



---

*Meer rechtszekerheid omtrent  
vastgoedexploitatie in de BOR?*

---

***Een onderzoek naar het creëren van meer rechtszekerheid omtrent het begrip drijven van een materiële onderneming in de bedrijfsopvolgingsregeling in het kader van vastgoedexploitatie.***

Naam : Anne Spuijbroek  
ANR : 664193  
Opleiding : Master Fiscaal recht  
Tilburg University  
Master thesis  
Datum : 15 december 2018  
Begeleider : Mevr. mr. S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoest  
Examencommissie : Mevr. prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeiken

## Abstract

In deze thesis heb ik onderzoek gedaan naar het creëren van meer rechtszekerheid over het begrip drijven van een materiële onderneming in de bedrijfsopvolgingsregeling (afgekort: BOR) in het kader van vastgoedexploitatie. Om gebruik te kunnen maken van de BOR dient er sprake te zijn van een materiële onderneming op grond van artikel 3.2 Wet IB. Indien er sprake is van vastgoedexploitatie dient er voor de kwalificatie van het drijven van een materiële onderneming sprake te zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Dit criterium is niet wettelijk verankerd, maar tot stand gekomen in de jurisprudentie. Om te komen tot een definitie van het begrip meer dan normaal vermogensbeheer heb ik jurisprudentie geanalyseerd uit de periode 2013 tot en met 2018. Uit deze analyse blijkt dat er geen duidelijke lijn uit de jurisprudentie te herleiden is. Ook de jurisprudentie geeft daarmee geen eenduidig antwoord op de vraag welke criteria bijdragen aan de kwalificatie het drijven van een materiële onderneming. De gevonden uitgangspunten uit de jurisprudentie zijn opgenomen in een matrix waarbij aangegeven is welke criteria van belang zijn en tot welke kwalificatie een criterium leidt. Omdat het begrip meer dan normaal vermogensbeheer niet concreet genoeg ingevuld is, ontstaat er voor belastingplichtige rechtsonzekerheid. Meer rechtszekerheid kan geboden worden door een aanpassing in de wet, in de jurisprudentie of door het uitvaardigen van een beleidsbesluit. Mijn voorkeur gaat daarbij uit naar het uitvaardigen van een beleidsbesluit. In deze thesis is de opzet voor een dergelijk beleidsbesluit weergegeven en daarbij zijn de voorwaarden die opgenomen zijn in het besluit toegelicht. Het uitvaardigen van een beleidsbesluit in combinatie met een eenduidigere rechtspraak is dan ook de aanbeveling die ik gedaan heb in deze thesis.

Anne Spuijbroek

Tilburg, 15 december 2018

## Voorwoord

Voor u ligt de thesis 'meer rechtszekerheid omtrent vastgoedexploitatie in de BOR?' Deze thesis is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de masteropleiding fiscaal recht aan Tilburg University. Van juni 2018 tot en met december 2018 ben ik bezig geweest met het onderzoek en het schrijven van deze thesis.

Na een half jaar met het dagelijks beantwoorden van de gestelde vraag door familie, vrienden en collega's: 'hoe gaat het met je thesis?', kan ik nu eindelijk zeggen: 'hij is klaar'! Ik ben blij met het resultaat en ik realiseer me ook dat veel mensen me gaande het traject enorm hebben geholpen.

Deze thesis zou niet tot stand zijn gekomen zonder de deskundige begeleiding vanuit Tilburg University. Ik wil graag mijn thesisbegeleidster mevrouw De Wijkerslooth-Lhoest bedanken. Zij heeft de tijd genomen om mijn vragen te beantwoorden en me te coachen, waardoor ik het schrijven van deze thesis tot een goed einde heb weten te brengen. Ik heb de samenwerking als zeer prettig ervaren.

Als tweede gaat een woord van dank naar mijn collega's bij Baker Tilly. Zij hebben mij geholpen in mijn zoektocht naar een geschikt onderwerp voor deze thesis en hierover mee gebrainstormd. Daarnaast hebben zij ook enkele gedeelte van deze thesis van commentaar voorzien. Ook heeft Baker Tilly mij de ruimte gegeven om het werk zo in te plannen dat ik voldoende tijd had om de thesis te kunnen schrijven en afronden.

Als laatste wil ik mijn familie en vrienden bedanken voor hun steun. Een speciaal woord van dank gaat daarbij naar mijn ouders en vriend. Zij hebben de verschillende hoofdstukken van deze thesis kritisch nagelezen en voorzien van de nodige vragen en aanpassingen op het gebied van spelling.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Anne Spuijbroek

Tilburg, 15 december 2018

## Lijst met gebruikte afkortingen

AB	:	Aanmerkelijk belang
Awb	:	Algemene Wet Bestuursrecht
BNB	:	Beslissingen in Belastingzaken
BOF	:	Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten
BOR	:	Bedrijfsopvolgingsregeling
CFTV	:	Civiel en Fiscaal Tijdschrift Vermogen
DGA	:	Directeur-groootaandeelhouder
FBI	:	Fiscale beleggingsinstelling
FBN	:	Fiscale Berichten voor het Notariaat
HR	:	Hoge Raad
Hof	:	Gerechtshof
IW	:	Invorderingswet 1990
Jo.	:	Juncto
KWEP	:	Kwartaalbericht Estate Planning
MKB	:	Midden- en kleinbedrijf
NDFR	:	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NTFR	:	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFRB	:	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen
RO	:	Wet op de rechterlijke organisatie
SW	:	Successiewet 1956
UB IB	:	Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001
UR SW	:	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting
VBI	:	Vrijgestelde beleggingsinstelling
VF&C	:	Vastgoed Fiscaal & Civiel
VKC	:	Vastgoedkenniscentrum
VVE	:	Vereniging van eigenaren
Wet IB	:	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB	:	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	:	Weekblad Fiscaal Recht
WOB	:	Wet openbaarheid bestuur
WUO	:	Winst uit onderneming

## Inhoud

Abstract .....	2
Voorwoord .....	3
Lijst met gebruikte afkortingen .....	4
Hoofdstuk 1. Inleiding .....	7
1.1 Inleiding .....	7
1.2 Probleemstelling.....	7
1.3 Methodologie .....	8
Hoofdstuk 2. De bedrijfsopvolgingsregeling .....	9
2.1 Inleiding .....	9
2.2 De geschiedenis van de BOR .....	9
2.2.1 De periode voor 2002.....	9
2.2.2 De periode 2002-2010.....	10
2.2.3. De periode na 2010 .....	10
2.3 Voorwaarden BOR .....	11
2.3.1 Kwalificerend ondernemingsvermogen .....	11
2.3.2 Het bezitsvereiste .....	11
2.3.3 Het voortzettingsvereiste .....	12
2.4 Doel en strekking van de BOR .....	12
2.5 BOR en het gelijkheidsbeginsel .....	13
2.6 Tussenconclusie.....	13
Hoofdstuk 3. Materiële onderneming en vastgoed .....	14
3.1 Inleiding .....	14
3.2 Belang BOR .....	14
3.3 Het begrip materiële onderneming.....	15
3.3.1 Duurzame organisatie .....	15
3.3.2 Kapitaal en arbeid.....	15
3.3.3 Deelname aan het economisch verkeer.....	16
3.3.4 Voordeel beogen .....	16
3.3.5 Onderscheid IB-ondernemer en resultaatgenieter .....	16
3.4 Onderscheid beleggen en ondernemen.....	16
3.4.1 Parallel artikel 28 Wet VPB.....	17
3.4.2 Opvatting van Van Dijck .....	18
3.4.3 Omstandighedencatalogus van Te Niet .....	18
3.5 Definitie meer dan normaal vermogensbeheer .....	20
3.6 Jurisprudentie BOR en vastgoed .....	22

3.6.1 Verhuur van vastgoed .....	22
3.6.2 Combinatie projectontwikkeling en verhuur .....	26
3.6.3 Vergelijking kwalificatie box 1 / box 3 arresten .....	33
3.6.4 Conclusies uit arresten .....	34
3.7 Tussenconclusie.....	37
Hoofdstuk 4. Rechtszekerheid.....	38
4.1 Inleiding .....	38
4.2 Begrip rechtszekerheid.....	38
4.2.1 Deelbeginselen rechtszekerheid .....	39
4.2.2 Auteurs over rechtsonzekerheid in de BOR .....	40
4.2.3 Creëren meer rechtszekerheid.....	41
4.3 Omstandighedencatalogus en de praktijkhandreiking .....	42
4.3.1 Normering en omstandighedencatalogus Berkhout en Hoogeveen.....	42
4.3.2 Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitatie.....	43
4.4 Alternatieven voor meer rechtszekerheid .....	49
4.4.1. Aanpassingen in de wet.....	50
4.4.2 De jurisprudentie.....	54
4.4.3 Publicatie beleidsbesluit.....	56
4.5 Tussenconclusie.....	59
Hoofdstuk 5. Conclusie en aanbevelingen .....	60
5.1 Conclusie .....	60
5.2 Aanbevelingen.....	60
Literatuurlijst .....	62
Artikelen .....	62
Belastingwetten.....	63
Besluiten.....	64
Boeken.....	64
Jurisprudentie.....	65
Kamerstukken.....	66
Overig .....	66

# Hoofdstuk 1. Inleiding

## 1.1 Inleiding

Bij de overgang van vermogen door vererving of schenking dient er successiebelasting te worden voldaan. De wetgever heeft voor de vererving of schenking van een materiële onderneming de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in het leven geroepen. Deze faciliteit verleent een voorwaardelijke vrijstelling in geval van vererving of schenking van ondernemingsvermogen, zodat de continuïteit van de onderneming gewaarborgd wordt. Door de vrijstelling hoeven er geen liquide middelen uit de onderneming onttrokken te worden om de belastingschuld te kunnen voldoen.<sup>1</sup> Om gebruik te kunnen maken van de bedrijfsopvolgingsregeling schetst artikel 35c SW één van de voorwaarden, namelijk dat er sprake dient te zijn van een materiële onderneming. Voor dit begrip materiële onderneming wordt er aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip zoals genoemd in artikel 3.2 Wet IB. Onduidelijk is echter hoe dit begrip voor vastgoedexploitanten in de praktijk ingevuld dient te worden.

