

Erasmus Universiteit Rotterdam

NADRUUK VERBODEN

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie



**“Onderzoek naar een fictie binnen de
bedrijfsopvolgingsfaciliteit Successiewet 1956”**

Naam: Ko Wolters

Studentnummer: 403057

Begeleider: Mr. T.C. Hoogwout

Tweede beoordelaar: Mevr. dr. Y. Tigelaar - Klootwijk

Datum: 20-3-2020

Plaats: Rotterdam

Voorwoord

Met deze masterscriptie komt er een einde aan mijn studie Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Zes jaar geleden heb ik de keuze gemaakt om vanuit het hoge noorden (Groningen) naar het westen te vertrekken om mij als mens verder te ontwikkelen. Nu mijn studententijd erop zit kan ik tot de conclusie komen dat ik hierin ben geslaagd. Wat deze periode nog mooier maakt is dat ik gedurende mijn tijd in Rotterdam een hoop nieuwe mensen heb ontmoet waarvan een aantal inmiddels erg goede vrienden zijn geworden. Het zijn deze vrienden die mij door de moeilijke periodes hebben heen gesleept. Dank daarvoor!

Tevens wil ik van de gelegenheid gebruik maken om mijn scriptiebegeleider meneer Hoogwout te bedanken. U op- en aanmerkingen hebben ervoor gezorgd dat de kwaliteit van mijn onderzoek een sprong heeft gemaakt. U hebt mij regelmatig de juiste vragen gesteld waardoor mijn interesse opnieuw was gewekt. Ook wil ik mijn collega's van PwC kantoor Groningen bedanken. De fika momentjes hebben mij vaak de nodige afleiding gegeven om weer op nieuwe ideeën te komen. Mijn bijzonder dank gaat daarbij uit naar mevrouw Nanninga die mij gedurende de mijn master thesis vanuit PwC heeft begeleid.

Last but zeker not least wil ik mijn familie bedanken die mij zowel financieel als mentaal gedurende mijn gehele studieperiode hebben gesteund. Of het nou ging om een hapje eten/slappen in Utrecht, een biertje drinken in Almere of het nakijken van mijn bachelor scriptie in München, niks was te veel. Dank daarvoor lieve broer en zussen. Speciale dank gaat daarbij ook uit naar mijn vader die ondanks dat ik toch hier en daar wat vertraging hebben opgelopen, nooit het vertrouwen in mij heeft verloren.

Voor dat ik u veel leesplezier met mijn scriptie over de bedrijfsopvolgingsregeling wil ik deze scriptie graag opdragen aan mijn moeder. Lieve mama, helaas ben je niet meer onder ons maar ik weet zeker dat je apetrots zou zijn geweest! Hopelijk ben je nog ergens om een feestje te vieren.

Schiermonnikoog, Maart 2020.

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	8
1.1.	Aanleiding	8
1.2.	Probleemstelling	10
1.3.	Wetenschappelijke relevantie	10
1.4.	Toetsingskader	11
1.4.1.	Gelijkheidsbeginsel	11
1.4.2.	Rechtszekerheidsbeginsel	11
1.5.	Afbakening	12
1.6.	Methode van onderzoek	13
1.6.1.	Algemeen	13
1.6.2.	Opzet	13
2.	Bedrijfsopvolgingsregeling	14
2.1.	Inleiding	14
2.2.	Generieke belastingplicht Successiewet 1956	14
2.2.1.	Waardering verkrijging	14
2.3.	Wetsgeschiedenis en doelstelling bedrijfsopvolgingsregeling	16
2.3.1.	Bedrijfsopvolgingsregeling van 2002 tot 2010	17
2.3.2.	Bedrijfsopvolgingsregeling vanaf 2010	18
2.3.2.1.	Objectieve onderneming	19
2.3.2.2.	Omvang vrijstelling	20
2.3.3.	Overgangsrecht	22
2.4.	Voorwaarden toepassing BOR	23
2.4.1.	Kwalificerend ondernemingsvermogen	23
2.4.1.1.	Ondernemingsvermogen als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001	24
2.4.1.2.	Medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3 lid 1 Wet IB 2001	25
2.4.1.3.	Vermogensbestanddelen die behoren tot een aanmerkelijk belang	25
2.4.1.4.	Ter beschikking stelling onroerende zaken	27
2.4.2.	Bezitsvereiste	27
2.4.2.1.	Ab-houders	28
2.4.2.2.	Preferente aandelen	29
2.4.2.3.	Ter beschikking gestelde onroerende zaken	29
2.4.3.	Voortzettingsvereiste	29
2.4.3.1.	IB-onderneming en medegerechtigdheid	29
2.4.3.2.	Ab-aandelen of winstbewijzen	30
2.4.3.3.	Ter beschikking gestelde onroerende zaken	30

2.5.	Meer dan normaal vermogensbeheer	31
2.5.1.	Exploitatie van onroerende zaken en het ondernemingsbegrip	31
2.5.2.	Meerwaardecriterium	31
2.5.3.	Hoge Raad 17 augustus 1994	32
2.5.3.1.	Plus arbeid en plus rendement	33
2.6.	Toetsing bedrijfsopvolgingsregeling	34
2.6.1.	Gelijkheidsbeginsel	34
2.6.2.	Rechtszekerheidsbeginsel	35
2.7.	De toekomst van de BOR	37
2.8.	Tussenconclusie	38
3.	Meer dan normaal vermogensbeheer in de praktijk	40
3.1.	Inleiding	40
3.2.	Relevante jurisprudentie	41
3.2.1.	Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299	41
3.2.2.	Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319	42
3.2.3.	Hoge Raad 29 Mei 1996, nr. 30774, BNB 1996/232	44
3.2.4.	Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, V-N 2013/2650	45
3.2.5.	Gerechtshof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22	46
3.2.6.	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/19.18	48
3.2.7.	Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, V-N 2016/24.12	49
3.2.8.	Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, NTFR 2017/671	51
3.2.9.	Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, V-N 2017/62.20	53
3.2.10.	Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/00030, V-N Vandaag 2018/869	55
3.2.11.	Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, nr. 16/3544, NTFR 2018/1983	55
3.2.12.	Rechtbank Noord-Nederland 29 augustus 2019, nr. AWB-18_2354, V-N 2019/1997	57
3.3.	Analyse jurisprudentie	58
3.3.1.	Meer dan standaard verhuur werkzaamheden	58
3.3.2.	Kennis en ervaring	59
3.3.3.	Intensieve huurders relatie	60
3.3.4.	Deels vreemd gefinancierd	60
3.3.5.	Omvangrijke portefeuille	62
3.3.6.	Projectontwikkeling	62
3.3.7.	Gemiddelde rendement	63
3.4.	Omstandighedencatalogus Te Niet	65
3.4.1.	Kritiek omstandighedencatalogus	67
3.5.	Tussenconclusie	68

4.	Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten	69
4.1.	Inleiding	69
4.2.	Uitgangspunten praktijkhandreiking	69
4.3.	Arrest 15 april 2016	71
4.3.1.	Financiering en rendement	71
4.3.2.	Kennis en ervaring	71
4.3.3.	Projectontwikkeling	71
4.4.	Praktijkhandreiking in perspectief van de Jurisprudentie	72
4.5.	Tussenconclusie	74
5.	Onderzoek naar een wettelijke fictie	75
5.1.	Inleiding	75
5.2.	Een fictie	76
5.2.1.	Fictie voor gelijkheid en zekerheid	76
5.3.	Ficties uit de literatuur	78
5.3.1.	Beleggingsfictie	78
5.3.2.	Ondernemingsfictie	79
5.3.3.	Vlaamse Gunstregeling	79
5.4.	Een Nederlandse fictie	82
5.4.1.	Zakelijke loonsom	82
5.4.1.1.	Meest vergelijkbare dienstbetrekking	83
5.4.1.2.	Doelmatigheidsmarge	84
5.4.1.3.	Loonbegrip	84
5.4.2.	Brutohuur	85
5.4.3.	Vormgeving in de Wet	85
5.4.4.	Tegenbewijsregeling	85
5.5.	Tussenconclusie	86
6.	Conclusie en aanbevelingen	87
6.1.	Conclusie	87
6.2.	Aanbeveling	90
7.	Literatuurlijst	92
7.1.	Artikelen	92
7.2.	Boeken	94
7.3.	Onderzoeken	95
7.4.	Jurisprudentie	96
7.5.	Besluiten	97

Lijst met afkortingen

Ab-aandelen	Aanmerkelijk belang aandelen
Art.	Artikel
AVG	Algemene verordening gegevensbescherming
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
Bv	Besloten vennootschap
CV	Commanditaire vennootschap
DCF-methode	Discounted cash-flow methode
DGA	Directeur-grootaandeelhouder
EC	Europese Commissie
FBI	Fiscale beleggingsinstelling
ftV	Civiel en Fiscaal tijdschrift vermogen
Handreiking	Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten
IW 1990	Invorderingswet 1990
NtFR	Nederlands tijdschrift fiscaal recht
Oude regeling	Bedrijfsopvolgingsregeling voor 2010
OZR	Onroerend zaak rechtspersoon
SW 1956	Successiewet 1956
Tabel	Omstandigheden tabel
VBI	Vrijgestelde beleggingsinstelling
V-N	Vakstudie nieuws
Vof	Vennootschap onder firma
Werkgroep	Commissie-Molmaker
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
Wfr	Weekblad fiscaal recht
Uitv.reg. IW 1990	Uitvoeringsregeling Invorderingswet
Uitv.reg. Schenk- en erfbelasting	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

Van een bedrijfsoverdracht is sprake wanneer het eigendom van een onderneming volledig overgaat in andere handen. Een succesvolle eigendomswisseling is van groot belang om onder andere het productieve vermogen, de werkgelegenheid, de kennis en het netwerk van een onderneming te waarborgen. Bovendien heeft een deugdelijke bedrijfsoverdracht effect op de gehele keten van klanten en toeleveranciers en bevordert deze de economische continuïteit.¹ Dat een succesvolle bedrijfsoverdracht van grote waarde is voor de economie wordt tevens bevestigd door het feit dat vrijwel alle landen in West-Europa specifieke fiscale faciliteiten voor de bedrijfsoverdracht kennen.² Een succesvolle bedrijfsoverdracht van familiebedrijven moet daarmee zonder al teveel fiscale hordes worden veiliggesteld. Nederland telde op 1 januari 2016 circa 277.000 familiebedrijven. Dit komt neer op 71% van alle bedrijven die in Nederland zijn gevestigd. De bijdrage van familiebedrijven aan de BV Nederland is dan ook substantieel te noemen.³ Het is niet verwonderlijk dat de Nederlandse overheid, naast het stimuleren van bijvoorbeeld start-ups, fiscale faciliteiten biedt voor deze groep ondernemers. Mede vanwege het hiervoor beschreven maatschappelijke en economisch belang en de toename van het aantal ondernemers met een leeftijd van 55 jaar of ouders als gevolg de vergrijzing, heeft de Europese Commissie haar lidstaten reeds in 1994 opgeroepen aandacht te besteden aan bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor mkb-ondernemingen.⁴⁵

In het Nederlandse belastingrecht wordt de overdracht van een onderneming of een aanmerkelijk belang in een vennootschap aangemerkt als heffingsmoment. Omdat deze fiscale heffing mogelijk liquiditeitsproblemen oproept en de heffing in de ogen van de wetgever geen beletsel zou mogen vormen voor een economisch gewenste bedrijfsoverdracht, kan in dergelijke gevallen door de belastingplichtige een beroep worden gedaan op de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uit de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) respectievelijk de successiewet 1956 (hierna: SW 1956). De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn kort samengevat van toepassing op de overgang van een IB-onderneming, aanmerkelijkbelangaandelen in een vennootschap waarin een materiële onderneming wordt gedreven en op ter beschikking gestelde onroerende zaken.

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor IB-ondernemers kennen verschillende gedaanten. Zo kan in het geval sprake is van belastingheffing over stakingswinst de belastingclaim onder voorwaarden worden doorgeschoven. Door toepassing van de doorschuiffaciliteit wordt de onderneming niet geacht te zijn gestaakt. De overnemer treedt in dat geval in de plaats van de overdrager en is fiscaalrechtelijk verplicht de onderneming voort te zetten op basis van de fiscale boekwaarden van de overdrager. De overdrager kan daarbij kiezen de gerealiseerde stakingswinst te laten belasten en de daadwerkelijke betaling van de inkomstenbelastingclaim naar de toekomst te verschuiven. Daarvoor kan de overdrager een verzoek doen tot renteloos uitstel van betaling voor zover de koopsom schuldig wordt gebleven. Voor de SW 1956 geldt dat een verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking dan wel krachtens erfrecht, op grond van art. 1 SW 1956 belast is met schenk- of erfbelasting. Omdat het in de ogen van de wetgever vanuit algemeen sociaaleconomisch belang onwenselijk is dat een onderneming geforceerd moet worden gestaakt of verkocht zonder dat de bedrijfsresultaten daartoe aanleiding geven, is de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR) in het leven geroepen. Op grond van deze regeling wordt de verkrijging van ondernemingsvermogen onder

¹ Hoogeveen, M.J.(2011), 'De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving', p. 187.

² PwC (2014), 'West-Europa trekt één lijn bij overdracht familiebedrijven', p.2.

³ CBS (2017), 'Familiebedrijven in Nederland'.

⁴ KvK (<https://www.zipconomy.nl/wp-content/uploads/2017/01/Jaaroverzicht-ondernemend-Nederland-2016-definitief.pdf>), Jaaroverzicht ondernemend Nederland 2016. Alleen al tussen het jaar 2015 en 2016 is het aantal ondernemers met de leeftijd van 55 jaar of ouder met 6% toegenomen. Als oorzaak kan onder andere de toenemende, en in de toekomst aanhoudende, vergrijzing worden aangewezen. Het maatschappelijk belang van een succesvolle bedrijfsoverdracht zal hierdoor in de toekomst alleen maar groeien.

⁵ Aanbeveling bedrijfsoverdracht mkb 1994 (<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d1d7cc83-a0ca-45e2-aeaa-26d0e3b0588c/language-nl>).

voorwaarden tot een bedrag van € 1.102.209 (2020) geheel vrijgesteld. Over het meerder kan een vrijstelling van 83% worden verkregen. De resterende 17% wordt aangemerkt als geconserveerde waarde. Hiervoor kan rentedragend uitstel van betaling worden verkregen.⁶

Voor toepassing van de BOR moet aan een drietal cumulatieve voorwaarden worden voldaan. De meest in het oog springende voorwaarde is dat sprake moet zijn van de verkrijging van 'kwalificerend ondernemingsvermogen'.⁷ Om zoveel mogelijk eenduidigheid in de wetgeving te bereiken heeft de wetgever gekozen om voor het begrip ondernemingsvermogen aan te sluiten bij het IB-ondernemersbegrip zoals deze is opgenomen in art. 3.2 Wet IB. Dit betekent dat voor de BOR aangesloten moet worden bij de materiële ondernemingseis die geldt voor de Wet IB 2001. Het gevolg is dat de BOR alleen van toepassing is op een vennootschap die onroerende zaken exploiteert en voor zover deze een materiële onderneming drijft.⁸

In de praktijk levert de vraag of activiteiten die bestaan uit de verhuur en/of ontwikkeling van onroerende zaken kunnen kwalificeren als het drijven van een materiële onderneming, veel discussie op tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst. Dit is niet verwonderlijk gezien de riantte vrijstelling die de BOR biedt. Met de intentie meer duidelijkheid te verschaffen over de invulling van het materiële ondernemingsbegrip met het oog op de exploitatie van onroerende zaken, heeft de Hoge Raad in het arrest van 17 augustus 1994 geoordeeld dat bij de beoordeling of sprake is van het drijven van een materiële onderneming bij de exploitatie van vastgoed, rekening moet worden gehouden met een tweetal deeltoetsen. Deze zijn door de Hoge Raad als volgt geformuleerd:⁹

'(...) 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 een voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat'.

Uit bovenstaande zinsnede komen deeltoets één 'de aard en omvang van de werkzaamheden moeten uitgaan boven normaal vermogensbeheer' (plus arbeid-toets) en deeltoets twee 'de werkzaamheden moeten ten doel hebben gehad een rendement te behalen dat hoger is dan zou zijn behaald bij normaal vermogensbeheer' (plus rendement-toets). Hoewel de Hoge Raad hiermee heeft getracht duidelijkheid te verschaffen wanneer sprake is van het drijven van een materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken, heeft de Hoge Raad de invulling van de 'plus arbeid'-toets en de 'plus rendement'-toets opengelaten. Gevolg is dat door de Hoge Raad enkel een rechtsregel is geformuleerd met het oog op een concrete situatie. De praktijk is echter weerbarstiger omdat iedere situatie die iets afwijkt van de casuïstiek zoals deze aan de orde is gekomen in het arrest van 17 augustus 1994, zowel door belastingplichtigen als door de belastingdienst worden aangegrepen om wel, dan wel niet, onder de noemer 'normaal' vermogensbeheer te vallen. Hierdoor lijkt nog steeds geen duidelijk antwoord te zijn geformuleerd op de vraag in welke gevallen vastgoedexploitatie door een vennootschap kwalificeert als een materiële onderneming.

Eind 2016 is naar aanleiding van een WOB-verzoek de Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten openbaar geworden.¹⁰ In dit beleidsstuk neemt de Belastingdienst het standpunt in dat bij de exploitatie van onroerende zaken over het algemeen sprake is van een beleggingsactiviteit en dat geen sprake kan zijn van het drijven van een materiële onderneming. Uit recente jurisprudentie blijkt echter dat vastgoedexploitatie onder omstandigheden wel degelijk kan kwalificeren als het drijven van een materiële onderneming. Het standpunt van de Belastingdienst

⁶ Art. 25, lid 12, Invorderingswet 1990.

⁷ Art. 35c, lid 1, onderdeel a SW 1956.

⁸ De term 'onroerend goed lichaam' moet worden uitgelegd als een rechtspersoon waarvan de bezittingen grotendeels (meer dan 50%) bestaan uit onroerende zaken.

⁹ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319.

¹⁰ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2016/12/22/besluit-op-wob-verzoek-met-betrekking-tot-praktijkhandreiking-bedrijfsopvolging-vastgoedexploitanten>.

lijkt op dit punt dus in strijd met de staande jurisprudentie. Aan de ene kant heeft dit volgens Rozendal te maken met het feit dat de beoordeling of bij de exploitatie van onroerende zaken sprake is van een materiële onderneming, afhangt van de feiten en omstandigheden per geval. Aan de andere kant is de wijze waarop rechters tot hun oordeel komen niet eenduidig.¹¹

1.2. Probleemstelling

Zoals in de aanleiding kort is aangestipt bestaat veel onduidelijkheid over de exacte invulling van de ‘plus arbeid’- en de ‘plus rendement-toets bij verhuur van vastgoed. Gezien de riante vrijstelling is het voor belastingplichtigen die zich bezighouden met de verhuur van onroerende zaken en die gebruik wensen te maken van de BOR, van groot financieel belang om te kwalificeren als materiële onderneming. Dit heeft mede tot gevolg dat het aantal geschillen tussen belastingplichtige en de belastingdienst de afgelopen jaren flink is toegenomen. In deze masterthesis tracht ik te onderzoeken wat de mogelijkheden zijn tot de invoering van een wettelijke fictie waarmee een einde kan worden gemaakt aan de onzekerheid over de vraag wanneer exact is voldaan aan de ‘plus arbeid’-toets en de ‘plus rendement’-toets en waarmee de rechtelijke macht en intermediairs kunnen worden ontlast.¹²

De onderzoeksvraag kan als volgt worden gedefinieerd:

‘Welke maatstaven kunnen gehanteerd worden om een wettelijke fictie te creëren die inzicht moet geven in de vraag wanneer voor vastgoedexploitanten sprake is van het drijven van een materiële onderneming en hoe zou een dergelijke fictie vormgegeven kunnen worden?’

Voor beantwoording van de onderzoeksvraag zullen de volgens deelvragen aan de orde komen:

- Wanneer is volgens de Wet IB 2001 sprake van het drijven van een materiële onderneming?
- Wanneer is volgens de rechtspraak voldaan aan de ‘plus arbeid’- en de ‘plus rendement’-toets?
- Wat is het standpunt van de Belastingdienst met betrekking tot het drijven van een materiële onderneming bij de exploitatie van vastgoed?
- Welke criteria zijn geschikt voor een fictie die moet beoordelen of er sprake is van het drijven van een materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken?
- Leidt een fictie tot een verbetering van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel?

1.3. Wetenschappelijke relevantie

In de aanleiding is het maatschappelijk belang van een succesvolle bedrijfsoverdracht onderstreept. Bij een wetenschappelijk onderzoek is echter ook de wetenschappelijke relevantie van belang. De kwalificatie van vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting is, naast de vraag of een beroep kan worden gedaan op de BOR, in beginsel van belang om te bepalen welk boxenregime van toepassing is. Hiermee wordt dus bepaald of belastingplichtige wordt geconfronteerd met heffing in box 1 (winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheden) respectievelijk box 3 (inkomen uit sparen en beleggen). Bij ‘normaal vermogensbeheer’ zal dat laatste het geval zijn. Is echter sprake van ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ dan zal de heffing in Box 1 vallen.

Naast de inkomstenbelasting speelt het kwalificatievraagstuk ook in de vennootschapsbelasting. Bijvoorbeeld bij de vraag of de feitelijke werkzaamheden van een fiscale beleggingsinstelling (hierna: FBI) bestaan uit het beleggen van vermogen, of bij de vraag of en in hoeverre door stichtingen en verenigingen of overheidsbedrijven een onderneming wordt gedreven.¹³ Kortom, de invulling van de begrippen ‘normaal’ en ‘meer dan normaal’ vermogensbeheer zijn voor verschillende rechtsgebieden binnen het belastingrecht van belang. In dit onderzoek zal worden getracht dit beleggingsbegrip op

¹¹ Rozendal, A., ‘Tussenstand bedrijfsopvolgingsfaciliteit’, *NtFR* 2018/17.

¹² Hoogwout, T.C., ‘Fictieve materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken’, *Ftv* 7-8, 2018.

¹³ Rozendal, A., ‘Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting’, *Kluwer navigator*.

een effectieve manier verder af te bakenen, waardoor intermediairs, de belastingdienst, belastingplichtigen en de rechtelijke macht worden ontzien van langdurige procedures over vaak zeer feitelijke casuïstiek. Mogelijk met als resultaat dat de ontwikkelde fictie ook buiten de systematiek van de BOR van toegevoegde waarde kan zijn.

1.4. Toetsingskader

Om onderzoek te kunnen doen naar de kwaliteit van wetgeving moet gebruik worden gemaakt van een toetsingskader waarlangs de kwaliteitsbeoordeling kan plaatsvinden. Aan de hand van dit toetsingskader kan worden beoordeeld of een fiscale wet kwalitatief goede wetgeving vormt. Kwalitatief goede wetgeving heeft naast haar instrumentele functie ook een waarborgfunctie; de waarden van de rechtstaat staan daarbij centraal. Tijdens deze masterthesis zal zowel de huidige wet- en regelgeving, als de door mij ontworpen wetsfictie voor de BOR, getoetst worden aan twee algemene beginselen van behoorlijke wetgeving.

1.4.1. Gelijkheidsbeginsel

Als eerste zal getoetst worden aan het gelijkheidsbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden en dat ongelijke gevallen ongelijk behandeld dienen te worden naar mate van hun ongelijkheid. Alleen indien sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond kunnen gelijke gevallen op een ongelijke wijze behandeld worden.¹⁴ Gedurende deze masterthesis zal de wetgeving omtrent de BOR op een tweetal punten aan het gelijkheidsbeginsel worden getoetst. Allereerst zal gekeken worden naar de BOR in het algemeen. Is het argument van de wetgever dat de BOR gewenst is om de continuïteit van een onderneming te waarborgen ingeval van een bedrijfsoverdracht, voldoende om een dergelijk riante vrijstelling te verantwoorden?¹⁵ Voorts zal aandacht worden besteed aan de vraag of door de uiteenlopende rechtspraak over de invulling van de 'plus arbeid'-toets en de 'plus rendement'-toets nog wel wordt voldaan aan het gelijkheidsbeginsel? Het risico bestaat namelijk dat wanneer sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen, een grote inbreuk wordt gemaakt op het rechtvaardigingsgevoel van de belastingplichtigen.

1.4.2. Rechtszekerheidsbeginsel

Als tweede zal getoetst worden aan het beginsel van rechtszekerheid. Het formele rechtzekerheidsbeginsel verlangt dat de fiscale situatie van een belastingplichtige niet gedurende een onbepaalde tijd in het ongewisse blijft en kan worden onderverdeeld in verschillende deelbeginselen.¹⁶ Allereerst moet sprake zijn van algemene wetgeving en niet van losse bevelen. De belastingplichtige krijgt hiermee de mogelijkheid zijn gedrag op de wetgeving af stemmen. Daarnaast is in artikel 88 van de Grondwet vastgelegd dat de wetgeving voldoende kenbaar moet zijn. Dit wil zeggen dat wetgeving niet eerder in werking treedt voordat deze bekend is gemaakt. Wanneer dit tijdig geschied heeft de belastingplichtige voldoende tijd om aan de nieuwe wetgeving te voldoen. De eerbiedigende werking geniet daarbij de voorkeur boven terugwerkende kracht. De eerbiedigende werking houdt in dat nieuwe wetgeving niet geldt voor bestaande gevallen, maar enkel voor gevallen die zich voordoen na inwerkingtreding van de wetgeving.¹⁷ Dit wil echter niet zeggen dat een verbod op terugwerkende kracht bestaat, doch zal dit met terughoudendheid moeten worden toegepast. Voorts moet de wetgeving duidelijk zijn. Duidelijkheid is een breed begrip en kan daarom onderverdeeld worden in 'eenvoud' en 'open norm'.¹⁸ Eenvoud wil zeggen dat de wetgeving niet onnodig complex mag zijn en komt onder meer tot uiting door de voortdurende wens het stelsel van

¹⁴ Poelmann, E. (2018), 'Het gelijkheidsbeginsel', *Cursus Belastingrecht* FBR.4.4.0.

¹⁵ Uit de bijlage van de Miljoenennota 2019 komt naar voren dat het budgettaire beslag van de bedrijfsopvolgingsregeling circa 430 miljoen bedraagt op een totale opbrengst van 1,9 miljard van de schenk- en erfbelasting.

¹⁶ Gribnau, H. (2006), 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving', Tilburg University/Leiden University

¹⁷ Bravenboek, M., Lubbers, O.A., 'Tijd voor uitbreiding van de Notitie terugwerkende kracht en eerbiedigende werking', *Wfr* 2005/964.

¹⁸ Weber, D.M. (2018), 'Verschillende toepassingen van het rechtszekerheidsbeginsel', *Cursus Belastingrecht* EBR.4.0.5.B.

de inkomstenbelasting te vereenvoudigen. Bij een open norm vindt de invulling plaats door de belastingdienst enerzijds en de rechtspraak anderzijds. Door het gebruik van een open norm kan rekening worden gehouden met maatschappelijke en economische ontwikkelingen binnen een samenleving. Echter is wel vereist dat daadwerkelijk een duidelijke invulling wordt gegeven aan deze open norm. In deze thesis wordt mede getoetst of daar in alle gevallen aan wordt voldaan. Daarnaast geldt een verbod op tegenstrijdige wetgeving. Of dat aspect zich in sommige gevallen voordoet wordt ook getoetst. Tot slot bestaat een verbod op regelgeving die het onmogelijke vraagt van belastingplichtige en moet regelgeving duurzaam zijn. Kort gezegd betekent dit dat wetgeving niet onuitvoerbaar mag zijn en niet continu aan verandering onderhevig is. Wanneer hiervan sprake is zal het voor de belastingplichtige haast onmogelijk zijn om zijn gedrag op de wetgeving af te stemmen.

1.5. Afbakening

In deze masterthesis zal onderzoek gedaan worden naar de bedrijfsopvolgingsfaciliteit binnen de SW 1956. Voorts zal ook aandacht besteed worden aan de literatuur en jurisprudentie omtrent de doorschuifregeling zoals opgenomen in art. 4.17a Wet IB 2001. De doorschuifregeling uit art. 4.17a Wet IB 2001 bewerkstelligt dat de in art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 opgenomen fictieve vervreemding bij vererven, met inbegrip van de overgang krachtens huwelijksvermogensrecht, op verzoek kan worden teruggenomen voor dat deel van de overdrachtsprijs dat toekomt aan het ondernemingsvermogen van een vennootschap, waarvan het aanmerkelijk belang wordt vervreemd. Zowel voor de toepassing van art. 4.17a als voor de BOR geldt een identieke materiële ondernemingstoets. Dit betekent dat indien gebruik kan worden gemaakt van de doorschuiffaciliteit uit 4.17a, dit ook geldt voor de BOR en vice versa. Uiteraard hangt het af van de omstandigheden van de belastingplichtige of het voor hem financieel/fiscaal verstandig is gebruik te maken van de doorschuiffaciliteit. De doorschuiffaciliteiten betreft immers een uitstelfaciliteit. Dit in tegenstelling tot de BOR dat een afstelfaciliteit is.

In dit onderzoek zal verder alleen worden ingegaan op bedrijfsopvolgingen waarbij sprake is van een eigendomsoverdracht. Bij bedrijfsopvolgingen kan onderscheid gemaakt worden tussen een opvolging in leiding en een opvolging in eigendom. Deze beide vormen van opvolging kunnen weliswaar aan dezelfde persoon plaatsvinden, doch daarvan hoeft niet in alle gevallen sprake te zijn. Gedurende dit onderzoek is opvolging in leiding irrelevant omdat daarbij geen sprake is van een vermogensverschuiving en dus geen belastingheffing plaatsvindt. Wanneer de term bedrijfsopvolging wordt gebruikt gaat het dus enkel om die gevallen waarbij sprake is van de overgang van eigendom.

Tot slot zal gedurende dit onderzoek niet worden ingegaan op de vraag of door de belastingplichtige overdrachtsbelasting is verschuldigd bij overdracht van een onroerend zaak rechtspersoon (hierna: OZR). In het arrest van de Hoge raad op 30 november 2018 is deze vraag reeds ontkennend beantwoord. De vrijstelling uit art. 15, lid 1, overdrachtsbelasting kan tevens van toepassing zijn op de verkrijging van aandelen in een OZR.¹⁹

¹⁹ Hoge Raad 30 november 2018, nr. 17/04543, V-N 2018/35.18.

1.6. Methode van onderzoek

1.6.1. Algemeen

Voor het verzamelen van kennis en informatie om een deugdelijk onderzoek te doen zal ik gedurende deze masterthesis terugvallen op verschillende gegevens- en informatiebronnen. Als eerste zal de systematiek van de BOR besproken worden waarvoor de wetgeving en bijbehorende literatuur zal worden bestudeerd. Ten tweede zal ik kijken naar parlementaire- en beleidsstukken waaruit onder andere de doelstellingen van de BOR naar voren komen. Ten derde zullen fiscale artikelen van uiteenlopende auteurs bestudeerd worden en waar nodig zullen deze als aanvulling op de wetssystematiek gebruikt worden. Ten vierde zal ik gebruik maken van verschillende onderzoeken naar de BOR en interne beleidsstukken van de belastingdienst.²⁰ Tot slot zal de jurisprudentie uitgebreid bestudeerd worden om een duidelijk beeld te genereren van de relevante rechtspraak op het gebied van de BOR en vastgoedexploitatie.

1.6.2. Opzet

De opzet van deze masterthesis zal als volgt worden vormgegeven. In hoofdstuk 2 zal de vormgeving van de BOR binnen de SW 1956 worden omschreven. Hier komen onder andere de generieke belastingplicht van de SW 1956, de wetsgeschiedenis en doelstelling van de BOR, de BOR vanaf 2002 tot 2010, de BOR vanaf 2010, de voorwaarden voor toepassing van de BOR, het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer', de toetsing van de BOR en de toekomst van de BOR aan de orde. In hoofdstuk 3 zal vervolgens onderzoek worden gedaan naar de relevante jurisprudentie omtrent de vraag wanneer een vastgoedexploitant kwalificeert voor de BOR. Hierbij zal een uiteenzetting worden gegeven van de mogelijk relevante omstandigheden. Tot slot zal in dit hoofdstuk de omstandighedencatalogus van Te Niet worden besproken.

In hoofdstuk 4 zal aandacht worden besteed aan de praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten en de standpunten van de belastingdienst omtrent het drijven van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed. In hoofdstuk 5 zal onderzoek worden gedaan naar het begrip 'wettelijke fictie' binnen het Nederlandse belastingrecht. Bovendien zal in dit hoofdstuk een fictie ontworpen worden die kan bijdragen aan een verbetering van de gelijkheid en de rechtszekerheid. Ter inspiratie van deze fictie zal onder andere worden gekeken naar de Vlaamse Gunstregeling en de daarbij behorende activiteitenvoorwaarden. De Vlaamse gunstregeling staat onder voorwaarden toe dat sprake kan zijn van het drijven van een materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken. Bij de Duitse regeling daarentegen kan geen beroep worden gedaan op de BOR bij verhuur van onroerende zaken. Omdat de veronderstelling van de wetgever dat bij de verhuur van onroerende zaken per definitie sprake is van een belegging in mijn ogen enige nuancering behoeft, heb ik besloten bij de Vlaamse gunstregeling aan de sluiten. Een belegger stelt vermogen ter beschikking aan een derde en ontvangt daarvoor een vergoeding. Deze heeft in mijn ogen geen intentie een zogenoemde meerwaarde te creëren. Een eigenaar van onroerende zaken daarentegen zal zelf tal van handelingen moeten verrichten om zijn investering rendabel te maken. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het zoeken van huurders, voeren van administratie en het zorg dragen voor het onderhoud van het verhuurde object. In tegenstelling tot het houden van aandelen en obligaties, waarbij men zich veel passiever kan opstellen en waarbij de vergoeding min of meer los staat van de inspanning, moet men bij de verhuur van onroerende zaken daadwerkelijk werken met het kapitaal. Zeker indien de verhuurder extra prestaties verricht is het in mijn optiek denkbaar dat ondernemerschap in beeld komt. Bij extra prestaties kan bijvoorbeeld gedacht worden aan situaties waarbij naast de verhuur van panden sprake is van het ontwikkelen, verbeteren en herontwikkeling van vastgoed. Tot slot zal in hoofdstuk 5 aandacht besteed worden aan een tegenbewijsregeling. Afsluitend zal in hoofdstuk 6 antwoord worden gegeven op de onderzoeksvraag en zal een aanbeveling worden gedaan.

²⁰ Met de onderzoeken naar de BOR worden de promotieonderzoeken van Hoogeveen 'De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving', Te niet 'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen' en het promotieonderzoek van Tigelaar-Klootwijk 'Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen' bedoeld.

2. Bedrijfsopvolgingsregeling

2.1. Inleiding

In dit eerste inhoudelijke hoofdstuk zal de systematiek van de BOR nader worden toegelicht. Afgetrapt zal worden met de generieke belastingplicht binnen de Successiewet 1956. Vervolgens zal stil worden gestaan bij de geschiedenis en de doelstelling van de BOR. Aansluitend worden de voorwaarden voor de toepassing van de BOR besproken en zal aandacht besteed worden aan de invulling van het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' met oog op de exploitatie van onroerende zaken. Nadien zal de huidige wet- en regelgeving omtrent de BOR worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Tot slot zal in de tussenconclusie antwoord worden gegeven op de deelvraag: *Wanneer is volgens de Wet IB 2001 sprake van het drijven van een materiële onderneming?*

2.2. Generieke belastingplicht Successiewet 1956

De huidige Successiewet 1956 is de opvolger van de Successiewet 1859 en kent een tweetal heffingsmomenten:²¹

- De Erfbelasting. Deze vorm van belasting is verschuldigd over de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde. Tot 1 januari 2010 werd deze heffing successierecht genoemd.
- De schenkbelasting. Deze vorm van belasting is verschuldigd over de waarde van al wat krachtens schenking wordt verkregen van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woont. Tot 1 januari 2010 werd deze heffing schenkingsrecht genoemd.

De grondslag voor het heffen van erf- en schenkbelasting is gelegen in een drietal beginselen te weten het draagkrachtbeginsel, het buitenkansbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Volgens het draagkrachtbeginsel wordt belasting geheven naar rato van ieders financiële draagkracht. Het uitgangspunt is dat mensen met een groter vermogen in verhouding meer belasting betalen dan mensen met een klein vermogen. De sterkste schouders dragen de zwaarste lasten.²² Het buitenkansbeginsel is van toepassing omdat de verkrijging krachtens erfrecht of krachtens schenking kan worden gezien als een buitenkans. De verkrijger verrijkt in beide gevallen zonder dat hij daarvoor noemenswaardige inspanningen hoeft, of heeft hoeven verrichten.²³ Tot slot beoogt het gelijkheidsbeginsel tot een meer gelijkmatige verdeling van middelen in de samenleving te komen.

2.2.1. Waardering verkrijging

Als sprake is van een verkrijging krachtens gift of erfrecht is het zaak de waarde van het verkregen vermogensbestanddeel op een juiste wijze te waarderen. Voorts is naast de waardering van het vermogensbestanddeel het verkrijgingstijdstip relevant. Dit is voor de SW 1956 het moment van overlijden, dan wel het moment waarop de schenking tot stand komt. Civielrechtelijk komt de schenkingsovereenkomst tot stand wanneer het aanbod door de ontvanger wordt aanvaard.²⁴ Indien sprake is van een schenking onder opschortende voorwaarden geldt fiscaalrechtelijk een afwijkende regeling.²⁵ In dat geval wordt de schenking geacht tot stand te zijn gekomen op het tijdstip waarop de

²¹ Art. 1, lid 1, Successiewet 1956.

²² Juch, D., 'Op weg naar een nieuwe schenk- en erfbelasting', *Wfr* 2008/655.

²³ Heithuis, E.J.W., 'Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010', Deventer: *Kluwer* 2015, p. 101.

²⁴ Art. 7:186, lid 2, BW.

²⁵ Art. 1, lid 9, Successiewet 1956.

voorwaarden zijn vervuld. Is sprake van een verkrijging onder ontbindende voorwaarden, dan kijkt men naar het moment van het overlijden respectievelijk het moment van schenken.²⁶

Voor de waardering van het verkregen vermogensbestanddeel moet in de SW 1956 op basis van art. 21 worden aangesloten bij het begrip 'waarde in het economisch verkeer'. Onder waarde in het economisch verkeer moet volgens de Hoge Raad worden verstaan:²⁷

'De prijs die bij aanbidding ten verkoop op de voor het goed meest geschikte wijze na de beste voorbereiding op het tijdstip van verkoop door de best biedende gegadigde daarvoor zou worden besteed'.

Uitgangspunt is dat wordt aangesloten bij de objectieve prijs zoals die op de vrije markt tot stand komt. De waarde in het economisch verkeer is met inbegrip van de voor overdracht vatbare goodwill. Niet overdraagbare goodwill (zoals bijvoorbeeld persoonlijke goodwill) blijft daarbij buiten beschouwing.

Voor de waardering van het verkregen 'ondernemingsvermogen' bestaat geen vaste formule. Op basis van art. 21 lid 12 en 13 SW 1956 wordt in het algemeen aangesloten bij de waarde 'going concern'. De waarde going concern betreft de waarde alsof de onderneming wordt voortgezet (voortzettingswaarde). Over het algemeen zal deze waarde aansluiten bij de waarde in het economisch verkeer. Indien echter sprake is van over- of onderrentabiliteit moeten hierop correcties worden aangebracht. Met name bij landbouwondernemingen komt het vaak voor dat een hoge intrinsieke waarde²⁸ is gekoppeld aan een laag rendement. Het lage rendement kan in dat geval als waarde drukkende factor in aanmerking worden genomen.

