

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Nadruk verboden



Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten 2.0

Een onderzoek naar de knelpunten bij de uitleg van het begrip materiële onderneming bij vastgoedontwikkeling- en verhuuractiviteiten op basis van jurisprudentie, literatuur en de praktijkhandreiking.

Naam:	Michelle Bennink
Studentnummer:	387980
Begeleider:	Dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk
Eerste lezer:	Mr. T.C. Hoogwout
Plaats:	Rotterdam
Datum:	25 augustus 2019
Woorden aantal:	16.096

Inhoudsopgave

LIJST MET AFKORTINGEN	3
HOOFDSTUK 1 INLEIDING	4
1.1 ACHTERGROND.....	4
1.2 ONDERZOEKSVRAAG EN DEELVRAGEN.....	6
1.3 METHODOLOGIE EN STRUCTUUR	6
HOOFDSTUK 2 DE HANDREIKING GETOETST AAN HET ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL.....	7
2.1 INLEIDING.....	7
2.2 DE DOELSTELLING VAN DE HANDREIKING	7
2.3 INTRODUCTIE ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL	8
2.3.1 FORMELE ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL	8
2.3.2 MATERIËLE ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL.....	9
2.4 DE TOETSING VAN DE HANDREIKING.....	9
2.5 DEELCONCLUSIE 1	12
HOOFDSTUK 3 DE MATERIËLE ONDERNEMING EN ONTWIKKELINGSACTIVITEITEN GETOETST OP BASIS ..	13
VAN JURISPRUDENTIE, LITERATUUR EN DE HANDREIKING	13
3.1 INLEIDING.....	13
3.2 BEDRIJFSOPVOLGINGSFACILITEIT UIT ARTIKEL 35B SUCCESSIEWET 1956	13
3.2.1 BELANG BIJ KWALIFICATIE MATERIËLE ONDERNEMING.....	14
3.3 DE MATERIËLE ONDERNEMING.....	16
3.4 DE AANWEZIGHEID VAN EEN MATERIËLE ONDERNEMING BIJ VASTGOEDACTIVITEITEN	18
3.5 KWALIFICATIE ONTWIKKELINGSACTIVITEITEN OP BASIS VAN JURISPRUDENTIE, LITERATUUR EN DE HANDREIKING	20
3.6 DEELCONCLUSIE 2	21
HOOFDSTUK 4 VERHUURACTIVITEITEN GETOETST OP BASIS VAN JURISPRUDENTIE, LITERATUUR EN DE	22
HANDREIKING	22
4.1 INLEIDING.....	22
4.2 KWALIFICATIE VERHUURACTIVITEITEN OP BASIS VAN JURISPRUDENTIE, LITERATUUR EN DE HANDREIKING	22
4.2.1 VASTGOEDVENNOOTSCHAP DRIJFT EEN MATERIËLE ONDERNEMING	25
4.2.2 VASTGOEDVENNOOTSCHAP DRIJFT GEEN MATERIËLE ONDERNEMING	28
4.3 DEELCONCLUSIE 3	31
HOOFDSTUK 5 AANBEVELINGEN.....	32
5.1 INLEIDING.....	32
5.2 VERSCHILLEN EN OVEREENKOMSTEN	32
5.3 AANBEVELINGEN.....	33
5.4 DEELCONCLUSIE 4	35
HOOFDSTUK 6 SAMENVATTING EN CONCLUSIE.....	36
LITERATUURLIJST	39
BIJLAGE PRAKTIJKHANDREIKING BEDRIJFSOPVOLGING VASTGOEDEXPLOITANTEN	41

Lijst met afkortingen

AG	Advocaat-Generaal
Art.	Artikel
AWB	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
Blz.	Bladzijde
BNB	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
BOF	Bedrijfsopvolgingsfaciliteit (ex artikel 35b SW 1956)
Bv.	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
E.v.	En volgende
Handreiking	Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging
HR	Hoge Raad
Jo.	Juncto
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MvT	Memorie van Toelichting
Nr.	Nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NV	Naamloze vennootschap
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
SW	Successiewet 1956
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet IB	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet IB 1964	Wet op de Inkomstenbelasting 1964
Wet Vpb	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Achtergrond

De verkrijger die krachtens schenking of erfrecht aandelen verkrijgt in een vennootschap is belastingplichtig voor de Successiewet. De wetgever voorzag echter een groot probleem met betrekking tot de continuïteit van de vennootschap bij vererving of schenking, welke door de belastingheffing in gevaar zou kunnen worden gebracht. Om die reden is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in het leven geroepen zodat de fiscale belemmeringen tegen worden gegaan. Door de jaren heen is de bedrijfsopvolgingsregeling eenvoudiger, toegankelijker en evenwichtiger gemaakt¹. Hedendaags bieden de geboden faciliteiten verkrijger(s) de mogelijkheid om het ondernemingsvermogen geheel of gedeeltelijk voorwaardelijk vrij te stellen van belastingheffing². In beginsel kwalificeren de volgende vermogensbestanddelen voor de faciliteit: een IB-onderneming; een medegerechtigdheid; aanmerkelijkbelangaandelen in een vennootschap waarin een onderneming wordt gedreven en een ter beschikking gesteld pand waarbij de verkrijger zowel een aanmerkelijk belang als het pand verkrijgt en het pand ter beschikking blijft stellen.

In de praktijk brengt met name de derde categorie - de verkrijging van aanmerkelijkbelangaandelen - veel discussies teweeg bij vastgoedvennootschappen. De crux zit hem in het feit dat er beoordeeld moet worden of de vennootschap waarin de aandelen worden gehouden daadwerkelijk een onderneming drijft in de zin van art. 3.2 Wet IB. Gezien de ruime vrijstellingen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is het voor belanghebbenden van deze vennootschappen wenselijk om gebruik te maken van de regeling. Het verschil in de te betalen belasting bij de kwalificatie van vastgoedactiviteiten als onderneming of als belegging is namelijk van enorme omvang³. Het onderscheid in behandeling wordt gemaakt door een tweetal toetsen; de activiteitentoets en de vermogenstoets. Ten eerste dienen de verkrijgers aan te tonen dat de vennootschap - waarin de aandelen worden verkregen - een materiële onderneming drijft. Vervolgens wordt bij de vermogenstoets onderscheid gemaakt tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen aangezien de SW enkel een voorwaardelijke vrijstelling kent voor het ondernemingsvermogen (met een correctie van 5% van het beleggingsvermogen met betrekking tot de toegekende waarde van het ondernemingsvermogen)⁴.

In de jurisprudentie blijft de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit bij vastgoedvennootschappen een terugkerend discussiepunt. Het strenge beleid van de Belastingdienst volgt eveneens uit de praktijkhandreiking bedrijfsopvolging (hierna genoemd: "Handreiking") die sinds 9 december 2016 openbaar en online is te raadplegen⁵. De door de Belastingdienst opgestelde Handreiking biedt inspecteurs de nodige handvatten, bestaande uit grondslagen in de wet, jurisprudentie en literatuur, om de concrete situatie te beoordelen⁶. Volgens de Belastingdienst kan de Handreiking niet gezien worden als een zelfstandige grondslag waarop de inspecteur zijn standpunt

¹ Kamerstukken II, 2008/2009, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

² Art. 35b lid 1 SW.

³ Cijfermatig voorbeeld in paragraaf 2.2.1.

⁴ Art. 35c lid 1 sub c SW.

⁵ Besluit op WOB-verzoek met betrekking tot praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten (hierna genoemd: "Bijlage 1"), verkregen van: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2016/12/22/besluit-op-wob-verzoek-met-betrekking-tot-praktijkhandreiking-bedrijfsopvolging-vastgoedexploitanten>.

⁶ Bijlage 1, p. 41.

baseert, het fungeert enkel als overzicht van de grondslagen in wet, jurisprudentie en literatuur⁷. Heldens merkt op dat de praktijkervaring leert dat inspecteurs de Handreiking wel degelijk als een zelfstandige grondslag toepassen⁸. Hetgeen tot gevolg heeft dat het zorgvuldigheidsbeginsel mogelijk wordt geschonden. Bij het zorgvuldigheidsbeginsel dient iedere casus objectief en zorgvuldig te worden beoordeeld. De formele betekenis van het beginsel ziet op de voorbereiding van het proces, terwijl het beginsel materieel gezien dient te voldoen aan een correcte belangenafweging. De belastingplichtige mag - op basis van het beginsel - ervan uitgaan dat de Belastingdienst tijdens de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart om de relevante feiten en de af te wegen belangen zorgvuldig te behandelen⁹. Wanneer een standpunt enkel op basis van de gegeven uitgangspunten in de Handreiking wordt gevormd, kan men zich afvragen of er wel rekening wordt gehouden met alle relevante feiten voor de zorgvuldige behandeling. Derhalve is de twijfel van Heldens over het feit of het handelen op basis van de Handreiking in lijn is met het zorgvuldigheidsbeginsel naar mijn mening terecht en is het wenselijk om hier onderzoek naar te doen¹⁰.

Heldens stelt dat de Handreiking nuances mist, voornamelijk bij de belangrijkste inhoudelijke punten, die de jurisprudentie wel hanteert¹¹. Projectontwikkeling leidt - wanneer er wordt voldaan aan de voorwaarden - tot een ondernemingsactiviteit volgens zowel de Handreiking als literatuur en jurisprudentie¹². Verhuur van vastgoed leidt op basis van de Handreiking nimmer tot een onderneming¹³. Dit strenge beleid staat in contrast met literatuur en jurisprudentie, want uit jurisprudentie gewezen onder de wet IB 1964 volgt dat er minder streng met de kwalificatie van verhuur van vastgoed wordt omgegaan¹⁴. Volgens de Hoge Raad kunnen verhuuractiviteiten kwalificeren als een materiële onderneming 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 gaat”*¹⁵. Op basis van de jurisprudentie doen de feiten en omstandigheden ertoe om te oordelen of sprake is van een materiële onderneming¹⁶. Terwijl de verhuuractiviteiten op basis van de Handreiking op voorhand buiten spel worden gezet. Deze incongruentie brengt in de praktijk een hoop onzekerheden met zich mee voor belastingplichtigen die aandelen verkrijgen in een vastgoedvennootschap die zich bezighoudt met verhuuractiviteiten of een combinatie van verhuur- en ontwikkelingsactiviteiten.

Het doel van deze scriptie is het uiteenzetten van de overeenkomsten en verschillen in de kwalificatie van een materiële onderneming bij ontwikkelings- en verhuuractiviteiten tussen de Handreiking, jurisprudentie en de literatuur. Aansluitend worden aanbevelingen voor een Handreiking 2.0 gedaan om de onzekerheid bij belastingplichtigen te doen afnemen.

⁷ Bijlage 1, p. 41.

⁸ Heldens, J.A.L., ‘De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!’, WFR 2018/45.

⁹ Poelmann, E., ea., *Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017, p.206.

¹⁰ Zie uitgebreider hoofdstuk 2.

¹¹ Heldens, J.A.L., ‘De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!’, WFR 2018/45.

¹² Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 11.

¹³ Bijlage 1, p.46, punt 2.

¹⁴ HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319 en zie uitgebreider paragraaf 3.4.

¹⁵ HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, r.o. 3.4.

¹⁶ Zie uitgebreider paragraaf 4.2.1 en 4.2.2.

1.2 Onderzoeksvraag en deelvragen

Het voorgaande leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

Zijn er knelpunten met betrekking tot de uitleg van het begrip materiële onderneming bij verhuuractiviteiten en vastgoedontwikkelingsactiviteiten? Zo ja, welke aanbevelingen kunnen ertoe leiden dat deze knelpunten afnemen?

Om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden wordt gebruik gemaakt van de volgende deelvragen:

- 1. Is het beoordelingsproces van de inspecteurs op basis van de Handreiking in lijn met het zorgvuldigheidsbeginsel?*
- 2. Wanneer leiden vastgoedontwikkelingsactiviteiten tot een materiële onderneming op basis van de jurisprudentie, literatuur en de Handreiking?*
- 3. Leiden verhuuractiviteiten op basis van de Handreiking, jurisprudentie en literatuur tot een materiële onderneming?*
- 4. Zijn aanpassingen in de Handreiking wenselijk?*

Met behulp van de wet, relevante jurisprudentie, de Handreiking en literatuur wordt invulling gegeven aan de beantwoording van de deelvragen om vervolgens tot een conclusie van de onderzoeksvraag te komen.

1.3 Methodologie en structuur

Allereerst wordt in hoofdstuk 2 onderzocht of het handelen van de inspecteurs op basis van de Handreiking in lijn is met het zorgvuldigheidsbeginsel. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 ingegaan op het algemene begrip materiële onderneming waarna wordt onderzocht wanneer ontwikkelingsactiviteiten leiden tot een materiële onderneming op basis van jurisprudentie, literatuur en de Handreiking. Aansluitend wordt in hoofdstuk 4 nagegaan of verhuuractiviteiten kunnen kwalificeren als een materiële onderneming op basis van jurisprudentie, literatuur en de Handreiking. Nadien worden de overeenkomsten en verschillen tussen de literatuur, jurisprudentie en Handreiking inzichtelijk gemaakt in hoofdstuk 5, waarna aanbevelingen worden gedaan om de mogelijke knelpunten te verminderen. Tot slot wordt in hoofdstuk 6 met een samenvatting antwoord gegeven op de onderzoeksvraag en worden aanbevelingen voor vervolgonderzoek gedaan.

Gezien de omvang van deze scriptie richt dit onderzoek zich enkel op de toepassing van de bedrijfopvolgingsfaciliteiten bij verkrijging van aandelen in een vennootschap die zich bezighoudt met de verhuur en/of ontwikkelingsactiviteiten ten aanzien van de activiteitentoets. De SW staat hierbij centraal, de verdere uitwerking en de gevolgen voor de Wet IB zullen buiten beschouwing worden gelaten¹⁷. De aangehaalde jurisprudentie ter duiding van het begrip ‘materiële onderneming’ in het kader van vastgoedactiviteiten bestaat uit kernarresten die betrekking hebben op zowel de Wet IB als de SW. Tot slot worden aanbevelingen voor de herziening van de Handreiking gedaan, hierbij wordt opgemerkt dat deze aanbevelingen slecht betrekking hebben op het verrichte onderzoek, te weten de activiteitentoets. Op basis van het bovenstaande zal de conclusie worden getrokken met betrekking tot de probleemstelling, inclusief hieruit afgeleide aanbevelingen.

¹⁷ Enkel bij het cijfermatige voorbeeld in paragraaf 3.2.1 wordt art 4.17 Wet IB toegepast.

Hoofdstuk 2 De Handreiking getoetst aan het zorgvuldigheidsbeginsel

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ten eerste ingegaan op de doelstelling van de Handreiking. Vervolgens wordt naar aanleiding van de uitspraken van Heldens onderzoek gedaan naar het zorgvuldigheidsbeginsel¹⁸. Na de uitwerking van het beginsel zal worden getoetst of bij de beoordeling op basis van de Handreiking het zorgvuldigheidsbeginsel wordt gehandhaafd.

De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt behandeld, luidt als volgt:

1. *Is het beoordelingsproces van de inspecteurs op basis van de Handreiking in lijn met het zorgvuldigheidsbeginsel?*

2.2 De doelstelling van de Handreiking

De Handreiking is afkomstig van kennisgroepen AB, Successiewet en het vastgoedkenniscentrum van de Belastingdienst en kan gezien worden als een publicatie waarin de methodiek omtrent bedrijfsopvolgingen is vastgelegd. Het doel van de Handreiking wordt duidelijk omschreven: *“de praktijkhandreiking biedt de inspecteurs een handzaam overzicht om de problematiek te kunnen overzien om vervolgens een afgewogen standpunt in te nemen”*¹⁹. Dit wordt gedaan aan de hand van de omstandighedencatalogus waarbij zowel de opvattingen uit de jurisprudentie en literatuur als in de praktijk voorkomende casussen en relevante feiten zijn opgenomen die volgens de kennisgroepen van belang zijn²⁰. De omstandighedencatalogus wordt gezien als een hulpmiddel voor de presentatie van relevante feiten en omstandigheden. De werkgroep heeft eveneens aan de hand van voorgelegde casusposities een aantal uitgangspunten voor de beoordeling opgesteld. Door middel van uitgangspunten en een richtinggevende werkwijze poogt de Belastingdienst inspecteurs voldoende middelen te bieden om een weloverwogen standpunt in te kunnen nemen. In de Handreiking wordt uitdrukkelijk gewezen op de essentiële functie van de feiten en omstandigheden in de omstreden casus. Daarnaast zijn bepaalde feiten en omstandigheden als irrelevant bestempeld, zodat zij niet bij de beoordeling worden meegenomen.

De Belastingdienst is een publieke organisatie die uit naam van de Nederlandse overheid handelt²¹. Om die reden dient de Belastingdienst de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te handhaven. Deze beginselen zien op de werkwijze van de Belastingdienst en gelden derhalve ook voor de Handreiking. Een van deze beginselen is het zorgvuldigheidsbeginsel. Volgens Heldens wordt dit beginsel mogelijk geschonden omdat de Handreiking nuances mist, voornamelijk bij de belangrijkste inhoudelijke punten zoals de relevante feiten en omstandigheden, die de jurisprudentie wel hanteert²². Alvorens wordt toegekomen aan de toetsing zal het zorgvuldigheidsbeginsel eerst uiteen worden gezet.

¹⁸ Heldens, J.A.L., ‘De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!’, WFR 2018/45.

¹⁹ Bijlage 1, p. 41.

²⁰ Bijlage 1, p.49 en 50.

²¹ Art. 1:1 lid 1 sub a AWB.

²² Heldens, J.A.L., ‘De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!’, WFR 2018/45.

2.3 Introductie zorgvuldigheidsbeginsel

Onder het bestuursrecht wordt het geheel van rechtsregels verstaan dat betrekking heeft op de relatie tussen het openbaar gezag, de overheid, en de burgers²³. Om de burgers te beschermen bestaan er binnen het bestuursrecht gedragsregels voor de overheid beter bekend als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen formele beginselen en materiële beginselen. De formele beginselen zien voornamelijk op de bevoegdheden van de overheid. Daarnaast geldt op grond van het legaliteitsbeginsel dat de toebedeling van de bevoegdheid aan het betreffende orgaan uit de wet kan worden afgeleid²⁴. Dit beginsel is verder uitgebreid in de jurisprudentie naar de regel dat 'ingrijpende maatregelen' op een wettelijke grondslag dienen te berusten²⁵. De materiële beginselen hebben voornamelijk betrekking op de inhoud van bestuursbesluiten.

Het zorgvuldigheidsbeginsel is één van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en kent zowel een formele betekenis als een materiële betekenis. In de volgende paragraaf zal nader worden ingegaan op de formele en materiële betekenis van het zorgvuldigheidsbeginsel.

2.3.1 Formele zorgvuldigheidsbeginsel

Het zorgvuldigheidsbeginsel is gelegitimeerd in art. 3:2 Awb en houdt in dat het bestuursorgaan - voorafgaand aan de beslissing - kennis verzamelt met betrekking tot de relevante feiten en de af te wegen belangen. Het formele zorgvuldigheidsbeginsel richt zich op een correcte procedure bij de besluitvorming, hierbij ligt de focus op de voorbereiding van het proces. In hoeverre het bestuursorgaan onderzoek moet doen naar de betrokken belangen is afhankelijk van het soort besluit. Voor het belastingrecht geldt dat er specifieke bepalingen in de wet zijn opgenomen die het mogelijk maken om de nodige informatie te verzamelen²⁶.

Alvorens aan de bepalingen wordt toegekomen, is het van belang om te onderzoeken of het besluit afkomstig is van een bevoegd bestuursorgaan. Art. 1:1 lid 1 Awb spreekt van een bestuursorgaan als het gaat om een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld²⁷. De Belastingdienst is een krachtens publiekrecht ingesteld orgaan en inspecteurs zijn bevoegd om besluiten te nemen²⁸. Onder het belastingrecht dragen bepalingen in de AWR bij aan de verzameling van de vereiste kennis. Bij het indienen van de aangifte verstrekt de belastingplichtige informatie die van belang is voor de aangifte. Wanneer inspecteurs extra informatie wensen te ontvangen, kunnen zij gebruik maken van een informatieverzoek. In dat geval is de belastingplichtige verplicht om gegevens en inlichtingen te verstrekken²⁹. Hierbij geldt wel als voorwaarde dat de relevantie van de gevraagde gegevens en inlichtingen door de inspecteurs aannemelijk wordt gemaakt. Mocht de belastingplichtige alsnog niet de benodigde informatie verstrekken dan is de inspecteur verplicht tot het afgeven van een voor bezwaar en beroep vatbare informatiebeschikking. De beschikking komt dan onherroepelijk vast te staan en de inspecteur heeft dan de mogelijkheid om de omkering en verzwaring

²³ Barkhuysen T., ea., Bestuursrecht in het Awb-tijdperk, Deventer: Kluwer Nederland 2014, p.14.

²⁴ Art. 89 GW.

²⁵ HR 22 juni 1973, NL 1973, 386 (Fluoriderings-arrest).

²⁶ AWR.

²⁷ Art. 2:1 lid 1 BW.

²⁸ Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003.

²⁹ Art. 47 AWR.

van de bewijslast toe te passen³⁰. Deze opzet biedt belastingplichtigen extra bescherming tegen de controlebevoegdheden van de Belastingdienst³¹.

Samengevat geldt dat bij de voorbereiding van het besluit het van belang is dat de Belastingdienst gebruik maakt van haar actieve onderzoeksplicht en de benodigde gegevens achterhaalt met medewerking van de belastingplichtige.

2.3.2 Materiële zorgvuldigheidsbeginsel

In art. 3:4 Awb is het materiële zorgvuldigheidsbeginsel neergelegd. Dit beginsel ziet op het afwegen van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen. Indien uit de wet of de aard van de bevoegdheid een beperking voortvloeit kunnen de mee te wegen belangen worden beperkt³². Het belastingrecht kent veelal gebonden beschikkingen waardoor de inspecteur geen ruimte wordt geboden voor een belangenafweging³³. In die situatie wordt het materiële zorgvuldigheidsbeginsel niet geschonden doordat de beperking van de af te wegen belangen voortvloeit uit de wet of de aard van de bevoegdheid.