Aanleiding van deze thesis is dan ook de onduidelijkheid die er in de literatuur bestaat over het begrip drijven van een materiële onderneming voor de vastgoedexploitant. Een aantal jaren geleden is er een WOB-verzoek ingediend en naar aanleiding van dit WOB-verzoek is in 2016 de Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten van de belastingdienst (verder te noemen: praktijkhandreiking) openbaar gemaakt. In deze praktijkhandreiking zijn de standpunten van de belastingdienst met betrekking tot de exploitatie van vastgoed opgenomen. De publicatie van de praktijkhandreiking heeft er echter niet voor gezorgd dat er meer duidelijkheid ontstaat omtrent de vraag wanneer er sprake is van het drijven van een materiële onderneming voor artikel 35c SW. Deze onduidelijkheid ontstaat doordat het antwoord op deze vraag afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval en doordat het niet duidelijk is hoe de rechter tot een oordeel komt in de jurisprudentie. Het is onduidelijk welke feiten en omstandigheden hierbij van doorslaggevend belang zijn. Het gevolg hiervan is dat er veel discussies worden gevoerd tussen belastingplichtigen en de belastingdienst en dat belastingplichtigen via een proefprocedure (schenking van 1/100 aandeel) een uitspraak over hun casus afdwingen.<sup>2</sup>

Ook Zuiderwijk geeft in de zomer van 2018 aan dat er nog steeds een roep is vanuit de praktijk om te komen tot een kwaliteitsverbetering van de bedrijfsopvolgingsregeling. Daarbij zijn duidelijke handvatten nodig als het gaat om de vastgoedexploitatie.<sup>3</sup>

## 1.2 Probleemstelling

Het doel van deze thesis is dan ook om handvatten voor de belastingplichtigen aan te reiken, zodat het voor hen duidelijker is in welke situatie zij een materiële onderneming drijven en daarmee gebruik kunnen maken van de voorwaardelijke vrijstelling in de bedrijfsopvolgingsregeling.

De probleemstelling die in deze thesis centraal staat is:

*'hoe kan er meer rechtszekerheid komen over de vraag wanneer er sprake is van een materiële onderneming zoals genoemd in artikel 35c SW met betrekking tot vastgoedexploitatie?'*

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4.

<sup>2</sup> A. Rozendal, 'Tussenstand bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', NTFRB 2018/17.

<sup>3</sup> J.C.L. Zuiderwijk, 'Praktijkupdate bedrijfsopvolgingsregeling SW 1956 (zomer 2018)', KWEP 2018/22.

Om deze probleemstelling te kunnen beantwoorden, worden de volgende deelvragen onderscheiden en in de afzonderlijke hoofdstukken behandeld:

- Wat houdt de BOR in en wat is het doel en de strekking van de regeling?
- Wat wordt er verstaan onder het begrip materiële onderneming in het kader van verhuur en ontwikkeling van vastgoed?
- Wat houdt het begrip rechtszekerheid in en welke alternatieven zijn in de literatuur reeds beschreven om meer rechtszekerheid met betrekking tot vastgoedexploitatie in de BOR te creëren?

### 1.3 Methodologie

In de hoofdstukken 2 tot en met 4 van deze thesis zullen de deelvragen beantwoord worden. In hoofdstuk 2 zal nader ingezoomd worden op de bedrijfsopvolgingsregeling. Daarbij zullen de voorwaarden om gebruik te kunnen maken van deze regeling en het doel en de strekking van de regeling uiteengezet worden. Hierna ga ik in hoofdstuk 3 onderzoeken wat de definitie van het begrip materiële onderneming is. Daarbij ga ik specifiek in op de definitie van dit begrip in het kader van vastgoedexploitatie. In hoofdstuk 3 zullen ook de resultaten van het gehouden jurisprudentieonderzoek over de jaren 2013 tot en met 2018 gepresenteerd worden. Ik heb voor deze jaren gekozen omdat ik de meest actuele arresten over vastgoed en de BOR wilde bespreken. Vervolgens zal ik in hoofdstuk 4 het begrip rechtszekerheid definiëren, door tevens gebruik te maken van de deelbeginselen van dit begrip. In hoofdstuk 4 komt tevens naar voren welke alternatieven er reeds in de literatuur zijn beschreven om meer rechtszekerheid te bieden aan vastgoedexploitanten. Ten slotte komt in hoofdstuk 5 mijn conclusie ten aanzien van dit onderzoek aan bod en presenteer ik mijn aanbevelingen voor het creëren van meer rechtszekerheid.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> De literatuur en jurisprudentie omtrent dit onderwerp zijn in deze thesis verwerkt tot 1 december 2018.



## Hoofdstuk 2. De bedrijfsopvolgingsregeling

### 2.1 Inleiding

In deze thesis staat de BOR in de Successiewet centraal. Naast de BOR in de Successiewet wordt echter ook bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting fiscaal gefaciliteerd door het opnemen van een doorschuiffaciliteit. Artikel 4.17a Wet IB geldt als doorschuifregeling bij overgang krachtens erfrecht en artikel 4.17c Wet IB geldt als doorschuifregeling bij overgang krachtens schenking. De regelingen in de Successiewet en in de Inkomstenbelasting worden samen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten genoemd.

In dit hoofdstuk wordt de BOR in de Successiewet nader toegelicht. Met dit hoofdstuk plaats ik de problematiek rondom de kwalificatie van vastgoed als materiële onderneming in perspectief en geef ik het belang van de BOR aan. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de volgende deelvraag: *‘wat houdt de BOR in en wat is het doel en de strekking van de regeling?’*

Dit hoofdstuk begint met een beschrijving van de geschiedenis van de BOR. In paragraaf 2.3 worden de voorwaarden om gebruik te maken van de BOR nader toegelicht. Vervolgens ga ik in op het doel en de strekking van de BOR. In paragraaf 2.5 zal kort aan de orde komen of de BOR in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Dit hoofdstuk zal afgesloten worden met een tussenconclusie.

### 2.2 De geschiedenis van de BOR

In deze paragraaf wordt de totstandkoming van de BOR beschreven. Bij deze historische beschrijving is een indeling gemaakt van drie periodes, te weten de periode voor 2002, de periode 2002 tot 2010 en de periode na 2010. Er is gekozen voor deze indeling, omdat in de betreffende periode aanzienlijke veranderingen in de regeling hebben plaatsgevonden.

#### 2.2.1 De periode voor 2002

De bedrijfsopvolgingsregeling zoals die is opgenomen in de huidige Successiewet is niet begonnen als een vrijstelling. De eerste contouren van de BOR zijn zichtbaar geworden bij de invoering van een algemene betalingsfaciliteit. Voor 1981 werd in artikel 65 SW (oud) geregeld dat de Minister van Financiën in bijzondere gevallen aan belastingplichtigen uitstel van betaling kon verlenen. Hierbij werd nog geen onderscheid gemaakt tussen een verkrijging van ondernemingsvermogen of een verkrijging van beleggingsvermogen.<sup>5</sup> Door de wetgever werd het echter toch wenselijk geacht om de betalingsregeling te verruimen als het ging om de verkrijging van ondernemingsvermogen. Daartoe werd geregeld dat een verzoek om uitstel van betaling bij verkrijging van ondernemingsvermogen waarbij liquiditeitsproblemen speelden extra aandacht behoefde. Specifiek ging het hier om gevallen waarbij de onderneming kampte met liquiditeitsproblemen. Aan dit uitstel van betaling konden dan tevens nadere voorwaarden worden verbonden.<sup>6</sup> In de jaren die volgden werden aan de betalingsfaciliteit meer regels verbonden en werd de regeling tevens uitgebreid.

Vanaf 1 juni 1990 was de betalingsfaciliteit niet langer opgenomen in de Successiewet, maar in de Invorderingswet. In 1998 werd de regeling die tot dat moment alleen nog bestond uit de betalingsfaciliteit uitgebreid met een kwijtscheldingsfaciliteit. Deze faciliteiten waren opgenomen in de artikelen 25 en 26 van de Invorderingswet. Artikel 25 IW regelde een uitstel van betaling voor ten hoogste 10 jaar zonder dat er invorderingsrente in aanmerking werd genomen, indien sprake was van een bedrijfsopvolging. Van een bedrijfsopvolging was sprake als de erfgenamen de onderneming

---

<sup>5</sup> Kamerstukken II, 1953-1954, 915, nr. 7.

<sup>6</sup> P. Kavelaars, *‘Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang’*, Fiscale geschriften 33, Deventer: SDU-uitgevers 2014, p. 124.

voortzetten. Het doel van het uitstel van betaling was dat de verkrijger de onderneming kon voortzetten, zonder dat een belastingschuld aan deze voortzetting in de weg stond. De voortzetting van een onderneming kan namelijk in gevaar komen als er liquide middelen uit de onderneming onttrokken moeten worden om de belastingschuld te kunnen voldoen.