Voor bepalen van de voorzettingswaarde kunnen twee methoden worden gehanteerd. Allereerst kan gebruik worden gemaakt van de rentabiliteitsmethode waarbij de intrinsieke waarde als uitgangspunt wordt genomen. Daarnaast is door de Staatssecretaris bepaald dat voor de BOR ook de discounted cash flow-methode (hierna: DCF-methode) is toegestaan. Bij deze methode wordt de waarde van het ondernemingsvermogen vastgesteld op basis van het contant maken van toekomstige kasstromen die uit onderneming voortvloeien. De kasstromen worden bepaald op basis van het jaarlijkse resultaat gecorrigeerd met afschrijvingen, financieringslasten en vergoedingen voor arbeid.²⁹

Tot slot heeft de wetgever in art 21 lid 13 SW 1956 bepaald dat indien sprake is van een verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of krachtens erfrecht, de waarde voor de heffing van de schenk- en erfbelasting tenminste moet worden vastgesteld op de 'liquidatiewaarde'. De liquidatiewaarde bestaat uit de som van de afzonderlijke onderdelen van dat ondernemingsvermogen.³⁰

²⁶ Martens, C.J.M., (2019) 'Waarderingsgrondslagen', *NDFR* Commentaar bij art. 21 Successiewet 1956 onderdeel 1.

²⁷ Hoge Raad 6 maart 1963, nr. 14.955, *BNB* 1963/113.

²⁸ Intrinsieke waarde betreft de waarde van de aanwezige activa en passiva.

²⁹ Burgerhart, W., Hoogwout, T.C., (2019), 'Waarderingsgrondslagen', *NDFR* commentaar bij art. 21 Successiewet 1956 onderdeel 12.

³⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. 3. P. 37-38.

2.3. Wetsgeschiedenis en doelstelling bedrijfsopvolgingsregeling

Met ingang van 1 januari 2002 is de bedrijfsopvolgingsregeling opgenomen in de SW 1956. De regeling dient ter vervanging van een vergelijkbare regeling die tot dan toe was neergelegd in de Invorderingswet 1990 (hierna: IW 1990). Het betrof hierbij een tweetal bepalingen (art. 25 en 26 IW 1990) die voorzagen in een uitstel, dan wel een kwijtschelding van belasting, indien sprake was van een bedrijfsopvolging. Beknopt samengevat werd het successie- of schenkingsrecht dat kon worden toegerekend aan 25% van het ondernemingsvermogen, kwijtscholden onder voorwaarde dat de onderneming tenminste vijf jaren werd voortgezet. Indien sprake was van schenking bedroeg de voortzettingstermijn tien jaren. Materieel gezien had deze kwijtscheldingsfaciliteit dus een voorwaardelijk karakter. De faciliteit gold voor zowel persoonlijke ondernemingen als voor de schenking of vererving van een aanmerkelijk belang (hierna: ab-aandelen) in de zin van de Wet IB 2001 en kwam ten goede aan degene die de onderneming voortzette.³¹ Het doel van de regelingen was het verminderen van de druk van de erf- en schenkbelasting bij bedrijfsopvolging.

Hoewel de uitstel- en kwijtscheldingsfaciliteit uit de IW 1990 pas per 1 januari 1998 in de wet zijn opgenomen (weliswaar met terugwerkende kracht tot 1 januari 1997), speelde de discussie over een dergelijke regeling al langer. Reeds in 1994 is door de Europese Commissie (hierna: EC) opgeroepen om aandacht te besteden aan faciliteiten voor de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen. Het doel van deze oproep werd destijds in de aanbeveling als volgt verwoord:³²

‘Doel van deze aanbeveling is de overdracht van ondernemingen en met name van kleine en middelgrote ondernemingen te vergemakkelijken, teneinde liquidatie ervan te voorkomen en derhalve het ondernemingsbestand in de sector midden- en kleinbedrijf en de daarmee verbonden arbeidsplaatsen te behouden’.

Door Nederland is aan deze aanbeveling gehoor gegeven door middel van de oprichting van de Commissie-Moltmaker (hierna: werkgroep). Deze werkgroep, ingesteld in 1999 door staatssecretaris van Financiën Vermeend, werd belast met de taak onderzoek te doen naar de punten waarop de SW 1956 aanpassing behoeft.³³ Onderdeel hiervan was tevens het thema bedrijfsopvolging. In de praktijk werd door de werkgroep een tweetal belangrijke knelpunten gesignaleerd. Punt één zag op de omstandigheid dat de regeling was opgenomen in de IW 1990, terwijl deze naar zijn aard meer in het heffingstraject dan in het invorderingstraject thuishoort. De uitvoering van de regeling werd hierdoor zowel door de belastingdienst als door de belastingplichtige als moeizaam ervaren. Punt twee zag op de waardering van activa waarbij bepaalde soorten activa buiten beschouwing moesten worden gelaten en andere activa tegen een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer moesten worden gewaardeerd. Onduidelijk was nadien hoe tot een goede waardering van de overige activa moest worden gekomen. Dit bemoeilijkte het proces om tot een zinvolle waardering van de onderneming te komen.³⁴

³¹ Kamerstukken II 2000/01, 27 789, nr. 1, p.15.

³² Aanbeveling bedrijfsoverdracht mkb 1994, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d1d7cc83-a0ca-45e2-aeaa-26d0e3b0588c/language-nl>.

³³ Verstraaten, R.T.G., ‘Relatievormen en het rapport van Commissie-Moltmaker’, Wfr 2000/761.

³⁴ Kamerstukken II 2000/01, 27 789, nr. 1, p.16.

2.3.1. Bedrijfsopvolgingsregeling van 2002 tot 2010

Naar aanleiding van het rapport 'De warme, de koude en de dode hand' van de werkgroep hebben de kwijtscheldings- en uitstelfaciliteit met ingang van 1 januari 2002 plaats gemaakt voor een vrijstellingsfaciliteit.³⁵ In de memorie van toelichting wordt de doelstelling van de faciliteit als volgt omschreven:³⁶

'Deze faciliteit is bedoeld om te voorkomen dat de continuïteit van een onderneming in gevaar zou komen doordat op korte termijn liquiditeiten aan de onderneming dienen te worden onttrokken om de successie- of schenkingsrechten te kunnen voldoen'.

Hieruit kan worden afgeleid dat de hoofddoelstelling van de faciliteit was te voorkomen dat de continuïteit van een onderneming bij bedrijfsoverdracht in gevaar zou komen. In beginsel is een belastingplichtige bij de verkrijging van een onderneming krachtens erf- of schenkrecht erf- of schenkbelasting verschuldigd. Deze onttrekking van liquide middelen kan tot financiële problemen leiden die de continuïteit van de onderneming mogelijk zouden kunnen schaden. Uit sociaal-economisch oogpunt is het daarnaast onwenselijk dat een onderneming die overgaat krachtens erfrecht geforceerd moet worden gestaakt of verkocht zonder dat hier in bedrijfseconomisch opzicht aanleiding toe is. Om dezelfde reden is het onwenselijk dat een ondernemer die een leeftijd heeft bereikt waarop het gebruikelijk is uit te treden, zijn onderneming staakt in plaats van overdraagt omdat hij hier vanuit fiscaal oogpunt toe wordt gedwongen. Zowel een gedwongen verkoop als een gedwongen staking zonder dat de bedrijfsresultaten daar aanleiding toe geven, hebben mogelijk verlies van werkgelegenheid en economische diversiteit tot gevolg.³⁷

Met ingang van 1 januari 2002 was de BOR vormgegeven door het op verzoek van de verkrijger krachtens erfrecht of schenking opleggen van een conserverende aanslag³⁸ over 30% van de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen, respectievelijk de aandelen of winstbewijzen die bij de erflater of schenken tot een aanmerkelijk belang behoorden.³⁹ De waarde van dit ondernemingsvermogen respectievelijk de aandelen of winstbewijzen werden in dat geval aangemerkt als de 'te conserveren waarde'. De conserverende aanslag werd geheel of gedeeltelijk door de inspecteur verminderd in geval werd voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden. Ten eerste moest sprake zijn van kwalificerend ondernemingsvermogen in de nalatenschap of schenking. Ten tweede moest de onderneming tenminste voor een periode van vijf jaren door de verkrijger of het lichaam waarin het aanmerkelijk belang is verkregen, worden voortgezet. In het geval van ab-aandelen of winstbewijzen mochten deze gedurende een periode van vijf jaar niet worden vervreemd. Op deze wijze ontstond bij bedrijfsopvolging effectief een vrijstelling voor een deel van het verkregen ondernemingsvermogen terwijl de belastingclaim in stand bleef voor het geval niet werd voldaan aan de voorwaarden.⁴⁰ Voor het overige deel van het successie- of schenkingsrecht dat wel was verschuldigd, kon op verzoek tien jaar rentedragend uitstel van betaling worden verkregen.⁴¹

Met ingang van de jaren 2005 en 2007 is het bestaande vrijstellingspercentage van 30% van de waarde van de onderneming verhoogd tot 60% respectievelijk 75%. Zowel MKB-Nederland als VNO-NCW heeft destijds gepleit voor een verruiming van de vrijstelling. De bestaande vrijstelling van 30%

³⁵ Rapport werkgroep Modernisering Successiewetgeving 2001, 'De warme, de koude en de dode hand', 13 maart 2000.

³⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. 3, p.47.

³⁷ Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr.3, p.7.

³⁸ Naast een gewone aanslag kan een zogenoemde conserverende aanslag worden opgelegd. De conserverende aanslag heeft betrekking op de verschuldigde belasting over het te conserveren inkomen. Het te conserveren inkomen betreft inkomen waarover de wetgever wel wil heffen, maar nog niet direct tot inning wil overgaan, bijvoorbeeld omdat het inkomen nog niet is gerealiseerd. Als de belastingplichtige gedurende de uitsteltermijn bepaalde handelingen verricht die de wetgever ongewenst acht, moet de aanslag betaald worden.

³⁹ Art. 35b, lid 1 en Art. 35c, lid 2 Successiewet 1956 (oud).

⁴⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. 3, p.4.

⁴¹ art. 25 lid 13 Invorderingswet 1990.

werd in de praktijk niet als toereikend ervaren om liquiditeitsproblemen bij bedrijfsoverdracht te voorkomen.⁴²

Tot slot golden in het geval van een verkrijging krachtens schenking in beginsel dezelfde voorwaarden als voor een verkrijging krachtens erfrecht⁴³, ware het niet dat bij schenking enkel een beroep op de BOR kon worden gedaan indien de schenker ten tijde van de schenking de leeftijd van 55 jaren had bereikt, hetzij voor 45% of meer arbeidsongeschikt was.⁴⁴ Daarnaast moest het verkregen ondernemingsvermogen ten minste voor een periode van 5 jaar tot het ondernemingsvermogen van de voor rekening van de schenker gedreven onderneming hebben behoord, dan wel de verkregen aandelen of winstbewijzen tot een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001 van de schenker.⁴⁵

2.3.2. Bedrijfsopvolgingsregeling vanaf 2010

Per 1 januari 2010 is de BOR wederom aanzienlijk gewijzigd. De regeling van voor 2010 (hierna: oude regeling) was vanwege het systeem van conserverende aanslagen niet eenvoudig toepasbaar. Bovendien is gebleken dat de oude regeling aan de ene kant een te beperkte en aan de andere kant een te ruime werking had. Beide situaties waren volgens toenmalig staatssecretaris van Financiën de Jager onwenselijk. Het doel van de herziening van de BOR was deze eenvoudiger, toegankelijker en evenwichtiger te maken.⁴⁶ Met dit doel voor ogen zijn door de wetgever de volgende wijzigingen doorgevoerd:⁴⁷

- De systematiek van het opleggen van een conserverende aanslag over het vrijgestelde deel van de verkrijging is afgeschaft, hetgeen moest leiden tot een verlichting in de uitvoeringspraktijk;
- Ook bij de verkrijging van aandelen in een vennootschap wordt aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip. Tot 2010 werd voor de verkrijging van aandelen in een vennootschap aangesloten bij het ondernemingsbegrip uit art. 2 lid 1 onderdeel e Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969). De toepassing van de faciliteit is hiermee rechtsvormneutraal vormgegeven;
- De arbeidsongeschiktheidseis en de leeftijdseis voor de schenkbelasting is vervallen. Een economisch gewenste bedrijfsoverdracht wordt hiermee niet belemmerd door fiscale regelgeving. Tevens ontstaat overeenstemming met de regeling zoals die geldt bij overlijden. Hiermee is beoogd zo min mogelijk onderscheid te maken tussen overdrachten in de winstsfeer en overdrachten in de aanmerkelijk belang sfeer;
- Om te voorkomen dat in het zicht van overlijden belast vermogen wordt omgezet in onbelast vermogen zonder dat sprake is van een reële bedrijfsoverdracht, is een bezitstermijn van één jaar voor bedrijfsopvolging bij overlijden ingevoerd. Deze bezitstermijn is in het leven geroepen om misbruik tegen te gaan. Zo moet worden voorkomen dat vlak voor het overlijden van de erflater vrijgestelde vermogensbestanddelen worden aangekocht;⁴⁸

⁴² Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 3, p.17.

⁴³ Art. 35b, lid 1 en 2, Successiewet 1956 (oud).

⁴⁴ Art. 35c, lid 4, Successiewet 1956 (oud).

⁴⁵ Art. 35c, lid 4, onderdeel a en b Successiewet 1956 (oud).

⁴⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p.4.

⁴⁷ Heithuis, E.J.W., 'Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010', *Kluwer* 2015, p. 99.

⁴⁸ Stevens, S.A., 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25.

- Zodat recht wordt gedaan aan de praktijk en om de kerngedachte van de BOR te bewaken, is de verkrijging van een medegerechtigdheid en preferente aandelen alleen gefaciliteerd indien deze zijn ontstaan als gevolg van een gefaseerde bedrijfsoverdracht;
- Om meer rechtsvormneutraliteit te creëren is de faciliteit over beleggingsvermogen in een lichaam van 15% over de waarde van het aanmerkelijk belang naar 5% van het tot het lichaam behorende ondernemingsvermogen verlaagd. Doel van de marge-regel is discussie met de inspecteur over de omvang van het ondernemingsvermogen te voorkomen;
- Indien sprake is van door de aandeelhouder ter beschikking gestelde onroerende zaken die binnen de onderneming van de vennootschap worden gebruikt, is de BOR ook toepasbaar wanneer het aanmerkelijk belang in die vennootschap door de verkrijger van de onroerende zaak worden verkregen;
- De artikelen die betrekking hebben op de BOR zijn zoveel mogelijk geclusterd;
- Tot slot is het vrijstellingspercentage verhoogd van 75% naar 100% voor bedragen tot € 1.000.000 (€ 1.102.209 (2020)) en 83% over het meerdere. De hoogte van het vrijstellingspercentage is op het laatste moment bij amendement gewijzigd. Oorspronkelijk was een vrijstellingspercentage van 90% overeengekomen.⁴⁹ Vanuit de wetenschap is kritiek geuit over de hoogte van de vrijstelling omdat de vrijstelling zou leiden tot een ongelijke behandeling tussen belastingplichtigen met, en belastingplichtigen zonder ondernemingsvermogen.⁵⁰ Voornamelijk in die gevallen waarbij ondernemingsvermogen wordt overdragen en eigenlijk geen sprake is van de door de wetgever veronderstelde liquiditeitsproblemen.

De hiervoor besproken wijzigingen hebben met ingang van 2010 geleid tot een hervormde BOR. Op verzoek van de verkrijger wordt een voorwaardelijke vrijstelling verleend indien sprake is van een verkrijging van ondernemingsvermogen zoals bedoeld in art. 35c SW 1956.⁵¹ Om te kunnen kwalificeren voor de BOR moet daarnaast worden voldaan aan de bezitstermijn uit art. 35d SW 1956 en de voorzettingstermijn uit art. 35e SW 1956. Deze drie cumulatieve voorwaarden zullen in paragraaf 2.4 uitvoerig aan bod komen.

2.3.2.1. Objectieve onderneming

Tegelijk met het amendement waarbij de hoogte van vrijstelling is gewijzigd naar 100%, is het begrip 'objectieve onderneming' geïntroduceerd. De objectieve onderneming kan worden onderscheiden van de subjectieve onderneming. Veelal zullen deze samenvallen, maar het is mogelijk dat belastingplichtige meerdere objectieve ondernemingen drijft waardoor zijn subjectieve ondernemingsvermogen omvangrijker is.⁵² Hetgeen tot de objectieve onderneming wordt gerekend is opgenomen in art. 7 Uitv. Schenk- en erfbelasting. Indien sprake is van een eenmanszaak behoort al het tot het ondernemingsvermogen gerekende ondernemingsvermogen tot de objectieve onderneming. Als sprake is van een personenvennootschap zoals bijvoorbeeld een vennootschap onder firma (hierna: vof), zal in ieder geval het ondernemingsvermogen van de firma deel uitmaken van de objectieve onderneming. Wanneer sprake is van een besloten vennootschap (hierna: bv) behoort het kwalificerend ondernemingsvermogen van de bv tot de objectieve onderneming. Tot slot maken ter beschikking gestelde onroerende zaken zoals buitenvennootschappelijk gehouden vermogen onderdeel uit van de objectieve onderneming.⁵³ Het kan hierbij gaan om ter beschikking

⁴⁹ Heithuis, E.J.W., 'Een ongelukkig amendement', *Wfr* 2010/348.

⁵⁰ Stevens, S.A., 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25.

⁵¹ Art. 35b, lid 1, Successiewet 1956.

⁵² Stevens, S.A., 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25.

⁵³ Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D, p.2.

gestelde onroerende zaak door de dga, dan wel op een ter beschikking gesteld onroerende zaak aan een vof waar belastingplichtige in participeert.

De omvang van de objectieve onderneming hoeft niet alleen afhankelijk te zijn van het vermogen dat begrepen is in de verkrijging respectievelijk de nalatenschap. Ook het vermogen waartoe andere begiftigden of erfgenamen gerechtigd zijn kan invloed hebben op de waarde van de objectieve onderneming. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien sprake is van buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen. Het buitenvennootschappelijk gehouden ondernemingsvermogen is namelijk ook van belang voor de waarde van de objectieve onderneming voor andere vennoten dan de vennoot die het buitenvennootschappelijke ondernemingsvermogen houdt. Ter verduidelijking volgt hieronder een voorbeeld:

Voorbeeld 1

Persoon A en B drijven samen een onderneming in de vorm van een vof. Ieder van de vennoten in gerechtigd tot de helft van het vermogen. Persoon A stelt aan de vof een pand ter beschikking dat hij buitenvennootschappelijk houdt. Het pand vertegenwoordigt een waarde van € 800.000 en maakt deel uit van de subjectieve onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001. De waarde going concern bedraagt € 2.000.000. Vanwege het buitenvennootschappelijk gehouden bedrijfspand is de waarde van de subjectieve onderneming € 2.800.000. Nu komt persoon B te overlijden. Zijn aandeel in vof komt toe aan zijn enige erfgenaam C. Zij zet samen met A de vof voort en doet hiervoor een beroep op de BOR. Erflaters aandeel in de waarde van de objectieve onderneming bedraagt de helft van € 2.000.000. Volgens de Staatssecretaris moet de 100% vrijstelling in dit geval evenredig worden verdeeld over de waarde van de objectieve onderneming. De volledige voorwaardelijke vrijstelling voor C bedraagt in dat geval $1.000.000 / 2.800.000 \times 1.102.209 = € 393.646$. De resterende € 606.354 wordt voor 83% voorwaardelijk vrijgesteld zodat $(606.354 \times 0,83 = € 503.274)$ de totale onbelaste verkrijging € 896.920 bedraagt, en € 103.080 belast is.

Uit bovenstaand voorbeeld volgt dat het door A gehouden buitenvennootschappelijk gehouden ondernemingsvermogen (het pand) ook van belang is voor de waarde van de objectieve onderneming van B. Hoogwout merkt op dat deze uitwerking ronduit merkwaardig is nu het een belasting over de verkrijging betreft en het buitenvennootschappelijke pand niet wordt verkregen.⁵⁴

2.3.2.2. Omvang vrijstelling

De voorwaardelijk vrijstelling bedraagt 100% indien de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft de € 1.102.209 (2020) niet te boven gaat. Indien de waarde van objectieve onderneming dit bedrag overschrijdt geldt een vrijstelling van 83% over het meerdere. De vrijstelling wordt, net als voor 2010, 'aan de top' verleend. Dit wil zeggen dat iedere vrijstelling de belaste verkrijging verlaagd en de daarmee haar effect heeft in de hoogste tariefschijf.⁵⁵ Dit geldt eveneens voor de geconserveerde waarde uit art. 35b lid 2 SW 1956.⁵⁶

De exacte hoogte van de vrijstelling wordt berekend over de waarde van de objectieve onderneming. Ingeval de liquidatiewaarde van de van de objectieve onderneming hoger is dan de going concern waarde geldt eveneens een vrijstelling van 100%.⁵⁷ Dit kan zich voordoen bij ondernemingen waarbij sprake is van onder rendement zoals bijvoorbeeld vaak het geval is bij landbouwbedrijven.⁵⁸

⁵⁴ Hoogwout, T.C., 'Nr. 79', *Ftv* 2010/1-5.

⁵⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr.3, p.42.

⁵⁶ Art. 35b, lid 3, Successiewet 1956.

⁵⁷ Art. 35b, lid 1, onderdeel b Successiewet 1956.

⁵⁸ Hoogwout, T.C., 'Politiek 'framing' van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet', *Ftv* nr. 6, juli 2019.

Eventuele tegenprestaties moeten voor de berekening van de BOR buiten beschouwing worden gelaten. Indien de verkrijger voor zijn verkrijging iets moet opofferen, bijvoorbeeld bij een legaat tegen inbreng van de waarde, wordt de verkrijging gevormd door het saldo. Voor de toepassing van de voorwaardelijke vrijstelling mag de verkrijger die opoffering echter buiten beschouwing laten.⁵⁹

2.3.2.2.1. Meerdere verkrijgers

Voor het bepalen van de daadwerkelijke omvang van de vrijstelling moet aangesloten worden bij de waarde van de achterliggende objectieve onderneming en niet bij de waarde van het ondernemingsvermogen dat de verkrijger verkrijgt.⁶⁰ Dit wil zeggen dat wanneer de verkrijger niet de gehele onderneming maar slechts een deel daarvan verkrijgt, een evenredig deel van de vrijstelling van € 1.102.209 aan de verkrijger wordt toegekend. Het is hierdoor dus niet van belang of de schenking dan wel vererving zich voordoet aan één persoon of aan meerdere personen.⁶¹ Ter verduidelijking volgt hieronder een voorbeeld:

Voorbeeld 2

Persoon A en B verkrijgen beide de helft van een objectieve onderneming met een waarde van € 1.500.000. In dit geval krijgen dus niet zowel persoon A als persoon B een vrijstelling van een € 1.084.851, maar wordt de vrijstelling naar evenredigheid toegekend. Aangezien zowel persoon A als persoon B 50% van de objectieve onderneming verkrijgt, verkrijgen zij beide een 100%-vrijstelling over 50% van € 1.102.209 = € 551.104,50. Voor het overige deel van € 750.000 – € 551.104,50 = € 198.895,50 geldt een vrijstelling van 83%.

Met betrekking tot de resterende 17% moet wel erf- of schenkbelasting worden betaald. Hiervoor kan door belastingplichtige een beroep worden gedaan op art. 25 lid 12 IW 1990 jo. art. 6a Uitvoeringsregeling Invorderingswet (hierna: Uitv.reg. IW 1990) die voorziet in een rentedragend uitstel van betaling voor maximaal tien jaar. Het uitstel wordt beëindigd ingeval van faillissement, ingeval de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen ten aanzien van de belastingschuldige van toepassing is of ingeval belastingplichtige niet langer voldoet aan het voortzettingsvereiste zoals opgenomen in art. 35e, eerste lid SW 1956.⁶²

2.3.2.2.2. Consolidatie

In geval sprake is van een holdingstructuur moet geconsolideerd worden tot aan de uiteindelijke tophoudstervenootschap en is met betrekking tot het geconsolideerde vermogen de 100% vrijstelling eenmaal van toepassing. Daarmee heeft de wetgever willen voorkomen dat de 100% vrijstelling even zovele malen gebruikt kan worden als dat vennootschappen in het concern aanwezig zijn. Bovendien heeft de wetgever hiermee getracht te bewerkstelligen dat via een holding gehouden aandelen niet gunstiger behandeld worden dan in privé gehouden aandelen. Door het op de valreep wijzigen van het vrijstellingspercentage van 90% naar 100% is dit echter mislukt.⁶³ In het geval sprake is van een holdingstructuur die meerdere werkmaatschappijen met elkaar verbindt, blijkt het gunstiger een concern zonder tussenkomst van een holding te leiden. Dit zal hieronder kort worden toegelicht aan de hand van een voorbeeld:

Voorbeeld 3

Persoon A verkrijgt 100% van de aandelen in een holdingvennootschap met daaronder tien werkmaatschappijen die ieder een ondernemingsvermogen van € 900.000 hebben. Het totale ondernemingsvermogen van alle werkmaatschappijen samen bedraagt in zo een geval 10 x

⁵⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr.3, p.42.

⁶⁰ Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D, p.2.

⁶¹ Heithuis, E.J.W., 'Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010', *Kluwer* 2015, p. 106.

⁶² Art. 25, lid 12, onderdeel a t/m c Invorderingswet 1990.

⁶³ Heithuis, E.J.W., 'Een ongelukkig amendement', *Wfr* 2010/348.

$900.000 = 9.000.000$. De vrijstelling bedraagt dan € 1.102.209 + 83% van € 7.897.791 = € 7.657.375.

In bovenstaand voorbeeld moet worden geconsolideerd en wordt de 100% vrijstelling vanuit het oogpunt van het totale concern bepaald.⁶⁴ De keerzijde van deze methode is dat consolidatie niet plaatsvindt tot op het niveau van de natuurlijk persoon. Dit betekent dat het voor een directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA) lucratiever wordt een holdingstructuur met meerdere werkmaatschappijen voorafgaand aan een schenking te ontmantelen en de aandelen van de werkmaatschappijen in privé te houden. In dat geval kan elke onderneming op zichzelf profiteren van de 100%-vrijstelling.⁶⁵ Weliswaar heeft de wetgever met het invoeren van art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: Uitv.reg. schenk- en erfbelasting) gepoogd dergelijke situaties tegen te gaan, mijn inziens zijn de gestelde termijnen van één jaar bij overlijden respectievelijk vijf jaar bij schenking echter niet onoverkomelijk. In bovenstaand voorbeeld is in dat geval geen erf- of schenkbelasting verschuldigd, een handelswijze waarmee belastingplichtige bij vererving aan zijn kinderen maximaal € 255.854 kan besparen.⁶⁶ In geval geen sprake is van vererving in de rechte lijn kan dit bedrag zelfs oplopen tot € 524.378.⁶⁷

2.3.3. Overgangsrecht

De hervormde BOR is op 1 januari 2010 in werking getreden. Indien de verkrijging krachtens schenking dan wel krachtens erfrecht voor deze datum heeft plaatsgevonden, gelden de voorwaarden zoals deze golden onder de oude regeling.⁶⁸ Dit geldt zowel voor het voortzettingsvereiste als voor de artikelen die betrekking hebben op het uitstel van betaling in de Invorderingswet 1990. Indien de schenking of vererving na 1 januari 2010 heeft plaatsgevonden geldt de nieuwe wet- en regelgeving.

⁶⁴ Art. 7, Uitvoeringsregeling erf- en schenkbelasting.

⁶⁵ Heithuis, E.J.W., 'Een ongelukkig amendement', *Wfr* 2010/348.

⁶⁶ $126.723 \times 0,10 + (1.342.625 - 126.723) \times 0,20 = € 255.854$, voor de tarieven zie art. 24 Successiewet 1956.

⁶⁷ $126.723 \times 0,30 + (1.342.625 - 126.723) \times 0,40 = € 524.378$, voor de tarieven zie art. 24 Successiewet 1956.

⁶⁸ O.g.v. art. 11 lid 1 of lid 2, Successiewet 1956 is de BOR ook van toepassing bij een fictieve verkrijging krachtens schenking of erfrecht.

2.4. Voorwaarden toepassing BOR

Het verzoek om toepassing van de BOR moet gelijktijdig met de aangifte worden gedaan en kan uiterlijk worden ingediend tot op het moment waarop de aanslag onherroepelijk vaststaat.⁶⁹ Om te kwalificeren moet daarnaast aan een drietal cumulatieve voorwaarden worden voldaan. Deze voorwaarden zijn af te leiden uit art. 35b lid 5 SW 1956 en worden als volgt omschreven:⁷⁰

‘Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een bedrijfsopvolging verstaan: een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste, bedoeld in artikel 35e’.

Uit bovenstaande wettekst blijkt dat allereerst sprake moet zijn van kwalificerend ondernemingsvermogen. Tot het kwalificerend ondernemingsvermogen horen onder andere het ondernemingsvermogen van een eenmanszaak, personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen.⁷¹

Daarnaast geldt voor de toepassing van de BOR een zogenoemde bezitseis. Deze verlangt dat de erflater gedurende één jaar tot zijn overlijden, onderscheidenlijk de schenker gedurende vijf jaar tot de schenking, ondernemer was in de zin van art. 3.4 of art. 3.5 Wet IB 2001, of medegerechtigde was in de zin van art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001, of aanmerkelijkbelanghouder was van vermogensbestanddelen bedoeld in 35c lid 1 onderdeel c, en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft een onderneming dreef, of resultaat uit een werkzaamheid genoot met betrekking tot een onroerende zaak bedoeld in artikel 35c lid 1 onderdeel d SW 1956.⁷²

Tot slot geldt na toepassing van de BOR een voortzettingsvereiste. Hieraan is door de verkrijger voldaan indien zich gedurende een periode van vijf jaren geen van de in art. 35e lid 1 SW 1956 opgesomde gebeurtenissen voordoet. Deze komen erop neer dat de verkrijger in de inkomstenbelastingfeer gedurende een periode van vijf jaren niet mag ophouden winst uit onderneming te genieten. Voor de verkrijger van aanmerkelijk belang aandelen geldt dat deze aandelen gedurende een periode van vijf jaar niet mogen worden vervreemd.⁷³ Onder het begrip vervreemding wordt verstaan ‘elke rechtshandeling, waardoor de eigenaar van aandelen of winstbewijzen (...) die aandelen uit zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan’.⁷⁴

2.4.1. Kwalificerend ondernemingsvermogen

De eerste cumulatieve kernvoorwaarde voor toepassing van de BOR betreft het kwalificerend ondernemingsvermogen. De BOR is in het leven geroepen om de verkrijging van ondernemingsvermogen, met het oog op de continuïteit van de onderneming, te faciliteren. In art. 35c lid 1 SW 1956 staan de volgende vier categorieën ondernemingsvermogen gedefinieerd:⁷⁵

- Een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001, of een gedeelte daarvan;
- Een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001, of een gedeelte daarvan;
- Vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3, met uitzondering van art. 4.10 Wet IB 2001;

⁶⁹ Art. 35b, lid 7, Successiewet 1956.

⁷⁰ Art. 35b, lid 5, Successiewet 1956.

⁷¹ Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D, p.2.

⁷² Art. 35d, lid 1, successiewet 1956.

⁷³ Art. 35e, lid 1, Successiewet 1956.

⁷⁴ Hoge Raad 10 februari 1960, nr. 14 162, BNB 1960/123.

⁷⁵ Art. 35b, lid 1, onderdeel a t/m d Successiewet 1956.

- Onroerende zaken die bij de erflater of schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in art. 3.92 van de Wet IB 2001, mits deze dienstbaar zijn aan de onderneming van een lichaam als bedoeld in onderdeel c, en de verkrijger tegelijkertijd vermogensbestanddelen als bedoeld in onderdeel c, verkrijgt die op dat lichaam betrekking hebben.

2.4.1.1. Ondernemingsvermogen als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001

Om zoveel mogelijk rechtsvormneutraliteit te creëren en de wetgeving zo eenduidig mogelijk te maken heeft de wetgever voor de gehele toepassing van de BOR besloten aan te sluiten bij het IB-ondernemingsbegrip uit art. 3.2 Wet IB 2001.⁷⁶ De oude BOR tot 2010 sloot voor de verkrijging van een IB-onderneming weliswaar ook aan bij de het ondernemersbegrip uit de Wet IB 2001, echter voor de verkrijging van ab-aandelen of winstbewijzen werd slechts dat deel van de waarde van de aandelen of winstbewijzen in aanmerking genomen dat is toe te rekenen aan het deel van het vermogen van de vennootschap dat voor de toepassing van de Wet Vpb 1969 zou worden gerekend tot het ondernemingsvermogen, indien de vennootschap een rechtspersoon zou zijn zoals bedoeld in art. 2 lid 1 onderdeel e Wet Vpb 1969.⁷⁷ Tussen deze beide ondernemingsbegrippen bestaat geen volledige overeenstemming wat in sommige gevallen kan leiden tot een verschil in fiscale behandeling.⁷⁸ Voorts verwachtte de wetgever dat door de aansluiting bij het materiële ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting meer duidelijkheid zou ontstaan over de vraag wanneer sprake is van het drijven van een onderneming.

Het begrip ondernemingsvermogen wordt in art. 3.2 Wet IB 2001 als volgt omschreven:

*‘Belastingbare 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’.*

Onder het begrip ondernemer wordt verstaan de belastingplichtige voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende deze onderneming.⁷⁹ Het begrip ondernemer ziet daarnaast op het zelfstandig uitgeoefende beroep uit art. 3.5 Wet IB 2001. Wat betreft het begrip ‘onderneming’ heeft de wetgever zich opzettelijk onthouden van het geven van een duidelijke definitie. Reden hiervoor is dat het in de wet opnemen van een abstracte omschrijving zoals deze uit de jurisprudentie naar voren komt, voor de praktijk geen toegevoegde waarde heeft. Uit de jurisprudentie komt de volgende definitie naar voren:⁸⁰

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

Het risico van een nadere invulling geven aan de hiervoor genoemde kwalitatieve elementen zou kunnen zijn dat in de praktijk in sommige gevallen onvoldoende recht kan worden gedaan aan concrete omstandigheden. De voorkeur van de wetgever gaat daarom uit naar de afbakening van het begrip onderneming in de jurisprudentie.⁸¹

⁷⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr.3, p.5.

⁷⁷ Art. 35b, lid 3, Successiewet 1956 (oud).

⁷⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p.43.

⁷⁹ Art. 3.4 Wet Inkomstenbelasting 2001.

⁸⁰ Gerechtshof Amsterdam 27 november 1991, nr. 90/4461, FED 1992/66.

⁸¹ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p.93.

2.4.1.2. Medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3 lid 1 Wet IB 2001

Met betrekking tot een medegerechtigdheid in de zin van art. 3.3 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 kan in beginsel geen beroep op de BOR worden gedaan tenzij is voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden. Ten eerste moet de medegerechtigdheid een rechtstreekse voorzetting vormen van een door de erflater of schenker gedreven onderneming als in art. 3.2 Wet IB 2001. Het betreft hierbij dus situaties waarin een IB-ondernemer zijn onderneming heeft ingebracht in een commanditaire vennootschap (hierna: CV) en daarbij commanditair vennoot is geworden.⁸² Voorts moet de medegerechtigdheid worden verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig beherend vennoot is.

Zowel Stevens als Heithuis uiten kritiek op de huidige regeling omtrent medegerechtigdheid. Stevens merkt op dat door het stellen van de twee cumulatieve voorwaarden de bedrijfsopvolging onnodig wordt belemmerd. Volgens Stevens kunnen overige familieleden onder de huidige regeling niet tijdelijk alleen als financier bij de onderneming betrokken blijven. Zij moeten ten alle tijde beherend vennoot en dus aansprakelijk worden.⁸³ Heithuis stipt daarnaast de merkwaardige uitwerking aan indien vererving aan de langstlevende echtgenoot zich voordoet. In dergelijke gevallen is de vrijstelling niet van toepassing indien de langstlevende echtgenoot niet tevens beherend vennoot is. Een mogelijk nog merkwaardigere situatie doet zich voor als de medegerechtigdheid daarna ten gevolge van het overlijden van de langstlevende echtgenoot vererft naar de beherend vennoot in de cv. In dat geval is eveneens de vrijstelling niet van toepassing aangezien de medegerechtigdheid geen voortzetting vormt van een eerder door die langstlevende echtgenoot gedreven IB-onderneming. Dit is op zijn minst opmerkelijk te noemen gezien het feit dat de beherend vennoot juist de beoogde opvolger is waarvoor deze bijzondere regeling in het leven geroepen is.⁸⁴

2.4.1.3. Vermogensbestanddelen die behoren tot een aanmerkelijk belang

Met betrekking tot ab-aandelen is de BOR in ieder geval van toepassing op vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang behoren op basis van art. 4.6 en art. 4.7 Wet IB 2001. Het kan hierbij gaan om aandelen, opties, winstbewijzen of het blote eigendom of vruchtgebruik daarvan. Tevens is de vrijstelling van toepassing op het meesleep aanmerkelijk belang uit artikel 4.9 Wet IB 2001 en het fictieve aanmerkelijk belang van artikel 4.11 Wet IB 2001. Het meetrek aanmerkelijk belang uit art. 4.10 Wet IB 2001 kwalificeert niet voor de BOR. Als reden hiervoor geeft de wetgever dat art. 4.10 Wet IB 2001 een antimisbruikbepaling betreft en niet kan worden gezien als echt 'ondernemerschap'.

Hoewel het uitgangspunt is dat alleen ondernemingsvermogen kwalificeert voor de BOR kan ook een deel van het beleggingsvermogen als ondernemingsvermogen kwalificeren. Voor ab-aandelen en winstbewijzen geldt een beleggingsmarge van 5% van de waarde van het ondernemingsvermogen. Dit wil zeggen dat het beleggingsvermogen tot maximaal 5% van de waarde van het ondernemingsvermogen van het lichaam is aan te merken als ondernemingsvermogen.⁸⁵ Deze margeregeling is ingevoerd om discussie in de uitvoeringssfeer te voorkomen. Uit de praktijk blijkt echter dat nog steeds veelvuldig wordt gediscussieerd over de hoogte van het ondernemingsvermogen.⁸⁶

Tot slot kunnen, in tegenstelling tot bij de doorschuifregeling uit art. 4.17c Wet IB 2001, ook indirect door de aandeelhouder gehouden ab-aandelen of vermogensbestanddelen worden aangemerkt als ondernemingsvermogen en daarmee kwalificeren voor de BOR. De verkrijging van een indirect aanmerkelijk belang wordt voor de BOR zoveel mogelijk gelijk behandeld als de verkrijging van een

⁸² Heithuis, E.J.W., 'Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010', *Kluwer* 2015, p. 132.

⁸³ Stevens, S.A., 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25.

⁸⁴ Heithuis, E.J.W., 'Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010', *Kluwer* 2015, p. 133.

⁸⁵ Art. 35c, lid 1, onderdeel c, ten tweede Successiewet 1956.

⁸⁶ Stevens, S.A., 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/25.

direct aanmerkelijk belang. De ondernemingsactiviteiten worden in dat geval geconsolideerd en naar het niveau van de houdster getrokken.⁸⁷ Ter illustratie volgt hieronder een voorbeeld:

Voorbeeld 4:

Persoon A is 100% eigenaar van de aandelen in holdingvennootschap BV X. BV X bezit op haar beurt 100% aandelen van werkmaatschappij BV Y. Op basis van art. 35c lid 5 SW 1956 worden de bezittingen en schulden van BV Y toegerekend aan BV X. Ingeval persoon A zijn aandelen in BV X schenkt aan persoon B, is sprake van een directe verkrijging van aandelen. Bij de schenking van aandelen in BV Y aan persoon B heeft BV X echter geen bevoordelingsbedoeling, zodat niet BV X schenkt maar persoon A. Door deze fiscale herkwalificatie, voldoet A niet aan de voorwaarden voor toepassing van de BOR. Hij is geen ab-houder in Y en bezit deze aandelen niet langer dan vijf jaar. Deze problematiek is opgelost in het besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, Stcrt. 2013, 2175, V-N 2013/8.17, waardoor ook in het geval van een indirecte overdracht van aandelen gebruik kan worden gemaakt van de BOR.

