



EXPLOITEREN VAN VASTGOED EN DE BEDRIJFSOPVOLGINGSFACILITEIT

Onderzoek naar de criteria van de materiële onderneming bij
exploiteren van vastgoed in het kader van de
bedrijfsopvolgingsfaciliteit

Auteur: Maryam El Addouti
Opleiding: Fiscale Economie
Datum: 29 juni 2018

Begeleidster: R.J.M. Kamphuis MSc
Examencommissie: R.J.M. Kamphuis MSc
Prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

Abstract

Om aanspraak te maken op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit moet onder meer sprake zijn van een materiële onderneming. Bij het exploiteren van vastgoed geldt dat sprake moet zijn van meer dan normaal vermogensbeheer om te kunnen kwalificeren als een materiële onderneming. In deze masterthesis onderzoek ik aan de hand van de wetgeving en recente en relevante jurisprudentie welke criteria gesteld kunnen worden om het exploiteren van vastgoed als materiële onderneming te kwalificeren voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Tevens onderzoek ik hoe de Belastingdienst aankijkt tegen deze problematiek. De masterthesis is geschreven om inzicht en duidelijkheid te verschaffen voor de vastgoedexploitanten in de huidige stand van zaken.

Uit het onderzoek herleid ik voor de vastgoedexploitant een zevental aanknopingspunten uit de jurisprudentie. Deze aanknopingspunten dienen naar mijn mening in samenhang met elkaar gezien te worden en kunnen derhalve niet kwalificeren als harde criteria. Ik kom tot de conclusie dat de wetgeving en jurisprudentie onvoldoende rechtszekerheid bieden aan de vastgoedexploitanten. In het kader van onder meer de rechtszekerheid acht ik het wenselijk dat de wetgever meer duidelijkheid verschaft. In deze thesis geef ik een drietal aanbevelingen. Gelet op het feit dat een wetswijziging een ingrijpende optie is gaat mijn voorkeur uit om een concrete invulling te geven aan het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' middels uitvaardiging van een besluit met de zeven aanknopingspunten als uitgangspunt.

Maryam El Addouti,

Tilburg, Juni 2018

Inhoudsopgave

Lijst met afkortingen	4
1. Inleiding	5
1.1 Introductie	5
1.2 Probleemstelling.....	8
1.3 Methodologie	8
2. De Bedrijfsopvolgingsfaciliteit.....	10
2.1 Inleiding	10
2.2 Doelstelling van de BOF.....	10
2.2.1 BOF in de SW 1956	10
2.2.2 Huidige BOF (vanaf 2010).....	11
2.3 Voorwaarden voor toepassing van de BOF	12
2.3.1 Kwalificerend ondernemingsvermogen	13
2.3.2 Bezitsvereiste	15
2.3.3 Voortzettingsvereiste	16
2.4. Rechtszekerheidsbeginsel	17
2.5 Tussenconclusie.....	17
3. Meer dan normaal vermogensbeheer	19
3.1 Inleiding.....	19
3.2 Meer dan normaal vermogensbeheer	19
3.2.1 Parlementaire behandeling	20
3.2.2 Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, <i>BNB</i> 1994/319.....	21
3.2.3 Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30774, <i>BNB</i> 1996/232	24
3.3 Afbakening winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden.....	25
3.4 Bewijslastverdeling.....	26
3.5 Rechtszekerheidsbeginsel	26
3.6 Tussenconclusie.....	27
4. Jurisprudentie en de praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten.....	29
4.1 Inleiding.....	29
4.2 Recente en relevante jurisprudentie.....	29
4.2.1 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, <i>NTFR</i> 2014/428.....	30
4.2.2 Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, <i>V-N</i> 2014/8.22	31
4.2.3 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, <i>V-N</i> 2014/428	33
4.2.4 Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, <i>V-N</i> 2016/24.12	34

4.2.5 Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, <i>BNB</i> 2017/114.....	35
4.2.6 Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, <i>V-N Vandaag</i> 2017/2010.....	38
4.2.7 Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030.....	40
4.3 Rechtszekerheidsbeginsel	41
4.4 Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten.....	41
4.4.1. Uitgangspunten	41
4.4.2 Omvangrijke vastgoedportefeuille.....	42
4.5 Tussenconclusie.....	44
5. Conclusie en aanbevelingen	50
5.1 Inleiding	50
5.2 Conclusie	50
5.3 Aanbevelingen.....	53
6. Literatuurlijst	56
6.1 Boeken.....	56
6.2 Artikelen	56
6.3 Jurisprudentie.....	57
6.4 Kamerstukken.....	58
6.5 Overige	59

Lijst met afkortingen

Ab	Aanmerkelijk belang
Art	Artikel
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BOF	Bedrijfsopvolgingsfaciliteit
BV	Besloten vennootschap
e.d.	En dergelijke
FBI	Fiscale beleggingsinstellingen
FBN	Fiscale Berichten voor het Notariaat
IW 1990	Invorderingswet 1990
jo.	Juncto
M.u.v.	Met uitzondering van
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
nr.	Nummer
NTR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
o.a.	Onder andere
p.	Pagina
r.o.	Rechtsoverweging
SW 1956	Successiewet 1956
t/m	Tot en met
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
Uitv. reg.	Uitvoeringsregeling
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WOB	Wet openbaarheid bestuur

1. Inleiding

1.1 Introductie

Voor de Nederlandse economie zijn bedrijfsoverdrachten belangrijk.¹ De bedrijven zorgen onder meer voor werkgelegenheid in Nederland en hebben in die zin een positieve bijdrage voor de economie.² De overdracht van een onderneming of van een aanmerkelijk belang in een vennootschap wordt voor de fiscale wetgeving aangemerkt als een moment van heffing. De verkrijger van de onderneming of van het aanmerkelijk belang in een vennootschap is dan belasting verschuldigd, zoals de schenk- en erfbelasting en de inkomstenbelasting. De verschuldigde belasting kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen indien de liquide middelen voor de betaling van de verschuldigde belasting aan de onderneming moeten worden onttrokken. Om te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt bij een bedrijfsoverdracht zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het leven geroepen.³

Met ingang van 1 januari 2010 is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (hierna: BOF) in de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) en de doorschuiffaciliteit in de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) aanzienlijk gewijzigd. De wijziging betreft een rechtsvorm neutrale behandeling tussen de winstsfeer en de ab-sfeer, het gelijk behandelen van een direct en indirect aanmerkelijk belang in een vennootschap en de gelijke behandeling van bedrijfsoverdracht bij overlijden en bij leven. Met deze wijziging heeft de toenmalige staatssecretaris van Financiën, J.C. de Jager, toegezegd de bedrijfsopvolgingsfaciliteit eenvoudiger, toegankelijker en evenwichtiger te maken.

Sinds 1 januari 2010 is het alleen nog mogelijk om een onderneming met ondernemingsvermogen en de waarde van de aandelen toerekenbaar aan het ondernemingsvermogen vrij te stellen respectievelijk door te schuiven. De essentie van de faciliteiten is dat de verschuldigde belasting geen gevaar mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten.⁴ De BOF en de doorschuiffaciliteit zijn dan ook gericht op de materiële ondernemingen. De wetgever heeft om zoveel mogelijk eenduidigheid in de wetgeving te bereiken voor de materiële ondernemingstoets voor zowel de BOF als de doorschuiffaciliteit aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip.⁵ In de artikelen 35c Wet SW 1956 en 4.17a Wet IB 2001 is bepaald welk ondernemingsvermogen kwalificeert voor toepassing van de faciliteiten. Onder ondernemingsvermogen wordt verstaan het vermogen van een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of een gedeelte daarvan, een medegerechtigdheid of een gedeelte daarvan als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a van de Wet IB 2001, een vennootschap die een onderneming drijft als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid houdt als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a

¹ SEO-rapport nr. 2014-39, *Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht*, bijlage bij Kamerstuk: Kamerbrief 27-5-2016, p. 1.

² Hoogeveen, M.J. (2011), 'Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling', (dissertatie), Tilburg University 2011, p. 36.

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

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

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

Wet IB 2001 waarvan belastingplichtige de aandelen verkrijgt van die vennootschap en de onroerende zaken die erflater of schenker ter beschikking heeft gesteld in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001, mits de onroerende zaken dienstbaar zijn aan de onderneming van een lichaam die een onderneming drijft in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigd houdt in de zin van art 3.3, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001. In het vervolg van deze masterthesis zal ik mij beperken tot de materiële onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001, daarnaast zal ik mij beperken tot de BOF in de SW 1956.

Om aanspraak te kunnen maken op de BOF in de SW 1956 is het dus van belang om het vermogen te kwalificeren als ondernemingsvermogen. Indien voldaan wordt aan de voorwaarden⁶ dan is de voorwaardelijke vrijstelling van 100% over de eerste € 1.071.987⁷ en 83% over het meerdere van toepassing. Het financieel belang is dan ook groot voor de vastgoedexploitanten.

In de praktijk leidt de vraag of onroerende zaken kwalificeren als ondernemingsvermogen tot veel discussies tussen de belastingplichtigen en de fiscus.⁸ Gelet op de rante vrijstelling is het voor vastgoedexploitanten van groot belang dat het exploiteren van vastgoed als ondernemingsvermogen wordt gekwalificeerd. Om het exploiteren van vastgoed te kwalificeren als ondernemingsvermogen dient sprake te zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. In het arrest van 17 augustus 1994⁹ oordeelde de Hoge Raad dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer indien: *'(...) het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan.'* Uit dit arrest komen twee deeltolsten naar voren 'de aard en omvang van de werkzaamheden moeten uitgaan boven normaal vermogensbeheer' en 'de werkzaamheden moeten leiden tot een verwacht rendement dat een normaal vermogensbeheer te boven gaat'. De Hoge Raad heeft een concrete invulling van deze toets opengelaten. Het verhuren van vastgoed werd in beginsel niet gezien als het drijven van een onderneming omdat geen sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer. Echter, de rechter heeft een aantal uitspraken¹⁰ gewezen waar bij het exploiteren van vastgoed wel sprake was van het drijven van een onderneming.

Aan de hand van relevante en recente¹¹ jurisprudentie onderzoek ik in deze masterthesis of criteria gesteld kunnen worden om het exploiteren van vastgoed als materiële onderneming te kwalificeren. De jurisprudentie geeft geen eenduidige lijn voor de kwalificatie van vastgoedexploitatie als materiële onderneming. Hierdoor blijft het voor de vastgoedexploitanten onduidelijk wanneer sprake is van een materiële onderneming voor de toepassing van de BOF. In de praktijk wordt ook volop gediscussieerd over de vraag of de exploitatie van vastgoed als een materiële onderneming kwalificeert voor de toepassing van

⁶ De voorwaarden staan genoemd in de artikelen 35b t/m 35d SW 1956.

⁷ Vrijstelling per 1 januari 2018 op grond van art. 35b SW 1956, de vrijstelling wordt jaarlijks geïndexeerd.

⁸ Adriaansens, O.P.M. en Rozendal, A. (2014), 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *WFR* 2014/1215, inleiding p. 1.

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

¹⁰ Zie hoofdstuk vier van deze masterthesis.

¹¹ Hiermee bedoel ik de jurisprudentie die ik als relevant en recent acht.

de BOF.¹² Dat in de praktijk volop wordt gediscussieerd blijkt ook uit het feit dat de Belastingdienst een (interne) praktijkhandreiking heeft opgesteld om een handzaam overzicht te bieden aan de inspecteur om de problematiek te kunnen overzien. Op 9 december 2016 heeft de Belastingdienst naar aanleiding van een verzoek op grond van de Wet openbaarheid bestuur (hierna: WOB) het (interne) document 'Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten' gepubliceerd. De door de Belastingdienst opgestelde praktijkhandreiking bevat een inventarisatie van de problematiek inzake de bedrijfsopvolging bij het exploiteren van vastgoed, de opvattingen uit de jurisprudentie en literatuur en de casussen die in de praktijk voorkomen.¹³ De praktijkhandreiking dient enkel als handvat voor de inspecteur om een afgewogen standpunt in te nemen en vormt geen geldend recht. In deze masterthesis onderzoek ik aan de hand van de praktijkhandreiking hoe de Belastingdienst tegen deze problematiek aankijkt. Bovendien kan bij het kwalificeren van meer dan normaal vermogensbeheer ook sprake zijn van resultaat uit overige werkzaamheden. Derhalve onderzoek ik wat het onderscheid is tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden in het kader van het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer'.

De wetgeving en jurisprudentie bieden niet voldoende duidelijkheid met betrekking tot het kwalificeren van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de werking van de BOF. Het formele rechtszekerheidsbeginsel vereist dat de wetgeving voorzienbaar is. Dit betekent dat de wetgeving waaraan de burger gebonden is kenbaar, duidelijk en ondubbelzinnig is.¹⁴ In essentie houdt het rechtszekerheidsbeginsel in dat elke belastingplichtige de rechtsgevolgen van zijn gedrag moet kunnen voorzien.¹⁵ Albert is van mening dat de rechter uit het oogpunt van de rechtszekerheid een concrete invulling moet voorzien in de maatstaf 'meer dan normaal vermogensbeheer'. Ook acht hij dat een wetwijziging door de wetgever wenselijk is indien de rechter niet in staat is om de maatstaf in te vullen.¹⁶

Ook Rozendal vindt het wenselijk om duidelijkheid te verschaffen door de wetgever omtrent de vraag wanneer sprake is van ondernemen dan wel beleggen bij vastgoedexploitatie.¹⁷ Uit de literatuur lijkt dat de wetgeving en jurisprudentie geen rechtszekerheid bieden aan de vastgoedexploitanten voor de toepassing van de BOF. Aan de hand van de gestelde criteria op grond van de jurisprudentie onderzoek ik in deze masterthesis of de criteria daadwerkelijk onvoldoende rechtszekerheid bieden voor de vastgoedexploitanten. Per

¹² Zie o.a. Rozendal, A., 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', *WFR* 2016/127, Albert, P.G.H., 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', *WFR* 2016/184 en Berkhout, T.M. en Hoogeveen, M.J. (2015), 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4.

¹³ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, inleiding p.1.

¹⁴ Jansen, P.G.M. (2013), Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht, *Fiscale geschriften* nr. 22, p.1.

¹⁵ Rozendal, A., 'De (on)wenselijkheid van een beleggingsfictie voor vastgoed in de BOF; een verduidelijking', *WFR* 2016/214. Naschrift van Albert, P.G.H.

¹⁶ Albert, P.G.H., 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', *WFR* 2016/184.

¹⁷ Rozendal, A., 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', *WFR* 2016/127.

hoofdstuk toets ik of de wetgeving en jurisprudentie helder zijn en niet voor meerdere uitleg vatbaar.

1.2 Probleemstelling

Het doel van deze masterthesis is te onderzoeken of criteria gesteld kunnen worden om het exploiteren van vastgoed als materiële onderneming te kwalificeren voor het toepassen van de BOF in de SW 1956.

De probleemstelling is als volgt gedefinieerd:

Welke criteria kunnen gesteld worden om het exploiteren van vastgoed als materiële onderneming te kwalificeren voor de toepassing van de BOF en bieden deze criteria voldoende rechtszekerheid voor de vastgoedexploitanten?

Om tot beantwoording te komen van de probleemstelling worden de volgende deelvragen onderscheiden:

- Wat houdt de BOF in en hoe is deze vormgegeven in de SW 1956?
- Wanneer is sprake van 'meer dan normaal vermogensbeheer' in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001?
- Aan de hand van welke criteria is op grond van de jurisprudentie sprake van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF?
- Hoe kijkt de Belastingdienst tegen de vraag aan wanneer sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF?
- Biedt de wetgeving voldoende rechtszekerheid aan de vastgoedexploitanten?
- Bieden de gestelde criteria, aan de hand van de jurisprudentie, voldoende rechtszekerheid aan de vastgoedexploitanten?

1.3 Methodologie

De deelvragen worden behandeld in de verschillende hoofdstukken. In hoofdstuk twee onderzoek ik wat de BOF inhoudt en hoe deze is vormgegeven in de SW 1956. Met name besteed ik aandacht aan het vereiste kwalificerend ondernemingsvermogen op grond van art. 35c SW 1956 en onderzoek ik welke criteria de wetgever hiervoor hanteert. Vervolgens onderzoek ik in hoofdstuk drie wanneer sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001. Daarnaast onderzoek ik wat het onderscheid is tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden in het kader van het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer'.

Aan de hand van de jurisprudentie onderzoek ik in hoofdstuk vier welke normen de rechtspraak hanteert bij de beoordeling of sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed. Op 9 december 2016 heeft de Belastingdienst naar aanleiding van een WOB-verzoek het document 'Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten' gepubliceerd. Tevens onderzoek ik in hoofdstuk vier hoe de Belastingdienst aankijkt tegen de vraag wanneer sprake is van kwalificerend

ondernemingsvermogen bij het exploiteren van vastgoed aan de hand van de praktijkhandreiking.

In de hoofdstukken twee, drie en vier concludeer ik tevens of de wetgeving en gestelde criteria aan de hand van de jurisprudentie voldoende rechtszekerheid bieden aan de vastgoedexploitanten. Tot slot leidt het onderzoek tot een conclusie en mijn aanbevelingen aan de wetgever tevens in hoofdstuk vijf.

2. De Bedrijfsopvolgingsfaciliteit

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk onderzoek ik wat de BOF inhoudt en hoe deze is vormgegeven in de SW 1956. In paragraaf 2.2 onderzoek ik wat de doelstelling is van de BOF aan de hand van de parlementaire geschiedenis. Om aanspraak te kunnen maken op de BOF zijn ten aanzien van een onderneming, erflater of schenker en verkrijger in totaal een drietal voorwaarden gesteld. Zo dient sprake te zijn van kwalificerend ondernemingsvermogen, te worden voldaan aan de bezitstermijn door de erflater of schenker en te worden voldaan aan het voortzettingsvereiste door de verkrijger. Deze voorwaarden werk ik nader uit in paragraaf 2.3. Voor deze masterthesis is met name het vereiste kwalificerend ondernemingsvermogen van belang.¹⁸ In paragraaf 2.4 toets ik of de wetgeving voldoende rechtszekerheid biedt aan de vastgoedexploitanten. Tot slot eindig ik dit hoofdstuk met een tussenconclusie waarbij ik antwoord geef op de deelvragen: *Wat houdt de BOF in en hoe is deze vormgegeven in de SW 1956? Biedt de wetgeving voldoende rechtszekerheid aan de vastgoedexploitanten?*

2.2 Doelstelling van de BOF

Voordat aandacht wordt besteed aan hoe de BOF in de SW 1956 is vormgegeven, is het belangrijk om de doelstelling van de BOF te behandelen. De BOF is met ingang van 1 januari 2002 in de SW 1956 opgenomen¹⁹ en is per 1 januari 2010 aanzienlijk gewijzigd. Bij de wijziging heeft de wetgever de doelstelling nogmaals benadrukt. In de volgende deelparagrafen behandel ik de doelstelling bij de inwerkingtreding van de BOF in 2002 in de SW 1956 en bij de wijziging in 2010.

2.2.1 BOF in de SW 1956

Met ingang van 1 januari 2002 is de BOF in de SW 1956 in werking getreden naar aanleiding van het advies van de werkgroep 'Modernisering successiewetgeving' onder leiding van Moltmaker (hierna: werkgroep Moltmaker). De werkgroep Moltmaker bracht in 2000 een rapport uit omtrent de problemen die zich voordeden met betrekking tot bedrijfsopvolgingen.²⁰ De werkgroep Moltmaker adviseerde om een tweetal voorwaarden in te voeren om in aanmerking te komen voor de toepassing van de faciliteiten. Ten eerste moest sprake zijn van een onderneming in de nalatenschap. Ten tweede gold een voortzetting van de onderneming voor een periode van vijf jaren.²¹ Indien voldaan werd aan deze voorwaarden dan was de voorwaardelijke vrijstelling van 30% van het overgedragen ondernemingsvermogen van toepassing.

¹⁸ art. 35c SW 1956.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, nr. 3.

