere beslissingen die positief uitpakken voor de belastingplichtige. De projectontwikkeling is te beperkt qua omvang, wat wellicht aan kan geven dat het Hof hier op let wanneer de gehele onderneming aangemerkt dien te worden als zijnde materieel van aard. Waar in eerdere arresten sprake was van een grotere omvang van deze projectontwikkeling, werd veelal positief beoordeeld voor de belastingplichtige. Het lijkt dus vooral om deze projectontwikkeling te gaan waarin door de belanghebbende een meer dan normaal rendement beoogd kan worden.

4.4 Deelconclusie

In de 'Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten' is opgenomen dat de verhuur van onroerende goederen altijd als een beleggingsactiviteit wordt gezien. Dit staat lijnrecht tegenover de arresten die thans zijn uitgesproken waarin de exploitatie van onroerende goederen wel als onderneming wordt gezien. In dit hoofdstuk staat de jurisprudentie van na 2010 centraal. Hierin zijn zowel positieve als negatieve uitspraken geweest en vooral het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' uit hoofdstuk 3 is uitvoerig besproken. Gekeken is of de rechter nu een duidelijke scheidslijn heeft gecreëerd waardoor het voor de vastgoedexploitanten duidelijk wordt wat nu de gevolgen voor de

⁷⁴ Hoge Raad, 10 maart 2017, nr. 16/04190, BNB 2017/114, ECLI:NL:HR:2017:396

⁷⁵ Hof Amsterdam, 3 juli 2018, nr. 17/00327, V-N 2018/65.12, ECLI:NL:GHAMS:2018:3294

toepassing van de BOR zijn van de exploitatie. Vooral de arbeidscomponent geldt als een leidraad door de uitspraken heen.

In 2013 is een positief arrest gewezen waarin duidelijk is geworden dat jarenlange expertise een 'must' is voor het aanwezig zijn van een onderneming. Ook de persoonlijke interactie met huurders heeft gezorgd voor een hoger rendement door de vastgoedexploitanten. Tevens is het in 2014 naar voren gekomen dat een uitgebreid netwerk positief kan uitpakken voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Dit uitgebreide netwerk zorgt voor arbeid dat zodanig is dat hiermee een hoger rendement wordt nagestreefd. Opmerkelijk te noemen is dat het Hof in desbetreffende uitspraak geen waarde hecht aan cijfers omtrent het rendement dat is behaald. De verwachting van het rendement hoeft niet neergeslagen te zijn in cijfers. Dit is anders in de uitspraak van 3 april 2018, waarin het Hof wel een vergelijking heeft gemaakt met de ROZ/IPD Nederlandse Vastgoedindex.

Uit het arrest van 15 april 2016 kan geconcludeerd worden dat door het aanwezig zijn van verschillende afdelingen, kennis en ervaring bij de werknemers en het direct toezien op de werkzaamheden gesproken kan worden van een materiële onderneming. Deze strekking wordt bevestigd in zowel 2017 als 2018 door Hof Den Haag. In 2017 is tevens door de rechter gekeken naar de omvang van de uren en het salaris van de schenker of erflater ten opzichte van de arbeid. Met betrekking tot het rendement in de vastgoed bv moet gekeken worden naar zowel het directe als het indirecte nettorendement. Het meerwaarde-criterium geeft veelal de doorslag in de uitspraken. De arbeid van de ondernemer moet zorgen voor een hoger rendement door de meerwaarde die hij geeft aan de onderneming. Dit kan dus zien op het leiden van projecten, een uitgebreid netwerk hebben en contacten onderhouden.

De rechter oordeelt soms dat niet is voldaan aan de voorwaarde dat een materiele onderneming wordt gedreven en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten dus geen toepassing vinden. Uit de negatieve uitspraken omtrent de toepassing van de BOR komt naar voren dat het bij de belanghebbende ligt of de feiten en omstandigheden die aangedragen worden van zodanige aard zijn dat gesproken kan worden van een materiële onderneming. Bij de negatieve uitspraken gaat het vooral mis bij de bewijslast die volledig op de belastingplichtige rust. Ook moeten de transacties die plaats hebben gevonden niet te incidenteel zijn, een echte

maatstaf hiervoor wordt daarentegen niet gegeven door de rechter. Voor een grote kans van slagen moet de nadruk op de werkzaamheden liggen en dan vooral op werkzaamheden waardoor het rendement hoger zou moeten zijn dan bij normaal vermogensbeheer. Ontwikkelingsactiviteiten die in de bv worden uitgevoerd moeten op zichzelf gezien beoordeeld worden. De relatieve omvang van de ontwikkelingsactiviteiten ten opzichte van de verhuuractiviteiten is niet van belang.