2.4 De toetsing van de handreiking

Allereerst wordt het formele zorgvuldigheidsbeginsel getoetst aan de hand van een omschrijving van het proces dat volgt uit een verzoek tot toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

Zoals het formele zorgvuldigheidsbeginsel benadrukt, dient het bestuursorgaan - voorafgaand aan de beslissing - kennis te verzamelen met betrekking tot de relevante feiten en de af te wegen belangen³⁴. Bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ligt de bewijslast bij de belastingplichtige³⁵. In de eerste fase neemt de inspecteur een sturende rol in het proces door de belastingplichtige 'aan het werk te zetten' zodat er bewijs wordt verzameld. De belastingplichtige wordt gevraagd om de omstandighedencatalogus in te vullen, waarna een eerste beeld van de organisatie wordt geschetst. De kennis van de inspecteur wordt verzameld door middel van de omstandighedencatalogus, maar eveneens door het bewijs dat de belastingplichtige aanlevert bij zijn ingenomen stellingen. Volgens de Handreiking dient de belastingplichtige zichzelf te vergelijken en is het aan hem om te bewijzen dat er meer rendement beoogd/behaald wordt ten opzichte van zijn collega's³⁶. Tevens zal de belastingplichtige door middel van de activiteiten en de kwalitatief of kwantitatieve onderscheidenheid moeten aantonen dat hij boven andere collega's uitsteekt. Vervolgens gaat de inspecteur aan de slag met de feiten en omstandigheden en maakt hij een gedetailleerd overzicht van de werkzaamheden. Daarnaast wordt het bewijs voor de ingenomen stellingen van de belastingplichtige geverifieerd zodat er een helder beeld van de organisatie kan worden opgebouwd. Vervolgens is het aan de inspecteur om zelfstandig aan de hand van de verzamelde informatie een standpunt in te nemen.

³⁰ Art. 52a AWR.

³¹ Wet van 27 mei 2011, Stb. 2011, 265 (Wet rechtsbescherming belastingplichtigen bij controlehandelingen).

³² Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, Belangenafweging; evenredigheidsbeginsel bij: Algemene wet bestuursrecht, Artikel 3:4.

³³ Vakstudie Algemeen Deel, art 3:4 Awb, aant. 2.

³⁴ Zie uitgebreider paragraaf 2.3.1.

³⁵ Bijlage 1, p.45.

³⁶ Bijlage 1, p.45.

Hoewel de Belastingdienst opmerkt dat de Handreiking geen zelfstandige grondslag beoogt te zijn, is het maar de vraag hoe het in de praktijk in zijn werk gaat. Heldens merkt op dat de praktijkervaring leert dat inspecteurs de Handreiking wel degelijk als een zelfstandige grondslag toepassen³⁷. Een verklaring voor deze aanname wordt niet gegeven, derhalve acht ik het raadzaam om hier terughoudend mee om te gaan. Onderzoek op basis van recentelijk gewezen jurisprudentie en door inspecteurs ingenomen standpunten kan mogelijk meer zekerheid bieden om deze aanname te onderbouwen. Hier is echter nog geen onderzoek naar gedaan. Om die reden zal ik op basis van veronderstellingen toetsen of voldaan is aan het zorgvuldigheidsbeginsel.

Ter beoordeling van de feiten en omstandigheden bieden uitgangspunten in de Handreiking houvast aan inspecteurs. Een aantal feiten en omstandigheden zijn als irrelevant bestempeld. Een voorbeeld hiervan is het standpunt dat verhuur nooit een onderneming vormt en dat de tijdsbesteding van de belastingplichtige in de vennootschap niet onderscheidend is bij de beoordeling. Uit jurisprudentie volgt echter dat verhuuractiviteiten wel degelijk een onderneming kunnen vormen wanneer er wordt voldaan aan een tweetal toetsen³⁸. Dit wijst op een incongruentie tussen de jurisprudentie, literatuur en handreiking. Ten aanzien van het uitgangspunt – verhuur vormt geen onderneming – kan worden geoordeeld dat een inspecteur die zich enkel op basis van de Handreiking uitlaat over verhuuractiviteiten het formele zorgvuldigheidsbeginsel schendt omdat hij de verzameling van de benodigde kennis en feiten achterwege laat. Dit geldt eveneens voor de andere feiten en omstandigheden die in de Handreiking als irrelevant worden bestempeld³⁹. Uitgaande van de Handreiking zal de inspecteur geen onderzoek doen naar deze ‘irrelevante’ feiten en omstandigheden, terwijl uit jurisprudentie wel het belang van deze feiten en omstandigheden volgt⁴⁰. Derhalve kan worden geoordeeld dat de inspecteur die zijn standpunt enkel baseert op de Handreiking bij de verzameling van de benodigde kennis een aantal relevante feiten en omstandigheden achterwege laat, waardoor het formele zorgvuldigheidsbeginsel wordt geschonden.

Zoals reeds eerder is benoemd, is het praktijk onzeker of de inspecteur zijn standpunt onderbouwt door middel van zijn eigen verrichte onderzoek. De Handreiking beoogd geen zelfstandige grondslag te zijn en is daarnaast geen besluit in de zin van art 1:3 AWB. Om die reden lijkt een beroep op het zorgvuldigheidsbeginsel een stap te ver. Onderzoek naar de zelfstandige grondslag van de Handreiking zou hiervoor uitkomst bieden. Maar dit neemt de onzekerheid van belastingplichtigen bij een verzoek tot toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet weg. De praktijkervaring leert dat belanghebbenden, na een nadelig besluit, veelal naar de rechter stappen om hun gelijk te halen⁴¹. De feitenafweging in de rechtspraak is een tijdrovende en kostbare weg en daarbij kan men zich afvragen of het wel nodig is om tot rechtspraak te komen. Naar mijn mening is het juist aan de inspecteur om op basis van eigen onderzoek een feitenafweging te maken, alvorens hij aan een beslissing toekomt. Om die is het wenselijk dat de belastingplichtigen meer zekerheid verkrijgen van de inspecteurs omtrent het onderzoek en de relevante feiten en omstandigheden. Samengevat geldt dat een beroep op het formele zorgvuldigheidsbeginsel voor nu een stap te ver is, maar dat neemt niet weg dat meer transparantie van de inspecteurs naar de belastingplichtigen zeer gewenst is.

³⁷ Heldens, J.A.L., ‘De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?', WFR 2018/45.

³⁸ Zie uitgebreider paragraaf 3.3.

³⁹ Zie uitgebreider paragraaf 4.2.

⁴⁰ Zie uitgebreider paragraaf 4.2.

⁴¹ Zie uitgebreider paragraaf 4.2.

Het materiële zorgvuldigheidsbeginsel richt zich op de afweging van de belangen van beide partijen. De wetgever tracht door middel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit fiscale belemmeringen met betrekking tot erfopvolging en schenking tegen te gaan⁴². De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zien enkel op reële bedrijfsoverdrachten. Gezien de misbruikmogelijkheden is het van belang dat er een streng beleid wordt gehandhaafd door middel van beperkingen in de belangen op basis van de wet en de aard van de bevoegdheid die eruit voortvloeit⁴³. Aan de hand van de activiteitentoets wordt objectief beoordeeld of sprake is van een materiële onderneming. De wil van de belastingplichtige is ondergeschikt aan de vraag of sprake is van een objectieve onderneming bij de beoordeling⁴⁴. Om die reden dient de belastingplichtige feitelijk aan te tonen dat sprake is van een materiële onderneming. Het belang van de belastingplichtige bij een materiële onderneming wordt hiermee beperkt tot de feitelijke uitwerking. Daarnaast worden belastingplichtigen beperkt in hun recht op vooroverleg. Belastingplichtigen en hun adviseurs zullen - gezien het grote verschil in de belastingheffing bij vastgoedbeleggingen en belastingheffing bij ondernemingsactiviteiten - groot belang hechten aan vooroverleg⁴⁵. Een belastingplichtige kan door middel van een vooroverlegverzoek de inspecteur verzoeken om een standpunt in te nemen of om een vaststellingsovereenkomst op te stellen. In de Handreiking is keuze om al dan niet in te gaan op het vooroverleg in beginsel aan de inspecteur. De inspecteur neemt een verzoek pas in behandeling als het voldoet aan een aantal voorwaarden⁴⁶. De casus moet helder worden omschreven en alle relevante omstandigheden en feiten dienen kenbaar gemaakt te worden. Tevens bevat het verzoek een helder standpunt of een heldere zienswijze of conclusie met betrekking tot de fiscale consequenties van de casus. De inspecteur gaat niet in op een verzoek dat gericht is op fiscale grensverkenning of in strijd handelt met de goede trouw⁴⁷. Er is sprake van fiscale grensverkenning indien de belastingplichtige en de inspecteur het oneens zijn en de belastingplichtige door middel van summiere wijzigingen alsnog tracht overeenstemming te bereiken. In feite wordt er gezocht naar mogelijkheden om de casus binnen de aanvaardbare fiscale grenzen aan te reiken. De Belastingdienst wenst hier niet aan mee te werken en daarom zal de inspecteur enkel ingaan op verzoeken waarin een eigen standpunt of zienswijze wordt beargumenteerd.

Samengevat geldt dat de belangenafweging ten eerste wordt beperkt tot de feitelijke rechtsvraag op basis van de wet en de aard van de bevoegdheid die eruit voortvloeit⁴⁸. Ten tweede geldt er een beperking tot de mogelijkheid van vooroverleg die voortvloeit uit een bestuurlijk besluit⁴⁹. Op basis van het materiële zorgvuldigheidsbeginsel is een beperking van de belangen toegestaan, indien een beperking uit de wet of de aard van de bevoegdheid voortvloeit⁵⁰. Wanneer de inspecteur zelfstandig onderzoek verricht naar de feiten en omstandigheden alvorens hij tot een besluit komt, staat het hem vrij om de belangenafweging te beperken, indien dit uit een wet of de aard van de bevoegdheid voortvloeit, zoals het geval is bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Er wordt dan gehandeld in lijn met het materiële zorgvuldigheidsbeginsel.

⁴² Zie uitgebreider paragraaf 1.1.

⁴³ Zie uitgebreider paragraaf 2.3.

⁴⁴ Lubbers, A.O., Meussen, G.T.K. & Smeets, M.H.M., Hoofdzaken winst uit onderneming, Deventer: Kluwer 2018, hoofdstuk 2.4.1, p. 26-27.

⁴⁵ Bijlage 1, p. 43.

⁴⁶ Besluit van 15 februari 2016, nr. BLKB 2016/19 (BFB), p.3.

⁴⁷ Besluit van 15 februari 2016, nr. BLKB 2016/19 (BFB), p.3 en 4.

⁴⁸ Art. 35c lid 1 sub c SW j.o. art 3.2 Wet IB.

⁴⁹ Besluit van 15 februari 2016, nr. BLKB 2016/19 (BFB).

⁵⁰ Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, Belangenafweging; evenredigheidsbeginsel bij: Algemene wet bestuursrecht, Artikel 3:4.

2.5 Deelconclusie 1

Is het beoordelingsproces van de inspecteurs op basis van de Handreiking in lijn met het zorgvuldigheidsbeginsel?

Op basis van het formele zorgvuldigheidsbeginsel dient het bestuursorgaan - voorafgaand aan de beslissing - kennis te verzamelen met betrekking tot de relevante feiten en de af te wegen belangen⁵¹. De inspecteur dient zelfstandig een onderzoek te verrichten. Voorop moet worden gesteld dat de Handreiking slechts dient als een hulpmiddel voor de inspecteur bij de beoordeling of de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten kunnen worden toegepast. De Handreiking beoogt geen zelfstandige grondslag te zijn voor het standpunt van de inspecteur. Om die reden zou het niet zo mogen zijn dat de inspecteur enkel op basis van uitgangspunten in de Handreiking tot een conclusie komt. Volgens Heldens komt het in de praktijk wel degelijk voor dat de inspecteur zijn standpunt enkel baseert op basis van de Handreiking⁵². Een verklaring ontbreekt, daarom wordt in dit onderzoek enkel gewerkt met veronderstellingen. Wanneer de inspecteur de uitgangspunten van de Handreiking als een zelfstandige grondslag gebruikt om tot een oordeel komen, is sprake van een schending van het formele zorgvuldigheidsbeginsel. In dat geval wordt niet voldoende kennis verzameld om tot een beslissing te komen, want de door de Handreiking als irrelevante bestempelde feiten en omstandigheden worden in het onderzoek achterwege gelaten. De relevantie van deze feiten en omstandigheden volgt echter wel uit jurisprudentie. Derhalve kan worden verondersteld dat een inspecteur die enkel op basis van de Handreiking handelt, bij de verzameling van de benodigde kennis een aantal feiten en omstandigheden achterwege laat en daarmee dus het formele zorgvuldigheidsbeginsel schendt. Hierbij merk ik nogmaals op dat het in de praktijk onzeker is of de inspecteur zijn standpunt onderbouwt door middel van zijn eigen verrichte onderzoek. Hetgeen tot gevolg heeft dat een beroep op het zorgvuldigheidsbeginsel voor nu in ieder geval een stap te ver is. Maar dat neemt niet weg dat de transparantie van de inspecteurs naar de belastingplichtigen toe verbeterd kan worden. Belastingplichtigen verkeren nog steeds in onzekerheid en zien de mogelijkheid om naar de rechter te stappen om hun gelijk te halen. Ik ben van mening dat het juist aan de inspecteur is om op basis van eigen onderzoek een feitenafweging te maken alvorens hij aan een beslissing toekomt. Door op voorhand al meer duidelijkheid te hebben, verminderd ook de noodzaak bij belastingplichtigen om naar de rechter te stappen.

Het materiële zorgvuldigheidsbeginsel ziet op de rechtstreekse belangenafweging van zowel de inspecteur als de belastingplichtige. Belangenafwegingen kunnen op basis van de wet of naar hun aard worden beperkt. Doordat bedrijfsopvolgingsfaciliteiten enkel wenselijk zijn bij reële bedrijfsoverdrachten is het van belang om belangenafwegingen te beperken zodat misbruikmogelijkheden worden voorkomen. Belangenafwegingen worden derhalve ten eerste beperkt tot de feitelijke rechtsvraag⁵³ en ten tweede geldt er een beperking voor de mogelijkheid van vooroverleg⁵⁴. Wanneer de inspecteur rekening houdt met deze beperkingen en zelfstandig onderzoek verricht waarbij hij de feiten, omstandigheden en belangen afweegt, handelt hij in lijn met het materiële zorgvuldigheidsbeginsel.

⁵¹ Zie uitgebreider paragraaf 2.3.1.

⁵² Heldens, 'De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?', WFR 2018/45, p.315.

⁵³ Art. 35c lid 1 sub c SW j.o. art 3.2 Wet IB.

⁵⁴ Besluit van 15 februari 2016, nr. BLKB 2016/19 (BFB).

Hoofdstuk 3 De materiële onderneming en ontwikkelingsactiviteiten getoetst op basis van jurisprudentie, literatuur en de Handreiking

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ten eerste de bedrijfsopvolgingsfaciliteit uiteengezet (paragraaf 3.2). Daaropvolgend wordt aan de hand van een cijfermatig voorbeeld geschetst wat het verschil is in fiscale behandeling bij een vennootschap die een materiële onderneming drijft en een beleggingsvennootschap. Om te voldoen aan de activiteitentoets – één van de voorwaarden voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit bij ondernemingen - dient de vennootschap waarin aandelen worden gehouden een materiële onderneming te drijven. Derhalve wordt in paragraaf 3.3 het algemene begrip ‘materiële onderneming’ en de hieraan verbonden voorwaarden aan de hand van de jurisprudentie en literatuur omschreven. Aansluitend wordt ingegaan op de kwalificatie van een materiële onderneming bij vastgoedvennootschappen (paragraaf 3.4). Het onderzoek naar de kwalificatie van ontwikkelingsactiviteiten op basis van jurisprudentie, literatuur en de Handreiking wordt in paragraaf 3.5 uiteengezet. In hoofdstuk 4 wordt eenzelfde onderzoek verricht voor de verhuuractiviteiten, paragrafen 3.3 en 3.4 zullen daarom eveneens betrekking hebben op hoofdstuk 4.

De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt behandeld, luidt als volgt:

- 1. Wanneer leiden ontwikkelingsactiviteiten tot een materiële onderneming op basis van de jurisprudentie, literatuur en de Handreiking?*

3.2 Bedrijfsopvolgingsfaciliteit uit artikel 35b Successiewet 1956

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bieden verkrijgers de mogelijkheid om door middel van een verzoek aan de Belastingdienst het verkregen ondernemingsvermogen geheel of voorwaardelijk vrij te laten stellen van belastingheffing. De voorwaardelijke vrijstelling geldt per objectieve onderneming, het aantal verkrijgers doet daar niet aan af. Bij de verkrijging van aanmerkelijkbelang aandelen in het geval van schenking of vererving waarbij kwalificerend ondernemingsvermogen wordt verkregen, kunnen de verkrijgers de Belastingdienst verzoeken om toepassing van de voorwaardelijke vrijstelling. De voorwaardelijke vrijstelling bedraagt 100% voor ondernemingsvermogen met een waarde van €1.084.851 (bedrag 2019) en bedraagt 83% voor zover de verkrijging de €1.084.851 te boven gaat⁵⁵. Het resterende belastbare gedeelte kan door middel van een verzoek tot rentedragend uitstel gedurende een periode van tien jaar worden betaald⁵⁶.

De Belastingdienst zal het verzoek tot toepassing van de voorwaardelijke vrijstelling goedkeuren, indien voldaan is aan de volgende cumulatieve voorwaarden:

- Er moet sprake zijn van een materiële onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001;
- Er moet sprake zijn verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in art. 35c SW;
- Er moet sprake zijn van vermogensbestanddelen die bij de erflater/schenker tot een aanmerkelijk belang behoren als bedoeld in art 35c lid 1 onderdeel c SW

⁵⁵ Art. 35b lid 1 sub a en b SW.

⁵⁶ Art. 35b lid 2 SW jo art 25 lid 12 IW.

- De schenker/erflater voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in art. 35d SW;
- De verkrijger voldoet gedurende vijf jaren aan het voortzettingsvereiste, als bedoeld in art. 35e SW.

De kwalificatie van vastgoedactiviteiten bij een vennootschap is verreweg het meest omvangrijke discussiepunt tussen belastingplichtigen en de fiscus⁵⁷. Derhalve zal het materiële ondernemingsbegrip in de volgende paragraaf expliciet aan bod komen. De tweede voorwaarde richt zich op het onderscheid tussen beleggingsvermogen en ondernemingsvermogen. Beleggingsvermogen kwalificeert niet voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aangezien het vermogen niet voor het drijven van de onderneming wordt gebruikt; beleggingsvermogen wordt gezien als blijvend overtollig vermogen dat niet wordt gebruikt om een onderneming te drijven⁵⁸. Derhalve geldt de vrijstelling enkel voor het ondernemingsvermogen; vermogen dat wordt gebruikt om de onderneming te drijven. De verkrijging dient te bestaan uit vermogensbestanddelen die bij de erflater/schenker tot een aanmerkelijk belang behoren. Hierbij wordt een uitzondering gemaakt voor vermogensbestanddelen die op basis van de meetregeling behoren tot een aanmerkelijk belang⁵⁹. Tot slot dient te worden voldaan aan de bezitseis en de voortzettingseis. De wetgever heeft met de bezitseis beoogd om oneigenlijk gebruik van de faciliteiten te voorkomen en de reële bedrijfsopvolgingen te bewerkstelligen⁶⁰. De schenker of erflater dient de aandelen gedurende een periode van respectievelijk vijf en één jaar in zijn bezit te hebben. De vennootschap waarin de aandelen worden gehouden dient gedurende een periode van vijf jaar bij schenking en gedurende een periode van één jaar bij vererving een materiële onderneming te drijven⁶¹. De bezitseis kent een antimisbruikarakter; er wordt voorkomen dat niet-gefaciliteerd vermogen wordt omgezet in gefaciliteerd vermogen⁶². Tot slot wordt aan de voortzettingseis voldaan indien de verkrijger de aandelen gedurende een periode van vijf jaar aanhoudt⁶³. Hierbij geldt eveneens de voorwaarde dat de vennootschap gedurende eenzelfde periode een materiële onderneming blijft drijven. Uit de bezitseis volgt dat de aandelen gedurende een zekere tijd door de erflater of schenker moeten zijn aangehouden. Het voortzettingsvereiste sluit in beginsel aan bij het materiële stakingsbegrip in de inkomstenbelasting⁶⁴. Een wijziging in de aard van de ondernemingsactiviteiten kan ertoe leiden dat er een verandering is aangebracht in de economische identiteit van de onderneming, waardoor dit gezien kan worden als een staking⁶⁵. Vervreemding van de aandelen leidt eveneens tot staking. Verdere inhoudelijke behandeling van de voorwaarden wordt - afgezien van de voorwaarde die ziet op het drijven van een materiële onderneming - achterwege gelaten.

3.2.1 Belang bij kwalificatie materiële onderneming

De vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten kan worden toegepast, brengt grote financiële consequenties teweeg. Voor de verkrijger van een aandelenpakket in een vastgoedvennootschap is het de meest wenselijke optie dat sprake is van een materiële onderneming waarbij de activiteiten

⁵⁷ Rozendal, A., 'Tussenstand bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', NTFR Beschouwingen 2018-17, nummer 5.

⁵⁸ MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr.3, p. 43, V-N 2009/22.3.

⁵⁹ Art. 4.10 Wet IB.

⁶⁰ Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3 p. 45-46.

⁶¹ Art. 35d SW.

⁶² Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 9, p. 102.

⁶³ Art. 35e SW.

⁶⁴ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, V-N 2013/8.17, onderdeel 6.1.

⁶⁵ HR 19 maart 2010, nr. 08/01448, BNB 2010/213-214.

enkel ondernemingsvermogen opleveren. Wanneer een materiële onderneming wordt verondersteld kan gebruik worden gemaakt van de voorwaardelijke vrijstelling met betrekking tot het ondernemingsvermogen, de mogelijkheid tot uitstel van de resterende heffing dat ziet op het ondernemingsvermogen en de aanmerkelijk belang claim kan worden doorgeschoven⁶⁶. Mocht de fiscus concluderen dat de vennootschap geen materiële onderneming drijft dan wordt de vennootschap aangemerkt als een beleggingsvennootschap en kan er geen gebruik worden gemaakt van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten⁶⁷. Dit heeft tot gevolg dat zowel de verkrijger als de erflater/schenker verplicht zijn om af te rekenen. De verkrijger is erf- of schenkbelasting verschuldigd over de waarde van de verkregen aandelen en de erflater of schenker dient de aanmerkelijkbelangclaim die op de overgedragen aandelen zit te voldoen. Het tarief van de erf- of schenkbelasting is afhankelijk van de relatie tussen de schenker/erflater en de verkrijger⁶⁸. Het verschil in de fiscale behandeling tussen een materiële onderneming en een beleggingsvennootschap kan het beste worden aangetoond door middel van een voorbeeld.