²⁰ Rapport werkgroep Modernisering Successiewetgeving 2001, 'De warme, de koude en de dode hand', 13 maart 2000.

²¹ Rapport werkgroep Modernisering Successiewetgeving 2001, 'De warme, de koude en de dode hand', 13 maart 2000, paragraaf 4.

Voorheen bestond een dergelijke vrijstellingsfaciliteit²² niet in de SW 1956. Wel bestond naast uitstel van betaling een kwijtscheldingsfaciliteit voor bedrijfsopvolging in de invorderingsfeer.²³ De kwijtscheldingsfaciliteit bedroeg een voorwaardelijke kwijtschelding van 25% van de verschuldigde erf- en schenkbelasting voor het verkrijgen van het ondernemingsvermogen. Materieel had deze kwijtscheldingsfaciliteit de werking van een voorwaardelijke vrijstelling. Per 1 januari 2002 heeft de kwijtscheldingsfaciliteit plaats gemaakt voor de vrijstellingsfaciliteit. Met de wetsaanpassing van 2002 wordt de doelstelling van de faciliteit in de memorie van toelichting als volgt gemotiveerd:

*'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.'*²⁴

De faciliteiten zijn dus in het leven geroepen om te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt bij een bedrijfsoverdracht. Bij het verkrijgen van ondernemingsvermogen is de verkrijger namelijk schenk- en erfbelasting verschuldigd. De verschuldigde belasting kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen indien de liquide middelen voor de betaling van de verschuldigde belasting aan de onderneming moeten worden onttrokken. De faciliteit voorkomt dat een onderneming gedwongen gestaakt of geforceerd verkocht moet worden zonder dat de bedrijfsresultaten daar aanleiding aan toe geven. Het gedwongen staken of geforceerd verkopen van een onderneming heeft als gevolg een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit.²⁵

2.2.2 Huidige BOF (vanaf 2010)

Per 1 januari 2010 is de BOF in de SW 1956 aanzienlijk gewijzigd. Bij de wijziging heeft de BOF in de SW 1956 een nieuwe wettelijke structuur gekregen.²⁶ De wijziging betreft een rechtsvorm neutrale behandeling tussen de winstsfeer en de ab-sfeer, het gelijk behandelen van een direct en indirect aanmerkelijk belang in een vennootschap en de gelijke behandeling van bedrijfsoverdracht bij overlijden en bij leven. Met deze wijziging heeft de toenmalige staatssecretaris van Financiën, J.C. de Jager, toegezegd de bedrijfsopvolgingsfaciliteit eenvoudiger, toegankelijker en evenwichtiger te maken.

Het doel van zowel de oude als de nieuwe regeling is het wegnemen van fiscale belemmeringen bij bedrijfsopvolgingen krachtens schenking of erfopvolging. De doelstelling van de BOF blijft met de wijziging in hoofdlijnen onveranderd. In de memorie van toelichting²⁷ van de wijziging per 2010 is de doelstelling als volgt geformuleerd:

²² Wel heeft de SW 1956 verschillende betalingsregelingen gekend omtrent de bedrijfsopvolgingen. In het kader van deze masterthesis laat ik deze verder buiten beschouwing.

²³ Art.25 lid 9 t/m 11 jo. art. 26 lid 3 t/m 10 IW 1990, tekst 1997.

²⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. 3, p. 47.

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

²⁶ Onder de oude regeling (tot 2010) stond in art.35b SW 1956 aangegeven voor welke vermogensbestanddelen de faciliteiten werden verleend en in art. 35c SW 1956 waren de faciliteiten opgenomen. In de nieuwe regeling (vanaf 2010) is dit precies andersom.

²⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p.4.

‘Kern van de regeling is dat de schenk en erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid, geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten.’

Daarbij heeft de toenmalige staatssecretaris beoogd zoveel mogelijk aan te sluiten bij de economische praktijk van bedrijfsoverdrachten.²⁸ Ondanks dat de doelstelling in hoofdlijnen onveranderd blijft, heeft de wetgever met de wijziging nadruk willen leggen op de verkrijgingen van materiële ondernemingen.²⁹ Eén van de vereisten om dit te bereiken is dat alleen ondernemingsvermogen zou moeten kwalificeren voor de toepassing van de faciliteiten.

De voorwaardelijke vrijstelling van de BOF wordt door de wetgever gerechtvaardigd met het argument dat de belastingheffing bij een bedrijfsoverdracht geen bedreiging mag vormen voor de continuïteit van de onderneming. Daarbij rijst bij mij de vraag op of de vrijstelling noodzakelijk is voor de bedrijfsopvolgingen. De Belastingdienst heeft in 2014 een onderzoek gedaan naar de nut en noodzaak van de vrijstelling. Uit dat onderzoek³⁰ bleek dat bij 70% van de gevallen, waarbij de onderneming werd geërfd en verzocht werd om de BOF, voldoende middelen in de nalatenschap zaten om de erfbelasting te voldoen. Van de andere 30% is niet onderzocht of de verkrijger zelf genoeg vermogen had om de erfbelasting te voldoen. Ook Hoogeveen³¹ komt in haar dissertatie tot eenzelfde conclusie. Hoogeveen heeft in haar dissertatie via een successierecht dossieronderzoek onderzocht of in beginsel verschuldigde successierecht uit de nalatenschap betaald had kunnen worden. In bijna 70% van de gevallen bevatten de nalatenschappen voldoende middelen om de erfbelasting te voldoen.³²

2.3 Voorwaarden voor toepassing van de BOF

De werking van de BOF is opgenomen in hoofdstuk IIA³³ van de SW 1956. De BOF wordt slechts op verzoek van de verkrijger verleend. Dit verzoek kan gelijktijdig met de aangifte erfbelasting worden ingediend.³⁴ Het verzoek kan uiterlijk ingediend worden tot het moment waarop de aanslag erfbelasting onherroepelijk vaststaat.³⁵ In art. 35b, lid 5 SW 1956 is een algemene definitie gegeven van een bedrijfsopvolging. De algemene definitie luidt als volgt:

‘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 erfflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d,

²⁸ Stevens, S.A. (2010), ‘De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting’, *TFO* 2010/25, p.1.

²⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p.5.

³⁰ Besluit WOB-verzoek inzake bedrijfsopvolgingsregeling.

³¹ Hoogeveen, M.J. (2011), ‘*Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling*’, (dissertatie) Tilburg University.

³² Hoogeveen, M.J. (2011), ‘*Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling*’, (dissertatie) Hoofdstuk 14, Tilburg University.

³³ Artikelen 35b t/m 35f SW 195 jo. art. 7 t/m 10 Uitv. reg. SW 1965 jo. art. 25, twaalfde en dertiende lid IW 1990.

³⁴ Art. 35b, lid 7 SW 1956.

³⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën 17 januari 2013, nr. BLBKB20120/1221M, par. 2, V-N 2013/8.17.

mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste, bedoeld in artikel 35e.'

Uit bovenstaande definitie zijn drie cumulatieve voorwaarden te onderscheiden. Deze drie voorwaarden, te weten kwalificerend ondernemingsvermogen, het voldoen aan de bezitstermijn door de erflater of schenker en het voldoen aan het voortzettingsvereiste door de verkrijger, komen in deze paragraaf aan bod.

Indien voldaan wordt aan de cumulatieve voorwaarden³⁶ kan op verzoek van de verkrijger een voorwaardelijke vrijstelling worden verleend van 100% over de eerste € 1.071.987³⁷ en 83% over het meerdere. Voor het resterende belaste deel van de verkrijging na toepassing van de vrijstelling kan gedurende tien jaren rentedragend uitstel van betaling worden verleend.³⁸ Het uitstel komt te vervallen als de verkrijger in staat van faillissement raakt, ingeval de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is en wanneer de verkrijger niet voldoet aan de voortzettingsvereisten van art. 35e SW 1956.³⁹ De voorwaardelijke vrijstelling geldt per objectieve onderneming.

2.3.1 Kwalificerend ondernemingsvermogen

De BOF is bedoeld om het verkrijgen van ondernemingsvermogen in het kader van een bedrijfsopvolging fiscaal te faciliteren. De voorwaarden voor het verkrijgen van ondernemingsvermogen staan beschreven in art. 35c SW 1956. Onder de verkrijging van ondernemingsvermogen wordt verstaan de verkrijging van een onderneming of een gedeelte daarvan als bedoeld in art. 3.2 van de Wet IB 2001,⁴⁰ een medegerechtigdheid of een gedeelte daarvan als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a van de Wet IB 2001,⁴¹ vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001 met uitzondering van art. 4.10 Wet IB 2001,⁴² of onroerende zaken die bij de erflater of schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in art. 3.92 Wet IB 2001, mits de onroerende zaken dienstbaar zijn aan de onderneming van een lichaam als bedoeld in onderdeel c en de verkrijger tegelijkertijd aandelen in of winstbewijzen van dat lichaam verkrijgt als bedoeld in onderdeel c.⁴³

Ondernemingsvermogen in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001

De wetgever heeft, om zoveel mogelijk eenduidigheid in de wetgeving te bereiken, voor de materiële ondernemingstoets voor toepassing van de BOF met de wetswijziging van 2010 aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip.⁴⁴ Voorheen gold namelijk het ondernemingsbegrip in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969⁴⁵ (hierna: Wet VPB

³⁶ De voorwaarden staan genoemd in de artikelen 35b t/m 35d SW 1956.

³⁷ Vrijstelling per 1 januari 2018 op grond van art. 35b SW 1956, de vrijstelling wordt jaarlijks geïndexeerd.

³⁸ Art. 25 lid 12 IW 1990 jo. Art. 6a t/m 6b Uitv. reg. SW 1956.

³⁹ art. 25, lid 12 IW 1990.

⁴⁰ Art. 35c, lid 1, onderdeel a SW 1956.

⁴¹ Art. 35c, lid 1, onderdeel b SW 1956.

⁴² Art. 35c, lid 1, onderdeel c SW 1956.

⁴³ Art. 35c, lid 1, onderdeel d SW 1956.

⁴⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p.5.

⁴⁵ Voorheen was de BOF aangesloten op art. 2, lid 1, onderdeel e Wet VPB 1969.

1969) en werden IB-ondernemers en rechtspersonen fiscaal niet gelijk behandeld. Art. 3.2 Wet IB 2001 geeft de volgende definitie van het begrip ondernemingsvermogen:

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

Onder een ondernemer wordt verstaan de belastingplichtige voor rekening van wie de onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming.⁴⁶ Met een gedeelte van een onderneming wordt de verkrijging van een (firma-)aandeel in een onderneming bedoeld. Het verkrijgen van een zelfstandig deel van de onderneming wordt gekwalificeerd als het verkrijgen van een onderneming.⁴⁷ Art. 35c SW 1956 wordt namelijk toegepast in het perspectief van de verkrijger. Een concrete invulling van het begrip onderneming zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 staat niet omschreven in de Wet IB 2001. De wetgever heeft dit opzettelijk opengelaten.⁴⁸ Een nadere definitie van dit begrip is terug te vinden in de jurisprudentie. De wetgever gaf hiervoor als reden dat het codificeren van het begrip onvoldoende recht zou worden gedaan aan concrete omstandigheden. Bij de behandeling van de begrippen ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ en ‘winst uit onderneming’ in hoofdstuk 3 behandel ik de wijze waarop in de jurisprudentie het begrip onderneming wordt ingevuld.

In het kader van deze masterthesis zal ik mij beperken tot de materiële onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 voor het exploiteren van vastgoed. Met betrekking tot vermogensbestanddelen en onroerende zaken wordt tevens verwezen naar art. 3.2 Wet IB 2001, derhalve behandel ik deze in de volgende paragrafen. Met betrekking tot medegerechtigdheid in de zin van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001 laat ik deze in het kader van deze masterthesis verder buiten beschouwing.

Vermogensbestanddelen

De vermogensbestanddelen zoals aandelen, opties en winstbewijzen die bij de erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang behoorden in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001, met uitzondering van art 4.10 Wet IB 2001, worden als ondernemingsvermogen aangemerkt indien de desbetreffende vennootschap een onderneming drijft als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 dan wel een medegerechtigdheid houdt als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001.

De wet is dusdanig geformuleerd dat hoewel het uitgangspunt is dat alleen ondernemingsvermogen wordt gefaciliteerd voor de BOF ook niet-ondernemingsvermogen voor de faciliteiten in aanmerking kunnen komen. Dit speelt in de situatie waarin een vennootschap naast ondernemingsvermogen ook beleggingsvermogen⁴⁹ bezit. Bij fictie wordt een deel van dit beleggingsvermogen als ondernemingsvermogen aangemerkt.

⁴⁶ Art. 3.4 Wet IB2002.

⁴⁷ Beer, A.M.A. de (2015), ‘Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten’, *WFR* 2015/319, p. 1.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3. p. 92 en 93.

⁴⁹ Met beleggingsvermogen wordt op basis van de parlementaire toelichting bedoeld vermogen dat blijvend overtollig is. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr.3.

Beleggingsvermogen faciliteert tot maximaal 5% van de waarde van de aandelen.⁵⁰ De reden voor de invoering van deze beleggingsmarge is om discussie te voorkomen met de inspecteur over de vraag wat tot het ondernemingsvermogen kan worden gerekend. De wetgever heeft hiermee een handvat voor de uitvoeringspraktijk geboden.⁵¹

Onder de vermogensbestanddelen vallen ook de preferente aandelen. Art. 35c, vierde lid, SW 1956 stelt wel nadere cumulatieve eisen aan deze aandelenoverdracht. De wetgever wil hiermee bereiken dat alleen de reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. De overdracht van preferente aandelen wordt als ondernemingsvermogen gekwalificeerd indien de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen. Tevens wordt als voorwaarde gesteld dat de omzetting tot preferente aandelen gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander en dat ten tijde van de omzetting de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden een onderneming dreef als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid hield als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001. Daarnaast vereist lid 4 dat de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor ten minste 5% van het geplaatst kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen.⁵²

Onroerende zaken

De onroerende zaken die een erflater of schenker ter beschikking heeft gesteld in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001 kunnen kwalificeren als ondernemingsvermogen voor het toepassen van de BOF. Voorwaarden daarbij zijn dat de onroerende zaken dienstbaar moeten zijn aan de onderneming van een lichaam die een onderneming drijft in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid houdt in de zin van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001. De verkrijger moet met de onroerende zaken tegelijkertijd de vermogensbestanddelen verkrijgen die op dat lichaam betrekking hebben.

2.3.2 Bezitsvereiste

De tweede voorwaarde die wordt benoemd in de algemene definitie van de bedrijfsopvolging is het bezitsvereiste. De erflater of schenker moet voldoen aan het bezitsvereiste, derhalve omschrijft art. 35d SW 1956 wat verstaan wordt onder de begrippen erflater en schenker. Voor de toepassing van de BOF wordt onder een erflater of schenker verstaan een erflater die gedurende één jaar tot het overlijden, onderscheidenlijk een schenker die gedurende vijf jaren tot de schenking een ondernemer was in de zin van art. 3.4 of art 3.5 Wet IB 2001 met betrekking tot de onderneming zoals omschreven in art. 35c, eerste lid, onderdeel a SW 1956, medegerechtigde was in de zin van artikel 3.3, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001, aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, of resultaat uit een werkzaamheid genoot met betrekking tot de onroerende zaken.⁵³

⁵⁰ Art. 35c, lid 1, onderdeel c, onder 2° SW 1956.

⁵¹ *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p.97 en Kamerstukken II 2009/10, 31 930, D, p.39.*

⁵² Art. 8 Uitv.reg. SW 1956 beschrijft een aantal andere vormen die met het bovenstaande gelijkgesteld kunnen worden. Ik zal in deze masterthesis niet verder ingaan op deze aanvullingen.

⁵³ Met betrekking tot de onderneming, medegerechtigde, aanmerkelijkbelanghouder en resultaatgenieter van onroerende zaken wordt aan art. 35c, lid 1 SW 1956 aangesloten.

Per 1 januari 2010 is bij de herziening van de BOF de bezitstermijn van één jaar geïntroduceerd voor erflaters.⁵⁴ De bezitstermijn is enerzijds bedoeld om één element van de te faciliteren reële bedrijfsopvolging te faciliteren, te weten dat alleen sprake is van een bedrijfsopvolging indien de onderneming enige tijd door de erflater of schenker werd gedreven. Anderzijds kent de bezitstermijn een misbruikarakter en is deze bedoeld om te voorkomen dat in het zicht van een belastbaar feit niet-gefaciliteerd vermogen in wel-gefaciliteerd vermogen wordt omgezet.⁵⁵

2.3.3 Voortzettingsvereiste

De derde voorwaarde voor de toepassing van de BOF is het voortzettingsvereiste van art. 35e SW 1956. Indien sprake is van het niet voortzetten dan wel gedeeltelijk voortzetten, worden de faciliteiten naar rato ingetrokken. Een verkrijger voldoet aan het voortzettingsvereiste indien gedurende de periode van vijf jaren de onderneming niet staakt en de aandelen of winstbewijzen van het lichaam niet vervreemdt. Voor de concrete invulling van het voortzettingsvereiste moet onderscheid gemaakt worden naar het soort ondernemingsvermogen dat wordt verkregen.

Onderneming art 3.2 IB 2001 en medegerechtigdheid art. 3.3 Wet IB 2001

Met betrekking tot een verkrijging van de onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid in de zin van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001 wordt niet voldaan aan het voortzettingsvereiste indien de verkrijger ophoudt winst te genieten binnen een periode van vijf jaren uit de verkregen onderneming of de verkregen medegerechtigdheid.⁵⁶

Vermogensbestanddelen

Met betrekking tot de verkrijging van vermogensbestanddelen in een lichaam moet onderscheid worden gemaakt tussen het voortzettingsvereiste die enerzijds wordt gesteld aan de verkrijger en anderzijds aan het lichaam. Voor de verkrijger geldt de voorwaarde dat de verkregen bestanddelen of een gedeelte van de in de vermogensbestanddelen liggende rechten niet mogen worden vervreemd. Ook mogen de vermogensbestanddelen niet worden omgezet in preferente aandelen of op andere wijze de aanspraak op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen van de vermogensbestanddelen beperken. Aan het lichaam waarop de vermogensbestanddelen betrekking heeft, wordt de eis gesteld dat het lichaam niet mag ophouden winst te genieten uit het ondernemingsvermogen.⁵⁷

Onroerende zaken

Ten aanzien van de terbeschikkinggestelde onroerende zaak worden de faciliteiten ingetrokken indien de verkrijger ophoudt de onroerende zaak geheel of voor een gedeelte

⁵⁴ In art. 9 Uitv.reg SW 1956 zijn een aantal uitzonderingen op de bezitseis opgenomen. Ik zal in deze masterthesis niet verder ingaan op deze uitzonderingen.

⁵⁵ *Kamerstukken II 2008/09 31 930, nr.9, p. 102.*

⁵⁶ Art. 35e, lid 1, onderdeel a en b SW 1956.

⁵⁷ Art. 35e, lid 1, onderdeel c SW 1956.

daarvan ter beschikking te stellen aan het lichaam, of als de onroerende zaak niet langer dienstbaar is aan de onderneming van desbetreffende vennootschap.⁵⁸

Indien niet wordt voldaan aan het voortzettingsvereiste vervalt de voorwaardelijke vrijstelling en het eventueel verleend uitstel ingevolge art. 25, lid 12 IW1990. Tot slot zijn enkele bepalingen opgenomen in art. 10 Uitv.reg. SW1956 waarbij het voortzettingsvereiste niet wordt geschonden. Zo wordt op verzoek van de verkrijger het voortzettingsvereiste niet geschonden indien de verkrijger binnen de termijn van vijf jaren overlijdt en de rechtsoptvolger krachtens erfrecht de resterende termijn van vijf jaren het ondernemingsvermogen op dezelfde voet voortzet.⁵⁹

2.4. Rechtszekerheidsbeginsel

Het formele rechtszekerheidsbeginsel vereist dat de wetgeving voorzienbaar is. Dit betekent dat de wetgeving waaraan de burger gebonden is kenbaar, duidelijk en ondubbelzinnig is.⁶⁰ Om in aanmerking te komen voor de toepassing van de BOF dient een vastgoedexploitant een materiële onderneming te drijven. Onder het verkrijgen van ondernemingsvermogen wordt onder meer verstaan de verkrijging van een onderneming of gedeelte daarvan als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of het verkrijgen van een vermogensbestanddeel dat tot het aanmerkelijk belang behoorde van erflater of schenker indien de desbetreffende vennootschap een onderneming drijft als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001. De wetgever heeft voor de materiële ondernemingstoets voor toepassing van de BOF aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip. Een concrete invulling van het begrip onderneming zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 staat niet omschreven in de Wet IB 2001. Een nadere definitie van dit begrip is terug te vinden in de jurisprudentie.