In het overzicht op de volgende pagina zijn de arresten van dit hoofdstuk gegeven met daarbij de argumentatie voor de positieve dan wel negatieve uitspraak. Het lijkt dat in het begin negatieve uitspraken omtrent de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gedaan zijn, maar dat in de jaren daarna eigenlijk alleen maar positieve uitspraken zijn geweest. Opmerkelijk is wel dat vanaf 2018 de uitspraken weer meer negatief uitpakken voor de belastingplichtige. Naast de argumentatie is apart aangegeven hoe de arbeidscomponent vorm is gegeven in de casus. De arbeid moet tegenwoordig veel meer omvatten dan alleen de schoonmaakwerkzaamheden, welke in eerdere arresten al voldoende waren voor het aanwezig zijn van een materiële onderneming.

Arrest/uitspraak	Positieve uitspraak	Negatieve uitspraak	Argumentatie	Arbeidscomponent
5 maart 2013			Belanghebbende geeft een onvoldoende onderbouwing van de werkzaamheden en het rendement van de onderneming. Een rendement van 1% is te weinig geacht.	Aankoop en verkoop vakantiewoningen, onderhandelen, aankoop van nieuwe grond en kopen, bouwen en verbouwen van panden, administratie, projectontwikkeling.
5 november 2013			De aankopen en verkopen waren te gering in de jaren die zijn verstreken. De gegevens met betrekking tot het rendement zijn onvoldoende.	Huurovereenkomsten beheren, aankoop en verkoop onroerende goederen.
20 december 2013			Grote van de vastgoedportefeuille en jarenlange expertise. Door relaties wordt een hoger rendement behaald.	Zoeken van huurders, huurprijzen vaststellen, contacten onderhouden, onderhoud beoordelen, nieuw onroerend goed aankopen.
8 april 2014			Werkzaamheden onmiskenbaar ten doel om een hoger rendement te behalen mede gelet op de arbeid en het netwerk van vader. De financiering met vreemd vermogen wordt ook aangemerkt.	Administratie, boekhouding, aankoop en verkoop onroerend goed, bouwprojecten realiseren, marktonderzoek plegen, onderhandeling, inspecties, verbouwingen en onderhoud.
15 april 2016			Kennis en ervaring, toezicht op verbouwing en inhuren van externe deskundigen.	Aankoop en verkoop onroerend goed, ontwikkeling en herontwikkeling, korte termijnhandel in onroerende zaken.
19 juli 2017			Rendement dat wordt behaald komt voort uit de arbeid dat hiermee gemoeid is. Ook de ervaring, kennis en persoonlijke betrokkenheid zorgen voor een hoger rendement.	Projectontwikkeling, bouw- en verhuuractiviteiten.
3 april 2018			Een groter risico door de ontwikkeling van voor de verkoop bestemde objecten. Aan de plus arbeid-toets wordt voldaan door de professionaliteit.	Beheren, exploiteren en beleggen van onroerend goed, dagelijkse leiding over projecten, contacten onderhouden, actief zoeken naar nieuwe mogelijkheden voor de bouw en verbouw.
26 juni 2018			Geen duidelijke rendementsdoelstelling aangevoerd door de belanghebbende. Projectontwikkeling daarentegen is makkelijker te bewijzen dan de verhuuractiviteiten.	Nieuwe huurders en panden zoeken, projectontwikkeling.
3 juli 2018			De arbeid in de ontwikkelingsactiviteiten is niet van dusdanige aard om van een onderneming te spreken. De activiteiten bestonden uit normale ondernemingsactiviteiten en niet uit activiteiten om een hoger rendement te behalen.	Administratie, contacten onderhouden, reparaties regelen, beoordelen van het onderhoud, aankoop en ontwikkelen van nieuwe projecten.

5. Conclusie

De kwalificatie van de exploitatie van vastgoed heeft in de afgelopen jaren geleid tot veel en vooral uiteenlopende jurisprudentie met betrekking tot de bedrijfsopvolging. De belangen zijn veelal groot te noemen en de schenkbelasting of erfbelasting mag geen belemmering vormen voor de bedrijfsoverdracht. In de rechtspraak valt geen eenduidig beslissingskader af te leiden voor de vastgoedondernemingen. De studie heeft zich vooral gefocust op waar nu de grens ligt tussen het ondernemen en het beleggen met betrekking tot vastgoed. In het onderzoek stond de volgende onderzoeksvraag centraal: *“Hoe verhoudt de vastgoedonderneming zich binnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in het kader van schenken en erven?”* Aan de hand van verschillende jurisprudentie en meningen van verschillende auteurs is getracht een antwoord op de onderzoeksvraag te formuleren. Zodoende is gezocht naar een mogelijkheid om een eenduidig beslissingskader te creëren voor de kwalificatie van de vastgoedexploitatie in het licht van de bedrijfsopvolging.