Ook indien een lichaam participeert in een vof of maatschap kan sprake zijn van het drijven van een onderneming. De fiscale transparantie van de personenvennootschappen bewerkstelligt in dat geval dat de activiteiten en vermogensbestanddelen aan de achterliggende vennootschap moeten worden toegerekend. Wanneer de personenvennootschappen naar IB-maatstaven een onderneming drijven, is het logisch de conclusie te trekken dat ook de achterliggende participanten een onderneming drijven.⁸⁸ De relatieve omvang van de participatie in de personenvennootschap speelt daarbij geen rol, immers gelden voor personenvennootschappen geen kwantitatieve eisen zoals die bij belangen in andere lichamen wel gelden.

Preferente aandelen

Met betrekking tot preferente aandelen heeft de wetgever een viertal beperkende voorwaarden in de wet opgenomen. Reden hiervoor is dat alleen in de gevallen van een reële bedrijfsopvolging, met het doel een gefaseerde bedrijfsopvolging tot stand te brengen, voldoende rechtvaardigingsgrond bestaat de verkrijger van ondernemingsvermogen een vrijstelling te verlenen. De verkrijger van preferente aandelen kan niet zonder meer als bedrijfsopvolger worden gezien, maar in sommige gevallen als kapitaalverstrekker.⁸⁹ Reden te meer volgens de wetgever strenge eisen te stellen:⁹⁰

- De preferente aandelen moeten een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen;
- De omzetting tot preferente aandelen is gepaard gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander;
- Ten tijde van omzetting tot preferente aandelen dreef de vennootschap een onderneming of hield een medegerechtigdheid;
- De verkrijger van de preferente aandelen was voor ten minste 5% van het geplaatste (nominaal) kapitaal aandeelhouder van de gewone aandelen die bij de omzetting van de aandelen in preferente aandelen zijn uitgereikt.

Indien sprake is van preferente aandelen die indirect via een holding worden gehouden geldt als extra eis dat zij moeten zijn uitgegeven in het kader van een bedrijfsopvolging. Wanneer de preferente aandelen niet voldoen aan de gestelde voorwaarden worden de bezittingen en schulden slechts

⁸⁷ Burgerhart, W., Hoogwout, T.C., (2019), 'kwalificerend ondernemingsvermogen', *NDFR* commentaar bij art. 35c Successiewet 1956 onderdeel 3.5.

⁸⁸ Gerechtshof Den Haag 3 april 2018, nr. 17/00030, *NTFR* 2018/1149.

⁸⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

⁹⁰ Art. 35c, lid 4, onderdeel a t/m d Successiewet 1956.

toegekend aan de houders van gewone aandelen. Het niet toegerekende ondernemingsvermogen zal in dat geval niet worden vrijgesteld.⁹¹

2.4.1.4. Ter beschikking stelling onroerende zaken

Met ingang van 1 januari 2010 is de BOR ook van toepassing op de vererving en schenking van ter beschikking gestelde onroerende zaken in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001.⁹² Voorwaarden zijn dat de onroerende zaak dienstbaar is/blijft aan de onderneming en dat de verkrijger de onroerende zaak tegelijkertijd met vermogensbestanddelen in het lichaam waaraan de zaak ter beschikking is gesteld, verkrijgt. Vereist is niet dat het gehele aanmerkelijk belang van de erflater of schenker waaraan ter beschikking wordt gesteld wordt verkregen. Enig belang is voldoende. Hierdoor is het mogelijk dat de aandelen van de erflater gelijkelijk worden geërfd door de kinderen en dat het pand wordt gelegateerd aan een van hen. Deze legataris kan in dat geval een verzoek doen voor toepassing van de faciliteit.⁹³

2.4.2. Bezitsvereiste

De tweede cumulatieve kernvoorwaarde voor toepassing van de BOR betreft het bezitsvereiste. Om te kunnen kwalificeren voor de BOR moet door erflater of schenker aan het bezitsvereiste worden voldaan. In art. 35d lid 1 SW 1956 is opgenomen wat moet worden verstaan onder de begrippen erflater respectievelijk schenker:⁹⁴

‘Voor de toepassing van de BOR moet onder erflater of schenker worden verstaan een erflater die gedurende één jaar tot het overlijden, onderscheidenlijk een schenker die gedurende vijf jaren tot de schenking ondernemer was in de zin van art. 3.4 of art. 3.5 Wet IB 2001 met betrekking tot de in art. 35c eerste lid onderdeel a bedoelde onderneming, medegerechtigde was in de zin van art. 3.3, eerste lid onderdeel a Wet IB 2001, aanmerkelijkbelanghouder was van vermogensbestanddelen, of resultaat uit een werkzaamheid genoot met betrekking tot de onroerende zaak’.

De doelstelling van de BOR is het faciliteren van reële bedrijfsopvolgingen. Om te waarborgen dat het ook daadwerkelijk om een ‘reële’ bedrijfsopvolging gaat heeft de wetgever met ingang van de wetwijziging van 1 januari 2010 voor de erflater het bezitsvereiste van één jaar ingevoerd.⁹⁵ De bezitstermijn moet voorkomen dat in het geval van een voorzienbaar overlijden van de erflater belast vermogen wordt omgezet in (deels) onbelast vermogen.⁹⁶ Hoewel tijdens de parlementaire behandeling is gevraagd naar een tegenbewijsregeling voor situaties waarin evident geen sprake is van misbruik, heeft de wetgever besloten hierin niet tegemoet te komen.⁹⁷

Voor de schenkbelasting gold reeds voor 2010 een bezitseis van vijf jaren voor de schenker. Deze bezitseis is in de nieuwe BOR na 2010 ongewijzigd gebleven. Een interessante discussie die naar aanleiding van Hoge Raad 7 juni 2019, nr. 18/04097 is opgekomen, betreft de behandeling van de periode voorafgaand aan de oprichting van een bv. De vraag is of deze zogenoemde voorperiode ook kan worden meegenomen bij de beoordeling of aan de bezitstermijn is voldaan. Op basis van de letterlijke tekst lijkt hiervan geen sprake. De vermogensbestanddelen moeten op basis van art. 35d lid 1 SW 1956 reeds in bezit zijn geweest. Omdat in de voorperiode nog geen aandelen zijn uitgereikt, kan deze periode ook niet meetellen voor de bezitstermijn. De terbeschikkingstellingsregeling kan in de voorperiode van een bv al wel van toepassing zijn. De terbeschikkingstellingsregeling kan in dat geval

⁹¹ Stevens, S.A., ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, *TFO* 2010/25.

⁹² Art. 35c, lid 1, onderdeel d Successiewet 1956.

⁹³ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44.

⁹⁴ Art. 35d, lid 1, onderdeel a t/m d Successiewet 1956.

⁹⁵ Met één jaar wordt in het kader van het bezitsvereiste een periode van 365 dagen bedoeld.

⁹⁶ Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr.9, p. 19.

⁹⁷ Stevens, S.A., ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, *TFO* 2010/25.

al langer dan één jaar van toepassing zijn, terwijl de ab-aandelen van de bv waaraan ter beschikking wordt gesteld, nog niet één jaar in het bezit zijn.⁹⁸

Wordt de termijn van één jaar respectievelijk vijf jaar niet gehaald, bijvoorbeeld omdat de aandelen in de bv pas twee jaren bestaan, dan heeft de begiftigde pech. Wel heeft de wetgever, om te voorkomen dat ondernemingen gedurende de bezitstermijn volledig op slot gaat, in art. 9 lid 1 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting een aantal uitzonderingen opgenomen. Deze zien onder meer op de volgende situaties:⁹⁹

- Ingeval de erflater of schenker een onderneming drijft die eerder werd gedreven door een nv of bv en welke door de erflater of schenker is voortgezet of mede voortgezet (terugkeer uit de bv);
- Ingeval de erflater of schenker ab-houder is en het aanmerkelijk belang betrekking heeft op een nv of bv die een onderneming drijft die eerder voor rekening van de erflater of schenker werd gedreven (inbreng in de bv);
- Ingeval de erflater of schenker medegerechtigde is en die medegerechtigdheid betrekking heeft op een onderneming die eerder voor rekening van de erflater of schenker werd gedreven;
- Ingeval de erflater of schenker resultaat uit een werkzaamheid geniet met betrekking tot een ter beschikking gestelde onroerende zaak en de onroerende zaak eerder deel uitmaakte van het ondernemingsvermogen van een voor rekening van de erflater of schenker gedreven onderneming.

Daarnaast zijn in art. 9 lid 2 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting versoepelingen opgenomen die zien op aandelenfusies (art. 3.55 Wet IB 2001), splitsingen (art. 3.56 Wet IB 2001) en juridische fusies (art. 3.57 Wet IB 2001). Ook in dergelijke gevallen mogen bezitsperioden onder voorwaarden worden samengevoegd.

2.4.2.1. Ab-houders

Voor ab-houders gelden de aanvullende voorwaarden dat de vennootschap waarin de ab-aandelen of winstbewijzen worden gehouden, eveneens gedurende één jaar bij vererving respectievelijk vijf jaren bij schenking de onderneming dreef of de medegerechtigdheid hield en het beleggingsvermogen van 5% niet in deze periode is ingebracht. Hiermee moet worden voorkomen dat vóór vererving of schenking het beleggingsvermogen in het lichaam via een kapitaalinjectie wordt opgepompt.¹⁰⁰ Indien sprake is van een lichaam dat onroerende zaken ontwikkelt en bouwt, moet met betrekking tot de aanvullende voorwaarde bij de ondernemingsactiviteiten aangesloten worden. Dit wil zeggen dat ook onroerende zaken die binnen de bezitstermijn van vijf jaren zijn ontwikkeld en gebouwd, maar die wel deel uitmaken van het ondernemingsvermogen, kwalificeren voor de BOR. De ontwikkelde onroerende zaak is in dat geval geen zelfstandige onderneming maar behoort toe aan het groter geheel van de onderneming waarmee wel een onderneming wordt gedreven. Dit kan ook van belang zijn in de situatie dat een machine, inventaris of andere activa binnen vijf jaar voor de overgang van de aandelen tot het vermogen van de vennootschap zijn gaan behoren.¹⁰¹

⁹⁸ Hoge Raad 19 juni 2019, nr. 18/04097, V-N 2019/30.13.

⁹⁹ Heithuis, E.J.W., 'Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010', *Kluwer* 2015, p. 163.

¹⁰⁰ Heithuis, E.J.W., 'Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010', *Kluwer* 2015, p. 161.

¹⁰¹ Gerechtshof Den Haag 19 Juli 2017, nr. BK-16/00373, *NTR* 2017/2109.

2.4.2.2. Preferente aandelen

Met betrekking tot de vraag of ter zake van preferente aandelen is voldaan aan de bezitstermijn van één respectievelijk vijf jaar, mag ook de periode waarin de gewone aandelen werden gehouden worden meegeteld.¹⁰²

2.4.2.3. Ter beschikking gestelde onroerende zaken

In lijn met het bezitsvereiste bij schenking van een ter beschikking onroerende zaak wordt geëist dat deze onroerende zaak reeds gedurende een periode van vijf jaren voorafgaande aan de schenking tot een werkzaamheid van de schenker moet hebben behoord en gedurende die periode dienstbaar moet zijn geweest aan de onderneming van het lichaam. Bij een verkrijging krachtens erfrecht geldt een bezitsvereiste van één jaar.

2.4.3. Voortzettingsvereiste

De derde cumulatieve kernvoorwaarde voor toepassing van de BOR betreft het voortzettingsvereiste opgenomen in art. 35e, lid 1, SW 1956. Zowel bij schenking als bij vererving geldt een voortzettingseis van vijf jaren. Hierdoor is alleen bij aanwezigheid van een daadwerkelijk voortzettingssmotief een vrijstelling van toepassing. Indien de verkrijger niet langer voldoet of gedeeltelijk niet langer voldoet aan de voortzettingstermijn zal de voorwaardelijke vrijstelling van de BOR naar rato worden ingetrokken.¹⁰³ Omdat de invulling van het voortzettingsvereiste naar aard van het ondernemingsvermogen verschilt zal in het vervolg van deze paragraaf onderscheid gemaakt worden naar de aard van het ondernemingsvermogen dat wordt verkregen.

2.4.3.1. IB-onderneming en medegerechtigdheid

De verkrijger van een IB-onderneming respectievelijk een medegerechtigdheid voldoet niet aan het voortzettingsvereiste indien deze binnen vijf na verkrijging 'ophoudt winst te genieten' uit de verkregen onderneming of medegerechtigdheid. Voor het begrip 'ophoudt winst te genieten' moet in beginsel worden aangesloten bij het materiële stakingsbegrip uit de inkomstenbelasting. Afwijkingen zijn echter mogelijk indien de ratio van de BOR dit rechtvaardigt.

Uit het oordeel van de Hoge Raad van 27 januari 2017, nr. 16/02015 blijkt daarnaast dat de aard van de verkregen onderneming niet binnen de voortzettingstermijn van 5 jaar mag worden gewijzigd. Volgens de Hoge Raad wijzigt de aard van de onderneming bijvoorbeeld wanneer een melkveehouderij de melkveetak afstoot en overstapt op de teelt van mais en gras. In dat geval is niet voldaan aan het vereiste dat de oorspronkelijke onderneming moet worden voortgezet.¹⁰⁴ Het staken van de verkregen onderneming gevolgd door het starten van een nieuwe onderneming valt daarmee niet onder de BOR. Het verplaatsen van de bedrijfsuitoefening daarentegen hoeft niet te leiden tot een staking indien de identiteit van de onderneming niettegenstaande de verplaatsing ervan wezenlijk dezelfde is gebleven.¹⁰⁵

Interessant is hoe het voortzettingsvereiste uitwerkt in geval sprake is van projectontwikkelingsactiviteiten. Bij projectontwikkeling kan een sfeerovergang plaatsvinden indien een project wordt opgeleverd en binnen de vennootschap wordt overgegaan tot verhuur van de onroerende zaak. De onroerende zaak kan in dat geval over gaan van de ondernemingssfeer naar de beleggingssfeer (van box 1 naar box 3) indien niet is voldaan aan de 'plus arbeid'-toets en de 'plus rendement'-toets ten aanzien van de verhuur.¹⁰⁶ In dat geval komt de vraag op of de onroerende zaak nog tot het ondernemingsvermogen behoort? Mocht dit niet het geval zijn dan is volgens het

¹⁰² Art. 9, lid 3, Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹⁰³ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr.3, p. 46.

¹⁰⁴ Hoge Raad 27 januari 2017, nr. 16/02015, V-N Vandaag 2017/229.

¹⁰⁵ Hoge Raad 19 maart 2010, nr. 08/02813, BNB 2010/214, onderdeel 3.4.2.

¹⁰⁶ Gerechtshof Arnhem 22 augustus 1997, nr. 96/0821, V-N 1997/4707.

materiële stakingsbegrip uit de inkomstenbelasting mogelijk sprake van een gedeeltelijke staking van de onderneming en wordt ten aanzien van het verhuurde niet langer voldaan aan het voortzettingsvereiste. Een dergelijke uitwerking roept in mijn ogen een hoop vragen op.

Tot slot ziet art. 35e lid 2 SW 1956 op de situatie dat een vennoot in een vof een aandeel in die vennootschap verkrijgt met toepassing van de BOR. De voortzettingseis geldt in dat geval alleen voor de omvang van het aandeel waarop de BOR is toegepast. De omvang van dit aandeel wordt bepaald door de winstgerechtigdheid van de vennoot.¹⁰⁷

2.4.3.2. Ab-aandelen of winstbewijzen

Voor de toepassing van de BOR geldt voor ab-aandelen of – winstbewijzen ingevolge art. 35e lid 1 onderdeel c ten eerste SW 1956 dat de deze gedurende de voortzettingstermijn van vijf jaar niet mogen worden vervreemd. Evenmin mag het achterliggende lichaam gedurende deze periode ophouden winst uit onderneming te genieten.¹⁰⁸ Uitgangspunt van de BOR is immers dat de overgenomen onderneming wordt voortgezet. Indien de verkrijger ophoudt winst uit onderneming te genieten of de ab-aandelen dan wel winstbewijzen worden vervreemd, kan volgens de wetgever geen sprake meer zijn van een reële voorzetting van de onderneming. Voorts is in art. 35e lid 1 onderdeel c ten tweede SW 1956 bepaald dat ook in het geval vermogensbestanddelen worden omgezet in preferente aandelen, of de aanspraak op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen op andere wijze beperkt wordt, de verkrijger de positie niet daadwerkelijk voortzet en dus geen sprake kan zijn van een reële bedrijfsopvolging.¹⁰⁹

2.4.3.3. Ter beschikking gestelde onroerende zaken

Bij de verkrijging van een ter beschikking gestelde onroerende zaak geldt dat deze niet geheel of gedeeltelijk mag ophouden dienstbaar te zijn aan de onderneming van de vennootschap gedurende de voortzettingstermijn van vijf jaren.¹¹⁰ In art. 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting zijn een aantal uitzonderingen opgenomen waarbij het voortzettingsvereiste niet wordt geschonden. Deze bepalingen zijn, net als de bepalingen opgenomen in art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting die zien op het bezitsvereiste, om te voorkomen dat de onderneming gedurende de voortzettingstermijn op slot gaat.

¹⁰⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr.3, p. 46.

¹⁰⁸ Art. 35e lid 1 onderdeel c ten derde SW 1956.

¹⁰⁹ Heithuis, E.J.W., 'Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010', *Kluwer* 2015, p. 174.

¹¹⁰ Art. 35e lid 1 onderdeel d ten eerste SW 1956.

2.5. Meer dan normaal vermogensbeheer

In paragraaf 2.4 is stilgestaan bij de voorwaarden die gelden voor de toepassing van de BOR. Een van de kernvoorwaarden is dat sprake moet zijn van de overdracht van kwalificerend ondernemingsvermogen. Zoals reeds in paragraaf 2.4.1.1. aan de orde is gekomen heeft de wetgever voor de BOR gekozen aan te sluiten bij het IB-ondernemingsbegrip uit art. 3.2 Wet IB 2001. De wetgever motiveert zijn keuze met een tweetal argumenten. Ten eerste is door de wetgever getracht zoveel mogelijk rechtsvormneutraliteit te creëren. Voorts verwacht de wetgever door aansluiting bij het materiële ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting meer duidelijkheid te geven over de vraag wanneer sprake is van het drijven van een materiële onderneming. Consequentie van deze keuze is dat de kwalificatie van de verhuur van onroerende zaken in de inkomstenbelasting niet alleen relevant is voor de wijze waarop de houder van de onroerende zaken in de heffing van de inkomstenbelasting wordt betrokken, maar ook voor de vraag of en in hoeverre de BOR van toepassing kan zijn in het geval van een schenking of vererving van aandelen in een onroerend goed lichaam.

2.5.1. Exploitatie van onroerende zaken en het ondernemingsbegrip

Zoals reeds beschreven in paragraaf 2.3.1.1. heeft de wetgever zich ervan onthouden het begrip 'onderneming' uit Art. 3.2 Wet IB 2001 in de wet te definiëren. Voor een invulling van het begrip 'onderneming' dient aansluiting te worden gezocht bij de jurisprudentie. Hierin wordt het begrip 'onderneming' als volgt omschreven:

'Een duurzame organisatie die erop is gericht met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk winst te behalen'.¹¹¹

Uit bovenstaande formulering kunnen een viertal cumulatieve voorwaarden worden ontleend:

- Er moet sprake zijn van een duurzame organisatie die;
- Met behulp van arbeid een kapitaal;
- Deelneemt aan het economische verkeer;
- Met het oogmerk om winst te behalen.

Met het oog op de exploitatie van onroerende zaken zal in mijn ogen al snel aan alle elementen van deze definitie worden voldaan. Allereerst is sprake van (enig) kapitaal dat wordt ingezet voor de aanschaf van het vastgoed. Daarnaast zal (enige vorm van) arbeid nodig zijn voor de verhuur en onderhoud van het onroerende zaken. Indien de onroerende zaken worden verhuurd dan wel aan- en verkocht zal sprake zijn van deelname aan het economische verkeer. Voorts is het oogmerk van iedere vastgoedexploitant geldoverschotten te behalen. Tot slot zal enige vorm van duurzame organisatie nodig zijn om het geheel te managen en worden vastgoed objecten vaak aangekocht voor de exploitatie op lange termijn. Het element organisatie kan daarbij worden uitgelegd als een bundeling van handelingen die een nauwe onderlinge samenhang vertonen gericht op een gemeenschappelijk doel.¹¹²

2.5.2. Meerwaardecriterium

Hoewel de exploitatie van onroerende zaken hiermee lijkt te voldoen aan alle eisen van een onderneming, blijkt uit de literatuur dat minder duidelijkheid bestaat over de kwalificatie van vastgoedexploitanten. Op de vraag hoe men vastgoedbeleggers en –ondernemers van elkaar moet onderscheiden wordt door van Dijck verwezen naar de vraag of bij vastgoedexploitanten sprake is van 1. een duurzame organisatie die erop gericht is 2. meerwaarde te creëren (meerwaardecriterium). Volgens van Dijck stelt een belegger uitsluitend zijn vermogensbestanddelen ter beschikking aan

¹¹¹ Gerechtshof Amsterdam 27 november 1991, nr. 90/4461, *FED* 1992/66.

¹¹² Bresser, H.J., 'Belastingplicht voor de vennootschapsbelasting van stichtingen en verenigingen', *SDU Uitgevers*, Den Haag 2009, p. 34.

derden en ontvangt hij daarvoor een vergoeding. Hij creëert zelf geen meerwaarde en ontvangt enkel een vergoeding omdat het vermogensbestanddeel zelf een vruchtdrager is.¹¹³ Het onderscheid tussen beleggen en ondernemen moet volgens van Dijck worden gezocht in de vraag of men de intentie heeft meerwaarde te creëren.¹¹⁴ Van Dijck meent voorts dat de verhuur van onroerende zaken nimmer een onderneming kan opleveren, ongeacht de wijze van financiering en ongeacht of de eigenaar zelf beheersdaden verricht. Slechts wanneer andere prestaties aan de huurder worden verricht kan van ondernemerschap sprake zijn, maar dan vermoedelijk nog alleen voor die prestaties.¹¹⁵

Hoewel het meerwaarde criterium in mijn optiek een goede maatstaf zou kunnen zijn om ondernemen te onderscheiden van beleggen, is mij onduidelijk in welke opzicht bij de verhuur van onroerende zaken geen sprake is van het creëren van meerwaarde? Van Dijck stelt dat het bij creëren van meerwaarde om meer moet gaan dan het rendabel maken van eigen arbeidskracht, ervaring, capaciteit of relaties.¹¹⁶ Onduidelijke blijft echter hoe de verhuur van vastgoed zich bijvoorbeeld onderscheidt van een autoverhuurbedrijf waar wel sprake is van een onderneming? In beide gevallen zullen huurders gezocht moeten worden, onderhoud moeten worden gepleegd en een deugdelijke administratie moeten worden gevoerd. Zowel bij verhuur van een onroerende zaak als bij de verhuur van een auto zal door de verhuurder dus een zekere meerarbeid moeten worden verricht om de verhuur daadwerkelijk tot stand te laten komen. Indien de gedachtelijn van Van Dijck wordt gevolgd zou dus in beide gevallen geen sprake zijn van het drijven van een onderneming. Desalniettemin is in tegenstelling tot de verhuur van vastgoed, bij de verhuur van auto's sprake van een onderneming. Het meerwaarde criterium van Van Dijck is hier in mijn ogen dus niet consistent.

De Staatssecretaris geeft tijdens de parlementaire behandeling aan dat steeds aan de hand van de feiten en omstandigheden moet worden beoordeeld of de activiteiten een materiële onderneming vormen. Bij enkel de verhuur van onroerende zaken zal daar in zijn ogen echter niet snel sprake van zijn. Ook niet wanneer het een omvangrijke vastgoedportefeuille betreft waarbij het onderhoud in eigen beheer wordt verricht. Onderhoud is enkel nodig om de belegging in stand te houden en derhalve kan geen sprake zijn van het drijven van een materiële onderneming. Indien sprake is van projectontwikkeling kan dit anders zijn. Over welke feiten en omstandigheden daarbij een doorslaggevende rol spelen laat de Staatssecretaris zich echter niet uit.¹¹⁷ Wel geeft hij een nadere invulling over wat moet worden begrepen onder de term beleggingsvermogen. Volgens de Staatssecretaris wordt hiermee het saldo van de beleggingen en de daarvoor aangegane schulden bedoeld. Bovendien moet het gaan om vermogensbestanddelen die blijvend overtollig zijn.¹¹⁸

2.5.3. Hoge Raad 17 augustus 1994

Uit de fiscale rechtspraak komt naar voren dat de verhuur van onroerende zaken als een belegging moet worden aangemerkt als de bezitting slechts wordt aangehouden met het oog op het verkrijgen van de waardevermeerdering en het rendement daarvan, zoals te verwachten bij normaal vermogensbeheer. Enkel in de gevallen dat sprake is van 'meer dan normaal vermogensbeheer' kan sprake zijn van het drijven van een materiële onderneming. Wat precies moet worden begrepen onder 'meer dan normaal vermogensbeheer' heeft de Hoge Raad voor de inkomstenbelasting proberen te verduidelijken in het arrest van 17 augustus 1994:¹¹⁹

'Van normaal vermogensbeheer is 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

¹¹³ Van Dijck, J.E.A.M., 'Vermogensbeheer', *Wfr* 1976/141.

¹¹⁴ Berkhout, T.M., 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', *NTFR* 2010/1225.

¹¹⁵ Van Dijck, J.E.A.M., 'Vermogensbeheer', *Wfr* 1976/141.

¹¹⁶ Van Dijck, J.E.A.M., 'Vermogensbeheer', *Wfr* 1976/141.

¹¹⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p.43.

¹¹⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 13, p.24.

¹¹⁹ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319.

uit de onroerende zaak, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat'.

Hoewel een soortgelijke invulling van het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' reeds was verwoord in het arrest van 1 september 1976, nr. 17 924, had deze invulling betrekking op het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' uit vennootschapsbelasting sfeer.¹²⁰ Ondanks dat het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' in beide regelingen als norm voor beleggen wordt gebruikt, betekent dit niet dat beide regelingen dezelfde inhoud hebben. Daarvoor zijn de functies van beide regelingen te afwijkend aldus Te Niet.¹²¹

2.5.3.1. Plus arbeid en plus rendement

Uit formulering van de Hoge Raad kunnen een tweetal deeltoetsen worden afgeleid waarmee is getracht meer duidelijkheid te verschaffen over wanneer sprake is van het drijven van een materiële onderneming bij de exploitatie van onroerende zaken. Het gaat hierbij om de zogenoemde 'plus arbeid'-toets en de 'plus rendement'-toets. De 'plus arbeid'-toets wil zeggen dat 'de aard en omvang van de werkzaamheden uitgaan boven normaal vermogensbeheer'. De 'plus rendement'-toets houdt in dat 'de werkzaamheden tot doel moeten hebben een rendement te behalen dat normaal vermogensbeheer te boven gaat'. Hieruit volgt dat sprake moet zijn van een causaal verband tussen arbeid en rendement.

Hoewel de Hoge Raad hiermee heeft gepoogd duidelijke kaders uit te zetten heeft zij de invulling van beide toetsen opengelaten. Gevolg is dat beide toetsen in de praktijk wisselend worden toegepast. Zo heeft de rechter als criterium voor de 'plus-arbeid'-toets weleens de omvang van de urenbesteding en het jaarsalaris van de schenker of erflater als maatstaf genomen.¹²² Hierbij werd een vergelijking gemaakt met de arbeid die gemoeid is bij 'normaal vermogensbeheer'. Voor de 'plus rendement'-toets heeft de rechter in recente jurisprudentie het daadwerkelijk behaalde rendement vergeleken met het rendement dat wordt behaald op een ter belegging gehouden onroerende zaak op basis van de ROZ/IPD Nederlandse vastgoedindex.¹²³ Deze vastgoedindex is op een eerder moment in de rechtspraak echter als onbruikbaar beoordeeld omdat de vastgoedindex alleen algemene gegevens bevat.¹²⁴ Kortom, door de Hoge Raad is enkel een rechtsregel geformuleerd zonder aan deze rechtsregel ook daadwerkelijk invulling te geven. Gevolg is dat in de praktijk, waarbij de casuïstiek in iedere zaak afwijkt, geen duidelijk antwoord te formuleren is wanneer de exploitatie van onroerende zaken kwalificeert als materiële onderneming.

¹²⁰ Hoge Raad 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976, blz. 860-864.

¹²¹ Te Niet, H.A.J.P., (2007), 'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen', Deventer: *Kluwer*, p. 107.

¹²² Hoogwout, T.C., 'Fictieve materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken', ftV 7-8, 2018.

¹²³ Gerechtshof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/00030, V-N *Vandaag* 2018/869.

¹²⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 Mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/1159.

2.6. Toetsing bedrijfsopvolgingsregeling

Om een deugdelijk onderzoek te doen naar de kwaliteit van een wetgeving moet een toetsingskader ontwikkeld worden waarlangs de kwaliteitsbeoordeling kan plaatsvinden. Het toetsingskader moet eraan bijdragen te bepalen of een fiscale wet kwalitatief goede wetgeving vormt. Naast haar instrumentele functie heeft goede wetgeving ook een waarborgfunctie waarbij de waarden van de rechtstaat centraal staan. Om te beoordelen of de BOR en de huidige open norm rondom de invulling van de begrippen arbeid plus en rendement plus daadwerkelijk goede wetgeving vormen, zal getoetst worden aan twee beginselen van behoorlijke wetgeving.

2.6.1. Gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen ook gelijk behandeld dienen te worden. Een ongelijke behandeling moet daarmee in verhouding staan tot de onderlinge verschillen. Enkel wanneer voor een ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat is een ongelijke behandeling volgens de wet gerechtvaardigd.¹²⁵

De BOR wordt door de wetgever met name gerechtvaardigd op grond van het argument dat een faciliteit gewenst is omdat de belastingheffing die gepaard kan gaan bij de overgang van een onderneming de continuïteit van de onderneming in gevaar kan brengen. In de literatuur is echter discussie ontstaan of een dergelijk argument voldoende rechtvaardigingsgrond biedt voor de hoogte van de vrijstelling. De vrijstelling is, zoals in de voorgaande paragrafen behandeld, na 2002 met aanzienlijke stappen verruimd. Als reden hiervoor blijft de Staatssecretaris de mogelijke liquiditeitsproblemen bij een bedrijfsoverdracht aanvoeren. Frappant is echter dat de Staatssecretaris nooit onderzoek heeft laten verrichten naar de noodzaak van de faciliteit. Uit onderzoek van Hoogeveen is gebleken dat slechts in 31% van de nalatenschappen onvoldoende middelen aanwezig zijn naast het ondernemingsvermogen om de erfbelasting te voldoen.¹²⁶ Ook Hoogwout heeft voor de herziening van de wetgeving in 2010 reeds aangegeven dat het vreemd is dat de Staatssecretaris de vrijstelling door de jaren heen aanzienlijk heeft verhoogd zonder dat hij één keer heeft onderbouwd in welke mate de erf- en schenkbelasting daadwerkelijk een belemmering vormt voor de bedrijfsopvolging.¹²⁷ Om uitsluitsel te geven over de kwestie of de regeling daarmee ook werkelijk in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, is deze voorgelegd aan de Hoge Raad:¹²⁸

“Met de bedrijfsopvolgingsfaciliteit heeft de wetgever een oplossing willen bieden voor in de praktijk gesignaleerde knelpunten bij bedrijfsopvolging. Voor zover de wetgever zich daarbij heeft gebaseerd op veronderstellingen omtrent de noodzaak en de doelmatigheid van de te treffen maatregelen, kan niet worden gezegd dat die veronderstellingen zo weinig voor de hand liggen dat zij evident onredelijk zijn. Er zijn aanwijzingen dat in een aanzienlijk deel van de gevallen waarin de faciliteit van toepassing is, geen sprake is van liquiditeitsproblemen. Daarmee is echter niet gezegd dat de wetgever niet kon uitgaan van de veronderstelling dat zich bij vererving en schenking van ondernemingsvermogen zonder de onderhavige faciliteit in een aanzienlijk aantal van de gevallen een belemmering zou voordoen voor ongewijzigde voorzetting van de economische bedrijvigheid binnen de kring van de schenker of de erflater. Ook anderszins bestaat er geen aanleiding voor het oordeel dat die veronderstelling evident onredelijk is. Dat de faciliteit een bijdrage levert aan de oplossing van de bedoelde liquiditeitsproblemen, in de gevallen waarin zij zich voordoen, en daarmee de beoogde voortzetting van ondernemingsactiviteiten bevordert, kan niet worden ontkend. De faciliteit is bovendien niet uitsluitend daarvoor bedoeld, maar heeft mede tot doel het ondernemerschap meer in het algemeen te stimuleren. De hiervoor vermelde overwegingen tezamen brengen de Hoge Raad tot de slotsom dat de faciliteit zoals die gold in

¹²⁵ Poelmann, E. (2018), ‘Het gelijkheidsbeginsel’, *Cursus Belastingrecht* FBR.4.4.0.

¹²⁶ Hoogeveen, M.J., (2011), ‘Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling’, dissertatie Tilburg University, paragraaf 14.3.2.

¹²⁷ Hoogwout, T.C., ‘Voorstel tot wijziging van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet’, *FTV* 2009/28.

¹²⁸ Hoge Raad 22 november 2013, nr. 13/01622 en 13/02453, *BNB* 2014/30-31.

onderhavige jaar en ook in andere jaren, berust op de keuze van de wetgever waarvan niet kan worden gezegd dat zij evident van redelijke grond in ontbloomt.”

Hieruit volgt kortom dat volgens de Hoge Raad geen sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Aansluitend heeft ook het EHRM geoordeeld dat geen sprake is van discriminatie of strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel.¹²⁹

Naar mijn mening hebben de Hoge Raad en het EHRM het hier bij het juiste eind. Uit onderzoek van Panteia blijkt dat overgedragen ondernemingen van grote waarde zijn voor de Nederlandse economie. Niet alleen zijn deze ondernemingen gemiddeld groter dan ondernemingen die worden overgenomen¹³⁰, ook behalen zij hogere nettoresultaten.¹³¹ Bij het economisch stimuleren van deze ondernemingen is dan ook veel meer sprake van een beleidskeuze dan van discriminatie. Hoewel ook een beleidskeuze discriminatie kan inhouden ten opzichte van degene die niet worden voorgetrokken of bevoordeeld, gaat het hierbij vaak om positieve discriminatie, een vorm van discriminatie die maatschappelijk is aanvaard. Bovendien lijkt de BOR mij geen buitenproportionele faciliteit.

De onzekerheid omtrent het begrip ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ daarentegen zorgt in mijn optiek wel tot een duidelijke schending van het gelijkheidsbeginsel. Door het hanteren van een open norm en de onduidelijke invulling van beide begrippen bestaat een verhoogd risico dat nagenoeg gelijke gevallen ongelijk behandeld worden. Barendrecht schrijft in zijn dissertatie:¹³²

“Door het ontbreken van scherpe normen wordt rechtsongelijkheid (...) versluierd. Criteria waarvan kan worden beoordeeld of gevallen vergelijkbaar zijn ontbreken immers. Juist scherpe normen brengen scheidslijnen aan die het vergelijken van gevallen mogelijk maakt.”

Bij een gebrek aan scherpe normen zullen rechters geneigd zijn van geval tot geval billijke oplossingen te zoeken. De rechterlijke vrijheid is in dat geval erg groot, iets wat in de literatuur over het algemeen als bezwaar wordt gezien.¹³³ Ter verbetering van een gelijkheid en de rechtszekerheid zou het de wetgever in mijn ogen dan ook niet misstaan om een duidelijkere invulling te geven aan de begrippen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer.

2.6.2. Rechtszekerheidsbeginsel

Tot slot is de vraag hoe de huidige open norm omtrent de invulling van de plus arbeid en plus rendement-toets zich verhoudt tot het rechtszekerheidsbeginsel. Volgens het beginsel van rechtszekerheid is vereist dat de wetgeving duidelijk, kenbaar en ondubbelzinnig moet zijn. Voorts mag de fiscale situatie van een belastingplichtige niet gedurende een langere tijd in het ongewisse blijven.¹³⁴ Rechtszekerheid speelt een belangrijke rol in het belastingrecht omdat de belastingheffing op zich een enorme beperking van de vrijheid van de burger betekent.

Wat betreft de invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ en de plus arbeid en plus rendements-toets durf ik zonder blikken of te blozen te concluderen dat niet aan het beginsel van rechtszekerheid wordt voldaan. Reden hiervoor is dat nog de Hoge Raad nog de wetgever duidelijk invulling heeft gegeven aan een open norm. De belastingplichtige wordt hierdoor in onzekerheid gelaten over welke feiten en omstandigheden van doorslaggevend betekenis zijn. Hiermee wordt in

¹²⁹ EHRM 27 mei 2014, nr. 18485/14, V-N 2014/38.21.

¹³⁰ Overgenomen bedrijven wisselen tegen betaling van eigenaar, overgedragen onderneming daarentegen gaan om niet over.

¹³¹ Panteia, (2014), ‘Bedrijfsoverdrachten: een overschat probleem?’, p.7.

¹³² Barendrecht, J.M., ‘Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwing over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming’, Deventer: Kluwer 1992, p.77.

¹³³ Berkhout, T.M., Hoogeveen, M.J., ‘Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten’, Wfr 2015/4.

¹³⁴ Weber, D.M. (2018), ‘Verschillende toepassingen van het rechtszekerheidsbeginsel’, *Cursus Belastingrecht* EBR.4.0.5.B.

mijn ogen niet voldaan aan de deelbeginselen dat de wetgeving duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn. Ook in de literatuur is meermaals de vraag aan de orde gekomen of de wetgeving op dit gebied wel voldoet aan het beginsel van rechtszekerheid? Berkhout en Lubbers zijn van mening dat de rechtspraak gebruik maakt van het ongedefinieerde begrip 'normaal vermogensbeheer'. Daarbij rijst bij hen bijvoorbeeld de vraag wanneer sprake is van een 'normaal' rendement? En hoeveel arbeid moet minimaal verricht worden wil voldaan zijn aan de arbeid plus-toets?¹³⁵ Hoogeveen en Berkhout wijzen daarnaast op de omstandigheid dat de relevante feiten en omstandigheden met enige regelmaat niet door de rechters geconcretiseerd worden. Het gevolg is dat beslissingen van de rechters alleen maar als maatwerkrecht voor dat ene specifieke geval gezien moet worden. Het is daardoor onmogelijk vast te stellen of een beslissing van de rechter goed of fout is geweest, laat staat dat daadwerkelijk lering uit getrokken kan worden.¹³⁶ Iets wat wel wenselijk is indien gebruik wordt gemaakt van een open norm.

¹³⁵ Berkhout, T.M., Lubbers, A.O., 'Het arrest als praktijkhandreiking', *Wfr* 2015/1546.

¹³⁶ Berkout, T.M., M.J., Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoed exploitanten', *Wfr* 2015/4.