Voorbeeld verschillen in fiscale behandeling

Vader is voornemens om dit jaar (2019) zijn zoon de aandelen in X Bv te schenken. Zoon werkt sinds 2014 in de Bv van zijn vader. De waarde van de aandelen bedraagt €40.000.000.

Situatie 1: X Bv drijft een materiële onderneming

Indien wordt verondersteld dat sprake is van een materiële onderneming heeft zoon de mogelijkheid om een beroep te doen art. 35b SW. Ervan uitgaande dat de volledige waarde van de aandelen wordt gezien als ondernemingsvermogen, leidt dit tot de volgende uitwerking:

Verkrijging			€ 40.000.000
Vrijstelling 100%	Art. 35b SW	40.000.000 - 1.084.851	€ 1.084.851 -
			€ 38.915.149
Vrijstelling 83%	Art. 35b SW	38.915.149 * 0,83	€ 32.299.574 -
Belaste verkrijging			€ 6.615.575
Vrijstelling kind schenkbelasting	Art. 33 lid 5° SW		€ 5.428 -
Belastbare bedrag			€ 6.610.147
Verschuldigde schenkbelasting t/m 124.726	Art. 24 SW	124.726 * 0,10	€ 12.473
vanaf 124.727	Art. 24 SW	(6.610.247- 124.726) * 0,20	€ 1.297.084 +
Totaal verschuldigde schenkbelasting			€ 1.309.557

De inkomstenbelasting zal nihil zijn omdat er wordt voldaan aan art. 4.17c lid 1 Wet IB⁶⁹. Vader is geen inkomstenbelasting verschuldigd over de schenking van de aandelen in X Bv aan zijn zoon.

⁶⁶ Art. 35b SW j.o. art. 25 lid 12 IW j.o. art. 4.17a en art 4.17c Wet IB.

⁶⁷ Art. 35b lid 1 sub c SW.

⁶⁸ Art. 21 lid 1 SW.

⁶⁹ Omwille de omvang van de scriptie wordt hier verder geen aandacht aan besteed, zie paragraaf 1.3

Situatie 2: X Bv wordt aangemerkt als een beleggingsvennootschap

De zoon verkrijgt de aandelen van zijn vader en is derhalve over een waarde van €40.000.000 schenkbelasting verschuldigd.

Belaste verkrijging			€ 40.000.000
Vrijstelling kind schenkbelasting	Art. 33 lid 5° SW		€ 5.428 -
Belastbare bedrag			€ 39.994.572
Verschuldigde schenkbelasting			
t/m 124.726	Art. 24 SW	124.726 * 0,10	€ 12.473
vanaf 124.727	Art. 24 SW	(39.994.572 - 124.726) * 0,20	€ 7.973.969 +
Totaal verschuldigde schenkbelasting			€ 7.986.442

Zowel zoon als zijn vader zijn in deze situatie belasting verschuldigd. Bij de zoon is sprake van een belastbare schenking. Vader dient over zijn aanmerkelijk belang claim af te rekenen omdat hij geen gebruik kan maken van de doorschuivingsfaciliteit van art. 4.17c Wet IB. Het vervreemdingsvoordeel wordt gesteld op de overdrachtprijs min de verkrijgingsprijs⁷⁰. Ervan uitgaande dat de verkrijgingsprijs nihil is, ontstaat er over een bedrag van €40.000.000 een aanmerkelijk belang claim. Het tarief belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang is 25%, waardoor de verschuldigde inkomstenbelasting €10.000.000 bedraagt⁷¹.

Ter illustratie worden de twee situaties met elkaar vergeleken. Het contrast tussen een positieve en negatieve uitwerking van de kwalificatievraag is van zodanige omvang dat het zeer aannemelijk is dat zowel de schenker als de verkrijger te allen tijde bereid zijn om de discussie met de fiscus aan te gaan.

Materiële onderneming	Schenkbelasting	€ 1.309.557
	Inkomstenbelasting	€ 0 +
	Totaal	€ 1.309.557
Beleggingsvennootschap	Schenkbelasting	€ 7.986.442
	Inkomstenbelasting	€ 10.000.000 +
	Totaal	€ 17.986.442

Het belang van belanghebbenden bij een positieve uitwerking van de kwalificatievraag is helder. In de volgende paragraaf wordt uiteengezet wanneer sprake is van een materiële onderneming.

3.3 De materiële onderneming

Op grond van art. 35c SW wordt de verkrijging van vermogensbestanddelen die bij een erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang behoorden, gezien als de verkrijging van ondernemingsvermogen. Ten behoeve van het begrip 'materiële onderneming' wordt verwezen naar art. 3.2 Wet IB⁷². De verwijzing naar de Inkomstenbelasting is gedaan met het oog op

⁷⁰ Art. 4.19 lid 1 Wet IB.

⁷¹ Art. 2.12 Wet IB.

⁷² Art. 35c lid 1 onderdeel a SW.

rechtsvormneutraliteit en eenvoud⁷³. Deze verwevenheid voorkomt de mogelijkheid om bepaalde activiteiten van vennootschappen per definitie als ondernemingsactiviteiten in de SW aan te merken, terwijl de kwalificatie bij IB-ondernemingen afhangt van de omstandigheden van het geval⁷⁴. Tevens wordt met de verwevenheid een einde gemaakt aan mogelijke verschillen in de fiscale behandeling wanneer sprake is van verschillende belastingwetten.

Art. 3.2 wet IB luidt als volgt:

'Belastbare winst uit onderneming is het gezamenlijke bedrag van de winst die de belastingplichtige als ondernemer geniet uit een of meer ondernemingen verminderd met de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling.'

Het is naar mijn mening opmerkelijk dat de Wet IB geen omschrijving bevat van het begrip 'onderneming'. In de parlementaire geschiedenis wordt weliswaar ingegaan op de toepassing en werkwijze, maar een toelichting van het begrip ontbreekt. Zo volgt uit de MvT dat de vraag of sprake is van een onderneming objectief moet worden bepaald. Het betreft een feitelijke kwestie waarbij de omstandigheden een belangrijke rol spelen, derhalve dient ieder geval afzonderlijk te worden behandeld.⁷⁵ In jurisprudentie wordt het begrip 'onderneming' verder opgehelderd. De hoeveelheid beschikbare jurisprudentie vanuit de Wet IB wordt gezien als een reden om aan te sluiten bij het ondernemingsbegrip zoals in de Wet IB is omschreven. Uit jurisprudentie volgen de volgende voorwaarden voor het bestaan van een materiële onderneming:

- een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid waarbij;
- wordt deelgenomen aan het economische verkeer en;
- het oogmerk bestaat dat daarmee winst wordt behaald en welke winst ook redelijkerwijs te verwachten valt⁷⁶.

De ondernemingsuitoefening van de activiteiten en de organisatie moeten gericht zijn op continuïteit, in dat geval is er voldaan aan het duurzaamheidsvereiste⁷⁷. De toets van duurzaamheid hangt af van de intentie van de belastingplichtige en vindt plaats bij aanvang van de werkzaamheden. Freudenthal beargumenteert dat het criterium 'duurzaamheid van de activiteiten en van de organisatie' een grote rol speelt bij het aannemelijk maken van het verschil tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden⁷⁸. Door middel van de duurzaamheid en omvang van de werkzaamheden, de omvang van de investeringen, het gelopen (ondernemings)risico, de bekendheid naar buiten toe, de beschikbare tijd, het aantal opdrachtgevers en andere factoren wordt onderscheid gemaakt tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden⁷⁹. Uit jurisprudentie volgt dat bij de zinsnede 'de organisatie van kapitaal en arbeid' de nadruk ligt op de factor arbeid en dat de aanwezigheid van kapitaal niet steeds noodzakelijk is⁸⁰. De tweede voorwaarde - deelname aan het economisch verkeer - ziet op het verrichten van een prestatie voor een derden waarvoor een zakelijke

⁷³ Kamerstukken II, 2008/2009, 31 930, nr. 3, blz. 42.

⁷⁴ Kamerstukken II, 2008/2009, 31 930, nr. 13, blz. 25.

⁷⁵ Kamerstukken II, 2008/2009, 31 930, nr. 3, blz. 42.

⁷⁶ HR 3 maart 1954, nr. 11.683, BNB 1954/125 en HR 1 februari 2002, nr. 36.238, BNB 2002/128.

⁷⁷ HR 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299.

⁷⁸ Freudenthal, R.M., 'Resultaat uit overige werkzaamheden', FM 103, Deventer: Kluwer 2002, blz. 121 e.v.

⁷⁹ Essers, P. & Kempen, M.L.M. van, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), IB 3.2.2.B.b, HR 21 april 1993, nr. 28 189, BNB 1993/185.

⁸⁰ HR 21 juni 1946, B.8137.

vergoeding wordt betaald. Door middel van deze voorwaarde wordt onderscheid gemaakt tussen de hobby activiteiten en de professionele activiteiten die worden ingezet om winst te behalen⁸¹. Tot slot dient het oogmerk te bestaan dat hiermee winst wordt behaald die ook redelijkerwijs is te verwachten.

De voorwaarden voor een materiële onderneming vallen grotendeels samen met de bronvraag. Een bron van inkomen dient te voldoen aan de volgende criteria; deelname aan het economisch verkeer met het oogmerk om daarmee een voordeel te behalen en de redelijke verwachting dat het voordeel er ook gaat komen. De Wet IB maakt hier onderscheid tussen een objectieve onderneming die ziet op de redelijke verwachting dat uit de activiteit een voordeel wordt behaald en de subjectieve onderneming die ziet op het oogmerk om voordeel te behalen. De objectieve onderneming wordt vastgesteld aan de hand van de presentatie in het maatschappelijke verkeer, hierbij dienen alle relevante (objectieve) feiten en omstandigheden in acht te worden genomen⁸². De subjectieve onderneming ziet op de relatie tussen de belastingplichtige en de objectieve onderneming. Bij de beoordeling of sprake is van een onderneming is het subjectieve begrip leidend, het objectieve criterium wordt slechts gezien als een middel om het belastingplichtige subject na te gaan⁸³. Dit heeft tot gevolg dat de wil van de belastingplichtige ondergeschikt is aan de vraag of sprake is van een objectieve onderneming⁸⁴. De aanwezigheid van de materiële onderneming wordt vastgesteld aan de hand van de relevante feiten en omstandigheden.

3.4 De aanwezigheid van een materiële onderneming bij vastgoedactiviteiten

Zoals in de paragraaf 3.2 is beschreven is het kwalificerende vermogen bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteit beperkt tot het ondernemingsvermogen⁸⁵. Door middel van de activiteitentoets wordt onderzocht of de door de vennootschap verrichte activiteiten kunnen worden aangemerkt als het drijven van een materiële onderneming. De meestomstreden activiteiten met betrekking tot vastgoed zijn de verhuur en exploitatie van vastgoed⁸⁶. Ten tijde van het parlementaire proces is uitvoerig stilgestaan bij deze activiteiten en de vraag of deze activiteiten kunnen kwalificeren als een onderneming⁸⁷. In zijn algemeenheid is hierover opgemerkt dat aansluiting moet worden gezocht bij de Wet IB en dat in het individuele geval moet worden beoordeeld of er een onderneming wordt gedreven. Een materiële onderneming wordt verondersteld, indien sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, die gericht is op het deelnemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen. Berkhout en Hoogeveen zijn van mening dat de duurzaamheid van de activiteiten en de organisatie bij de discussie vastgoedbelegger of materiële onderneming minder van belang is⁸⁸. De Bv zal doorgaans de intentie hebben om voor een langere tijd vastgoed te verhuren en/of te exploiteren en deze activiteiten zullen derhalve ook administratieve werkzaamheden met zich meebrengen. Daarnaast zal in het geval van verhuur en/of ontwikkeling van

⁸¹ HR 28 september 1983, nr. 21 851, BNB 1984/72.

⁸² HR 24 juni 2011, nr. 10/01299, BNB 2011/246.

⁸³ Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P. & Schuier B.F., *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2019, blz. 71.

⁸⁴ Lubbers, A.O., Meussen, G.T.K. & Smeets, M.H.M., *Hoofdzaken winst uit onderneming*, Deventer: Kluwer 2018, hoofdstuk 2.4.1, p. 26-27.

⁸⁵ Zie uitgebreider paragraaf 2.3.

⁸⁶ Zie uitgebreider paragraaf 3.5 en 4.2.

⁸⁷ Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 13, p.24.

⁸⁸ Berkhout, T.M. & Hoogeveen, M.A., 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', WFR 2015/4.

vastgoed vrijwel altijd voldaan zijn aan de deelname aan het maatschappelijk productieproces. Tot slot dient het oogmerk te bestaan dat hiermee winst wordt behaald die ook redelijkerwijs is te verwachten.

Vastgoedondernemers worden van vastgoedbeleggers gedifferentieerd doordat zij aan een tweetal voorwaarden moeten voldoen. Het gaat om een duurzame organisatie die erop gericht is (1) meerwaarde te creëren (2)⁸⁹. Een duurzame organisatie bestaat uit samenhangende activiteiten in een georganiseerd verband. De meerwaarde wordt aangetoond door een hoger nettorendement te behalen dan wordt verkregen uit normaal vermogensbeheer. Dit wordt veelal aangeduid als meerarbeid (arbeid+), de arbeid dient gericht te zijn op het behalen van een hoger rendement (rendement+) dan wat met normaal vermogensbeheer wordt behaald. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de werkzaamheden een persoonlijk karakter dienen te hebben en dat zij de oorzaak zijn van het behalen van een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer het geval is⁹⁰. Belanghebbenden zullen in beginsel aannemelijk moeten maken dat de vastgoedactiviteiten van de vennootschap leiden tot meer dan normaal vermogensbeheer⁹¹.

De Hoge Raad omschrijft de activiteitentoets als volgt: *“Er 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*⁹².” Uit deze bewoording van de Hoge Raad kunnen de tweetal toetsen worden afgeleid. Ten eerste dient de eigenaar van de onroerende zaak persoonlijke arbeid te verrichten (plusarbeidstoets). Vervolgens dient de arbeid onmiskenbaar ten doel te hebben dat meer voordeel wordt behaald dan het rendement dat bij normaal vermogensbeheer wordt behaald (plusrendementstoets). Bij de tweede toets doelt de Hoge Raad op het feit dat de meerarbeid gericht is op het behalen van een hogere opbrengst, waarbij ook beschouwd moet worden of het objectief gezien haalbaar is. In dit geval wordt de situatie niet uitgesloten dat het niet behalen van het rendement er toch toe leidt dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. In de Handreiking wordt het arrest expliciet benoemd om het belang van inzicht in de rendementen gedurende een langere periode te benadrukken⁹³. Het is aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat sprake is van een materiële onderneming waarbij meer dan normaal vermogensbeheer wordt verricht⁹⁴. De belastingplichtige kan dit doen door de in de vennootschap verrichte activiteiten te vergelijken met de activiteiten van andere vennootschappen en door te bewijzen dat er meer rendement wordt beoogd en wordt behaald. Tevens dient de belastingplichtige aan te geven om welke activiteiten het gaat en in hoeverre deze activiteiten kwalitatief of kwantitatief te onderscheiden zijn van de activiteiten van anderen. Op de inspecteur rust de verplichting om de feiten nader te onderzoeken.

De werkzaamheden van vastgoedvennootschappen kunnen worden gesplitst in ontwikkelingsactiviteiten en verhuuractiviteiten. In het kader van de kwalificatie beschrijft Van Dijk de ondernemer als degene die een zelf vervaardigde prestatie aanbiedt, ten opzichte van de belegger

⁸⁹ Dijk, J.E.A.M. van, ‘Vermogensbeheer’, WFR 1976/5258, p.148 en 149.

⁹⁰ Tweede Kamer, 2008-2009, 31930, nr. 13, p.24.

⁹¹ Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 13, p.24.

⁹² HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, r.o. 3.4.

⁹³ HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319.

⁹⁴ Bijlage 1, p.45.

die zijn vermogen ter beschikking stelt aan een derde en daarvoor een vergoeding ontvangt.⁹⁵ Dit leidt volgens hem tot een relatief eenvoudig onderscheid: exploitatie van vastgoed met het oog op het genereren van huuropbrengsten, met periodiek een aan-of verkoop van vastgoed wordt gezien als beleggen. Terwijl de handel in vastgoed en projectontwikkeling wordt gezien als een ondernemingsgewijze exploitatie⁹⁶. Rozendal merkt op dat de hoofdactiviteit van een belegger niet de vastgoedexploitatie is, waardoor de bovenstaande werkzaamheden niet voor zijn eigen rekening en risico kunnen en zullen worden verricht⁹⁷. De belegger zal zich voornamelijk bezighouden met de aanwending van overtollige middelen door middel van een stabiel rendement, terwijl de vastgoedexploitant zich richt op de rendementsmaximalisatie. Derhalve is het een rechtsfeitelijke vraag of sprake is van een materiële onderneming.

In de volgende paragraaf wordt getoetst wanneer ontwikkelingsactiviteiten leiden tot een materiële onderneming in de zin van jurisprudentie, literatuur en de Handreiking. In hoofdstuk 4 zal worden onderzocht of verhuuractiviteiten leiden tot een materiële onderneming op basis van jurisprudentie, literatuur en de Handreiking.

3.5 Kwalificatie ontwikkelingsactiviteiten op basis van jurisprudentie, literatuur en de Handreiking

In de parlementaire geschiedenis worden ontwikkelingsactiviteiten als volgt omschreven: *“Ontwikkelingsactiviteiten omvatten onderhandelingen met grondeigenaren, het verkrijgen van bouwvergunningen, het maken van een exploitatiebegroting, architectonische werkzaamheden, het regelen van de financiering, de aankoop van grond, bouw en eventueel verkoop. Bovendien zijn aan projectontwikkeling risico's verbonden die de risico's die kleven aan normaal vermogensbeheer te boven gaan*⁹⁸.”

Projectontwikkeling die op duurzame basis wordt verricht, kwalificeert per definitie als het drijven van een onderneming⁹⁹. In de Handreiking wordt dit uitgangspunt gevolgd, met daarbij de nadruk op de duurzame aard van de ontwikkelingsactiviteiten¹⁰⁰. Wanneer er incidenteel sprake is van het bouwen of vernieuwbouwen van een pand wordt er geen onderneming gedreven op basis van de Handreiking¹⁰¹. Het duurzaamheidscriterium volgt eveneens uit de omstandighedencatalogus opgesteld door Berkhout en Hoogeveen¹⁰². Door het overzicht van de feiten en omstandigheden meerdere jaren op te stellen kan de duurzaamheid van de activiteiten in de beoordeling worden betrokken. Hoewel zij van mening zijn dat de hoeveelheid jaren arbitrair is om duurzaamheid te veronderstellen, sluiten zij aan bij de bezitser en veronderstellen zij een periode van vijf jaar¹⁰³. De omstandighedencatalogus van Berkhout en Hoogeveen is één op één overgenomen in de Handreiking¹⁰⁴. Doordat de duurzaamheid van de activiteiten arbitrair is, is het aan de inspecteur om

⁹⁵ Dijck, J.E.A.M. van, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/141.

⁹⁶ Meussen, G.T.K., 'Exploitatie van vastgoed: ondernemen of beleggen?', NTFR 2016, nr. 2026/2593.

⁹⁷ Rozendal, A., 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', WFR 2016/127.

⁹⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 689, nr.3, p.1.

⁹⁹ Rozendal, A., 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', WFR 2018/53.

¹⁰⁰ Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 11.

¹⁰¹ Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 10, Hof Amsterdam 3 juli 2018, nr. 17/ 00327 e.v., en Hof Den Bosch 25 maart 2016, nr. 14/01095, zie voor de uitgebreidere behandeling van de uitspraken paragraaf 4.2

¹⁰² Berkhout, T.M. & Hoogeveen, M.A., falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten, WFR 2015/4.

¹⁰³ Art. 35d SW.

¹⁰⁴ Bijlage 1, p.49-51.

te oordelen of de ontwikkelingsactiviteiten van duurzame aard zijn. In beginsel wordt aangesloten bij de visie van Berkhout en Hoogeveen. Maar ik merk op dat de Handreiking als een hulpmiddel dient en dus niet leidend is voor de inspecteur. Derhalve kan de inspecteur op basis van zijn zelf verrichte onderzoek – ondanks het tijdsbestek - alsnog tot de conclusie komen dat de ontwikkelingsactiviteiten van duurzame aard zijn en kwalificeren als ondernemingsactiviteiten.

De inspecteur zal duurzame ontwikkelingsactiviteiten kwalificeren als het drijven van een onderneming. Er bestaat geen discussie omtrent de kwalificatie van enkel ontwikkelingsactiviteiten in de jurisprudentie¹⁰⁵. In de rechtspraak zijn wel situaties te vinden waarin geoordeeld is dat de ontwikkelingsactiviteit van een zodanig incidentele aard is dat hier geen sprake kan zijn van het drijven van een materiële onderneming. Veelal gaan de incidentele ontwikkelingswerkzaamheden in die situaties gepaard met verhuuractiviteiten¹⁰⁶. In het geval dat de vastgoedvennootschap naast ontwikkelingsactiviteiten ook verhuuractiviteiten verricht, worden beide activiteiten separaat beoordeeld¹⁰⁷. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de vraag of verhuuractiviteiten leiden tot het drijven van een materiële onderneming. Daarnaast wordt aan de hand van jurisprudentie inzichtelijk gemaakt wat de gevolgen zijn als de vennootschap zowel verhuuractiviteiten als ondernemingsactiviteiten verricht.

3.6 Deelconclusie 2

Wanneer leiden ontwikkelingsactiviteiten tot een materiële onderneming op basis van de jurisprudentie, literatuur en de Handreiking?

Bij de beoordeling of sprake is van activiteiten die leiden tot het drijven van een materiële onderneming moet worden voldaan aan een tweetal eisen: het moet gaan om een duurzame organisatie die erop gericht is (1) meerwaarde te creëren (2)¹⁰⁸. Een duurzame organisatie bestaat uit samenhangende activiteiten in een georganiseerd verband. De meerwaarde wordt aangetoond door een hoger nettorendement te behalen dan wordt verkregen uit normaal vermogensbeheer. Dit wordt veelal aangeduid als meerarbeid (arbeid+), de arbeid dient gericht te zijn op het behalen van een hoger rendement (rendement+) dan wat met normaal vermogensbeheer wordt behaald.