Artikel 26 IW bevatte een kwijtscheldingsfaciliteit. Deze faciliteit hield in dat er in eerste aanleg een voorwaardelijke kwijtschelding werd verleend. Deze kwijtschelding zag ten eerste op een kwijtschelding van 100% van de belasting die is toe te rekenen aan quota, vergunningen en dergelijke en ten tweede een kwijtschelding van 25% van de belasting die is toe te rekenen aan het overige vermogen. De kwijtschelding werd in eerste instantie voorwaardelijk verleend, omdat men alleen duurzame bedrijfsopvolgingen wilde faciliteren.<sup>7</sup>

### 2.2.2 De periode 2002-2010

Met ingang van 1 januari 2002 heeft het kabinet aan de hand van voorstellen van de werkgroep modernisering Successiewet Moltmaker de BOR opgenomen in de Successiewet en niet langer in de Invorderingswet. In de Invorderingswet is echter wel de betalingsfaciliteit gehandhaafd. De faciliteit is in 2002 verhoogd, naar een vrijstelling van 30% van de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen. Het uitstel van betaling dat verleend wordt is vanaf dat jaar rentedragend geworden. Nadat er al eerder gesproken was over een verhoging van de vrijstelling werd in het Belastingplan 2005 een voorstel gedaan om de vrijstelling te verhogen naar 50%. Uiteindelijk werd de vrijstelling bij amendement vastgesteld op 75%. Opvallend is dat dit amendement werd aangenomen, omdat er toch diversen bezwaren tegen de verhoging waren geuit. Zo was de wetgever van mening dat de vrijstelling niet meer zou hoeven te bedragen dan 50%. Daarnaast was er een kritische kanttekening gemaakt door de Raad van State. Als laatste werd er gesteld dat mogelijk het gelijkheidsbeginsel geschonden zou worden bij een verdere verhoging van de vrijstelling.<sup>8</sup>

### 2.2.3. De periode na 2010

De huidige BOR is van kracht vanaf 1 januari 2010 en heeft per deze datum een drastische wijziging ondergaan. Met deze wijziging heeft de wetgever de regeling evenwichtiger, toegankelijker en eenvoudiger willen maken.<sup>9</sup> De huidige BOR bestaat uit een voorwaardelijke vrijstelling in artikel 35b SW en een faciliteit voor uitstel van betaling in artikel 25 lid 12 IW. In deze thesis zal de faciliteit in de Successiewet centraal staan en de faciliteit in de Invorderingswet zal niet nader worden toegelicht. De BOR is van toepassing als ondernemingsvermogen wordt verkregen krachtens erfrecht of krachtens schenking. Dit ondernemingsvermogen wordt op grond van artikel 21 lid 13 SW in aanmerking genomen voor de waarde economisch verkeer, dat als hoofdregel de waarde going concern is en indien van toepassing de hogere liquidatiewaarde.

De BOR van artikel 35b SW houdt in dat bij een verkrijging van ondernemingsvermogen er een voorwaardelijke vrijstelling wordt verleend van:

*a. indien de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft € 1.060.298 niet te boven gaat: 100%;*

*b. in alle overige gevallen:*

*1°. indien de liquidatiewaarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft hoger is dan de waarde going concern: 100 percent van het verschil tussen liquidatiewaarde en lagere waarde going concern;*

---

<sup>7</sup> Besluit staatssecretaris van Financiën 28 januari 1998, nr. AFZ97/4358 (Stcrt. 22), 'Invordering; Wijziging van de Leidraad Invordering 1990', V-N 1998/8.43.

<sup>8</sup> P. Kavelaars, 'Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang', Fiscale geschriften 33, Deventer: SDU-uitgevers 2014, p. 126-127.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4.

2°.voor zover de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft, na toepassing van hetgeen is bepaald onder 1°, € 1.060.298 niet te boven gaat: 100%, en

3°.voor zover de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft, na toepassing van hetgeen is bepaald onder 1°, € 1.060.298 te boven gaat: 83%.<sup>10</sup>

De vrijstelling geldt per objectieve onderneming en daarmee dus niet per verkrijger. Indien een onderneming vererft of wordt geschonken aan meerdere verkrijgers, kunnen zij naar rato gebruik maken van de vrijstelling.

## 2.3 Voorwaarden BOR

In artikel 35b lid 5 SW zijn drie voorwaarden opgenomen voor de voorwaardelijke vrijstelling. Deze voorwaarden houden in dat er ondernemingsvermogen verkregen moet worden op grond van artikel 35c SW, dat er voldaan dient te zijn aan de bezitstermijn van artikel 35d SW en dat er voldaan dient te worden aan het voortzettingsvereiste zoals beschreven in artikel 35e SW. In de volgende sub paragrafen van dit hoofdstuk zullen deze voorwaarden zoals beschreven in de artikelen 35c, 35d en 35e SW nader uitgewerkt worden.

### 2.3.1 Kwalificerend ondernemingsvermogen

Artikel 35c lid 1 SW definieert wat er onder de verkrijging van ondernemingsvermogen moet worden verstaan. Het betreft een onderneming zoals bedoeld in artikel 3 lid 2 Wet IB, een medegerechtigdheid als bedoeld in artikel 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB, vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang behoorden zoals bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB, mits de rechtspersoon waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft een onderneming drijft en onroerende zaken die bij de erflater of schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in artikel 3.92 Wet IB.<sup>11</sup> Met deze definitie heeft de wetgever beoogd de regeling rechtsvormneutraal vorm te geven.<sup>12</sup>

Op grond van artikel 35c lid 1 onderdeel c onder 2° SW wordt het beleggingsvermogen tot maximaal 5% van de waarde van het ondernemingsvermogen tevens aangemerkt als ondernemingsvermogen.

### 2.3.2 Het bezitsvereiste

Artikel 35d SW stelt eisen aan de erflater/schenker van de onderneming. Indien er gebruik gemaakt wordt van de BOR bij een schenking, dient de schenker de vijf jaren voor de schenking kwalificerend ondernemingsvermogen in zijn bezit gehad te hebben. Indien er gebruik wordt gemaakt van de BOR bij overlijden, dient de erflater één jaar voor de schenking kwalificerend ondernemingsvermogen in zijn bezit gehad te hebben. Voorheen gold er geen bezitstermijn bij een verkrijging van een erflater.

---

<sup>10</sup> Artikel 35b lid 1 SW.

<sup>11</sup> Artikel 35c lid 1 SW.

<sup>12</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5.

Per 1 januari 2010 is dit echter gewijzigd, omdat in de praktijk bleek dat belast vermogen werd omgezet naar onbelast vermogen bij een voorzienbaar overlijden.<sup>13</sup> Er is dus sprake van een antimisbruikbepaling. Daarnaast wordt met deze één jaarstermijn een belangrijk onderdeel van een reële bedrijfsopvolging gedefinieerd. Er is alleen sprake van een reële bedrijfsopvolging als de onderneming reeds enige tijd is gedreven.<sup>14</sup> In artikel 9 lid 1 UR SW is een aantal bepalingen opgenomen waarbij er een inbreuk is gemaakt op het bezitsvereiste, maar er toch gebruik kan worden gemaakt van de vrijstelling.

### 2.3.3 Het voortzettingsvereiste

Artikel 35e lid 1 SW bepaalt dat de verkrijger de verkregen onderneming ten minste vijf jaar moet voortzetten. De verkrijger mag niet ophouden met het genieten van winst uit onderneming. Als de onderneming geheel of gedeeltelijk wordt gestaakt, komt de voorwaardelijke vrijstelling naar rato van het gestaakte gedeelte te vervallen. Indien de BOR is toegepast op AB-aandelen mogen de aandelen voor een periode van vijf jaar niet worden vervreemd. In artikel 10 lid 1 UR SW is een aantal bepalingen opgenomen waardoor er geen inbreuk wordt gemaakt op de voortzettingsperiode, terwijl de vijfjaarstermijn formeel wel is verbroken. Dit is onder andere het geval bij het ophouden van winst uit onderneming te genieten door overheidsingrijpen. Indien gedurende de vijfjaarstermijn niet meer wordt voldaan aan het voortzettingsvereiste, komt de voorwaardelijke vrijstelling te vervallen op grond van artikel 35b lid 6 SW.

### 2.4 Doel en strekking van de BOR

De BOR wordt wel gerechtvaardigd met het argument dat zonder de regeling de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Zo werd bij de invoering van de kwijscheldingsfaciliteit in de Invorderingswet in 1998 als volgt geoordeeld: *'vanuit het algemeen sociaal-economisch belang is het onwenselijk dat een onderneming die overgaat door vererving moet worden gestaakt of geforceerd moet worden verkocht zonder dat de bedrijfsresultaten daar aanleiding toe geven, met als gevolg een verlies aan werkgelegenheid en economische diversiteit. Het is om dezelfde reden onwenselijk dat een ondernemer in situaties waarin het maatschappelijk gebruikelijk is uit te treden, zijn onderneming staakt in plaats van overdraagt aan een of meer opvolgers.'*<sup>15</sup>

De BOR is zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis door de wetgever in het leven geroepen, omdat een verkrijger bij de verkrijging van ondernemingsvermogen schenk- of erfbelasting verschuldigd is. Deze belasting vormt een last voor de verkrijger en hierdoor kan de continuïteit van de onderneming in gevaar komen, indien er voor het te betalen belastingbedrag liquiditeiten aan de onderneming moeten worden onttrokken.<sup>16</sup>

Bij de verruiming van de BOR in 2010 gaf de staatssecretaris van Financiën het volgende aan over de regeling: *'kern van de bedrijfsopvolgingsregeling is dat de schenk- en erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten. Met het wetsvoorstel wordt de regeling eenvoudiger, toegankelijker en evenwichtiger. Daarnaast wordt de regeling meer toegesneden op het faciliteren van de overgang van 'echte' ondernemingen.'*<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> I.J.F.A. van Vijfeiken en N.C.G. Gubbels, *'Cursus belastingrecht Schenk- en erfbelasting studenteneditie 2017-2018'*, Deventer: Kluwer 2017, p. 280.

<sup>14</sup> W. Burgerhart en T.C. Hoogwout, *'Commentaar artikel 35d Successiewet 1956-Eisen aan schenker of erflater'*, NDFR.

<sup>15</sup> Kamerstukken II 1997/98, 25688, nr 3, p. 7.

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 4.