2.7. De toekomst van de BOR

Hoewel de BOR voor veel ondernemers een enorme steun in de rug is op het moment dat de onderneming daadwerkelijk wordt overdragen op de volgende generatie, heerst de nodige kritiek op de regeling vanuit de literatuur. Hoogeveen concludeert in haar dissertatie dat de meest vergaande faciliteiten worden geboden aan de situaties waarbij een bedrijfsopvolging gestalte krijgt via een schenking of vererving. De aanname dat deze ondernemingen daadwerkelijk de meeste begeleiding nodig hebben is in haar ogen echter onjuist. Daarmee verleent de overheid volgens Hoogeveen de grootst faciliteiten aan de groep ondernemingen die dat vanuit de financiële positie van de overgenomen onderneming het minst nodig hebben. De BOR is daarmee niet effectief aldus Hoogeveen.¹³⁷

Ook Tigelaar-Klootwijk is in haar dissertatie kritisch op de BOR. Hoewel de BOR vanuit het doel van de overheid in haar ogen doeltreffend is, gaat het te ver een faciliteit te verlenen die leidt tot afstel van belastingheffing. Hierbij speelt onder andere het zogenoemde cadeaueffect een rol. Zij pleit voor een rentedragende invorderingsfaciliteit als instrument om liquiditeitsproblemen die voortkomen uit de belastingheffing te voorkomen. Deze faciliteit moet zowel gelden voor uit bedrijfsoverdracht voortvloeiende liquiditeitsproblemen in de inkomstenbelasting, als voor de schenk- en erfbelasting. Het feit dat sprake is van een rentedragende invorderingsfaciliteit, moet ervoor zorgen dat minder snel een beroep op de invorderingsfaciliteit zal worden gedaan ingeval binnen de onderneming voldoende liquiditeiten aanwezig zijn om de belasting te voldoen.¹³⁸ Ik vraag mij af of de oplossing van Tigelaar-Klootwijk daadwerkelijk de juiste is. Het gevaar van het verlenen van een invorderingsfaciliteit schuilt erin dat de belastingdienst optreedt als een oneigenlijke kredietverstrekker. Dit kan ertoe leiden dat het ondernemersrisico feitelijk wordt gedragen door de Staat. Een in mijn ogen ongewenste uitwerking. Hoogeveen merkt daarbij nog op dat een invorderingsfaciliteit mogelijk een concurrentieverstorende werking heeft, omdat de ondernemer een oneerlijk voordeel heeft tegenover ondernemers die wel tijdig hun belasting kunnen voldoen.¹³⁹

Uit een recent artikel van Hoogwout in het Fiscaal tijdschrift vermogen blijkt dat ook vanuit politiek Den Haag kritiek wordt geuit op de BOR. Volgens tweede kamerlid Nijboer (PvdA) is het een publiek geheim dat de BOR wordt misbruikt door hele vermogende Nederlanders om de erf- of schenkbelasting te ontlopen.¹⁴⁰ Empirisch bewijs hiervoor levert hij echter niet. Hoogwout stelt na onderzoek van de cijfers vast dat de beweringen van Nijboer onjuist zijn. Bij de verkrijging van ondernemingsvermogen moet immers erf- of schenkbelasting worden betaald voor alle bedragen boven de € 1.102.209. Hier geldt dus een effectief tarief van 3,4% in plaats van 20%(tariefgroep 1) respectievelijk 6,8% in plaats van 40%(tariefgroep 2). Bovendien wijst Hoogwout erop dat het maar de vraag is of de belastingbesparing opweegt tegen het beleggingsrisico dat naar aanleiding van het bezits- en voortzettingsvereiste moet worden gelopen. Desalniettemin heeft de Staatssecretaris toegezegd dat de commissie Bouwstenen, die voor de volgende kabinetsperiode onderzoek moet doen naar de verbetering en vereenvoudiging van het belastingstelsel, tevens de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten tegen het licht gaat houden.¹⁴¹ Hierbij komt dus ook de BOR in zijn algemeenheid aan de orde. Of dit daadwerkelijk tot een aanpassing van de regeling zal lijden zullen we moeten afwachten. De toekomst van de BOR ligt daarmee in ieder geval in de handen van het nieuwe kabinet dat in 2021 zal worden gekozen.

¹³⁷ Hoogeveen, M.J., (2011), 'Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling', dissertatie Tilburg University, paragraaf 16.5.

¹³⁸ Tigelaar-Klootwijk, Y.M. (2013), 'Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen', dissertatie Erasmus Universiteit, blz. 435.

¹³⁹ Hoogeveen, M.J., (2011), 'Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling', dissertatie Tilburg University, blz. 414.

¹⁴⁰ Hoogwout, T.C., 'Politiek 'framing' van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet', ftV 6, 2019.

¹⁴¹ Brief van 15 april 2019 Tweede Kamer der Staten-Generaal, kenmerk 2019-0000062470, 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel'.

2.8. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de systematiek van de BOR behandeld en antwoord gegeven op de volgende deelvraag: *Wanneer is volgens de Wet IB 2001 sprake van het drijven van een materiële onderneming?*

De successiewet 1956 kent een tweetal heffingsmoment. Ten eerste is belasting verschuldigd over de waarde al wat krachtens erfrecht wordt verkregen, van iemand die ten tijde van het overlijden (fictief) in Nederland woont. Ten tweede is belasting verschuldigd over al wat krachtens schenking wordt verkregen van iemand die ten tijde van de schenking (fictief) in Nederland woont. In beginsel is een belastingplichtige bij de verkrijging van een onderneming krachtens erf- of schenkrecht dus erf- of schenkbelasting verschuldigd.

Om te voorkomen dat de continuïteit van een onderneming bij bedrijfsoverdracht in gevaar zou komen heeft Nederland met ingang van 1 januari 2002 de bedrijfsopvolgingsfaciliteit opgenomen in de SW 1956. De BOF voorzag in een vrijstelling tot 75% over de waarde van het ondernemingsvermogen. Omdat de bestaande vrijstelling in de praktijk niet als toereikend werd ervaren is de BOF met ingang van 1 januari 2010 vervangen door de BOR. Met de invoering van de BOR is het vrijstellingspercentage verhoogd van 75% naar 100% voor bedragen tot € 1.102.209 en 83% over het meerdere. Hoewel in eerste instantie een vrijstellingspercentage van 90% overeen was gekomen is deze op het laatste moment per amendement gewijzigd. Voor het deel waarover wel schenk- of erfbelasting verschuldigd is kan een beroep op uitstel van betaling worden gedaan.

Het verzoek om toepassing van de BOR moet gelijktijdig met de aangifte worden gedaan en kan uiterlijk worden ingediend tot op het moment waarop de aanslag onherroepelijk vaststaat. Om te kwalificeren moet aan een drietal cumulatieve voorwaarden worden voldaan. Allereerst geldt een bezitseis. Deze eis houdt in dat de erflater gedurende één jaar tot zijn overlijden, onderscheidenlijk de schenker gedurende vijf jaar tot zijn schenken, ondernemer, medegerechtigde of aanmerkelijkbelanghouder moet zijn geweest. Ten tweede moet de verkrijger van het ondernemingsvermogen voldoen aan het voorzettingsvereiste. Hieraan wordt voldaan indien de verkrijger van het ondernemingsvermogen niet gedurende een periode van vijf jaren ophoudt winst uit onderneming te genieten, dan wel zijn verkregen aanmerkelijk belang aandelen vervreemd. Tot slot moet sprake zijn van kwalificerend ondernemingsvermogen. Hiertoe behoren onder andere het ondernemingsvermogen van een eenmanszaak, personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen.

Om zoveel mogelijk rechtsvormneutraliteit te creëren en de wetgeving zo eenduidig mogelijk te maken, heeft de wetgever voor de toepassing van de BOR gekozen aan te sluiten bij het materiële ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting. Om voor de inkomstenbelasting te kwalificeren als ondernemer moet sprake zijn van een duurzame organisatie die erop gericht is met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen. Met het oog op de exploitatie van onroerende zaken zal in mijn optiek al snel aan alle elementen van deze definitie worden voldaan. Uit de literatuur blijkt echter dat er minder duidelijkheid bestaat over de kwalificatie van de verhuur van onroerende zaken. Vaak is niet evident wanneer een persoon fiscaal belegt, dan wel onderneemt in vastgoed. Van Dijck stelt dat bij de verhuur van onroerende zaken nooit sprake kan zijn van een onderneming. De Staatssecretaris geeft aan dat steeds aan de hand van de feiten en omstandigheden moet worden beoordeeld of de activiteiten een materiële onderneming vormen. Desalniettemin zal bij de verhuur van onroerende zaken niet snel sprake zijn van het drijven van een materiële onderneming aldus de Staatssecretaris.

Uit de jurisprudentie komt naar voren dat de verhuur van onroerende zaken als belegging moeten worden aangemerkt als de bezitting slechts wordt aangehouden met het oog op het verkrijgen van de waardestijging en het rendement daarvan, zoals te verwachten bij 'normaal vermogensbeheer'. Enkel in de gevallen dat sprake is van 'meer dan normaal vermogensbeheer' kan sprake zijn van het drijven van een materiële onderneming. Van meer dan normaal vermogensbeheer is volgens de Hoge Raad sprake wanneer is voldaan aan de 'plus arbeid'-toets en de 'plus rendement'-toets. De 'plus arbeid'-

toets wil zeggen dat 'de aard en de omvang van de werkzaamheden uitgaan boven normaal vermogensbeheer'. De 'plus rendement'-toets houdt in dat 'de werkzaamheden tot doel moeten hebben een rendement te behalen dat normaal vermogensbeheer te boven gaat'. Hoewel de Hoge Raad met invoering van deze twee deeltolsten heeft gepoogd duidelijk kaders uit te zetten heeft zij de invulling van beide tolsten opengelaten. Gevolg is dat beide tolsten in de praktijk wisselend worden toegepast.

Als gevolg van de onnauwkeurigheid van de norm kan het voorkomen dat belastingplichtigen die objectief gezien in vergelijkbare situaties verkeren, toch verschillend worden behandeld. Bovendien is volgens het beginsel van rechtszekerheid vereist dat wetgeving duidelijk, kenbaar en ondubbelzinnig moet zijn. Om rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid tegen te gaan is de huidige wetgeving dus gebaat bij een duidelijkere invulling van het begrip meer dan normaal vermogensbeheer.

3. *Meer dan normaal vermogensbeheer in de praktijk*

3.1. *Inleiding*

In dit hoofdstuk zal nader onderzoek worden gedaan naar de omstandigheden die mogelijk een rol spelen bij de vraag wanneer sprake is van gekwalificeerd ondernemingsvermogen voor de BOR. In paragraaf twee zal allereerst de relevante jurisprudentie omtrent de BOR aan de orde komen. Hierbij zal een korte omschrijving van de casus gegeven worden, gevolgd door de bijbehorende rechtspraak. Voorts zal in paragraaf drie een overzicht gegeven worden van de in paragraaf twee behandelde jurisprudentie en zal ik de meest in het oog springende omstandigheden bespreken. In paragraaf vier zal aandacht besteed worden aan de omstandighedencatalogus van Te Niet. Tot slot zal in de tussenconclusie antwoord gegeven worden op de deelvraag: *Wanneer is volgens de rechtspraak voldaan aan de 'plus arbeid'- en de 'plus rendement'-toets?*

3.2. Relevante jurisprudentie

De exploitatie van onroerende zaken, waarbij de activiteiten bestaan uit de verhuur hiervan, kwalificeert enkel dan als materiële onderneming indien sprake is van ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. Aan het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ is door de Hoge Raad invulling gegeven door middel van de ‘plus arbeid’-toets en de ‘plus rendement’-toets. Door de naar mijns inziens onduidelijke invulling van deze begrippen, ontstaan veel conflicten tussen belastingplichtigen en de belastingdienst.

In het vervolg van deze paragraaf behandel ik de relevante en actuele jurisprudentie die ik van belang acht om een duidelijkere invulling aan het begrip meer dan normaal vermogensbeheer te geven. De jurisprudentie zal in chronologische volgorde aan bod komen en zal steeds gekenmerkt worden door de kwestie wanneer een onderneming, die zich bezighoudt met de verhuur van onroerende zaken, een materiële onderneming drijft en daarmee kwalificeert voor de BOR. Relevant is daarbij welke feiten en omstandigheden een terugkerend karakter hebben en mogelijk van doorslaggevende invloed zijn. Als kanttekening merk ik op dat de vastgoedmarkt in de laatste jaren sterk geprofessionaliseerd is. Oude(re) jurisprudentie moet daarom in de context van die tijd worden geplaatst.

3.2.1. Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299

Belanghebbende heeft samen met een andere vennoot (hierna: A) een vof opgericht (hierna: vennootschap) met als doelstelling de aankoop, verkoop en exploitatie van onroerende zaken. Belanghebbende hield samen met A kantoor op zijn huisadres en verzorgde persoonlijk de gehele administratie, behandeling van contracten, gerechtelijke procedures en procedures over de inning van de huur. A hield zich bezig met het werk op het gebied van onroerende zaken. Belanghebbende droeg de zorg voor de financiële kant van het werk. De panden bestaande uit een hotel-restaurant, twee winkelpanden en een woon-winkelpand werden, met uitzondering van een van de bovenwoningen, leeg opgeleverd en grotendeels met vreemd vermogen gefinancierd. Voor deze bedrijfspanden zijn huurders gezocht en gevonden. Aan belanghebbende kan bovendien gezien zijn loopbaan een behoorlijke kennis en ervaring op het gebied van ondernemen niet worden ontcijferd.

Gerechtshof Amsterdam 17 december 1980

Het Hof is op basis van de voorgaande feiten en omstandigheden tot het volgende oordeel gekomen:¹⁴²

‘Het Hof heeft geoordeeld dat belanghebbende en zijn compagnon een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid in het leven hebben geroepen welke op meer dan incidentele basis aan het maatschappelijke verkeer deelneemt en waarbij de factor arbeid, qua aard en omvang van zodanig belang is dat deze geacht kan worden ten doel te hebben het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het aan een belegger in zodanige goederen normaliter opkomende rendement te boven gaan en dat een dergelijk organisatie is aan te merken als een onderneming’.

Het Hof heeft zijn beslissing dat sprake is van een materiële onderneming gegrond op een negental feiten en omstandigheden. Allereerst neemt het Hof in overweging dat belanghebbende gedurende zijn loopbaan een behoorlijke kennis en ervaring heeft opgebouwd. De Staatsecretaris acht deze overweging niet van belang. De beslissing van het Hof zou uitsluitend gebaseerd moeten zijn op de wijze van exploitatie. De achtergronden van betrokkenen zou hierbij geen rol mogen spelen. De tweede overweging die het Hof aanvoert betreft de omstandigheid dat belanghebbende zich heeft verzekerd van de hulp van een op dit gebied deskundige compagnon. Ook dit argument wordt door de Staatssecretaris van de hand gewezen, immers zijn er ook voldoende beleggers die zich laten bijstaan door deskundigen. Hetzelfde geldt voor het derde argument waarbij het Hof het ondernemerschap

¹⁴² Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299, toelichting.

verbindt aan het startkapitaal van hfl. 75.000 wat belanghebbende en A hebben ingelegd. Dit lijkt onjuist aangezien ook beleggers in onroerende zaken in veel gevallen een aanzienlijk startkapitaal inleggen. In de ogen van de Staatssecretaris moet een verband worden gelegd tussen de omvang van het belegde vermogen en de verrichte arbeid. Het Hof geeft dus blijk van een onjuiste rechtsopvatting aangezien de suggestie wordt gewekt dat bij een groot geïnvesteerd vermogen eerder sprake is van een onderneming dan bij een klein geïnvesteerd vermogen aldus de Staatssecretaris.¹⁴³ In vierde en vijfde plaats wijst het Hof op de tijdstippen waarop de goederen zijn aangekocht. Het tijdsverloop acht de Staatssecretaris echter niet van belang. In zesde plaats overweegt het Hof dat de aankopen van de vennootschap grotendeels met vreemd vermogen zijn gefinancierd. Of de wijze van financiering een rol kan spelen bij de beoordeling of sprake is van het drijven van een onderneming blijft een punt van discussie in de literatuur. De financieringsbereidheid van banken is immers grotendeels afhankelijk van de conjunctuur en kan jaar in jaar uit verschillen. Dit hoeft mijns inziens niet van invloed te zijn op de vraag of sprake is van een onderneming. Aan de andere kant zijn banken vandaag de dag, in tegenstelling tot de banken uit de jaren tachtig, vaak minder happig particuliere beleggers van grote hoeveelheden vreemd vermogen te voorzien. Een hoog financieringspercentage zou dus iets kunnen zeggen over de intenties van de belastingplichtige. In zevende en achtste plaats is door het Hof aangevoerd dat alle panden leeg zijn opgeleverd en dat hiervoor huurders zijn gezocht en gevonden. Dit hoeft volgens de Staatssecretaris echter nog niet te betekenen dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het vinden van huurders voor leegstaande panden is in ogen van de Staatssecretaris onderdeel van de 'normale werkzaamheden' die gepaard gaan met het beleggen in vastgoed. Tot slot voert het Hof de door de vennoten omschreven taakverdeling aan.¹⁴⁴

Nu het Hof naar mening van de Staatssecretaris zijn oordeel grotendeels gegrond heeft op omstandigheden welke voor de beoordeling niet van belang zijn, is de uitspraak van het Hof naar mening van de staatssecretaris onbegrijpelijk. Desalniettemin is de Hoge Raad van mening dat het Hof geen rechtsregel heeft geschonden en wordt het cassatieberoep afgewezen. Ik kan mij vinden in de visie van de Hoge Raad, echter ben ik wel van mening dat het spijtig is dat het Hof geen duidelijk inzicht heeft gegeven welke van de negen feiten voor het Hof doorslaggevend zijn geweest.

3.2.2. Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319

Dit arrest is aan de orde geweest in paragraaf 2.4 en geeft een definitie wat volgens de Hoge Raad moet worden verstaan onder meer dan normaal vermogensbeheer. Ter volledigheid zal hieronder het volledige feitenrelaas besproken worden.

Belanghebbende is eigenaar van twee panden waar in totaal achttien kamers beschikbaar zijn voor de verhuur. Een van de panden wordt daarnaast deels bewoond door belanghebbende en zijn gezin zelf. Naast de verhuur verricht belanghebbende in beide panden verschillende soorten aanvullende werkzaamheden. Deze bestaan onder meer uit de schoonmaak van de gemeenschappelijke ruimten, het verrichten van alle voorkomende onderhoudswerkzaamheden, het innen van de huren en het verzorgen van de administratie. Daarnaast verricht belanghebbende administratieve werkzaamheden ten behoeve van derden en stelt hij incidenteel tegen vergoeding gereedschap ter beschikking.¹⁴⁵

Belanghebbende heeft zich op het standpunt gesteld dat de door hem in het onderhavige jaar ter zake van de kamerverhuur verrichte werkzaamheden, als het door hem behaalde rendement, het rendement te boven gaat wat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Als extra argument heeft belanghebbende aangevoerd dat de totale tijd die hij gedurende het jaar 1989 aan de werkzaamheden heeft besteed ruim 1430 uur bedroeg. De inspecteur heeft het standpunt ingenomen dat de voordelen die verband houden met de kamerverhuur niet dienen te worden aangemerkt als voordelen die zijn

¹⁴³ Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299, toelichting.

¹⁴⁴ Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299, toelichting.

¹⁴⁵ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, r.o.3.1.1.

behaald met meer dan normaal vermogensbeheer. Bovendien kan wat betreft de overige inkomsten, mede gelet op de geringe omvang daarvan, evenmin sprake zijn van winst uit onderneming.¹⁴⁶

Gerechtshof Amsterdam 25 mei 1993, nr. 92/558

Het Hof is tot het oordeel gekomen dat de wijze waarop belanghebbende kamers verhuurt niet als het drijven van een onderneming kan worden aangemerkt. Het Hof heeft daartoe overwogen dat de verhuur van kamers in zowel een pand elders als in de eigen woning in de omvang waarvan hier sprake is, in het algemeen is aan te merken als normaal vermogensbeheer. Het feit dat de activiteiten van belanghebbende door de verschillende instanties wel wordt aangemerkt als onderneming doet daar niks aan af aldus het Hof. Belanghebbende heeft daarnaast niet aannemelijk gemaakt dat de door hem verrichte werkzaamheden aan en in de panden meer hebben omvat dan de werkzaamheden die normaal worden opgeroepen bij kamerverhuur. De omstandigheid dat belanghebbende onderhoudswerkzaamheden niet door derden heeft laten verrichten doet hier niks aan af. Evenmin kunnen de schoonmaakwerkzaamheden leiden tot het oordeel dat sprake is van winst uit onderneming gezien het feit dat het niet ongebruikelijk is dat dergelijke werkzaamheden worden verricht bij de verhuur van kamers.¹⁴⁷

Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 775, BNB 1994/319

Tegen de uitspraak van het Hof Amsterdam op 25 mei 1993 zijn klachten opgekomen bij belastingplichtige. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de klachten in zoverre doel treffen nu het Hof bij zijn beslissing onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de aard en omvang van de door belanghebbende ter zake van de kamerverhuur verrichte werkzaamheden en of de werkzaamheden meer hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.¹⁴⁸ Aansluitend heeft de HR geformuleerd wanneer wel sprake is van ‘meer dan normaal vermogens beheer’:

‘(...) 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’.

Naar oordeel van de Hoge Raad berust de uitspraak van het Hof Amsterdam mitsdien op een onjuiste rechtsopvatting. De uitspraak van het Hof kan daarom niet in stand blijven. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak en verwijst het geding naar het Gerechtshof Den Haag.

In de noot geschreven door van Dijck stipt hij in mijn ogen terecht aan dat het Hof onterecht zijn aandacht heeft gevestigd op de brutohuuropbrengsten. De verrichte werkzaamheden door belastingplichtige hebben er immers niet toe geleid dat de brutohuuropbrengsten zijn toegenomen, enkel het nettorendement is verbeterd. Ik sluit mij aan bij van Dijck dat de begrippen ‘voordelen’ en ‘rendement’, zoals door de Hoge Raad genoemd, niets anders kunnen betekenen dan het saldo van de opbrengsten en kosten. Er moet dus gekeken worden naar het nettorendement.¹⁴⁹

Gerechtshof Den Haag 10 april 1995, nr. 94/3007, V-N 1995/2799

Het Hof Den Haag is evenwel tot het oordeel gekomen dat bij de door belanghebbende persoonlijk verrichte arbeid sprake is van werkzaamheden die gebruikelijke werkzaamheden bij de verhuur onroerend goed te boven gaan en dat belanghebbende hierbij het streven had een hoger rendement te

¹⁴⁶ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, r.o.3.1.3.

¹⁴⁷ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, r.o.3.3.

¹⁴⁸ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, r.o.3.4.

¹⁴⁹ Noot van Dijck bij Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319.

behalen. Hiermee is dus zowel voldaan aan de ‘plus arbeid’-toets als aan ‘plus rendement’-toets aldus het Hof.¹⁵⁰

Naar mijn mening heeft het Hof hier een juiste beslissing genomen. Het causale verband tussen de werkzaamheden en het behalen van een hoger rendement is hier duidelijk aanwezig. Spijtig is echter wel dat een goede onderbouwing ontbreekt. Een duidelijkere uiteenzetting van de werkzaamheden die volgens het Hof ‘gebruikelijk werkzaamheden’ te boven gaan, had handvaten kunnen bieden voor de toekomst. Het Hof heeft hier in mijn optiek dan ook een kans gemist om een duidelijke beschrijving te geven over de wijze waarop invulling dient te worden gegeven aan de begrippen ‘plus arbeid’ en ‘plus rendement’.

3.2.3. Hoge Raad 29 Mei 1996, nr. 30774, BNB 1996/232

Belanghebbende verbouwt in de jaren 1983 tot en met 1987 enkele panden die hij in eigen beheer heeft om deze geschikt te maken voor de verhuur van kamers, appartementen en winkels. De werkzaamheden zijn deels uitgevoerd door de echtgenoot van belanghebbende (hierna: A) die een onderaannemingsbedrijf uitoefent. Zijn beide zoons hebben hem hierbij geassisteerd. Met deze werkzaamheden waren 5025 arbeidsuren gemoeid. Ten aanzien van de verhuur verricht belanghebbende de volgende werkzaamheden: het schoonmaken van de hal, het trappenhuis en de keuken van een van de panden, het innen van de huren en het oplossen van problemen die huurders met de gehuurde ruimten ondervinden. De onderhouds- en reparatiewerkzaamheden werden door belanghebbende uitbesteed. In de jaren 1986, 1987 en 1989 bedroeg het nettorendement onderscheidenlijk 6,9%, 10% en 7,4%. Belanghebbende stelde dat ten aanzien van de verhuurde panden sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer en dus van het drijven van onderneming.

Gerechtshof Den Bosch 23 september 1994, nr. 92/2246

Het Hof Den Bosch heeft geoordeeld dat mede door de uitgebreide verbouwingen waarmee de aard van de inrichtingen zijn gewijzigd en het feit dat de aankoop van de panden is gefinancierd met een hypothecaire lening, door de belanghebbende voordelen uit de panden worden behaald welke aan een belegger in zodanige zaken normaal opkomende rendement te boven gaan.¹⁵¹ De inkomsten kunnen daarmee niet gezien worden als inkomen uit vermogen, maar moet gezien worden als winst uit onderneming.

Hoge Raad 29 Mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van Hof Den Bosch en verwijst het geding naar Gerechtshof Arnhem. Aanleiding is dat de uitspraak van Hof Den Bosch volgens de Hoge Raad berust op een onjuiste rechtsopvatting. De rechtsregel dat de huuropbrengsten van de betrokken panden niet tot belanghebbendes inkomsten uit vermogen gerekend kunnen worden indien door belanghebbende ten behoeve van de verbouwing en/of de verhuur van de desbetreffende panden verrichte arbeid ten doel had het behalen van voordelen uit die panden welke het aan een belegger in zodanige zaken normaliter opkomend rendement te boven gaat. Volgens de Hoge Raad moeten de verbouwing en de verhuur echter als twee aparte fasen worden beschouwd:¹⁵²

‘De stelling dat de tijdens de periode van verhuur verkregen huuropbrengsten niet tot de inkomsten uit vermogen gerekend kunnen worden op basis van feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de daaraan voorafgegane periode van verbouwing is niet juist, daar de eerste vaststelling geen direct verband houdt met de tweede’.

¹⁵⁰ Gerechtshof Den Haag 10 april 1995, nr. 94/3007, V-N 1995/2799, r.o. 7.3.

¹⁵¹ Hoge Raad 29 Mei 1996, nr. 30774, BNB 1996/232, r.o. 3.3.

¹⁵² Hoge Raad 29 Mei 1996, nr. 30774, BNB 1996/232, r.o. 6.

De tweede meervoudige belastingkamer van het Gerechtshof te Arnhem kwam tot het oordeel dat bij de door belanghebbende verrichte werkzaamheden geen sprake kan zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Het Hof is van mening dat het innen van huren en het oplossen van problemen met de huurders, werkzaamheden zijn die gebruikelijk zijn bij normaal vermogensbeheer.¹⁵³ Ook de door belanghebbende verrichte schoonmaakwerkzaamheden hebben geleid op de aard en omvang daarvan niet meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.¹⁵⁴

Uit deze serie van uitspraken komt in mijn ogen een belangrijke conclusie naar voren. Wanneer sprake is van de ontwikkeling van een pand kan een sfeerovergang plaatsvinden indien de verbouwing van een pand is afgerond. Na het afronden zal dus opnieuw moeten worden beoordeeld of de werkzaamheden die worden verricht ter zake van het verhuurde op zichzelf meer dan normaal vermogensbeheer omvatten. De verrichte werkzaamheden door belastingplichtige tijdens de ontwikkeling zijn dan niet meer van belang. Hieruit komt duidelijk de relatie tussen de werkzaamheden en het rendement naar voren. Er moet sprake zijn van werkzaamheden die 'direct' van invloed zijn op het rendement zoals bijvoorbeeld onderhoudswerkzaamheden of administratieve werkzaamheden.

3.2.4. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, V-N 2013/2650

Belanghebbende verkrijgt krachtens erfrecht uit de nalatenschap van zijn vader een aanmerkelijk belang in een Holding bv (hierna: vennootschap). De aandelen zijn voor gelijke delen aan de drie kinderen gelegateerd. Erflater heeft in zijn hoedanigheid als DGA en tevens enig werknemer tot aan zijn dood werkzaamheden voor de vennootschap verricht. Op het moment van overlijden van de erflater bestond het vermogen van de vennootschap uit een vijftiental panden die allen verhuurd zijn. De panden in bezit vertegenwoordigden een waarde van circa 1,6 miljoen euro. In de jaren 1978-2005 heeft de vennootschap in totaal 15 panden aangekocht en 7 panden verkocht. Daarnaast heeft de vennootschap in de jaren voorafgaande aan het overlijden van de erflater voornamelijk huuropbrengsten gerealiseerd.

Belanghebbende heeft zich op het standpunt gesteld dat de vennootschap ten tijde van het overlijden van de erflater een materiële onderneming dreef. Erflater heeft zich volgens belanghebbende na zijn pensioen meer dan normaal beziggehouden met de onroerend goed portefeuille. Gebruikmakend van zijn zakelijke contacten en netwerk is onroerend goed van hoge kwaliteit aangekocht wat ertoe heeft geleid dat een hoger rendement is behaald dan bij normaal vermogensbeheer behaald zou zijn. Dit hogere rendement is volgens belanghebbende mede behaald doordat hij zelf huurovereenkomsten opstelde, contact onderhield met de huurders en waar nodig nieuwe huurders zocht, voorkomende verbouwingswerkzaamheden door zijn kennis van de aannemerswereld goedkoper kon laten uitvoeren, binnen verenigingen van eigenaren een actieve rol speelde en tot slot zelf zorg droeg voor wijziging van kantoorbestemming naar woonbestemming voor een van de panden.¹⁵⁵

Rechtbank Arnhem 1 november 2012, nr. AWB 12/1375

De rechtbank komt tot het oordeel dat door belanghebbende onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de verrichte arbeid qua aard en omvang meer heeft omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. De enkele opsomming van de door erflater verrichte arbeid, zonder onderbouwing met enig geschrift, is onvoldoende meent de rechtbank. Eiser heeft daarnaast onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de bovengenoemde activiteiten dermate frequent plaatsvonden en dermate omvangrijk en renderend waren dat zij tot een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer heeft geleid. Wegens het incidentele karakter van de werkzaamheden zou volgens de rechtbank ook

¹⁵³ Hof Arnhem 22 augustus 1997, nr. 96/0821, V-N 1997/4707, r.o. 4.1.

¹⁵⁴ Hof Arnhem 22 augustus 1997, nr. 96/0821, V-N 1997/4707, r.o. 4.2.

¹⁵⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, V-N 2013/2650, r.o. 4.3.

niet zijn voldaan aan het duurzaamheidsvereiste.¹⁵⁶ De rechtbank komt dan ook tot het oordeel dat in de vennootschap geen materiële onderneming wordt gedreven en dat eiser met de verkrijging van de aandelen in die vennootschap derhalve geen recht heeft op de toepassing van de BOR.¹⁵⁷

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, V-N 2013/2650

Het Hof Arnhem-Leeuwarden bevestigt het oordeel van de Rechtbank Arnhem. Belanghebbende heeft tegenover de gemotiveerde betwisting van de inspecteur onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de door de erflater ter zake van panden verrichte arbeid qua aard en omvang normaal vermogensbeheer te boven ging. Zo heeft belanghebbende gesteld dat door het uitgebreide netwerk van de erflater kwalitatief hoogstaand vastgoed is aangekocht. Belanghebbende heeft in de ogen van het Hof echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hiermee een boven dan normaal hoog rendement is behaald. Werkzaamheden bestaande uit het onderhouden van contacten met huurders, het opmaken van huurovereenkomsten en het vervullen van een actieve rol van binnen de verenigingen van eigenaren zijn in het licht van het Hof werkzaamheden die onder de noemer normaal vermogensbeheer vallen.¹⁵⁸ Daarnaast is het eenmalig wijzigen van een kantoorbestemming in een woonbestemming in een periode van negentien jaar van aan- en verkoop van onroerend goed, dermate incidenteel dat daarmee niet gezegd kan worden dat deze activiteiten binnen materiële onderneming heeft plaatsgevonden.¹⁵⁹

In bovenstaande uitspraken komt dus zowel de rechtbank Arnhem als het Hof Arnhem-Leeuwarden tot een soortgelijke conclusie: Het niet op regelmatige basis aan- en verkopen van vastgoed en het eenmalig wijzigen van een kantoorbestemming naar een woonbestemming, is te incidenteel om van een materiële onderneming te kunnen spreken. Het aan- en verkopen van in totaal 22 panden over een periode van 27 jaar moet dus als incidenteel worden gezien. Daarnaast moet het actief zoeken van huurders en het verrichten van een actieve rol binnen verschillende verenigingen van eigenaren als activiteiten worden gezien die onder de noemer normaal vermogensbeheer thuishoren. Slechts indien door belanghebbende extra werkzaamheden worden uitgevoerd en belanghebbende ook echt aannemelijk kan maken dat deze extra werkzaamheden hebben geleid tot een hoger rendement, kan sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Hoe dit ‘aannemelijk maken’ door belastingplichtige dient te geschieden laat zowel de rechtbank als het Hof open.

3.2.5. *Gerechtshof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22*

In casu komt erflaatster in 2009 te overlijden. Zij was gehuwd met de heer Y (hierna: Y) en samen hadden zij drie kinderen A, B en C. Tot haar nalatenschap behoren aanmerkelijkbelang aandelen in diverse vennootschappen die zich bezighouden met de verhuur van onroerend goed. Ten behoeve van deze vennootschappen worden door Y en B wekelijks 25 respectievelijk 50 uur werkzaamheden verricht. Deze werkzaamheden bestaan uit het zoeken van huurders, bepalen van de huurprijzen van de gehuurde ruimten, corresponderen over huurovereenkomsten en het managen van het debiteurenbeheer, beoordelen van noodzakelijk onderhoud, overleggen met technisch beheer en de boekhouder, fungeren als vraagbaken voor huurders, onderhouden van contacten met de aannemers en gemeentelijke diensten, aanvragen van offertes en het verstrekken van bouwopdrachten, bezichtigen en beslissen over de aankoop van onroerende zaken en het onderhouden van kennis aangaande onroerend goed in verband met huurprijzen in de omgeving van de panden in de portefeuille.¹⁶⁰

Belanghebbende stelde zich daarnaast op het standpunt dat door een persoonlijke band met de huurders te onderhouden nagenoeg geen huurstonden bestaan waardoor de cashflowpositie beter is dan het geval zou zijn bij normaal vermogensbeheer. Bovendien zou in de leiding van het

¹⁵⁶ Rechtbank Arnhem 1 november 2012, nr. AWB 12/1375, r.o. 4.4.

¹⁵⁷ Rechtbank Arnhem 1 november 2012, nr. AWB 12/1375, r.o. 4.5.

¹⁵⁸ Hof Arnhem 22 augustus 1997, nr. 96/0821, V-N 1997/4707, r.o. 4.6.

¹⁵⁹ Hof Arnhem 22 augustus 1997, nr. 96/0821, V-N 1997/4707, r.o. 4.9.

¹⁶⁰ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22, r.o. 7.3.

familiebedrijf veel kennis aanwezig zijn als gevolg waarvan de vennootschappen een vooraanstaande plaats op de markt hebben weten te veroveren.

Rechtbank Den Haag 29 augustus 2012, nr. AWB 11/2988

Na oordeel van de rechtbank is belastingplichtige er niet in geslaagd aannemelijk te maken dat de activiteiten in de vennootschappen zijn gericht op het behalen van voordelen die uitgaan boven normaal vermogensbeheer. Volgens de rechtbank kan in casu geen sprake zijn van het drijven van een materiële onderneming. In haar overweging bestede de rechtbank mede aandacht aan de omstandigheid dat binnen het familiebedrijf veel kennis aanwezig was:¹⁶¹

‘Daartoe overweegt de rechtbank dat de omstandigheid dat de leiding van de vennootschappen over veel expertise en ervaring beschikt, wellicht maakt dat het familiebedrijf een vooraanstaande positie inneemt op de markt van de exploitatie van onroerende zaken, maar daarmee heeft eiser nog niet aannemelijk gemaakt dat op basis daarvan voordelen te verwachten waren die het bij een normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan’.

De rechtbank gaat daarnaast in op de door B verrichte activiteiten. Deze zouden niet namens maar in opdracht van de vennootschappen worden verricht. In zoverre onderscheiden deze vennootschappen zich volgens de rechtbank dat ook niet van de particuliere belegger die het onderhoud door derden laat verrichten.

Gerechtshof Den Haag 20 december 2013, BK-12/00757, V-N 2014/8.22

Het Hof komt in zijn uitspraak in tegenstelling tot de rechtbank tot het oordeel dat wél sprake is van het drijven van een materiële onderneming. Van beleggen in vermogen is volgens het Hof enkel dan sprake indien het bezit van de vermogensbestanddelen erop is gericht waardeinstijgingen en rendement te verkrijgen die bij normaalvermogensbeheer kunnen worden verwacht. Daarvan is hier volgens het Hof geen sprake. Op grond van de stukken stelt het hof vast dat aan de onroerende zaken een aanzienlijke waarde van vele miljoenen moet worden toegekend en dat de onroerende zaken bestaan uit een omvangrijke en diverse vastgoedportefeuille.¹⁶² Voorts overweegt het Hof:¹⁶³

‘(...) dat het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, gelet ook op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken, dat bij de vennootschappen sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer. Het Hof neemt hierbij in aanmerking dat Y en B jarenlange ervaring en expertise hebben ten aanzien van de werkzaamheden ten behoeve van de onroerendgoedportefeuille. Bovendien stelt het Hof vast dat door hun persoonlijke betrokkenheid bij de huurders een hoger rendement op het vermogen wordt behaald dan anders het geval zou zijn’.

Dat alles kan volgens het Hof tot geen andere conclusie leiden dan dat het onroerend goed op commerciële wijze wordt geëxploiteerd met het doel daarmee winst te behalen. De overweging dat de door B verrichte werkzaamheden niet namens maar in opdracht van de vennootschappen worden verricht doet daar volgens het Hof niet aan af.

Hoogeveen geeft aan moeite te hebben met het oordeel van het Hof.¹⁶⁴ Volgens haar zijn veel feiten onduidelijk en is ook de relatie tussen de feiten onvoldoende naar voren gekomen. Bovendien gaat het volgens Hoogeveen om normale werkzaamheden die horen bij de verhuur van onroerend goed. Tussen de regels door valt te lezen dat het Hof de omvang van de verrichte arbeid ‘veel acht’, echter blijft onduidelijk hoe groot de portefeuille in casu daadwerkelijk is. Hierdoor is het volgens Hoogeveen onmogelijk een waardeoordeel te geven. Indien het drie panden betreft lijkt 75 uur veel,

¹⁶¹ Rechtbank Den Haag 29 augustus 2012, nr. AWB 11/2988, punt 16.

¹⁶² Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22, r.o. 7.3.

¹⁶³ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22, r.o. 7.5.

¹⁶⁴ Hoogeveen, M.J., ‘Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed’, *FBN* 2014/10-46.

gaat het echter om 30 panden zou men wellicht tot een andere conclusie komen. De omvang van de arbeid zou dus gekoppeld moeten worden aan de omvang van het vermogen aldus Hoogeveen.

Het Hof kent daarnaast veel waarde toe aan de kwaliteit van de arbeid en met name aan de expertise en ervaring van de werknemers. Ook de goede relatie met huurders, nu deze mede de oorzaak is van de lage leegstand en het ontbreken van huurachterstanden, lijkt van invloed. Opmerkelijk is naar mijn mening dat de rechtbank van oordeel is dat belastingplichtige onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de goede relatie met de huurders ook daadwerkelijk tot gevolg heeft gehad dat hogere rendementen zijn behaald. Het Hof doet deze aanname desalniettemin wel, zonder dat daarvoor door belastingplichtige extra bewijs is geleverd.¹⁶⁵

Hoewel de Staatssecretaris tegen de uitspraak in cassatie is gegaan heeft hij zijn pro-formacassatieberoepsschrift op een later moment weer ingetrokken. Als reden hiervoor geeft de Staatssecretaris aan dat niet kan worden vastgesteld dat de door het Hof vastgestelde feiten berusten op een onjuiste rechtsopvatting. Het is naar zijn mening niet mogelijk in cassatie op te komen tegen de aan de rechter voorbehouden waardering van bewijsmiddelen. De Staatssecretaris benadrukt daarbij echter nogmaals dat dit soort zaken bij uitstek sterk afhangen van de feiten en omstandigheden van het geval.¹⁶⁶

3.2.6. *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/19.18*

In casu schenkt vader van belanghebbende (hierna: E) één aandeel behorende tot zijn aanmerkelijk belang in een bv (hierna: vennootschap) die voornamelijk bestaat uit het verhuren van bedrijfspanden en woonhuizen.¹⁶⁷ De vennootschap heeft gemiddeld 20 tot 25 onroerende zaken in eigendom met een waarde die ligt tussen de vijf en zes miljoen. De onroerende zaken zijn tot circa twee miljoen gefinancierd met vreemd vermogen. De totale huuropbrengsten bedragen jaarlijks circa € 300.000. Volgens belanghebbende voert de vennootschap een groot aantal werkzaamheden zelf uit. Deze werkzaamheden bestaan uit verkoopactiviteiten van vakantiewoningen in Turkije, het voeren van onderhandelingen met banken over nieuwe financieringen, het voeren van onderhandelingen met huurders over huurcondities, de aankoop van grond en het verrichten van marktonderzoek naar een goede huurdersmarkt, het veelvuldig kopen, bouwen en verbouwen van panden, het participeren voor 5% in een vof, het voeren van de administratie en uitvoeren van projectontwikkelingsactiviteiten. Thans geeft belanghebbende in haar pleitnota een aantal voorbeelden van projecten die de vennootschap heeft uitgevoerd. Cruciaal is aldus belanghebbende dat E altijd makelaar/taxateur is geweest en daarmee bijzondere expertise heeft. Daarnaast beschikt hij over een zeer uitgebreid netwerk in de regio. Belanghebbende besteedt wekelijks minimaal 30 uren aan zijn werkzaamheden ten behoeve van de vennootschap. De vennootschap heeft in de jaren 2008 t/m 2011 bovendien een gemiddeld resultaat gehaald van € 140.000.