Onder ontwikkelingsactiviteiten wordt het onderhandelen over grond, het regelen van de financiering, de aankoop van de grond, bouw en verkoop verstaan¹⁰⁹. Ontwikkelingsactiviteiten die op duurzame basis worden verricht, kwalificeren per definitie als het drijven van een onderneming. Dit standpunt wordt zowel in de Handreiking als jurisprudentie en literatuur gevolgd. Het duurzaamheidscriterium is arbitrair en derhalve is het aan de inspecteur om te beoordelen of de ontwikkelingsactiviteiten duurzaam zijn.

¹⁰⁵ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/0037, zie voor uitgebreidere behandeling van de uitspraak paragraaf 4.2.

¹⁰⁶ Hof Amsterdam 3 juli 2018, nr. 17/ 00327 ev, r.o. 4.8.

¹⁰⁷ Zie uitgebreider paragraaf 4.2.

¹⁰⁸ Dijck, J.E.A.M. van, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/5258, p.148 en 149.

¹⁰⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 689, nr.3, p.1.

Hoofdstuk 4 Verhuuractiviteiten getoetst op basis van jurisprudentie, literatuur en de Handreiking

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt allereerst een omschrijving van het begrip verhuuractiviteiten gegeven. Vervolgens wordt aan de hand van jurisprudentie, literatuur en de Handreiking onderzocht of de verhuuractiviteiten kwalificeren als activiteiten van een materiële onderneming. Daarbij wordt op basis van jurisprudentie een onderscheid gemaakt in positieve zaken waarin is geoordeeld dat de verhuuractiviteiten wel kwalificeren als het drijven van een onderneming en negatieve zaken waarin de verhuuractiviteiten niet boven het normale vermogensbeheer uitkomen.

De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt behandeld, luidt als volgt:

1. *Leiden verhuuractiviteiten op basis van de Handreiking, jurisprudentie en literatuur tot een materiële onderneming?*

4.2 Kwalificatie verhuuractiviteiten op basis van jurisprudentie, literatuur en de Handreiking

Verhuur van vastgoed is het aanhouden van vastgoed voor het generen van huuropbrengsten en waardeinstijgingen¹¹⁰. Om de verhuur van vastgoed mogelijk te maken zal de vennootschap ook beheerswerkzaamheden verrichten. Beheerswerkzaamheden, ook wel bekend als propertymanagement, zijn te rangschikken in de volgende categorieën:

- Administratieve beheerswerkzaamheden; zoals huurincasso, huurverhogingen, crediteurenadministratie, correspondentie inzake huurachterstanden, etc.
- Technische beheerswerkzaamheden; zoals onderhoud, schadeherstel, renovatie, upgrading, verbouwingen, afhandeling storingen en klachten, etc.
- Commercieel beheer; zoals onderhouden van contacten met huurders, aannemers, leveranciers, initiatieven tot bevordering verhuurbaarheid, intakegesprekken met huurders, etc.

Verhuuractiviteiten leiden, in tegentelling tot ontwikkelingsactiviteiten, enkel tot een materiële onderneming indien de verhuuractiviteiten uitgaan boven het normale vermogensbeheer¹¹¹. Hierbij wordt onderzocht of de aard en de omvang van de daadwerkelijk verrichte arbeid uitgaat boven de aard en omvang van de arbeid die een normale belegger zou verrichten. Belangrijk is om op te merken dat beheerswerkzaamheden inherent kunnen zijn aan de verhuur van vastgoed, maar dat daarmee niet automatisch sprake is van normaal vermogensbeheer. Rozendal merkt op dat er onderzocht moet worden of een vastgoedbelegger dezelfde werkzaamheden zou verrichten en niet of de werkzaamheden op zichzelf beschouwd horen bij de verhuur. Door de aard en omvang van de daadwerkelijke verrichte werkzaamheden te vergelijken met de aard en omvang van de werkzaamheden waarvan aannemelijk is dat een normale particuliere belegger deze zou verrichten

¹¹⁰ Albert, P.G.H., 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', WFR 2016/184.

¹¹¹ Rozendal, A., 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', WFR 2018/53.

kan er concreet invulling worden gegeven aan het begrip meer dan normaal vermogensbeheer¹¹². Rozendal lijkt hiermee de duiden op het feit dat de verhuur van vastgoed onder deze omstandigheden gezien kan worden als een materiële onderneming. Uit het parlementaire proces volgt dat een vennootschap die zich bezighoudt met de verhuur van onroerende zaken en het onderhoud van deze zaken in eigen beheer heeft, niet snel zal voldoen aan de kwalificatie. Wanneer het onderhoud wordt verricht om de belegging in stand te houden, is er sprake van normaal vermogensbeheer¹¹³. Maar het lijkt erop dat de deur nog op een kier staat, want de activiteiten die betrekking hebben op de verhuur worden niet per definitie in de kwalificatievraag uitgesloten.

Een veelvuldig geraadpleegd arrest in de jurisprudentie met betrekking tot de verhuur van vastgoed is BNB 1994/319. In dit arrest oordeelde het Hof dat de verhuur van kamers geen materiële onderneming opleverde¹¹⁴. Volgens de Hoge Raad is het Hof van een onjuiste opvatting uitgegaan. De Hoge Raad richt zich op de meerarbeid en het rendement waarna hij vervolgens tot de conclusie komt dat de belastingplichtige wel aan het begrip voldoet¹¹⁵. In dit arrest is de activiteitentoets voor het eerst expliciet omschreven¹¹⁶. "Verhuuractiviteiten kunnen - indien voldaan is aan de arbeids-plus en rendement-plus-toets - leiden tot het drijven van een materiële onderneming.

Het belang van persoonlijke arbeid bij verhuuractiviteiten volgt eveneens uit BNB 1996/232¹¹⁷. De omvangrijke arbeid van de eigenaar heeft ertoe geleid dat er een hoger rendement werd behaald dan bij normaal vermogensbeheer het geval is¹¹⁸. Dit arrest bevat echter een heikel punt met betrekking tot de overgang van verbouwen naar verhuur. Het arrest wordt expliciet benoemd in de Handreiking om de gevolgen van overgang te benadrukken¹¹⁹. Bij een overgang wordt de kwalificatievraag nogmaals gesteld ter beoordeling van de werkzaamheden omtrent de verhuur. In dit arrest stelt de inspecteur dat alle panden, inclusief de daarbij behorende activiteiten, behoren tot winst uit onderneming, terwijl de belastingplichtige van mening is dat de panden tot inkomsten uit vermogen behoren. Het Hof volgt de mening van de inspecteur maar de Hoge Raad werpt een ander licht op de casus. *"Voor de beantwoording van de vraag of de huuropbrengst van de panden voor belanghebbende inkomsten uit vermogen vormde, is slechts van belang 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"*¹²⁰. De activiteiten met betrekking tot de verhuur worden derhalve niet gelijkgesteld met de verbouwingsactiviteiten. De ontwikkeling van panden is een ondernemingsactiviteit, maar bij de overgang naar de verhuuractiviteiten wordt de kwalificatievraag simpelweg nogmaals gesteld. Rozendal beargumenteert dat de wijze waarop deze activiteiten zich qua omvang tot elkaar verhouden geen rol speelt bij de beoordeling¹²¹. Hieruit blijkt dat eenzelfde mening deelt over de separate behandeling van de activiteiten. Dat de verhouding voor wat betreft omvang tussen ontwikkelingsactiviteiten en verhuuractiviteiten geen rol speelt bij de

¹¹² Rozendal, A., 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', WFR 2016/127.

¹¹³ Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 13, p.25.

¹¹⁴ HR 18 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 194/319, r.o. 3.3.

¹¹⁵ HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, r.o. 3.4.

¹¹⁶ HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, r.o. 3.4.

¹¹⁷ HR 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232.

¹¹⁸ HR 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232, r.o. 3.4.

¹¹⁹ Bijlage 1, p. 44.

¹²⁰ HR 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232, r.o. 3.4.

¹²¹ Rozendal A., 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', WFR 2018/53 en zie paragraaf 3.5.

beoordeling volgt eveneens uit jurisprudentie¹²². In het arrest BNB 2017/113 bestonden de werkzaamheden van de vennootschap uit verhuuractiviteiten en ontwikkelingsactiviteiten¹²³. Het Hof oordeelde dat de omvang van de ontwikkelingsactiviteiten te beperkt is ten opzichte van de overige activiteiten, te weten de verhuur van de onroerende zaken, om te concluderen dat er (deels) een onderneming wordt gedreven¹²⁴. Volgens de Hoge Raad is het Hof van een onjuist rechtsopvatting uitgegaan: *“Beslissend is in dit verband echter of de ontwikkelingsactiviteiten op zichzelf bezien, kunnen worden aangemerkt als een onderneming in materiële zin. Daarom is het Hof er ten onrechte vanuit gegaan dat de relatieve omvang van de ontwikkelingsactiviteiten in verhouding tot de beleggingsactiviteiten beslissend is voor de beantwoording van de vraag of de vennootschap met de ontwikkelingsactiviteiten een onderneming in materiële zin drijft”*¹²⁵. Het feit dat ontwikkelingsactiviteiten kwalificeren als ondernemingsactiviteiten brengt niet automatisch met zich mee dat de verhuuractiviteiten die daaruit voortvloeien eveneens ondernemersactiviteiten zijn. De activiteiten dienen separaat te worden behandeld, dit geldt tevens in de situatie dat de vennootschap zich met een combinatie van verhuur- en ontwikkelingsactiviteiten bezighoudt¹²⁶.

Albert pleit voor een helder onderscheid tussen ondernemen en beleggen bij verhuur en heeft derhalve een verzoek gedaan aan de feitenrechters om prejudiciële vragen aan te Hoge Raad te stellen¹²⁷. Meussen merkt - naar mijn mening terecht - op dat Albert hier een verkeerde constatering maakt¹²⁸. De fiscale kwalificatie van zowel verhuur als exploitatie van vastgoed is een feitelijke vraag, dit wordt eveneens door jurisprudentie beaamd¹²⁹. De feitenrechter houdt zich bezig met de afweging van de feiten en omstandigheden. De Hoge Raad beschikt niet over de mogelijkheid om een feitelijk, goed gemotiveerd oordeel en niet onbegrijpelijk in het licht van de vastgestelde feiten, te veranderen. Zowel in de literatuur als in de jurisprudentie wordt de erkenning van een materiële onderneming bij verhuuractiviteiten niet uitgesloten.

In de jurisprudentie wordt de discussie omtrent de kwalificatievraag verder uitgekristalliseerd. De Handreiking daarentegen hanteert uitgangspunten om een onderscheid te maken tussen de relevante en irrelevante feiten. Naar mijn mening roept dit vragen op, want is juist niet de feitelijke afweging van alle feiten en omstandigheden van belang bij de beoordeling of sprake is van een materiële onderneming? De rechtspraak heeft sinds de herziening van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de SW en IB vijfmaal geoordeeld dat sprake is van een vastgoedvennootschap die een materiële onderneming drijft. Allereerst worden deze uitspraken en arresten vergeleken met de uitgangspunten van de Handreiking. Vervolgens zullen de uitspraken en arresten aan bod komen waarin is geoordeeld dat sprake is van normaal vermogensbeheer. Hierbij wordt wederom de vergelijking gemaakt met de uitgangspunten van de Handreiking.

¹²² HR 10 maart 2017, nr. 16/04190, BNB 2017/113 en Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/0003, zie deze uitspraak uitgebreider in de volgende paragraaf.

¹²³ HR 10 maart 2017, nr. 16/04190, BNB 2017/113.

¹²⁴ HR 10 maart 2017, nr. 16/04190, BNB 2017/113, r.o. 2.3.1.

¹²⁵ HR 10 maart 2017, nr. 16/04190, BNB 2017/113, r.o. 2.3.1.

¹²⁶ Zie uitgebreider paragraaf 4.2.1 en 4.2.2.

¹²⁷ Albert, P.G.H., ‘De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed’, WFR 2016/184.

¹²⁸ Meussen, G.T.K., ‘De fiscale kwalificatie van exploitatie van vastgoed is een feitelijke vraag en geen rechtsvraag’, WFR 2016/215.

¹²⁹ HR 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166.

4.2.1 Vastgoedvennootschap drijft een materiële onderneming

Hof Den Haag 20 december 2013¹³⁰

De werkzaamheden van de vennootschap bestaan uit verhuuractiviteiten en het verrichten van operationele werkzaamheden om de portefeuille te onderhouden¹³¹. Het hof concludeert als volgt: *“Het geheel van werkzaamheden is kwantitatief en kwalitatief van dien aard, gelet ook op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken, dat bij de vennootschappen sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer¹³².”* Volgens het Hof hebben de jarenlange ervaring en expertise en de persoonlijke betrokkenheid van belanghebbenden hier eveneens aan bijgedragen¹³³.

Op basis van de Handreiking zal geen sprake zijn van een materiële onderneming. Daar wordt immers het uitgangspunt “verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming” gehanteerd¹³⁴. Hierbij zijn de omvang van de portefeuille, de wijze van financiering, de aanwezigheid van een eigen onderhoudsdienst, de knowhow van eigenaar en personeel, het aantal werknemers, de tijdsbesteding, het onderhouden van een netwerk, technisch beheer, verbetering aanbrengen, uitbreiden van het aantal verhuurbare meters en alle bijkomende beheers-, aankoop-, verhuur- en verkoopprocessen niet van belang¹³⁵. Deze omstandigheden houden verband met de verhuur van vastgoed en hebben derhalve geen onderscheidende rol. Daarnaast is de rol van een relevant netwerk en verstand van vastgoed niet onderscheidend¹³⁶.

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014¹³⁷

De activiteiten van vennootschap bestaan uit ontwikkelingsactiviteiten en verhuuractiviteiten. *“Het Hof is van oordeel dat de aard en omvang van de door belanghebbendes vader verrichte arbeid onmiskenbaar ten doel heeft dat een hoger rendement behaald zal worden dan een belegger zou nastreven. Het Hof heeft daarbij in aanmerking genomen dat de heer [X], als makelaar, nog steeds een omvangrijk zakelijk netwerk heeft en dat hij dit netwerk heeft gebruikt om projecten te realiseren. Met name de aard en omvang van deze projecten – naast de al bestaande omvangrijke onroerend goed-portefeuille – maken dat de daarmee gemoeide arbeid gericht is geweest op het behalen van voornoemd hoger rendement. Het Hof kent daarbij gewicht toe aan de contacten die met aannemers, architecten en gemeenten worden gelegd, alsmede de diverse vergaderingen die worden bijgewoond. Van belang is ook dat de bouw van het bedrijfsverzamelgebouw is verricht binnen het samenwerkingsverband en dat een deel van de onroerend goed-portefeuille met vreemd vermogen is gefinancierd. Voorts acht Het Hof voor zijn oordeel relevant dat bij de verbouwwerkzaamheden belanghebbendes vader als bouwopzichter heeft gefungeerd.”*

Deze uitspraak staat in contrast met de omstandigheden die irrelevant, dan wel niet onderscheidend worden genoemd in de handreiking, zoals de omvang van de portefeuille, de wijze van financiering en de tijdsbesteding van de belanghebbende¹³⁸. Daarnaast dient het netwerk van belanghebbende geen

¹³⁰ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757 en Rb. Den Haag 29 augustus 2012, nr. AWB 11/2988.

¹³¹ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, r.o. 7.3.

¹³² Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, r.o. 7.5.

¹³³ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, r.o. 7.5.

¹³⁴ Bijlage 1, p.46, uitgangspunt 2.

¹³⁵ Bijlage 1, p.46, uitgangspunt 2.

¹³⁶ Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 5.

¹³⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473 en Rb. Oost-Nederland 5 maart 2013, nr. AWB 12/1097.

¹³⁸ Bijlage 1, p. 46, uitgangspunt 2.

onderscheidende rol te hebben¹³⁹. Tot slot hanteert de Handreiking het uitgangspunt dat vreemd vermogen geen doorslaggevende aanwijzingen oplevert¹⁴⁰. De financiering van de vastgoedportefeuille geeft niet eenduidig antwoord op de vraag of sprake is van een materiële onderneming. Beleggingen kunnen ook met vreemd vermogen worden aangekocht. De werkgroep acht het derhalve wenselijk dat het vreemd vermogen geen doorslaggevende aanwijzingen kan geven, ondanks dat dit in jurisprudentie weliswaar een aanwijzing voor ondernemen vormt.

Hoge Raad 15 april 2016¹⁴¹

De activiteiten van de vennootschap bestaan uit verhuuractiviteiten en ontwikkelingsactiviteiten. De omvangrijke vastgoedportefeuille van de BV bestaat uit 350 onroerende zaken en is opgebouwd in ongeveer twintig jaar¹⁴². Daarnaast heeft de BV zestien personen in dienst en kent de BV een commerciële, een juridische en een administratieve afdeling (onder andere huurincasso) en een eigen technische dienst¹⁴³. *“Gelet op de diverse afdelingen, de kennis en de ervaring van de werknemers, de verbouwingen die weliswaar werden uitbesteed, maar waarop wel toezicht werd gehouden en op het inhuren op projectbasis van externe deskundigen, volgt het Hof de conclusie van belanghebbende dat de arbeid qua aard meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. (..) Naar het oordeel van het Hof moet ook rekening worden gehouden met de uitbestede werkzaamheden waarbij toezicht werd gehouden en met de externe deskundigen die op projectbasis werden ingehuurd voor advisering¹⁴⁴.”* De Hoge Raad acht cassatie ontvankelijk gezien 's Hofs oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en daarnaast kunnen de waarderingen van feitelijke aard in cassatie niet op juistheid worden getoetst¹⁴⁵.

Dit arrest staat in contrast met de volgende uitgangspunten van de Handreiking.

- Verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming¹⁴⁶.
Hierbij zijn de omvang van de portefeuille, de wijze van financiering, de aanwezigheid van een eigen onderhoudsdienst, de knowhow van eigenaar en personeel, het aantal werknemers, de tijdsbesteding, het onderhouden van een netwerk, technisch beheer, verbetering aanbrengen, uitbreiden van het aantal verhuurbare meters en alle bijkomende beheers-, aankoop-, verhuur- en verkoopprocessen niet van belang. Deze omstandigheden houden verband met de verhuur van vastgoed en hebben derhalve geen onderscheidende rol.
- De grootte van de vastgoedportefeuille doet er niet toe¹⁴⁷.
- Een relevant netwerk hebben en verstand hebben van vastgoed is niet onderscheidend¹⁴⁸.

In de praktijk wordt veelal een beroep op dit arrest gedaan en om die reden heeft de kennisgroep het arrest in de Handreiking opgenomen en voorzien van feedback aan de hand van de uitgangspunten¹⁴⁹.

¹³⁹ Bijlage 1, p. 47, uitgangspunt 5.

¹⁴⁰ Bijlage 1, p. 48, uitgangspunt 13.

¹⁴¹ Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166, Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073 en Rb. Gelderland 10 september 2013, nr. AWB 12/6469.

¹⁴² Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, r.o. 4.5.

¹⁴³ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, r.o. 2.15.

¹⁴⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073 4.8.

¹⁴⁵ Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166, r.o. 2.3.

¹⁴⁶ Bijlage 1, p.46, uitgangspunt 2

¹⁴⁷ Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 4.

¹⁴⁸ Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 5.

¹⁴⁹ Bijlage 1, p.52 en 53.

Hof Den Haag 19 juli 2017¹⁵⁰

De activiteiten van de BV bestaan uit projectontwikkeling, bouw, verbouw en afbouw van vastgoed en verhuur van vastgoed in de categorieën business centers, bedrijfsverzamelgebouwen en standalone-units.¹⁵¹ Hoewel de inspecteur de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten enkel toekent voor de vermogensbestanddelen die zien op de projectontwikkeling en de bouwactiviteiten, oordeelt het hof dat er voor alle activiteiten sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. *“Het geheel van werkzaamheden is kwantitatief en kwalitatief van dien aard, dat voor elk van de vijf activiteitscategorieën op zichzelf bezien sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer. Het Hof neemt hierbij in aanmerking dat de heren jarenlange ervaring en expertise hebben ten aanzien van de werkzaamheden ten behoeve van elk van de categorieën van de vastgoedportefeuille. Bovendien stelt het Hof vast dat door hun persoonlijke betrokkenheid bij de huurders een hoger rendement op het vermogen wordt behaald dan anders het geval zou zijn¹⁵².”*

Op basis van de Handreiking waren de verhuuractiviteiten nimmer als ondernemingsactiviteit gezien¹⁵³. Maar gezien het feit dat het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van aard zijn, leidt ertoe dat bij elk activiteit op zichzelf bezien sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het Hof neemt de persoonlijke betrokkenheid, de jarenlange ervaring en expertise mee in de overweging. Terwijl deze omstandigheden op basis van de Handreiking als irrelevant worden beschouwd¹⁵⁴.

Hof Den Haag 3 april 2018¹⁵⁵

De vennootschap verricht ontwikkelingsactiviteiten en verhuuractiviteiten. In deze uitspraak wordt de plus-arbeid- toets en plus-rendement-toets expliciet toegepast. De plus-arbeid-toets wordt als volgt ingevuld: *“Naar het oordeel van het Hof is in dit geval sprake van een grote onroerendgoedportefeuille waarvan een gedeelte is ontwikkeld, welke na totstandkoming dan wel aankoop zijn verhuurd en vervolgens na een aantal jaren weer zijn verbeterd, herontwikkeld en ‘vernieuwbouwd’. Deze activiteiten vinden niet incidenteel plaats maar vormen het resultaat van de voortdurende inzet van kapitaal en arbeid¹⁵⁶.”* Vervolgens wordt ingegaan op de plus-rendement-toets waarbij het gemiddelde direct rendement wordt vergeleken met het gemiddelde rendement volgens de ROZ/IPD Nederlandse Vastgoedindex¹⁵⁷. De BV voldoet aan beide toetsen.

Een opmerkelijk verschijnsel in deze uitspraak is dat feiten en/of omstandigheden die zich hebben voorgedaan voor het tijdstip van de schenking ook licht kunnen werpen op de toestand op het moment van schenking. Daarnaast draagt de omvangrijke portefeuille bij aan de beoordeling, terwijl deze omstandigheid op basis van de Handreiking irrelevant is¹⁵⁸.

¹⁵⁰ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373.

¹⁵¹ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, r.o. 2.3.

¹⁵² Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, r.o. 5.6.

¹⁵³ Bijlage 1, p.46, uitgangspunt 2.

¹⁵⁴ Bijlage 1, p. 46 en 47, uitgangspunten 2 en 5.

¹⁵⁵ Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/0003 en Rb. Den Haag 1 december 2016, SGR 16/2213.

¹⁵⁶ Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/0003, r.o. 7.6.