De BOR is dus gericht op het stimuleren van belastingplichtigen die een reële bedrijfsopvolging beogen door gebruik te maken van de regeling. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt tevens dat de wetgever alleen overdrachten wil faciliteren waarbij geen beleggingsvermogen in de onderneming aanwezig is.<sup>18</sup>

Naast het beogen van reële bedrijfsopvolging was een andere doelstelling van de wetswijziging van 2010 om de regeling meer rechtsneutraal te maken. Dit wordt bereikt door het hanteren van het IB-ondernemingsbegrip en het verlagen van de vrijstelling over het beleggingsvermogen naar 5%.<sup>19</sup>

## 2.5 BOR en het gelijkheidsbeginsel

Kavelaars geeft aan dat door de wetsgeschiedenis heen blijkt dat het percentage van de vrijstelling nooit voldoende is onderbouwd en willekeurig lijkt te zijn gekozen. Dit heeft in de literatuur dan ook tot de nodige kritiek geleid. Tevens geeft hij aan dat de regeling mogelijk discriminerend is, omdat ondernemingsvermogen wel en beleggingsvermogen niet vrijgesteld wordt. In de rechtspraak is dan ook gesteld dat er sprake is van een onaanvaardbare behandeling van ondernemingsvermogen ten opzichte van beleggingsvermogen.<sup>20</sup> Deze vraag is uiteindelijk voorgelegd aan de Hoge Raad en hij heeft een uitspraak gedaan over de vraag of de regeling in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De Hoge Raad heeft uiteindelijk in zijn arrest van 22 november 2013<sup>21</sup> geoordeeld dat de BOR niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De wetgever komt bij een dergelijke beoordeling een ruime beoordelingsvrijheid toe. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de wetgever bij het ontwerp van de regeling niet buiten de aan haar toegekende bewegingsvrijheid is getreden. De regeling wordt volgens de Hoge Raad gerechtvaardigd door de eis van de wetgever dat familiebedrijven onbelemmerd voortgezet moeten kunnen worden.<sup>22</sup>

## 2.6 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de deelvraag besproken: *'wat houdt de BOR in en wat is het doel en de strekking van de regeling?'* Concluderend is de BOR tot stand gekomen vanuit een betalingsfaciliteit, die later is uitgebreid met een kwijtscheldingsfaciliteit in de IW. De BOR is uiteindelijk opgenomen in SW en het vrijstellingspercentage is door de jaren heen verhoogd. De huidige BOR biedt aan belastingplichtigen een voorwaardelijke vrijstelling. Om gebruik te kunnen maken van de BOR is vereist dat er sprake is van een materiële onderneming en dient er voldaan te zijn aan het voortzettings- en bezitsvereiste. Het doel van de wetgever van de BOR is dat de continuïteit van een onderneming niet in gevaar komt, omdat er liquiditeiten uit de onderneming moeten worden onttrokken om de schenk- of erfbelastingsschuld te voldoen. Ook wil de wetgever alleen reële bedrijfsopvolgingen stimuleren. Als laatste heeft de wetgever de BOR beoogd rechtsvormneutraliteit te creëren door aan te sluiten bij het IB-ondernemingsbegrip.

---

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5 en p. 43-44.

<sup>19</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5.

<sup>20</sup> Rechtbank Breda 13 juli 2012, nr. 11/05509, NTFR 2012/1997, V-N 2012/43.20.

P. Kavelaars, *'Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang'*, Fiscale geschriften 33, Deventer: SDU uitgevers 2014, p.129- 130.

<sup>21</sup> Hoge Raad 2 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211, BNB 2014/30.

<sup>22</sup> P. Kavelaars, *'Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang'*, Fiscale geschriften 33, Deventer: SDU uitgevers 2014, p.129- 130.

## Hoofdstuk 3. Materiële onderneming en vastgoed

### 3.1 Inleiding

Een belangrijke nog onbeantwoorde vraag in de literatuur is wanneer er voor een vastgoedexploitant sprake is van het drijven van een materiële onderneming. Over deze kwestie worden nog veel discussies gevoerd tussen belastingplichtige en de fiscus.<sup>23</sup>

In dit hoofdstuk wordt het begrip materiële onderneming voor vastgoedexploitanten nader toegelicht aan de hand van literatuur en diverse arresten. In dit hoofdstuk kader ik de probleemstelling van deze thesis verder af door aan te geven waaruit de onduidelijkheid bestaat bij de kwalificatie van het drijven van een materiële onderneming bij vastgoedexploitanten. Ik geef antwoord op de volgende deelvraag: *‘wat wordt er verstaan onder het begrip materiële onderneming in het kader van verhuur en ontwikkeling van vastgoed?’*

Dit hoofdstuk begint met een beschrijving van het belang voor belastingplichtigen van toepassing van de BOR. In paragraaf 3.3 wordt het begrip materiële onderneming in de Wet IB toegelicht. In paragraaf 3.4 schets ik het onderscheid tussen de begrippen ondernemen en beleggen. Vervolgens ga ik in op het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. In paragraaf 3.6 komt de voor deze thesis relevante jurisprudentie uit de jaren 2013 tot en met 2018 omtrent het drijven van een materiële onderneming en vastgoed aan de orde. Dit hoofdstuk zal afgesloten worden met een tussenconclusie.

### 3.2 Belang BOR

Als een verkrijger van een bedrijf gebruik wil maken van de voorwaardelijke vrijstelling uit de SW dient er sprake te zijn van een materiële onderneming. Als er geen sprake is van een materiële onderneming is de BOR niet van toepassing. Dit betekent dat er dan 10-20% of 30-40% successiebelasting geheven zal worden over de waarde van het verkregen vermogen.<sup>24</sup> Deze belasting heeft tevens betrekking op nog niet gerealiseerde stille reserves. De realisatie van deze stille reserves in de toekomst is nog onzeker, terwijl de belasting hierover al wel betaald dient te worden. De stille reserves worden bij het overlijden van de erflater namelijk nog niet gerealiseerd, maar pas op het moment dat de erfgenamen de onderneming daadwerkelijk verkopen. Als de belastingplichtige in privé over onvoldoende liquide middelen beschikt, zal hij deze aan de onderneming moeten onttrekken. In geval dat er bankrekeningen in de onderneming aanwezig zijn, kan het saldo van deze bankrekeningen aan de onderneming onttrokken worden om de belastingschuld te kunnen voldoen. Bij een vastgoedonderneming is dit echter niet zo eenvoudig. Het aanwezige vastgoed in de onderneming is immers niet liquide. De belastingplichtige zou dus voor zover er onvoldoende liquide middelen zijn (een deel van) zijn vastgoedportefeuille moeten verkopen om liquide middelen te verwerven om de belastingschuld te kunnen voldoen. Dit betekent dat er een groot financieel belang is gemoeid met de vraag of de vastgoedexploitant in aanmerking komt voor de BOR.<sup>25</sup> Indien de BOR van toepassing is, is de belastingplichtige een gecombineerde heffing van AB en SW van circa 3,4% verschuldigd. Indien de BOR voor belastingplichtige niet van toepassing is, bedraagt de gecombineerde heffing circa 40%. Het belang van het al dan niet gebruik kunnen maken van de vrijstelling is voor de belastingplichtige met betrekking tot dit vraagstuk enorm. Het is daarom belangrijk dat het duidelijk is onder welke voorwaarden de belastingplichtige gebruik kan maken van de voorwaardelijke vrijstelling uit de SW.

---

<sup>23</sup> A. Rozendal, *‘Tussenstand bedrijfsopvolgingsfaciliteiten’*, NTFRB 2018/17.

<sup>24</sup> Artikel 24 SW.

<sup>25</sup> O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, *‘Bedrijfsopvolging en vastgoed’*, WFR 2014/1215.



### 3.3 Het begrip materiële onderneming

In hoofdstuk 2 van deze thesis is reeds naar voren gekomen dat in onder andere artikel 35c SW een voorwaarde wordt genoemd om gebruik te kunnen maken van de BOR. Deze voorwaarde houdt in dat er sprake dient te zijn van het drijven van een materiële onderneming. Alvorens ik dit begrip in het kader van vastgoed toespits, zal ik eerst uiteenzetten wat er verstaan wordt onder het ondernemingsbegrip.

Een onderneming wordt omschreven als een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, waarmee wordt beoogd door deelname aan het maatschappelijke verkeer winst te behalen.<sup>26</sup> Essers omschrijft naar aanleiding van jurisprudentie een onderneming als volgt: 'zelfstandige duurzaam bedoelde activiteiten, gericht op een risicodragende deelneming aan het economisch verkeer'.<sup>27</sup> In beide definities is opgenomen dat het dient te gaan om een bron van inkomen. Voor een bron van inkomen is vereist dat er sprake is van deelneming aan het economisch verkeer, het oogmerk om winst te behalen en het voordeel moet redelijkerwijs te verwachten zijn.<sup>28</sup>

In deze thesis zal als IB-ondernemingsbegrip de klassieke definitie worden gehanteerd, te weten: een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, waarmee wordt beoogd door deelname aan het maatschappelijke productieproces winst te behalen. De verschillende elementen uit deze definitie zullen in de volgende sub paragrafen nader toegelicht worden.

#### 3.3.1 Duurzame organisatie

Met een duurzame organisatie wordt bedoeld dat de intentie van de belastingplichtige van belang is. De bedoeling van de belastingplichtige moet niet zijn om kortstondig een activiteit te verrichten, maar hij dient te streven naar continuïteit. Dit betekent echter niet dat een activiteit een bepaalde tijdslimiet moet overtreffen om tot winst uit onderneming gerekend te worden.<sup>29</sup> Het gaat om de intentie van de belastingplichtige om de activiteit voor langere tijd voort te zetten.

Met het begrip organisatie wordt aangegeven dat het dient te gaan om een verband tussen de activiteiten. Er mag geen sprake zijn van een toevallige samenloop van activiteiten. Er dient sprake te zijn van enige vorm van organisatie die gericht is op een gezamenlijk doel.<sup>30</sup>

#### 3.3.2 Kapitaal en arbeid

De factor arbeid onderscheidt de ondernemer van de belegger. Als het beleggen erg intensief gebeurt, kan de beleggingsactiviteit wel uitgroeien tot een onderneming. Dit was bijvoorbeeld het geval in het arrest van de Hoge Raad van 7 oktober 1981. In deze casus was er namelijk sprake van een meer dan incidentele deelname aan het economisch verkeer en de arbeid was van een dergelijke aard en omvang dat er sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer.<sup>31</sup>

Ook voor kapitaal geldt dat alleen de aanwezigheid van kapitaal meer neigt naar de kwalificatie van beleggen en dat er dan minder snel sprake zal zijn van een onderneming. Bij de afwezigheid van kapitaal zal een activiteit eerder worden gekwalificeerd als resultaat uit overige werkzaamheden dan als winst uit onderneming.<sup>32</sup>

---

<sup>26</sup> Zie o.a. A. Rozendaal, *'Tussenstand bedrijfsopvolgingsfaciliteiten'*, NTFRB 2018/17.