Rechtbank Arnhem 5 maart 2013, nr. AWB 12/1097, V-N 2013/20.18

De Rechtbank komt tot het oordeel dat belanghebbende, tegenover de gemotiveerde betwisting van de inspecteur, onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de ten behoeve van de vennootschap verrichte arbeid qua aard en omvang normaal vermogensbeheer te boven ging. Het verrichten van onderhoud en het voeren van onderhandelingen met huurders behoort volgens de rechtbank tot de gebruikelijke werkzaamheden bij de verhuur van onroerende zaken. Belanghebbende heeft daarnaast niet aannemelijk gemaakt dat de verbouwingswerkzaamheden een zodanige omvang hadden dat van een ondernemingsactiviteit gesproken kan worden. Daarbij neemt de rechtbank mede in overweging dat voor 2011 slechts één verbouwing heeft plaatsgevonden, waarvoor ook nog eens derden zijn ingeschakeld. De rechtbank is verder van oordeel dat belanghebbende haar stelling dat E circa 30 uur per week werkzaamheden verricht onvoldoende heeft onderbouwd. De beloning van € 15.000 op jaarbasis sluit volgens rechtbank niet aan bij het aantal gewerkte uren. Met betrekking tot de stelling

¹⁶⁵ Hoogeveen, M.J., 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed', *FBN* 2014/10-46.

¹⁶⁶ Toelichting staatssecretaris van 28 maart 2014, nr. DGB 2014-1075, *NTFR* 2014/1391.

¹⁶⁷ Rechtbank Arnhem 5 maart 2013, nr. AWB 12/1097, V-N 2013/20.18.

dat sprake is geweest van bovengemiddeld rendement is de rechtbank van mening dat een schriftelijke onderbouwing met verifieerbare gegevens ontbreekt. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is de rechtbank van oordeel dat gedurende 2011 in de vennootschap geen materiële onderneming is gedreven.¹⁶⁸

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/19.18

Het Hof komt ook in deze zaak tot een ander oordeel dan rechtbank. Het Hof is in tegenstelling tot de rechtbank en de inspecteur van oordeel dat de aard en de omvang van de door E verrichte werkzaamheden onmiskenbaar ten doel hebben gehad een hoger rendement te behalen dan een belegger zou nastreven. Het Hof heeft daarbij overwogen dat niet is weersproken dat E door zijn werkzaamheden als makelaar nog steeds onderdeel is van een groot zakelijk netwerk die hij gebruikt om projecten te realiseren. Naast de reeds bestaande omvangrijke onroerend goed portefeuille, zijn het met name de aard en de omvang van deze portefeuille die volgens het Hof duidelijk maken dat de daarmee gemoeide arbeid gericht is op het behalen van een hoger rendement.¹⁶⁹ Het Hof kent daarbij ook gewicht toe aan de omstandigheid dat een deel van de onroerend goed portefeuille met vreemd vermogen is gefinancierd en dat E de bouw van een bedrijfsverzamelgebouw heeft laten verrichten door derden waarbij hij zelf als bouwopzichter heeft opgetreden. De door de inspecteur en belanghebbende aangeleverde stukken, waarmee moest worden aangetoond dat een hoger/niet hoger dan normaal rendement is behaald, worden door het Hof slecht als beperkt bruikbaar geacht. Hiervoor zijn volgens het Hof twee oorzaken te noemen. Ten eerste zijn de vergelijkingsrendementen niet behaald bij naar aard en omvang vergelijkbare activiteiten als die van E. Ten tweede hoeft een verwachting dat meer dan normaal vermogensrendement wordt behaald nog niet te zijn neergeslagen in reeds behaalde resultaten. Dit kan immers ook zijn uitwerking hebben in de toekomstig te behalen resultaten.¹⁷⁰

Hoewel ik mij kan vinden in het oordeel van het Hof dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer met het oog op de projectontwikkelingsactiviteiten, is het naar mijn mening opvallend dat niet apart aandacht wordt besteed aan de verhuuractiviteiten van belanghebbende. In praktijk zou een dergelijke benadering mogelijk nadelig kunnen uitwerken voor de fiscus. Een belastingplichtige die een vastgoedportefeuille bezit en waarbij sprake is van normaal vermogensbeheer, kan om toegang te krijgen tot de BOR in de jaren voorafgaand aan de overgang participeren in de ontwikkeling van onroerende zaken. Op deze wijze drijft hij volgens het Hof voor zijn gehele portefeuille een onderneming. Dit lijkt mij een ongewenste uitwerking.

Na het toetsen van de projectontwikkelingsactiviteiten gaat het Hof in op de vergelijking tussen de behaalde rendementen en de vergelijkingsrendementen. Belanghebbende had voor de vergelijking aangesloten bij het spaarrendement, waarbij de inspecteur aansloot bij de ROZ/IPD Nederlandse vastgoed Index. Het Hof heeft deze vergelijkingen beperkt bruikbaar geacht. Ik kan mij vinden in de motivatie van het Hof dat het moeilijk is om het rendement van onroerend goed portefeuilles te vergelijken die niet hetzelfde zijn. Desalniettemin zou een goed vergelijkingsrendement in mijn ogen mogelijk een hoop rechtszekerheid kunnen bieden aan de belastingplichtigen. Welke rendement daarbij als maatstaf genomen zou moeten worden, blijft een lastige discussie. Bovendien is onduidelijk hoe moet worden omgegaan met werkzaamheden die pas in de toekomst voor een hoger rendement zullen zorgen.

3.2.7. Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, V-N 2016/24.12

In casu ontvangt belanghebbende een schenking van zijn ouders die bestaat uit 1/100-ste deel van een certificaat van een stichting (hierna: stichting J).¹⁷¹ Stichting J houdt op zijn beurt weer 100% van

¹⁶⁸ Rechtbank Arnhem 5 maart 2013, nr. AWB 12/1097, V-N 2013/20.18., overwegingen van de rechtbank.

¹⁶⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr.13/000473, V-N 2014/19.18, r.o. 4.7.

¹⁷⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr.13/000473, V-N 2014/19.18, r.o. 4.8.

¹⁷¹ Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, V-N 2016/24.12.

de aandelen in K bv. K bv bezit (middellijk) 350 onroerende zaken die veelal bestaan uit verhuurde winkelpanden. Het overgrote deel van de portefeuille is gefinancierd met vreemd vermogen. In de aangifte is de schenking gewaardeerd op een waarde van € 20.000. Dit is gebaseerd op een totale waarde van € 100.000.000 van K bv. De inspecteur stelt de waarde van K bv op € 178.811.00 waardoor de schenking € 35.762 bedraagt. K bv bezit naast een groot aantal andere deelnemingen een deelneming van 50% in W bv. W B bv is op zijn beurt weer (indirect) aandeelhouder in een groot aantal rechtspersonen naar Nederlands of buitenlands recht.¹⁷² K bv heeft zelf geen personeel in dienst. W bv daarentegen heeft zestien personen in dienst die deels ook werkzaamheden voor K bv verrichten. W bv bestaat uit een juridische, een commerciële en een administratieve afdeling en bovendien een eigen technische dienst. De gewerkte uren voor K bv worden doorbelast. Het klein tot middelgroot onderhoud wordt door de technische dienst uitgevoerd. Grootschalige verbouwingen worden uitbesteed waarbij wel toezicht wordt gehouden door medewerkers van W b. Op projectbasis worden daarnaast nog deskundigen ingehuurd voor advies.¹⁷³ De werkzaamheden van de hele groep bestaan naast de verhuur van onroerende zaken volgens belanghebbende uit de aankoop, verkoop, ontwikkeling en herontwikkeling, alsmede korte termijnhandel in onroerende zaken.¹⁷⁴ Hiervoor worden in de onderneming eigen arbeidskrachten, specialistische kennis, capaciteiten en relaties ingezet. Sinds het intreden van belanghebbende in 1990 is er sprake van een aanzienlijke groei van de waarde van het onroerend goed en een grote waardestijging van de aandelen.

Rechtbank Gelderland 10 september 2013, nr. AWB-12_6469a, NTFR 2015/1743

Naar het oordeel van de rechtbank heeft belanghebbende niet aannemelijk gemaakt dat K bv met haar volledige vermogen een onderneming drijft. De rechtbank stelt daarbij voorop dat K bv een complexe concernstructuur kent waardoor onvoldoende inzicht is geboden in de feitelijke werkzaamheden van iedere vennootschap binnen het concern. Bovendien is onvoldoende duidelijk geworden welke invloed K bv uitoefent in de bedrijfsvoering van de tot het concern horende vennootschappen. Voor zover belanghebbende heeft gewezen op de hoeveelheid arbeid die verricht wordt, kan volgens de rechtbank inderdaad worden toegegeven dat een personeelsbestand van achttien personen op zich een aanwijzing zou kunnen vormen voor ondernemingsactiviteiten. Belanghebbende heeft in ogen van rechtbank echter onvoldoende helderheid kunnen verschaffen over de plaatsen binnen het concern waar de werkzaamheden worden verricht en door wie het personeel wordt aangestuurd. Daarnaast staat de omvang van de loonkosten in schril contrast tot het totale geïnvesteerde vermogen. Belanghebbende heeft daarmee in de ogen van de rechtbank onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de factor arbeid, van zowel het personeel als van belanghebbende zelf, qua aard en omvang van zodanig belang is dat deze tot doel heeft het behalen van voordelen die een rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaan. Het feit dat sprake is van een aanzienlijk vermogen kan niet zonder meer leiden tot de conclusie dat ook sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer aldus de rechtbank.¹⁷⁵

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 Mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/1159

Het Hof is bovenstaande casus in tegenstelling tot de rechtbank wel tot het oordeel gekomen dat de in het kader van de exploitatie van onroerende zaken te verrichten of verrichte arbeid qua aard en omvang meer moet hebben omvat dan wat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Hierbij is de kennis en ervaring van werknemers en de verbouwingen, die weliswaar door derden zijn uitgevoerd maar waarop toezicht wordt gehouden, in overweging genomen. Het Hof merkt daarbij nog op dat de inspecteur zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat alleen de door de eigen werknemers verrichte arbeid in beschouwing moet worden genomen. Ook werkzaamheden die weliswaar zijn uitbesteed maar waarop toezicht wordt gehouden moeten volgens het Hof in ogenschouw worden genomen. Het Hof is bovendien in tegenstelling tot de inspecteur tot de conclusie gekomen dat niet

¹⁷² Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, V-N 2016/24.12. r.o. 2.10.

¹⁷³ Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, V-N 2016/24.12. r.o. 2.16.

¹⁷⁴ Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, V-N 2016/24.12. r.o. 3.2.

¹⁷⁵ Rechtbank Gelderland 10 september 2013, nr. AWB-12_6469a, NTFR 2015/1743, r.o. 4.4.

alleen gekeken moet worden naar het directe rendement maar ook naar het indirecte rendement, zijnde de waardeinstijging van de onroerende zaken. Zowel beleggers als ondernemers zullen volgens het Hof bij de aankoop van een onroerende zaak ook bezien of er mogelijk een waardeinstijging in het verschiets ligt. Een rendement van 20% is naar oordeel van het Hof bovendien altijd meer dan een bij normaal vermogensbeheer opkomend rendement. Het door de inspecteur gehanteerde vergelijkingsrendement zoals vermeld in de ROZ/IPD Nederlandse Vastgoedindex is volgens het Hof onbruikbaar omdat geen rekening wordt gehouden met de wijze waarop de onroerende zaken zijn gefinancierd.

Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, V-N 2016/24.12

In cassatie onderschrijft de Hoge Raad de uitspraak van het Hof. Het oordeel van het Hof dat het concern gelet op de vastgestelde feiten en omstandigheden met zijn gehele vermogen een materiële onderneming drijft, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting aldus de Hoge Raad. Het Hof heeft de exploitatie-activiteiten van bv K getoetst aan het arrest Hoge Raad 17 augustus 1994 nr. 29744, BNB 1994/319 en dat is correct. De feiten op basis waarvan het Hof oordeelt dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, kunnen door de Hoge Raad niet meer op juistheid worden getoetst.

Ik kan mij in tegenstelling tot het oordeel van de rechtbank vinden in de uitspraak van het Hof dat er in deze casus sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Gelet op de feiten en omstandigheden is het in mijn ogen duidelijk dat een normale belegger de werkzaamheden die in casu worden verricht nooit zelf zou kunnen verrichten. Ook Rozendal is deze mening toegedaan. Op het oordeel van het Hof ten aanzien van de aard en omvang van werkzaamheden valt volgens hem dan ook weinig af te dingen. Jammer is wel dat het Hof nalaat om een duidelijke uiteenzetting te geven van de werkzaamheden, anders dan het feit dat er achttien werknemers zijn die diverse werkzaamheden verrichten. Tot slot wijst het Hof wederom op het feit dat de ROZ/IPD Nederlandse Vastgoedindex niet bruikbaar is. Opvallend is dat het Hof het daadwerkelijk behaalde rendement van K bv lijkt te vergelijken met een – niet vastgesteld – rendement dat normaal vermogensbeheer te boven gaat.¹⁷⁶ De vraag blijft dus met welk rendement moet worden vergeleken.

3.2.8. Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, NTFR 2017/671

In casu ontvangen belanghebbenden krachtens erfrecht aandelen in beleggingsmaatschappij bv B (hierna: vennootschap). De vennootschap was aanvankelijk een beleggingsmaatschappij maar na 1999 hebben de activiteiten zich meer gericht op projectontwikkeling. Tot het vermogen van de vennootschap behoorden ten tijde van het overlijden van de erflater het economische eigendom van diverse onroerende zaken die door de broer van erflater en door de erflater zelf ontwikkeld zijn in opdracht van de broer van de erflater. Bovendien bestaat het vermogen uit drie bedrijfsverzamelgebouwen die in eigen beheer van de vennootschap zijn ontwikkeld en drie units van bedrijfspanden die zijn aangekocht van een projectontwikkelaar. De onroerend goed portefeuille is grotendeels met vreemd vermogen gefinancierd. Volgens de jaarrekening zijn in 2010 geen onroerende zaken verkocht, geen grote projecten gerealiseerd en geen grote renovaties of onderhoud verricht. De werkzaamheden van de vennootschap bestaan uit de verhuur van bedrijfsruimten, woningen en garages, het voeren van de administratie, het huurdersbeheer, het managen van nalatige huurders, het onderhouden van contacten met aannemers en gemeenten, het aansturen van mensen voor reparaties, het beoordelen van het onderhoud van de panden, de aankoop van grond of gebouwen en het ontwikkelen en realiseren van nieuwe projecten. Bij deze projecten gaat het veelal om zakelijke onroerend goed projecten die afhankelijk van de marktpositie voor de verkoop of verhuur op de markt worden gebracht. De werkzaamheden worden deels door belanghebbenden zelf verricht. Voor het overige schakelen zij werknemers in op basis van een nulurencontracten. Uit de

¹⁷⁶ Commentaar op het arrest Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, NTFR 2015/1743.

aangiften van de jaren 2008, 2009 en 2010 blijkt dat de personeelskosten € 26.176, € 22.476 respectievelijk € 16.821 bedroegen.¹⁷⁷

Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, nr. 14/201 en 14/202, NTFR 2015/1164

Naar oordeel van rechtbank kan niet anders geoordeeld worden dat de werkzaamheden van dien aard zijn dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. In haar overweging heeft de rechtbank mee laten wegen dat de projectontwikkelingsactiviteiten dusdanig ingrijpende verbouwingen aan pand Z hebben omvat, dat deze normaal vermogensbeheer overstijgen. De rechtbank neemt mee in haar overwegingen dat op overlijdensdatum de boekwaarde van het onroerend goed ruim twee miljoen betrof, waarvan circa € 1,75 miljoen met vreemd vermogen was gefinancierd. Bij normaal vermogensbeheer zouden banken een dergelijk hoge financiering niet toestaan aldus de rechtbank. De rechtbank is voorts van oordeel dat de arbeid die door belanghebbenden is verricht kwalificeert als meerarbeid die is gericht op het behalen van meer rendement dan bij normaal vermogensbeheer verwacht kan worden.¹⁷⁸

Gerechtshof Den Haag 1 juli 2016, nr. BK-14/00838 en BK-14/00839, NTFR 2016/1964

In tegenstelling tot de rechtbank oordeelt het Hof dat geen gebruik kan worden gemaakt van de BOR omdat sprake is van een verkrijging van aandelen in een vennootschap waarin geen materiële onderneming wordt gedreven. In haar overweging is het Hof in tegenstelling tot de rechtbank van mening dat de werkzaamheden die in de vennootschap opkomen overeenkomen met de normale werkzaamheden die moeten worden verricht bij de verhuur van onroerende zaken. Aan de ontwikkelingsactiviteiten uit het verleden moeten volgens het Hof een beperkte waarde worden toegekend. Deze zijn niet alleen al te lang geleden verricht, ook kunnen de werkzaamheden niet als volledige projectontwikkeling worden gezien omdat de meeste werkzaamheden voor rekening en risico van een derde zijn gekomen. Over de projectontwikkelingsactiviteiten uit het recente verleden is volgens het Hof onvoldoende inzicht gegeven over de daarmee gepaard gaande financiële middelen. Het Hof trekt aldus in twijfel of het daarbij om substantiële activiteiten gaat.

Rozendal zet in mijn ogen terecht vraagtekens bij de uitspraak van het Hof. Volgens hem hadden op zijn minst de projectontwikkelingsactiviteiten als onderneming moeten worden aangemerkt. Uit de aangeleverde stukken door belastingplichtigen blijkt dat de vennootschap in de periode 2003 – 2012 in totaal 39 units heeft ontwikkeld. Dat het daarbij geen aangesloten periode betrof is door de economische crisis niet verwonderlijk aldus Rozendal. Daarnaast heeft Hof niet gekeken naar de ontwikkelingsactiviteiten zelf, maar enkel naar de omvang van de activiteiten ten opzichte van de overige activiteiten binnen de vennootschap. Ook een in omvang beperkte activiteit kan op zichzelf gezien een ondernemingsactiviteit zijn.¹⁷⁹

Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, NTFR 2017/671

De Hoge Raad lijkt gehoor te hebben gegeven aan het commentaar van Rozendal. Hoewel het Hof volgens de Hoge Raad is uitgegaan van een juiste aanname over het begrip onderneming, heeft het Hof onterecht geoordeeld dat ook de ontwikkelingsactiviteiten niet kunnen worden aangemerkt als materiële onderneming. Aan dat oordeel ligt de onjuiste rechtsopvatting ten grondslag dat de omvang van de ontwikkelingsactiviteiten, ten opzichte van de overige activiteiten van de vennootschap, te beperkt zijn om hieraan betekenis toe te kennen. Doorslaggevend is echter of de ontwikkelingsactiviteiten op zichzelf beschouwd kunnen worden als een materiële onderneming. Gezien de verkeerde opvatting van het Hof kan de uitspraak niet in stand blijven aldus de Hoge Raad. De zaak wordt verwezen naar Hof Amsterdam voor hernieuwd onderzoek naar de vraag of de

¹⁷⁷ Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, NTFR 2017/671, r.o. 2.1 t/m 2.1.5.

¹⁷⁸ Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, nr. AWB-14_1201, NTFR 2015/1164, r.o. 1.

¹⁷⁹ Commentaar bij uitspraak Hof Den Haag 1 juli 2017, nr. BK-14/00838 en BK-14/00839, NTFR 2016/1964.

ontwikkelingsactiviteiten op zichzelf gezien kunnen worden aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 35c SW.¹⁸⁰

Gerechtshof Amsterdam 3 juli 2018, nr. 17/00327, V-N 2018/1948

Uiteindelijk trekken belanghebbenden aan het kortste eind. Hof Amsterdam oordeelt dat de ontwikkelingsactiviteiten van de vennootschap niet kunnen kwalificeren als een materiële onderneming. Het Hof sluit daarbij aan bij het uitgangspunt van Hof Den Haag dat de ontwikkelingsactiviteiten van voor 2009 te ver verwijderd zijn van overlijdensdatum. Ten opzichte van de ontwikkelingsactiviteiten van het bedrijfsverzamelgebouw in 2011/2012 oordeelt het Hof eveneens dat geen sprake is van een onderneming. De vennootschap heeft grond aangekocht met als doel daar een bedrijfsverzamelgebouw te ontwikkelen. Noch de vennootschap noch de belanghebbenden hebben daarvoor meer dan normale arbeid hoeven verrichten voor het verkrijgen van de vergunningen of voor een wijziging van het bestemmingsplan. Weliswaar heeft de vennootschap de ruwbouw in eigenbeheer ontwikkeld, echter hebben belanghebbenden niet aannemelijk gemaakt dat de hiervoor verrichte arbeid meer dan van incidentele aard was. Het Hof is dan ook van mening dat de hiermee gepaard gaande werkzaamheden niet meer hebben omvat dan de gebruikelijke werkzaamheden voor onderhoud, verhuur en verkoop van onroerend goed.¹⁸¹

Opvallend is mijns inziens dat het Hof wederom terugvalt op de redenering dat geen waarde toegekend hoeft te worden aan de ontwikkelingsactiviteiten die 'te ver van de overlijdensdatum' zijn gelegen. Zoals reeds eerder door Rozendal benoemd is een onderbreking van de ontwikkelingsactiviteiten niet verwonderlijk gezien de economische crisis die destijds plaats had. Bovendien is het gezien het hoge financieringspercentage van de vennootschap heel goed mogelijk dat banken er niet happig op waren financieringen te verlenen. Dat hoeft in mijn ogen niet te betekenen dat geen onderneming meer wordt gedreven. Daarbij veronderstelt de aanwezigheid van een onderneming duurzaamheid, een langere periode in aanmerking nemen zou daarbij beter aansluiten.

3.2.9. Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, V-N 2017/62.20

In casu verkreeg belanghebbende één certificaat in D bv (hierna: vennootschap) van de oprichter van de vennootschap (hierna: C). De activiteiten van de vennootschap bestaan uit projectontwikkeling, bouw, verbouw en afbouw van vastgoed en de verhuur van vastgoed uit verschillende categorieën. De vennootschap heeft zeven actieve werknemers waaronder drie kinderen van C. Zij zijn allen geschoold en ervaren. De zonen van C, waaronder belanghebbende, waren op het moment van schenking allen reeds langer dan 36 maanden werkzaam in de vennootschap. De gehele werktijd van al het personeel tezamen bedraagt 5,3 voltijdseenheden. In de periode 2008 t/m 2014 zijn er negen objecten ter waarde van € 7.750.000 aangekocht en zes objecten ter waarde van € 6.635.000 verkocht. Bovendien is één nieuwbouwproject gerealiseerd dat onder toezicht van de vennootschap is opgeleverd en in eigen beheer is afgebouwd en ingericht. Verder zijn zestien objecten verbouwd om deze geschikt te maken voor verschillende activiteiten. Tot slot heeft de vennootschap in 2016 opdracht gegeven tot de nieuwbouw van twee gecombineerde kantoor-bedrijfspanen waarvoor de grond ter waarde van € 800.000 reeds in eigendom was van de vennootschap.¹⁸²

Belanghebbende stelt zich op standpunt dat de projectontwikkelingsactiviteiten met de verhuuractiviteiten verweven zijn en daarom ook onder de BOR moeten vallen. De huurinkomsten worden immers deels aangewend om de projectontwikkeling te financieren aldus belanghebbende. Volgens de inspecteur mogen alleen vermogensbestanddelen die zien op projectontwikkeling en bouwactiviteiten worden aangemerkt als ondernemingsvermogen en vermogensbestanddelen die zien op verhuuractiviteiten niet.

¹⁸⁰ Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, NTFR 2017/671, r.o. 2.3.1.

¹⁸¹ Hof Amsterdam 3 juli 2018, nr. 17/00327, V-N Vandaag 2018/1948, r.o. 4.8.

¹⁸² Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, V-N 2017/62.20, r.o. 2.1 t/m 2.25.

Naar oordeel van de rechtbank is belanghebbende niet in geslaagd om aan de op hem rustende bewijslast te voldoen. Belanghebbende heeft noch door middel van urenregistratie noch anderszins kunnen onderbouwen in welke mate de werknemers arbeid hebben verricht voor de verhuuractiviteiten dan wel voor de projectontwikkelingsactiviteiten. Onduidelijk is gebleven in hoeverre arbeid is verricht die naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft gehad een rendement te behalen dat normaal actief vermogensbeheer te boven gaat. Voorts kan de rechtbank zich niet vinden in de stelling van belanghebbende dat geen onderscheid gemaakt kan worden tussen de projectontwikkeling/bouwactiviteiten enerzijds en vastgoed dat dienstbaar is aan verhuuractiviteiten anderzijds.

Volgens Rozendal lijkt de uitspraak goed te billijken al zijn de feiten zoals deze zijn weergegeven in de uitspraak zeer summier. Onduidelijk is bijvoorbeeld hoe de rechtbank de omvang van de dienstbetrekkingen van de werknemers heeft gewogen. Gezien de 5,3 voltijdseenheden worden toch 212 uren per week besteed aan de werkzaamheden. Nu geen informatie beschikbaar is over de omvang van de portefeuille, is moeilijk in te schatten hoe de omvang van de arbeid zich verhoudt tot de omvang van de vastgoedportefeuille.¹⁸³

Belanghebbende heeft de boodschap van de rechtbank ter harte genomen en een uitgebreid overzicht van de werkzaamheden toegevoegd. Het resultaat is dat anders dan de inspecteur en de rechtbank het Hof van oordeel is dat de vennootschap met haar gehele vastgoedportefeuille een materiële onderneming drijft. Hiervoor brengt het Hof een rangschikking van vijf categorieën aan: projectontwikkeling, bouwactiviteiten, business centers, bedrijfsverzamelgebouwen en standalone-units. Met 48 projecten, 18 panden en twee bouwkavels vertegenwoordigd de vastgoedportefeuille een aanzienlijke waarde van ruim € 24 miljoen. Met betrekking tot de projectontwikkeling en bouwactiviteiten heeft de inspecteur de BOR reeds van toepassing verklaard. Hiermee gaat 18% van de arbeidscapaciteit van de directe staf gepaard. De overige 82% arbeidscapaciteit worden aangewend voor het rendabel maken van het vastgoed. Het hof is van oordeel dat deze arbeid naar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft gehad het behalen van voordelen die normaal vermogensbeheer te boven gaan. De behaalde rendementen zijn, afgezet tegen de zowel door belanghebbende als door de inspecteur aangedragen ROZ/IPD Nederlandse Vastgoedindex afkomstige rendementscijfers, overtuigend hoger aldus het Hof. Voorts heeft het Hof het intensieve en op lange termijn gerichte relatiebeheer meegenomen in haar overweging.¹⁸⁴

De Redactie Vakstudie Nieuws benadrukt in mijn ogen terecht weer eens het belang van een goede en gedetailleerde onderbouwing van het ingenomen standpunt door zowel de belastingplichtige als de inspecteur.¹⁸⁵ Hoewel de bewijslast bij de belastingplichtige ligt moet ook de inspecteur zijn of haar standpunt goed onderbouwen. In bovenstaande zaak komt dit wederom duidelijk naar voren. Belanghebbende heeft het behaalde rendement bepaald door het directe en indirecte rendement te delen op de WOZ-waarde van het vastgoed. De uitkomst is vervolgens vergeleken met de sector- en subsectorspecifieke rendementscijfers van de ROZ/IPD Nederlandse Vastgoedindex. Of dit een goede vergelijking is kan in twijfel worden getrokken aangezien de ROZ/IPD Vastgoed Index niet de WOZ-waarde als uitgangspunt neemt maar een voorgeschreven taxatie. De inspecteur heeft het Hof hierop gewezen, echter wegens het ontbreken van een deugdelijke onderbouwing heeft het Hof hier geen gehoor aan gegeven.

¹⁸³ Commentaar bij uitspraak Rechtbank Den Haag 15 juli 2016, nr. 15_5875, *NTRF* 2016/2837.

¹⁸⁴ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, *V-N* 2017/62.20, r.o. 5.3 t/m 5.6.

¹⁸⁵ Noot bij uitspraak Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, *V-N* 2017/62.20.

3.2.10. Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/00030, V-N Vandaag 2018/869

Belanghebbende heeft in casus door een schenking van zijn ouders één aandeel verkregen in een bv (hierna: vennootschap). De vennootschap neemt via diverse maatschappen deel in de exploitatie van vastgoed. De werkzaamheden van deze maatschappen bestaan onder meer uit het zelf ontwikkelen en exploiteren van winkelcentra, grootschalige kantoorgebouwen, bedrijfspanden, winkels en vakantieparken in Duitsland.

Rechtbank Den Haag 1 december 2016, nr. AWB-16_2213

De rechtbank is van oordeel dat het totaal aan werkzaamheden dat de vennootschap verricht bestemd is om een rendement te behalen dat normaal vermogensbeheer te boven gaat. In haar overweging heeft de rechtbank meegewogen dat aan de activiteiten tot en met 2007 geen betekenis meer toekomt. Deze activiteiten liggen te ver van schenkingsdatum aldus de rechtbank. De rechtbank lijkt hiermee een soortgelijke redenering te volgen als het Gerechtshof Amsterdam in de zaak van 3 juli 2018, nr. 17/00327.¹⁸⁶ Activiteiten die te ver van schenking/vererving liggen worden niet meer meegenomen in de overweging of er sprake is van een materiële onderneming. De werkzaamheden die de vennootschap daarna heeft verricht, zoals de dagelijkse leiding over projecten als de bouw van een winkelcentrum, het zitting nemen in een klankbordgroep, het zoeken naar architecten en aannemers, het regelen van bestemmingswijzigingen, bouwvergunningen en het voorbereiden van aanbestedingen, zijn niet enkel gericht op de verkoop en verhuur van onroerende zaken en omvangrijker dan bij vermogensbeheer gebruikelijk is. Er is daarom sprake van het drijven van een materiële onderneming aldus de rechtbank.¹⁸⁷

Gerechtshof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/00030, V-N Vandaag 2018/869

Het Hof komt eveneens tot het oordeel dat zowel wat betreft het verrichten van arbeid als het behalen van overrendement sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Met betrekking tot de 'plus arbeid'-toets heeft het Hof in overweging genomen dat de ontwikkeling van verschillende vormen van vastgoed het resultaat is van voortdurende inzet van kapitaal en arbeid van de vennootschap. De professionalisering van de werkzaamheden binnen de vennootschap zijn bovendien ver doorgevoerd. Gelet op de werkzaamheden van de maatschappen en vennootschappen waarin de vennootschap een belang heeft, is het Hof van oordeel dat de arbeid meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Met betrekking tot de 'plus rendement'-toets heeft belanghebbende aangevoerd dat het gemiddelde rendement van de vennootschap over de jaren 2007 tot en met 2013 9,3% per jaar bedroeg. Het gemiddelde rendement van beleggingen in winkels en kantoren was volgens de ROZ/IPD Vastgoed Index over dezelfde periode slechts 6,3 %. De vennootschap behaalt aldus een overrendement van 3% waarmee volgens het Hof zowel aan de 'plus-arbeid'-toets en 'plus-rendement'-toets wordt voldaan.

Opvallend is in mijn ogen de methode waarop het Hof de 'plus rendement'-toets heeft toegepast. Het Hof is van mening dat niet per onroerende zaak afzonderlijk moet worden getoetst of sprake is van plus rendement, maar dat naar alle activiteiten gezamenlijk moet worden gekeken. Bovendien wordt het totale door de vennootschap behaalde rendement vergeleken met het gemiddelde rendement volgens de ROZ/IPD Nederlandse Vastgoed index. Anders dan het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, in de zaak van 12 mei 2015, nr. 13/01073, is het Hof nu dus wel van mening dat een ROZ/IPD Vastgoed Index een goede vergelijkingsmaatstaf is.¹⁸⁸

3.2.11. Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, nr. 16/3544, NTFR 2018/1983

Belanghebbende is tezamen met vier andere familieleden voor gelijke delen gerechtigd tot een nalatenschap van aanmerkelijk belang aandelen in een drietal vastgoedbedrijven. De totale

¹⁸⁶ Gerechtshof Amsterdam 3 juli 2018, nr. 17/00327, V-N 2018/1948.

¹⁸⁷ Gerechtshof Den Haag 3 april, nr. BK-17/00030, V-N Vandaag 2018/869, r.o. 16 t/m 20.

¹⁸⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/1159.

vastgoedportefeuille bestaat uit circa 300 objecten met 2800 verhuurbare eenheden en kan hiermee als omvangrijk worden bestempeld. Bovendien waren ten tijde van het instellen van het beroep 42 medewerkers in dienst verdeeld over de afdelingen financiën, juridische zaken, Makelaardij/commercieel, marketing, projectontwikkeling en technisch beheer. De kernactiviteiten kunnen worden onderscheiden in vastgoedexploitatie (verhuur van panden) en projectontwikkeling.

Voor wat betreft de projectontwikkelingsactiviteiten oordeelt de rechtbank dat deze op zichzelf gezien kunnen worden aangemerkt als een onderneming in materiële zin. Wat betreft de verhuuractiviteiten is belanghebbende er volgens de rechtbank echter niet in geslaagd aannemelijk te maken dat daadwerkelijke sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. De overwegingen die hieraan ten grondslag liggen kunnen als volgt worden samengevat:

1. Er is geen sprake van een vastgelegde rendementsdoelstelling;
2. Een omvangrijke portefeuille is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van enig streven naar meer rendement door het verrichten van meerarbeid;
3. De kwaliteit van het personeel is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van enig streven naar meer rendement door het verrichten van meerarbeid;
4. Uit de wijze van financieren kan enig streven naar meer rendement door het verrichten van meerarbeid worden afgeleid;
5. Het aantal personeelsleden zegt niets over de vereiste meerarbeid;
6. De stelling dat een hoger rendement is behaald dan de IPD Vastgoed Index is onvoldoende onderbouwd;
7. Niet weersproken is dat de waardeinstijgingen van het vastgoed is toe te schrijven aan andere omstandigheden zoals herwaardering en autonome marktontwikkeling.

In de literatuur zijn een aantal kritische noten bij deze uitspraak geplaatst. Met name Rozendal is van mening dat een correcte toepassing van het toetsingskader onvoldoende terugkomt in de overwegingen van de rechtbank. Bij beoordeling of sprake is van onderneming moet volgens Rozendal rekening worden gehouden met de 1) aard van de door de vennootschap zelf verrichte werkzaamheden, 2) de omvang van de door de vennootschap zelf verrichte werkzaamheden en 3) of daaruit ook daadwerkelijk een hoger rendement wordt nagestreefd dan gebruikelijk is bij een doorsnee belegger. Een correcte toepassing van dit toetsingskader komt voldoende terug in de overwegingen van de rechtbank. Bovendien slaat de rechtbank ten aanzien van het element rendement de plank ook aardig mis aldus Rozendal. Of de rendementsdoelstellingen zijn vastgelegd is gelet op vergelijkbare jurisprudentie inzake het begrip normaal vermogensbeheer volstrekt niet relevant.¹⁸⁹

Ik sluit mij bij Rozendal aan dat de uitkomst van deze zaak opvallend is gezien het feit dat alle werkzaamheden door de vennootschap zelf worden verricht. Het gaat hierbij onder andere om het administratief beheer, technisch beheer en commercieel beheer. Hiervoor zijn 42 werknemers in dienst genomen. Men zou zeggen dat het voor de hand ligt dat deze werknemers in dienst zijn genomen om een hoger rendement na te streven dan de doorsnee belegger. Tot deze conclusie komt ook het Gerechtshof Arnhem – Leeuwarden in de zaak van 12 mei 2015, nr. 13/01073.¹⁹⁰ Het Hof acht daar onder meer de aanwezigheid van een commerciële, juridische en administratieve afdeling van belang. Bovendien speelt de kennis en ervaring van de werknemers een belangrijke rol. Een omstandigheid waar de rechtbank in deze zaak volledig aan voorbij lijkt te gaan.

¹⁸⁹ Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, nr. 16/3544, *NTFR* 2018/1983, Commentaar Rozendal.

¹⁹⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, *V-N* 2015/1159.

3.2.12. Rechtbank Noord-Nederland 29 augustus 2019, nr. AWB-18_2354, V-N 2019/1997

Tot slot behandel ik een recente casus uit augustus 2019. In casu erft belanghebbende samen met haar kinderen certificaten van een bv (hierna: vennootschap) waarin onroerende zaken worden geëxploiteerd. Vanaf 1998 hebben zich verschillende transacties voorgedaan zoals de aan- en verkoop van bouwterreinen, bedrijfsgarages, een wasstraat, landbouwgrond en een supermarkt. Belanghebbende stelt verder zich intensief te bemoeien met de vennootschap waarmee 30 á 40 uur in de week gemoeid zijn. Daarnaast stelt belanghebbende dat in 2014 een rendement van 12,2% is behaald op het eigen vermogen van de vennootschap. Het ondernemingsvermogen heeft een totale omvang van € 3.003.590 waarvan de helft tot de erfenis behoort.¹⁹¹

Rechtbank Noord-Nederland 29 augustus 2019, nr. AWB-18_2354, V-N 2019/1997

In tegenstelling tot belanghebbende is de rechtbank van oordeel dat geen sprake is van het drijven van een materiële onderneming. In haar overwegingen stelt de rechtbank voorop dat er bij de ontwikkelingsactiviteiten van de vennootschap slechts in één geval sprake is van projectontwikkeling. Mede hierdoor zijn de projectontwikkelingsactiviteiten slechts incidenteel te noemen aldus de rechtbank. Bovendien betreft het een relatief beperkte onroerendgoedportefeuille. De rechtbank overweegt verder dat belanghebbende weliswaar heeft gesteld dat zij samen met de erflater 30 á 40 uur per week werkzaamheden verrichte voor de vennootschap, doch zij dit onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. Hetzelfde geldt voor het behaalde rendement van 12,2 %. Ook hier ontbreekt een gemotiveerde onderbouwing. Derhalve komt de rechtbank tot het oordeel dat zowel wat betreft de verrichte arbeid als het behaalde rendement geen sprake kan zijn van meer dan normaal vermogensbeheer.¹⁹²

¹⁹¹ Rechtbank Noord-Nederland 29 augustus 2019, nr. AWB-18_2354, V-N 2019/1997, r.o. 1.7 t/m 2.4.

¹⁹² Rechtbank Noord-Nederland 29 augustus 2019, nr. AWB-18_2354, V-N 2019/1997, r.o. 2.5 onderdeel 1 t/m 20.