De vastgoedexploitant kan aan de hand van de wetgeving de rechtsgevolgen van zijn gedrag niet voorzien. Aan de hand van de wetgeving is het voor de vastgoedexploitant niet helder of de BOF van toepassing is. In die zin biedt de wetgeving niet voldoende rechtszekerheid. In de volgende hoofdstukken wordt aan de hand van de jurisprudentie een concretere invulling gegeven aan het begrip onderneming. Tevens toets ik in de volgende hoofdstukken of aan de hand van deze invulling de vastgoedexploitant voldoende rechtszekerheid heeft.

2.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik de BOF behandeld aan de hand van de volgende deelvragen: *Wat houdt de BOF in en hoe is deze vormgegeven in de SW 1956? Biedt de wetgeving voldoende rechtszekerheid aan de vastgoedexploitanten?* Ten eerste heb ik onderzocht wat de doelstelling is van de BOF. De BOF is in het leven geroepen om te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt bij een bedrijfsoverdracht. Bij het verkrijgen van ondernemingsvermogen is de verkrijger namelijk schenk- en erfbelasting verschuldigd. De verschuldigde belasting kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen indien de liquide middelen voor de betaling van de verschuldigde belasting aan de onderneming

⁵⁸ Art. 35e, lid 1, onderdeel d SW 1956.

⁵⁹ Art. 10, lid 6 Uitv.reg. SW 1956.

⁶⁰ Jansen, P.G.M. (2013), Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht, *Fiscale geschriften* nr. 22, p.1.

moeten worden onttrokken. De faciliteit voorkomt dat een onderneming gedwongen gestaakt of geforceerd verkocht moet worden zonder dat de bedrijfsresultaten daar aanleiding aan toe geven. Het gedwongen staken of geforceerd verkopen van een onderneming heeft als gevolg een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit.⁶¹

De werking van de BOF is opgenomen in hoofdstuk IIA⁶² van de SW 1956. Om aanspraak te kunnen maken op de BOF dient voldaan te worden aan drie cumulatieve voorwaarden. Deze voorwaarden zijn uitgewerkt in de artikelen 35c, 35d en 35 e SW 1956. Zo dient sprake te zijn van kwalificerend ondernemingsvermogen, te worden voldaan aan de bezitstermijn door de erflater of schenker en te worden voldaan aan het voortzettingsvereiste door de verkrijger. In deze masterthesis is met name de voorwaarde kwalificerend ondernemingsvermogen van belang. Onder de verkrijging van ondernemingsvermogen wordt onder andere verstaan de verkrijging van een onderneming of een gedeelte daarvan als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of het verkrijgen van een vermogensbestanddeel dat tot het aanmerkelijk belang behoorde van erflater of schenker indien de desbetreffende vennootschap een onderneming drijft als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 . In het kader van deze masterthesis zal ik mij beperken tot de materiële onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 voor het exploiteren van vastgoed. De wetgever heeft een concrete invulling van het begrip overgelaten aan de rechter. Een nadere beschouwing van dit begrip is derhalve terug te vinden in de jurisprudentie. In die zin biedt naar mijn mening de wetgeving onvoldoende rechtszekerheid aan de vastgoedexploitanten.

Indien voldaan wordt aan de cumulatieve voorwaarden⁶³ kan op verzoek van de verkrijger een voorwaardelijke vrijstelling worden verleend van 100% over de eerste € 1.071.987⁶⁴ en 83% over het meerdere van toepassing. Voor de resterende belaste deel van de verkrijging na toepassing van de vrijstelling kan gedurende tien jaren rentedragend uitstel van betaling worden verleend.⁶⁵

Gelet op de riante vrijstelling is het voor vastgoedexploitanten van groot belang dat het exploiteren van vastgoed als ondernemingsvermogen wordt gekwalificeerd. De concrete invulling van het begrip 'onderneming' in het kader van meer dan normaal vermogensbeheer behandel ik in het volgende hoofdstuk. Tevens onderzoek ik of het begrip 'onderneming' voldoende rechtszekerheid biedt voor de vastgoedexploitanten. Vervolgens baken ik in dat hoofdstuk winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden af in het kader van meer dan normaal vermogensbeheer.

⁶¹ *Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3., p. 7.*

⁶² Artikelen 35b t/m 35f SW 195 jo. art. 7 t/m 10 Uitv. reg. SW 1965 jo. art. 25, twaalfde en dertiende lid IW 1990.

⁶³ De voorwaarden staan genoemd in de artikelen 35b t/m 35d SW 1956.

⁶⁴ Vrijstelling per 1 januari 2018 op grond van art. 35b SW 1956, de vrijstelling wordt jaarlijks geïndexeerd.

⁶⁵ Art. 25 lid 12 IW 1990 jo. Art. 6a t/m 6b Uitv. reg. SW 1956.

3. Meer dan normaal vermogensbeheer

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik de doelstelling van de BOF en de voorwaarden om in aanmerking te komen voor de BOF behandeld. Eén van de voorwaarden om aanspraak te kunnen maken op de BOF is dat het moet gaan om kwalificerend ondernemingsvermogen zoals bedoeld in art. 35c SW 1956. Zoals in het vorige hoofdstuk is onderzocht, is onder meer sprake van kwalificerend ondernemingsvermogen ingeval het gaat om een verkrijging van een onderneming als bedoeld in art 3.2 Wet IB 2001. Het exploiteren van vastgoed kan kwalificeren als een materiële onderneming in de zin van art 3.2 Wet IB 2001 indien sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. In paragraaf 3.2 onderzoek ik wanneer sprake is van 'meer dan normaal vermogensbeheer'.

Indien sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, is het ook mogelijk dat de activiteiten onder de bron 'resultaat uit overige werkzaamheden' kunnen worden geschaard. In dat geval is geen sprake meer van de bron 'winst uit onderneming'. Het onderscheid tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden in het kader van het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' onderzoek ik daarom in paragraaf 3.3. In paragraaf 3.4 behandel ik de bewijslastverdeling omtrent het exploiteren van vastgoed dat al dan niet kwalificeert als materiële onderneming. Vervolgens onderzoek ik in paragraaf 3.5 of de wetgeving en jurisprudentie voldoende rechtszekerheid biedt aan de vastgoedexploitanten. Tot slot eindig ik dit hoofdstuk met een tussenconclusie waarbij ik antwoord geef op de deelvraag: *Wanneer is sprake van 'meer dan normaal vermogensbeheer' in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001?*

3.2 Meer dan normaal vermogensbeheer

Zoals beschreven in paragraaf 2.3.1 heeft de wetgever géén concrete invulling gegeven over het begrip onderneming zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001. Om het begrip onderneming te definiëren moet aansluiting worden gezocht met de jurisprudentie. Uit de jurisprudentie blijkt voor het begrip onderneming de volgende vuistregel: *'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'*.⁶⁶ Bij deze invulling wordt aangesloten op de drie cumulatieve voorwaarden voor een bron van inkomen, te weten deelname aan het economisch verkeer, het oogmerk om voordeel te behalen en het voordeel moet redelijkerwijs te verwachten zijn.⁶⁷ Van een bron van inkomen moet sprake zijn alvorens wordt toegekomen aan een onderneming.

Om te kwalificeren als materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF moet sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Wat deze term inhoudt, behandel ik in de volgende paragrafen.

⁶⁶ Zie onder andere Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 722, *BNB* 1981/299.

⁶⁷ Kempen, M.L.M. van, 'Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting', IB 3.2.2.A.a.

3.2.1 Parlementaire behandeling

De rechtsregel voor de inkomstenbelasting met betrekking tot het exploiteren van vastgoed is dat indien sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer de activiteiten belast worden in box 1 en indien sprake is van normaal vermogensbeheer worden de activiteiten belast in box 3. Tijdens de parlementaire behandeling is veelvuldig gesproken over de vraag wanneer het exploiteren van vastgoed een objectieve onderneming vormt en zodoende belast is in box 1. Met de wijziging per 1 januari 2010 is voor de toets materiële onderneming aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip van art. 3.2 Wet IB 2001. Voorheen werd aansluiting gezocht met art. 2, lid 1, onderdeel e Wet VPB 1969. De reden om aan te sluiten bij het IB-ondernemingsbegrip is omdat de aansluiting ertoe leidt dat meer duidelijkheid ontstaat over de vraag wanneer een vennootschap een onderneming drijft. Die duidelijkheid ontstaat doordat voor de vraag of sprake is van een materiële onderneming voor de inkomstenbelasting meer jurisprudentie voorhanden is dan voor de materiële onderneming in de vennootschapsbelasting.⁶⁸ De staatssecretaris acht dat om die reden niet noodzakelijk om een besluit uit te vaardigen met voorbeelden van objectieve ondernemingen.⁶⁹

De staatssecretaris geeft aan dat de vraag of sprake is van een materiële onderneming een feitelijk kwestie is.⁷⁰ De vraag of een materiële onderneming aanwezig is moet dan ook steeds worden beoordeeld aan de hand van de feiten van het onderhavige geval. Volgens de staatssecretaris zal het enkele verhuur van onroerende zaken niet snel kwalificeren als materiële onderneming, ook niet:

'(...) als sprake is van omvangrijke vastgoedportefeuille en het lichaam het onderhoud van de onroerende zaken in eigen beheer heeft. Indien sprake is van normaal onderhoud van de onroerende zaken, wordt het onderhoud gepleegd om beleggingen in stand te houden. In dat geval zal veelal sprake zijn van normaal vermogensbeheer, hetgeen in de inkomstenbelastingsfeer belast zou zijn via box 3. (...) Indien sprake is van projectontwikkeling kan dit anders liggen en kan sprake zijn van een materiële onderneming.'

71

De staatssecretaris geeft aan dat normaal onderhoud nodig is om de beleggingen in stand te houden en dat in dat geval derhalve geen sprake is van een materiële onderneming. Bij projectontwikkeling kan wel sprake zijn van een materiële onderneming. Wel moet dit worden beoordeeld naar de feiten en omstandigheden. Welke feiten en omstandigheden bij projectontwikkeling zich moeten voordoen om in ieder geval een materiële onderneming te drijven, maakt de staatssecretaris niet duidelijk. Met de term beleggingsvermogen wordt het saldo van de beleggingen en de daarvoor aangegane schulden bedoeld. Deze term brengt verder tot uitdrukking dat het moet gaan om vermogen dat blijvend overtollig is.⁷² In de nota naar aanleiding van het nader verslag vragen de leden van de CDA-fractie een nadere

⁶⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

⁶⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 95.

⁷⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

⁷¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

⁷² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

toelichting op het begrip overvloedige liquiditeiten. De nadere toelichting luidt volgens de staatssecretaris als volgt:

*'Duurzaam overvloedige middelen, dit kunnen dus ook andere vermogensbestanddelen zijn dan liquiditeiten, zijn middelen die niet nodig zijn voor het drijven van de onderneming. Het criterium is ontwikkeld voor de bepaling van wat tot het ondernemingsvermogen van een IB-ondernemer behoort en wat tot zijn privévermogen en kent een lange geschiedenis. Of daarvan in een individueel geval sprake is, hangt – zo blijkt uit de rechtspraak – steeds af van de omstandigheden van het geval.'*⁷³

Geconcludeerd kan worden dat op basis van de parlementaire behandeling bij de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer bij het exploiteren van vastgoed dit beoordeeld moet worden naar de feiten en omstandigheden van het geval.

Uit de parlementaire behandeling wordt verder duidelijk dat in beginsel sprake is van normaal vermogensbeheer als een BV zich alleen bezighoudt met het verhuren van vastgoed en daarvoor zelf het onderhoud verricht om de beleggingen in stand te houden.⁷⁴ De NOB heeft gevraagd om een ruim standpunt in te nemen ten aanzien van de vraag of sprake is van ondernemingsvermogen dan wel beleggingsvermogen bij een BV, gelet op het belang van de BOF. De staatssecretaris acht geen reden aanwezig om het begrip ondernemingsvermogen ruimer uit te leggen.

*'Er is sprake van beleggingsvermogen of ondernemingsvermogen, welke vaststelling moet plaatsvinden alsof de BV een IB-onderneming zou drijven.'*⁷⁵

Naar mijn mening is het juist om voor een BV éénzelfde begrip te hanteren als voor een IB-onderneming en daarmee aan te sluiten aan het ondernemingsbegrip zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001. Immers wordt bij het wetsvoorstel een rechtsvorm neutrale behandeling beoogd. In de parlementaire behandeling is tevens een vergelijking gemaakt met een FBI. FBI's die zich bezighouden met de verhuur van onroerende zaken en zelf het onderhoud verrichten, drijven ook geen onderneming.⁷⁶ In de nota naar aanleiding van het nader verslag wordt het arrest van de Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB 1994/319* aangehaald. De wetgever maakt een verwijzing naar dit arrest voor de vraag of sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed door een natuurlijk persoon. In de volgende paragraaf behandel ik dit arrest.

[3.2.2 Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB 1994/319*.](#)

In dit arrest oordeelde de Hoge Raad wanneer sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer bij het exploiteren van vastgoed.

Belanghebbende verhuurde in dit arrest in totaal achttien kamers in twee hem in eigendom toebehorende panden. Belanghebbende woonde tevens in een van die panden met zijn gezin. Hij verrichtte ten aanzien van deze panden verschillende werkzaamheden.

⁷³ *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 13, p. 24.*

⁷⁴ *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p.96.*

⁷⁵ *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 96.*

⁷⁶ *Kamerstukken II 2008/09, 31 9310, nr. 13, p. 25.*

Belanghebbende maakte de gemeenschappelijke ruimten van de panden schoon, verrichtte voorkomende onderhoudswerkzaamheden, inde de huren en verzorgde de administratie.

Daarnaast verrichtte belanghebbende tevens administratieve werkzaamheden ten behoeve van derden en stelde (incidenteel) tegen vergoeding gereedschap ter beschikking aan derden. Belanghebbende voerde aan dat hetgeen bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, werd overtroffen door zowel de door hem ter zake van de kamerverhuur verrichte werkzaamheden als het door hem behaalde rendement. In verband daarmee voerde belanghebbende voorts aan dat het tijdsbeslag voor de verrichte werkzaamheden opliep tot 1430 uur.

Hof Amsterdam 25 mei 1993, nr. 92/558 (vernietigd)

Het Hof heeft geoordeeld dat sprake is van normaal vermogensbeheer. Het Hof heeft vooropgesteld dat verhuur van kamers in de twee panden, waarvan een de eigen woning van belanghebbende betreft, met deze omvang in het algemeen te beschouwen is als normaal vermogensbeheer. Tevens heeft het Hof geoordeeld dat de wijze waarop belanghebbende kamers verhuurt, rekening houdend met de daarmee direct verband houdende en zelf verrichte werkzaamheden, niet is aan te merken als het drijven van een onderneming. Belanghebbende slaagde volgens het Hof niet om aannemelijk te maken dat de verrichte werkzaamheden meer hadden omvat dan de werkzaamheden die gepaard gaan met normaal vermogensbeheer.

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

De Hoge Raad vernietigt en verwijst de uitspraak van het Hof Amsterdam omdat het Hof de werkzaamheden van belanghebbende onvoldoende had onderzocht of naar aard en omvang van de door belanghebbende ter zake van de kamerverhuur verrichte werkzaamheden meer hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. De Hoge Raad oordeelde dat geen sprake is van normaal vermogensbeheer indien:

*'(...) het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskkenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan.'*⁷⁷

De Hoge Raad hanteert normaal vermogensbeheer als uitgangspunt. Uit dit arrest komen twee deeltoltsen naar voren 'de aard en omvang van de werkzaamheden moeten uitgaan boven normaal vermogensbeheer' en 'de werkzaamheden moeten leiden tot een verwacht rendement dat normaal vermogensbeheer te boven gaat'. Deze overweging duidt aan dat de werkzaamheden gericht moeten zijn op het hoger behalen van het nettorendement dat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. De werkzaamheden hadden enkel effect op het nettorendement. De opbrengst (bruto rendement) van belanghebbende bleef namelijk gelijk, want belanghebbende bespaarde alleen op de kosten omdat hij de werkzaamheden zelf verrichtte en niet uitbesteedde aan derden. Eveneens schrijft Van Dijck in de annotatie

⁷⁷ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, r.o.3.4.

onder dit arrest dat het gaat om het nettorendement.⁷⁸ De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van Hof Amsterdam en verwees het geding door naar Hof Den Haag ter verdere behandeling en afdoening van de zaak.

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

Het verwijzingshof ging uit van de situatie dat belanghebbende het streven had een hoger rendement te behalen met het zelf verrichten van de werkzaamheden. Het verwijzingshof oordeelde dientengevolge dat deze werkzaamheden uitgingen boven de gebruikelijke werkzaamheden.⁷⁹

Mijns inziens geeft het Hof weinig toelichting op de genomen beslissing. De belanghebbende in deze zaak verrichtte de standaardwerkzaamheden die komen kijken bij het verhuren van kamers, zoals het innen van huren, schoonmaak-, onderhouds- en administratieve werkzaamheden. Het Hof had naar mijn mening een duidelijkere uiteenzetting kunnen geven over de wijze waarop beoordeeld dient te worden of sprake is van het drijven van een onderneming bij kamerverhuur en de verrichte werkzaamheden. Bovendien had belanghebbende gegevens verstrekt over het behaalde bruto rendement en het tijdsbeslag met betrekking tot de verrichte werkzaamheden. De Hoge Raad had ook kunnen kiezen voor een concretere invulling van de deelttoetsen.

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

De uitspraak van bovengenoemd arrest is in lijn met het arrest van Hoge Raad 1 september 1976 in de vennootschapsbelasting.⁸⁰ In dit arrest ging het om een FBI die als vastgoedbeleggingsfonds aangemerkt wilde worden. De FBI verhuurde 143 woningen en 42 bedrijfsruimtes. Ook had de FBI twee werknemers in dienst. Zij verrichtten het klein onderhoud en hielden toezicht op het groot onderhoud van de onroerende zaken. Daarnaast beschikte de FBI ten behoeve van de onderhoudswerkzaamheden over enkele auto's en materialen. De Hoge Raad oordeelde dat geen sprake was van een belegging indien: *'het rendabel maken van onroerende zaken geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht of door haar werknemers laat verrichten en deze arbeid naar aard of omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen naast het uit de onroerende zaken genoten rendement dan wel van voordelen uit onroerende zaken welke het aan een belegger in zodanige goederen normaliter opkomende rendement te boven gaat'*. De Hoge Raad overwoog uitdrukkelijk dat de omvang van de arbeid (kwantitatief) moet worden beoordeeld in verhouding tot de grootte van de vastgoedportefeuille. Het gaat dus om de relatieve omvang van de arbeid. Volgens Hoogeveen⁸¹ zegt het feit dat veel arbeid is verricht op zichzelf niets, omdat de arbeid immers logischerwijs toeneemt naarmate de toename van het aantal panden. Met de aard doelt de Hoge Raad volgens Hoogeveen⁸² op de kwaliteit van de arbeid. De kwaliteit van de arbeid kan van dien aard zijn dat door de kwaliteit een hoger rendement wordt beoogd. Tevens werd in dit arrest

⁷⁸ Noot Van Dijck bij Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319.