Voor het toepassen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is het materiële ondernemingsbegrip van cruciaal belang. Bij de exploitatie van onroerende goederen moet naast de standaard voorwaarden voor een onderneming ook sprake zijn van werkzaamheden die qua aard en omvang meer omvatten dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is en de verrichte arbeid moet een rendement beogen dat het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. Uit het overzicht in hoofdstuk 4 kan geconcludeerd worden dat waar het in eerdere jurisprudentie voldoende was wanneer alleen schoonmaakwerkzaamheden gedaan werden, tegenwoordig meer arbeid plaats moet vinden om te kunnen spreken van een materiële onderneming. Uit arresten waarin sprake is van beleggen komt naar voren dat een onderscheid gemaakt dient te worden tussen de verbouwingwerkzaamheden en de verhuuractiviteiten. De Staatssecretaris heeft de kans gehad om een duidelijke invulling te geven aan het ondernemingsbegrip, maar deze kans is niet benut. De onduidelijkheid komt ook in de literatuur naar voren, waar de meningen sterk uiteenlopen tussen de verschillende auteurs. Waar de een van mening is dat nooit sprake kan zijn van een materiële onderneming met betrekking tot vastgoed, concludeert de ander dat weldegelijk sprake is van ondernemingsactiviteiten.

Na de vereenvoudiging van de BOR in 2010, ontstaat nog steeds veel discussie tussen belanghebbende en de fiscus. Bij het beoordelen van de uitspraken is de focus gelegd op de arbeidscomponent, welke als een rode draad door de arresten naar voren komt. Uit positieve uitspraken kan geconcludeerd worden dat vooral de kennis en ervaring welke aanwezig is in de onderneming doorslaggevend is. Bij negatieve uitspraken wordt vooral een herkwalificatie toegepast tussen de verschillende activiteiten. Vooral wanneer sprake is van projectontwikkeling zal voor de verhuuractiviteiten geen sprake zijn van ondernemingsactiviteiten. Ook de bewijslast welke bij de belanghebbende rust wordt veelal niet voldoende geacht door de rechter.

Gelet op het voorgaande is een sterke behoefte aan een wijziging in de wet en regelgeving. De vastgoedonderneming heeft een aparte plaats binnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Vanuit de Belastingdienst bestaat een afkeer tegen het toepassen van de BOR voor de exploitatie van vastgoed. Het is lastig om te bepalen wat nu als meer dan normaal vermogensbeheer gezien kan worden, zeker omdat dit door rechters verschillend wordt geïnterpreteerd. Ik pleit voor een aparte regeling voor de exploitatie van vastgoed, waarin duidelijk afgebakend is wat nu hieronder valt. Welk aspect zeker niet uit het oog verloren mag worden is dat de voortzetting van de vastgoedonderneming niet in gevaar mag komen door de erfbelasting of schenkbelasting. De Belastingdienst moet met een ander oog kijken naar de vastgoedbelegging en daarmee inzien dat de ondernemingen een grote maatschappelijke relevantie met zich meebrengen. De afkeer die nu geldt vanuit zowel de Belastingdienst als de rechter moet veranderen in steun voor de vastgoedondernemingen.

Allereerst bevat het doorslaggevende begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' te veel onduidelijkheden. Gedacht zou kunnen worden aan een bepaalde catalogus zoals Te Niet geeft, waarin belangrijke aspecten gegeven worden die dit begrip vormen. Een bepaald urencriterium kan tot de mogelijkheden behoren om te kijken of arbeid aanwezig is wat een hoger rendement beoogd. Met name wanneer een belanghebbende laat zien dat hij of zij zich daadwerkelijk professioneel bezighoudt met de onderneming, moet zonder twijfel beslist worden dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten toepassing vinden. Ik ben het eens met de stelling dat alleen kleine werkzaamheden niet voldoende zijn om te kunnen spreken van een

materiële onderneming. Een bepaalde meerwaarde moet toegevoegd worden wat de onderneming ten goede komt.