3.3. Analyse jurisprudentie

Hoewel de rechtsregel duidelijk lijkt: een belastingplichtige heeft recht op de BOR als sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, blijkt uit de jurisprudentie dat de rechtspraak nog geen duidelijk invulling heeft kunnen geven aan het begrip 'normaal'. De onduidelijke invulling zorgt bovendien voor dat het volledige afhankelijk is van de feiten en omstandigheden of volgens de rechter sprake is van meer dan 'normaal' vermogensbeheer. De consequentie is dat de belastingplichtige op basis van niet gesystematiseerde rechtspraak en vage normen moet bepalen of hij met zijn vastgoedactiviteiten al dan niet onderneemt. Om toch een overzicht te krijgen van omstandigheden die mogelijk van belang zijn bij de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer volgt hierna een omstandigentabel (hierna: tabel) waarin alle besproken jurisprudentie uit de vorige paragraaf nog een keer wordt samengevat. Het betreft een overzicht van alle besproken casussen en de bijbehorende einduitspraken.

	Meer dan standaard verhuur werkzaamheden	Kennis en ervaring	Intensieve huurders relatie	Deels vreemd gefinancierd	Omvangrijke portefeuille	Projectontwikkeling	Gemiddelde rendement	Normaal vermogensbeheer (geen BOR)	Meer dan normaal vermogensbeheer (wel BOR)
Hoge Raad 7 oktober 1981		+		+			onbekend		+
Hoge Raad 17 augustus 1994	+						onbekend		+
Hoge Raad 29 mei 1996	+			+		+	8,1%	+	
Hof Arnhem - Leeuwarden 5 november 2013	+	+				+	17,7%	+	
Hof Den Haag 20 december 2013	+	+	+		+	+	onbekend		+
Hof Arnhem - Leeuwarden 8 april 2014	+	+		+	+	+	7,0%		+
Hoge Raad 15 april 2016	+	+		+	+	+	20,0%		+
Hoge Raad 10 maart 2017	+			+		+	Onbekend	+	
Hof Den Haag 19 juli 2017	+	+			+	+	13,9%		+
Hof Den Haag 3 april 2018	+	+			+	+	9,3%		+
Rechtbank Noord-Nederland 26 Juni 2018	+			+	+	+	Onbekend	+	
Rechtbank Noord-Nederland 29 augustus 2019						+	12,2%	+	

Voor de rangschikking zijn een zevental omstandigheden gebruikt die veelvuldig naar voren komen uit de jurisprudentie en die in mijn ogen relevant zijn bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Op zichzelf staand zijn deze omstandigheden vaak onvoldoende grond om een vastgoedactiviteit als onderneming aan te merken. Wel kunnen de verschillende omstandigheden gezamenlijk in mijn ogen bijdragen om tot een weloverwogen oordeel te komen.

3.3.1. Meer dan standaard verhuur werkzaamheden

Primair is van belang om inzicht te krijgen in welke werkzaamheden door belastingplichtige of de vennootschap(pen) worden verricht ter zake van het onroerende goed. De reden hiervoor ligt in het feit dat het rendement op een investering of belegging op twee manieren kan worden verhoogd: of is sprake van meerarbeid waardoor een meerwaarde ontstaat, of men besluit meer risico te gaan lopen. Als men besluit meer risico te gaan lopen dan zal dat normaliter niet voldoende zijn om te kwalificeren als materiële onderneming. Wijzigt men echter de werkzaamheden, dan zal opnieuw moeten worden beoordeeld of deze werkzaamheden naar hun aard en omvang onmiskenbaar meer hebben omvat dan werkzaamheden die bij normaal vermogensbeheer opkomen en of daarmee is voldaan aan het arbeid plus vereiste.¹⁹³

Om te beoordelen wanneer sprake is van arbeid-plus is het noodzakelijk om te achterhalen wanneer sprake is van 'normale' werkzaamheden. Uit de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702 komt naar voren dat werkzaamheden bestaande uit het voeren van administratie, het zoeken van huurders, het opmaken van huurovereenkomsten, het verrichten van onderhoudswerkzaamheden en een actieve rol spelen binnen diverse vereniging van eigenaren,

¹⁹³ Te Niet, H.A.J.P., 'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen', Deventer: Kluwer 2007, p.27.

gezien moeten worden als werkzaamheden die tot ‘normaal’ vermogensbeheer behoren.¹⁹⁴ Het gaat hierbij veelal om werkzaamheden die nodig zijn om de belegging in stand te houden aldus het Hof. Welke werkzaamheden dan wel kwalificeren als werkzaamheden die ‘normale werkzaamheden’ te boven gaan is nog steeds onduidelijk. Aanleiding hiervoor is dat rechters op basis van het totaal aan feiten en omstandigheden tot een oordeel komen. Een duidelijke motivatie per werkzaamheid ontbreekt hierbij echter.

Rozendal merkt op dat ook indien sprake is van ‘normale’ werkzaamheden sprake kan zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Het gaat er volgens hem namelijk om of een vastgoedbelegger deze ‘normale’ werkzaamheden ook zou verrichten en niet of de werkzaamheden op zichzelf beschouwd horen bij de verhuur van vastgoed. Hier heeft Rozendal mijns inziens een punt. De doorsnee belegger zal veelal niet alle normale verhuuractiviteiten zelf verrichten. Het gaat hem puur om een aanwending van zijn overvloedige liquide middelen die voortkomen uit andere activiteiten. Bovendien zal de noodzakelijk kennis en ervaring om een vastgoedportefeuille zelf te beheren veelal niet aanwezig zijn. Ook indien een belegger dus ‘normale’ werkzaamheden verricht, zal dit over het algemeen al meer zijn dan de werkzaamheden die een doorsnee belegger verricht.

3.3.2. Kennis en ervaring

Een tweede omstandigheid die mogelijk invloed heeft op de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer is de kennis en ervaring die aanwezig is bij de belanghebbende en zijn personeel. In de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473 laat de rechter meewegen dat belanghebbende voor langere tijd werkzaam is geweest als makelaar en hierdoor over een groot netwerk en veel kennis beschikt.¹⁹⁵ Ook in de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073 lijkt het Hof mee te wegen dat de werknemers over een ruime kennis en ervaring beschikken.¹⁹⁶ Freudenthal beschrijft de invloed van kennis en ervaring op de werkzaamheden als volgt:¹⁹⁷

‘De kwaliteit van de arbeid drukt de mate van deskundigheid, ervaring en relaties uit die met de handeling samenhangt. Het is deze bijzondere positie waarin belastingplichtige verkeert, die het hem mogelijk maakt een voordeel te behalen’.

Ik deel de mening van Freudenthal dat kennis en ervaring invloed kunnen hebben op de kwaliteit van de werkzaamheden en daarmee ook invloed kunnen hebben op de hoogte van het rendement. Dit betekent in mijn ogen echter niet dat iedere belanghebbende die enige vorm van kennis of ervaring heeft hiermee ook daadwerkelijk voordelen weet te behalen. Ook Hoogeveen is deze mening toebedeeld in haar commentaar bij de uitspraak van Hof Den Haag 20 december 2013, BK-12/00757. Volgens haar is het de belanghebbende die aannemelijk moet maken dat hij zich op het punt van kennis en ervaring onderscheidt van andere verhuurders en hiermee ook daadwerkelijk een hoger rendement weet te behalen.¹⁹⁸ Opvallend is dat het Hof Arnhem-Leeuwarden in de uitspraak van 26 juni 2018, nr. 16/3544 juist weer helemaal voorbij lijkt te gaan aan kennis en ervaring van de werknemers.¹⁹⁹ Ook op het gebied van kennis en ervaring lijkt dus onduidelijke in hoeverre dit moet worden meegewogen bij de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.

¹⁹⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, V-N 2013/2650, r.o. 4.6.

¹⁹⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/19.18, r.o. 4.7.

¹⁹⁶ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/1159, r.o. 4.8.

¹⁹⁷ Freudenthal, R.M., ‘Resultaat uit overige werkzaamheden’, *Fiscale Monografieën* 103, p.19-20.

¹⁹⁸ Commentaar bij Gerechtshof Den Haag 20 december 2013, nr.12/00757, V-N 2014/19.17.

¹⁹⁹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 juni 2018, nr. 16/3544, *NTFR* 2018/1983.

3.3.3. Intensieve huurders relatie

Een derde en wellicht wat minder voor de hand liggende omstandigheid die door rechter is gebruikt bij de beoordeling of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer betreft de relatie tussen huurder en verhuurder. In de uitspraak van Gerechtshof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, hebben belanghebbenden aangevoerd dat mede door hun persoonlijke betrokkenheid bij de huurders geen sprake is van betalingsachterstanden of leegstand. Dat alles leidt ertoe dat sprake is van een betere cashflowpositie dan het geval zou zijn bij normaal vermogensbeheer aldus belanghebbenden.²⁰⁰ Het Hof ging mee in deze redenering en heeft geoordeeld dat gezien de persoonlijke betrokkenheid bij de huurders, een hoger rendement op het vermogen is behaald dan anders het geval zou zijn. Desalniettemin lijkt de focus van het Hof in deze uitspraak te liggen bij de kwalitatieve en kwantitatieve aard van de werkzaamheden, de aanzienlijke waarde van het onroerend goed en de jarenlange ervaring en expertise van de belanghebbende. Het lijkt mij dan ook niet aannemelijke dat enkel en alleen met een beroep op de persoonlijke betrokkenheid met de huurders een beroep kan worden gedaan op de BOR. Tot op heden zijn geen andere uitspraken geweest waar een beroep is gedaan op de persoonlijke band tussen huurder en verhuurder.

3.3.4. Deels vreemd gefinancierd

Een vierde omstandigheid die door de rechter is meegewogen bij de beoordeling of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer betreft de wijze waarop de onroerend goed portefeuille is gefinancierd. Onder andere in de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/00473 wijst de rechter op het hoge financieringspercentage van 88%. Door het ontbreken van een uitgebreide motivering blijft echter onduidelijk of dit hoge financieringspercentage ook daadwerkelijk een doorslaggevende rol heeft gespeeld bij het oordeel of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Volgens Rozendal moet aan de overweging van het hof, dat banken een hoge financiering van onroerende zaken niet zouden toestaan bij normaal vermogensbeheer, een beperkte waarde worden toegekend. Hij wijst erop dat banken ondanks het uitbreken van de financiële crisis in 2008 wel degelijk bereid zijn om beleggingsportefeuilles ruim te financieren.²⁰¹ Te Niet heeft reeds in zijn dissertatie uit 2007 aandacht besteed aan het financieringsvraagstuk. Hij is van mening dat een hoog financieringspercentage wel degelijk als argument kan gelden bij het maken van onderscheid tussen een ondernemer en een belegger. Weliswaar altijd als aanvullend argument.²⁰²

Ik ben geneigd mij bij Te Niet aan te sluiten. Reeds sinds de Wet IB 1914 lijkt de rechter waarde te hechten aan het feit dat de financiering van de onderneming niet alleen geschied met eigen vermogen. Volgens de rechter voegt een ondernemer zijn kapitaal, arbeidskracht en gelden van derden samen tot het geheel van een onderneming. Door het aantrekken van vreemd vermogen kan het karakter veranderen: de belastingplichtige neemt in dat geval namelijk ook risico's met het geld van derden.²⁰³ Een gemiddelde belegger daarentegen zal veelal een manier zoeken om zijn overvloedige liquiditeiten, die bijvoorbeeld voortvloeien uit een dienstbetrekking, aan te wenden. Qua aard zijn zij meer spaarders dan beleggers. Echter omdat hun spaargeld niks opbrengt zijn zij veelal opzoek naar beleggingen waarvan het risico relatief gering is maar waarmee toch nog enkele inkomsten kunnen worden gegenereerd. Hierbij zal hij streven naar een relatief stabiel en veilig rendement en niet zonder meer naar het hoogst haalbare rendement. Het behalen van een hoger rendement gaat immers hand in hand met een toename van het risico en een belegger die enkel een veilige aanwending van zijn vermogen zoekt, zal veelal risico avers zijn.²⁰⁴

²⁰⁰ Gerechtshof Den Haag 20 december 2013, nr.12/00757, V-N 2014/8.22, r.o. 7.5.

²⁰¹ Commentaar bij uitspraak Rechtbank Den Haag, nr. AWB – 14_1201, NTFR 2015/1164.

²⁰² Te Niet, H.A.J.P., 'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen', Deventer: *Kluwer* 2007, p.28 en p.32.

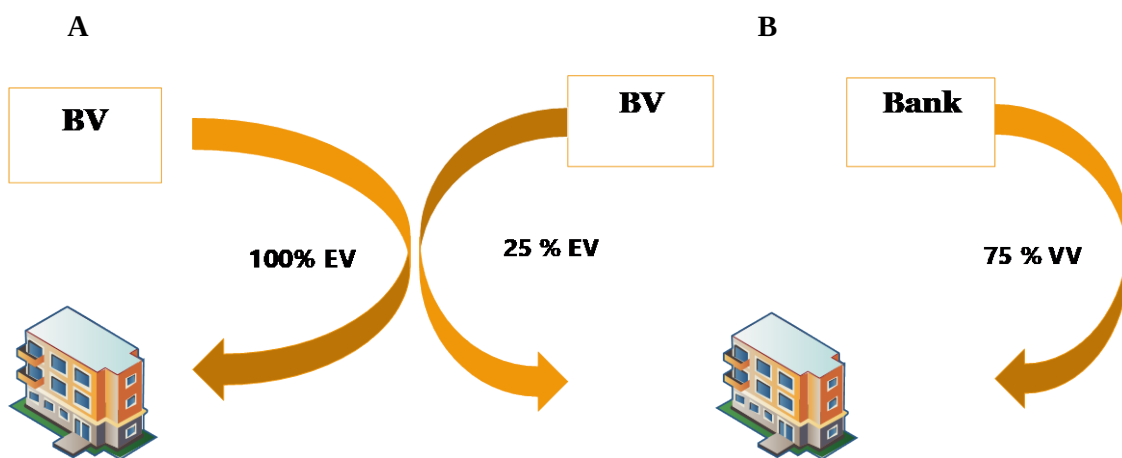
²⁰³ Te Niet, H.A.J.P., 'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen', Deventer: *Kluwer* 2007, p.28.

²⁰⁴ Risico aversie kan ook wel worden omschreven als risico-afkerigheid. Volgens de prospecttheorie van Kahneman en Tversky is een belangrijke oorzaak van risico aversie 'loss aversion', ook wel verliesangst. Dit wil zeggen dat de belegger asymmetrie vertoont ten opzichte van winst en verlies. Verliezen wegen zwaarder dan eenzelfde of vergelijkbare winsten. Bovendien wordt de kans op verlies daarbij vaak ook nog eens te hoog inschatten.

Een goed voorbeeld dat beleggen met geleend geld grote risico's met zich meebrengt, is het effecten lease-debacle eind jaren '90. Vanaf het begin van de jaren '90 heeft een groot aantal Nederlanders één of meer aandelenleaseproducten aangeschaft. Het leasen van effecten houdt in dat er geld geleend wordt om in effecten te beleggen. Gezien de aanhoudende koersstijgingen van effecten leek de effectenlease voor veel consumenten aantrekkelijk. In de eerste jaren werd ook een goed rendement behaald. Vanaf 2000 was echter sprake van een keerpunt als gevolg van de wereldwijd dalende aandelenkoersen. Bovendien was het vanaf 1 januari 2001 niet meer mogelijk de rente van effectenleaseproducten fiscaal af te trekken. De afnemers bleven uiteindelijk zitten met hoge restschulden en waren daarnaast ook hun eigen inleg kwijt. De ontstane situatie trok de aandacht van de politiek, die aandelenleaseproducten karakteriseerde als een maatschappelijk probleem.²⁰⁵

Ondanks de hiervoor omschreven risico's kan het beleggen met een hoog financieringspercentage gezien het hefboomeffect ook erg lucratief zijn. Met name in de vastgoedsector komt dit veel voor. Dit zal ik hieronder illustreren met een voorbeeld.

In situatie A is sprake van vastgoedportefeuille die volledige met 5.000 eigen vermogen is gefinancierd. De portefeuille genereert een huurstroom van 350 per jaar en levert de BV een netto rendement van 7% per jaar op. In situatie B is sprake van dezelfde vastgoedportefeuille echter is deze voor 1250 (25%) gefinancierd met eigen vermogen en voor 3750 (75%) gefinancierd met vreemd vermogen, tegen een rentepercentage van 5%. De netto-opbrengst bedraagt na aftrek van de rentekosten 162,50. Dit resulteert in een nettorendement van 13% op het eigenvermogen van 1250. Dit heet ook wel het hefboomeffect. Hierbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat de bank de hypothecaire zekerheid bezit, deze is preferent aan de eigen vermogen verschaffer wat leidt tot een hoger risico voor de vastgoedbezitter.²⁰⁶



Als kanttekening bij dit voorbeeld moet wel opgemerkt worden dat Nederlandse banken terughoudend zijn geworden om vastgoed te financieren. Steeds meer beleggers laten weten dat banken hun loketten hebben gesloten. Zelfs herfinanciering gaat gepaard met strenge eisen en

²⁰⁵ Eindrapport van de Commissie Geschillen Aandelen lease (2004), 'Over lenen, leasen en verliezen', p.1.

²⁰⁶ Het feit dat de bank de hypothecaire zekerheid bezit zorgt voor een verhoogd risico voor de investeerder. Allereerst kan zich de situatie voordoen dat de aangekochte onroerende zaken te maken krijgen met leegstand. Dit wordt problematisch wanneer de investeerder zijn rente- en aflossingsverplichting niet meer kan nakomen. Vreemd vermogen verschaffers zullen veelal over gaan tot (executie)verkoop van de onroerende om hun eigen deel van het geïnvesteerde vermogen veilig te stellen. Hierbij is de kans groot dat de investeerde (een deel van) zijn eigen vermogen kwijt is. Een tweede risico ziet op een waardedaling van de onroerende zaken. Dit hebben we bijvoorbeeld gezien naar aanleiding van de kredietcrisis in 2008. Veel vastgoed objecten bleken zwaar overgewaardeerd en nieuwe huurders bleven uit. Gevolg was dat veel vastgoedportefeuilles met een hoog financieringspercentage onder water kwamen te staan. Om hun eigen verlies te minimaliseren verkochten banken de financieringen aan private equity partijen die de achterliggende investeerders/fondsen failliet lieten gaan. Gevolg is een volledig verlies van het eigen vermogen voor de investeerder.

voorwaarden. Aanleiding is dat de risico's moeilijk in te schatten zijn. Daarnaast zorgt strengere regelgeving zoals Basel III en Solvency II dat de keuzevrijheid van banken wordt beperkt.²⁰⁷

3.3.5. Omvangrijke portefeuille

Een vijfde omstandigheid die veelvuldig in de jurisprudentie aan de orde is gekomen en die mogelijk van invloed is op de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, is de omvang van de vastgoedportefeuille. In de uitspraak van Hof Den Haag van 20 december 2013, nr. BK-12/00757 oordeelt het Hof:²⁰⁸

'(...) dat het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, gelet ook op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken, dat bij de vennootschappen sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer'.

Gelet op de formulering van het Hof lijkt deze uitspraak te impliceren dat arbeid eerder kwalificeert als zijnde meer dan normaal vermogensbeheer indien sprake is een omvangrijke vastgoedportefeuille. Waar echter de grens ligt om te spreken van een 'omvangrijke portefeuille' blijft onduidelijk. Zo gaat het in de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 8 april 2014, nr. 13/000473 om een portefeuille van circa 20 tot 25 panden met een waarde van rond de € 6 miljoen. In het arrest Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829 gaat het om 350 onroerende zaken met een waarde die in de buurt komt van de € 180 miljoen. In beide gevallen spreekt de rechter van een omvangrijke onroerend goed portefeuille.

Hoewel ook de tabel impliceert dat de omvang van de portefeuille en rol speelt bij de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, is Hoogeveen van mening dat het tegenovergestelde misschien wel meer voor de hand ligt. Volgens haar is het eerder logisch dat bij een omvangrijke vastgoedportefeuille sprake is van meer arbeid. Hof Den Haag had volgens haar dan ook beter kunnen zeggen dat 'ondanks de grote portefeuille er veel meer werk is verzet dan normaal'.²⁰⁹ Ik ben het op dit punt eens met Hoogeveen. Het is niet meer dan logisch dat bij een omvangrijke portefeuille meer arbeid wordt verricht dan bij een kleine portefeuille. Dat hoeft echter nog niet te betekenen dat sprake is van meerarbeid. In tegenstelling zelfs. Een organisatie met een omvangrijke portefeuille kan mogelijk gebruik maken van schaalvoordelen waardoor de werkzaamheden per pand zelfs minder zullen bedragen. In zo een situatie is in verhouding dus juist sprake van minder arbeid dan bij een kleinere portefeuille. De omvang van de portefeuille op zichzelf lijkt mij dan ook geen geschikte graadmeter om te beoordelen of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, al kan de omvang in mijn optiek wel bijdragen aan de beoordeling van het totale feitencomplex. Ik kan mij echter niet aan de indruk onttrekken dat de omvang van de portefeuille in de jurisprudentie in sommige gevallen een onwenselijk grote invloed heeft op de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.

3.3.6. Projectontwikkeling

De zesde omstandigheid die mogelijk invloed heeft op de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer betreft de projectontwikkelingsactiviteiten. Het kan hierbij gaan om de ontwikkeling van nieuw vastgoed of de herontwikkeling van bestaand vastgoed. De Staatssecretaris zei over de kwalificatie van projectontwikkelingsactiviteiten:²¹⁰

'Indien sprake is van normaal onderhoud van de onroerende zaken, wordt het onderhoud gepleegd om de belegging in stand te houden. In dat geval zal veelal sprake zijn van normaal vermogensbeheer hetgeen in de inkomstenbelastingssfeer belast zou zijn in box 3 (belegging). Wanneer erflater of schenker via een lichaam gerechtigd is tot een dergelijke portefeuille past het niet om daarop de bedrijfsopvolgingsregeling toe te passen. Indien sprake is van projectontwikkeling kan dit anders liggen en kan wel sprake zijn van een materiële onderneming'.

²⁰⁷ Holle, R., 'Moeilijk om commercieel vastgoed tot € 10 miljoen te financieren', *Vastgoed Journaal* 07/03/2019.

²⁰⁸ Hof Den Haag December 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22, r.o. 7.5.

²⁰⁹ Hoogeveen, M.J., 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed', *FBN* 2014/10-46

²¹⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p.43.

Hieruit kan worden afgeleid dat (her)ontwikkelingsactiviteiten in de perceptie van de wetgever 'kunnen' kwalificeren als materiële onderneming. De reden dat de Staatssecretaris het ontwikkelen van vastgoed niet als beleggen aanmerkt heeft te maken met de risico's. Het zijn met name deze risico's waardoor projectontwikkeling de grens naar het ondernemen overschrijdt aldus de Staatssecretaris. Hierbij is het niet van belang of het vastgoed zelf ontwikkeld wordt, dan wel dat de ontwikkeling wordt uitbesteed aan een derde die het voor rekening van de vennootschap ontwikkeld.²¹¹

Uit de jurisprudentie blijkt dat ondanks dat sprake is van projectontwikkelingsactiviteiten, de rechters in sommige gevallen toch tot de conclusie komen dat geen sprake is van een materiële onderneming. Dit is onder meer aan de orde in de uitspraken van Hof Amsterdam 3 juli 2018, nr. 17/00327 en Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/00030. In beide zaken heeft het Hof geoordeeld dat indien de ontwikkelingsactiviteiten te ver van de schenkings-, respectievelijk overlijdensdatum liggen, deze niet meer worden meegenomen in de overweging of sprake is van een materiële onderneming. Daarnaast vallen projectontwikkelingsactiviteiten met een 'te' sporadisch karakter buiten de boot.

Ik ben het met de Staatssecretaris eens dat gezien de risico's die gepaard gaan met projectontwikkeling, de grens naar het ondernemen wordt overschreden. Ook Berkhout en Hoogeveen stellen dat (nieuw)bouwprojecten ontwikkelen altijd een onderneming vormen. Daar voegen zij aan toe dat indien een bouwproject voltooid is, de onroerende zaak van het ondernemingsvermogen naar het beleggingsvermogen verschuift.²¹² De verbouwing en verhuur dienen dus als twee aparte fasen te worden beschouwd. Indien immers de verhuur voorafgegaan wordt door meer dan gebruikelijke arbeid inzake de aan de verhuur voorafgegane verbouwing, dient vanaf het moment dat de onroerende zaak gereed komt voor verhuur alsnog bepaald te worden of is voldaan aan de plus arbeid en plus rendement toets. Vanaf dat moment kunnen de werkzaamheden namelijk zodanig zijn beperkt dat zij niet meer voldoen aan de eisen van een materiële onderneming. In mijn visie is bij de ontwikkeling van onroerende zaken dus altijd sprake van een onderneming die duurzaam deelneemt aan het economisch verkeer om winst te behalen. Bij de verhuur onroerende zaken kan sprake zijn van een onderneming indien is voldaan aan de arbeid plus en rendement plus toets.

3.3.7. Gemiddelde rendement

De zevende en tevens laatste omstandigheid die veelvuldig in de jurisprudentie aan de orde is gekomen en die mogelijk van invloed kan zijn op de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, betreft het gemiddelde behaalde rendement. Het rendement is onder ander van belang om te bepalen of aan de 'plus rendement'-toets is voldaan. De 'plus rendement'-toets is door de Hoge Raad in het arrest van 17 augustus 1994, nr. 29 775 als volgt verwoord:²¹³

'(...) naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft gehad het behalen van voordelen uit de onroerende zaak, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat'.

Hoewel deze formulering duidelijk lijkt, zijn in de praktijk de nodige vragen opgekomen naar aanleiding van deze zinsnede. Allereerst is onduidelijk of met de term 'rendement' alleen het directe rendement of ook het indirecte rendement wordt bedoeld. In de zaak van Hof Arnhem – Leeuwarden 12 Mei 2015, nr. 13/01073 is het Hof in tegenstelling tot de inspecteur tot de conclusie gekomen dat niet alleen gekeken dient te worden naar het directe rendement maar ook naar het indirecte rendement.²¹⁴ Ik sluit mij bij de mening van het Hof aan. Een belegger zal zich bij de aankoop van een onroerende zaak, naast de inkomsten die samenhangen met de verhuur van een onroerende zaak,

²¹¹ Besluit van staatssecretaris van Financiën 22 februari 2001, nr. CPP2001/2385, V-N 2001/16.28.

²¹² Berkhout, T.M., Hoogeveen, M.J., 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *Wfr* 2015/4.

²¹³ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319.

²¹⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/1159.

ook bezighouden met de vraag of een mogelijke waardeestijging in het verschiet ligt. Bovendien kan het behalen van een hoog indirect rendement een gevolg zijn van de kennis en ervaring die belastingplichtige over de markt bezit. Het zou in zo een geval onjuist zijn een dergelijk voordeel buiten beschouwing te laten.

Een tweede vraag die zich voordoet naar aanleiding van de formulering van de Hoge Raad is of daadwerkelijk een 'plus rendement' moet worden behaald of dat de intentie een hoger rendement te behalen voldoende is. Uit de woordkeuze van de Hoge Raad '*onmiskenbaar ten doel heeft gehad*' leid ik af dat de intentie om een 'plus rendement' te behalen voldoende is. Ook Rozendal is deze mening toebedeeld. Het ondernemersbegrip vereist volgens hem niet dat een ondernemer daadwerkelijke een hoger rendement moet behalen dan een belegger. Het gaat om het doel dat men nastreeft en niet om het daadwerkelijk behalen van het doel. Er geldt dus een inspanningsverplichting en geen resultaatverplichting.²¹⁵ Het is namelijk goed mogelijk dat een belastingplichtige die een materiële onderneming drijft, verliezen behaald. Dit leidt vanzelfsprekend niet meteen toe dat sprake is van beleggen.²¹⁶

Tot slot rest de vraag: hoe kan worden bepaald of het door belastingplichtige behaalde rendement '*het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement*' te boven gaat? In de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 12 Mei 2015, nr. 13/01073 heeft het Hof bepaald dat een vergelijking tussen het daadwerkelijk behaalde rendement en een algemene rendementsindex, zoals bijvoorbeeld de ROZ/IPD Nederlandse vastgoedindex, niet bruikbaar wordt geacht. Opvallend is dat Hof Den Haag in de zaak van 3 april 2018, nr. BK-17/00030, de stelling van belanghebbende lijkt te volgen dat bij een rendement van 3% boven het gemiddelde rendement volgens de ROZ/IPD vastgoedindex, sprake is van een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Spijtig is dat het Hof zich niet uitlaat over de kwestie hoeveel procentpunten hoger het rendement dan daadwerkelijk moet zijn. Voorts wordt helaas ook geen aandacht besteed aan de vraag of een soortgelijke vergelijking geldt voor een verwacht rendement. We hadden immers gezien dat het gaat om de intentie en niet om het daadwerkelijk behaalde rendement.

²¹⁵ Rozendal, A., 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', *Wfr* 2016/127.

²¹⁶ Adriaansens, O.P.M., Rozendal, A., 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *Wfr* 2014/1215.

3.4. Omstandighedencatalogus Te Niet

Dat niet evident is wanneer fiscaal sprake is van een vastgoedbelegging dan wel een vastgoedonderneming, is uit de voorgaande jurisprudentie gebleken. Als gevolg van de casuïstische getinte rechtspraak is het hierdoor lastig een normatieve voorspellende theorie te ontwikkelen voor belastingplichtigen. Rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid blijven hierdoor in stand. Om de samenloop van de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot een bepaalde uitspraak gestructureerd in beeld te brengen, heeft Te Niet in zijn dissertatie de zogenoemde omstandighedencatalogus ontwikkelt. Deze omstandighedencatalogus moet de rechter ertoe dwingen de relevante feiten en omstandigheden te benoemen en systematisch te toetsen. Door een overzichtelijk verslag van deze toetsing in het oordeel op te nemen zal de achterliggende motivatie van de uitspraak uitgebreider worden en de kenbaarheid van het oordeel toenemen.²¹⁷ Te niet stelt daarnaast dat de omstandighedencatalogus ertoe moet leiden dat de feitelijke oordelen van rechters beter vergelijkbaar zullen worden, met als gevolg dat de rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid in algemene zin positief beïnvloed zullen worden aldus Te niet.²¹⁸

Voor de invulling van de omstandighedencatalogus moet volgens Te Niet worden aangesloten bij mogelijk relevante omstandigheden zoals deze naar voren komen uit de jurisprudentie. Hierbij zien we dat de omstandigheden die door Te niet worden uiteengezet nauw overeenkomen met de relevante omstandigheden zoals deze door mij zijn besproken in paragraaf 3.3. Omstandigheden die van belang zijn voor de activiteitentoets zijn:

- Handelingen die meer omvatten dan het aanhouden van vermogensbestanddelen en gericht zijn op het behalen van periodieke opbrengsten;
- De inzet van kennis en ervaring;
- De aard van de werkzaamheden;
- De duurzaamheid van de werkzaamheden;
- Het aantal bestede uren;
- De werkzaamheden van ingehuurd personeel.

Met behulp van deze activiteitentoets kan de rechter zich een beeld vormen van de arbeidsgerelateerde omstandigheden. Indien de arbeidsgerelateerde omstandigheden niet tot een eenduidige kwalificatie leiden, zal moeten worden onderzocht of mogelijk vermogensgerelateerde omstandigheden zijn die uitsluitel kunnen geven. Te Niet merkt daarbij op dat beleggers in beginsel dezelfde keuzes kunnen maken ten aanzien van vermogensbestanddelen als ondernemers. Dit zorgt ervoor dat vermogensgerelateerde criteria zoals de omvang van het vermogen, de wijze van financiering en de omloopsnelheid van het vermogen enkel ondersteunend kunnen worden gebruikt bij de afweging tussen beleggen en ondernemen.²¹⁹ Vermogensgerelateerde criteria kunnen onder meer zijn:

- Omloopsnelheid van het vermogen;
- Samenstelling van het vermogen;
- Omvang van het vermogen;
- Wijze van financiering;
- Administratieve verwerking;
- Leeft men van de opbrengsten van het vermogen.

De activiteitentoets, mogelijk in combinatie andere vermogensgerelateerde toetsen, moeten de rechter helpen om vast te stellen of een belastingplichtige arbeid verricht welke naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft een voordeel te behalen dat het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. Berkhout en Hoogeveen hebben als toevoeging op de

²¹⁷ Te Niet, H.A.J.P., 'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen', Deventer: *Kluwer* 2007, p.72.

²¹⁸ Te Niet, H.A.J.P., 'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen', Deventer: *Kluwer* 2007, p.72.

²¹⁹ Te Niet, H.A.J.P., 'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen', Deventer: *Kluwer* 2007, p.31 en 32.

omstandighedencatalogus van Te Niet een tabel ontwikkeld welke de bovenstaande omstandigheden duidelijk moet weergeven:²²⁰

		jaar t_0	jaar t_1	jaar t_2	jaar t_3	jaar t_4	jaar t_5	Toelichting
Vastgoedportefeuille (verhuur aan derden)								
Aantal panden	getal							
Aantal verhuurde units	getal							
Aantal verhuurde m ²	getal							
Marktwaaarde	euro*1.000							
Nettokasstroom	euro*1.000							
Onderhoudskosten	euro*1.000							
Verbeteringskosten	euro*1.000							
Brutohuurinkomsten	euro*1.000							
WOZ-waarde	euro*1.000							
Leegstandspercentage + toelichting berekening	% en getal							
(Her)ontwikkelingspanden								
Aantal panden	getal							
Marktwaaarde	euro*1.000							
Nettokasstroom	euro*1.000							
Investering totaal dit jaar	euro*1.000							
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								
Hypothekenschuld	euro*1.000							
Schuldgraad (loan to value)	%							
Rentebetaling per jaar	euro*1.000							
Aflossing per jaar	euro*1.000							

²²⁰ Berkhout, T.M., Hoogeveen, M.J., 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *Wfr* 2015/4.

3.4.1. Kritiek omstandighedencatalogus

In de praktijk wordt de omstandighedencatalogus veel gebruikt.²²¹ Onder andere in de praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitatie, die in het volgende hoofdstuk aan de orde zal komen, wordt de omstandighedencatalogus gehanteerd. Desalniettemin is er de nodige kritiek op de catalogus. Zo is Heldens van mening dat de omstandighedencatalogus de belastingplichtige beperkt in de keuze hoe hij zijn informatie moet aanleveren. Bovendien wekt de omstandighedencatalogus de indruk dat alleen de informatie die in de catalogus gevraagd wordt relevant is. Dit staat haaks op de jurisprudentie waaruit duidelijk naar voren komt dat naar alle feiten en omstandigheden gezamenlijk gekeken moet worden.²²²

Ook Rozendal is deze mening toegedaan. Hij wijst erop dat de belastingplichtige in beginsel zelf mag bepalen hoe hij de relevante informatie wil aanleveren. De belastingdienst kan belastingplichtige niet verplichten de omstandighedencatalogus te gebruiken. Bovendien lijkt de omstandighedencatalogus zich vooral te focussen op cijfermatige informatie en wordt beperkt aandacht besteed aan de aard en omvang van de werkzaamheden. Deze informatie kan van cruciaal belang zijn bij de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer aldus Rozendal.²²³

Ondanks de bovenstaande kritiek kan de omstandigheden in mijn ogen een eerste stap zijn enige vorm van structuur aan te brengen in de jurisprudentie. Het is dan ook extra spijtig te noemen dat de omstandighedencatalogus juist in de jurisprudentie lijkt te ontbreken. De exacte achterliggende redenen hiervoor is mij onduidelijk. Evident is wel dat hoewel de plus arbeid-toets en de plus rendement-toets al reeds 45 jaar bestaan, de maatstaf nog steeds niet voldoet aan de eisen van duidelijkheid en nauwkeurigheid.²²⁴

²²¹ Berkhout, T.M., 'Procedures over vastgoedexploitatie: een grabbelton', *VGFC* 2018/1-01.

²²² Heldens, J.A.L., 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitatie: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?', *Wfr* 2018/45.

²²³ Rozendal, A., 'Schenking of vererving van aandelen in vastgoedvennootschappen', *FBN* 2015/12-65.

²²⁴ Albert, P.G.H., 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', *Wfr* 2016/184.

3.5. *Tussenconclusie*

In dit hoofdstuk is de jurisprudentie omtrent de BOR behandeld en getracht antwoord te geven op de deelvraag: *Wanneer is volgens de rechtspraak voldaan aan de 'plus arbeid' – en 'plus rendement'-toets?*

De exploitatie van onroerende zaken, waarbij de activiteiten hoofzakelijk bestaan uit de verhuur hiervan, kwalificeert enkel dan als materiële onderneming indien sprake is van 'meer dan normaal' vermogensbeheer. Aan het begrip meer dan normaal vermogensbeheer is door de Hoge Raad invulling gegeven door middel van de plus arbeid – en plus rendement- toets. Uit de besproken jurisprudentie is naar voren gekomen dat de invulling van deze begrippen aan nogal wat wispelturigheid onderworpen is. Aanleiding hiervoor lijkt dat rechters veelal niet aangeven welke feiten en omstandigheden in concrete gevallen van doorslaggevende betekenis zijn geweest. Evenmin wordt duidelijk wat de exacte relatie is tussen de extra arbeid en het beoogde rendement.

Om toch meer inzicht te krijgen in de omstandigheden die mogelijk een rol hebben gespeeld bij beoordeling of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, zijn een zevental omstandigheden besproken die veelvuldig uit de jurisprudentie naar voren zijn gekomen. Het gaat hierbij onder meer om meer dan standaard verhuur werkzaamheden, kennis en ervaring, intensieve huurdersrelatie, deels vreemd gefinancierd, omvangrijke portefeuille, projectontwikkeling en gemiddeld rendement. Op zichzelf bezien zijn deze omstandigheden vaak onvoldoende grond de exploitatie van onroerende zaken als onderneming aan te merken. Wel kunnen in mijn ogen de verschillende omstandigheden gezamenlijk bijdragen om tot een weloverwogen oordeel te komen.

Om een aanzet te geven tot scherpe en falsifieerbare normering heeft Te Niet in zijn dissertatie de zogenoemde omstandighedencatalogus ontwikkelt. Deze omstandighedencatalogus moet de rechter ertoe dwingen de relevante feiten en omstandigheden te benoemen en systematisch te toetsen. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de activiteitentoets om zich een beeld te vormen van de arbeidsgerelateerde omstandigheden. Indien de arbeidsgerelateerde omstandigheden niet tot een eenduidige kwalificatie leiden zal moeten worden onderzocht of vermogensgerelateerde omstandigheden uitsluitsel kunnen geven. Omdat beleggers in beginsel dezelfde keuzes kunnen maken ten aanzien van vermogensbestanddelen als ondernemers, kunnen de vermogensgerelateerde omstandigheden enkel ondersteunend worden gebruikt.

Desondanks dat de omstandighedencatalogus een geschikt middel zou kunnen zijn om enige vorm van structuur aan de brengen in de jurisprudentie, blijkt uit de praktijk dat rechters de omstandighedencatalogus links laten liggen. De exacte achterliggende reden hiervoor blijft daarbij onduidelijk.