<sup>27</sup> M.L.M. van Kempen, *'Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting'*, Kluwer: Deventer, 3.2.2.A.a.

<sup>28</sup> P.H.J. Essers, *'Personenvennootschappen en aanverwante rechtsvormen'*, Kluwer: Deventer 2004, algemeen deel, onderdeel IB 2.1.2.2.

<sup>29</sup> J.P. de Boer en B. van der Slik, *'Commentaar bij artikel 3.90 Wet IB'*, NDFR, paragraaf 1.

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

<sup>31</sup> Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20.733, BNB 1981/299.

<sup>32</sup> E. Thomas, *'Commentaar bij artikel 3.2 Wet IB'*, NDFR, paragraaf 10.

Het criterium arbeid speelt een belangrijke rol bij de kwalificatie van het drijven van een materiële onderneming bij vastgoedexploitatie. Dit criterium arbeid wordt in paragraaf 3.5 nader toegelicht.

### 3.3.3 Deelname aan het economisch verkeer

De voorwaarde dat er sprake dient te zijn van deelname aan het economisch verkeer is in de jurisprudentie ontwikkeld. Een kostenbesparende activiteit wordt daarbij niet gezien als deelname aan het economisch verkeer. Ook uitgaven en bestedingen die gedaan worden in de privésfeer blijven buiten het begrip economisch verkeer.<sup>33</sup> Om tot een beoordeling te kunnen komen of een activiteit plaatsvindt in het economisch verkeer zijn alle feiten en omstandigheden van het geval van belang. Als een activiteit in een besloten kring plaatsvindt, is niet direct duidelijk of het product in het economisch verkeer is gebracht. De intentie van de belastingplichtige is in dat geval doorslaggevend voor de beoordeling of er sprake is van deelname aan het economisch verkeer.<sup>34</sup>

### 3.3.4 Voordeel beogen

Een ondernemer moet naast het oogmerk om winst te bepalen (subjectieve element) ook voldoen aan het criterium dat het voordeel redelijkerwijs te verwachten moet zijn (objectieve element). Of er sprake is van een redelijkerwijs te verwachten voordeel dient beoordeeld te worden aan de hand van de actuele feiten en omstandigheden. De feiten en omstandigheden van latere jaren mogen wel meegenomen worden bij de beoordeling als deze een ander licht werpen op de situatie. Het voordeel dient bepaald te worden voordat rekening is gehouden met de ondernemingsfaciliteiten. Of de ondernemer een voordeel wil beogen is niet relevant. Er wordt gekeken naar de manier waarop de ondernemer zijn activiteiten vorm heeft gegeven, er is dus sprake van een objectief criterium.<sup>35</sup> Als de ondernemer geen winstoogmerk heeft, kan toch uit de feiten blijken dat de onderneming op een zodanige manier is opgezet dat er redelijkerwijs een voordeel te verwachten is. Als hoofdregel geldt hierbij dat een liefhebberij niet gezien wordt als een bron van inkomen, omdat geen voordeel wordt beoogd. Daarom kan er bij een liefhebberij geen sprake zijn van winst uit onderneming.<sup>36</sup>

### 3.3.5 Onderscheid IB-ondernemer en resultaatgenieter

Indien het gaat om het onderscheid tussen een IB-ondernemer en een resultaatgenieter, wordt er ook wel de meer/minder-methode gebruikt. Bij deze methode worden een aantal factoren gewogen om te bepalen of de belastingplichtige wordt gekwalificeerd als ondernemer of als resultaatgenieter. De volgende factoren zijn hierbij van belang: de duurzaamheid en omvang van de werkzaamheden, de grootte van de bruto baten, de winstverwachting, het lopen van risico's, de omvang van en het aantal van de investeringen, de plaats waar de werkzaamheden worden verricht, het aantal opdrachtgevers en het spraakgebruik.<sup>37</sup> Op grond van de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB zal eerst getoetst moeten worden of een activiteit wordt gekwalificeerd als winst uit onderneming, waarna pas aan de eventuele kwalificatie van resultaatgenieter kan worden toegekomen.

## 3.4 Onderscheid beleggen en ondernemen

Een vastgoedexploitant zou op het eerste gezicht aan bovengenoemde definitie van een materiële onderneming kunnen voldoen. Er is namelijk sprake van enige organisatie, er is kapitaal aanwezig in het bedrijf, er zal arbeid verricht worden, er zullen risico's aan de exploitatie verbonden zijn en het doel van de vastgoedexploitatie is om winst te behalen. Zo is ook Berkhout van mening dat een

---

<sup>33</sup> A.C. Rijkers, *'Cursus Belastingrecht inkomstenbelasting'*, Kluwer: Deventer, 3.4.3.B.b3.l.

<sup>34</sup> E. Thomas, *'Commentaar bij artikel 3.2 Wet IB'*, NDFR, paragraaf 2.

<sup>35</sup> M.L.M. van Kempen, *'Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting'*, Kluwer: Deventer, 3.2.2.A.a.

<sup>36</sup> E. Thomas, *'Commentaar bij artikel 3.2 Wet IB'*, NDFR, paragraaf 2.

<sup>37</sup> P. Kavelaars, *'Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang'*, Fiscale geschriften 33, Deventer: SDU uitgevers 2014, p. 42.



vastgoedexploitant aan de definitie van een materiële onderneming zal kunnen voldoen. De vraag is volgens hem dan ook hoe een vastgoedbelegger en een vastgoedondernemer van elkaar onderscheiden moeten worden.<sup>38</sup> Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is het allereerst van belang om te definiëren wat er onder beleggen wordt verstaan.

### 3.4.1 Parallel artikel 28 Wet VPB

In artikel 28 Wet VPB staat het regime van de fiscale beleggingsinstelling beschreven. Eén van de voorwaarden om de kwalificatie FBI te ontvangen, is dat het doel en de feitelijke werkzaamheden dienen te bestaan uit beleggen.<sup>39</sup> Het begrip beleggen is voor deze wet niet wettelijk vastgelegd. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het niet wettelijk verankeren van het begrip beleggen een bewuste keuze is geweest van de wetgever.<sup>40</sup> Het begrip beleggen dient ingevuld te worden aan de hand van de wetsgeschiedenis, de literatuur en de jurisprudentie over dit onderwerp. In de jurisprudentie werd door de Hoge Raad op 8 november 1989 als volgt geoordeeld over het begrip beleggen. *‘Van beleggen is dan sprake, indien het bezit van aandelen in een werkmaatschappij slechts is gericht op het verkrijgen van de waardestijging en het rendement daarvan die bij normaal vermogensbeheer kunnen worden verwacht.’*<sup>41</sup>

Een a contrario redenering betreffende het beleggingsbegrip van artikel 28 Wet VPB lijkt ook van toepassing te kunnen zijn. In het arrest van de Hoge Raad van 1 september 1976 werd namelijk besloten dat een belanghebbende die geen materiële onderneming dreef voldeed aan de voorwaarden om de FBI-status te verkrijgen.<sup>42</sup> Het begrip beleggen kan dus ook gedefinieerd worden als het niet aanwezig zijn van een materiële onderneming.<sup>43</sup>

In de literatuur is een onderscheid aangebracht tussen het ruime beleggingsbegrip en het beperkte beleggingsbegrip. Het ruime beleggingsbegrip komt overeen met de Wet IB en alle activiteiten die daarbij belast worden als inkomsten uit vermogen en daarmee dus in box 3 vallen. Een argument hiervoor is dat een belegger via een FBI op dezelfde manier behandeld wordt als een belegging die gehouden wordt door een aandeelhouder. Voor dit argument zijn handvatten te herleiden uit de wetgeschiedenis.<sup>44</sup> Het beperkte beleggingsbegrip heeft als uitgangspunt dat aan het begrip beleggen zoals genoemd in de Wet VPB een zelfstandige definitie moet worden toegekend. Het begrip beleggen wordt hierdoor beperkter uitgelegd dan inkomsten uit vermogen. Een argument voor deze definitie is dat de vennootschapsbelasting maar twee sferen kent ten opzichte van de inkomstenbelasting die ten minste vier sferen kent. Daarnaast komt het begrip beleggen ook op andere plaatsen in de Wet VPB voor en uit deze bepalingen blijkt niet dat er overeenstemming dient te bestaan met het begrip beleggen in de inkomstenbelasting. Het begrip beleggen dient voor de Wet VPB zoveel mogelijk op gelijke wijze ingevuld te worden.<sup>45</sup>

Uit de definitie van het begrip beleggen uit het arrest van de Hoge Raad 8 november 1989 komt niet duidelijk naar voren wat er onder het begrip meer dan normaal vermogensbeheer wordt verstaan. De definitie van dit begrip komt in paragraaf 3.5 van deze thesis nader aan bod.

---

<sup>38</sup> T.M. Berkhout, *Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed*, NTFR 2010/1225.

<sup>39</sup> Artikel 28 lid 2 aanhef Wet VPB.

<sup>40</sup> Kamerstukken, 15 516, nr. 11, p. 20.

<sup>41</sup> Hoge Raad 8 november 1989, ECLI:NL:PHR:2001:AB0829, nr. 25.257, BNB 1990/73.

<sup>42</sup> Hoge Raad 1 september 1976, nr. 17.924, V-N 1976, p. 860.

<sup>43</sup> P.J.C.B. de Winter, *Commentaar artikel 28 Wet VPB – FBI*, 9 september 2018.

<sup>44</sup> Kamerstukken, 6000, nr. 25, p. 13, r.k., antwoord op vraag 36.

P.J.C.B. de Winter, *Commentaar artikel 28 Wet VPB – FBI*, 9 september 2018.