⁷⁹ Hof Den Haag 10 april 1995, nr. 94/3007, V-N 1995/2799, r.o.7.2 en 7.3.

⁸⁰ Hoge Raad 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976/860.

⁸¹ Hoogeveen, M.J., 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer', par.2, FBN 2014/10.

⁸² Hoogeveen, M.J., 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer', par.2, FBN 2014/10.

aangegeven dat de arbeid ook door werknemers kan worden verricht. In de uitspraak van het arrest van de Hoge Raad 17 augustus 1994 hanteert de Hoge Raad een vergelijkbare formulering.

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

Belanghebbende verbouwde in eigen beheer verschillende panden om deze geschikt te maken voor verhuur van kamers, appartementen en kamers. Ten aanzien van de verhuur van de panden verrichtte belanghebbende de volgende werkzaamheden: het innen van de huren, het oplossen van problemen met de huurders en het schoonhouden van de hal, het trappenhuis en de keuken van een van de panden. De onderhouds- en reparatiewerkzaamheden waren door belanghebbende uitbesteed. Belanghebbende stelde dat ten aanzien van de verhuur van de panden sprake was van het drijven van een onderneming.

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

Het Hof oordeelde⁸³ dat door de omvangrijke verbouwingwerkzaamheden dat sprake was van een onderneming. Volgens de Hoge Raad berustte het oordeel van het Hof op een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad overwoog: *'(...) voor de beantwoording van de vraag of huuropbrengst van de panden voor belanghebbende inkomsten uit vermogen vormde, slechts van belang of aard en omvang van de door haar ter zake van de verhuur verrichte werkzaamheden, nadat de verbouwing was voltooid, al dan niet meer hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.'*⁸⁴ Volgens de Hoge Raad mochten de verbouwingwerkzaamheden geen rol spelen bij de vraag of de huurinkomsten van de panden voor belanghebbende vermogen dan wel een onderneming vormde. De Hoge Raad oordeelde dat de uitspraak van Hof Den Bosch niet in stand kon blijven en verwees het geding door naar Hof Arnhem voor verdere behandeling en afdoening van de zaak.

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

Verwijzingshof Arnhem oordeelde dat de door belanghebbende verrichte werkzaamheden naar hun aard en omvang niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer. De verrichte werkzaamheden zoals het innen van huren en het oplossen van problemen met huurders waren volgens het verwijzingshof gebruikelijke werkzaamheden bij normaal vermogensbeheer. Ten aanzien van de schoonmaakwerkzaamheden oordeelde het verwijzingshof dat gelet op de aard en omvang niet meer omvatten dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.⁸⁵

Dit arrest schept duidelijkheid over de relatie tussen de werkzaamheden en het te verwachten rendement. Het moet namelijk gaan om werkzaamheden die een directe invloed hebben op het resultaat, zoals het verrichten van de administratie en onderhoudswerkzaamheden. Ook blijkt uit dit arrest dat nadat een ontwikkeling van een

⁸³ Hof Den Bosch 13 september 1994, nr.92/2246.

⁸⁴ Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30774, BNB 1996/232, r.o.3.4.

⁸⁵ Hof Arnhem 22 augustus 1997, nr. 96/0821, V-N 1997/4707, r.o.4.1 en 4.2.

pand is afgerond, opnieuw moet worden beoordeeld of de werkzaamheden die worden verricht, zoals het verhuren, op zichzelf meer dan normaal vermogensbeheer vormen.

3.3 Afbakening winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden

Indien sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, moet worden beoordeeld of sprake is van een IB-onderneming zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001. Immers, de BOF is enkel van toepassing als sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed. Bij het kwalificeren van meer dan normaal vermogensbeheer kan ook sprake zijn van resultaat uit overige werkzaamheden, met als gevolg dat de BOF niet van toepassing is. Derhalve onderzoek ik in de volgende paragrafen wat het onderscheid is tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden in het kader van het begrip meer dan normaal vermogensbeheer.

Naast het al dan niet toepassen van de BOF is het voor de ondernemersfaciliteiten ook van belang om een onderscheid te maken tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden. De ondernemersfaciliteiten zoals onder meer de investeringsaftrek, de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling zijn alleen van toepassing voor de ondernemers en staan niet open voor resultaatgenieters.

Bij de beoordeling van de vraag of een activiteit wordt aangemerkt als winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheden, dient gelet te worden op; *'(...) duurzaamheid en de omvang van de werkzaamheden, de omvang van de investeringen, het debiteurenrisico, het ondernemersrisico, de beschikbare tijd, de bekendheid die naar buiten aan de werkzaamheid wordt gegeven, het aantal opdrachtgevers, de omvang van de omzet, de winstverwachting en dergelijke.'*⁸⁶

Met betrekking tot het exploiteren van vastgoed geeft Van Dijck⁸⁷ aan dat in het algemeen de duurzaamheid zal ontbreken, zodat geen onderneming aanwezig is maar resultaat uit overige werkzaamheden.⁸⁸ Het begrip werkzaamheid in het kader van het resultaat uit overige werkzaamheden wordt in de memorie van toelichting⁸⁹ omschreven als; *'(...) het verrichten van enige vorm van arbeid in het economische verkeer, die is gericht op het behalen van een geldelijk voordeel en niet is aan te merken als winst uit onderneming of als loon uit dienstbetrekking'*. Uit deze omschrijving blijkt dat voor het vaststellen van resultaat uit overige werkzaamheid de duurzaamheid geen vereiste is. Zoals in paragraaf 3.2 beschreven geldt de vereiste duurzame organisatie wel om de werkzaamheid aan te merken als winst uit onderneming, zodat een voordeel verkregen uit incidentele arbeid niet tot deze bron behoort. Eveneens geeft de staatssecretaris in de parlementaire behandeling aan dat de duurzaamheid van de activiteiten een onderscheidend criterium vormt bij de beoordeling van de vraag of de activiteiten kwalificeren als winst uit onderneming of resultaat uit overige

⁸⁶ Kempen, M.L.M. van, 'Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting', IB3.2.2.B.b.

⁸⁷ Dijck, J.E.A.M., 'Vermogensbeheer', *WFR* 1976/141.

⁸⁸ De voorganger van resultaat uit overige werkzaamheden is andere inkomsten uit arbeid art. 22, lid 1 onderdeel b Wet IB 1964.

⁸⁹ *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 132.*

werkzaamheden.⁹⁰ Van Dijck zoekt de grenslijn tussen onderneming en werkzaamheid dan ook niet in de aard van de werkzaamheden, maar in het ontbreken van andere ondernemingskenmerken zoals de duurzaamheid van de organisatie van kapitaal en arbeid of in de onbelangrijkheid van de organisatie, zodat maatschappelijk niet van een onderneming kan worden gesproken.⁹¹

De organisatie moet een relatief vast karakter hebben. Het gaat niet zozeer om de duurzaamheid in tijd. Het is mogelijk dat een activiteit als onderneming wordt aangemerkt terwijl de activiteit binnen een beperkte periode plaatsvindt. Voorbeelden hiervan zijn een feest, een beurs of een tentoonstelling.⁹²

3.4 Bewijslastverdeling

In het Nederlandse belastingrecht geldt als rechtsprincipe de vrije bewijsleer; de rechter is vrij in de keuze van bewijsmiddelen en de waardering daarvan.⁹³ Deze vrije bewijsleer heeft zich ontwikkeld in de jurisprudentie. De bewijslast speelt een belangrijke rol in de fiscale procedure. Fiscale procedures kunnen door de partijen verloren worden op grond van het niet aannemelijk maken of doen blijken van hun standpunt.⁹⁴ Zo had Hof Amsterdam in de uitspraak van 25 mei 1993⁹⁵ de conclusie getrokken dat geen sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer omdat belanghebbende onvoldoende aannemelijk had gemaakt dat de verrichte werkzaamheden meer hadden omvat dan de werkzaamheden die gepaard gaan met normaal vermogensbeheer.

In een fiscale procedure geldt: wie stelt moet bewijzen.⁹⁶ Aangezien de belastingplichtige een verzoek doet voor toepassing van de BOF, draagt hij de bewijslast dat sprake is van een materiële onderneming. Gelet op de riante vrijstelling is het financieel belang voor de vastgoedexploitanten groot en is het niet verwonderlijk dat velen daarvoor kiezen. De belastingplichtige moet aannemelijk maken dat de door hem verrichte werkzaamheden meer dan normaal vermogensbeheer omvatten, in vergelijking met andere vastgoedexploitanten. Vervolgens dient de inspecteur te toetsen of vereiste bewijs is geleverd. Uiteindelijk kan de rechter bepalen of de belastingplichtige slaagt in zijn bewijslast.

3.5 Rechtszekerheidsbeginsel

Zoals in paragraaf 2.4 beschreven staat moet iedere belastingplichtige de rechtsgevolgen van zijn gedrag kunnen voorzien. In paragraaf 2.4 heb ik geconcludeerd dat de wetgeving geen voldoende rechtszekerheid biedt voor de vastgoedexploitant. In dit hoofdstuk is een concretere invulling gegeven van het ondernemingsbegrip. Met betrekking tot het

⁹⁰ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 43.

⁹¹ Dijck, J.E.A.M., 'Vermogensbeheer', *WFR* 1976/141.

⁹² Freudenthal, R.M. (2012), 'Resultaat uit overige werkzaamheden' (dissertatie), *Fiscale Monografieën* 103, par. 3.2.4.

⁹³ Aardema, E. (2005), 'Het bewijs in de fiscale procedure', *WFR* 2005/147, par. 1.

⁹⁴ In hoofdstuk 4 beschrijf ik een aantal procedures waarbij belanghebbenden de zaak hebben verloren door onvoldoende bewijs te leveren.

⁹⁵ Deze uitspraak heb ik behandeld in paragraaf 3.2.2.

⁹⁶ De uitzonderingen op de bewijslastverdeling laten ik in het kader van deze masterthesis buiten beschouwing.

exploiteren van vastgoed moet sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer om te spreken over een materiële onderneming. De staatssecretaris geeft aan dat de vraag of sprake is van een materiële onderneming een feitelijke kwestie is en moet worden behandeld aan de hand van de feiten en omstandigheden.

Het arrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1994⁹⁷ geeft twee deoltoetsen met betrekking tot het begrip meer dan normaal vermogensbeheer. Mijns inziens is door de parlementaire behandeling en het arrest van 17 augustus 1994 een handvat gegeven met betrekking tot het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer'. Echter, de concrete invulling ontbreekt. Derhalve wordt naar mijn mening voor dusver onvoldoende rechtszekerheid geboden aan de vastgoedexploitant.

3.6 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' behandeld aan de hand van de deelvraag: *Wanneer is sprake van 'meer dan normaal vermogensbeheer' in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001?* Ten eerste heb ik onderzocht wat meer dan normaal vermogensbeheer inhoudt op basis van de parlementaire behandeling. De vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer bij het exploiteren van vastgoed zal steeds worden beoordeeld aan de hand van de feiten van het specifieke geval. Volgens de staatssecretaris zal bij enkele verhuur van onroerende zaken zelden sprake zijn van een materiële onderneming. Dit is ook niet het geval indien sprake is van een omvangrijke vastgoedportefeuille en het lichaam het onderhoud van de onroerende zaken in eigen beheer heeft. De staatssecretaris geeft aan dat normaal onderhoud nodig is om de beleggingen in stand te houden en dat in dergelijke gevallen geen sprake is van een materiële onderneming. Bij projectontwikkeling kan wel sprake zijn van een materiële onderneming. Wel moet dit worden beoordeeld naar feiten en omstandigheden. Welke feiten en omstandigheden in ieder geval kwalificeren als een materiële onderneming laat de staatssecretaris in de parlementaire behandeling in het midden.

In de nota naar aanleiding van het nader verslag wordt het arrest van de Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319 aangehaald. De Hoge Raad oordeelde dat geen sprake is van normaal vermogensbeheer indien: *'(...) het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan.'*⁹⁸ Uit dit arrest komen twee deoltoetsen naar voren 'de aard en omvang van de werkzaamheden moeten uitgaan boven normaal vermogensbeheer' en 'de werkzaamheden moeten leiden tot een verwacht rendement dat een normaal vermogensbeheer te boven gaat'. Naar mijn mening had de Hoge Raad de deoltoetsen een concretere invulling moeten geven. Uit het arrest van de Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30774, *BNB* 1996/232 blijkt dat de werkzaamheden een directe invloed moeten hebben op het resultaat. Tevens blijkt uit dat arrest dat nadat een ontwikkeling van een pand is afgerond,

⁹⁷ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 775, *BNB* 1994/319.

⁹⁸ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319, r.o.3.4.

opnieuw moet worden beoordeeld of de werkzaamheden die worden verricht, zoals het verhuren, op zichzelf meer dan normaal vermogensbeheer vormen.

Tevens heb ik onderzocht wat het onderscheid is tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden in het kader van meer dan normaal vermogensbeheer. Voor de afbakening is het criterium duurzaamheid van de activiteiten en van de organisatie belangrijk. Tot slot heb ik in dit hoofdstuk de bewijslast behandeld. De bewijslast speelt een belangrijke rol in de fiscale procedure, procedures kunnen door de partijen worden verloren op grond van het niet aannemelijk kunnen maken of doen blijken van hun standpunt. Aangezien de belastingplichtige een verzoek doet voor toepassing van de BOF ligt de bewijslast of al dan niet sprake is van een materiële onderneming bij de belastingplichtige.

Mijns inziens is door de parlementaire behandeling en het arrest van 17 augustus 1994 een handvat gegeven met betrekking tot het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer'. Echter, de concrete invulling ontbreekt. Derhalve wordt naar mijn mening tot dusver onvoldoende rechtszekerheid geboden aan de vastgoedexploitant. In het volgende hoofdstuk onderzoek ik deze concretere invulling aan de hand van recente en relevante jurisprudentie in het kader van de BOF bij exploitatie van vastgoed. Deze jurisprudentie geeft nadere uitwerking van de invulling van het criterium 'meer dan normaal vermogensbeheer' in het kader van de toepassing van de BOF. Tevens onderzoek ik in het volgende hoofdstuk hoe de Belastingdienst aankijkt tegen de exploitatie van onroerende zaken in het kader van de BOF aan de hand van de praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten.

4. Jurisprudentie en de praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik aan de hand van de parlementaire behandeling en het standaardarrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB1994/319* onderzocht wat het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ inhoudt in de zin van art 3.2 Wet IB 2001. Beide rechtsbronnen geven naar mijn mening geen concrete invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. In dit hoofdstuk onderzoek ik aan de hand van recente jurisprudentie in het kader van de BOF wanneer sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed. Deze jurisprudentie geeft een nadere uitwerking van de invulling van het criterium ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ in het kader van de toepassing van de BOF.

In paragraaf 4.2 onderzoek ik aan de hand van de recente jurisprudentie welke normen de rechtspraak relevant acht bij de beoordeling of sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF. Daarnaast onderzoek ik in paragraaf 4.3 of de invulling die de jurisprudentie geeft aan het criterium ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ voldoende rechtszekerheid biedt aan de vastgoedexploitant. In paragraaf 4.4 onderzoek ik hoe de Belastingdienst aankijkt tegen de vraag wanneer sprake is van kwalificerend ondernemingsvermogen bij het exploiteren van vastgoed aan de hand van de praktijkhandreiking. Deze praktijkhandreiking is door de Belastingdienst op 9 december 2016 naar aanleiding van een WOB-verzoek gepubliceerd. Tot slot eindig ik dit hoofdstuk met een tussenconclusie waarbij ik antwoord geef op de deelvragen: *Aan de hand van welke criteria is op grond van de jurisprudentie sprake van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF? Hoe kijkt de Belastingdienst tegen de vraag aan wanneer sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF? Bieden de gestelde criteria, aan de hand van de jurisprudentie voldoende rechtszekerheid aan de vastgoedexploitanten?*

4.2 Recente en relevante jurisprudentie⁹⁹

Om sprake te kunnen zijn van meer dan normaal vermogensbeheer met betrekking tot het exploiteren van vastgoed wordt gekeken naar de aard van de daadwerkelijk verrichte arbeid, alsmede de omvang van de daadwerkelijk verrichte arbeid in verhouding tot het vermogen. De aard en omvang van de verrichte werkzaamheden moeten meer omvatten dan de arbeid

⁹⁹ Hiermee bedoel ik de jurisprudentie die ik als recent en relevant acht.

die bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. De verrichte arbeid moet leiden tot een verwacht rendement dat normaal vermogensbeheer te boven gaat.

In de volgende paragrafen behandel ik de jurisprudentie die ik recent en relevant acht met betrekking tot het kwalificeren van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed. De jurisprudentie die ik behandel, kenmerkt zich door telkens hetzelfde geschilpunt, namelijk of de BOF van toepassing is indien krachtens erfrecht of schenking een onderneming of aandelen in een vennootschap is verkregen. Uit deze rechtspraak komen de volgende uitgangspunten telkens naar voren:

- Een beroep op de BOF van art. 35b SW 1956 kan alleen slagen als sprake is van verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in art. 35c SW 1956.
- De verkregen onderneming of de vennootschap van het verkregen aandeel wordt aangemerkt als materiële onderneming als sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die is gericht op het deelnemen aan het economisch verkeer met het oogmerk om winst te behalen.
- Bij het exploiteren van onroerende zaken geldt dat de verrichte arbeid naar aard en omvang meer moet hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, met als doel het behalen van een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat.¹⁰⁰

4.2.1 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, NTFR 2014/428

In casu¹⁰¹ overleed de vader van belanghebbende. Belanghebbende verkreeg krachtens erfrecht aandelen in een vennootschap. De BV bezat vijftien panden met een totale boekwaarde van € 1,6 miljoen. Erflater verrichtte de volgende werkzaamheden ten behoeve van de BV: het opstellen van huurovereenkomsten, het zoeken van huurders en daarmee de contacten onderhouden en een actieve rol spelen in de verenigingen van eigenaren. De voorkomende verbouwingswerkzaamheden kon erflater goedkoper uitvoeren door zijn kennis van de aannemerswereld. Daarnaast voerde belanghebbende aan dat erflater door gebruik te maken van zijn zakelijke contacten namens de BV actief vastgoed van een hoge kwaliteit had aangekocht. Ook bereikte de erflater dat een pand in eigendom een bestemmingswijziging ondervond, namelijk van kantoorbestemming naar woonbestemming en dat het pand daarna ook juridisch is gesplitst. Volgens belanghebbende had erflater een hoger rendement behaald door de verrichte werkzaamheden dan behaald zou zijn bij normaal vermogensbeheer.¹⁰² Voorts overlegde belanghebbende als bewijs een rendementsoverzicht waarin het rendement op het eigen vermogen naast een marktrendement werd gezet. Op basis van het rendementsoverzicht lag het behaalde rendement 7%-punten hoger dan het marktrendement.

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

¹⁰⁰ Deze drie uitgangspunten heb ik samengevat vanuit de behandelde jurisprudentie en zijn dus voor alle uitspraken van toepassing.

¹⁰¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, NTFR 2014/428.

¹⁰² Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr.12/00702, r.o.4.3.

Het Hof oordeelde dat het onderhouden van contacten met huurders, het opmaken van huurovereenkomsten en de activiteiten binnen diverse verenigingen van eigenaren werkzaamheden zijn die tot normaal vermogensbeheer behoren. Het eenmalig wijzigen van een kantoorbestemming in een woonbestemming in een periode van 19 jaar van aan-en verkopen van onroerend goed is dermate incidenteel dat volgens het Hof geen sprake is van een materiële onderneming. Tevens gaf het Hof aan dat belanghebbende niet aannemelijk had gemaakt dat een hoger rendement werd behaald dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Belanghebbende had weliswaar een rendementsoverzicht overgelegd, maar hieruit kon echter niet de conclusie worden getrokken dat het behaalde rendement hoger lag dan het marktrendement, omdat bij de berekeningswijze van belanghebbende geen rekening was gehouden met waardeinstijgingen en/of waardedalingen van het onroerend goed. Ook het uitbesteden van de onderhouds- en verbouwwerkzaamheden van sommige panden was volgens het Hof een activiteit die in dit geval, in relatie met de overige werkzaamheden, niet is aan te merken als 'te zijn gericht op het behalen van voordelen die het rendement van normaal vermogensbeheer te boven gaat.'