4. *Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten*

4.1. *Inleiding*

Waar in het vorige hoofdstuk uitgebreid is stilgestaan bij de jurisprudentie en de omstandigheden die mogelijk van invloed zijn op de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, zal in dit hoofdstuk stil worden gestaan bij de Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten (hierna: handreiking). De interne handreiking is opgesteld om belastinginspecteurs te ondersteunen bij het innemen van een standpunt omtrent de toepassing van de BOR bij de exploitatie van vastgoed. De handreiking beoogt daarmee echter geen zelfstandige grondslag te zijn voor het standpunt van de inspecteur in voorkomende gevallen. Het bevat enkel een weergave van de grondslagen in de wet, jurisprudentie en literatuur en moet handvaten bieden voor de praktijk.²²⁵

In dit hoofdstuk zullen in paragraaf twee de uitgangspunten van de handreiking met betrekking tot de BOR aan de orde komen. In paragraaf drie zal kort worden stilgestaan bij de analyse van Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829 met oog op de handreiking. In paragraaf vier zullen deze uitgangspunten worden vergeleken met de uitgangspunten die voorkomen uit de jurisprudentie. Tot slot zal in de tussenconclusie antwoord worden gegeven op de deelvraag: *Wat is het standpunt van de belastingdienst met betrekking tot het drijven van een materiële onderneming bij de exploitatie van vastgoed?*

4.2. *Uitgangspunten praktijkhandreiking*

Eind 2016 heeft de belastingdienst de interne praktijkhandreiking naar aanleiding van een WOB-verzoek geopenbaard. Gezien de omstandigheid dat met betrekking tot de exploitatie van vastgoed geregeld discussie ontstaat met belastingplichtigen, is het bestaan van de handreiking niet verwonderlijk. Op basis van de handreiking dient elke casus objectief beoordeeld te worden. Hiervoor zijn enkele vergaande uitgangspunten ingenomen die hieronder zullen worden besproken:²²⁶

1. De arbeid die een vastgoedexploitant moet verrichten is inherent aan de gekozen investering. Iedere verstandige eigenaar zal werkzaamheden verrichten om de huurstroom op peil te houden. Dit wil nog niet zeggen dat een vastgoedinvesteerder uitstijgt boven het niveau van normaal vermogensbeheer;
2. Bij de verhuur van onroerende zaken kan **nooit** sprake zijn van een onderneming. Bovendien zijn de volgende omstandigheden irrelevant omdat deze normaal zijn bij de verhuur van vastgoed aldus de handreiking:
 - a. Omvang van de portefeuille;
 - b. Wijze en omvang van de financiering;
 - c. Aanwezigheid van een eigen onderhoudsdienst;
 - d. Kennis en ervaring van de eigenaar en zijn personeel;
 - e. Aantal personeelsleden;
 - f. De tijdsbesteding door de erflater/schenker/werknemer de erfgenaam/begiftigde/werknemer;
 - g. Netwerk en relaties;
 - h. Aankoop,- verhuur- en verkoopproces;
 - i. Marktonderzoek en strategiebepaling;
 - j. Afsluiten van huurcontracten;
 - k. Innen van huren en bijhouden administratie;
 - l. Contacten onderhouden met huurders, gemeenten of nutsbedrijven;
 - m. Klachtenbehandeling;
 - n. Financieren van vastgoed;

²²⁵ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, p.1.

²²⁶ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, p. 5-7

- o. Technisch beheer zoals inspecties en onderhoud/reparaties;
 - p. Aanbrengen van verbeteringen, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
 - q. Uitbreiden van het aantal verhuurbare meters (ontwikkeling van vastgoed kan tijdens de ontwikkelingsfase wel een ondernemingsactiviteit zijn).
3. Het aanbieden van extra service naast de verhuur van ruimten moet nog steeds worden aangemerkt als beleggen. Uitzondering hierop zijn IB-éénpitters die eigen arbeid rendabel maken ten aanzien van kleinschalig vastgoed door middel van extra diensten (BNB 1994/319).
 4. De omvang van de vastgoedportefeuille is irrelevant. Hierbij wordt de vergelijking gemaakt met FBI's, die vaak in zeer omvangrijke vastgoedportefeuilles beleggen en daarvoor een beheersorganisatie hebben.
 5. Het beschikken over een relevant netwerk en het hebben van verstand over vastgoed is niet onderscheidend. Dit geldt namelijk ook voor beleggers.
 6. Het actief of passief uitponden van een onroerende zaak levert geen onderneming op (BNB 2012/21). Onder uitponden moet worden verstaan de aankoop van vastgoed in verhuurde staat, de splitsing van het vastgoed in appartementsrechten, gevolgd door de verkoop van de appartementsrechten in onverhuurde staat.
 7. Enkel de bestemmingen wijzigen levert nog geen onderneming op.
 8. Het enkel 'op papier' laten splitsen van vastgoed levert nog geen onderneming op.
 9. Het uitvoeren van grootschalig onderhoud of renovatie is beleggen. Van tijd tot tijd moet ook een belegging worden opgeknapt of bij de tijd worden gebracht.
 10. Incidenteel een pand bouwen of vernieuwbouwen levert geen onderneming op. Er is dan immers geen sprake van zelfstandige duurzame activiteiten, zodat deze activiteiten bij onvoldoende samenhang niet kwalificeren als het drijven van een onderneming.
 11. Indien een reeks van nieuwbouwprojecten (herontwikkeling) worden gerealiseerd levert dit een ondernemingsactiviteit op. Zeker wanneer sprake is van een projectontwikkelingsorganisatie die over een langer tijdsbestek op zoek is naar projecten en daarmee aan de slag gaat. Nadat de ontwikkeling is voltooid en sprake is van duurzame verhuur eindigt de ondernemersactiviteit.
 12. Bij buffervermogen en/of overtollig vermogen kan sprake zijn van ondernemingsvermogen indien belastingplichtige aannemelijk maakt dat hij de onderneming alleen kan drijven wanneer hij extra vermogen of liquiditeiten aanhoudt.
 13. Veel of weinig vreemd vermogen levert geen doorslaggevende aanwijzing op. Beleggingen worden ook wel met vreemd vermogen gefinancierd.

Naast de uitgangspunten die gehanteerd dienen te worden bij de beoordeling of sprake is van het drijven van een materiële onderneming bij de verhuur van vastgoed, staat de handreiking ook uitgebreid stil bij de verdeling van de bewijslast. 'Gebruik de bewijslast, zet de belastingplichtige aan het werk' is letterlijk opgenomen in het plan van aanpak.²²⁷ Het is immers aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat hij, vergeleken met andere beleggende verhuurders, meer dan normaal vermogensbeheer verricht. Hij moet daarbij niet alleen zijn eigen feiten en omstandigheden verstrekken, maar ook die van de 'normale' situatie. Een gloedvol betoog van de belastingplichtige zomaar voor waarheid aannemen of weerspreken zonder gedegen onderzoek te doen, is per definitie onvoldoende. Indien op basis van de verkregen informatie geen standpunt kan worden ingenomen, dan dient dit uiteraard ook achterwege te blijven.

Voor het aanleveren van de relevante feiten en omstandigheden kan door belastingplichtige gebruik worden gemaakt van de omstandighedencatalogus zoals deze in paragraaf 3.4 aan de orde is geweest. De omstandighedencatalogus wordt door de belastingdienst gebruikt om de feiten en omstandigheden van zowel de voorliggende casus, als vergelijkbare casussen in kaart te brengen. Om de organisatiegraad en de duurzaamheid van de activiteiten in de beoordeling te kunnen

²²⁷ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, p.4.

betrekken, moeten de feiten en omstandigheden over meerdere jaren worden aangeleverd. Omdat de bezitseis bij schenking voor de BOR aansluit bij een periode van vijf jaar, wordt deze termijn ook gehanteerd voor de omstandighedencatalogus.

4.3. Arrest 15 april 2016

Als aanvulling op de uitgangspunten die door de belastingdienst worden gehanteerd om te beoordelen of bij de verhuur van onroerende zaken sprake kan zijn van een materiële onderneming, is in paragraaf 14 van de praktijkhandreiking een korte analyse gegeven van Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829 en de daarbij behorende standpunten van de werkgroep. Omdat dit arrest in paragraaf 3.2.7 reeds uitgebreid aan de orde is geweest, zal hier worden afgezien van een beschrijving van het feitenrelaas.

4.3.1. Financiering en rendement

Uit de praktijkhandreiking komt naar voren dat de werkgroep van mening is dat uit het arrest geen heldere en concrete aanwijzingen voor de uitvoeringspraktijk kunnen worden afgeleid. Tekenend hiervoor is de berekening van het gemiddelde rendement van 20%, waarbij volgens de werkgroep ontegenzeggelijk het hefboomeffect van invloed is geweest. Het hefboomeffect zorgt ervoor dat het rendement stijgt naarmate de portefeuille met een groter percentage vreemd vermogen is gefinancierd. De gehanteerde berekening door het Hof is dan ook onjuist aldus de werkgroep. Het hogere rendement is namelijk geen gevolg van arbeid die ten doel heeft een hoger rendement te behalen.²²⁸ Voorts heeft het Hof bij de berekening van het gemiddelde rendement zowel rekening gehouden met het directe rendement als het indirecte rendement. De werkgroep is echter van mening dat vooral het directe rendement relevant is. Met betrekking tot de vergelijkingsmaatstaf kan de IPD Vastgoedindex als benchmark dienen, zij het dat het om een landelijk gemiddelde gaat. Wenselijker zou zijn het rendement te vergelijken met een portefeuille die bestaat uit vergelijkbaar vastgoed aldus de werkgroep.²²⁹

4.3.2. Kennis en ervaring

Wat betreft de verrichte werkzaamheden heeft het Hof geconcludeerd dat de diverse afdelingen, de kennis en ervaring van de werknemers, de uitbestede verbouwingen waarop toezicht werd gehouden en het op projectbasis inhuren van externe deskundigen erop wijzen dat sprake is van arbeid die qua aard omvang meer hebben omvat dat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Volgens de werkgroep is echter onvoldoende aannemelijk gemaakt wat de exacte werkzaamheden waren en welke kennis daarvoor aanwezig is. Bovendien vindt de werkgroep dat de opgesomde werkzaamheden behoren tot werkzaamheden die passen bij normaalvermogensbeheer.²³⁰

4.3.3. Projectontwikkeling

Tot slot blijkt uit de uitspraak van het Hof dat belanghebbende zich naast de verhuur van onroerende zaken bezighoudt met projectontwikkelingsactiviteiten. De werkgroep is van mening dat het Hof onvoldoende heeft vastgelegd wat de omvang van deze activiteiten daadwerkelijk waren. Dat projectontwikkelingsactiviteiten op zichzelf kwalificeren als ondernemingsactiviteiten staat niet ter discussie aldus de werkgroep. Het was echter wel wenselijk geweest indien een duidelijke scheiding zou zijn gemaakt tussen de projectontwikkelingsactiviteiten en het exploiteren van onroerende zaken. Nu lijkt het erop dat het Hof bij het berekenen van het gemiddelde rendement ook het rendement van de projectontwikkelingsactiviteiten heeft meegewogen.

²²⁸ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, p.11.

²²⁹ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, p.12.

²³⁰ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, p.12.

4.4. *Praktijkhandreiking in perspectief van de Jurisprudentie*

Naar aanleiding van bovenstaande uitgangspunten uit de handreiking en de behandelde jurisprudentie uit hoofdstuk 3, kan geconcludeerd worden dat de handreiking een heel ander toetsingskader schetst dan je naar aanleiding van de jurisprudentie zou verwachten. Het meest opmerkelijk verschil is wellicht het feit dat in de handreiking het uitgangspunt wordt gehanteerd dat bij de verhuur van onroerende zaken nooit sprake kan zijn van een materiële onderneming. Uit de jurisprudentie komt echter een heel ander beeld naar voren. Zowel voor als na de publicatie van de handreiking zijn uitspraken en arresten gewezen waar wel degelijk sprake was van het drijven van een materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken. Dit geeft mijns inziens blijk van een te bekrompen houding van de belastingdienst. Heldens wijst erop dat een te bekrompen houding van de belastingdienst een belastingplichtige haast wel verplicht een procedure te starten indien hij zijn gelijk wil halen.²³¹ Het is niet verwonderlijk dat het aantal geschillen zo'n hoge frequentie kent. Fraaier zou zijn als de nuance uit de jurisprudentie meer naar voren zou komen in de handreiking, waardoor het aantal geschillen wellicht wat beperkt kan worden.

Voorts valt op dat de te hanteren uitgangspunten ten aanzien van de feiten en omstandigheden evenmin in overeenstemming zijn met de jurisprudentie. Zo blijkt uit de jurisprudentie dat de wijze van financiering wel degelijk van belang kan zijn bij de vraag of bij de verhuur van onroerende zaken sprake is van een materiële onderneming. Uit de handreiking komt echter naar voren dat de inspecteur het uitgangspunt moet hanteren dat de wijze van financiering (risico en structurering) en de omvang van die financiering niet van belang zijn. Eenzelfde situatie doet zich voor als het gaat om de kennis en ervaring van de belastingplichtige en zijn personeel. Onder meer in de uitspraak van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 Mei 2015, nr. 13/01073 en in Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, nr. 16/3544 komt naar voren dat zowel het Hof als de rechtbank de kennis/ervaring van de belastingplichtige hebben meegewogen. In de uitspraak van Hof Den Haag 19 juli 2019, BK-16/00373 heeft het Hof de know how van de belastingplichtige en zijn personeel zelfs expliciet genoemd als zijnde een omstandigheid die op het bestaan van een materiële onderneming kan wijzen. De handreiking lijkt hier echter geen boodschap aan te hebben aangezien de inspecteur het uitgangspunt moet hanteren dat de kennis en ervaring van de eigenaar en zijn personeel geen invloed hebben op de vraag of er sprake is van een materiële onderneming. Tot slot wordt een vergelijkbaar standpunt ingenomen als het gaat om het aantal personeelsleden en de totale tijdsbesteding. Indien de werkzaamheden van kleine aard zijn en weinig loonkosten tot gevolg hebben, zal in de meeste gevallen geen sprake zijn van een vastgoedonderneming.²³² Dit kan echter anders zijn wanneer op regelmatige basis aanzienlijke werkzaamheden worden verricht door meerdere werknemers.²³³ Ook op dit gebied lijkt de handreiking dus niet in overeenstemming met de jurisprudentie.

Het toetsingskader voor de toepassing van de BOR bij de exploitatie van onroerende zaken lijkt op de basis van de handreiking dus veel eenvoudiger dan het beeld wat geschetst wordt uit de jurisprudentie. Heldens wijst erop dat een dergelijke starre houding van de belastingdienst mogelijk in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel.²³⁴ Het zorgvuldigheidsbeginsel is onderdeel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaraan bestuursorganen zich dienen te houden bij het nemen van besluiten. Specifiek verplicht het zorgvuldigheidsbeginsel de belastingdienst ertoe de nodige kennis omtrent de relevante feiten en omstandigheden af te wegen zodat op een zorgvuldige wijze een besluit kan worden genomen. Bovendien mag het bestuursorgaan geen vooringenomenheid jegens de belastingplichtige tonen noch de schijn van vooringenomenheid wekken.²³⁵ De handreiking geeft mijn inziens echter meer de indruk dat de belastingdienst de feiten en omstandigheden minder

²³¹ Heldens, J.A.L., 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant !', *Wfr* 2018/45.

²³² Hof Den Haag 1 juli 2016, nr. BK-14/00838, *NTFR* 2016/1964.

²³³ Hof Den Haag 19 Juli 2017, nr. BK-16/00373, *V-N* 2017/62.20.

²³⁴ Heldens, J.A.L., 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant !', *Wfr* 2018/45.

²³⁵ Heldens, J.A.L., 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant !', *Wfr* 2018/45.

relevant acht en een tunnelvisie hanteert jegens de standpunten zoals opgenomen in de handreiking. Hiermee kan ik mij toch niet aan de schijn van vooringenomenheid aan de kant van de belastingdienst ontdoen.

Om zich van deze schijn van vooringenomenheid te ontdoen zou het in mijn ogen wenselijker zijn als de handreiking meer in overeenstemming zou worden gebracht met de nuances uit de jurisprudentie. Zo zou de belastingdienst moeten afstappen van de aanname dat bij de verhuur van onroerende zaken nooit sprake van een materiële onderneming. Uit de jurisprudentie komt immers naar voren dat hiervan wel degelijk sprake kan zijn. Voorts zou de defensieve houding tegenover het belang van de kennis en ervaring van het personeel, de financiering en de totale tijdsbesteding iets versoepeld moeten worden. Zeker omdat de Belastingdienst verlangt dat de informatie omtrent deze zaken wordt aangeleverd door middel van de omstandigheden catalogus. Waarom dit echter nodig is als deze omstandigheden toch irrelevant zijn, blijft voor mij een raadsel! Tot slot merkt Heldens in mijn ogen terecht op dat het de Belastingdienst zou sieren indien zij niet alleen een indicatie zouden geven van de feiten en omstandigheden die er volgens hun niet toe doen, maar ook inzicht zouden geven in welke werkzaamheden juist wel relevant zijn bij de toepassing van de BOR. Dit zou het voor zowel de belastingplichtige, als voor zijn eventuele adviseur eenvoudiger maken een reële inschatting te maken.²³⁶

²³⁶ Heldens, J.A.L., 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant ?!', *Wfr* 2018/45.

4.5. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten behandeld en getracht antwoord te geven op de deelvraag: *Wat is het standpunt van de belastingdienst met betrekking tot het drijven van een materiële bij de exploitatie van onroerende zaken?*

Eind 2016 heeft de Belastingdienst naar aanleiding van een WOB-verzoek de praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten geopenbaard. De handreiking heeft als doel de inspecteur een handzaam beeld te bieden een afgewogen standpunt in te nemen. Daarnaast bevat de handreiking een omstandighedencatalogus om het daarvoor benodigde overzicht van de relevante feiten te verkrijgen.

Gezien het feit dat met betrekking tot de exploitatie van vastgoed geregeld discussie ontstaan tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige is het bestaan van de handleiding niet verwonderlijk. Wat wel verwonderlijk te noemen is, zijn de standpunten die door de Belastingdienst worden gehanteerd. Zo kan in de ogen van de Belastingdienst nooit sprake zijn van een onderneming bij de verhuur van onroerende zaken, spelen omstandigheden als de omvang en wijze van financiering, de aanwezige kennis en ervaring en het indirect rendement in de ogen van de werkgroep geen rol, en wordt de aanwezigheid van een eigen onderhoudsdienst als niet relevant omschreven. Dit staat lijnrecht tegenover de staande jurisprudentie, waaruit wel degelijk blijkt dat in sommige gevallen sprake kan zijn van een materiële onderneming bij de exploitatie van onroerende zaken. De handreiking geeft blijk van mogelijke vooringenomenheid aan de kant van de belastingdienst. Om zich van deze schijn te ontdoen zou het wenselijker zijn indien de handreiking meer in overeenstemming zou worden gebracht met de nuance uit de jurisprudentie.

5. *Onderzoek naar een wettelijke fictie*

5.1. *Inleiding*

Uit voorgaande hoofdstukken is gebleken dat de vraag of de exploitatie van onroerende zaken voor de toepassing van de BOR kwalificeert als onderneming of als belegging in de praktijk niet eenvoudig te beantwoorden is. De daarmee gepaard gaande rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid is het onvermijdelijke gevolg. In dit hoofdstuk zal gekeken worden naar de mogelijke oplossingen voor dit probleem. Albers geeft hiervoor twee mogelijkheden.²³⁷ Allereerst kan een verduidelijking van de maatstaf uitkomst bieden. De begrippen arbeid plus en rendement plus dienen daarvoor nauwkeuriger te worden ingevuld. Helaas is de Hoge Raad hiertoe in de tot nu toe gewezen jurisprudentie niet in staat gebleken. Albers geeft als oorzaak dat de Hoge Raad zich in zijn arresten beperkt tot een negatieve motivering. Indien de Hoge Raad door middel van prejudiciële vragen gedwongen kan worden tot een positieve invulling van de maatstaf, zou dit mogelijk voor meer duidelijkheid kunnen zorgen.

Wanneer de Hoge Raad niet in staat blijkt een concrete invulling te geven aan de maatstaven is het uit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid wenselijk een wetswijziging door te voeren.²³⁸ Deze wetswijziging kan vormgegeven worden door de invoering van een fictie. In paragraaf twee zal daarom stil worden gestaan bij een korte uitleg over ficties, gevolgd door de effecten van een fictie op de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid. In paragraaf drie zullen een drietal mogelijke ficties uit de praktijk besproken worden. Voorts zal in paragraaf vier onderzocht worden wat de mogelijkheden voor een Nederlandse fictie zijn. Tot slot zal in de conclusie van dit hoofdstuk antwoord worden gegeven op de deelvragen: *Leidt een fictie tot een verbetering van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel? En: Welke criteria zijn geschikt voor een fictie die moet beoordelen of er sprake is van het drijven van een materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken?*

²³⁷ Albert, P.G.H., 'De Maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', *Wfr* 2016/184.

²³⁸ Albert, P.G.H., 'De Maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', *Wfr* 2016/184.

5.2. Een fictie

Om discussie omtrent de kwalificatie van vastgoed voor de toepassing van de BOR te voorkomen, is het invoeren van een fictie mogelijk een goede uitkomst. Volgens Freudental kan een fictie als volgt worden gedefinieerd:²³⁹

‘een wettelijke bepaling op grond waarvan de werkelijkheid verplicht geheel of ten dele ter zijde wordt gesteld’.

Een belastingwet die bekend staat om zijn ficties is de SW 1956. Zo bepaald art. 3, eerste lid, SW 1956 bijvoorbeeld dat een Nederlander die binnen het rijk heeft gewoond en binnen tien jaar nadat hij het Rijk heeft verlaten is overleden of een schenking heeft gedaan, wordt geacht ten tijde van zijn overlijden of van het doen van de schenking binnen het rijk te hebben gewoond. Hiervoor wordt aangesloten bij het nationaliteitsbeginsel daar de fictie alleen ziet op ‘Nederlanders’ die uit Nederland zijn geëmigreerd. De fictie moet voorkomen dat belastingheffing wordt ontgaan door voorafgaand aan een schenking of overlijden uit Nederland te emigreren.

In de fiscale literatuur kunnen ficties over het algemeen niet op een grote populariteit rekenen. Zo is Freudental van mening dat ficties het maatschappelijk draagvlak, dat noodzakelijk is voor de acceptatie van een belasting, afbrokkelt naarmate de belastingwetgeving de werkelijkheid negeert en ficties daarvoor in de plaats stelt.²⁴⁰ In het verlengde hiervan wordt gewezen op de zwakke relatie met fiscale rechtsbeginselen zoals bijvoorbeeld het draagkrachtbeginsel. Zo wordt in de inkomstenbelasting uitgegaan van een fictief rendement bij de box 3 heffing terwijl in sommige gevallen helemaal geen inkomen wordt genoten. De werkelijke draagkrachtvermeerdering- of vermindering is dan ten onrechte niet leidend.

Ondanks dat ficties in de literatuur over het algemeen niet op al te veel populariteit hoeven te rekenen, ben ik van mening dat een fictie wel degelijk van toegevoegde waarde kan zijn bij de kwalificatie van de verhuur van onroerende zaken. In plaats van alle ficties positief of negatief te beoordelen moet een fictie in mijn ogen beoordeeld worden op de inhoud en het daarmee samenhangende resultaat. Volgens Albert moet men zich afvragen of de toepassing van de fictie tot en redelijke uitkomst leidt, gegeven de context waarin de fictie functioneert. De stelling dat het resultaat onredelijk is omdat de uitkomst gebaseerd is op een fictie berust op een drogredenering aldus Albert.²⁴¹

5.2.1. Fictie voor gelijkheid en zekerheid

Om te toetsen of een fictie daadwerkelijke een goede oplossing is om meer duidelijkheid te krijgen over wanneer sprake is van het drijven van een materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken, zal oordeel moeten worden of een fictie leidt tot een verbetering van de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid.

Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen ook gelijk behandeld dienen te worden en dat ongelijke gevallen ongelijk behandeld dienen te worden naarmate van hun ongelijkheid. Enkel ingeval sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond is een ongelijke behandeling volgens de wet gerechtvaardigd. Zoals in paragraaf 2.6.1. besproken wordt met de huidige invulling van de arbeid plus en rendement plus toets in mijn optiek niet voldaan aan het beginsel van gelijkheid. Door het ontbreken van scherpe normen wordt rechtsongelijkheid versluierd.²⁴² Een fictie kan hier in mijn ogen verbetering in brengen. Gelijke gevallen zullen door een fictie namelijk ook

²³⁹ Freudental, R.M., (2004), ‘In de ban van vervlakking; een inkomstenbelasting in drie delen’, Amersfoort: SDU, p.16.

²⁴⁰ Freudental, R.M., (2004), ‘In de ban van vervlakking; een inkomstenbelasting in drie delen’, Amersfoort: SDU, p.22.

²⁴¹ Albert, P.G.H., ‘Ficties zijn fictie’, *Wfr* 2012/1324.

²⁴² Barendrecht, J.M., ‘Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwing over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming’, Deventer: Kluwer 1992, p.77.

gelijk behandeld worden, omdat de rechter minder interpretatievrijheid heeft. De norm waaraan getoetst moet worden is in dat geval duidelijk.

Deze duidelijkheid heeft naast het waarborgen van het gelijkheidsbeginsel een positief effect op de rechtszekerheid. Door de huidige open norm wordt de belastingplichtige in onzekerheid gelaten over welke feiten en omstandigheden relevant zijn bij de beoordeling of sprake is van materiële onderneming. Het doel van het opnemen van een open norm in de wetgeving is de Belastingdienst, rechterlijke macht en normadressaten de mogelijkheid te bieden nadere invulling te geven aan de wetgeving zodat de wetgeving zelf minder gedetailleerd hoeft te zijn.²⁴³ Daarmee kunnen open normen een wezenlijke bijdrage leveren aan vermindering van de regeldruk. Helaas blijkt uit het veelvoud van jurisprudentie met betrekking tot de BOR en de verhuur van onroerende zaken dat de invulling van de open norm mislukt is, met als negatief effect dat de open norm ten koste gaat van de rechtszekerheid. Het is mijn optiek tijd voor de wetgever in te grijpen en de open norm in te ruilen voor een gesloten norm, waarmee voor belastingplichtigen eindelijk duidelijkheid ontstaat. Het kan namelijk niet zo zijn dat de onduidelijke wetgeving ten koste gaat van de belastingplichtige die geen houvast kan ontfen aan de wet en daarom keer op keer afhankelijk is van het oordeel van de rechter.

²⁴³ Anderson, R.J., 'Open normen in de fiscale wetgeving', *Wfr* 2018/15.

5.3. Ficties uit de literatuur

Om invulling te geven aan een gesloten norm worden in de literatuur een aantal mogelijke ficties besproken. Daarnaast kent het Gewest Vlaanderen (België) de zogenoemde 'activiteitentoets'. De activiteitentoets moet voorkomen dat onroerend zaak lichamen zonder economische activiteit in België kunnen kwalificeren voor de Vlaamse Gunstregeling (BOR in België). Zowel de mogelijke ficties uit de literatuur als de activiteitentoets, zullen in deze paragraaf aan de orde komen.

5.3.1. Beleggingsfictie

De eerste mogelijke fictie die uit de literatuur naar voren komt is de zogenoemde beleggingsfictie. Albert is van mening dat de invoering van een beleggingsfictie wenselijk is, omdat de invulling van de maatstaf waarmee bij de verhuur van vastgoed onderscheid wordt gemaakt tussen ondernemen en beleggen, niet voldoet aan de eis van duidelijkheid en nauwkeurigheid.²⁴⁴ Om meer duidelijkheid te verschaffen kan volgens hem een beleggingsfictie geïntroduceerd worden die de verhuur van onroerende zaken altijd als belegging aanmerkt. Deze bepaling zou aan art. 35c SW 1956 en art. 4.17a Wet IB kunnen worden toegevoegd en als volgt kunnen worden vormgegeven:²⁴⁵

“Voor de toepassing van dit artikel worden onroerende zaken die zijn bestemd om direct of indirect ter beschikking te worden gesteld aan anderen dan met belastingplichtige verbonden lichamen als bedoeld in art. 10a, vierde lid, Wet Vpb 1969 niet als ondernemingsvermogen beschouwd.”

Rozendal acht een beleggingsfictie om een drietal redenen onwenselijk:²⁴⁶

1. Allereerst is volgens Rozendal van belang dat door voor de BOR aan te sluiten bij het IB-ondernemers begrip nou juist is getracht meer rechtsvormneutraliteit te creëren. De invoering van een fictie waarbij de verhuur van vastgoed per definitie als belegging wordt aangemerkt, zou deze doelstelling geweld aan doen aldus Rozendal.
2. Ten tweede staat een beleggingsfictie in ogen van Rozendal recht tegenover de achterliggende doelstelling van de BOR Om liquiditeitsproblemen te voorkomen en onbelemmerde voortzetting van de economische bedrijvigheid te stimuleren. Indien uitgegaan wordt van de juistheid van de rechtvaardigingsgronden voor de BOR is er in de ogen van Rozendal geen rechtvaardiging voor de uitsluiting van de verhuur van vastgoed.
3. Ten derde wijst Rozendal erop dat het per definitie uitsluiten van verhuurd vastgoed leidt tot een onevenredige behandeling van vastgoedvennootschappen en hun aandeelhouders. Zo kan een onroerend goed lichaam niet de status van vrijgestelde beleggingsinstelling (hierna: VBI) aanvragen.²⁴⁷ Bovendien worden vastgoedvennootschappen geconfronteerd met de afschrijvingsbeperkingen uit art. 3.30a Wet IB 2001 en art. 8 lid 6 Wet Vpb 1969.

Albert kan zich niet vinden in de afwegingen van Rozendal. Hoewel bij de invoering van de BOR getracht is rechtsvormneutraliteit te creëren weegt dit argument in zijn ogen niet zwaar genoeg een beleggingsfictie direct naar het land der fabelen te verwijzen.²⁴⁸ Ik ben het op dit punt met Albert eens. De wetgever mag bij hervorming van de BOR dan wel naar rechtsvormneutraliteit gestreefd hebben, de rechtsvorm staat ter vrije keuze van de belastingplichtige en de keuze van een rechtsvorm gaat nou eenmaal gepaard met voor- en nadelen. Het is aan de belastingplichtige de rechtsvorm te

²⁴⁴ Albert, P.G.H., 'De Maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', *Wfr* 2016/184.

²⁴⁵ Albert, P.G.H., 'De Maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', *Wfr* 2016/184.

²⁴⁶ Rozendal, A., 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', *Wfr* 2016/127.

²⁴⁷ Art. 6a Wet op de Vennootschapsbelasting 1969.

²⁴⁸ Albert, P.G.H., 'De Maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', *Wfr* 2016/184.

kiezen die hem het beste schikt. Bovendien wijst Hoogwout erop dat de BOR ook op het gebied van de bezitseis uit art. 35d niet geheel rechtsvormneutraal uitwerkt.²⁴⁹

Ook aangaande het argument dat een beleggingsfictie tot een onevenredige behandeling van vastgoedvennootschappen zou leiden, kan ik mij niet vinden in de mening van Rozendal. Het feit dat onroerend goed lichamen in de Wet Vpb 1969 iets nadeliger worden behandeld dan beleggingsvennootschappen zonder onroerende zaken, weegt in mijn ogen nog niet op tegen de vooruitgang in rechtszekerheid die een mogelijke fictie met zich meebrengt. Een ongelijke behandeling kan daarmee worden gerechtvaardigd.

Ten aanzien van het argument dat een beleggingsfictie recht tegenover de achterliggende doelstelling van de BOR staat, kan ik mij beter vinden in de argumentatie van Rozendal. Zoals ik reeds eerder in deze masterthesis aan de orde heb laten komen behoeft de veronderstelling van de wetgever dat bij de verhuur van onroerende zaken per definitie sprake is van een belegging, in mijn ogen enige nuance. Waar een belegger vermogen ter beschikking stelt aan een derde en daarvoor een vergoeding ontvangt, zoals bijvoorbeeld het geval is bij aandelen of obligaties, moet de eigenaar van onroerende zaken tal van handelingen verrichten om zijn investering rendabel te maken. Hoewel hiervan wellicht niet in alle gevallen sprake zal zijn, is het naar mijn mening mogelijk dat bij de verhuur van onroerende zaken ondernemerschap in beeld komt. Deze mening wordt mede ondersteund door de jurisprudentie uit hoofdstuk drie. Dit in het achterhoofd houdende is het in mijn ogen niet wenselijk alle onroerend goed lichamen per definitie uit te sluiten van de BOR. Ook bij de overgang van vastgoedlichamen naar de volgende generatie kunnen zich namelijk liquiditeitsproblemen voordoen waardoor bepaalde bedrijfsonderdelen (of vastgoedobjecten) moeten worden verkocht die al decennialang in handen zijn van dezelfde onderneming of familie. Een dergelijke uitwerking is in mijn optiek niet in lijn met de doelstellingen van de BOR. Het invoeren van een beleggingsfictie lijkt mij niet de juiste methode.

5.3.2. Ondernemingsfictie

Een alternatief voor de beleggingsfictie zou een 'ondernemingsfictie' kunnen zijn waarbij de verhuur van onroerende zaken altijd kwalificeert als onderneming. Ook in dat geval is sprake van een verbetering van de rechtszekerheid en de rechtsongelijkheid. Of een dergelijke fictie echter realistisch is gezien de jurisprudentie en de starre houding van de belastingdienst dat bij de verhuur van onroerende zaken nooit sprake kan zijn van het drijven van een materiële onderneming, waag ik te betwijfelen. Bovendien zou dit uiterst nadelig uitwerken voor vastgoedbeleggers die momenteel in box 3 belast worden. Een ondernemingsfictie zou betekenen dat zij voortaan belast zullen worden in box 1. Dit is in mijn optiek onwenselijk omdat particulieren die vastgoed bezitten over het algemeen geen ondernemingsaspiraties hebben. Zij zoeken enkel een goede manier om hun overvloedige liquiditeiten, die bijvoorbeeld voortvloeien uit een dienstbetrekking, aan te wenden. Een verschuiving van box 3 naar box 1 zou bovendien een forse belastingverhoging tot gevolg hebben. Het invoeren van een ondernemingsfictie lijkt daarmee in mijn ogen ook af te vallen.

5.3.3. Vlaamse Gunstregeling

Naast Albert is ook Hoogwout van mening dat het wellicht tijd wordt dat de wetgever ingrijpt en een wettelijke fictie introduceert. Hij wijst erop dat ter inspiratie gekeken kan worden naar de landen die Nederland omringen.²⁵⁰ Zo kent België de Vlaamse Gunstregeling: de BOR in Vlaanderen. De Vlaamse Gunstregeling is, met ingang van 1 januari 2012 ingrijpend gewijzigd. Onder de nieuwe regeling geldt dat indien sprake is van een schenking van een familiale onderneming de verkrijging geheel is vrijgesteld. Wanneer sprake is van een verkrijging krachtens erfrecht geldt een tarief van 3% (in rechte lijn en tussen echtgenoten/samenwonenden). De hoofddoelstelling van de Vlaamse Gunstregeling valt daarmee nauw samen met de hoofddoelstelling van BOR, namelijk het verminderen van de belastingheffing in geval van een bedrijfsopvolging en het bevorderen van de

²⁴⁹ Hoogwout, T.C., 'De bezitseis voor de bedrijfsopvolgingsregeling', ftV nr. 9, oktober 2019.

²⁵⁰ Hoogwout, T.C., 'Fictieve materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken', ftV 7-8, 2018.

continuïteit van de Vlaamse familiale ondernemingen om zo een duurzame tewerkstelling aan te moedigen. Het verschil in tarief tussen een verkrijging krachtens erfrecht en een verkrijging krachtens schenking moet ertoe leiden dat bedrijfsleiders gestimuleerd worden tijdig aandacht te besteden aan de bedrijfsopvolging.²⁵¹

Om voor de Vlaamse Gunstregeling te kwalificeren moest in het verleden onder andere worden voldaan aan de loonlastenvoorwaarde. Deze hield in dat in de drie jaren voorafgaand aan het overlijden of schenken een bedrag van minstens € 500.000 aan loonlasten moest zijn uitbetaald. Eind 2009 werd deze loonlastenvoorwaarde naar aanleiding van de kredietcrisis buitenwerking gesteld. Deze aanpassing had het ongewenste effect dat ook vennootschappen zonder economische activiteit konden kwalificeren voor de gunstregeling. Om dit te voorkomen werd per 1 januari 2012 de loonlastenvoorwaarde definitief vervangen door de activiteitentoets. De activiteitentoets moet voorkomen dat vennootschappen zonder economische activiteit (zoals bijvoorbeeld onroerend zaak lichamen waarin enkel wordt belegd) gebruik kunnen maken van de gunstregeling. Een vennootschap wordt geacht geen economische activiteit te hebben indien blijkt dat tenminste in een van de drie boekjaren voorafgaand aan de datum van de akte van schenking of de datum van overlijden blijkt dat:²⁵²

- a. De bezoldigingen, sociale lasten en pensioenen in totaal niet meer bedragen dan 1,5% van de totale activa (hierna: loonkosten criterium). En;
- b. De terreinen en gebouwen op de balans meer bedragen dan 50% van de totale activa (hierna: boekwaarde criterium).

Indien op basis van de activiteitentoets geen sprake is van een reële economische activiteit, kan nog gebruik worden gemaakt van de tegenbewijsregeling. Hiervoor dient belastingplichtige aannemelijk te maken dat de onroerende zaken worden gebruikt voor een reële economische activiteit. Ter Illustratie volgt hieronder een voorbeeld:

De totale activa op de balans van A BV bedraagt € 1.200.000, waarvan € 650.000 bestaat uit onroerende zaken. De loonkosten van A BV bedragen € 15.000. A BV voldoet hiermee zowel aan de loonkosten voorwaarde $\frac{€ 15.000}{€ 1.200.000} = 1,25\%$, als aan het boekwaarde criterium $\frac{€ 650.000}{€ 1.200.000} = 54,16\%$, zodat A BV wordt geacht geen reële activiteit te hebben. Indien kan worden aangetoond dat de in A BV aanwezige onroerende zaken worden gebruikt voor de economische activiteiten van A BV, kan wel gebruik worden gemaakt van de Vlaamse Gunstregeling.

Hoewel Hoogwout van mening is dat een fictie mogelijk ook in Nederland uitkomst kan bieden bij de vraag of sprake is een materiële onderneming, is hij kritisch op de gekozen parameters van de activiteitentoets. Bij een fictie is het volgens Hoogwout van belang in hoeverre de belastingplichtige invloed kan uitoefenen op de gekozen parameters. Een DGA kan bijvoorbeeld invloed uitoefenen op zijn eigen salaris en dat van zijn familie. Met een loonkostenvoorwaarde in het achterhoofd kan de keuze voor salaris, dan wel dividend, anders uitvallen.²⁵³ Daarmee zou de kwalificatie voor de Vlaamse Gunstregeling dus beïnvloed kunnen worden. Door het invoeren van een 'zakelijkheidstoets' zou dit probleem mogelijk verholpen kunnen worden. Hier zal ik in de volgende paragraaf dieper op ingaan.

Naast het loonkosten criterium komt ook het boekwaarde criterium in de literatuur niet ongeschonden uit de strijd. Door terug te vallen op de waarde van de terreinen en gebouwen ten opzichte van de totale activa is er sprake van discriminatie tussen oude en jonge vennootschappen. Immers, het vastgoed in oudere vennootschappen zal in veel gevallen al verder zijn afgeschreven dan het vastgoed

²⁵¹ Hoogeveen, M.J., (2012), 'Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland', Tilburg University.

²⁵² Art. 2.7.4.2.2, §2, 2°.

²⁵³ Hoogwout, T.C., 'Fictieve materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken', *Ftv* 7-8, 2018.

in jonge vennootschappen. Bij oudere vennootschappen zal dus sneller sprake zijn van een reële economische activiteit en sneller gekwalificeerd kunnen worden voor de Vlaams Gunstregeling.²⁵⁴ Deze vorm van discriminatie is in mijn optiek ongewenst bij een degelijke fictie. Evenzeer ben ik van mening dat de verhouding onroerende zaken ten opzichte van de totale activa überhaupt niks zegt over de vraag of sprake is van een reële economische activiteit (of in het geval van het Nederlandse belastingrecht: materiële onderneming). Onder andere in Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829 is namelijk gebleken dat ook bij de verhuur van onroerende zaken sprake kan zijn het drijven van een materiële onderneming. Al zouden de terreinen en gebouwen op de balans 90% bedragen van de totale activa, dan nog zou sprake kunnen zijn van het drijven van een materiële onderneming indien is voldaan aan plus arbeid en plus rendement-toets. Dit maakt het boekwaardecriterium voor het Nederlandse belastingrecht in mijn optiek onbruikbaar.