<sup>45</sup> P.J.C.B. de Winter, *Commentaar artikel 28 Wet VPB – FBI*, 9 september 2018.

Naast bovengenoemde definitie van het begrip beleggen wordt ook in de literatuur door onder andere Van Dijck en Te Niet getracht een onderscheid aan te brengen tussen het begrip ondernemen en beleggen. De opvattingen van deze auteurs worden in de volgende sub paragrafen uiteengezet.

### 3.4.2 Opvatting van Van Dijck

Van Dijck gaat in op het onderscheid tussen ondernemen en beleggen in het algemeen. Maar hij gaat tevens in op het onderscheid tussen beleggen en ondernemen als het gaat om vastgoed. Beide opvattingen worden in deze paragraaf weergegeven. Tevens wordt de mening van Adriaansens en Rozendal over deze opvattingen van Van Dijck uiteengezet.

#### 3.4.2.1 Onderscheid beleggen en ondernemen

Van Dijck gaat in op het onderscheid tussen ondernemen en beleggen. Hij geeft hierbij aan dat een belegger zelf geen producten vervaardigt. Bij beleggen wordt het kapitaal voor derden aangewend. Een ondernemer daarentegen gebruikt zijn kapitaal om voor derden een prestatie te kunnen verrichten. Een ondernemer heeft daarmee de intentie om een meerwaarde te creëren met behulp van arbeid en kapitaal door een prestatie in het economisch verkeer te brengen. Een belegger creëert zelf geen meerwaarde, hij stelt alleen zijn kapitaal ter beschikking en ontvangt daarvoor een vergoeding, omdat het vermogensbestanddeel een vruchtdrager is. Het onderscheid tussen een ondernemer en belegger ligt volgens van Dijck daarom in het antwoord op de vraag of er de intentie is om een meerwaarde te creëren.<sup>46</sup>

Over dit onderscheid tussen ondernemen en beleggen wordt door Adriaansens en Rozendal kritiek geuit. In de huidige tijd kan niet zonder meer gesteld worden dat de onroerende zaak de vruchtdrager is. De eigenaar van een pand zal zelf ook handelingen moeten verrichten om tot een acceptabel rendement te komen. De eigenaar van een pand zal zich dus meer dan vroeger actief moeten opstellen. Dit in tegenstelling tot het rendabel maken van aandelen, waarbij de aandeelhouder zich passief kan opstellen.<sup>47</sup>

#### 3.4.2.2 Onderscheid beleggen en ondernemen bij vastgoed

Over het onderscheid tussen beleggen en ondernemen als het gaat om vastgoed geeft Van Dijck aan dat naar zijn mening de verhuur van vastgoed nooit een onderneming oplevert. Voor deze kwalificatie maakt het niet uit hoe de onderneming is gefinancierd en of de eigenaar van de onroerende zaken zelf de beheersdaden verricht. Er kan alleen sprake zijn van een onderneming als er nog andere prestaties naast enkel de verhuur worden verricht. De kwalificatie onderneming geldt dan alleen voor dit gedeelte.<sup>48</sup> Deze opvatting wordt door Adriaansens en Rozendal wel ondergeschreven. Al merken zij hierbij wel op dat als er andere prestaties naast beheersdaden worden verricht, de vastgoedexploitatie wel als een onderneming kan worden gekwalificeerd. In tegenstelling tot Van Dijck zijn zij dan van mening dat de gehele vastgoedexploitatie wordt gekwalificeerd als een materiële onderneming en niet alleen de overige prestaties.<sup>49</sup>

### 3.4.3 Omstandighedencatalogus van Te Niet

Ook Te Niet heeft onderzoek gedaan naar het onderscheid tussen ondernemen en beleggen als het gaat om vastgoed. In deze subparagraaf wordt zijn omstandighedencatalogus uiteengezet. Tevens is hierbij aandacht voor meningen uit meer recente literatuur over deze omstandighedencatalogus.

---

<sup>46</sup> J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/141.

<sup>47</sup> O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', WFR 2014/1215.

<sup>48</sup> J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/141.

<sup>49</sup> O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', WFR 2014/1215.

### 3.4.3.1 Onderheid beleggen en ondernemen bij vastgoed

In zijn dissertatie die verschenen is in 2007 heeft Te Niet onderzoek gedaan naar uitspraken rondom vastgoed en de bijbehorende kwalificatie als ondernemer of belegger. Te Niet is daarbij tot de conclusie gekomen dat rechters verschillende aanknopingspunten hanteren voor de invulling van het begrip normaal vermogensbeheer. Hoofdzakelijk wordt er door de rechters getoetst of de activiteiten ook door een particuliere belegger uitgeoefend kunnen worden. In de door Te Niet opgestelde omstandighedencatalogus wordt nu gebruik gemaakt van de integrale activiteitentoets. Dit betekent dat hij de meerwaardetoets van Van Dijck niet langer relevant acht. Bij de integrale activiteitentoets worden de kwantitatieve en kwalitatieve elementen van de verrichte arbeid afzonderlijk en in combinatie beoordeeld.<sup>50</sup>

In de omstandighedencatalogus wordt een onderscheid gemaakt tussen arbeidsgerelateerde omstandigheden en vermogensgerelateerde omstandigheden. De arbeidsgerelateerde omstandigheden zijn de volgende:

- de inzet van marktkennis en relaties (kwaliteit van de werkzaamheden);
- de aard van de werkzaamheden;
- de duurzaamheid van de werkzaamheden;
- het aantal bestede uren (kwantiteit van de werkzaamheden)
- de werkzaamheden van ingehuurd personeel;
- handelingen die niet alleen zijn gericht op het aanhouden van de vermogensbestanddelen en op het behalen van periodieke opbrengsten.<sup>51</sup>

Volgens Adriaansens en Rozendal zijn de arbeidsgerelateerde omstandigheden alleen een objectieve toets. Aan de hand van deze toets kan de rechter vaststellen of het doel van de belastingplichtige is om een zodanig rendement te behalen, dat dit boven het normale vermogensbeheer uitkomt.<sup>52</sup>

Door de toetsing van deze arbeidsgerelateerde omstandigheden probeert de rechter een beeld te krijgen van de activiteiten van de vastgoedexploitant. Daarna onderzoekt hij of in de feiten en omstandigheden kenmerken naar voren komen die zijn conclusie ondersteunen of onderuithalen. Daarbij kijkt de rechter naar de vermogensgerelateerde omstandigheden zoals:

- omloopsnelheid van het vermogen;
- samenstelling van het vermogen;
- omvang van het vermogen;
- wijze van financieren.<sup>53</sup>

Uit de rechtspraak is, zo schrijft Te Niet, naar voren gekomen dat door te kijken naar de arbeidsgerelateerde en vermogensgerelateerde omstandigheden niet altijd een duidelijke kwalificatie naar voren komt. De rechter kijkt in dat geval nog naar overige factoren zoals de administratieve verwerking en of men leeft van de opbrengsten van het vermogen.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> H.A.J.P. te Niet, *'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen'*, Fiscale Monografieën 125, Deventer: Kluwer 2007, p. 71.

<sup>51</sup> H.A.J.P. te Niet, *'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen'*, Fiscale Monografieën 125, Deventer: Kluwer 2007, p. 71.

<sup>52</sup> O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, *'Bedrijfsopvolging en vastgoed'*, WFR 2014/1215.

<sup>53</sup> H.A.J.P. te Niet, *'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen'*, Fiscale Monografieën 125, Deventer: Kluwer 2007, p. 71.

<sup>54</sup> H.A.J.P. te Niet, *'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen'*, Fiscale Monografieën 125, Deventer: Kluwer 2007, p. 71.

### 3.4.3.2 Reacties op omstandighedencatalogus Te Niet

Adriaansens en Rozendal zijn van mening dat de omstandighedencatalogus van Te Niet handvatten biedt om bij vastgoedexploitatie te beoordelen of er sprake is van een materiële onderneming.<sup>55</sup> Ook Berkhout en Hoogeveen zijn van mening dat de omstandighedencatalogus een goed hulpmiddel kan zijn.<sup>56</sup>

### 3.4.3.3 Aanzet tot nieuwe omstandighedencatalogus?

Naast deze opgestelde omstandighedencatalogus van Te Niet is er recentelijk een andere omstandighedencatalogus verschenen. Berkhout en Hoogeveen doen een aanzet tot normering en zij presenteren een bijbehorende omstandighedencatalogus.<sup>57</sup> Uit de naar aanleiding van het WOB-verzoek gepubliceerde praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten komt naar voren dat er door de belastingdienst ook een omstandighedencatalogus wordt gebruikt. Beide omstandighedencatalogussen zullen in hoofdstuk 4 van deze thesis nader aan bod komen.

## 3.5 Definitie meer dan normaal vermogensbeheer

Nu duidelijk is wat onder beleggen verstaan wordt, kan het onderscheid tussen een vastgoedbelegger en een vastgoedondernemer nader geconcretiseerd worden.

Bij de beoordeling of de BOR van toepassing is voor vastgoed, dient er volgens Adriaansens en Rozendal een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds vastgoed in eigen gebruik en vastgoedexploitatie-activiteiten die worden gekwalificeerd als een materiële onderneming anderzijds. Indien de onroerende zaak dienstbaar is aan de uitoefening van de onderneming, is er sprake van vastgoed in eigen gebruik.<sup>58</sup>

Om te beoordelen of de vastgoedexploitatie activiteiten worden gekwalificeerd als een materiële onderneming wordt er aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip van artikel 3.2 Wet IB. Dit wordt door onder andere Rozendal het ondernemingsvereiste genoemd. Voor de invulling van dit vereiste geldt een activiteitentoets en een vermogenstoets. De activiteitentoets houdt in dat eerst moet worden bepaald of er een onderneming wordt gedreven. Als aan de activiteitentoets is voldaan, dient de omvang van de onderneming bepaald te worden. Dit gebeurt aan de hand van de vermogenstoets en deze toets houdt in dat wordt bepaald welke vermogensbestanddelen daadwerkelijk tot het vermogen van de onderneming behoren.<sup>59</sup> Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat voor de beoordeling of vermogensbestanddelen tot het ondernemingsvermogen behoren aangesloten dient te worden bij de vermogensetiketteringregels uit de inkomstenbelasting.<sup>60</sup> Als er niet wordt voldaan aan de activiteitentoets, komt men niet meer toe aan de vermogenstoets. In deze thesis zal alleen worden ingegaan op de activiteitentoets.