Dit leidde tot het oordeel van het Hof dat de BV ten tijde van het overlijden van erflater geen materiële onderneming dreef zodat met betrekking tot de waarde van de verkregen aandelen in de BV in zoverre geen recht bestaat op toepassing van de BOF. Het Hof sluit in zijn overwegingen aan bij de rechtsregel die in het arrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1994 is gegeven.

[4.2.2 Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22](#)

Echtgenoot en zoon van erflater verkregen in casu¹⁰³ krachtens erfrecht aandelen in vennootschappen die zich bezighielden met het verhuren van onroerend goed. Zowel de echtgenoot als de zoon verrichtten werkzaamheden ten behoeve van de vennootschappen, zij besteedden daaraan respectievelijk 25 en 50 uur per week. De werkzaamheden bestonden uit het zoeken en selecteren van huurders, het bepalen van huurprijzen van woningen en/of opslagruimten, het corresponderen over huurovereenkomsten en huurachterstanden, het fungeren als vraagbaak voor huurders, het beoordelen of onderhoud noodzakelijk is, het overleggen met de technisch beheerder en de administrateur, het onderhouden van contacten met aannemers, gemeentelijke diensten en nutsbedrijven, het aanvragen van offertes en het verstrekken van opdrachten aan aannemers, het bezichtigen en beoordelen van eventuele aankopen van onroerend goed, het lezen van vakliteratuur en het onderhouden van kennis over vastgoed in verband met huurprijzen in de omgeving van de panden in de portefeuille.

Belanghebbende stelde dat door het beschikken over kennis met betrekking tot onroerend goed de vennootschappen daardoor een vooraanstaande plaats op de markt verkregen. Tevens stelde belanghebbende dat door de persoonlijke relaties met de huurders geen huurachterstanden zijn ontstaan, waardoor de cashflowpositie beter was dan bij normaal vermogensbeheer.

¹⁰³ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22.

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

In deze zaak oordeelde Rechtbank Den Haag dat de vennootschappen voor wat betreft de verhuur van onroerend goed geen onderneming dreven en dat sprake is van normaal vermogensbeheer. Echtgenoot en zoon hebben volgens de rechtbank niet aannemelijk gemaakt dat de werkzaamheden onmiskenbaar ten doel hebben om een rendement te behalen dat het verwachten rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. Rechtbank Den Haag overwoog in haar oordeel:

*'(...)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.(...)In zoverre onderscheiden de vennootschappen zich aangaande de verhuur van onroerende zaken dan ook niet van de particuliere belegger die het onderhoud van zijn onroerende zaken door een derde laat verrichten. (...) De omstandigheid dat sprake is van een goede relatie met de huurders maakt evenmin dat sprake is van een onderneming.'*¹⁰⁴

Hof Den Haag 20 december 2013, BK-12/00757

Naar het oordeel van het Hof is wel sprake van meer dan normaal vermogensbeheer. Het Hof laat in zijn oordeel de volgende elementen meewegen: de door echtgenoot en zoon verrichte werkzaamheden, de jarenlange ervaring en expertise van echtgenoot en zoon en het aantal uren dat zij aan deze werkzaamheden hebben besteed. Het Hof achtte dat door deze werkzaamheden, verricht door echtgenoot en zoon, de betere cashflowpositie is ontstaan, de inspecteur betwist dit standpunt niet.¹⁰⁵ Tevens oordeelde het Hof 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.'*¹⁰⁶

Hoogeveen¹⁰⁷ schrijft in haar artikel moeite te hebben met deze uitspraak van het Hof, omdat een aantal feiten nog steeds onduidelijk zijn en ook de relatie tussen de feiten en het verwachte rendement dat normaal vermogensbeheer te boven gaat onvoldoende naar voren komt. Het Hof oordeelde dat qua omvang veel uren zijn besteed, maar waarom dat het geval is, is volgens Hoogeveen niet duidelijk nu niet is gegeven hoe groot de portefeuille is. Een waardeoordeel over de omvang kan niet worden gegeven daar de grootte van de portefeuille niet bekend is. Op het gebied van de kwaliteit van de arbeid hechtte het Hof met

¹⁰⁴ Rechtbank Den Haag 29 augustus 2012, nr. AWB 11/2988, punt 16.

¹⁰⁵ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22, r.o.7.4.

¹⁰⁶ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22, r.o.7.5.

¹⁰⁷ Hoogeveen, M.J., 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed', *FBN* 2014/10, par. 4.

name waarde aan de expertise en ervaring van de werknemers, alsmede de persoonlijke relatie met huurders, aldus Hoogeveen. Volgens de rechtbank waren de expertise en ervaring en de goede relatie met de huurders onvoldoende om te kunnen spreken van een onderneming. Het Hof hechtte juist waarde aan deze expertise en ervaring en neemt de stelling van belanghebbende waar met de reden dat de inspecteur deze onvoldoende heeft weersproken. Mijns inziens is het opmerkelijk dat het Hof oordeelt dat de inspecteur het verband tussen de expertise, de ervaring en de goede relatie met huurders en het te verwachten rendement onvoldoende heeft weersproken en om die reden het standpunt van belanghebbende volgt. Het is immers aan belanghebbende om aannemelijk te maken dat zij zich qua kennis en ervaring onderscheiden van andere vastgoedexploitanten.

De staatssecretaris ging in cassatie tegen de uitspraak van Hof Den Haag, maar op 28 maart 2014 heeft de staatssecretaris zijn cassatieberoepsschrift ingetrokken.¹⁰⁸ In casu kan volgens de staatssecretaris aan de hand van de door het Hof vastgestelde feiten niet worden geconcludeerd dat het Hof van een onjuiste rechtsopvatting uitging. De staatssecretaris benadrukt wel dat aan deze uitspraak geen algemene conclusies worden verbonden en dat het aanwezig zijn van meer dan normaal vermogensbeheer sterk afhangt van de feiten en omstandigheden van het geval. Naar de mening van de staatssecretaris blijft de regel gelden dat bij exploiteren van vastgoed niet snel sprake zal zijn van een materiële onderneming.

4.2.3 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/428

In casu¹⁰⁹ heeft belanghebbende een aandeel in de BV krachtens schenking verkregen van vader. De BV verhuurde 20 tot 25 onroerende zaken die deels gefinancierd werden met geleend geld. De schenker was directeur van de BV en tevens als makelaar actief in een onderneming die assurantie- en makelaardijactiviteiten ontplooit. De schenker gebruikte zijn zakelijk netwerk om projecten te realiseren en verrichtte gemiddeld 30 uur per week aan werkzaamheden voor de vastgoedvennootschappen.

De werkzaamheden bestonden voornamelijk uit het plegen van marktonderzoek, onderhandelen over huurprijzen e.d. met huurders, het opmaken van huurcontracten, inspecties bij de huurders, het regelen van verbouwingen en onderhoud, het innen van huren en het bijhouden van de huuradministratie. Tevens stelde belanghebbende dat haar vader continu bezig was met zich te oriënteren op mogelijke nieuwe projecten. Deze werkzaamheden leverde een rendement op tussen de 3% en 6%.

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473

Het Hof oordeelde dat de verrichte werkzaamheden gericht zijn op het behalen van een hoger rendement dan het verwachte rendement dat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Het Hof liet in zijn oordeel meewegen dat de schenker contacten onderhield met de aannemers, architecten en gemeenten en dat hij aanwezig was bij vergaderingen inzake het in beeld brengen en opstarten van projecten. Tevens hechtte het Hof waarde aan het optreden als bouwopzichter door vader van belanghebbende tijdens de bouwwerkzaamheden en dat een deel van de onroerendgoedportefeuille gefinancierd is

¹⁰⁸ Toelichting staatssecretaris 28 maart 2014, nr. DGB 2014-1075, NTFR 2014/1391.

¹⁰⁹ Hof Arnhem Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/428.

met vreemd vermogen.¹¹⁰ Derhalve vormt de projectontwikkeling een onderneming volgens het Hof. Opmerkelijk is dat het Hof de verhuurwerkzaamheden niet afzonderlijk beoordeelt, maar deze in het oordeel van de projectontwikkeling laat gelden. Aan de aard en de omvang van de verhuuractiviteiten en het daarmee verwachte rendement gaat het Hof voorbij. Wel merkt het Hof op dat een cijfermatige benadering maar beperkt bruikbaar is voor de toets of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het verwachte rendement dat door meer dan normaal vermogensbeheer wordt behaald hoeft namelijk niet te zijn verwerkt in de reeds behaalde resultaten.¹¹¹

Naar mijn mening is het oordeel van het Hof met betrekking tot de projectontwikkeling in lijn met de jurisprudentie en de parlementaire behandeling. Wel kan naar mijn mening gepleit worden dat de projectontwikkeling en het verhuren van onroerende zaken als afzonderlijke activiteiten beoordeeld kunnen worden.

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

Belanghebbende heeft in casu¹¹² één honderdste deel van een certificaat ter waarde van € 20.000 van een aandeel in een vastgoedvennootschap van zijn ouders via een schenking ontvangen. De BV bezat (deels middellijk) 350 onroerende zaken en hield zich bezig met de verhuur van vastgoed en projectontwikkelingsactiviteiten. De BV had geen personeel in dienst en was 50% aandeelhouder in een dochtervennootschap. De dochtervennootschap hield zich tevens bezig met het verhuren van onroerend goed en projectontwikkeling. De BV besteedde het groot onderhoud uit, voor de overige werkzaamheden werd personeel van de dochtervennootschap ingeleend. De dochtervennootschap had 16 personeelsleden in dienst voor de commerciële, de juridische, de administratieve en de technische afdelingen. Belanghebbende omschreef de activiteiten als volgt: *'Het gaat om verhuur van onroerende zaken, maar ook om aankoop, verkoop, ontwikkeling en herontwikkeling, alsmede korte termijnhandel in onroerend goed (ABC-transacties). De activiteiten moeten geconsolideerd worden gezien en laten zich omschrijven als het professioneel ondernemingsgewijs beleggen in winkelpanden in Nederland en Duitsland.'*¹¹³

De inspecteur is van mening dat de vennootschappen voor 90% bestaan uit beleggingsvermogen en dat om die reden geen sprake is van een materiële onderneming.

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

Het Hof oordeelde dat sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer. Het Hof stelde vast dat het ging om een zeer omvangrijke en diverse onroerendgoedportefeuille. Het Hof oordeelde dat naast het directe rendement ook naar het indirecte rendement moest worden gekeken. Het directe rendement is het rendement dat wordt behaald op activiteiten van de vennootschap en het indirecte rendement ziet op de waarde mutaties van het onroerend goed. Volgens de inspecteur moest alleen gekeken worden naar het directe rendement. Het oordeel van het Hof luidt dat zowel een ondernemer als belegger niet alleen rekening houdt

¹¹⁰ Hof Arnhem Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/428, r.o.4.7.

¹¹¹ Hof Arnhem Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/428, r.o.4.8.

¹¹² Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, V-N 2016/24.12.

¹¹³ Rechtbank Gelderland 10 september 2013, nr. AWB 12/6469, r.o.3.2 en Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/34.1.4, r.o.3.2.

met de verwachte huuropbrengsten maar ook met de waardeinstijgingen van het onroerend goed.¹¹⁴ Tevens oordeelde het Hof dat een rendement van ten minste 20% het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven ging.

Vervolgens beoordeelde het Hof of de arbeid naar haar aard en omvang meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Het Hof volgt hierbij het standpunt van belanghebbende dat onder meer door de diverse afdelingen en kennis en ervaring van de werknemers sprake is van meerarbeid. Het Hof merkte op dat de inspecteur met betrekking tot de omvang van de arbeid ten onrechte alleen de door eigen werknemers verrichte arbeid in beschouwing nam. De verbouwwerkzaamheden worden weliswaar uitbesteed maar het toezicht daarop werd uitgevoerd door het interne personeel. Het Hof oordeelde dat ook rekening gehouden moest worden met de uitbestede werkzaamheden waarbij toezicht werd gehouden en met de externe deskundige die op projectbasis werden ingehuurd voor advisering.¹¹⁵

Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829

In cassatie onderschrijft De Hoge Raad¹¹⁶ de visie van het Hof. De Hoge Raad oordeelde dat het vastgoedconcern met een zeer omvangrijke en diverse onroerendgoedportefeuille werkzaamheden verrichtte die normaal vermogensbeheer te boven gaan. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het Hof dat het vastgoedconcern met zijn gehele vermogen een materiële onderneming dreef, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het Hof heeft de exploitatieactiviteiten van de BV getoetst aan het arrest van de Hoge Raad 17 augustus 1994¹¹⁷ en dat is correct, aldus de Hoge Raad.

[4.2.5 Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, BNB 2017/114](#)

Belanghebbenden, twee zonen, verkregen in casu¹¹⁸ krachtens erfrecht ieder 1/6 deel van de aandelen in een BV. Tot het vermogen van die BV behoorde diverse onroerende zaken die door erflater of de BV waren ontwikkeld dan wel aangekocht en afgebouwd. De BV was de eerste vijf jaren van haar bestaan een beleggingsmaatschappij. De laatste tien jaren (tot overlijden) bestonden de activiteiten van de BV voornamelijk uit projectontwikkeling. De onroerendgoedportefeuille is voor meer dan 50% gefinancierd met geleend geld.

De werkzaamheden bestonden onder meer uit *'(...) het verhuren van woningen, garages en bedrijfsruimten, het voeren van de administratie, het onderhouden van contacten met aannemers en gemeenten, het inschakelen 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.'*¹¹⁹ Belanghebbenden verrichtten de werkzaamheden deels zelf en voor het overige schakelden zij personeel in op basis van nulurencontracten.

¹¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/34.1.4, r.o.4.6.

¹¹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/34.1.4, r.o.4.8.

¹¹⁶ Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, V-N 2016/24.12.

¹¹⁷ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319.

¹¹⁸ Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04910, BNB 2017/114.

¹¹⁹ Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04910, BNB 2017/114, r.o.2.1.5.

De belanghebbenden in deze zaak verwezen naar de uitspraak van Hof Den Haag van 20 december 2013¹²⁰, omdat zij van mening zijn dat de feiten nagenoeg gelijk zijn. Volgens de inspecteur is een hoger rendement niet beoogd en bestaan zijns inziens de activiteiten van de BV uitsluitend uit beleggen.

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

Rechtbank Den Haag oordeelde dat sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer. Het pand dat in 2013 is verkocht, is zodanig verbouwd dat deze activiteiten het normale vermogensbeheer overstijgen. Volgens de rechtbank kwalificeren de verrichte werkzaamheden door belanghebbenden als meerarbeid die is gericht op het behalen van meer rendement dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Tevens overweegt de rechtbank dat 88% van de totale boekwaarde van ongeveer € 2 miljoen gefinancierd is met geleend geld, hetgeen bij normaal vermogensbeheer niet gebruikelijk is.

In het commentaar op de uitspraak van de rechtbank merkt Rozendal op dat de rechtbank de nadruk legt op arbeidsgerelateerde omstandigheden. Volgens Rozendal gaat het om de zogenoemde property managementwerkzaamheden die bestaan uit administratief beheer, technisch beheer en commercieel beheer. Onder administratief beheer wordt onder meer verstaan het opstellen van huurovereenkomsten, het manen van nalatige huurders en het huurdersbeheer. De technische beheerswerkzaamheden bestaan uit onder andere het beoordelen van onderhoud en het inzetten van aannemers. Commerciële beheerswerkzaamheden zijn onder meer het onderhouden van contacten met aannemers. De propertywerkzaamheden worden door vastgoedbeleggers die zich bezighouden met normaal vermogensbeheer veelal uitbesteed aan externe vastgoedbeleggers.¹²¹ Tevens is Rozendal van mening dat beperkte waarde moet worden toegekend aan het oordeel van de rechtbank dat de banken een hoge financiering van onroerende zaken niet zouden toestaan bij normaal vermogensbeheer. Vóór de crisis waren de banken namelijk zeker bereid om dergelijke financieringen te verstrekken. Rozendal is echter niet verrast dat de rechtbank oordeelde dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer omdat de BV naast de propertywerkzaamheden ook projectontwikkelingswerkzaamheden verrichtte.

Hof Den Haag 1 juli 2016, nr. 14/0838 en 14/0839

Hof Den Haag oordeelde¹²² in tegenstelling tot het oordeel van rechtbank Den Haag dat geen sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer. Volgens het Hof omvatte de verrichte arbeid naar aard en omvang niet meer dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.

Ten eerste stelde het Hof vast dat de bewijslast dat de vennootschap een onderneming drijft op belanghebbenden rust.¹²³ Vervolgens oordeelde het Hof dat aan een deel van de projectontwikkelingswerkzaamheden geen betekenis meer toekomt omdat de werkzaamheden te lang geleden zijn uitgevoerd. Daarnaast oordeelde het Hof dat de onroerende zaken die door erflater zijn gekocht van een projectontwikkelaar en verder in

¹²⁰ Zie paragraaf 4.2.2.

¹²¹ Commentaar op het arrest Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, nr. 14/201 en 14.202, *NTRF* 2015/1164.

¹²² Hof Den Haag 1 juli 2016, nr.14/0838 en 14/0839, *V-N* 2016/47.1.2.

¹²³ Hof Den Haag 1 juli 2016, nr.14/0838 en 14/0839, *V-N* 2016/47.1.2, r.o.6.2.

eigen beheer zijn ontwikkeld, slechts zodanig zijn ontwikkeld dat alleen werkzaamheden verricht zijn om de onroerende zaken in te delen en af te bouwen om verkoop en verhuur mogelijk te maken. De aankoop van de grond, het opstellen van een bouwplan, het begeleiden bij de bouw en het verkrijgen van vergunningen ten aanzien van de panden zijn niet voor rekening en risico gekomen van de erflater, aldus het Hof. Derhalve oordeelde het Hof dat de werkzaamheden voor deze onroerende zaken niet als projectontwikkeling kunnen worden aangemerkt en dus geen onderneming vormen. Verder acht het Hof van belang dat de BV de aankoop van een nieuwe onroerende zaak pas start als het voorgaande project is afgerond. Dit omdat de financiering van de nieuwe onroerende zaak niet mogelijk is en dat de ontwikkelingsactiviteiten van de BV gespreid zijn over een lange periode. Het Hof oordeelde hierdoor dat de omvang van de ontwikkelingswerkzaamheden ten opzichte van de verhuurwerkzaamheden van de BV beperkt zijn om hieraan het gevolg te verbinden dat op basis van projectontwikkeling kan worden geoordeeld dat de BV (gedeeltelijk) een onderneming drijft.¹²⁴

De aard en omvang van de werkzaamheden die worden verricht ten behoeve van de BV komen volgens het Hof overeen met de gebruikelijke werkzaamheden die gepaard gaan met het verhuren van vastgoed. Het Hof leidt uit de omvang van de personeelskosten af dat de werkzaamheden beperkt zijn in omvang om te kunnen spreken van meer dan normaal vermogensbeheer. Ten aanzien van het te verwachten rendement oordeelde het Hof dat belanghebbenden niet aannemelijk hebben gemaakt dat door de verrichte arbeid een hoger rendement is beoogd dan het opkomende rendement dat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.¹²⁵

Volgens Rozendal¹²⁶ hanteert het Hof een onjuiste beoordelingsmaatstaf. Rozendal schrijft in de annotatie onder deze uitspraak van Hof Den Haag dat eerst moet worden gekeken of sprake is van een onderneming volgens de systematiek van art. 35c SW 1956. Vervolgens moet worden bepaald welke vermogensbestanddelen tot het ondernemingsvermogen behoren. Daarnaast kijkt het Hof volgens Rozendal niet naar de projectontwikkelingswerkzaamheden zelf maar naar de omvang van deze projectontwikkelingswerkzaamheden ten opzichte van de verhuurwerkzaamheden. Ook bij de beoordeling van de aard en omvang van de werkzaamheden plaatst Rozendal vraagtekens. Het Hof kijkt slechts naar de omvang van de personeelskosten en het aantal gewerkte uren. Het Hof geeft echter niet aan waarom deze personeelskosten te beperkt zijn in het kader van meer dan normaal vermogensbeheer.

Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190

In tegenstelling tot Hof Den Haag oordeelde de Hoge Raad¹²⁷ dat sprake is van een onderneming als bedoeld in art. 35c SW 1956. Het Hof oordeelde dat de projectontwikkelingswerkzaamheden te beperkt waren om tot het oordeel te komen dat

¹²⁴ Hof Den Haag 1 juli 2016, nr.14/0838 en 14/0839, V-N 2016/47.1.2, r.o.6.3.

¹²⁵ Hof Den Haag 1 juli 2016, nr.14/0838 en 14/0839, V-N 2016/47.1.2, r.o.6.4 en 6.5.

¹²⁶ Annotatie van Rozendal onder de uitspraak van Hof Den Haag 1 juli 2016, nr.14/0838 en 14/0839, NTFR 2016/1964.

¹²⁷ Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, BNB 2017/114.

sprake was van materiële onderneming. De Hoge Raad oordeelde echter dat beoordeeld moet worden of de projectontwikkelingswerkzaamheden op zichzelf een onderneming vormen. Volgens de Hoge Raad heeft het Hof ten onrechte geoordeeld dat de omvang van de werkzaamheden ten opzichte van verhuurwerkzaamheden te beperkt is. De relatieve omvang van de ontwikkelingswerkzaamheden in verhouding tot de verhuurwerkzaamheden is niet relevant, aldus de Hoge Raad. De uitspraak van het Hof wordt vernietigd en de zaak wordt verwezen voor een hernieuwd onderzoek.

Rozendal¹²⁸ schrijft in de annotatie onder het arrest het eens te zijn met het oordeel van de Hoge Raad. Zijns inziens kwalificeren de projectontwikkelingswerkzaamheden als een materiële onderneming. Rozendal merkt wel op dat de Hoge Raad niet ingaat op de verhuuractiviteiten van de BV. Naar zijn mening doet dit vermoeden dat de BOF kan worden toegepast op het hele vermogen van de BV indien sprake is van het drijven van een onderneming.

4.2.6 Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, *V-N Vandaag* 2017/2010

In casu¹²⁹ ontving belanghebbende één certificaat van een aandeel in de BV van de oprichter van de BV. De activiteiten van de BV bestonden uit projectontwikkeling, bouw, verbouw en afbouw van vastgoed en verhuur van vastgoed. De BV heeft zeven medewerkers in loondienst die het vastgoed verkoopklaar maakten. Daarnaast hielden deze medewerkers zich bezig met het verhuren van de onroerende zaken. Vier van deze medewerkers zijn geschoold en ervaren. Het personeelsbestand bevat in totaal 5,3 voltijdseenheden. De inspecteur heeft het verzoek van belanghebbende op de toepassing van de BOF deels afgewezen en stelt dat de BOF slechts van toepassing is op de vermogensbestanddelen die dienstbaar zijn aan de projectontwikkelingswerkzaamheden en de bouw en afbouw van het onroerend goed. Met betrekking tot de vermogensbestanddelen die dienstbaar zijn aan de verhuurwerkzaamheden is volgens de inspecteur de BOF niet van toepassing.

Belanghebbende is van mening dat de inspecteur ten onrechte onderscheid heeft gemaakt tussen enerzijds de projectontwikkelingswerkzaamheden en bouwwerkzaamheden en anderzijds verhuurwerkzaamheden voor de toepassing van de BOF. Zijns inziens moeten deze werkzaamheden als één geheel worden aangemerkt. Het risico van de vastgoedportefeuille wordt volgens belanghebbende namelijk gespreid over de projectontwikkelingswerkzaamheden, de bouwwerkzaamheden en de verhuurwerkzaamheden.

Rechtbank Den Haag 15 juli 2016, nr. 15/5875

Rechtbank Den Haag¹³⁰ oordeelde dat belanghebbende niet aannemelijk had gemaakt in welke mate de verrichte arbeid betrekking had op de verhuurwerkzaamheden. Belanghebbende had slechts loonstroken van de maand april overgelegd en voerde aan dat de zeven werknemers zich bezighielden met het geschikt maken van vastgoed voor verkoop en het verhuren van vastgoed. De rechtbank heeft noch een urenregistratie noch een

¹²⁸ Annotatie van Rozendal onder het arrest van de Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, *NTFR* 2017/671.

¹²⁹ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, *V-N Vandaag* 2017/2010.

¹³⁰ Rechtbank Den Haag 15 juli 2016, nr. 15/5875, *NTFR* 2016/2837.

logbestand ontvangen van belanghebbende. Naar het oordeel van de rechtbank is belanghebbende niet geslaagd in zijn bewijslast. Tevens kan de rechtbank de stelling van belanghebbende, dat de projectontwikkelingswerkzaamheden en bouwwerkzaamheden in samenhang bezien moeten worden met de verhuuractiviteiten, niet volgen. Hetgeen belanghebbende heeft aangevoerd is volgens de rechtbank onvoldoende aannemelijk gemaakt.

Rozendal¹³¹ vraagt zich af hoe de rechtbank in haar uitspraak de aard en omvang van de werkzaamheden heeft gewogen, daar de feiten in casu zeer beknopt zijn. Volgens Rozendal heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat belanghebbende onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de projectontwikkelingswerkzaamheden en bouwwerkzaamheden in samenhang met de verhuurwerkzaamheden moeten worden bezien. In de IB-sfeer worden beleggingsactiviteiten namelijk ook niet gewoonweg aangemerkt als ondernemingsactiviteiten. De gegeven feiten zijn echter te beknopt om daar een volledige mening over te kunnen vormen, aldus Rozendal.

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

In tegenstelling tot rechtbank Den Haag oordeelde het Hof¹³² dat de BV met haar gehele vastgoedportefeuille als materiële onderneming kon worden aangemerkt. Het Hof stelde vast dat de vastgoedportefeuille ten tijde van de schenking bestond uit 48 projecten, 18 panden en twee bouwkvelds en dit een waarde vertegenwoordigde van ongeveer € 24 miljoen. De inspecteur heeft de BOF toegepast op de projectontwikkelings- en bouwwerkzaamheden die 18% van de arbeidscapaciteit vergden. De verhuuractiviteiten vergden 82% van de arbeidscapaciteit.

Tevens heeft de BV in de jaren 2010 tot en met 2015 een hoger rendement behaald dan de Nederlandse Vastgoedindex IPD.¹³³ Dat het daadwerkelijk behaalde rendement hoger ligt dan het rendement van de Nederlandse Vastgoedindex IPD lijkt mijns inziens niet de doorslaggevende factor omdat het gaat om het verwachte rendement en het niet relevant is of het extra rendement daadwerkelijk is behaald. Volgens het Hof heeft belanghebbende aannemelijk gemaakt dat tussen het beoogde rendement en het behaalde rendement een directe band is ontstaan. Volgens de inspecteur heeft belanghebbende het berekende rendement onjuist berekend omdat belanghebbende de WOZ-waarde als uitgangspunt nam. Het Hof ging hier niet in mee.¹³⁴ Het Hof neemt in zijn oordeel de ervaring en expertise van de medewerkers mee. Bovendien stelde het Hof vast dat door de persoonlijke betrokkenheid van de medewerkers bij de huurders een hoger rendement wordt behaald dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.¹³⁵ Derhalve oordeelde het Hof dat de aard

¹³¹ Annotatie door Rozendal onder de uitspraak van Rechtbank Den Haag 15 juli 2016, nr. 15/5875, *NTRF* 2016/2837.

¹³² Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, *V-N Vandaag* 2017/2010.

¹³³ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, *V-N Vandaag* 2017/2010, r.o.5.3.

¹³⁴ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, *V-N Vandaag* 2017/2010. r.o.5.4.

¹³⁵ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, *V-N Vandaag* 2017/2010. r.o.5.6. In het arrest van Hof Den Haag van 20 december 2013 oordeelde het Hof in tegenstelling tot rechtbank Den Haag 29 augustus 2012 dat door de persoonlijke betrokkenheid van de medewerkers bij de huurders een hoger rendement wordt behaald dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.

en omvang van de werkzaamheden onmiskenbaar ten doel hebben een hoger rendement te behalen dan het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer. Iedere activiteit op zichzelf kan kwalificeren als een materiële onderneming, aldus Hof Den Haag.

Rozendal¹³⁶ merkt op dat het Hof weinig waarde hecht aan de door de Belastingdienst geschreven en gepubliceerde 'Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten'. Volgens Rozendal acht het Hof elementen die in de praktijkhandreiking irrelevant zijn, zoals het aantal personeelsleden, de tijdsbesteding, het verrichten van technische beheer en de aanwezigheid van een onderhoudsdienst, wel degelijk van belang om een beeld te creëren van de aard en omvang van de werkzaamheden. In de volgende paragraaf behandel ik deze praktijkhandreiking.

4.2.7 Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030

Belanghebbende heeft in casu¹³⁷ onder meer één certificaat van een aandeel in een BV van zijn ouders via een schenking ontvangen. Via diverse maatschappen neemt de BV deel in de exploitatie van vastgoed, waaronder een winkelcentrum is inbegrepen.

Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030

Recent heeft Hof Den Haag¹³⁸ geoordeeld dat zowel wat betreft het verrichten van arbeid als het behalen van overrendement sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Met betrekking tot de verrichte arbeid overweegt het Hof dat sprake is van een grote vastgoedportefeuille. De vastgoedportefeuille bestaat uit verschillende winkelcentra, kantoorgebouwen en bedrijfshallen. Het vastgoed is deels binnen de BV ontwikkeld welke na totstandkoming dan wel aankoop zijn verhuurd. Vervolgens zijn de panden na een aantal jaren weer verbeterd en herontwikkeld. Deze activiteiten vormen het resultaat van de voortdurende inzet van kapitaal en arbeid van de BV en hebben geen incidenteel karakter, aldus het Hof. Tevens heeft het Hof geoordeeld dat bij de verhuur en herontwikkeling gebruik wordt gemaakt van juristen, makelaars en deskundigen met kennis en ervaring die adviseren op het gebied van vastgoed. Bovendien is belanghebbende werkzaam in de BV om in bepaalde gevallen feitelijk toezicht te houden.¹³⁹

Op het gebied van het behaalde rendement dat meer dan normaal vermogensbeheer te boven gaat volgt het Hof de stelling van belanghebbende. Belanghebbende heeft gesteld dat het gemiddelde directe rendement circa 3% hoger lag dan het gemiddelde rendement volgens de ROZ/IPD Nederlandse vastgoedindex in dezelfde periode. Het Hof verwierpt de stelling van de inspecteur dat met betrekking tot het aandeel van een maatschap of vennootschap in een afzonderlijke onroerend goed moet worden bekeken of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.¹⁴⁰

¹³⁶ Annotatie van Rozendal onder de uitspraak van Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, *NTRF* 2017/2109.

¹³⁷ Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030, *V-N Vandaag* 2018/869.

¹³⁸ Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030, *V-N Vandaag* 2018/869.

¹³⁹ Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030, *V-N Vandaag* 2018/869, r.o.7.6.

¹⁴⁰ Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030, *V-N Vandaag* 2018/869, r.o.7.7.

4.3 Rechtszekerheidsbeginsel

In de paragrafen 2.4 en 3.5 kwam ik tot de conclusie dat de wetgeving en jurisprudentie onvoldoende rechtszekerheid bieden aan de vastgoedexploitant. In dit hoofdstuk heb ik aan de hand van de jurisprudentie onderzocht welke normen de rechtspraak hanteert bij de beoordeling of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. In paragraaf 4.5 geef ik een uiteenzetting van welke normen volgens de rechtspraak relevant worden geacht. Deze normen vormen aanknopingspunten voor de vastgoedexploitant. Echter, doordat de jurisprudentie zeer casuïstiek is kan geen eenduidige lijn aangehouden worden voor de vraag wanneer sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF.

Mijns inziens kan de vastgoedexploitant aan de hand van de wetgeving en jurisprudentie de rechtsgevolgen van zijn gedrag niet voorzien. Aan de hand van de wetgeving en de jurisprudentie is het voor de vastgoedexploitant niet helder of de BOF van toepassing is. In die zin biedt de wetgeving en jurisprudentie naar mijn mening onvoldoende rechtszekerheid.

4.4 Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten

Op 9 december 2016 heeft de Belastingdienst naar aanleiding van een WOB-verzoek het (interne) document 'Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten' gepubliceerd. De praktijkhandreiking is samengesteld door leden van de kennisgroepen Aanmerkelijk belang, Successiewet en het Vastgoedkenniscentrum. De praktijkhandreiking bevat een inventarisatie van de problematiek inzake de bedrijfsopvolging bij het exploiteren van vastgoed, de opvattingen uit de jurisprudentie en literatuur en de casussen die in de praktijk voorkomen.¹⁴¹ De praktijkhandreiking dient enkel als handvat voor de inspecteur om een afgewogen standpunt in te nemen en vormt geen geldend recht.

4.4.1. Uitgangspunten

De Belastingdienst heeft aan de hand van casussen uitgangspunten gedestilleerd voor de beoordeling of een vastgoedexploitant een materiële onderneming vormt voor de toepassing van de BOF. Deze uitgangspunten kunnen volgens de Belastingdienst door de belastingplichtige en de rechter worden weerlegd. De uitgangspunten¹⁴² luiden als volgt:

- Het op peil houden van het vastgoed behoort tot het niveau van normaal vermogensbeheer. Iedere verstandige eigenaar houdt het vastgoed op peil, omdat dan de huursom op peil blijft.
- Het verhuren van vastgoed vormt nimmer een onderneming. Volgens de Belastingdienst is de omvang van de portefeuille, het zelf onderhouden van het onroerend goed (inclusief de uitbreiding daarvan), de kennis van het personeel en de eigenaar van het onroerend goed en het aantal personeelsleden irrelevant voor de beoordeling of sprake is van een materiële onderneming. Deze werkzaamheden en omstandigheden zijn normaal bij het verhuren van vastgoed, aldus de Belastingdienst. Tevens stelt de Belastingdienst dat de wijze van financieren,

¹⁴¹ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, inleiding p.1.

¹⁴² Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 8, p. 5,6 en 7.

relatienetwerken en contacten onderhouden, het bijhouden van de administratie (waaronder huren innen) en het financieren van vastgoed niet onderscheidend is voor de beoordeling.

- Services bieden zoals schoonmaken, receptioniste, glazen wassen en beveiligen naast de kale verhuur vormt geen materiële onderneming.
- Verstand hebben van vastgoed en een relevant netwerk hebben is niet onderscheidend met de belegger. Immers, het hebben van verstand over vastgoed en het hebben van een relevant netwerk geldt ook voor beleggers.
- De omvang van het vreemd vermogen levert geen doorslaggevende aanwijzingen op. Beleggingen kunnen namelijk ook met vreemd vermogen worden gefinancierd.

Uit bovenstaande uitgangspunten blijkt dat de Belastingdienst zelden tot de conclusie komt dat sprake is van een materiële onderneming. Heldens¹⁴³ is van mening dat de Belastingdienst in tegenstelling tot de jurisprudentie een te streng uitgangspunt hanteert inzake de kwalificatie van verhuur van vastgoed. Mijns inziens kan de Belastingdienst niet stellen dat het verhuren van vastgoed nimmer een onderneming vormt. Ook gelet op de recente jurisprudentie kan het verhuren van vastgoed wel degelijk een onderneming vormen. De Belastingdienst geeft wel in de praktijkhandreiking aan dat de uitgangspunten weerlegd kunnen worden door belastingplichtige en de rechter. Bovendien rust de bewijslast of al dan niet sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed op belastingplichtige.

Een uitgangspunt dat volgens de praktijkhandreiking wel een materiële onderneming oplevert is het realiseren van nieuwbouwpanden in een reeks van. Dat sprake is van een materiële onderneming wordt versterkt indien een projectontwikkelingsorganisatie voornamelijk bezig is met het zoeken van nieuwe projecten en daarmee aan de slag gaat. Indien ontwikkeling plaatsvindt voor de eigen vastgoedportefeuille eindigt de ondernemingsactiviteit nadat de ontwikkeling eindigt en sprake is van duurzame verhuur.¹⁴⁴ Indien een belastingplichtige stelt dat hij de onderneming alleen kan drijven wanneer hij extra vermogen of liquiditeit aanhoudt, moet volgens de Belastingdienst de belastingplichtige aannemelijk maken dat een bedrag bestemd is om te investeren in de onderneming. Maakt de belastingplichtige dit aannemelijk dan acht de Belastingdienst dit argument valide voor het drijven van een onderneming.

4.4.2 Omvangrijke vastgoedportefeuille

Zoals besproken in paragraaf 4.2.4 heeft de Hoge Raad in het arrest van 15 april 2016¹⁴⁵ met betrekking tot een omvangrijke en diverse vastgoedportefeuille geoordeeld dat het behaalde rendement van 20% bij het normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven ging en sprake was van meerarbeid. De bevindingen van de werkgroep uit dit arrest worden in de volgende deelparagrafen behandeld.

¹⁴³ Heldens, J.A.L., 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?', par. 2.1, *WFR* 2018/45.

¹⁴⁴ Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30774, *BNB* 1996/232.

¹⁴⁵ Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, *V-N* 2016/24.12.

4.4.2.1 Direct en indirect rendement

In het arrest is door het Hof¹⁴⁶ het gemiddelde behaalde rendement vastgesteld op 20%. Het gemiddelde rendement is berekend aan de hand van het eigen vermogen. Belanghebbende financierde echter het vastgoed ook met vreemd vermogen. Dit betekent dat het rendement hoger wordt indien meer gefinancierd wordt met vreemd vermogen en de te betalen rente lager is dan het resultaat op onroerende zaken.¹⁴⁷ Het hoger behaalde rendement is dus geen gevolg van de verrichte arbeid dat tot doel heeft om een hoger rendement te behalen. Daarnaast acht de Belastingdienst dat de wijze van het Hof voor het berekenen van het gemiddelde rendement onjuist is. Voor de beoordeling of de behaalde meerwaarde door extra arbeid wordt gecreëerd is de wijze waarop de vastgoedexploitant zijn vastgoedportefeuille heeft gefinancierd niet relevant.

Het Hof heeft het gemiddelde behaalde rendement van 20% berekend over het directe en indirecte rendement. De Belastingdienst is van mening dat het rendement alleen berekend moet worden over het directe rendement zodat duidelijk wordt wat de relatie van de meerarbeid van de belastingplichtige met het behaalde rendement is geweest. De Belastingdienst constateert: *'In hoeverre de vastgoedexploitant met behulp van zijn arbeid die qua aard en omvang meer omvatten dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is invloed op heeft gehad op het directe rendement en dit deel van de meerwaarde dus zelf heeft gecreëerd, blijkt niet uit de procedure'*.¹⁴⁸ De marktontwikkelingen die voor het indirecte rendement hebben gezorgd moeten daarom worden afgesplitst van het directe rendement. Verder acht de Belastingdienst van groot belang dat de belastingplichtige aannemelijk maakt dat zijn meerarbeid ten doel heeft om een rendement te behalen dat het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. De belastingplichtige moet zich vergelijken met beleggers met een vergelijkbare vastgoedportefeuille waarbij sprake is van normaal vermogensbeheer.