¹⁵⁷ Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/0003, r.o. 7.7.

¹⁵⁸ Bijlage 1, p. 46, uitgangspunt 2.

4.2.2 Vastgoedvennootschap drijft geen materiële onderneming

Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013¹⁵⁹

De vennootschap houdt zich bezig met verhuuractiviteiten. *“Erflaters werkzaamheden voor de BV bestaande uit het onderhouden van contacten met huurders en het opmaken van huurovereenkomsten als ook zijn activiteiten binnen diverse verenigingen van eigenaren zijn in het licht van voorgaande oordelen overigens activiteiten die tot een normaal vermogensbeheer behoren¹⁶⁰.”* De eenmalige wijziging van een kantoorbestemming in een woonbestemming en de uitbesteding van het onderhouds- en verbouwingswerk worden niet gezien als activiteiten die gericht zijn op het behalen van meer dan normaal vermogensbeheer¹⁶¹.

In de Handreiking wordt het volgende uitgangspunt gehanteerd: *“Vastgoedbeheer en -exploitatie is een intensieve bezigheid, maar dat leidt niet tot meer dan normaal vermogensbeheer¹⁶².”* Doordat de eigenaar inkomsten genereert door de verhuur en/of exploitatie van zijn vastgoed zal hij de kwaliteit van het vastgoed intact willen houden zodat de opbrengsten in stand blijven. De onderhoudswerkzaamheden worden om de kwaliteit te waarborgen. Het enkel op peil houden van het vastgoed wordt gezien als normaal vermogensbeheer en leidt derhalve niet tot meer dan normaal vermogensbeheer. Tevens wordt in de parlementaire geschiedenis de vergelijking gemaakt met de fiscale beleggingsinstellingen die ook geen onderneming drijven wanneer zij zich bezighouden met de verhuur en onderhoud van onroerende zaken¹⁶³. Het onderhoud wordt verricht om het vastgoed in stand te houden zodat de opbrengsten uit de verhuur niet teruglopen. Met betrekking tot de bestemmingswijziging wordt in de Handreiking eveneens aangenomen dat dit niet zal leiden tot een onderneming¹⁶⁴. Het enkele feit dat een verzoek wordt gedaan om de bestemming te wijzigen, maakt nog niet dat sprake is van activiteit van een materiële onderneming.

Hof Den Bosch 25 maart 2016¹⁶⁵

De vennootschap houdt zich voornamelijk bezig met verhuuractiviteiten en verricht werkzaamheden met betrekking tot het onderhoud en technisch beheer, financieel- en administratief beheer, commercieel beheer en leveranties en diensten¹⁶⁶. *“Het Hof is van oordeel dat de renovatie- en (groot)onderhoudswerkzaamheden en de werkzaamheden ten behoeve van het voorkomen van leegstand en het beperken van debiteurenrisico’s zijn gedaan om het vermogen, met de verwerving van een redelijk rendement, in stand te houden. De omvang van de onderwerpelijke vastgoedportefeuille doet in dit geval niets aan voormeld oordeel af. Evenmin de omstandigheid dat mogelijk in concurrentie wordt getreden met commerciële vastgoedondernemers of woningbouwcorporaties¹⁶⁷.”*

Het uitgangspunt van de Handreiking is dat grootschalig renoveren of onderhouden gezien wordt als beleggen¹⁶⁸. Om de waarde te behouden zal het na verloop van tijd nodig zijn om de onroerende zaak

¹⁵⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702.

¹⁶⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, r.o. 4.7-4.9.

¹⁶¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, r.o. 4.7-4.9.

¹⁶² Bijlage 1, p.46, uitgangspunt 1.

¹⁶³ Tweede Kamer, 2008-2009, 31930, nr. 13, p.24.

¹⁶⁴ Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 7.

¹⁶⁵ Hof Den Bosch 25 maart 2016, nr. 14/01095.

¹⁶⁶ Hof Den Bosch 25 maart 2016, nr. 14/01095, r.o. 2.3.

¹⁶⁷ Hof Den Bosch 25 maart 2016, nr. 14/01095, r.o. 4.12.

¹⁶⁸ Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 9.

op te knappen en te renoveren. Deze werkzaamheden worden gedaan met het oog op behoud en kunnen gezien worden als beleggingsactiviteiten. Nieuwbouwpanden realiseren, eventueel na sloop van oude gebouwen in een bestaande portefeuille levert wel een ondernemingsactiviteit op¹⁶⁹. Indien de organisatie erop gericht is om duurzaam te ontwikkelen is sprake van een ondernemingsactiviteit. Hierbij is het van belang dat de organisatie zelf actief zoekt naar nieuwe projecten en deze herontwikkeld. Mocht de projectontwikkelingsorganisatie nieuwbouwpanden realiseren voor haar eigen vastgoedportefeuille dan dient zij rekening te houden met de volgende nuancerings. Direct nadat de ontwikkeling is voltooid en de onroerende zaak duurzaam wordt verhuurd, stopt de ondernemingsactiviteit betreffende de laatstgenoemde onroerende zaak¹⁷⁰. Tevens geldt dat incidenteel een pand bouwen of vernieuwbouwen geen onderneming oplevert¹⁷¹. Er is sprake van een onderneming wanneer er een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid is die erop gericht is om deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk winst te behalen¹⁷². Eenmalig een pand verbouwen of vernieuwen kan niet gezien worden als een duurzame activiteit waardoor niet aan het begrip ‘onderneming’ voldaan wordt. Tevens doet de grootte van de vastgoedportefeuille er niet toe¹⁷³. Ongeacht of de eigenaar een tweetal of tweeduizend onroerende zaken bezit, het gaat om de feiten en omstandigheden die zorgen voor de meerarbeid met gevolg dat er een hoger rendement wordt behaald dan bij normaal vermogensbeheer het geval is. De grootte van de vastgoedportefeuille is irrelevant.

Hof Den Haag 19 juli 2017¹⁷⁴

De vennootschap houdt zich uitsluitend bezig met verhuuractiviteiten. De Bv beschikt over 12 panden die worden verhuurd aan X Bv. X Bv verhuurt op zijn beurt de panden aan horecagelegenheden en verplicht de huurders om drank bij X Bv af te nemen. Zowel de rechtbank als het Hof zijn van oordeel dat hier geen sprake is van een materiële onderneming gezien het feit dat er geen risico wordt gelopen en het niet aannemelijk is dat expertise is vereist¹⁷⁵.

Op grond van de uitgangspunten van de Handreiking zal verhuur van vastgoed nimmer een onderneming vormen en speelt de expertise hierbij ook geen rol¹⁷⁶. Daarnaast bestaat er eveneens een uitgangspunt omtrent de geboden services. Services bieden naast de kale verhuur van ruimten is nog steeds beleggen¹⁷⁷. Hierbij kan gedacht worden aan extra services die voor de huurder optioneel zijn, maar mogelijk ook “all inclusive” -in de prijs begrepen- zijn. Extra services die de verhuurder de huurder kan bieden zijn bijvoorbeeld schoonmaakwerkzaamheden, beveiliging bij de entree, een glazenwasser of een klusjesman. Het is voor de inspecteur van belang dat hij doorvraagt naar de services die worden geboden en dat hij daarnaast de afweging maakt in hoeverre de service-opbrengsten opwegen tegen de verhuuropbrengsten.

¹⁶⁹ Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 11.

¹⁷⁰ HR 29 mei 1996, BNB 1996/232, r.o. 3.4, paragraaf 2.6.1.

¹⁷¹ Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 10 en zie uitgebreider paragraaf 3.5.

¹⁷² Zie uitgebreider paragraaf 3.3 en 3.4.

¹⁷³ Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 4.

¹⁷⁴ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 15 45/14 en Rb. Den Haag 15 juli 2016 SGR 15/4515.

¹⁷⁵ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 15 45/14, r.o. 15.

¹⁷⁶ Bijlage 1, p. 46, uitgangspunt 2.

¹⁷⁷ Bijlage 1, p 47, uitgangspunt 3.

Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018¹⁷⁸

De vennootschap houdt zich bezig met ontwikkelingsactiviteiten en verhuuractiviteiten. Volgens de Rechtbank kwalificeert alleen de ontwikkelingsactiviteit als een materiële onderneming. De omvangrijke grote portefeuille, het grote personeelsbestand en de diverse afdelingen leiden voor wat betreft de verhuuractiviteiten niet tot een onderneming¹⁷⁹. Daarnaast is de belanghebbende er niet in geslaagd om aannemelijk te maken dat de verhuuractiviteiten het rendement dat bij normaal vermogensbeheer wordt behaald te boven gaat.

In mijn optiek wordt in deze zaak een nalatige fout gemaakt door de belastingplichtige. Bij een beroep op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is het aan de belanghebbende om te bewijzen dat de activiteiten kwalificeren als het drijven van een onderneming. In casu wordt de daadwerkelijke rendementsdoelstelling niet inzichtelijk gemaakt, waardoor bewijs ontbreekt. Een ander opmerkelijk punt is dat op basis van jurisprudentie de omvang van de onderneming veelal in overweging wordt genomen, maar dat de rechtbank deze omstandigheid hier achterwege laat¹⁸⁰. Het oordeel in deze zaak had derhalve heel anders kunnen zijn, ik ben zeer benieuwd naar de zienswijze van het Gerechtshof.

Hof Amsterdam 3 juli 2018¹⁸¹

De vennootschap verricht verhuuractiviteiten en ontwikkelingsactiviteiten. De verhuuractiviteiten worden gezien als normaal vermogensbeheer. In cassatie wordt terugverwezen naar het Hof met de vraag of zij opnieuw kunnen beoordelen of de ontwikkelingsactiviteiten leiden tot een materiële onderneming. Het Hof komt als volgt tot oordeel: *“Belanghebbenden hebben niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van arbeid die naar aard en omvang meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. De vennootschap heeft grond aangekocht, met de bedoeling daarop een bedrijfsverzamelgebouw te stichten. Belanghebbenden noch de vennootschap hebben bijzondere activiteiten moeten verrichten ter verkrijging van toestemming voor de bouw. Het beoogde bouwwerk paste in het bestaande bestemmingsplan. Weliswaar heeft de vennootschap de ruwbouw in eigen beheer ontwikkeld, maar niet aannemelijk is geworden dat de daarmee gepaard gaande arbeid van meer dan incidentele aard was¹⁸².”*

Deze uitspraak is in lijn met het uitgangspunt van de Handreiking; incidenteel een pand bouwen of vernieuwbouwen levert geen onderneming op¹⁸³.

¹⁷⁸ RB. Noord-Holland 26 juni 2018, nr. 16/3544.

¹⁷⁹ RB. Noord-Holland 26 juni 2018, nr. 16/3544, r.o. 15.

¹⁸⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166 en Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/0003.

¹⁸¹ Hof Amsterdam 3 juli 2018, nr. 17/ 00327 ev.

¹⁸² Hof Amsterdam 3 juli 2018, nr. 17/ 00327 ev, r.o. 4.8.

¹⁸³ Bijlage 1, p.47, uitgangspunt 10.

4.3 Deelconclusie 3

Leiden verhuuractiviteiten op basis van de Handreiking, jurisprudentie en literatuur tot een materiële onderneming?

Verhuuractiviteiten zijn gericht op het aanhouden van vastgoed voor het genereren van huuropbrengsten en waardeinstijgingen¹⁸⁴. Om de verhuur van vastgoed mogelijk te maken zal de vennootschap ook beheerswerkzaamheden die gerangschikt kunnen worden in de volgende categorieën: administratief, technisch en commercieel beheer¹⁸⁵. Verhuuractiviteiten leiden tot een materiële onderneming indien de verhuur uitgaat boven normaal vermogensbeheer¹⁸⁶. Hierbij wordt onderzocht of de aard en de omvang van de daadwerkelijk verrichte arbeid uitgaat boven de aard en omvang van de arbeid die een normale belegger zou verrichten. Deze feitelijke rechtsvraag wordt beantwoord op basis van feiten en omstandigheden.

In de Handreiking wordt volgende stelling ingenomen: *“Verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming”¹⁸⁷*. Op basis van jurisprudentie en literatuur blijkt echter dat verhuur wel degelijk kan leiden tot een ondernemingsactiviteit wanneer de arbeid onmiskenbaar ten doel heeft dat meer voordeel wordt behaald dan het rendement dat bij normaal vermogensbeheer wordt behaald¹⁸⁸. Daarnaast hanteert de Handreiking een opsomming van irrelevante feiten en omstandigheden die niet onderscheidend zijn bij de beoordeling of sprake is van een materiële onderneming. Uit jurisprudentie blijkt echter dat een aantal van deze feiten en omstandigheden wel degelijk van onderscheidend belang zijn bij de kwalificatievraag. Zo kunnen de aard en omvang van de arbeid, ervaring/expertise, tijdsbeslag en het behaalde of beoogde rendement bijdragen aan de beoordeling of al dan niet sprake is van een materiële onderneming. Daarnaast leidt jarenlange ervaring, expertise en persoonlijke betrokkenheid tot een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is¹⁸⁹. In hoeverre de omvang van de vastgoedportefeuille een onderscheidend criterium is bij de beoordeling of sprake is van een materiële onderneming is onduidelijk. Zo oordeelde het Hof¹⁹⁰ dat de omvang van de vastgoedportefeuille geen onderscheidend criterium is, terwijl de rechtspraak bij andere zaken de omvang wel degelijk als onderscheidend criterium ziet¹⁹¹. De grens om te spreken van een omvangrijke portefeuille is hierdoor onduidelijk, evenals de functie ervan.

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

¹⁸⁵ Paragraaf 2.6.1

¹⁸⁶ Rozendal, A., ‘Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingsituaties’, WFR 2018/53.

¹⁸⁷ Bijlage 1, p. 46, uitgangspunt 2.

¹⁸⁸ HR 17 augustus 1994, BNB 1994/319 en Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757.

¹⁸⁹ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. bk-12/00757.

¹⁹⁰ Hof Den Bosch 25 maart 2016, nr. 14/01095.

¹⁹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166 en Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/0003.

Hoofdstuk 5 Aanbevelingen

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of het wenselijk is om de Handreiking aan te passen zodat de Handreiking in lijn is met het toetsingskader op basis van jurisprudentie en literatuur. Alvorens aanbevelingen worden gedaan, worden de verschillen en overeenkomsten overzichtelijk gemaakt.

De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt behandeld, luidt als volgt:

1. *Zijn aanpassingen in de Handreiking wenselijk?*

5.2 Verschillen en overeenkomsten

Door middel van een vergelijking tussen de Handreiking, jurisprudentie en literatuur op basis van de bovenstaande hoofdstukken komen de volgende overeenkomsten naar voren¹⁹²:

- Vastgoedbeheer en exploitatie is een intensieve bezigheid¹⁹³.
- Renovatie- en onderhoudswerkzaamheden worden gezien als normaal vermogensbeheer¹⁹⁴.
- Projectontwikkeling verricht op duurzame basis leidt tot een onderneming¹⁹⁵.
- Enkel de bestemming wijzigen leidt niet tot een onderneming¹⁹⁶.
- Het bieden van services naast de verhuur zijn activiteiten die normaal vermogensbeheer betreffen¹⁹⁷.

De verschillen omtrent de behandeling kunnen als volgt worden weergegeven:

Handreiking	Jurisprudentie en literatuur
Een vastgoedonderneming wordt aangenomen indien een duurzame organisatie gericht is op het creëren van meerwaarde boven het nettorendement dat wordt verkregen uit het <u>enkel verhuren of beheren van vastgoed</u> ¹⁹⁸ .	Een vastgoedonderneming wordt aangenomen indien de arbeids-plus gericht is op het behalen van een hoger rendement dan wat met <u>normaal vermogensbeheer</u> wordt behaald ¹⁹⁹ .
Relevant netwerk of verstand is niet onderscheidend ²⁰⁰ .	Ervaring en expertise worden meerdere malen in jurisprudentie aangehaald om meer dan normaal vermogensbeheer te bewerkstelligen ²⁰¹ .
Verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming ²⁰² .	Indien de arbeid onmiskenbaar ten doel heeft dat meer voordeel wordt behaald dan het rendement dat bij normaal vermogensbeheer

¹⁹² Zie uitgebreider paragraaf 3.5 en 4.2.

¹⁹³ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702 en bijlage 1, p. 46, uitgangspunt 1.

¹⁹⁴ Hof Den Bosch 25 maart 2016, nr. 14/01095 en bijlage 1, p.47, uitgangspunt 9.

¹⁹⁵ Zie uitgebreider paragraaf 3.5, Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/0003 en bijlage 1, p. 47, uitgangspunten 10 en 11.

¹⁹⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702 en bijlage 1, p. 47, uitgangspunt 7.

¹⁹⁷ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 15 45/14 en bijlage 1, p. 47, uitgangspunt 3.

¹⁹⁸ Zie uitgebreider paragraaf 3.4.

¹⁹⁹ Zie uitgebreider paragraaf 3.4.

²⁰⁰ Bijlage 1, p. 47, uitgangspunt 5.

²⁰¹ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166, Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373.

²⁰² Bijlage 1, p.46, uitgangspunt 2.

	wordt behaald is sprake van een materiële onderneming. Verhuuractiviteiten kunnen leiden tot een materiële onderneming ²⁰³ .
Vreemd vermogen levert geen doorslaggevende aanwijzing op ²⁰⁴ .	De financiering door middel van vreemd vermogen wordt meegenomen bij de beoordeling of sprake is van een materiële onderneming ²⁰⁵ .
De omvang van de vastgoedportefeuille is een irrelevant feit bij de beoordeling ²⁰⁶ .	Rechters kennen enig gewicht toe aan de omvang van een vastgoedportefeuille ²⁰⁷ .

5.3 Aanbevelingen

Naar mijn mening zijn de uitgangspunten van de Handreiking te strikt waardoor de relevante feiten en omstandigheden van een casus worden onderdrukt. Om die reden kom ik tot de volgende aanbevelingen om de Handreiking in lijn te krijgen met de jurisprudentie en literatuur. Door het starre beleid van de Belastingdienst enigszins te versoepelen met betrekking tot verhuuractiviteiten en door het oplossen van tegenstrijdigheden bij de (ir)relevanties en de overeenkomsten, kan de Handreiking een met jurisprudentie en literatuur overeenstemmend hulpmiddel worden.

Aard van de werkzaamheden

Op basis van de Handreiking zijn veel omstandigheden irrelevant dan wel niet onderscheidend waardoor de inspecteur tot de conclusie komt dat sprake is van normaal vermogensbeheer²⁰⁸. Uit jurisprudentie volgt echter dat de aard van de werkzaamheden gelijk wordt gesteld met de kwaliteit van de arbeid. Een voorbeeld van een tegenstrijdigheid is het aantal personeel en de tijdsbesteding. Mijns inziens zal een ondernemer veel meer tijd stoppen in zijn werkzaamheden dan een belegger, die er mogelijk voor kiest om zijn werkzaamheden uit te besteden. Uit jurisprudentie volgt eveneens het belang van bepaalde omstandigheden²⁰⁹. Om die reden is het wenselijk dat er niet op voorhand een lijst wordt gemaakt van omstandigheden die leiden tot normaal vermogensbeheer, maar dat al deze omstandigheden bij iedere casus in overweging worden genomen.

Kennis en ervaring

Naar mijn mening leiden kennis en ervaring tot een hogere kwaliteit. Ook in de rechtspraak wordt waarde gehecht aan de expertise en ervaring²¹⁰. Een belastingplichtige kan aannemelijk maken dat zijn kennis en ervaring ertoe heeft geleid dat er een hoger rendement wordt behaald. Om die reden zijn kennis en ervaring een onderscheidend criterium. Het is derhalve wenselijk om het uitgangspunt te schrappen.

²⁰³ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373 en Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/0003.

²⁰⁴ Bijlage 1, p. 47, uitgangspunt 13.

²⁰⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473.

²⁰⁶ Bijlage 1, p. 47, uitgangspunt 4 en Hof Den Bosch 25 maart 2016, nr. 14/01095.

²⁰⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473, Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166 en Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/0003.

²⁰⁸ Bijlage 1, p.46, uitgangspunt 2.

²⁰⁹ Zie uitgebreider paragraaf 4.2 en 5.2.

²¹⁰ Zie uitgebreider paragraaf 4.2 en 5.2

Verhuur

Het starre uitgangspunt dat verhuur al op voorhand nooit een onderneming vormt, dient te worden losgelaten. Op basis van de feiten en omstandigheden dient de arbeids-plus en rendements-plus te worden toegepast om tot de conclusie te komen of al dan niet er sprake is van een materiële onderneming²¹¹.

Omvang vastgoedportefeuille

Het begrip 'een omvangrijke vastgoedportefeuille' is onduidelijk, aangezien er niet is bepaald wanneer hiervan sprake is²¹². Wel volgt uit jurisprudentie dat een omvangrijke vastgoedportefeuille in sommige omstandigheden enig gewicht kan toekennen aan de kwalificatievraag. Gezien de onduidelijkheid is het naar mijn mening omslachtig om het belang van de omvang en de grootte van de portefeuille enig gewicht toe te kennen. Daarnaast vind ik het frappant dat op basis van de uitgangspunten de omvang er niet toe doet, maar er in de omstandigheden catalogus voldoende vragen staan over de grootte van de portefeuille. Om die reden pleit ik om het uitgangspunt omtrent de omvang te koppelen aan de samenhang van de aard en omvang van de werkzaamheden.

Wijze van financiering

In de Handreiking geldt als uitgangspunt dat vreemd vermogen geen doorslaggevende aanwijzing oplevert omdat beleggingen ook met vreemd vermogen worden gefinancierd. Vervolgens wordt ingegaan op het feit dat vreemd vermogen in de jurisprudentie een aanwijzing voor ondernemen kan worden. Hoewel hier niet gesproken wordt van een doorslaggevende rol, kan het wel enigszins een aanwijzing opleveren. Naar mijn mening is het op dit moment dan ook niet nodig om dit uitgangspunt aan te passen.

Tot slot merk ik op dat op basis van de jurisprudentie, literatuur en Handreiking geen eenduidige lijn in de beoordeling kan worden aangehouden. Hierbij verwijs ik naar de verschillen²¹³. Voor de belastingplichtigen is het dan ook zeer wenselijk dat er meer duidelijkheid komt over de vraag of al dan niet sprake is van een materiële onderneming bij verhuuractiviteiten. Zowel jurisprudentie als de wetgeving biedt momenteel onvoldoende rechtszekerheid over de feiten en omstandigheden die relevant zijn. Belastingplichtigen zouden er veel baat bij hebben als de Handreiking wordt gelegitimeerd in een besluit. Dit heeft tot gevolg dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor het besluit gelden, maar ook dat de belastingplichtige zich op het besluit kan beroepen. Het is echter de vraag of het ooit zo ver gaat komen, aangezien de materiële onderneming een feitelijke kwalificatievraag is en de Belastingdienst enkel reële bedrijfsoverdrachten wil bewerkstelligen. Daarom moeten misbruiksituaties zoveel mogelijk worden voorkomen. Om die reden kan het voor de Belastingdienst wenselijk zijn om de beoordelingsruimte zo groot mogelijk te houden.