Uit de jurisprudentie en de parlementaire behandeling bij de wijziging van de BOR in 2010 komt naar voren dat bij het aanwezig zijn van projectontwikkeling eerder zal worden voldaan aan het ondernemingscriterium. Echter ziet het ondernemingscriterium alleen op het gedeelte dat ziet op de projectontwikkeling en niet per definitie op de gehele onderneming. Dit dient mijns inziens overboord gegooid te worden omdat door het een de ander verwezenlijkt wordt, alles valt binnen dezelfde onderneming. Wanneer de projectontwikkeling ziet op de eigen vastgoedportefeuille zorgt dit voor meer verhuurbare meters in de vastgoedonderneming. De sfeerovergang lijkt mij overbodig omdat de ontwikkeling en de verhuur nauw met elkaar verbonden zijn. De vastgoed bv kan naar mijn mening alleen gekwalificeerd worden als een onderneming óf belegging en niet beide. De plus rendements-toets zelf lijkt mij geen goed idee, omdat dit van meerdere factoren afhankelijk is. Wanneer een crisis zichzelf voordoet zullen vastgoedondernemingen hier veelal door geraakt worden. Met betrekking tot de projectontwikkeling kan door de Belastingdienst ook naar andere aspecten gekeken worden. Wanneer vastgoedondernemingen zich bezighouden met het ontwikkelen en creëren van leefomgeving die het algemeen belang dienen, zal hiervoor ten alle tijde de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten moeten gelden.

Al met al moeten de vastgoedondernemingen niet zo hard aangepakt worden door met name de Belastingdienst. De visie dat een aanvraag voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten standaard wordt afgewezen moet omgekeerd worden. De vastgoedonderneming moet gestimuleerd worden om een bijdrage te leveren aan de maatschappij door bijvoorbeeld het bouwen van sociale huurwoningen om de woning schaarste in Nederland te verminderen en mag niet door de eventuele belasting 'gestraft' worden.

Literatuurlijst

Boeken en Artikelen

- Amsterdam School of Real Estate, 'De omvang van de vastgoedbeleggingsmarkt in Nederland', Paper 2017-06 Augustus 2017.
- H.A.J.P. Te Niet, 'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen', Kluwer: Deventer 2007
- J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/141
- O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', WFR 2014/1215
- P.G.H. Albert, 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', WFR 2016/184
- T.C. Hoogwout, 'fictieve materiele onderneming in het kader van verhuur', ftV augustus 2018
- T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', NTFR 2010/1225

Kamerstukken

- Kamerstukken II 1983/84, 18 226, nr. 3
- Kamerstukken II 1995/96, 24 428, nr. 2
- Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3
- Kamerstukken II 2008/09, 31 705, nr. 19
- Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. A
- Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 2.
- Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3
- Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13
- Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3

Besluiten

- Besluit op de inkomstenbelasting 1941

Rechtbank

- Rechtbank Oost-Nederland 5 maart 2013, nr. 12/1097, V-N 2013/20.18, ECLI:RBONE:2013:BZ4028
- Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, nr. 16/3544, V-N 2018/49.2.3, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635

Gerechtshof

- Hof Amsterdam 9 mei 1974, nr. 653/73, BNB 1974/250,
- Hof Arnhem, 22 augustus 1997, nr.96/0821, V-N 1997/4707, ECLI:NL:GHARN:1997:AA1196
- Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, nr. 12-00183, V-N 2013/15.20, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5017
- Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, V-N 2013/2650, ECLI:NL:GHARL:2013:8439
- Hof Den Haag 20 december 2013, nr. 12/00757, V-N 2014/8.22, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083
- Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, V-N 2014/19.18, ECLI:NL:GHARL:2014:2901

- Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/34.1.4, ECLI:NL:GHARL:2015:3505
- Hof Den Haag 1 juli 2016, nr. 14/00838 en 14.00839, V-N 2016/47.1.2, ECLI:NL:GHDHA:2016:2167
- Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, V-N 2017/62.20, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429
- Hof Den Haag 3 april 2018, nr. 17/00030, V-N 2018/44.10, ECLI:NL:GHDHA:2018:794
- Hof Amsterdam 3 juli 2018, nr. 17/00327, V-N 2018/65.12, ECLI:NL:GHAMS:2018:3294

Hoge Raad

- HR 29 mei 1974, nr. 17 346, BNB 1974/177
- HR 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976/860
- HR 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299, ECLI:NL:HR:1981:AW9757
- HR 3 november 1982, nr. 21 310, BNB 1982/329, ECLI:NL:HR:1982:AW9443
- HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731
- HR 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232, ECLI:NL:HR:1996:AA1845
- HR 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166, ECLI:NL:HR:2016:633
- HR 10 maart 2017, nr. 16/04190, BNB 2017/114, ECLI:NL:HR:2017:396

Overig

- Bedrijfsgrootte en Rechtsvorm, CBS 2018.
- Commentaar op de Wet op de inkomstenbelasting 1964, Vakstudie 02 – IB 1964
- Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten, Belastingdienst, 1 juni 2016
- Erf- en schenkbelasting en de bedrijfsopvolgingsregeling, Belastingdienst, 2019
- Fiscaal pakket Belastingplan 2010
- Noot van J.W. Zwemmer bij HR 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232
- Noot van Van Dijck bij HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319
- Rapport Fiscale maatregelen ten bate van het midden- en kleinbedrijf
- Staatsblad Nr. 653, Wet van 16 december 2004