²⁵⁴ Herten, F., Coppens, W., 'De overdracht van familiale ondernemingen van vennootschappen in het Vlaamse gewest. De langverwachte wetwijziging brengt geen totale duidelijkheid en laat nog ruimte voor discussie en subjectieve beoordeling door de Vlaamse Belastingdienst', *AFT* 2012, afl. 11, 26-27.

5.4. Een Nederlandse fictie

In de vorige paragraaf zijn een aantal ficties uit de literatuur en de activiteiten voorwaarde uit de Vlaamse Gunstregeling aan de orde geweest. Nu is het tijd een fictie voor het Nederlandse belastingrecht te ontwikkelen. Bij vastgoed exploitatieactiviteiten is volgens de Hoge Raad sprake van meer dan normaal vermogensbeheer indien is voldaan aan plus arbeid en plus rendement. Toetsbare criteria of richtsnoeren wanneer precies is voldaan aan arbeid plus en rendement plus ontbreken echter. Zo is bijvoorbeeld nooit een toetsbaar urencriterium ontwikkeld. Evenmin is een toetsbaar rendementscriterium voor handen. Om meer zekerheid voor de belastingplichtigen te creëren zijn dergelijke criteria in mijn ogen echter wel van belang. Daarom zal ik in deze paragraaf door middel van een fictie duidelijke criteria proberen te ontwikkelen die voor de betrokken partijen houvast kunnen bieden. Hopelijk met als resultaat dat de onzekerheid omtrent de vraag of sprake is van een materiële onderneming bij de exploitatie van onroerende zaken daarna tot het verleden behoort.

5.4.1. Zakelijke loonsom

De eerste toets die in BNB 1994/319 door de Hoge raad is geformuleerd betreft de arbeid plus toets.²⁵⁵ Indien sprake wil zijn van het drijven van een materiële onderneming bij de exploitatie van onroerende zaken moeten de aard en de omvang van de werkzaamheden uitgaan boven wat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Uit Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829 is gebleken dat het daarbij niet alleen gaat om de arbeid van degene voor wiens rekening en risico de onderneming wordt gedreven, maar ook om de arbeid die binnen de organisatie wordt verricht, de uitbestede werkzaamheden waarbij toezicht wordt gehouden en de externe deskundigen die op projectbasis worden ingehuurd. Met het zelf verrichten van arbeid als DGA²⁵⁶ en het laten verrichten van arbeid door werknemers en externen zijn loonkosten gemoeid. Het ligt in mijn ogen voor de hand om, net als we gezien hebben bij de Vlaamse Gunstregeling, voor de maatstaf van arbeid plus aan te sluiten bij de totale loonsom van het onroerend goed lichaam. De totale loonsom zegt immers iets over de hoeveelheid arbeid die verricht is.

Om te voorkomen dat de DGA door middel van de loonsom invloed kan uitoefenen op de kwalificatie van het onroerend goed lichaam pleit ik voor een aanvullende zakelijkheidstoets. De zakelijkheidstoets komt onder meer aan de orde bij het kwalificeren van transacties tussen gelieerde partijen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien een DGA zichzelf een lening verstrekt vanuit zijn eigen BV. In dat geval moet de lening onder dezelfde voorwaarden tot stand komen die de bv ook zou stellen aan een willekeurige derde. Als niet wordt voldaan aan de zakelijke voorwaarden kan de belastingdienst de lening als inkomsten beschouwen. Voor het loonsomcriterium zou in mijn optiek ook een zakelijkheids criterium moeten gelden. De belastingplichtige moet in dat geval bij het opteren voor de BOR aannemelijk maken dat aan de hoogte van de loonsom in overwegende mate zakelijke motieven ten grondslag liggen. Hiervoor kan getoetst worden aan de 'meest vergelijkbare dienstbetrekking' of een soortgelijke dienstbetrekking.

²⁵⁵ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, nr. 29 755, BNB 1994/319.

²⁵⁶ Voor een DGA geldt de gebruikelijkloonregeling uit artikel 12a Wet op de loonbelasting 1964 wanneer hij werkzaamheden verricht voor een lichaam waarin hij of zijn partner een aanmerkelijk belang heeft.

5.4.1.1. Meest vergelijkbare dienstbetrekking

In het kader van de BOR kan voor het begrip meest vergelijkbare dienstbetrekking aansluiting gezocht worden bij art. 12a Wet LB 1964. Daarin wordt de vergelijkbare dienstbetrekking gedefinieerd als:²⁵⁷

- Een dienstbetrekking waarbij een aanmerkelijk belang geen rol speelt;
- Die bekend is bij zowel de inspecteur als de belastingplichtige;
- Waarvan het loon bekend is of in redelijkheid geschat kan worden; en
- Waarvan het loon op een gebruikelijke manier is vastgesteld.

In de situatie van een lichaam waarvan een aanmerkelijk belang wordt verkregen, kan aansluiting worden gezocht bij het loon voor een dienstbetrekking bij een lichaam die zich bezighoudt met het beheer van onroerende zaken.

Om een goeie vergelijking te maken zal voor de vergelijkbare dienstbetrekking gezocht moeten worden naar dienstbetrekkingen van personen met dezelfde over vergelijkbare functie, waarbij een aanmerkelijk belang geen rol speelt. Ook Hof Amsterdam is deze mening toebedeeld zoals in zijn uitspraak van 26 april 2000, V-N 2000/35.21 naar voren komt:²⁵⁸

‘(...) ligt het naar oordeel van het Hof het meest voor de hand dat het loon van belanghebbende vergeleken wordt met lonen die worden betaald aan personen met dezelfde of een vergelijkbare functie die geen ab-werknemer zijn. Met vergelijkbare functies worden bedoel dienstbetrekkingen waarvan de werkzaamheden voor wat betreft aard en omvang in redelijkheid vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden van de ab-werknemer’.

Voorts kunnen in de ogen van het Hof factoren als opleiding, leeftijd, ervaring en de branche waarin de vennootschap actief is een rol spelen. Emmerig en van der Waal voegen daaraan dat ook de omvang, de verantwoordelijkheden en het niveau van het werk relevant kunnen zijn voor de beoordeling of sprake is van een vergelijkbare dienstbetrekking.²⁵⁹

De gedachte om aan te sluiten bij een dienstbetrekking waarbij een aanmerkelijk belang geen rol speelt vindt aansluiting bij de voorwaarde dat sprake moet zijn van loon dat op een ‘gebruikelijke’ manier is vastgesteld. Een DGA zal zijn loon veelal fiscaal optimaliseren met het oog op de loonbelasting/dividendbelasting en inkomstenbelasting. Van gebruikelijk loon zal in dat geval dus veelal geen sprake zijn. Indien er sprake wil zijn van een ‘gebruikelijke manier’ zal er in mijn optiek gekeken moeten worden naar een dienstbetrekking die tot stand is gekomen tussen een werknemer en een willekeurige derde werkgever (zijnde geen familie etc.). In dat geval is het loon vastgesteld op een manier die in het economisch verkeer gebruikelijk is.

Omdat het voor de belastingplichtige veelal geen eenvoudige opgave zal zijn om een goede vergelijking te vinden aangezien relevante informatie met betrekking tot vergelijkbare dienstbetrekkingen niet of nauwelijks voorhanden is, pleit ik ervoor dat de bewijslast door de wetgever bij de belastingdienst wordt gelegd. Dit houdt in dat de inspecteur, ingeval hij van mening is dat sprake is van een te hoog in aanmerking genomen loon, een meest vergelijkbare dienstbetrekking dient aan te dragen. Daarnaast moet de inspecteur de criteria overleggen op basis waarvan hij tot dat oordeel is gekomen. Het is vervolgens aan belastingplichtige aan te geven in hoeverre hij zich kan vinden in de criteria van de inspecteur en mogelijk een dienstbetrekking aan te dragen die in zijn ogen meer vergelijkbaar is. Uiteindelijk gaat het om de meest vergelijkbare dienstbetrekking die

²⁵⁷ Art. 12a, lid 7 Wet LB 1964.

²⁵⁸ Hof Amsterdam 26 april 2000, nr. 99/1257, V-N 2000/35.21.

²⁵⁹ Emmerig, B., van der Waal, P.R., ‘De gewijzigde fictiefloonregeling’, *Wfr* 2015/470.

gevonden is door de inspecteur of de belastingplichtige en waarvan het loon bekend is of redelijkerwijs geschat kan worden.²⁶⁰ Om een dienstbetrekking in de vergelijking mee te nemen, moet deze bij beide partijen bekend zijn.

Indien de belastingplichtige het niet eens is met de vastgestelde aanslag door de inspecteur staat het de belastingplichtige vrij tegen de beslissing in bezwaar te gaan.²⁶¹ Om te voorkomen dat privacy gevoelige informatie op straat komt te liggen met het oog op de Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG) hoeft de meest vergelijkbare dienstbetrekking niet met naam en toenaam bekend te worden. Dit sluit aan bij de systematiek van de meest vergelijkbare dienstbetrekking in de gebruikelijk loon regeling.

5.4.1.2. Doelmatigheidsmarge

Omdat het niet wenselijk is dat naar aanleiding van minimale verschillen tussen het daadwerkelijke loon en het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking discussie ontstaat tussen de belastingplichtige en de belastingdienst, is het invoeren van een doelmatigheidsmarge raadzaam. De doelmatigheidsmarge houdt in dat het loon dat in aanmerking wordt genomen voor het loonsomcriterium pas fictief wordt verlaagd indien het loon van de directeur/aanmerkelijkbelanghouder in meer dan belangrijke mate afwijkt van het gebruikelijk loon. In meer dan belangrijke mate wil zeggen een afwijking van meer dan 25%.

5.4.1.3. Loonbegrip

Tot slot is het relevant te bepalen wat tot het begrip 'loon' moet worden gerekend. Hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij het loonbegrip uit de Wet LB 1964:²⁶²

'Loon is al hetgeen uit een dienstbetrekking of een vroegere dienstbetrekking wordt genoten, daaronder mede begrepen hetgeen wordt vergoed in of verstrekt in het kader van de dienstbetrekking'

In beginsel moeten dus alle voordelen die voortkomen uit de dienstbetrekking tot het loon worden gerekend. Met de zinsnede 'uit de dienstbetrekking' wordt aangegeven dat sprake moet zijn van een verband tussen het voordeel en de dienstbetrekking. Voordelen die worden verkregen in de hoedanigheid van aandeelhouder vallen hier niet onder.

²⁶⁰ Kamerstukken II 2014/15, 34 003, nr.10, p.17.

²⁶¹ Art. 11, lid 3 AWR.

²⁶² Art. 10, lid 1 Wet LB 1964.

5.4.2. Brutohuur

De vraag die resteert is waar de totale loonsom tegen afgezet dient te worden? Tijdens de behandeling van de Vlaamse Gunstregeling is aan de orde geweest dat de waarde van de totale activa als uitgangspunt ongeschikt is, omdat deze beïnvloed wordt door de afschrijvingen. Voorkomen moet worden dat een preferentie ontstaat voor de handel in vennootschappen met onroerende zaken met een lage boekwaarde ten opzichte van nieuwe onroerende zaken. Hoogwout pleit dan ook voor een objectief criterium zoals bijvoorbeeld de WOZ-waarde. Nadeel van de WOZ-waarde is dat de toepassing van de BOR afhankelijk wordt van de onroerendezaakmarkt. Omdat de salarissen in het algemeen geen tred houden met de prijzen van onroerendezaakmarkt, bestaat de kans dat de BOR als gevolg van een stijging van de WOZ-waarde niet langer kan worden toegepast of vice versa.²⁶³

In mijn ogen is het wenselijker aansluiting te zoeken bij het rendement, ofwel de opbrengsten kant. De opbrengsten bij de exploitatie van onroerende zaken bestaan hoofdzakelijk uit de huurinkomsten, aangevuld met opbrengsten die voortkomen uit aanvullende diensten. De daadwerkelijke winst (of netto rendement) kan berekend worden door opbrengsten te verminderen met de totale kosten. Het nadeel van het gebruiken van de winst is dat deze makkelijk beïnvloed kan worden door de kosten, waardoor het beter is voor een fictie aan te sluiten bij de brutohuur. Voor mijn fictie zullen de loonkosten afgezet worden tegen de brutohuur opbrengsten.

5.4.3. Vormgeving in de Wet

De fictie kan als aanvulling worden opgenomen in art. 35c SW 1956 en art. 4.17a en als volgt worden vormgegeven:

“Voor de toepassing van dit artikel kan mede als ondernemingsvermogen worden beschouwd, onroerende zaken die direct of indirect ter beschikking wordt gesteld aan anderen dan de met de belastingplichtige verbonden lichamen als bedoel in art. 10a, vierde lid Wet Vpb 1969, en waarbij de daarmee gepaard gaande loonkosten ten minste ...% van de totale bruto huuropbrengsten bedragen”

Zoals in bovenstaand wetsontwerp te zien is, heb ik het daadwerkelijke percentage van de loonkosten ten opzichte van de brutohuur opengelaten. Om hier invulling aan te geven is het wenselijk een benchmark onderzoek in stellen naar de gemiddelde loonkosten in verhouding tot de brutohuur bij onroerend goed. Omwille van de omvang van deze masterthesis behoort een dergelijk benchmark onderzoek helaas niet tot de mogelijkheden. Hier ligt voor de Staatssecretaris dus nog ruimte voor aanvullend onderzoek.

5.4.4. Tegenbewijsregeling

Als aanvulling op een fictie die de totale loonsom afzet tegen de brutohuur is het raadzaam een tegenbewijsregeling in te voeren. De tegenbewijsregeling moet belastingplichtige de mogelijkheid geven ook indien niet is voldaan aan het loonkostencriterium aannemelijk te maken dat toch sprake is van een materiële onderneming. De belastingplichtige moet daarvoor aantonen dat:

1. Sprake is van werkzaamheden waarvan de aard en de omvang uitgaan boven wat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. En;
2. De verrichte werkzaamheden tot doel hebben gehad een rendement te behalen dat normaal vermogensbeheer te boven gaat.

Indien belastingplichtige hierin slaagt kan hij, mits voldaan aan de overige voorwaarden, alsnog een beroep doen op toepassing van de BOR

²⁶³ Hoogwout, T.C., ‘Fictieve materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken’, *ftV* 2018/7-8-27.

5.5. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is dieper ingegaan op ficties en getracht antwoord te geven op de deelvragen: *Leidt een fictie tot een verbetering van de rechtszekerheid en het gelijkheidsbeginsel? En: Welke criteria zijn geschikt voor een fictie die moet beoordelen of er sprake is van het drijven van een materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken?*

Omdat de open norm omtrent de invulling van de arbeid plus-toets en de rendement plus-toets ten koste gaat van de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid is het tijd voor de wetgever in te grijpen. Één van de mogelijkheden hiervoor is de invoer van een fictie. Een fictie is een wettelijke bepaling op grond waarvan de werkelijkheid verplicht geheel of ten dele ter zijde wordt gesteld. Door gebruik te maken van scherpe normen zullen gelijke gevallen gelijk behandeld worden omdat de interpretatievrijheid van rechter zal worden beperkt. Bovendien zal voor belastingplichtigen eindelijk duidelijk ontstaan over wanneer de BOR kan worden toegepast indien sprake is van de verhuur van onroerende zaken. Een fictie leidt daarmee zowel tot een verbetering van het gelijkheidsbeginsel als tot een verbetering van het rechtszekerheidsbeginsel.

Om invulling te geven aan de fictie komen in de literatuur een drietal opties naar voren. Allereerst kan de invoering van een beleggingsfictie worden overwogen. Een beleggingsfictie merkt de verhuur van onroerende zaken in alle gevallen aan als belegging. Omdat bij de verhuur van onroerende in mijn ogen in sommige gevallen wel degelijk ondernemerschap in beeld kan komen, is het niet wenselijk onroerend goed lichamen per definitie uit te sluiten van de BOR. Het invoeren van een beleggingsfictie valt daarmee af. Een alternatief voor de beleggingsfictie zou een ondernemingsfictie kunnen zijn waarbij de verhuur van onroerende zaken altijd kwalificeert als materiële onderneming. Een dergelijke fictie lijkt gezien de starre houding van de belastingdienst onrealistisch. Bovendien zou een ondernemingsfictie een forse belastingverhoging voor de particuliere belegger in roerende zaken betekenen. Tot slot is gekeken naar de activiteitentoets uit de Vlaamse Gunstregeling. De Vlaamse Gunstregeling is een vergelijkbare regeling als de BOR voor Vlaanderen. Om te kwalificeren moet worden voldaan aan de activiteitentoets die bestaat uit een loonkosten criterium en een boekwaarde criterium. Op basis van deze criteria wordt getoetst of binnen de vennootschap sprake is van een reële economische activiteit. Omdat de verhouding tussen de boekwaarde van de onroerende zaken en totale activa in mijn ogen niets zegt of sprake is van een materiële onderneming, is het boekwaarde criterium onbruikbaar. Het loonkosten criterium zou, indien aangevuld met een zakelijkheidstoets en afgezet tegen een andere eenheid dan de totale activa, mogelijk wel bruikbaar kunnen zijn.

Gezien de plus arbeid-toets en de plus rendement-toets heb ik besloten voor een Nederlandse fictie aan te sluiten bij de totale loonsom afgezet tegen de brutohuur. Om te voorkomen dat de loonsom kan worden beïnvloed door de DGA pleit ik ervoor om het loonsom criterium aan te vullen met een zakelijkheidstoets. De belastingplichtige moet in dat geval aantonen dat aan de loonsom in overwegende mate zakelijke motieven ten grondslag liggen. Hiervoor moet aangesloten worden bij het ‘meest vergelijkbare dienstbetrekking’ begrip uit de Wet LB 1964. De brutohuur daarentegen sluit aan bij de opbrengsten kant. Dit geniet de voorkeur boven te winst omdat de winst makkelijk beïnvloed kan worden door de kosten. Tot slot kan de fictie worden aangevuld met een tegenbewijsregeling. De tegenbewijsregeling moet de belastingplichtige de mogelijkheid geven om ook dien niet is voldaan aan het loonkosten criterium aannemelijk te maken dat toch sprake is van een materiële onderneming.

6. Conclusie en aanbevelingen

6.1. Conclusie

Circa 70% van alle ondernemingen in Nederland kan gedefinieerd worden als familiebedrijf. Om te voorkomen dat de continuïteit van deze ondernemingen bij een bedrijfsoverdracht in gevaar komt kent Nederland, net als vele andere West-Europese landen, een bedrijfsopvolgingsregeling. De BOR heeft als doel te zorgen dat de bedrijfsoverdracht zonder al teveel fiscale hordes verloopt en de maatschappelijk en economische belangen worden gewaarborgd. In Nederland is de BOR met ingang van 1 januari 2002 ingevoerd in de SW 1956. In de jaren die volgden is het vrijstellingspercentage op aandringen van MKB-Nederland en VNO-NCW in stappen verhoogd naar 75%. Tot slot is de BOR met ingang van 1 januari 2010 vormgegeven door een vrijstellingspercentage van 100% over de eerste € 1.102.209 en 83% over het meerdere.

Om te kwalificeren voor de BOR moet worden voldaan aan een drietal cumulatieve kernvoorwaarde. Allereerst moet sprake zijn van ondernemingsvermogen. Om zoveel mogelijk rechtsvormneutraliteit te creëren heeft de wetgever voor het begrip ondernemingsvermogen aansluiting gezocht bij het IB-ondernemingsbegrip. Ten tweede moet worden voldaan aan het bezitsvereiste. Hiermee heeft de wetgever willen waarborgen dat de BOR alleen van toepassing indien sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Tot slot moet aan het voorzittingsvereiste worden voldaan. Hierdoor is alleen bij aanwezigheid van een daadwerkelijk voortzettingsmotief een vrijstelling van toepassing.

Ondernemingsvermogen is het gezamenlijke bedrag van het vermogen die de belastingplichtige gebruikt ten behoeve van zijn onderneming. Wat betreft het begrip onderneming heeft de wetgever zich onthouden van een duidelijke definitie. Uit de jurisprudentie komt naar voren dat sprake moet zijn van een duurzame organisatie die erop is gericht met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk winst te behalen. Met het oog op de exploitatie van onroerende zaken lijkt al snel aan deze definitie te zijn voldaan. Desalniettemin blijkt uit de literatuur dat minder duidelijkheid bestaat over de kwalificatie van vastgoedexploitanten. Van Dijk meent dat de verhuur van onroerende zaken nooit een onderneming kan vormen omdat geen meerwaarde wordt gecreëerd. De Staatssecretaris is eveneens van mening dat bij de verhuur van onroerende zaken niet snel sprake zal zijn van het drijven van een onderneming. Hiervan is volgens hem ook geen sprake wanneer het een omvangrijke portefeuille betreft waarbij het onderhoud in eigen beheer wordt verricht.

Uit de fiscale rechtspraak komt naar voren dat de verhuur van onroerende zaken als een belegging moet worden aangemerkt indien sprake is van 'normaal' vermogensbeheer. Enkel in de gevallen dat sprake is van 'meer dan normaal' vermogensbeheer kan sprake zijn van het drijven van een materiële onderneming. Wat precies moet worden verstaan onder meer dan normaal vermogensbeheer heeft de Hoge Raad proberen te verduidelijken in het arrest van 17 augustus 1994, BNB 1994/319. Uit de formulering van de Hoge Raad in dit arrest kunnen een tweetal deeltolsten worden afgeleid. De 'plus arbeid'-toets wil zeggen dat 'de aard en omvang van de werkzaamheden uitgaan boven normaal vermogensbeheer'. De 'plus rendement'-toets wil zeggen dat 'de werkzaamheden tot doel moeten hebben een rendement te behalen dat normaal vermogensbeheer te boven gaat'. Hoewel de Hoge Raad hiermee heeft gepoogd duidelijke kaders uit te zetten heeft zij de invulling van beide tolsten opengelaten. Gevolg is dat beide tolsten door de belastingplichtigen en de belastingdienst wisselend worden toegepast.

De onzekerheid omtrent het begrip 'normaal vermogensbeheer' en 'meer dan normaal vermogensbeheer' zorgt voor een schending van het gelijkheidsbeginsel. Door het ontbreken van scherpe normen wordt rechtsongelijkheid versluierd. Criteria waarvan kan worden beoordeeld of gevallen vergelijkbaar zijn ontbreken immers. Voorts zorgt de onduidelijke invulling voor een schending van het rechtszekerheidsbeginsel. Volgens het beginsel van rechtszekerheid is vereist dat wetgeving duidelijk, kenbaar en ondubbelzinnig moet zijn. Met de open norm zoals deze de Hoge Raad is geformuleerd lijkt hier niet aan te worden voldaan.

Dit beeld wordt bevestigd door het veelvoud aan jurisprudentie in de afgelopen decennia. Hieruit blijkt dat volledig afhankelijk is van de feiten en omstandigheden of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Een zevental omstandigheden die veelvuldig aan de orde komen in de jurisprudentie als zijnde mogelijk relevant bij de beoordeling zijn:

- Meer dan standaard verhuur werkzaamheden
- Kennis en ervaring
- Intensieve huurders relatie
- Wijze van financiering
- Omvang portefeuille
- Projectontwikkeling
- Gemiddelde rendement

Onduidelijk blijft echter in welke mate deze omstandigheden meewegen. Om de samenloop van de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot een bepaalde uitspraak gestructureerd in beeld te brengen, heeft Te Niet de omstandighedencatalogus ontwikkeld. Voor de invulling van omstandighedencatalogus moet volgens Te Niet aangesloten worden bij relevante omstandigheden zoals deze naar voren komen uit de jurisprudentie. Deze omstandigheden komen nauw overeen met de door mij onderscheiden omstandigheden zoals onderzocht in hoofdstuk 3. Ondanks kritiek wordt de omstandighedencatalogus in de praktijk veelvuldig gebruikt. In mijn ogen een stap in de goede richting om enige vorm van structuur aan te brengen in de jurisprudentie.

Gezien de omstandigheid dat met betrekking tot de exploitatie van onroerende zaken geregeld discussie ontstaat met belastingplichtigen heeft de belastingdienst een praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten ontwikkeld. Deze handreiking is eind 2016 naar aanleiding van een WOB-verzoek openbaar gemaakt. In handreiking worden vergaande uitgangspunten ingenomen. Zo kan in ogen van de belastingdienst bij de verhuur van onroerende zaken nooit sprake zijn van een onderneming. Bovendien worden een veelvoud van omstandigheden die mogelijk van belang zijn voor de vaststelling of sprake is van een onderneming en die uit de jurisprudentie naar voren komen als relevant, door de handreiking als irrelevant bestempeld. De handreiking schetst daarmee een heel ander beeld dan uit de jurisprudentie naar voren komt. Dit geeft mijns inziens blijk van een te beperkte houding van de belastingdienst.

Omdat uitvoerders, toezichthouders en adressanten niet in staat blijken een concrete normstelling te geven aan de te hanteren maatstaven is het uit oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid wenselijk een wetswijziging door te voeren. Deze wetswijziging kan vormgegeven worden door de invoering van een fictie. Een fictie zal niet alleen de interpretatievrijheid van de belastingplichtigen, belastingdienst en rechters beperken en daarmee een positief effect hebben op de rechtsgelijkheid, ook zal een gesloten norm in tegenstelling tot de open norm zorgen voor meer rechtszekerheid. Met de door mij ontworpen fictie heb ik getracht antwoord te geven op mijn onderzoeksvraag:

‘Welke maatstaven kunnen gehanteerd worden om een wettelijke fictie te creëren die inzicht moet geven in de vraag wanneer voor vastgoedexploitanten sprake is van het drijven van een materiële onderneming en hoe zou een dergelijke fictie vormgegeven kunnen worden?’

Voor de invulling van de fictie heb ik aansluiting gezocht bij de door de Hoge Raad geformuleerde arbeid plus toets en rendement plus toets. Als maatstaf voor de arbeid plus toets heb ik gekozen voor de totale loonsom. Uit de jurisprudentie komt naar voren dat zowel de arbeid verricht door de DGA, als de arbeid die binnen de organisatie wordt verricht, de uitbestede werkzaamheden waarbij toezicht wordt gehouden en de externe deskundigen die op projectbasis worden ingehuurd, daarbij relevant zijn. De totale loonsom vormt in mijn ogen een goed beeld van het volume van deze werkzaamheden. Om te voorkomen dat de DGA door middel van de loonsom invloed kan uitoefenen op de kwalificatie van het onroerend pleit ik voor een aanvullende zakelijkheidstoets. Voor de rendement plus toets moet aansluiting worden gezocht bij het rendement, ofwel de opbrengsten kant. De opbrengsten bij

de exploitatie van onroerende zaken bestaan hoofdzakelijk uit huurinkomsten. Omdat het netto rendement makkelijk te beïnvloeden is door het opvoeren van kosten, heb ik gekozen om de loonsom af te zetten tegen de brutohuur.

Als aanvulling op de fictie is het wenselijk een tegenbewijsregeling op te nemen. Deze moet belastingplichtige de mogelijkheid geven ook indien niet is voldaan aan het loonkostencriterium aannemelijk te maken dat toch sprake is van een materiële onderneming. Het geheel kan worden vormgegeven als een aanvulling op art. 35c SW 1956. Voor de exacte tekst verwijs ik naar paragraaf 5.4.4.

6.2. Aanbeveling

Tot slot wil ik de wetgever erop attenderen dat de huidige situatie met het oog op de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid niet langer houdbaar is. De open norm is ingevoerd om de regeldruk te reduceren en om wetgeving beter te laten corresponderen met maatschappelijke ontwikkelingen. De invulling van de norm wordt overgelaten aan uitvoerders, toezichthouders en adressanten. Wetgeving moet daarmee zorgen voor meer ruimte, slagkracht en voornamelijk maatwerk. We kennen immers allemaal voldoende voorbeelden uit de praktijk waarbij het onverkort toepassen van fiscale voorschriften leidt tot onredelijke uitkomsten. Het risico is echter dat het gebruik van open normen ten koste gaat van de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Hiervan is in mijn optiek sprake bij de open norm die gehanteerd wordt omtrent het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. Al decennia lang wordt getracht tot een duidelijke invulling te komen, helaas tot op heden zonder bevredigend resultaat.

Door het disfunctioneren van de open norm wordt het belastingplichtigen onmogelijk gemaakt een juiste inschatting te maken van hun wettelijke verplichtingen. Voorts worden belastingplichtigen door de starre houding van de belastingdienst haast wel gedwongen een beroep te doen op de rechterlijke macht. Dit zorgt, naast een enorme kostenpost voor alle betrokken partijen, voor een ongewenst hoog beslag op onze zittende magistratuur. In deze scriptie is onderzoek gedaan naar een fictie als mogelijk oplossing om recht te doen aan de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid. Ter volledigheid wil echter niet onbenoemd laten dat ook een uitgebreidere motivering van de rechtspraak een positief effect kan hebben op rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Een wetswijziging zal in mijn ogen in dat geval niet per se noodzakelijk zijn. Mogelijk dat de omstandighedencatalogus van Te Niet hier zelfs uitkomst kan bieden. Helaas geeft de jurisprudentie uit het verleden weinig hoop voor de toekomst.

7. Literatuurlijst

7.1. Artikelen

Adriaansens 2014

O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed' Wfr 2014/1215.

Albert 2012

P.G.H., Albert, 'Ficties zijn fictie', *Wfr* 2012/1324.

Albert 2016

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

Anderson 2018

R.J., 'Open normen in de fiscale wetgeving', Wfr 2018/15.

Berkhout 2010

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

Berkhout 2015

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

Berkhout 2015

T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, 'Het arrest als praktijkhandreiking', Wfr 2015/1546.

Berkhout 2018

T.M. Berkhout, 'Procedures voor vastgoedexploitatie: een grabbelton', VGFC 2018/1-01.

Bravenboek 2005

M. Bravenboek en O.A. Lubbers, 'Tijd voor uitbreiding van de Notitie terugwerkende kracht en eerbiedigende werking', Wfr 2005/964.

Burgerhart 2019

W. Burgerhart en T.C. Hoogwout, 'Commentaar bij art. 21 Successiewet 1956, onderdeel 12: Waarderingsgrondslagen', NDFR.

Burgerhart 2019

W. Burgerhart en T.C. Hoogwout, 'Commentaar bij art. 35c Successiewet 1956, onderdeel 3.5: Kwalificerend ondernemingsvermogen', NDFR.

Van Dijck 1976

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

Emmerig 2015

B. Emmerig en P.R. van der Waal, 'De gewijzigde fictiefloonregeling', Wfr 2015/470.

Heithuis 2010

E.J.W. Heithuis, 'Een ongelukkig amendement', Wfr 2010/348.

Heldens 2018

J.A.L. Heldens, 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant ?!', Wfr 2018/45.

Herten 2012

F. Herten en W. Coppens, 'De overdracht van familiale ondernemingen van vennootschappen in het Vlaamse gewest. De langverwachte wetswijziging brengt geen totale duidelijkheid en laat nog ruimte voor discussie en subjectieve beoordeling door de Vlaamse Belastingdienst', AFT 2012, afl. 11, 26-27.

Holle 2019

R. Holle, 'Moeilijk om commercieel vastgoed tot €10 miljoen te financieren', Vastgoed Journaal 07/03/2019.

Hoogeveen 2014

M.J. Hoogeveen, 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed', FBN 2014/10-46.

Hoogwout 2009

T.C. Hoogwout, 'Voorstel tot wijziging van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet, ftV 2009/28.

Hoogwout 2010

T.C. Hoogwout, 'Nr. 79', FTV 1-5, 2010.

Hoogwout 2018

T.C. Hoogwout, 'Fictieve materiele onderneming bij de verhuur van onroerende zaken, ftV 7-8, 2018.

Hoogwout 2019

T.C. Hoogwout, 'Politiek 'framing' van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet', ftV 6, 2019.

Hoogwout 2019

T.C. Hoogwout, 'De bezitseis voor de bedrijfsopvolgingsregeling', ftV 9, 2019.

Juch 2008

D. Juch, 'Op weg naar een nieuwe schenk- en erfbelasting', Wfr 2008/655.

Rozendal 2015

A. Rozendal, 'Schenking of vererving van aandelen in vastgoedvennootschappen', FBN 2015/12-65.

Rozendal 2016

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

Rozendal 2018

A. Rozendal, 'Tussenstand bedrijfsopvolgingsfaciliteit', NTFR 2018/17.

Rozendal 2019

A. Rozendal, 'Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting', Kluwer navigator.

Stevens 2010

S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', TFO 2010/25.

7.2. Boeken

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, 'Recht als model van rechtvaardiging. Beschouwing over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming', Deventer: Kluwer 1992.

Bresser 2009

H.J. Bresser, 'Belastingplicht voor de vennootschapsbelasting van stichtingen en verenigingen', SDU Uitgevers: Den Haag 2009.

Freudenthal 2003

R.M. Freudenthal, 'Resultaat uit overige werkzaamheden', Deventer: Kluwer 2003.

Freudenthal 2004

R.M. Freudenthal, 'In de ban van vervlakking; een inkomstenbelasting in drie delen', Amsersfoort: SDU 2004.

Heithuis 2015

E.J.W. Heithuis, 'Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010', Deventer: Kluwer 2015.

Poelmann 2018

E. Poelmann, 'Het gelijkheidsbeginsel', Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer (online), FBR.4.4.0.

Verborg 2014

J.W.M., Verborg, 'Gebruikelijk loon in 2015 nog lonend?', Loonzaken 2014/8.

Verstraaten 2000

R.T.G. Verstraaten, 'Relatievormen en het rapport van Commissie-Molmaker', Wfr 2000/761.

Weber 2018

D.M. Weber, 'Verschillende toepassingen van het rechtszekerheidsbeginsel, Cursus Belastingrecht, Deventer: Kluwer (online), EBR.4.0.5.B.

Kamerstukken

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

Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3.

Kamerstukken II 2000/01, 27 789, nr. 1.

Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. 3.

Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 3.

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

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 13.

Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D.

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

Kamerstukken II 2009/10, 31 930 nr. 9.

Kamerstukken II 2010/11, 32 504, nr. 19.

Kamerstukken II 2014/15, 34 003, nr. 10.

7.3. Onderzoeken

Gribnau 2006

H. Gribnau, 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving', Tilburg University/Leiden University 2006.

Hoogeveen 2011

M.J. Hoogeveen, 'De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving', (dissertatie), Tilburg University 2011.

Hoogeveen 2012

M.J. Hoogeveen, 'Fiscaal bedrijfsopvolgingsbeleid in Vlaanderen en Nederland, Tilburg University 2012.

Te Niet 2007

H.J.A.P. te Niet, 'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen, (dissertatie), Tilburg University 2007.

Panteia 2014

Panteia, 'Bedrijfsoverdrachten: een overschat probleem?', Zoetermeer 2014.

PwC 2014

PwC, 'West-Europa trekt één lijn bij overdracht familiebedrijven'.

Tigelaar-Klootwijk 2013

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, 'Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen', (dissertatie), Erasmus Universiteit 2013.

Ministerie van Financiën 2001

Werkgroep modernisering Successiewetgeving, 'De warme, de koude en de dode hand', Ministerie van Financiën 2000.

7.4. Jurisprudentie

Rechtbank Den Haag 29 augustus 2012, nr. AWB 11_2988.

Rechtbank Arnhem 1 november 2012, nr. AWB 12/1375, V-N 2012/62.15.

Rechtbank Arnhem 5 maart 2013, nr. AWB 12/1097, V-N 2013/20.18.

Rechtbank Gelderland 10 september 2013, nr. AWB-12_6469a, NTFR 2015/1743.

Rechtbank Gelderland 8 mei 2014, nr. AWB 13/1937, V-N 2014/16.3.1.

Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, nr. 14/201 en 14/202, NTFR 2015/1164.

Rechtbank Den Haag 15 juli 2016, nr. 15_5875, V-N Vandaag 2016/2328.

Rechtbank Den Haag 1 december 2016, nr. AWB-16_2213.

Rechtbank Noord-Holland 16 juni 2018, nr. 16/3544, NTFR 2018/1983.

Rechtbank Noord-Nederland 29 augustus 2019, nr. AWB-18_2354, V-N 2019/1997.

Gerechtshof Amsterdam 27 november 1991, nr. 90/4461, FED 1992/66.

Gerechtshof Amsterdam 25 mei 1993, nr. 92/558.

Gerechtshof Den Bosch 23 september 1994, nr. 92/2246.

Gerechtshof Den Haag 10 april 1995, nr. 94.3007, V-N 1995/2799.

Gerechtshof Arnhem 22 augustus 1997, nr. 96/0821, V-N 1997/4707.

Gerechtshof Amsterdam 16 april 2000, nr. 99/1275, V-N 2000/35.21.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/007-2, V-N 2013/2650.

Gerechtshof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/19.18.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 Mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/1159.

Gerechtshof Den Haag 1 juli 2016, nr. BK-14/00839, NTFR 2016/1964.

Gerechtshof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, NTFR 2017/2109.

Gerechtshof Den Haag 3 april 2018, nr. 17/00030, NTFR 2018/1149.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 juni 2018, nr. 16/3544, NTFR 2018/1983.

Gerechtshof Amsterdam 3 juli 2018, nr. 17/00327, V-N 2018/1948.

Hoge Raad 10 februari 1960, nr. 14 162, BNB 1960/123.

Hoge Raad 6 maart 1963, nr. 14 955, BNB 1963/113.

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

Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299.

Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29755, BNB 1994/319.

Hoge Raad 29 Mei 1996, nr. 30774, BNB 1996/232.

Hoge Raad 19 maart 2010, nr. 08/02813, BNB 2010/214.

Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, V-N 2016/24.12.

Hoge Raad 17 januari 2017, nr. 16/02015, V-N Vandaag 2017/229.

Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, NTFR 2017/671.

Hoge Raad 30 november 2018, nr. 17/04543, V-N 2018/35.18.

EHRM 27 Mei 2014, nr. 18485/14, V-N 2014/38.21.

7.5. Besluiten

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën 22 februari 2001, nr. CPP2001/2385, V-N 2001/16.28.

7.6. Overige

Belastingdienst 2016

Belastingdienst kennisgroep VKC/AB/Successiewet, 'Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten', Geraadpleegd via URL: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2016/12/22/besluit-op-wob-verzoek-met-betrekking-tot-praktijkhandreiking-bedrijfsopvolging-vastgoedexploitanten>

Belastingwetten 2019

Belastingwetten 2019, Wolters Kluwer

CBS 2017

CBS, 'Familiebedrijven in Nederland', Geraadpleegd via URL: <file:///C:/Users/kwolters007/Downloads/2017EP23%20Familiebedrijven%20in%20Nederland.pdf>

EER 1994

EER 1994, 'Aanbeveling bedrijfsoverdracht mkb 1994', Geraadpleegd via URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d1d7cc83-a0ca-45e2-aeaa-26d0e3b0588c/language-nl>

Kamer van koophandel 2016

Kamer van koophandel, 'Jaaroverzicht ondernemend Nederland 2016', Geraadpleegd via URL: <https://www.zipconomy.nl/wp-content/uploads/2017/01/Jaaroverzicht-ondernemend-Nederland-2016-definitief.pdf>

Ministerie van financiën 2004

Ministerie van Financiën, 'Eindrapport van de Commissie Geschillen Aandelenlease', Geraadpleegd via URL: https://www.platformaandelenlease.nl/documenten/fm04_942a.pdf

Rijksoverheid 2019

Rijksoverheid, 'Miljoenennota 2019', Geraadpleegd via URL:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/begrotingen/2018/09/18/miljoenennota-2019>

Tweede Kamer de Staten-Generaal 2019

Tweede Kamer der Staten-Generaal, 'Brief van 13 februari 2019: Toezegging Najaarsnotadebat onderzoeksopzet Schenk- en erfbelasting', Geraadpleegd via URL:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/02/13/kamerbrief-toezegging-najaarsnotadebat-onderzoeksopzet-schenk-en-erfbelasting>

Tweede Kamer der Staten-Generaal 2019

Tweede Kamer der Staten-Generaal, 'Brief van 15 april 2019: Bouwstenen voor een beter belastingstelsel', Geraadpleegd via URL:

<https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/verslagen/detail?id=2019Z07710&did=2019D15745>