²¹¹ Zie uitgebreider paragraaf 4.2.

²¹² Zie uitgebreider paragraaf 4.2 en 5.2.

²¹³ Zie uitgebreider paragraaf 4.2 en 5.2.

5.4 Deelconclusie 4

Zijn aanpassingen in de Handreiking wenselijk?

De beoordeling van de kwalificatievraag op basis van de Handreiking en op basis van literatuur en jurisprudentie brengt andere gevolgen met zich mee. Het is wenselijk om aanpassingen in de Handreiking te maken zodat de uitkomsten corresponderen. De uitgangspunten die de Handreiking op dit moment hanteert, negeren bepaalde feiten en omstandigheden terwijl deze op basis van de jurisprudentie er juist toe doen. Door het starre beleid van de Belastingdienst enigszins te versoepelen met betrekking tot verhuuractiviteiten en door het oplossen van tegenstrijdigheden bij de (ir)relevanties en de overeenkomsten, zal de Handreiking een met de literatuur en jurisprudentie overeenstemmend hulpmiddel worden. Dit brengt mij tot de volgende aanbevelingen:

- Met betrekking tot de aard van de werkzaamheden is het wenselijk dat er niet op voorhand een lijst wordt gemaakt van omstandigheden die leiden tot normaal vermogensbeheer, maar dat al deze omstandigheden bij iedere casus in overweging worden genomen.
- Kennis en ervaring is een onderscheidend criterium, derhalve acht ik het raadzaam om dit uitgangspunt uit de Handreiking te halen.
- Verhuur kan wel degelijk een onderneming vormen, derhalve gaat het uitgangspunt van de Handreiking niet op. In het uitgangspunt moet het volgende worden vastgelegd: op basis van de feiten en omstandigheden moet de arbeids-plus en rendements-plustoets worden toegepast.
- De omvang van de vastgoedportefeuille moet worden gekoppeld aan de samenhang van de aard en omvang van de werkzaamheden.

Daarnaast doe ik een aanbeveling om te onderzoeken of het wenselijk is om de Handreiking te legitimeren in een besluit of wet zodat belastingplichtigen zich erop kunnen beroepen. Het is echter de vraag of de Belastingdienst hiertoe bereid is aangezien de materiële onderneming een feitelijke kwalificatievraag is en de Belastingdienst enkel reële bedrijfsoverdrachten wil bewerkstelligen en misbruiksituaties zoveel wilt voorkomen. Om die reden kan het voor de Belastingdienst wenselijk zijn om de beoordelingsruimte zo groot mogelijk te houden.

Hoofdstuk 6 Samenvatting en Conclusie

De onderzoeksvraag die in deze scriptie centraal staat luidt als volgt:

Zijn er knelpunten met betrekking tot de uitleg van het begrip materiële onderneming bij verhuuractiviteiten en vastgoedontwikkelingsactiviteiten? Zo ja, welke aanbevelingen kunnen ertoe leiden dat deze knelpunten afnemen?

Teneinde deze vraag te beantwoorden, zijn vier deelvragen opgesteld. Elk van deze vragen zijn afzonderlijk per hoofdstuk behandeld, waarna deze zijn beantwoord in deelconclusies.

In hoofdstuk 2 is getoetst of de Handreiking voldoet aan het formele en materiële zorgvuldigheidsbeginsel. Op basis van het formele zorgvuldigheidsbeginsel dient de inspecteur voldoende kennis te verzamelen met betrekking tot de relevante feiten en de af te wegen belangen. Hoewel de Handreiking niet als een zelfstandige grondslag dient, is het in de praktijk onzeker of de inspecteurs het onderzoek zelf verrichten en hun argumentatie niet geheel laten afhangen van de Handreiking. Het zou niet zo mogen zijn dat de inspecteur enkel op basis van uitgangspunten in de Handreiking tot een conclusie komt. Maar wanneer er wordt verondersteld dat de inspecteur de Handreiking als zelfstandige grondslag gebruikt, is sprake van een schending van het formele zorgvuldigheidsbeginsel. De verzameling van kennis op basis van feiten en omstandigheden wordt in dat geval achterwege gelaten. Het materiële zorgvuldigheidsbeginsel ziet op de rechtstreekse belangenafweging van zowel de inspecteur als de belastingplichtige. Belangenafwegingen kunnen op basis van de wet of naar hun aard worden beperkt, hetgeen bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ook het geval is gezien de misbruikmogelijkheden. Derhalve doet enkel de feitelijke rechtsvraag ertoe en niet de wil van de belastingplichtige. Daarnaast zijn de mogelijkheden tot vooroverleg beperkt. Indien de inspecteur zelfstandig onderzoek verricht en de feiten, omstandigheden en belangen afweegt, waarbij hij gebruik maakt van de beperkingen, leeft hij het materiële zorgvuldigheidsbeginsel na.

In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Daarnaast is de term materiële onderneming gedefinieerd. Voor vastgoedactiviteiten geldt dat er sprake moet zijn van een duurzame organisatie die erop gericht is een meerwaarde boven het nettorendement te creëren. Meer dan normaal vermogensbeheer wordt aangetoond door een duidelijke relatie tussen de arbeids-plus en rendement-plus. Onder vastgoedactiviteiten worden ontwikkelingsactiviteiten en verhuuractiviteiten verstaan. Ontwikkelactiviteiten zien op het onderhandelen, regelen van de financiering, aankoop, bouw en verkoop. De visie op basis van de Handreiking, literatuur en jurisprudentie is gelijkgesteld wat betreft de duurzame ontwikkeling van vastgoed, in die situatie is per definitie sprake van een ondernemingsactiviteit.

In hoofdstuk 4 is onderzocht of verhuuractiviteiten kunnen leiden tot een materiële onderneming. Verhuuractiviteiten zien op het aanhouden van vastgoed, waarbij verschillende beheerswerkzaamheden worden verricht, zoals administratief, technisch en commercieel beheer. Hoewel verhuur op basis van de Handreiking nimmer zal leiden tot een onderneming, wordt in de jurisprudentie en literatuur aangetoond dat dit beleid te star is. Wanneer de arbeid onmiskenbaar ten doel heeft dat meer voordeel wordt behaald dan het rendement dat bij normaal vermogensbeheer wordt behaald, is sprake van een materiële onderneming²¹⁴. In de Handreiking worden veel feiten en

²¹⁴ HR 17 augustus 1994, BNB 1994/319 en Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757.

omstandigheden als irrelevant dan wel niet onderscheidend bestempeld. Uit jurisprudentie volgt echter dat deze feiten en omstandigheden wel degelijk een onderscheidende functie hebben bij de vraag of sprake is van een materiële onderneming. Om die reden is het wenselijk dat er bij de beoordeling ook aandacht wordt besteed aan de in de Handreiking als ‘irrelevant’ bestempelde feiten en omstandigheden.

Uit hoofdstuk 5 volgt dat er knelpunten zijn met betrekking tot de uitleg van het begrip materiële onderneming bij verhuur van vastgoed. Om die reden kunnen er aanbevelingen worden gedaan om deze knelpunten te doen afnemen. Door het starre beleid van de Belastingdienst enigszins te versoepelen met betrekking tot verhuuractiviteiten en door het oplossen van tegenstrijdigheden bij de (ir)relevanties en de overeenkomsten, zal de Handreiking een met de literatuur en jurisprudentie overeenstemmend hulpmiddel worden.

Het is wenselijk om de feiten en omstandigheden bij iedere casus in overweging te nemen en niet op voorhand een lijst te hebben met omstandigheden die leiden tot normaal vermogensbeheer aangezien het afhankelijk van de situatie is. Tevens leidt het onderscheid tussen relevante en irrelevante feiten en omstandigheden tot inhoudelijke vraagtekens gezien het feit dat er incongruentie bestaat bij de uitgangspunten en de omstandigheden catalogus. Om die reden is het aanbevolen om het onderscheid te laten vervallen. Dit brengt mij tot de volgende concrete aanbevelingen. Ten eerste moet de aard van de werkzaamheden aan de hand van alle feiten en omstandigheden bij iedere casus in overweging worden genomen. Ten tweede moet het uitgangspunt over kennis en ervaring worden geschrapt, want dit is wel degelijk een onderscheidend criterium. Ten derde moet het uitgangspunt omtrent verhuur worden aangepast zodat op basis van de feiten en omstandigheden de arbeids-plus en rendements-plustoets bij de beoordeling worden toegepast. Ten vierde acht ik het raadzaam om de omvang van de vastgoedportefeuille te koppelen aan de samenhang van de aard en omvang van de werkzaamheden. Tot slot merk ik op dat deze aanbevelingen de knelpunten doen afnemen, maar dit biedt belastingplichtigen nog steeds niet de gewenste rechtszekerheid. Gezien het feit dat het steeds om een concrete feitelijke geschillenbeslechting gaat, zal er keer op keer onzekerheid over de positie bestaan. Dit knelpunt kan ook niet worden verminderd door de aanbevelingen. Om die reden is het raadzaam om te onderzoeken in hoeverre er meer duidelijkheid omtrent de situatie van vastgoedexploitatie kan worden gegeven. Daarnaast raad ik het aan om te onderzoeken of het wenselijk is om de Handreiking te legitimeren in een besluit of wet. Wanneer er sprake is van een besluit in de zin van art 1.3 Awb gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit biedt belastingplichtigen meer zekerheid want zij kunnen zich dan beroepen op het besluit, maar of dat volgens de Belastingdienst recommandabel is, is maar de vraag.

Naast mijn aanbeveling om vervolgonderzoek te doen naar de gevolgen van een legitimering in een besluit of wet van de Handreiking, wil ik eveneens een aanbeveling doen om in vervolgonderzoek de toepassing van de Handreiking bij inspecteurs inzichtelijk te maken. Heldens merkt op dat de praktijkervaring leert dat inspecteurs de Handreiking wel degelijk als een zelfstandige grondslag toepassen²¹⁵. Gezien het ontbreken van een verklaring heb ik mij in dit onderzoek beperkt tot het maken van veronderstellingen.

²¹⁵ Heldens, J.A.L., ‘De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?', WFR 2018/45.

Na het verrichte onderzoek kom ik tot de conclusie dat er knelpunten zijn bij de beoordeling of al dan niet sprake is van een materiële onderneming bij verhuuractiviteiten op basis van de Handreiking, literatuur en jurisprudentie. De kwalificatie van duurzame ontwikkelingsactiviteiten leidt per definitie tot een ondernemingsactiviteit en derhalve is hier niet over gediscussieerd. Om overeenstemming voor wat betreft de verhuuractiviteiten te bereiken, is het raadzaam om de Handreiking opnieuw te herzien en de aanbevelingen door te voeren. Door het starre beleid van de Belastingdienst enigszins te versoepelen en de tegenstrijdigheden bij de (ir)relevanties en de overeenkomsten op te lossen, zal de Handreiking een met de literatuur en jurisprudentie overeenstemmend hulpmiddel worden.

Literatuurlijst

1. Literatuur

- Adriaansens, O.P.M. & Rozendal A., 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', WFR 2014/1215
- Albert P.G.H., 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', WFR 2016/184
- Barkhuysen T., Brink, J.E. van den, Kruif, C. de, Ouden, W. den, Schuurmans Y.E. & Tjepkema, M.K.G., Bestuursrecht in het Awb-tijdperk, Deventer: Kluwer 2014
- Berkhout, T.M. & Hoogeveen, M.A., 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', WFR 2015/4
- Dijck, J.E.A.M. van, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/5258
- Driel, A. van, 'Strategische inzet van vastgoed', Amsterdam: Weka Uitgeverij 2010
- Essers P. & Kempen M.L.M. van, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting).
- Freudenthal R.M., 'Resultaat uit overige werkzaamheden', FM 103, Deventer: Kluwer 2002
- Gerverdinck T., 'Het evenredigheidsbeginsel van het belastingrecht'
- Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P. & Schuiver, B.F., Inkomstenbelasting, Deventer: Kluwer 2019
- Heldens, J.A.L., 'De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?', WFR 2018/45, p.315
- Meussen, G.T.K., 'De fiscale kwalificatie van exploitatie van vastgoed is een feitelijke vraag en geen rechtsvraag', WFR 2016/215
- Meussen, G.T.K., 'Exploitatie van vastgoed: ondernemen of beleggen?', NTFR 2016, nr. 2016/1593
- Niet, H.A.J.P. te, 'Het Beleggingsbegrip in de directe belastingen (diss. Tilburg)', Deventer: Kluwer 2007
- Pechler, E.B., 'Informatievergaring en beginselen van behoorlijk bestuur', MBB 2006/143
- Poelmann, E., Raaijmakers, J.H.P.M., Roij, W.A.P. van, Sijbers, F.H.H. & Werd, M.M. de, Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2017
- Lubbers, A.O., Meussen, G.T.K. & Smeets, M.H.M., Hoofdzaken winst uit onderneming, Deventer: Kluwer 2018
- Rozendal, A., 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', WFR 2016/127.
- Rozendal, A., 'Tussenstand bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', NTFR Beschouwingen 2018-17, nummer 5
- Rozendal, A., 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', WFR 2018/53
- Vijfeijken, I.J.F.A. van & Niet, H.A.J.P. te, 'De houdstervenootschap en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet 1956', WFR 2005/1693

2. Jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 21 juni 1946, B.8137
- HR 3 maart 1954, nr. 11.683, BNB 1954/125
- HR 22 juni 1973, NL 1973, 386
- HR 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299
- HR 28 september 1983, nr. 21 851, BNB 1984/72
- HR 21 april 1993, nr. 28 189, BNB 1993/185

HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319
HR 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232
HR 23 juni 1999, nr. 34 570, BNB 1999/294
HR 1 februari 2002, nr. 36.238, BNB 2002/128
HR 19 maart 2010, nr. 08/01448, BNB 2010/213-214
HR 9 juli 2010, nr. 08/05311, BNB 2010/286
HR 24 juni 2011, nr. 10/01299, BNB 2011/246
HR 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166

Gerechtshof

Hof Amsterdam 3 juli 2018, nr. 17/ 00327 ev
Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073
Hof Den Bosch 25 maart 2016, nr. 14/01095
Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757
Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 15 45/14
Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/0003

Rechtbank

Rb. Den Haag 29 augustus 2012, nr. AWB 11/2988
Rb. Den Haag 15 juli 2016 SGR 15/4515
Rb. Den Haag 1 december 2016, SGR 16/2213
Rb. Gelderland 10 september 2013,nr. AWB 12/6469
Rb. Gelderland 5 december 2018, nr. AWB-17, 1693
Rb. Gelderland 5 december 2018, nr. AWB- 17, 1694
Rb. Noord-Holland 26 juni 2018, nr. 16/3544
Rb. Oost-Nederland 5 maart 2013, nr. AWB 12/1097

3. Overige stukken

Besluit op WOB-verzoek met betrekking tot praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitant
Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, V-N 2013/8.17
Besluit van 15 februari 2016, nr. BLKB 2016/19 (BFB)
Formulier Belastingdienst aangifte schenkbelasting
Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 3
Kamerstukken II 2008/2009, 31 930, nr. 9
Kamerstukken II, 2008/2009, 31 930, nr. 13
MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 689, nr.3
MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr.3, V-N 2009/22.3
Tweede Kamer, 2008-2009, 31930, nr. 13
Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003
Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten
Wet van 27 mei 2011, Stb. 2011, 265 (Wet rechtsbescherming belastingplichtigen bij controlehandelingen)

Bijlage Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten



Telefoon
0800-0543

Bestuurlijk verband
Belastingdienst/GO-
Midden

Datum
9 december 2016

uw referentie
[...]

Betreft: Beslissing op WOB-verzoek met betrekking tot Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten

Geachte [verzoekers],

Op 14 september 2016 heeft u met een beroep op de Wet openbaarheid bestuur (hierna: WOB) gevraagd om een kopie van het document Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten.

Bijgaand doe ik u een kopie van het gevraagde document toekomen.

In het document zijn de namen van medewerkers van de Belastingdienst geanonimiseerd omdat het belang van openbaarmaking hiervan niet opweegt tegen de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

Zie in dit kader artikel 10, lid 2, letter e, WOB.

Hoogachtend, namens de inspecteur

[...]

Rechtsmiddel:

Op grond van afdeling 6.2 van de Algemene Wet bestuursrecht kunt u tegen deze beschikking binnen zes weken na dagtekening van dit besluit een bezwaarschrift indienen bij de Staatssecretaris van Financiën, P/a Belastingdienst Utrecht, Postbus 18500, 3501 CM Utrecht. Bij verzending per post is een bezwaarschrift op tijd ingediend als u het voor het einde van de termijn hebt gepost en ik het niet later dan een week na afloop van de termijn heb ontvangen. In uw bezwaarschrift geeft u gemotiveerd aan waarom u het niet eens bent met de beschikking.

Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten

Van Kennisgroepen VKC/AB/Successiewet

[A], [B], [C] (secretaris), [D], [E], [F].

Aan UC VpB en IH

Datum 1 juni 2016 (versie 2.0)

1. Inleiding

Een werkgroep, samengesteld uit leden van drie kennisgroepen, begeleidt casussen uit de Belastingdienstpraktijk over het toepassen van de bedrijfsopvolgingsregelingen (BOR) voor vastgoedexploitanten. De kennisgroepen zijn: AB, Successiewet en het Vastgoedkermiscentrum. Deze praktijkhandreiking bevat een inventarisatie van de problematiek inzake de bedrijfsopvolging bij vastgoedexploitanten, de opvattingen in jurisprudentie en de literatuur en de hierbij in de praktijk voorkomende casussen en relevante feiten. De handreiking beoogt geen zelfstandige grondslag te zijn voor het standpunt van de inspecteur in voorkomende gevallen, maar bevat een weergave van grondslagen in wet, jurisprudentie en literatuur en biedt handvatten voor de praktijk.

Het doel van deze praktijkhandreiking is de inspecteur een handzaam overzicht te bieden om de problematiek te kunnen overzien om vervolgens een afgewogen standpunt te kunnen innemen. Deze praktijkhandreiking bevat een werkwijze, de zogeheten omstandighedencatalogus, om het daarvoor benodigde overzicht van relevante feiten te kunnen krijgen.

Vaktechnische lijn

Alvorens een standpunt kan worden ingenomen door de inspecteur in een individuele casus, dient deze te worden afgestemd met de vaktechnische lijn (VTA en VACO). De VACO kan vervolgens overleggen met de werkgroep, die in dezen namens de lavaco's de uitvoering coördineert.

Versie 2.0: wijzigingen

Deze versie van de praktijkhandreiking vervangt de versie van juni 2015. De handreiking is aangevuld naar aanleiding van het arrest van 15 april 2016 over een omvangrijke vastgoedportefeuille' (paragraaf 14) en discussies over het aanhouden van buffervermogen (paragraaf 15).

2. Problematiek

Bij schenken en erven van vastgoedportefeuilles en AB-vastgoedaandelen speelt de vraag of een vastgoedonderneming wordt gedreven. In dat geval is vervolgens de vraag relevant welk deel van het vermogen kwalificeert als ondernemingsvermogen. Voor geschenken of vererfde vastgoedondernemingen kunnen bedrijfsopvolgingsfaciliteiten geclaimd worden. Vastgoedbeleggers hebben geen recht op deze faciliteiten.

De werkgroep wil met dit memo een handreiking geven aan belastingdienstmedewerkers die in de praktijk met deze problematiek geconfronteerd worden. De fiscale gevolgen zijn daarbij niet leidend, maar de feiten en omstandigheden. Het is mogelijk dat belastingplichtigen de feiten kleuren net naar gelang de gewenste fiscale uitkomst. Het is aan de inspecteur om bij het presenteren van de feiten die kleuring er zoveel mogelijk uit te halen.

3. Bedrijfsopvolgingsregeling: AB-vastgoedaandelen en Successie

Per 1 januari 2010 is de doorschuifregeling bij leven in de sfeer van het AB ingevoerd. Tegelijk is de doorschuifregeling bij overlijden beperkt tot de bedrijfsopvolging. De doorschuifregelingen zijn volgens de wetgever alleen nodig om 'reële bedrijfsopvolgingen' te faciliteren.

Bedenken we dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de SW 1956 ook alleen van toepassing zijn indien en voor zover de BV een onderneming drijft, dan is het begrijpelijk dat een antwoord op de vraag of er sprake is van beleggings- of ondernemingsvastgoed financieel grote consequenties heeft. Als de BV geen materiele onderneming drijft, is de gecombineerde belastingdruk 40%. Doet zij dat wel, dan heeft de belastingdruk een omvang van 3,4%.²¹⁶

Het verschil met de belastingheffing over vastgoedbeleggingen is enorm groot. Zeker wanneer het vastgoed in hoge mate vreemd gefinancierd is, zou belastingheffing het voortbestaan van de portefeuille in gevaar kunnen brengen. Daarom is de druk op vastgoedexploitanten en hun adviseurs groot om de BOR veilig te stellen in vooroverleg.

4. Vooroverleg

Vaak zal de belastingplichtige door vooroverleg de inspecteur verzoeken een standpunt in te nemen of en in hoeverre sprake is van een materiele onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB. Het is aan de inspecteur of hij op het vooroverleg ingaat. In het besluit fiscaal bestuursrecht, besluit van 15 februari 2016, nr. BLKB 2016/19 (BFB) staat hierover:

Het verzoek moet een duidelijke omschrijving van de casus bevatten, waarover een standpunt wordt gevraagd, inclusief alle relevante feiten en omstandigheden *en*, indien betrekking hebbend op de toepassing van het recht, een helder standpunt of een heldere zienswijze of conclusie bevatten over de fiscale consequenties van de voorgelegde casus.

De inspecteur dient het verzoek in behandeling te nemen als aan de voorwaarden van het BFB wordt voldaan, tenzij sprake is van de in onderdeel 3 genoemde gevallen (dan hoeft de inspecteur niet in te gaan op een verzoek) of fiscale grensverkenning of strijd met goede trouw (onderdeel 4 van het BFB).