Voor vastgoedexploitatie geldt dat er naast een duurzame organisatie ook sprake moet zijn van het creëren van meerwaarde. Deze meerwaarde komt tot uiting door het beogen van een rendement dat het normaal vermogensbeheer overstijgt.<sup>61</sup> Dit betekent dat bij vastgoedexploitatie de arbeid die verricht wordt, meer dan normaal moet zijn ten opzichte van het beheren van een

---

<sup>55</sup> O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, *'Bedrijfsopvolging en vastgoed'*, WFR 2014/1215.

<sup>56</sup> T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, *Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten'*, WFR 2015/4.

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

<sup>58</sup> O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, *'Bedrijfsopvolging en vastgoed'*, WFR 2014/1215.

<sup>59</sup> A. Rozendal, *'Bedrijfsopvolging en vastgoed; actuele ontwikkelingen'*, FBN 2017/5-18.

<sup>60</sup> Kamerstukken II 2008/2009, 31930, nr. 9, p. 96.

<sup>61</sup> T.M. Berkhout, *'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed'*, NTFR 2010/1225.

vastgoedportefeuille. Anders is er sprake van normaal vermogensbeheer en daarmee van beleggen.<sup>62</sup> Het arrest van de Hoge Raad 17 augustus 1994, BNB 1994/319 wordt gezien als het startpunt om te beoordelen of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. In dit arrest stond de vraag centraal of er sprake was van een onderneming of van normaal vermogensbeheer. In casu verhuurt de belastingplichtige 18 kamers in twee verschillende panden. Eén van de panden werd door de belastingplichtige zelf bewoond. De belastingplichtige zorgde zelf voor de schoonmaakwerkzaamheden van beide panden en alle voorkomende onderhoudswerkzaamheden, het innen van de huur en het verzorgen van de administratie. Daarnaast verrichtte de belastingplichtige ook administratieve werkzaamheden voor derden en werd incidenteel gereedschap beschikbaar gesteld. De Hoge Raad oordeelt in rechtsoverweging 3.4 als volgt: *'immers, in een geval als het onderhavige is van normaal vermogensbeheer geen sprake, indien het rendement maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit de onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan.'*<sup>63</sup>

Uit dit arrest blijkt dus dat voor meer dan normaal vermogensbeheer twee criteria van belang zijn, te weten: arbeid+ met onmiskenbaar doel rendement+. De extra arbeid die de belastingplichtige verricht moet tot doel hebben het genereren van meer rendement.<sup>64</sup> Dit betekent niet per definitie dat als dit hogere rendement wordt behaald, er direct sprake is van een materiële onderneming. Ook in de omgekeerde situatie als het hogere rendement niet wordt behaald, kan er toch sprake zijn van een materiële onderneming. De meerarbeid moet tot doel hebben het hogere rendement te behalen en er moet beoordeeld worden of dit op basis van de feiten en omstandigheden een haalbaar rendement is.<sup>65</sup>

Uit BNB 1994/319 en de uitspraak van Hof Den Haag van 19 juli 2017<sup>66</sup> komt naar voren dat de arbeid door de vennootschap zelf verricht dient te worden. Er is echter geen duidelijk omslagpunt vast te stellen over een bepaalde hoeveelheid arbeid die verricht dient te worden om de kwalificatie ondernemen te verkrijgen.<sup>67</sup> Er is dus bijvoorbeeld geen urencriterium waaraan getoetst kan worden.

In zijn noot bij BNB 1994/319 merkt Van Dijck op dat het nettorendement toeneemt door de arbeid van de belastingplichtige. Dit komt omdat er geen kosten aan derden ontstaan, omdat onder andere de schoonmaakwerkzaamheden in eigen beheer worden uitgevoerd. Door het Hof werd gekeken naar het brutorendement (waar de arbeid van de belastingplichtige geen effect op had). Door de Hoge Raad is dit standpunt niet overgenomen. De Hoge Raad oordeelde dat er gekeken moet worden naar het behaalde nettorendement (het saldo van de behaalde opbrengsten en de gemaakte kosten).<sup>68</sup>

---

<sup>62</sup> M.J. Hoogeveen, *'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed'*, FBN 2014/10-46.

<sup>63</sup> Hoge Raad, 17 augustus 1994, ECLI:LNL:HR:1994:ZC5731, BNB 1994/319.

<sup>64</sup> T.M. Berkhout, *'Arbeid+, rendement+. Bedrijfsopvolgingsregeling vastgoedbeleggers'*, KWEP 2014/18.

<sup>65</sup> M.J. Hoogeveen, *'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed'*, FBN 2014/10-46.

<sup>66</sup> Hof Den Haag 19 juli 2017, nr 16/00373, NTFR 2017/2109.

<sup>67</sup> Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794, nr 17/00030, NTFR 2018/1149.

Noot : A. Rozendal.

<sup>68</sup> Hoge Raad, 17 augustus 1994, ECLI:LNL:HR:1994:ZC5731, BNB 1994/319

Noot : Van Dijck, noot 3.

### 3.6 Jurisprudentie BOR en vastgoed

Het begrip meer dan normaal vermogensbeheer is niet wettelijk vastgelegd en heeft in de loop van de jaren een meer concrete invulling gekregen in de rechtspraak en fiscale praktijk. De belangrijkste arresten over dit onderwerp in de periode 2013 tot en met 2018 zullen hierna nader uiteengezet worden. Daarbij is een onderscheid gemaakt tussen arresten over de verhuur van vastgoed en de combinatie projectontwikkeling en vastgoed. De arresten zijn per categorie in chronologische volgorde beschreven. Per arrest zullen eerst de belangrijkste feiten uit de casus worden weergegeven. Hierna zal de uitspraak van de rechterlijke instantie toegelicht worden. Als laatste worden meningen uit de literatuur over de uitspraak weergegeven.

#### 3.6.1 Verhuur van vastgoed

*Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013*<sup>69</sup>

In casu is er sprake van een erflater die aan belanghebbende de aandelen van een vennootschap naliet. Tot het vermogen van de vennootschap behoorden vijftien verhuurde panden. De vennootschap realiseerde voornamelijk huuropbrengsten. Door belanghebbende is een overzicht van de aan- en verkooptransacties van panden overlegd. Daarnaast heeft belanghebbende aan het Hof een rendementsoverzicht overlegd waarin het rendement van de vennootschap was weergegeven ten opzichte van het markt rendement (rapport IVBN). De volgende activiteiten werden door erflater verricht:

- het gebruiken van zijn zakelijk netwerk om panden aan te kopen;
- het opstellen van de huurovereenkomsten;
- het onderhouden van contact met de huurders;
- het goedkoper later uitvoeren van de verbouwingswerkzaamheden aan de panden;
- het spelen van een actieve rol in de vereniging van eigenaren;
- het veranderen van een pand van een kantoorbestemming naar een woonbestemming en het pand vervolgens splitsen.<sup>70</sup>

Het Hof is van mening dat de inspecteur terecht het beroep op de BOR heeft afgewezen. Volgens het Hof was er op het moment van het overlijden van de erflater geen sprake van een materiële onderneming. Uit de lijst van aan- en verkooptransacties blijkt dat de vennootschap 15 panden heeft aangekocht en 7 panden heeft verkocht. Dit aantal is naar de mening van het Hof een te beperkte omvang van de activiteit. Daarbij komt tevens dat de laatste verkooptransactie een aantal jaar geleden heeft plaatsgevonden. Daarnaast was er ook geen sprake van een rendement dat het normaal vermogensbeheer overtrof. Het Hof motiveert dit standpunt door aan te geven dat het aangeleverde rendementsoverzicht van belanghebbende niet vergeleken kan worden met het marktrendement, omdat belanghebbende geen rekening heeft gehouden met waardeinstijgingen en –daling van de panden. Daarnaast geeft het Hof aan dat de activiteiten van erflater waaronder het onderhouden van contact met de huurders, het opstellen van de huurovereenkomsten en zijn actieve betrokkenheid bij de VVE activiteiten zijn die horen bij normaal vermogensbeheer. Het feit dat erflater een pand heeft veranderd van een kantoorbestemming naar een woonbestemming is in een langdurige periode van aan- en verkooptransacties te incidenteel om te kunnen worden gekwalificeerd als een materiële onderneming. Als laatste geeft het Hof aan dat in dit geval het uitbesteden van het onderhoud en de verbouwingswerkzaamheden aan de panden niet gericht zijn op het behalen van een hoger rendement. Er is niet aannemelijk gemaakt dat de arbeid qua aard en omvang gericht is op een hoger rendement. Daarbij is het tevens van belang dat de panden

<sup>69</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8439, NTFR 2014/428.

<sup>70</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8439, NTFR 2014/428.

meerdere jaren in beheer zijn gehouden voordat ze weer verkocht zijn en concrete informatie onbekend is. Concluderend oordeelt het Hof dat er geen sprake is van een materiële onderneming.<sup>71</sup>

Naar de mening van Berkhout behoeft dit arrest geen speciale aandacht, maar behoort het tot de normale BOR-arresten. Het prettige van deze uitspraak vindt hij dat het Hof aangeeft welke activiteiten tot normaal vermogensbeheer behoren.<sup>72</sup> Ook Hoogeveen kan zich vinden in deze uitspraak van het Hof. Ook zij vindt dat de werkzaamheden die zijn verricht horen bij normale vastgoedexploitatie. De erflater heeft geen extra activiteiten verricht die hebben geleid tot het hogere rendement. Naar haar mening is er geen sprake van meerarbeid (arbeid+).<sup>73</sup>

*Hof Den Haag 20 december 2013*<sup>74</sup>

Tot de nalatenschap van erflaterster behoorden aandelen in vennootschappen die onroerend goed verhuurden. Haar partner en één van haar kinderen verrichtten beiden werkzaamheden voor deze vastgoedvennootschappen, gezamenlijk 75 uur per week. Het Hof stelt vast dat de volgende werkzaamheden worden verricht:

- het bepalen van de huurprijzen van de panden;
- het zoeken en selecteren van huurders;
- het voeren van correspondentie over de huurovereenkomsten en eventuele huurachterstanden;
- het beantwoorden van vragen van huurders;
- het beoordelen of onderhoud vereist is;
- overleg voeren met de technisch beheerder en de administratie;
- het onderhouden van contacten met aannemers, gemeentelijke diensten en nutsbedrijven;
- het aanvragen van offertes en het verstrekken van opdrachten aan aannemers;
- panden bezichtigen en beoordelen of deze aangekocht gaan worden;
- het lezen van vakliteratuur en het daardoor op peil houden van kennis over vastgoed om op de hoogte te zijn van de huurprijzen in de omgeving.