4.4.2.2 Kennis en ervaring

Het Hof¹⁴⁹ oordeelde dat, gelet op de diverse afdelingen, kennis en ervaring van medewerkers en het inhuren van externe deskundigen de arbeid qua aard meer omvatte dan hetgeen gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. De verbouwingen werden weliswaar uitbesteed maar hier werd wel toezicht op gehouden. Volgens de Belastingdienst blijkt uit de uitspraak echter niet wat de exacte werkzaamheden waren en welke kennis aanwezig was. De opgesomde werkzaamheden behoren volgens de Belastingdienst in het algemeen tot normaal vermogensbeheer. De Belastingdienst hecht juist veel waarde aan het exact vaststellen wat de werkzaamheden inhouden en welke kennis aanwezig is.¹⁵⁰

4.4.2.3 Projectontwikkeling

In de casus van de Hoge Raad van 15 april 2016 verhuurde belanghebbende panden en verrichtte hij projectontwikkelingswerkzaamheden. De omvang van deze werkzaamheden heeft het Hof niet vastgesteld. In het door het Hof berekende rendement van 20% is ook het

¹⁴⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/34.1.4.

¹⁴⁷ Hier is sprake van een hefboomwerking.

¹⁴⁸ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 14, p. 12.

¹⁴⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, V-N 2015/34.1.4.

¹⁵⁰ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 14, p. 12.

rendement van de projectontwikkelingswerkzaamheden meegenomen. De Belastingdienst deelt de mening dat de projectontwikkelingswerkzaamheden op zichzelf als een materiële onderneming kwalificeren (totdat de werkzaamheden zijn afgerond). Wel dient dus onderscheid gemaakt te worden tussen het behaalde rendement van de verhuurwerkzaamheden en het behaalde rendement van de projectontwikkelingswerkzaamheden.¹⁵¹

4.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik de volgende deelvragen behandeld: *Aan de hand van welke criteria is op grond van de jurisprudentie sprake van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF? Hoe kijkt de Belastingdienst tegen de vraag aan wanneer sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF? Bieden de gestelde criteria, aan de hand van de jurisprudentie voldoende rechtszekerheid aan de vastgoedexploitanten?* Ten eerste heb ik aan de hand van de recente en relevante jurisprudentie onderzocht welke normen de rechtspraak hanteert bij de beoordeling of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF. Vervolgens heb ik in dit hoofdstuk onderzocht hoe de Belastingdienst aankijkt tegen de vraag wanneer sprake is van kwalificerend ondernemingsvermogen bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF. In deze paragraaf geef ik een uiteenzetting van welke normen volgens de rechtspraak relevant worden geacht. Bij deze normen bespreek ik tevens de visie van de Belastingdienst en geef ik mijn eigen visie weer.

Aard van de werkzaamheden

De aard van de werkzaamheden wordt gelijkgesteld met de kwaliteit van de arbeid. Het onderhouden van contacten met huurders, het opmaken van huurovereenkomsten en de activiteiten binnen diverse verenigingen van eigenaren zijn volgens de rechter werkzaamheden die tot normaal vermogensbeheer behoren.¹⁵²

De rechter hecht enige waarde aan het onderhouden van contacten met de aannemers, de gemeenten en de nutsbedrijven en het bijwonen van vergaderingen inzake het beeld brengen en opstarten van projecten.¹⁵³ Of de contacten met de aannemers, de gemeenten en de nutsbedrijven een medebepalende factor is, is niet duidelijk. Naar de mening van de Belastingdienst is het onderhouden van contacten met de diverse instanties irrelevant, dan wel niet onderscheidend voor de beoordeling of al dan niet sprake is van een materiële onderneming omdat deze werkzaamheden normaal zijn in geval van vastgoedexploitatie.¹⁵⁴ Mijns inziens is het onderhouden van contacten met de diverse instanties relevant in samenhang met de andere werkzaamheden. Naar mijn mening moet gekeken worden naar het totaalpakket van de werkzaamheden en daarbij is het onderhouden van contacten

¹⁵¹ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 14, p. 12 en 13.

¹⁵² Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, NTFR 2014/428, r.o.4.7.

¹⁵³ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/428 en Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22.

¹⁵⁴ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 8, p.5.

relevant voor de beoordeling of de aard en omvang van de werkzaamheden meer omvatten dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.

Indien de werkzaamheden worden uitbesteed blijkt uit de rechtspraak dat geen sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, tenzij door belanghebbende op deze werkzaamheden toezicht wordt gehouden. In dat geval kan sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer.¹⁵⁵ Het toezicht houden op uitbesteede werkzaamheden acht de rechter van belang.¹⁵⁶

Welke werkzaamheden exact kwalificeren om sprake te zijn van meerarbeid is naar mijn mening onduidelijk, omdat de rechters op basis van het totaal van feiten en omstandigheden in een specifiek geval tot hun oordeel komen.

Kennis en ervaring (aard van de werkzaamheden)

Op het gebied van de kwaliteit van de arbeid hecht de rechter met name waarde aan de expertise en de ervaring van de werknemers, alsmede de persoonlijke relatie met huurders. De ervaring en expertise komen in meerdere uitspraken¹⁵⁷ naar voren. De rechter heeft deze norm in al deze uitspraken mee laten wegen. Ook hecht de rechter waarde aan het inschakelen van juristen en makelaars en deskundigen met kennis en ervaring voor het adviseren op het gebied van onroerend goed.¹⁵⁸ Volgens de Belastingdienst is het hebben van een relevant netwerk en het hebben van verstand van vastgoed niet onderscheidend.¹⁵⁹ De Belastingdienst hecht wel waarde aan het exact vaststellen welke kennis aanwezig is. Ik ben van mening dat kennis en ervaring kunnen zorgen voor een verbetering in de kwaliteit van de werkzaamheden. Wel moet een belastingplichtige aannemelijk maken dat door de kennis en ervaring de kwaliteit van de werkzaamheden verbetert met als doel hoger rendement te behalen dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.

Omvang van de portefeuille

In diverse uitspraken komt de omvang van de portefeuille ter sprake. Zo blijkt dat de rechters enig gewicht toekennen aan de omvang van de portefeuille. Het Hof oordeelde in zijn uitspraak van 20 december 2013' dat: *'(...) het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, gelet ook op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken, dat bij de vennootschappen sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer.'*¹⁶⁰

In het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016 ging het om 350 onroerende zaken en daarvan oordeelde het Hof dat sprake was van een zeer omvangrijke portefeuille. Ook Hof

¹⁵⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/428, r.o.4.7.

¹⁵⁶ Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030, V-N *Vandaag* 2018/869.

¹⁵⁷ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22 en Hoge Raad 15 april 2016, nr.

15/02829, V-N 2016/24.12, Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, V-N *Vandaag* 2017/2010 en ¹⁵⁷ Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030, V-N *Vandaag* 2018/869.

¹⁵⁸ Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030, V-N *Vandaag* 2018/869.

¹⁵⁹ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 8, p.6.

¹⁶⁰ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22, r.o.7.5.

Den Haag oordeelde in zijn uitspraak van 3 april 2018¹⁶¹ dat sprake was van een grote onroerendgoedportefeuille. Waar de grens ligt om te spreken over een omvangrijke portefeuille is onduidelijk. De Belastingdienst is van mening dat de omvang van de portefeuille irrelevant is voor het vaststellen of het exploiteren van vastgoed als materiële onderneming kwalificeert.¹⁶² Mijns inziens is de omvang van de vastgoedportefeuille van ondergeschikt belang. Ook hier ben ik van mening dat de relatieve samenhang van de aard en omvang van de werkzaamheden van doorslaggevend belang is.

Omvang van de arbeid

De rechters besteden ook aandacht aan het aantal uren dat aan de werkzaamheden is besteed.¹⁶³ Naar mijn mening is enkel het aantal uren niet relevant omdat bij een omvangrijke vastgoedportefeuille logischerwijs meer uren wordt besteed. Wel relevant is mijns inziens de relatieve omvang van het aantal uren ten opzichte van de omvang van de vastgoedportefeuille. De omvang van de arbeid wordt uitgebreid met de uitbestede werkzaamheden waarop toezicht wordt gehouden door belastingplichtige.¹⁶⁴ De relatieve omvang van ontwikkelingswerkzaamheden ten opzichte van verhuurwerkzaamheden is niet relevant.¹⁶⁵ De Belastingdienst acht de tijdsbesteding aan de werkzaamheden irrelevant voor de beoordeling of al dan niet sprake is van een materiële onderneming.¹⁶⁶

Rendement

De rechter laat in het arrest van 20 december 2013¹⁶⁷ nadrukkelijk meewegen dat nauwelijks sprake was van huurachterstand door de persoonlijke betrokkenheid van belanghebbende met de huurders bij de beoordeling of de werkzaamheden zijn gericht op het behalen van een hoger rendement. Ook in de uitspraak van Hof Den Haag van 19 juli 2017 oordeelde het Hof dat door de persoonlijke betrokkenheid van de medewerkers bij de huurders een hoger rendement wordt behaald dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.¹⁶⁸ Tevens oordeelde de rechter dat bij de gegeven feiten en omstandigheden van het onderhavig geval een rendement van ten minste 20% het normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven ging.¹⁶⁹ Door het ontbreken van de benodigde gegevens is het niet mogelijk om dit percentage na te rekenen. Naar mijn mening moet beperkte waarde gehecht worden aan het percentage van 20% aangezien het om de gegeven feiten en omstandigheden gaat van het specifiek geval en de rechter voor dat geval heeft geoordeeld dat een behaald

¹⁶¹ Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030, *V-N Vandaag* 2018/869, r.o.7.6.

¹⁶² Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 8, p.5.

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

¹⁶⁴ Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, *V-N* 2016/24.12.

¹⁶⁵ Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, *BNB* 2017/114.

¹⁶⁶ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 8, p.5.

¹⁶⁷ Hof Den Haag 20 december 2013, nr. BK-12/00757, *V-N* 2014/8.22. Eerder oordeelde de Rechtbank dat de goede relatie met de huurders onvoldoende is om sprake te zijn van een onderneming.

¹⁶⁸ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, *V-N Vandaag* 2017/2010. r.o.5.6.

¹⁶⁹ In dit arrest van Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829 was sprake van een hefboomwerking. Aangezien een deel van de vastgoedportefeuille gefinancierd was met vreemd vermogen was het rendement hoger. De Belastingdienst acht deze berekeningswijze onjuist. Desalniettemin doet het niet af aan het oordeel dat een behaald rendement van ten minste 20% door meerarbeid het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat in dit specifieke geval.

rendement van 20% meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement gebruikelijk is. Tevens gaat het om het verwachte rendement en is het niet relevant of het extra rendement daadwerkelijk behaald is.

In de uitspraak van Hof Den Haag van 3 april 2018¹⁷⁰ volgde het Hof de stelling van belanghebbende dat het gemiddelde directe rendement circa 3% hoger lag dan het gemiddelde rendement volgens de ROZ/IPD Nederlandse vastgoedindex in dezelfde periode. Mijns inziens lijkt het dat de rechter enig gewicht toekend aan het daadwerkelijk behaalde rendement en neemt als vergelijking gemiddelde rendement volgens de ROZ/IPD Nederlandse vastgoedindex als uitgangspunt neemt om het behaalde rendement te vergelijken voor de beoordeling of een hoger rendement is behaald dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Hoeveel percentagepunten het rendement hoger moet zijn dan het gemiddelde rendement volgens de vastgoedindex om te spreken van een hoger behaald rendement dat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is blijft onduidelijk. Echter blijf ik van mening dat het gaat om het verwachte rendement en het niet relevant is of het extra rendement daadwerkelijk is behaald.

Naast het direct rendement moet ook naar het indirecte rendement worden gekeken voor de berekening van het behaalde rendement. Dit omdat zowel een belegger als een ondernemer naast de te verwachten huuropbrengsten ook rekening houdt of waardeinstijging in het verschiet ligt bij de eventuele aankoop van een onroerende zaak.¹⁷¹ De Belastingdienst is van mening dat het rendement alleen berekend moet worden over het directe rendement zodat duidelijk wordt wat de relatie van de meerarbeid van de belastingplichtige met het behaalde rendement is geweest.¹⁷² Bij deze criteria kan ik mij vinden in de mening van de Belastingdienst, het gaat immers naar mijn mening om het te verwachte rendement dat door de meerarbeid behaald wordt. Het gaat dus mijns inziens om het causaal verband tussen de meerarbeid en het te verwachten rendement.

Daarnaast lijkt uit de jurisprudentie afgeleid te kunnen worden dat niet alleen de huuropbrengsten in beschouwing worden betrokken maar ook de kosten. Het moet dus gaan om het nettorendement.¹⁷³ Volgens de Belastingdienst heeft het financieren met vreemd vermogen tot gevolg dat hoe hoger het percentage vreemd vermogen, des te hoger het rendement zal zijn. Dit zal het geval zijn in periodes waarin de te betalen rente lager is dan het resultaat op de onroerende zaak (voor aftrek van de financieringslasten). De Belastingdienst is van mening dat de wijze waarop de vastgoedexploitant zijn vastgoedportefeuille financiert irrelevant is en acht daarmee de berekeningsmethode onjuist.¹⁷⁴ Ook bij dit criterium onderschrijf ik de mening van de Belastingdienst volledig. Mijns inziens heeft het vreemd vermogen effect op het rendement, de rentekosten komen

¹⁷⁰ Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030, *V-N Vandaag* 2018/869, r.o.7.7.

¹⁷¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, *V-N* 2015/34.1.4, r.o.4.6, Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, *NTR* 2014/428 en Hof Den Haag 3 april 2018, BK-17/00030, *V-N Vandaag* 2018/869.

¹⁷² Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 14, p. 12.

¹⁷³ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, *V-N* 2015/34.1.4, r.o.4.6 en r.o.4.7 en Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319.

¹⁷⁴ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 14, p. 12.

namelijk in mindering op de huuropbrengst. Dit heeft als gevolg dat het rendement bij vreemd vermogen hoger ligt door de wijze van financiering. Naar mijn mening is alleen sprake van meer dan normaal vermogensbeheer als de meearbeid ten doel heeft een hoger verwacht rendement te behalen dan dat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.

Wijze van financiering

In de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 8 april 2014¹⁷⁵ speelde het financieren van de vastgoedportefeuille met vreemd vermogen een rol in de beoordeling van het Hof of al dan niet sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het is echter onduidelijk of dit een medebepalende rol is. Ook in de uitspraak van de rechtbank van 3 juni 2014¹⁷⁶ oordeelde de rechtbank dat 88% van de totale boekwaarde gefinancierd is met vreemd vermogen, hetgeen bij normaal vermogensbeheer niet gebruikelijk is. Rozendal is van mening dat aan het oordeel van de rechtbank, dat banken een hoge financiering van onroerende zaken niet verstrekken bij normaal vermogensbeheer, beperkte waarde moet worden toegekend. Vóór de crisis waren de banken namelijk zeker bereid om dergelijke financieringen te verstrekken.¹⁷⁷

De Belastingdienst neemt als uitgangspunt dat veel of weinig vreemd vermogen geen doorslaggevende aanwijzingen oplevert, omdat beleggingen ook met vreemd vermogen kunnen worden gefinancierd. Wel merkt de Belastingdienst op dat uit de jurisprudentie volgt dat de aanwezigheid van veel vreemd vermogen soms een aanwijzing vormt voor ondernemen.¹⁷⁸ Ik onderschrijf de mening van de Belastingdienst in deze volledig. Naar mijn mening kunnen beleggingen ook met vreemd vermogen gefinancierd worden. De wijze van financiering is mijns inziens geen doorslaggevende factor. Het financieren van de vastgoedportefeuille met vreemd vermogen kan wel een aanwijzing opleveren en een factor spelen in het geheel voor de beoordeling.

Projectontwikkeling

Uit de verschillende uitspraken blijkt dat projectontwikkeling wordt aangemerkt als het drijven van een onderneming, zolang de projectontwikkeling geen sporadisch karakter heeft. Zo oordeelde Hof Arnhem-Leeuwarden in zijn uitspraak van 8 april 2014¹⁷⁹ dat de projectontwikkeling een onderneming vormt. Het Hof betrok de verhuurwerkzaamheden op de projectontwikkelingswerkzaamheden en oordeelde dat het geheel een onderneming vormt. Ook kende inspecteur de zaak van Hof Den Haag 19 juli 2017¹⁸⁰ de BOF toe ten aanzien van de projectontwikkelingswerkzaamheden en bouwwerkzaamheden. Ten aanzien van de verhuurwerkzaamheden was de inspecteur van mening dat geen sprake was van een materiële onderneming.

¹⁷⁵ Hof Arnhem Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, *V-N* 2014/428, r.o.4.7.

¹⁷⁶ Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, nr. 14/201 en 14/202, *NTR* 2015/1164.

¹⁷⁷ Commentaar op het arrest Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, nr. 14/201 en 14/202, *NTR* 2015/1164.

¹⁷⁸ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 8, p. 7.

¹⁷⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, *V-N* 2014/428, r.o.4.7.

¹⁸⁰ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, *V-N Vandaag* 2017/2010.

Volgens de Belastingdienst levert projectontwikkeling een ondernemingsactiviteit op, totdat de ontwikkeling is afgerond. Tevens is de Belastingdienst van mening dat een splitsing moet worden gemaakt tussen de projectontwikkeling en het exploiteren van vastgoed.¹⁸¹ In het arrest van 10 maart 2017¹⁸² oordeelde de Hoge Raad dat de projectontwikkelingswerkzaamheden op zichzelf een onderneming moeten vormen en dat de relatieve omvang van de projectontwikkelingswerkzaamheden in verhouding tot de verhuurwerkzaamheden niet relevant is. Rozendal merkt wel op dat de Hoge Raad niet ingaat op de verhuuractiviteiten. Naar zijn mening doet dit vermoeden dat de BOF voor het gehele vermogen kan worden toegepast indien sprake is van een materiële onderneming. Hof Den Haag oordeelde echter in zijn uitspraak van 19 juli 2017¹⁸³ dat iedere activiteit op zichzelf als een materiële onderneming kan kwalificeren. Naar mijn mening kunnen projectontwikkeling en het verhuren van onroerende zaken als afzonderlijke activiteiten worden beoordeeld.

Doordat de jurisprudentie zeer casuïstiek is kan geen eenduidige lijn aangehouden worden voor de vraag wanneer sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF. Mijns inziens kan de vastgoedexploitant aan de hand van de wetgeving en jurisprudentie de rechtsgevolgen van zijn gedrag niet voorzien. In die zin biedt de wetgeving en jurisprudentie naar mijn mening onvoldoende rechtszekerheid.

In het volgende hoofdstuk sluit ik dit onderzoek af met een conclusie en mijn aanbevelingen aan de wetgever.

¹⁸¹ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, par. 8, p. 6.

¹⁸² Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, *BNB* 2017/114.

¹⁸³ Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, *V-N Vandaag* 2017/2010.

5. Conclusie en aanbevelingen

5.1 Inleiding

Om aanspraak te maken op de BOF moet onder meer sprake zijn van een materiële onderneming. Met de wijziging van 1 januari 2010 heeft de wetgever aangesloten bij het ondernemingsbegrip in de IB om rechtsvormneutraliteit te beogen. Voor de vastgoedexploitanten betekent dit dat het exploiteren van vastgoed meer dan normaal vermogensbeheer moet omvatten om aangemerkt te worden als een materiële onderneming. In de praktijk leidt de vraag of onroerende zaken kwalificeren als ondernemingsvermogen tot veel discussies tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst. De jurisprudentie omtrent het exploiteren van vastgoed dat al dan niet kwalificeert als materiële onderneming is zeer feitelijk. In dit hoofdstuk staat het antwoord op de onderzoeksvraag van deze masterthesis centraal. In paragraaf 5.2 geef ik de algehele conclusie van mijn onderzoek en antwoord op de probleemstelling die als volgt luidt: *Welke criteria kunnen gesteld worden om het exploiteren van vastgoed als materiële onderneming te kwalificeren voor de toepassing van de BOF en bieden deze criteria voldoende rechtszekerheid voor de vastgoedexploitanten?* Tot slot eindig ik in paragraaf 5.3 met mijn aanbevelingen aan de wetgever.

5.2 Conclusie

De BOF is in het leven geroepen om te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt bij een bedrijfsoverdracht. Om aanspraak te kunnen maken op de BOF dient voldaan te worden aan drie cumulatieve voorwaarden. Zo dient allereerst sprake te zijn van kwalificerend ondernemingsvermogen. Daarnaast dient te worden voldaan aan de bezitstermijn door de erflater of schenker. Ten slotte dient te worden voldaan aan het voortzettingsvereiste door de verkrijger. De verkregen onderneming of de vennootschap van het verkregen aandeel dienen een onderneming te drijven zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB2001.