Overdracht 'een aandeel'

Soms tracht de belastingplichtige een standpunt van de inspecteur te forceren door den aandeel over te dragen. Het is maar zeer *de* vraag of dit werkt: het standpunt dat er — gezien de feiten en omstandigheden — in enig jaar sprake is van een onderneming of een belegging, hoeft niets te zeggen over de feitelijke situatie in de toekomst. De belastingplichtige moet hierop gewezen worden. De inspecteur maakt geen vervolgspraken, overleg met VACO en VTA is gewenst. Wel is het van belang dat ook bij de overdracht van een aandeel, en een mogelijk daaraan gekoppeld gering bedrag aan schenkbelasting, de zaak goed uit te zoeken. Aangezien veelal sprake is van een 4 WBR-lichaam, wordt in de praktijk maximaal 7% van de aandelen geschonken per kind, gezien de heffing van overdrachtsbelasting die bij een schenking > 7% een rol gaat spelen. Ofwel, in de situatie van een 4 WBR-lichaam is de overgang krachtens erfrecht fiscaal voordeliger dan de overdracht krachtens schenking.

Tot slot dient bij schenking ook de dienstbetrekkingseis gedegen te worden beoordeeld in overleg met de ib-inspecteur, zeker in de situaties dat begiftigden na invoering van de dienstbetrekkingseis in dienst zijn gekomen.

5. Tegengestelde belangen

In de praktijk kunnen op diverse terreinen tegengestelde belangen spelen, zowel bij exploitanten als inspecteurs. De inspecteur moet het recht onbevooroordeeld toepassen op de feiten en omstandigheden. Het is raadzaam om of te stemmen met de inspecteur van de andere middelen. Bijvoorbeeld vinden enerzijds vastgoedexploitanten het gunstig om goed renderend vastgoed in box 3 te houden, anderzijds wil men wellicht ondernemer zijn voor de BOR. IB-inspecteurs willen bijvoorbeeld winstgevende vastgoedactiviteiten onderbrengen in box 1, terwijl successie- en overdrachtsbelastinginspecteurs dezelfde vastgoedactiviteiten mogelijk zien als belegging en daarom geen bedrijfsopvolgingsfaciliteiten of overdrachtsbelastingvrijstellingen verlenen.

²¹⁶ Abstraherend van de 100%-vrijstelling bedraagt de vrijstelling 83% van de waarde van het ondernemingsvermogen. Het tarief is gesteld op 20%.

Een belangrijk attentiepunt in dit kader is de situatie dat er een verzoek om geruisloze inbreng plaatsvindt betreffende een vastgoed-IB-"onderneming" of vastgoed-VOF/CV. Dat impliceert namelijk een oordeel dat er op dat moment sprake is van een actieve onderneming. Indien later een beroep wordt gedaan op de BOR en de activiteiten zijn niet gewijzigd, dan kan belastingplichtige zich met succes op het standpunt stellen dat er (nog steeds) sprake is van een vastgoedonderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001.

6. Onderneming: duurzame organisatie + meerwaardecreatie

Voor fiscale doeleinden wordt een onderneming wel omschreven als een organisatie die erop gericht is met behulp van kapitaal en arbeid deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces (of: economische verkeer) met het oogmerk winst te behalen.

Vastgoedbeleggers zullen al snel elementen van deze definities op zich kunnen betrekken, als ze er al niet geheel aan voldoen: (enige) organisatie is nodig; (enig) kapitaal wordt ingezet; (enige vorm van) arbeid zal worden verricht; (enige) risicodragende deelname aan het economische verkeer en het oogmerk om geldoverschotten te behalen, is doorgaans een gegeven. Deze definitie brengt een oplossing voor de kwalificatie van verhuur van vastgoed dus niet echt verder.

Vastgoedbeleggers en -ondernemers kan men van elkaar onderscheiden door de vraag te beantwoorden of er sprake is van 1) een duurzame organisatie die erop gericht is 2) meerwaarde te creëren.²¹⁷ Van een vastgoedonderneming spreken we wanneer een duurzame organisatie (samenhangende activiteiten in een georganiseerd verband) gericht is op het creëren van meerwaarde boven het nettorendement dat wordt verkregen uit het enkele verhuren of beheren van vastgoed. In de praktijk ontwikkelen beleggers soms ook wel eens een pand. Ook dan speelt de vraag of we kunnen spreken van een onderneming voor die activiteiten.²¹⁸

In BNB 1994/319 gaf de Hoge Raad ten aanzien van een belastingplichtige die kamers verhuurde in ('slechts') twee panden aan dat er geen sprake is van normaal vermogensbeheer 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.' Er moet een duidelijke relatie zijn tussen de meerarbeid (kwalitatief en/of kwantitatief) en het beoogde resultaat. De meerarbeid ('arbeid-P') moet *gericht zijn* op het behalen van een hoger rendement ('rendement+') dan wat normaal wordt gehaald met verhuur. Dit wil dus niet zeggen dat er dus sprake is van een onderneming als er een hoog rendement wordt gehaald. Het omgekeerde geldt ook niet. De 'arbeid+' moet tot doel hebben een hogere opbrengst te halen en beoordeeld moet worden of dat objectief gezien haalbaar is. Maar wordt het voordeel om wat voor reden dan ook (bijvoorbeeld de kredietcrisis) toch niet gehaald, dan spreken we toch van meer dan normaal vermogensbeheer. Daarom is het van belang om inzicht te hebben in de rendementen over een langere periode.

²¹⁷ J.E.A.M. van Dijk, 'Vermogensbeheer', *WFR* 1976/5258, p. 148 en 149.

²¹⁸ T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', *NTFR* 2010/1225, p. 4.

7. Rechtspraak

Uit de rechtspraak valt geen eenduidig beslissingskader of te leiden voor de behandeling van de problematiek. De beslissingen zijn casuïstisch van aard; voorleggen aan de Hoge Raad is vaak niet mogelijk (feitelijke uitspraak) of wordt niet gewenst geacht ('HR-stempel op feitelijke uitspraak'). In grote lijnen kan men voor vastgoedportefeuilles aannemen dat het beleggingen betreft. Er zijn vier recente uitspraken waarin geconcludeerd werd tot een vastgoedonderneming.²¹⁹ Een van deze uitspraken heeft inmiddels geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016. In paragraaf 14 wordt nader ingegaan op dit arrest. Deze zaken zijn niet leidend, maar er wordt vanuit de fiscale praktijk wel een beroep op gedaan. Men zal met de feiten zoveel mogelijk proberen aan te sluiten bij de feiten die in deze casus aan de orde zijn geweest en het oordeel dat daaraan door de rechter is gegeven. Het is aan de inspecteur om de gegeven feiten nader te onderzoeken. Is het alleen een mooi verhaal, of klopt het ook? Op dit moment ontbreekt het nog aan scherpe contouren van oplossingsrichtingen en afwegingskaders voor de praktijk en de rechtspraak. Die moeten er wel komen. Gedegen feitenonderzoek, een meer uniforme aanpak van dat onderzoek en een zoveel mogelijk op dezelfde wijze presenteren van de feiten aan de rechter zal hopelijk leiden tot meer duidelijkheid. Zie hierover nader punten 8 t/m 10.

8. Plan van aanpak voor de praktijk

a. Gebruik de bewijslast, zet de belastingplichtige aan het werk

De bewijslast, dat er voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten sprake is van een materiele onderneming, rust op de belastingplichtige. De belastingplichtige moet aannemelijk maken dat hij, vergeleken met andere beleggende verhuurders, meer dan normaal (actief) vermogensbeheer verricht. De inspecteur moet er vervolgens op toezien dat het bewijs wordt geleverd en het is aan de rechter om te beoordelen of dat stand houdt.

De inspecteur moet de belastingplichtige 'aan het werk zetten' om bewijs te verzamelen voor zijn stelling dat er sprake is van een onderneming. Het is een 'open deur', maar leg de aanslag niet gehaast op. Neem de tijd voor goed onderzoek. De belastingplichtige moet zichzelf vergelijken met andere belastingplichtigen en bewijzen dat hij meer rendement beoogt/maakt dan zijn collega (een meer succesvolle belegger wordt door dat succes nog geen ondernemer) en aangeven met welke activiteit dat is gebeurd en waarom deze activiteit kwalitatief of kwantitatief onderscheidend is van de activiteiten van zijn collega's. Een gloedvol verhaal van de belastingplichtige zomaar 'geloven' of 'weerspreken' zonder feitenonderzoek is ten enenmale onvoldoende!

Ook in het kader van vooroverleg is het aan de belanghebbende om de relevante feiten te presenteren. Het BFB vermeldt over het verstrekken van informatie in onderdeel 2:

De inspecteur kan om nadere informatie vragen als dit naar zijn oordeel noodzakelijk is voor het beoordelen van de casus. Het standpunt van de inspecteur geldt onder het algemene voorbehoud van de juistheid en volledigheid van het verzoek. Daarnaast kan de inspecteur een specifiek voorbehoud maken.

Als op basis van de verstrekte informatie geen standpunt kan worden ingenomen, dan dient dit uiteraard ook achterwege te blijven. De inspecteur kan ook nadere informatie opvragen, of besluiten dat niet te doen om vervolgens een standpunt in te nemen op basis van de wel beschikbare feiten met een specifiek voorbehoud op dat punt. Ook in de context van vooroverleg ligt de bal voor de informatievoorziening bij belanghebbende (alles in redelijkheid uiteraard). In het kader van vooroverleg moeten we niet op de stoel van de adviseur/belanghebbende gaan zitten.

²¹⁹ T.M. Berkhout, 'Arbeid+, rendement+. Bedrijfsopvolgingsregeling vastgoedbeleggers', *KWEP* 2014/18, 3, p. 7-12; M.J. Hoogeveen, 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed', *FBN* 2014/46; NTFR 2015/1184 met noot Rozendal. Zie verder ECLLNL:GHARL:2015:3505 inzake een portefeuille van 700 miljoen euro.

b. Hanteer de volgende normatiek/ uitgangspunten voor de beoordeling

De werkgroep heeft de afgelopen jaren casussen voorgelegd gekregen en daaruit een aantal normen of 'uitgangspunten voor de beoordeling' gedestilleerd. Deze normen kunnen door de belastingplichtige en de rechter weerlegd worden.

1. Vastgoedbeheer en -exploitatie (was altijd al en) is een intensieve bezigheid: 'aandelen Shell hebben geen lekkende dakgoten'. De arbeid is inherent aan de gekozen investering. Het op peil houden (kwalitatief) van het vastgoed doet iedere verstandige eigenaar, omdat dan de huurstroom op peil blijft. Dat tilt een vastgoedinvesteerder niet uit boven het niveau van normaal vermogensbeheer.

2. Verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming.

De volgende omstandigheden zijn irrelevant, dan wel niet onderscheidend voor de beoordeling of er sprake is van een onderneming omdat deze omstandigheden normaal zijn in geval van verhuur van vastgoed:

- a. de omvang van de portefeuille (aantallen, marktwaarde, m2);
- b. de wijze van financieren (risico, structurering) en de (relatieve en absolute) omvang van de financiering²²⁰;
- c. de aanwezigheid van een eigen onderhoudsdienst;
- d. de *know how* van de eigenaar en het personeel²²¹;
- e. het aantal personeelsleden⁶;
- f. de tijdsbesteding door erflater/schenker/werknemer en erfgenaam/begiftigde/werknemer;
- g. een relatiernetwerk onderhouden (bijv. met andere beleggers, gemeentelijke instanties en - bestuurders, aannemers, makelaars, financiers, evenementen bezoeken etc.);
- h. het aankoop-, verhuur-, verkoopproces;
- i. marktonderzoek, selectie panden en huurders, strategiebepaling, bezichtigingen;
- j. contracteren: algemeen; huurcontracten afsluiten en verlengen;
- k. bijhouden administratie, waaronder huren innen;
- l. contacten onderhouden (huurders, gemeenten, nutsbedrijven, makelaars, enzovoorts);
- m. klachtenbehandeling;
- n. financieren van vastgoed;
- o. technisch beheer: inspecties en onderhoud/reparaties uitvoeren, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
- p. verbeteringen aanbrengen, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
- q. uitbreiden van het aantal verhuurbare meters (indien door ontwikkeling kan de ontwikkeling gedurende de ontwikkelfase wel ondernemingsactiviteit zijn).

Attentiepunt

De werkgroep acht het van wezenlijk belang in procedures of te trappen met een uitgebreid exposé dat deze werkzaamheden volstrekt normaal geacht moeten worden bij het beleggen in (kleine en grote) vastgoedportefeuilles. Anticipeer hierop in correspondentie. Als men dat niet doet, kan de belanghebbende met zijn betoog al snel de toon zetten en de normale, doorsnee werkzaamheden als meerwaarde-creërende werkzaamheden 'verkopen' aan de rechter. De inspecteur staat dan van meet af aan op achterstand. Zie ook punt 13.

²²⁰ Dit kan wel relevant zijn als het gaat om etikettering van de schulden aan het betreffende actief. Anders gezegd: indien oude (beleggings-)panden hypotheekvrij zijn en de nieuwe (net ontwikkelde?) panden zijn volledig gefinancierd, dan zou er sprake zijn van een ondernemingsactiviteit met een geringe waarde vanwege de hoge schulden. Dus het kan wel relevant zijn voor het feitenonderzoek hoe de financieringsstromen precies lopen (causaal verband). Voorts kan financieringsrente van belang zijn voor de vraag of sprake is van een bron van inkomen (HR 14 november 2014, nr.13/01800, NTFR 2014/2751).

²²¹ Check of de begiftigden voldoen aan de dienstbetrekkingseis.

3. Services bieden (schoonmaken, receptioniste, glazen wassen, beveiliging) naast de kale verhuur van ruimten is nog steeds beleggen. Soms wordt dit *all inclusive* verhuur genoemd. Vraag door naar wat dit is, wat het kost, of het optioneel is voor de huurders. Zet de opbrengst van het servicepakket eens of tegen de totale huur. Hoeveel verbetert het rendement door het bieden van het servicepakket? Uitzondering: IB-eenpitters die eigen arbeid rendabel maken ten aanzien van kleinschalig vastgoed door middel van extra diensten, drijven soms een onderneming (BNB 1994/319).²²²

4. De grootte van de vastgoedportefeuille (2, 20, 200 miljoen) doet er niet toe. In de wetsgeschiedenis wordt voor de toepassing van de doorschuifregelingen in de IB en bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 (Tweede Kamer, 2008-2009, 31930, nr. 13 blz. 24-25) de vergelijking gemaakt met FBI's, die in zeer omvangrijke vastgoedportefeuilles beleggen en daarvoor ook een beheerorganisatie hebben. "Waarom zou dat anders zijn in de aan u voorgelegde situatie"?

Let op dat het IB-ondernemingsbegrip afwijkt van het OB-ondernemersbegrip. Ondernemer is volgens artikel 7 wet 013 een ieder die een bedrijf zelfstandig uitoefent.

Let op dat het ondernemingsbegrip uit de IB afwijkt van die bijvoorbeeld artikel 28 Vpb (fiscale beleggingsinstelling). Het teveel aan "risico" is in de Vpb een beletsel om de fiscale beleggingsinstelling status (hierna FBI status) tot verkrijgen (BNB 1990/73), maar daardoor is nog geen sprake van een onderneming volgens de Wet IB 1964. Hetzelfde geldt voor het beleggen in Peruaanse Inti (BNB 2007/83): te veel risico voor de FBI status, maar daarmee nog geen materiele IB-onderneming. Dit neemt niet weg dat het doel van de FBI: het mogelijk maken dat kleine beleggers ook met grote vermogens aan de slag kunnen ertoe leidt dat de wetgever beleggers via een FBI en de directe beleggers gelijk wil behandelen.

5. Een relevant netwerk hebben en verstand hebben van vastgoed is niet onderscheidend. Dit geldt ook voor beleggers.

6. Actief of passief uitpanden levert nog geen onderneming op (BNB 2012/21).

7. Enkel bestemmingen wijzigen levert nog geen onderneming op.

8. Enkel 'op papier' laten splitsen van vastgoed levert nog geen onderneming op.

9. Grootschalig renoveren of onderhouden is beleggen. Van tijd tot tijd moet de belegging worden opgeknapt of bij de tijd worden gebracht.

10. Incidenteel een pand bouwen of vernieuwbouwen²²³ levert geen onderneming op. Er is dan immers geen sprake van zelfstandige, duurzame activiteiten, zodat den activiteiten bij onvoldoende samenhang niet kwalificeren als het drijven van een onderneming.

11. In een reeks van jaren nieuwbouwpanden realiseren, eventueel na sloop van oude gebouwen in een bestaande portefeuille ('herontwikkelen'), levert een ondernemingsactiviteit op. Zeker als er sprake is van een projectontwikkelingsorganisatie, die jaar in jaar uit op zoek is naar nieuwe projecten en daarmee aan de slag gaat. Indien ontwikkeld wordt voor de eigen vastgoedportefeuille is onderstaande subregel van toepassing: Subregel: nadat de ontwikkeling klaar is en sprake is van duurzame verhuur eindigt de ondernemingsactiviteit HR BNB 1996/232).

12. Buffervermogen en/of overtollig vermogen. De belastingplichtige stelt dat hij de onderneming alleen kan drijven wanneer hij extra vermogen (vastgoed zonder hypotheek) of liquiditeit aanhoudt.

De werkgroep acht dit argument valide wanneer het onderbouwd wordt, bijvoorbeeld door stukken waaruit blijkt wat een bank eist. Daarnaast kan de jurisprudentie hierover onderbouwing bieden. Voor tijdelijk

²²² Let op. Indien de activiteiten in de BV plaatsvinden, zal er een gebruikelijk loon moeten worden toegekend. Voor de berekening van het rendement moet daarmee rekening worden gehouden. Daarbij moet de doelmatigheidsafslag van thans 25%/0 in art. 12a Wet LB 1964 worden geëlimineerd.

²²³ Vernieuwbouwen: zeer ingrijpend (laten) renoveren en (laten) transformeren vormt altijd een onderneming. T.M. Berkhout, 'Activeren, tenzij: ingrijpende renovaties en transformaties van vastgoedcomplexen', *NTFR* 2013/982.

overtollige liquide middelen geldt: er moet aannemelijk gemaakt worden dat een bedrag nodig is en bestemd is om geïnvesteerd te worden in de onderneming. Alleen dat bedrag is tijdelijk overtollig. In paragraaf 15 wordt nader ingegaan op het onderwerp buffervermogen.

13. Veel of weinig vreemd vermogen levert geen doorslaggevende aanwijzingen op. Beleggingen worden ook wel met vreemd gefinancierd. In de jurisprudentie vormt de aanwezigheid van veel vreemd vermogen soms een aanwijzing voor ondernemen.

Attentiepunt

Bij schenk- en erfbelasting niet de bezitstermijn vergeten (5 jaar voor schenken, 1 jaar voor overlijden). Dit kan vooral relevant zijn in situaties dat meerdere partijen gezamenlijk investeren in vastgoed/projectontwikkeling. Veelal lopen nieuwe projecten via een gezamenlijke (nieuwe) deelneming (joint venture). Ook hier is de financierings-/etiketteringsvraagstuk relevant voor de uiteindelijke waarde van de deelneming.

9. Heffing en controle

Het gaat — zoals altijd — om de feiten. De bewijslast voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten rust op de belastingplichtige.

De belastingplichtige moet niet alleen zijn eigen (afwijkende) feiten en omstandigheden verstrekken, maar ook die van de 'normale' situatie. Daarbij geldt uiteindelijk een redelijke bewijslastverdeling, wat soms kan betekenen dat de meest gerede partij (i.c. de Belastingdienst) met gegevens over de brug komt. Alleen dan kan hij aannemelijk maken dat het bij hem anders is dan bij normaal vermogensbeheer het geval is. Omgekeerd zal een inspecteur dat ook moeten doen in een situatie waarin hij van mening is dat de verhuur wel leidt tot een onderneming (bewijslast bij inspecteur).

Het gaat in controle om de volgende componenten:

- Vastgoed
- (Met) arbeid: aard en omvang (werkzaamheden)
- Onmiskkenbaar ten doel: meer rendement dan bij normaal vermogensbeheer

Bij het verzamelen van de feiten met betrekking tot deze drie componenten en de daaraan ten grondslag liggende bescheiden (of juist het ontbreken daarvan) is een controle in veel gevallen onontbeerlijk.

Voorbeeld X BV

In het verzoek tot vooroverleg worden (o.a.) de volgende werkzaamheden opgesomd:

- bewaking van de te ontvangen huren
- bewaken onderhoudswerkzaamheden
- aanvragen offertes onderhoudswerkzaamheden
- opstellen huurcontracten
- doorvoeren huurverhogingen
- aannemen en verwerken onderhoudsklachten Wat valt op aan deze waslijst?
- allemaal werkzaamheden die een belegger ook verricht
- geen enkele specificatie

Uitgebreide specificatie opgevraagd (wie, wat, wanneer, hoe lang, inhoud):

Specificatie werkzaamheden en uren

- Beheer 1.800
- VVE's 650
- Vakantie 400
- BV's 1.310

Totaal 4.160

Tijdens controle blijkt het volgende:

- Er zijn geen vastleggingen
- Er wordt gewerkt met ruwe schattingen: 52 x 40 x 200%
- Verzoek om betere onderbouwing: geen reactie

Het verzoek wordt afgewezen. Als er dan toch geschonken wordt, moeten deze omstandigheden (of het ontbreken daarvan) in een controle onderzocht worden.

Voorbeeld know how & relatienetwerken

De stelling van de belastingplichtige is dat zijn kennis en zijn relaties — hij is jaren aannemer geweest — ertoe heeft bijgedragen dat hij goedkoper diensten en leveringen kan inkopen en zelf kan beoordelen wanneer en welk onderhoud nodig is, waardoor hij zich kosten bespaart. Die kostenbesparing leidt tot een hoger rendement, en daardoor is sprake van een onderneming. De inspecteur kan dan bijvoorbeeld de volgende vragen stellen en gegevens opvragen. U stelt: "Zijn kennis van en contacten in de bouwwereld stelden de heer S in staat om materialen/diensten scherp in te kopen."