Bij het exploiteren van vastgoed geldt dat sprake moet zijn van meer dan normaal vermogensbeheer om te kunnen kwalificeren als een materiële onderneming. Volgens de parlementaire behandeling moet de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer bij het exploiteren van vastgoed steeds worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval. De Hoge Raad oordeelde in het arrest van 17 augustus 1994, *BNB 1994/319* dat geen sprake is van normaal vermogensbeheer indien '(...) *het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan.*'¹⁸⁴. Uit dit arrest kunnen twee deeltolsten worden onderscheiden, namelijk:

¹⁸⁴ Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB 1994/319*, r.o.3.4.

- 'de aard en omvang van de werkzaamheden moeten uitgaan boven normaal vermogensbeheer' en;
- 'de werkzaamheden moeten leiden tot een verwacht rendement dat een normaal vermogensbeheer te boven gaat.'

Met de aard wordt volgens de rechter de kwaliteit van de arbeid bedoeld. De kwaliteit van de arbeid kan van dien aard zijn dat door de kwaliteit een hoger rendement wordt behaald. De omvang van de arbeid moet volgens de rechter worden beoordeeld in verhouding tot de grootte van de vastgoedportefeuille. Uit het arrest van de Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30774, *BNB 1996/232* blijkt dat de werkzaamheden een directe invloed moeten hebben op het resultaat. Tevens blijkt uit dat arrest dat nadat een ontwikkeling van een pand is afgerond, opnieuw moet worden beoordeeld of de werkzaamheden die worden verricht, zoals het verhuren, op zichzelf meer dan normaal vermogensbeheer vormen. Voor de afbakening tussen de bron 'winst uit onderneming' en de bron 'resultaat uit overige werkzaamheden' is het criterium duurzaamheid van de activiteiten en van de organisatie belangrijk. Indien sprake is van duurzaamheid dan wordt de activiteit aangemerkt als het drijven van een onderneming.

Om een invulling te geven aan de twee deoltoetsen, heb ik in hoofdstuk 4 aan de hand van jurisprudentie onderzocht welke normen de rechtspraak hanteert bij de beoordeling of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Bij de behandeling van de jurisprudentie ben ik tot de conclusie gekomen dat de rechters op basis van het totaal van feiten en omstandigheden tot hun oordeel komen. Tevens heb ik in hoofdstuk 4 aan de hand van de praktijkhandreiking onderzocht welke normen de Belastingdienst hanteert bij de beoordeling of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Aan de hand van de jurisprudentie en de praktijkhandreiking heb ik zeven aanknopingspunten herleid die volgens de rechters een factor spelen om tot meer dan normaal vermogensbeheer te komen. Deze zeven aanknopingspunten zijn: aard van de werkzaamheden, kennis en ervaring, omvang van de portefeuille, omvang van de arbeid, verwacht rendement, wijze van financiering en projectontwikkeling.

Welke werkzaamheden exact kwalificeren om te kunnen spreken van meerarbeid is naar mijn mening onduidelijk. Het toezicht houden op uitbestede werkzaamheden achten de rechters wel van belang. Zo ook het onderhouden van contacten met derden zoals aannemers, gemeenten en nutsbedrijven. Tevens heb ik geconcludeerd dat de aard en omvang van de werkzaamheden in relatieve samenhang moeten worden beoordeeld. Voor de beoordeling van de kwaliteit van de arbeid hechten de rechters veel waarde aan de kennis en ervaring van de medewerkers. Naar mijn mening kunnen kennis en ervaring zorgen voor een verbetering in de kwaliteit van de werkzaamheden. Daarnaast heb ik geconcludeerd dat de omvang van de portefeuille van ondergeschikt belang is. Wel relevant is mijns inziens de relatieve omvang van het aantal uren ten opzichte van de omvang van de vastgoedportefeuille. De Belastingdienst acht het onderhouden van contacten met diverse instanties, de kennis en ervaring, de omvang van de portefeuille en de omvang van de arbeid irrelevant.

Voorts kom ik tot de conclusie dat de persoonlijke betrokkenheid van belastingplichtige met de huurders kan leiden tot een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Naast het direct rendement moet, voor de berekening van het behaalde rendement, ook naar het indirecte rendement worden gekeken en het moet gaan om het nettorendement. Volgens de Belastingdienst moet alleen gekeken worden naar het direct rendement zodat duidelijk wordt wat de relatie van de meerarbeid van belastingplichtige met het behaalde rendement is geweest. De visie van de Belastingdienst onderschrijf ik in deze volledig. Tevens kom ik tot de conclusie dat de financiering van vreemd vermogen een rol speelt. Het is echter onduidelijk of dit een doorslaggevende factor is. De projectontwikkelingswerkzaamheden leveren een materiële onderneming op, zolang de projectontwikkeling geen sporadisch karakter heeft. Naar mijn mening kunnen projectontwikkeling en het verhuren van onroerende zaken als afzonderlijke activiteiten worden beoordeeld.

De wetgeving en jurisprudentie bieden onvoldoende duidelijkheid met betrekking tot de vraag of exploiteren van vastgoed kwalificeert als een materiële onderneming voor de werking van de BOF. Het formele rechtszekerheidsbeginsel vereist dat de wetgeving voorzienbaar is. Dit betekent dat de wetgeving waaraan de burger gebonden is kenbaar, duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn.¹⁸⁵ Doordat de wetgeving niet voldoende duidelijkheid biedt met betrekking tot het kwalificeren van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de werking van de BOF kan de belastingplichtige geen houvast ontlenen aan de wetgeving en is de belastingplichtige in die zin afhankelijk van de rechter. Doordat de jurisprudentie zeer casuïstisch is kan geen eenduidige lijn aangehouden worden voor de vraag wanneer sprake is van een materiële onderneming bij het exploiteren van vastgoed voor de toepassing van de BOF. Bovendien zijn belastingplichtige en de Belastingdienst veel tijd en energie kwijt aan het procederen. Door de vele jurisprudentie die de laatste jaren is ontstaan blijkt wel dat behoefte is aan een duidelijk antwoord wanneer het exploiteren van vastgoed een onderneming vormt in het kader van de BOF.

Daarnaast rust de bewijslast op belastingplichtige om aannemelijk te maken dat sprake is van een materiële onderneming bij vastgoedexploitatie. Uit de diverse uitspraken¹⁸⁶ komt naar voren dat geen sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer omdat belastingplichtige dit niet aannemelijk heeft kunnen maken.

Tot slot wil ik mijn conclusie eindigen door een antwoord te geven op mijn probleemstelling: *Welke criteria kunnen gesteld worden om het exploiteren van vastgoed als materiële onderneming te kwalificeren voor de toepassing van de BOF en bieden deze criteria voldoende rechtszekerheid voor de vastgoedexploitanten?* Naar mijn mening kunnen geen

¹⁸⁵ Jansen, P.G.M. (2013), Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht, *Fiscale geschriften* nr. 22, p.1.

¹⁸⁶ Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, *NtFR* 2014/428, Rechtbank Den Haag 29 augustus 2012, nr. AWB 11/2988, Hof Den Haag 1 juli 2016, nr. 14/0838 en 14/0839, *V-N* 2016/47.1.2 en Rechtbank Den Haag 15 juli 2016, nr. 15/5875, *NtFR* 2016/2837. M.u.v. van Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, worden de uitspraken vernietigd dan wel verwezen en worden door respectievelijk de Hoven en de Hoge Raad geoordeeld dat wel aan de bewijslast is voldaan. Desalniettemin speelt de bewijslast een belangrijke rol en zijn belanghebbende en de fiscus veel tijd en energie kwijt aan het procederen.

harde criteria gesteld worden bij de beantwoording van de vraag of het exploiteren van vastgoed kwalificeert als materiële onderneming voor de toepassing van de BOF. Wel heb ik een zevental aanknopingspunten herleid uit de jurisprudentie. Deze aanknopingspunten dienen naar mijn mening wel in samenhang met elkaar gezien te worden en kunnen derhalve niet kwalificeren als harde criteria. De jurisprudentie bevat geen consistente lijn, dit komt met name doordat de jurisprudentie zeer casuïstiek is. Tot slot kom ik tot de conclusie dat de rechters een summiere toelichting geven op hun oordeel en slechts het concrete (feitelijke) geschil beslechten.

5.3 Aanbevelingen

In het kader van de rechtszekerheid en het feit dat op de belastingplichtige de bewijslast rust acht ik het wenselijk dat de wetgever meer duidelijkheid verschaft. Om deze duidelijkheid te verschaffen heb ik aan de wetgever een drietal aanbevelingen. In deze masterthesis heb ik mij beperkt tot de BOF in de SW 1956. Ter volledigheid betrek ik in mijn aanbevelingen aan de wetgever de doorschuiffaciliteit van art. 4.17a Wet IB 2001, immers geldt het vereiste ondernemingsvermogen ook voor de doorschuiffaciliteit in de Wet IB 2001.

In deze masterthesis heb ik aangegeven dat in 2014 een onderzoek is gedaan door de Belastingdienst naar de nut en noodzaak van de vrijstelling. Uit dat onderzoek bleek dat bij 70% van de gevallen, waarbij de onderneming werd geërfd en verzocht werd om de BOF, voldoende middelen in de nalatenschap zaten om de erfbelasting te voldoen. Van de andere 30% is niet onderzocht of de verkrijger zelf genoeg vermogen had om de erfbelasting te voldoen. Mijn aanbeveling is om een nader onderzoek te doen of de overige 30% zelf voldoende vermogen heeft om de erfbelastingsschuld te voldoen. Mocht uit dit onderzoek blijken dat voldoende middelen bestaan om de erfbelasting te voldoen, dan kan de wetgever kiezen om de voorwaardelijke vrijstelling af te schaffen, mede gezien in het licht van de doelstelling van de BOF. Gepleit kan worden voor een betalingsregeling voor de gevallen waarbij de belastingheffing bij overdracht daadwerkelijk een bedreiging vormt voor de continuïteit van de onderneming. Naar mijn mening zal het aantal verzoeken om de BOF terugdringen en speelt voor de SW 1956 deze problematiek aanzienlijk minder.

Deze wetwijziging betekent dat voor de SW 1956 meer duidelijkheid is verschaft. Voor de IB 2001 blijft echter nog steeds de vraag staan of exploitatie van vastgoed al dan niet kwalificeert als onderneming. Dit is immers van belang voor het onderscheid tussen de bronnen winst uit onderneming, resultaat uit overige werkzaamheden en sparen en beleggen. Deze optie geniet dan ook niet mijn voorkeur.

Ten tweede kan de wetgever kiezen om het ondernemingsbegrip op te nemen in de wet. Wel lijkt mij het een lastige opgave voor de wetgever om de wet dusdanig aan te passen dat het duidelijkheid verschaft en alle mogelijke situaties dekt. De reden dat het mij een lastige opgave lijkt is omdat het steeds gaat om de feiten en omstandigheden van het geval. Dit blijkt ook uit de rechtspraak. Immers heeft de wetgever juist gekozen om de invulling het ondernemingsbegrip over te laten aan de rechters. De wetgever gaf hiervoor als reden dat het codificeren van het begrip onvoldoende recht zou worden gedaan aan concrete omstandigheden. Wel kan een alles-of-niets-benadering worden gehanteerd zoals 'het

exploiteren van vastgoed vormt altijd een materiële onderneming' of 'het exploiteren van vastgoed vormt nimmer een onderneming' middels een fictie. Een dergelijke fictie kan opgenomen worden in art. 35c SW 1956 en art. 4.17a Wet IB 2001. Deze optie biedt rechtszekerheid aan de vastgoedexploitanten omdat in alle gevallen waarbij vastgoed wordt verhuurd sprake is van een onderneming dan wel een onderneming wordt uitgesloten. Met een dergelijke fictie kan het exploiteren van vastgoed enerzijds uitgesloten worden voor de faciliteiten en anderzijds aangemerkt worden als onderneming voor heffing van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting. De tegengestelde situatie kan zich uiteraard ook voordoen. Daarnaast worden de gevallen waarbij het duidelijk gaat om een belegging bevoorreed als het uitgangspunt wordt genomen dat het exploiteren van vastgoed altijd een materiële onderneming vormt, ook hierbij kan het tegengestelde zich voordoen. Tevens komt een alles-of-niets-benadering niet overeen met de doelstelling van de BOF, omdat indien de faciliteit niet van toepassing is de verschuldigde belasting een bedreiging kan vormen voor bedrijfsoverdrachten. Bovendien is een wetswijziging een ingrijpende optie.

Een laatste optie is om een concrete invulling te geven aan het begrip 'normaal vermogensbeheer' middels uitvaardiging van een besluit. De staatssecretaris acht dat het niet noodzakelijk was om bij de wetswijziging van 1 januari 2010 een besluit uit te vaardigen met voorbeelden van een objectieve onderneming bij het exploiteren van vastgoed. De reden die hij hiervoor geeft is dat voor de vraag of sprake is van een materiële onderneming voor de inkomstenbelasting meer jurisprudentie voor handen is en daardoor meer duidelijkheid wordt verschaft doordat is aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip van art. 3.2 Wet IB 2001. Gezien mijn conclusie acht ik het zeer wenselijk dat de staatssecretaris een besluit uitvaardigt waarbij het begrip 'normaal vermogensbeheer' een concretere invulling krijgt. Als uitgangspunt wil ik aansluiten bij de formulering dat het exploiteren van vastgoed nimmer een onderneming vormt. De reden om dit als uitgangspunt te nemen is dat mijns inziens het verhuren van vastgoed in beginsel als belegging kwalificeert. Het verhuren van vastgoed kwalificeert immers pas als materiële onderneming indien de werkzaamheden door aard en omvang meer omvatten dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is met ten doel een hoger rendement te behalen dat het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. Tevens moet de belastingplichtige zich vergelijken met een belegger. In feite houdt dit in dat de belastingplichtige vergeleken moet worden met een fictieve situatie. De staatssecretaris kan kiezen om deze fictieve situatie te concretiseren en vast te leggen middels een besluit. Aan de hand van de aanknopingspunten zoals omschreven in de conclusie kan de staatssecretaris een nadere invulling geven. Om een concretere invulling te geven aan de aanknopingspunten dient naar mijn mening wel een nader onderzoek te worden verricht. Deze laatste optie geniet mijn voorkeur omdat de belastingplichtigen hun situaties kunnen vergelijken met de fictieve situatie in het besluit. Doordat deze fictieve situatie vastligt in het besluit worden concrete criteria gesteld en wordt meer duidelijkheid verschaft voor de vastgoedexploitanten. Wel merk ik op dat een dergelijke fictieve situatie ook kan worden opgenomen in de wet. Echter gaat mijn voorkeur naar het uitvaardigen van een besluit omdat dit een minder ingrijpende optie is dan een wetswijziging.

Ter volledigheid wil ik benoemen dat de rechters in de uitspraken weinig tot geen motivering geven van hun oordeel. Mocht een wetswijziging niet worden beoogd dan pleit ik voor een betere motivering van de rechters in hun uitspraken om het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' te concretiseren.

6. Literatuurlijst

6.1 Boeken

Albregtse, D.A., 'Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting', (IB 3.0.1: Het bronnenstelsel), *Kluwer* (online).

Freudenthal, R.M. (2012), 'Resultaat uit overige werkzaamheden' (dissertatie), *Fiscale Monografieën* 103.

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

Kempen, M.L.M. van, 'Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting', (IB3.2.2: Winst uit onderneming), *Kluwer* (online).

Ligthart, G.Th., 'Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden', *Kluwer* 2018.

Niet, H.A.J.P. te (2007), 'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen' (dissertatie), *Fiscale Monografieën* 125.

Vijfijeken I.J.F.A. en Gubbels N.C.G. 'Cursus Belastingrecht: Schenk- en erfbelasting' (Hoofdstuk XI: Bedrijfsopvolging), *Kluwer* (online).

6.2 Artikelen

Aardema, E. (2005), 'Het bewijs in de fiscale procedure', *WFR* 2005/147.

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

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

Albert, P.G.H. (2010), 'Enkele formeelrechtelijke aspecten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van hoofdstuk IIIA van de Successiewet 1956'. *NTFR* 2010/984.

Beer A.M.A. de (2015), 'Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten', *WFR* 2015/1319.

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

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

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

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

Gribnau, J.L.M. (2013) 'Equality, Legal Certainty and Tax Legislation in the Netherlands: Fundamental Legal Principles as Checks on Legislative Power: A Case Study', *Utrecht Law Review* 9.

Jansen, P.G.M. (2013), 'Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht', *Fiscale geschriften* nr. 22.

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

Hoogeveen, M.J. (2014), 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed', *FBN* 2014 (46).

Kooiman, W.R. (2014), 'Fiscaal faciliteren van vastgoed: een wankel evenwicht', *NTFR* 2014/28.

Meussen, G.T.K. (2016), 'De fiscale kwalificatie van exploitatie van vastgoed is een feitelijke vraag en geen rechtsvraag', *WFR* 2016/215.

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

Rozendal, A. en Adriaansen, O.P.M. (2014), 'Vastgoed-bv's en bedrijfsopvolging bij schenking en vererving', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2014/05-03.

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

Rozendal, A. (2016), 'De (on)wenselijkheid van een beleggingsfictie voor vastgoed in de BOF; een verduidelijking', *WFR* 2016/214.

Rozendal, A. (2015), 'Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting', *NTFR* 2015/3.

Rozendal, A. (2018), 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', *WFR* 2018/53.

6.3 Jurisprudentie

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

Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 722, *BNB* 1981/299.

Hoge Raad 3 november 1982, nr. 21 310, *BNB* 1982/329.

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

Hoge Raad 29 mei 1996, nr. 30774, *BNB* 1996/232.

Hoge Raad 5 februari 2010, nr. 08/02949, *BNB* 2010/147.

Hoge Raad 22 november 2013, nr. 13/01622, *BNB* 2014/30.

Hoge Raad 6 februari 2015, nr. 13/06204, *BNB* 2015/100.

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

Hoge Raad 22 april 2016, nr. 15/0284, *V-N* 2016/24.23.

Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190, *BNB* 2017/114.

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

Hof Den Bosch 13 september 1994, nr. 92/2246.

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

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

Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, *NTFR* 2014/428.

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

Hof Arnhem Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, *V-N* 2014/428.

Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073, *V-N* 2015/34.1.4.

Hof Den Haag 1 juli 2016, nr. 14/00838 en 14/00839, *V-N* 2016/47.1.2.

Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373, *V-N Vandaag* 2017/2010.

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

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

Rechtbank Gelderland 10 september 2013, nr. *AWB* 12/6469.

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

Rechtbank Den Haag 15 juli 2016, nr. 15/5875, *NTFR* 2016/2837.

Rechtbank Den Haag 1 december 2016, nr. *SGR* 16/2213.

6.4 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 2008/09, 31 930, nr. 9.

Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 3.

Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13.

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

6.5 Overige

Belastingwetten 2018, *Wolters Kluwer*.

Besluit Staatssecretaris van Financiën 17 januari 2013, nr. BLBKB20120/1221M, V-N 2013/8.17.

Besluit WOB-verzoek inzake bedrijfsopvolgingsregeling.

Panteia Research to progress, 'Bedrijfsoverdrachten: een overschat probleem?', 2014.

Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten.

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

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

Teeffelen L. Van (2012), 'Meer kans van slagen bij bedrijfsoverdrachten', *HU Business School Utrecht*.

SEO-rapport nr. 2014-39, *Evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht*, bijlage bij Kamerstuk: Kamerbrief 27-5-2016.

Vakstudie Inkomstenbelasting, art. 3.2 Wet IB 2001.

Vakstudie Successiewet, art. 35b SW 1956 (1 januari 2002 tot 1 januari 2010).

Vakstudie Successiewet, art. 35b SW 1956 (vanaf 1 januari 2010).

Vakstudie Successiewet, art. 35c SW 1956 (vanaf 1 januari 2010).