Graag ontvang ik antwoord op de volgende vragen en de bewijsstukken:

1. hoe heeft de kennis van de bouwwereld van de heer S bewerkstelligd dat materialen/diensten scherp ingekocht konden worden? Welke bewijsstukken heeft u voor deze stelling? Waarin onderscheid de heer S zich precies van andere spelers op de markt?
2. hoe hebben de contacten in de bouwwereld er aan bijgedragen dat de materialen/diensten scherp konden worden ingekocht? Welke bewijsstukken heeft u voor deze stelling? Waarin onderscheid de heer S zich precies van andere spelers op de markt?
3. bewijsstukken voor de stelling dat materialen/diensten scherp zijn ingekocht;
4. de facturen van deze materialen/diensten;
5. wat verstaat u onder "scherp inkopen"? Hoeveel korting is door de heer S bedongen? Hoeveel daarvan bedraagt de extra korting die is toe te rekenen aan de kennis en de contacten van de heer S? Graag een specificatie.
6. andere bewijsstukken indien aanwezig (om te voorkomen dat tijdens de beroepsfase informatie naar voren wordt gebracht die wij niet meer kunnen toetsen)

10.Omstandighedencatalogus

Voor het presenteren van de relevante feiten en omstandigheden kan gebruik worden gemaakt van een omstandighedencatalogus. De omstandighedencatalogus gebruiken we om feiten en omstandigheden gestructureerd in kaart te laten brengen, zowel van de voorliggende casus als de vergelijkbare situatie. Het overzicht van de feiten en omstandigheden moet voor meerdere jaren geproduceerd te worden om de duurzaamheid van de activiteiten en de organisatiegraad in de beoordeling te kunnen betrekken en de afbakening ten opzichte van het resultaat uit overige werkzaamheden te kunnen beoordelen. -Hoeveel jaar dit precies zou moeten zijn, is arbitrair. Wij sluiten aan bij een periode van vijf jaar, omdat voor de vrijstelling voor de schenkbelasting geldt dat de onderneming vijfjaar door de schenker moet zijn gedreven (art. 35d SW 1956).

Omstandighedencatalogus		jaar t ₀	t ₁	t ₂	t ₃	t ₄	t ₅	Toelichting
Vastgoedportefeuille (verhuur aan derden)								
Aantal panden	getal							
Aantal verhuurde units	getal							
Aantal verhuurde m ²	getal							
Marktwaaarde	euro* 1000							
Nettokasstroom	euro*							

	1000								
Onderhoudskosten	euro* 1000								
Verbeteringskosten	euro* 1000								
Brutohuurinkomsten	euro* 1000								
WOZ-waarde	euro* 1000								
Leegstandspercentage + toelichting berekening	% en getal								
(Her)ontwikkelingspanden									
Aantal panden	getal								
Marktwaaarde	euro* 1000								
Netto-kasstroom	euro* 1000								
Investerings totaal dit jaar	euro* 1000								
Organisatie									
Aantal werknemers	getal								
Totaal FTE werknemers inclusief DGA	getal								
Opleidingsniveau werknemers	tekst en getal								
Ervaringsjaren werknemers	getal								
Aantal externen	getal								
Totaal FTE externen	getal								
Eigen onderhoudspersoneel / FTE	getal								
Rendement									
Nagestreefde rendement	%								
Formule berekening rendement	tekst								
Behaald rendement vastgoedportefeuille	%								
Financiering (omvang en welke panden)									

Hypotheekschuld	euro* 1000								
Schuldgraad (<i>loan to value</i>)	%								
Rentebetaling per jaar	euro* 1000								
Aflossing per jaar	euro* 1000								

Tips/aandachtspunten

1. Er is geen standaardcontrole-aanpak.
2. Vraag de belastingplichtige de omstandighedencatalogus te vullen. Dat geeft een eerste beeld.
3. Vraag de vennootschappelijke jaarrekeningen en de statuten van de vennootschappen (wat is het doel?).
4. Breng gedetailleerd de werkzaamheden per pand/ complex in kaart.
5. Stellingen van belastingplichtigen en het bewijs ervoor moeten geverifieerd worden. Vraag bewijsstukken van **de** stellingen.
6. Vaak is er sprake van een smeug verhaal: 'deze man heeft een omvangrijk netwerk'. Echter: hij moet laten zien waaruit dat netwerk dan bestaat, dat dat onderscheidend is en dat dit tot extra rendement heeft geleid.
7. Bouw een beeld op van de organisatie, van A tot en met Z. Liefst zo lang mogelijk terug. Wees bedacht op vermogensetiketteringsgevallen vanuit het verleden (IB-sfeer).
8. Wie doet wat ten aanzien van welke panden/complexen. Schoonmaak, verhuur, architect, ontwikkelen, makelen.
9. Waar zit het causaal verband tussen arbeid en extra rendement?

11. Vermogensetikettering

Als er duurzaam ondernemingsactiviteiten worden ontplooid mag de conclusie worden getrokken dat sprake is van een onderneming als bedoeld in de IB ('afbakeningsproblematiek'). Vervolgens dient voor de activa en passiva te worden beoordeeld of die bij de onderneming horen (vermogensetiketteringsproblematiek). De vermogensetiketteringsproblematiek behandelt vragen als: wanneer is sprake van verplicht ondernemingsvermogen, verplicht privévermogen of keuzevermogen? In geval van keuzevermogen is het uitgangspunt dat de belastingplichtige mag kiezen voor privé of ondernemingsvermogen, mits hij daarbij niet de grenzen van de redelijkheid overschrijdt. Na een gemaakte keuze is alleen bij bijzondere omstandigheden daarop terug te komen. Indien sprake is van een BV, waarvoor de vermogensetikettering normaal gesproken geen rol speelt, is voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bepaald dat in geval van keuzevermogen sprake is van ondernemingsvermogen.

12. Sfeerovergang

Warmer een belastingplichtige als ondernemer een pand heeft ontwikkeld en dat na de oplevering regulier gaat verhuren, dient hij dat pand te reken tot zijn privévermogen (BNB 1996/232). Dit is alleen anders wanneer het pand eerder als bedrijfsmiddel op de balans van een materiele onderneming stond, zie het zogenoemde 'pottenbakkersarrest' (BNB 1997/347).

13. Beeldvorming

Het woord 'belegger' roept bij sommigen het beeld op van iemand telefoon zit te wachten tot hij gebeld wordt. Zo schrijft Rozendal in zijn noot onder rechtbank Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16718 in NTRF 2015/1164 over property managementwerkzaamheden (administratief, technisch en commercieel beheer): 'dergelijke werkzaamheden worden door particuliere vastgoedbeleggers die zich bezighouden met normaal vermogensbeheer veelal uitbesteed aan externe vastgoedbeheerders'. Wanneer eigenaren die werkzaamheden echter zelf ter hand nemen, zijn zij nog steeds bezig met het vastgoedbeheer. En dat is geen ondernemen. Vergelijk Hof Arnhem-Leeuwarden, MK I, 16 december 2014, nr. 13/00869.

14. 'Omvangrijke vastgoedportefeuille' (arrest 15 april 2016)

Recentelijk heeft de Hoge Raad arrest gewezen in een zaak over een 'omvangrijke vastgoedportefeuille' (HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633, V-N 2016/24.12).

Het hof Arnhem-Leeuwarden (die ook was opgenomen in de vorige praktijkhandreiking) had in zijn uitspraak van 15 mei 2015 vastgesteld dat het ging om een zeer omvangrijke en diverse onroerendgoedportefeuille — 350 onroerende zaken op 143 locaties met een waarde van honderden miljoenen euro's— die is opgebouwd in ongeveer twintig jaar.' Het college oordeelde dat het behaalde rendement van 20% het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven ging en dat binnen het concern de verrichte arbeid naar aard en omvang meer omvat dan wat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.

De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat het vastgoedconcern met de 'zeer omvangrijke en diverse vastgoedgoedportefeuille' werkzaamheden verrichtte die normaal vermogensbeheer te boven gingen. Er werd een hoger dan normaal rendement behaald, zodat de SW-bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing was. Het oordeel van het hof, dat het concern met zijn gehele vermogen een materiele onderneming dreef, gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kon, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Het beroep van de Staatssecretaris was ongegrond. De werkgroep is van mening dat uit dit arrest geen heldere, concrete aanwijzingen of grenzen voor de uitvoeringspraktijk van de Belastingdienst kunnen worden afgeleid. Deze visie wordt gedeeld in de vakpers in verschillende aantekeningen op het arrest.

De bevindingen van de werkgroep van dit arrest zijn als volgt:

- Het hof heeft vastgesteld dat het behaalde gemiddelde rendement 20% bedraagt. Dit gemiddelde rendement is over de periode 1990 tot en met 2009 berekend aan de hand van het eigen vermogen. Uit de feiten blijkt dat de vastgoedexploitant zijn vastgoedportefeuille zoveel mogelijk gefinancierd heeft met vreemd vermogen. In het door het hof vastgestelde gemiddelde rendement van 20% is derhalve ontegenzeggelijk het hefboomeffect van invloed geweest. Dit heeft tot gevolg dat hoe hoger het percentage vreemd vermogen, hoe hoger het rendement zal zijn in periodes waarin de te betalen rente lager is dan het resultaat op de onroerende zaken voor aftrek van financieringslasten. Dit kan geïllustreerd worden met het volgende voorbeeld:

	€ / percentage	Rendement eigen vermogen vóór belasting
Pand	1.000.000	
Hypotheekrente	4%	
Netto huur	70.000	
Rendement eigen vermogen bij 0% financiering	$70.000 / 1.000.000$	7%
Rendement e.v. bij 50% financiering	$(70.000 -/- 20.000) / 500.000$	10%
Rendement e.v. bij 80% financiering	$(70.000 -/- 32.000) / 200.000$	19%

- Het rendement over het eigen vermogen stijgt dus door toenemende financiering met vreemd vermogen. Dat is dus geen gevolg van arbeid die tot doe] heeft een hoger rendement te behalen. De door het hof gebruikte methodiek om het rendement te berekenen acht de werkgroep dan ook onjuist. De wijze waarop de vastgoedexploitant zijn vastgoedportefeuille heeft gefinancierd is niet relevant voor de beoordeling of de behaalde meerwaarde door extra arbeid wordt gecreëerd en voor de vraag of sprake is van een onderneming.
- Het hof heeft het gemiddelde rendement vastgesteld op 20% en heeft hierbij rekening gehouden met zowel het directe als het indirecte rendement. In hoeverre de vastgoedexploitant met behulp van *zijn arbeid* die qua *aard en omvang* meer omvatten dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is *invloed op heeft* gehad op het directe rendement en dit deel van de meerwaarde dus zelf heeft gecreëerd, blijkt niet uit de procedure. Voor het beoordelen hiervan moeten daarom uit het in totaal

gerealiseerde rendement worden gefilterd de marktontwikkelingen die van invloed zijn geweest op het rendement. Het gaat immers om de koppeling tussen de extra arbeid en het hierdoor behaalde extra rendement. De werkgroep is van mening dat voor het beoordelen of de vastgoedexploitant een onderneming drijft dit met name relevant is.

- Het hof heeft het jaarlijkse rendement vastgesteld op 20%. Dit is een rendement op basis van het geïnvesteerde rendement. In twee voorgaande opmerkingen heeft de werkgroep al onderbouwd dat dit niet de juiste methodiek is. Indien een belastingplichtige stelt dat hij conform de rechtsregel van BNB 1994/319 een ondernemer is, dan dient hij dat aannemelijk te maken. Hij zal moeten kunnen onderbouwen dat hij door middel van extra arbeid streeft naar een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat. Deze vastgoedexploitant moet zich vergelijken met een vastgoedexploitant met een vergelijkbare vastgoedportefeuille die als belegger kwalificeert. Als vergelijkingsmaatstaf kan gebruik worden gemaakt van de IPD Vastgoedindex²²⁴. Deze index kan als benchmark dienen voor het vergelijken van actief beheerde vastgoedportefeuilles, zij het dat het om landelijk gemiddelde cijfers gaat. Het is te prefereren te vergelijken met vergelijkbare portefeuilles van andere vastgoedexploitanten en de exploitant daarom te vragen.
- Gelet op de diverse afdelingen, de kennis en de ervaring van de werknemers, de verbouwingen die weliswaar werden uitbesteed, maar waarop wel toezicht werd gehouden en op het inhuren op projectbasis van externe deskundigen, volgt het Hof de conclusie van belanghebbende dat de arbeid qua aard meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Uit de procedure blijkt niet wat de exacte werkzaamheden waren en welke kennis aanwezig is. De werkgroep vindt de opgesomde werkzaamheden in het algemeen behoren tot het normale vermogensbeheer en hecht er veel waarde aan om exact vast te stellen welke activiteiten de vastgoedexploitant daadwerkelijk verricht²²⁵. De grote vastgoedbeleggers in Nederland zoals Corio, Wereldhave en Vastned verrichten soortgelijke activiteiten en zij kwalificeren fiscaal alle als belegger. Zij hebben dan ook de FBI-status.
- Uit de uitspraak van het hof blijkt dat de vastgoedexploitant ook projectontwikkelingsactiviteiten heeft verricht. Het hof heeft niet vastgesteld wat de omvang van deze activiteiten is. De werkgroep is van mening dat deze activiteiten op zichzelf kwalificeren als een ondernemingsactiviteit (totdat ze afgerond zijn) en dat daarom een splitsing in de activiteiten van de belastingplichtige had moeten worden gemaakt tussen de projectontwikkelingsactiviteiten en het exploiteren van vastgoed²²⁶. Dit standpunt is in de procedure niet goed uit de verf gekomen. Daarnaast lijkt het erop dat het hof bij het berekenen van het gemiddelde rendement van het exploiteren van vastgoed ook de rendementen van de projectontwikkelingsactiviteiten heeft meegenomen. De werkgroep vindt dat geen juiste benadering. Deze laatste rendementen hadden door het hof geëlimineerd dienen te worden bij het berekenen van het gemiddelde rendement.

Mede naar aanleiding van de hofuitspraak heeft de werkgroep de praktijkhandreiking opgesteld om door middel van een meer uniforme aanpak te komen tot een gedegen onderzoek en daardoor de feiten duidelijker te kunnen presenteren aan de rechter.

15. Buffervermogen

Met enige regelmaat komt het voor dat tot een concern een portefeuille regulier verhuurd vastgoed behoort. In discussie is dan niet meer dat geen sprake is van extra arbeid en evenmin van extra rendement. Toch is in de ogen van belanghebbenden geen sprake van beleggingsvermogen omdat het in het vastgoed geïnvesteerde vermogen zogenoemd 'buffervermogen' zou betreffen.

Wanneer is 1) sprake van als ondernemingsvermogen te etiketteren buffervermogen, en 2) hoe bereken je de omvang daarvan?

Ad 1

Dat wat zich in eerste instantie aandient als belegging (verhuurd vastgoed), kan alleen tot het ondernemingsvermogen behoren als dit dient tot versteviging van het bedrijf (o.a. BNB 1960/25 en 1985/230).

²²⁴ De IPD Nederlandse Vastgoedindex meet de rendementen op directe ('stenen') vastgoedbeleggingen, gebaseerd op marktwwaarden en zonder rekening te houden met financiering.

²²⁵ Aldus ook R.M. Freudenthal, *Fiscale Monografieën 103: Resultaat uit overige werkzaamheden (excl. terbeschikkingstellingenregeling)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 27.

²²⁶ Zie paragraaf 12 "Sfeerovergang" van deze praktijkhandreiking voor toelichting.

Het moet gaan om dienen, 'kunnen dienen' is niet voldoende (zie ook de conclusie van AG Niessen bij BNB 2010/147 waarin o.a. wordt verwezen naar BNB 1985/15). Dat betekent dat er een concreet investeringsplan moet liggen dat de omvang van het buffervermogen rechtvaardigt.

Vaak wordt als argument gebruikt dat de cashflow van de verhuur wordt ingezet voor het kernbedrijf. Zelfs als dat daadwerkelijk zo is, geldt de volgende vergelijking:

A is eigenaar van een restaurant waar de loop uit is. Hij draait na een aantal goede jaren telkens verlies, maar ziet nog wel toekomst in de zaak. Hij beschikt over een privébankrekening van 1 miljoen euro met een renteopbrengst van 1% (= E 10.000). Dit bedrag gebruikt hij om zijn zakelijke schulden te betalen. De vraag is dan of die 1 miljoen euro behoort tot zijn ondernemingsvermogen. Op het moment dat de bedrijfskosten worden gemaakt en hij van plan is dat met de renteopbrengst te betalen, gaat de renteopbrengst tot het ondernemingsvermogen. De 1 miljoen euro behoort niet tot het ondernemingsvermogen, want het is nooit de bedoeling geweest dit bedrag in de onderneming te gaan gebruiken.

Wanneer een IB-ondernemer (winkelier) aan de bank tot zekerheid van een lening voor de winkel hypotheek geeft op zijn elders gelegen privéwoning, leidt dat *er* niet toe dat die privéwoning daarmee ondernemingsvermogen wordt. De woning wordt niet aangewend voor de bedrijfsuitoefening, en is daarom geen ondernemingsvermogen. Dat de woning (passief) dient als onderpand voor een lening ten behoeve van de winkel, maakt dat niet anders. De dienstbaarheid aan de ondernemer staat dan voorop.

Een andere situatie is die wanneer er geld of ook vastgoed wordt aangehouden dat tot versteviging van het bedrijf dient. Het 'dienen' en dus niet 'kunnen dienen', betekent dat het vastgoed dan niet louter in passieve, maar in actieve zin een rol speelt in de onderneming. Bijvoorbeeld omdat het vastgoed *daadwerkelijk* door de bank als zekerheid wordt vereist. Of wanneer het gaat om het opvangen van tegenvallers, het kunnen uitbetalen wanneer zich niet-verzekerde risico's voordoen dan wel het snel op plotselinge kansen kunnen inspelen, men kan laten zien dat 1) die situaties zich hebben voorgedaan, waarbij 2) de aangehouden buffer ook daadwerkelijk is aangesproken. Sec verhuurd vastgoed aanhouden omdat het een extra zekerheid voor de bank geeft, zodat wanneer men wil lenen men makkelijker en tegen betere voorwaarden kan lenen, is geen reden om het vastgoed als ondernemingsvermogen aan te merken. Dat blijft hangen ond. er de noemer 'kunnen dienen'.

Een bijzonderheid doet zich voor met betrekking tot de zogenoemde 'verplichte verhuur'. Daarbij stellen bouwbedrijven/ ontwikkelaars dat zij om een klus te krijgen verplicht zijn een contingent sociale huurwoningen te bouwen. Na realisatie van het bouwproject vindt er reguliere verhuur plaats, waardoor de verhuurde panden als beleggingsvermogen moeten worden aangemerkt (BNB 1996/232). De Hoge Raad knoopt in dat arrest niet aan bij de reden van de verhuur, maar bij de arbeid die met die verhuur gepaard ging. Dat is derhalve de gewone toets als in BNB 1994/319.

Dat men zich contractueel heeft verplicht tot verhuur voor een aantal jaren (vrije of sociale sector) beïnvloedt de fiscale kwalificatie derhalve niet.

Bovendien kleeft de verplichte verhuur met een kettingbeding aan de betreffende huizen, niet aan de bouwer. Ergo: bij verkoop is de volgende eigenaar aan dezelfde contractuele 'verplichte' verhuur gebonden. Wanneer zelf ontwikkeld vastgoed nog even wordt aangehouden, zal het niet meteen overgaan naar de beleggingsfeer. Als men er echter langdurig gaat verhuren (al dan niet op grond van contractuele verplichtingen), dan gaan die panden wel meteen over naar de beleggingsfeer.

Ad 2

Het kan behulpzaam zijn al het vermogen — verhuurd vastgoed — dat belanghebbende zegt als buffer aan te houden, in gedachten, om te zetten in geld (minus eventuele schulden derhalve) en vervolgens te bezien of sprake is van overvloedige liquiditeiten. Dat komt op hetzelfde neer, maar dan verdwijnt de 'waas' van onderneming-gerelateerd die hangt rond het verhuurde vastgoed, zeker als het in het eigen bedrijf ontwikkeld vastgoed betreft.

Dat een vastgoedinvesteerder sterker staat indien hij een goede kaspositie heeft waardoor hij snel kan reageren en daarmee investeringskansen kan benutten, lijkt revel. De noodzakelijke omvang daarvan blijft

beperkt tot op jaarbasis benodigde investeringsbudget. Als het gebruik is dat daarbij ook vreemd vermogen wordt aangetrokken, beperkt dat het benodigde eigen geld voor investeringen. Wanneer men met de activiteiten door het jaar winst maakt, kan men die deels inzetten voor de investeringen.

Voor de etikettering in het kader van de BOR gaat het om de situatie per peildatum, en wat er aan concrete investeringsplannen ligt richting de toekomst. Het gaat immers om een tijdstipbelasting en de etikettering vindt plaats aan de hand van wat nodig is, en niet naar wat nodig was. Gezien de voortzettingstermijn in de BOR ligt een horizon vijf jaar voor de hand. Een voorbeeld ter illustratie.

Stel er is een bouwbedrijf X. Een dergelijk bedrijf heeft een behoorlijk som werkkapitaal nodig. In een tijd met weinig toeschietelijke banken zal dat werkkapitaal voor ten minste de helft met eigen vermogen gefinancierd moeten zijn, want anders wil de bank de andere helft niet financieren. Dat leidt tot een berekening in de trant van: X steekt structureel 1000 aan materiaal en arbeid per jaar in projecten. Hij creëert daarmee op een termijn van 2 jaar 1500 aan waarde. Van die 1500 krijgt hij 20% niet verkocht, dus 300. Om in jaar 3 weer 1000 te kunnen investeren, heeft X 800 nodig, want 200 is winst op het vorige project. Dit is te berekenen voor 5 jaar. Rekening houdende met wat de bank financiert, in dit voorbeeld de helft, kan dan de omvang benaderd worden van wat daadwerkelijk dient ter versteviging van het bedrijf.

16. Ten slotte

- De feiten en omstandigheden van het specifieke geval zijn leidend.
- Wees reuel, geef belanghebbende wat hem toekomt en trek dan een streep.
- Voor het meerdere zijn we niet bang om te procederen.
- Doe onderzoek naar de ontstaansgeschiedenis van het vastgoedbezit.
- Bereik zo mogelijk een compromis.
- Het is mogelijk slechts deels te concluderen tot ondernemingsvermogen.
- Overleg met je colleg[a] van de IB of de Successie. Als de aangiften komen samen optrekken,
- Betrek de vaktechnische lijn wanneer het dreigt aan te komen op procederen.
- Bij BOR-procedures tellen de feiten en omstandigheden; op basis daarvan oordelen de hoven en staat de zaak voor de Hoge Raad op deze aspecten vast. Zorg dat je die feiten en omstandigheden dus heel goed in kaart hebt gebracht.
- Anticipeer in procedures en correspondentie op 'gloedvolle betogen door de belanghebbende': volstrekt normale exploitatiewerkzaamheden die als meerwaarde creërende activiteiten worden verkocht. Besteed daaraan veel aandacht in je betoog.