Het Hof stelt naar aanleiding van de stukken vast dat belanghebbende beschikt over een omvangrijke en diverse vastgoedportefeuille die een aanzienlijke waarde van vele miljoenen vertegenwoordigt. Uit de casus blijkt dat er doordat er geen sprake is van huurachterstanden of leegstand een sterke cashflowpositie is. Deze cashflowpositie wordt veroorzaakt doordat belanghebbende bovenstaande werkzaamheden zelf uitvoert. De cashflowpositie is beter dan dat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.<sup>75</sup> Daarnaast overweegt het Hof het volgende in rechtsoverweging 7.5: *‘naar het oordeel van het Hof brengt het voreoverwogene mee dat het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, gelet ook op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken, dat bij de vennootschappen sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer. Het Hof neemt hierbij in aanmerking dat [B] en [D] 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.’*<sup>76</sup>

Het Hof concludeert dat de onroerende zaak portefeuille op een manier wordt geëxploiteerd waarbij

---

<sup>71</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8439, NTFR 2014/428.

<sup>72</sup> T.M. Berkhout, *‘Arbeid+, rendement+. Bedrijfsopvolgingsregeling vastgoedbeleggers’*, KWEP 2014/18.

<sup>73</sup> M.J. Hoogeveen, *‘Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed’*, FBN 2014/10-46.

<sup>74</sup> Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, V-N 2014/8.22.

<sup>75</sup> Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, V-N 2014/8.22.

<sup>76</sup> Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, V-N 2014/8.22.



een voordeel wordt beoogd en waarbij ook een winstverwachting aanwezig is. Concluderend is daarom in casu de BOR van toepassing.

Bij dit arrest worden in de literatuur de nodige kanttekeningen geplaatst. Zo vraagt Berkhout zich af hoe het Hof komt bij de vaststelling dat het vastgoed een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt. De verkrijging bedraagt 2,4 miljoen, maar op grond van welke feiten wordt vastgesteld dat dit een aanzienlijke waarde is. Ook vraagt hij zich af wat precies verstaan moet worden onder kennis en expertise en het begrip persoonlijke betrokkenheid.<sup>77</sup> Feitelijke en cijfermatige gegevens over de persoonlijke betrokkenheid en het daardoor behaalde hogere rendement ontbreken.<sup>78</sup> Ook Hoogeveen is van mening dat in de casus geen bijzondere werkzaamheden worden verricht. Zij is van mening dat het werkzaamheden zijn die horen bij normaal vermogensbeheer. Daarbij wordt naar haar mening niet duidelijk gemaakt waarom 75 uur aan bestede activiteiten veel is. Dit hangt af van de omvang van de vennootschap en het aantal panden. Door het Hof wordt aangegeven dat er sprake is van een grote onroerendgoedportefeuille. Hoogeveen vindt het logisch dat er bij een grote portefeuille meer werkzaamheden verricht moeten worden dan bij een kleine portefeuille. Naar haar mening had dit tot een andere conclusie kunnen leiden. Als laatste geeft zij aan dat kennis en expertise en een goede relatie met de huurders niet als onderscheidende criteria genoemd kunnen worden, tenzij andere vastgoedexploitanten geen kennis en expertise of een slechte relatie met de huurders hebben. Op grond van omgangsnormen lijkt het daarbij normaal dat er een goede band wordt onderhouden met de huurders, omdat zij huur betalen voor het gebruik van een pand.<sup>79</sup> De Redactie Vakstudie Nieuws geeft in de noot bij het arrest aan dat door deze uitspraak meer belastingplichtigen in beroep zullen gaan om gebruik te kunnen maken van de BOR. Naar de mening van de Redactie komt het Hof tot zijn conclusie door de kwalitatieve en kwantitatieve toets die door de Hoge Raad geformuleerd zijn in BNB 1994/319. De omvang van de portefeuille en het feit dat er weinig leegstand is worden niet als doorslaggevend criteria gezien door de Redactie hoewel het Hof hier wel veel over rept. De Redactie zou het interessant vinden als de staatssecretaris in cassatie gaat.<sup>80</sup>

De staatssecretaris had cassatieberoep ingesteld, maar heeft dit beroepschrift uiteindelijk toch ingetrokken, omdat de beoordeling van een dergelijke casus afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. Hij vindt dat de uitspraak geen richtlijn is voor de praktijk en dat er geen algemene conclusies aan verbonden mogen worden. Voor de belastingplichtigen blijft een zware bewijslast gelden. Naar de mening van de staatssecretaris blijft gelden dat bij vastgoedexploitatie niet (snel) sprake zal zijn van het drijven van een materiële onderneming.<sup>81</sup>

*Hoge Raad 15 april 2016*<sup>82</sup>

Belanghebbende verkrijgt een schenking van 1/100<sup>ste</sup> deel van één certificaat aandeel van zijn ouders. In de aangifte schenkbelasting is er een beroep gedaan op de BOR. De vennootschap had een zeer omvangrijke vastgoedportefeuille met 350 onroerende zaken op 143 locaties. De vennootschap had 16 personeelsleden in dienst. Het onderhoud aan de onroerende zaken vond in eigen beheer plaats. Verbouwingen werden uitbesteed, waarbij toezicht werd gehouden door het personeel van

---

<sup>77</sup> T.M. Berkhout, *'Fiscale orakeltaal'*, NTFR 2014/1376.

<sup>78</sup> T.M. Berkhout, *'Arbeid+, rendement+. Bedrijfsopvolgingsregeling vastgoedbeleggers'*, KWEP 2014/18.

<sup>79</sup> M.J. Hoogeveen, *'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed'*, FBN 2014/10-46.

<sup>80</sup> Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, V-N 2014/8.22.

Noot: Redactie Vakstudie Nieuws.

<sup>81</sup> Toelichting Staatssecretaris van 28 maart 2014, nr. DGB 2014-1075, NTFR 2014/1391.

<sup>82</sup> Hoge Raad 15 april 2016, 15/02829, ECLI:NL:HR:2016:633, V-N 2016/24.12.



de vennootschap. De investeringen in de panden bedragen honderden miljoenen, waarbij er voor een groot deel is gefinancierd met vreemd vermogen. In geschil is of op de schenking aan belanghebbende de BOR van toepassing is. Het Hof stelt dat er een hoger rendement wordt behaald dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Hierbij dient volgens het Hof ook rekening te worden gehouden met het indirecte rendement. Ook geeft het Hof aan dat een vergelijking met een rendementsindex niet bruikbaar is. Dit is in lijn met het eerder besproken arrest van 8 april 2014. Het rendement dat de vennootschap behaalt bedraagt 20% en dit is volgens het Hof een rendement dat hoger is dan gebruikelijk. Ook is het Hof van mening dat de aard en omvang van de werkzaamheden het normaal vermogensbeheer overtreffen. Het Hof hecht hierbij waarde aan het feit dat de personeelsleden kennis en ervaring hebben, de aanwezigheid van diverse afdelingen, het toezicht dat werd gehouden op de verbouwingen door het personeel en het inhuren van externe deskundigen. De Hoge Raad oordeelt dat het Hof uit is gegaan van een juiste rechtsopvatting omtrent het begrip drijven van een materiële onderneming, daarbij is uitgegaan van de juiste feiten en omstandigheden die de Hoge Raad niet op juistheid kan toetsen. Daarbij is het oordeel voldoende gemotiveerd.<sup>83</sup>

In dit arrest komt duidelijk de vraag naar voren of er een hoger rendement wordt behaald dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Rozendal geeft in zijn WFR artikel duidelijk weer om welke drie uitgangspunten het gaat. Dit zijn de volgende uitgangspunten:

1. Er dient gekeken te worden naar zowel het directe als het indirecte rendement;
2. Bij het vaststellen van het directe rendement moet gekeken worden naar het nettorendement; Dit nettorendement zijn de huuropbrengsten minus de kosten.
3. De Nederlandse vastgoedindex is geen bruikbaar criterium voor de vergelijking.

Rozendal is echter wel van mening dat dit arrest voor de praktijk nog geen concrete richtlijnen geeft voor wanneer er voor vastgoedexploitatie sprake is van het drijven van een materiële onderneming. Het arrest kan naar zijn mening echter wel aanleiding zijn voor andere vastgoedexploitanten om hun gelijk te behalen in de rechtszaal.<sup>84</sup>

Ook de Redactie Vakstudie Nieuws schrijft dat het arrest voor de praktijk weinig waarde zal hebben. Het arrest is kort en de Hoge Raad gaat zonder nadere inhoudelijke argumenten op de zaak in en gaat mee met de uitspraak van het Hof. Daarbij heeft het Hof in zijn uitspraak niet nader geconcretiseerd wat bij deze vastgoedportefeuille een rendement zou zijn wat bij normaal vermogensbeheer behaald zou worden. Het blijft dus nog steeds onduidelijk waarmee het behaalde rendement van 20% is vergeleken. Daarnaast is de Redactie Vakstudie Nieuws van mening dat dit percentage van 20% geen omslagpunt mag gaan vormen, waardoor beleggen overgaat in ondernemen. Het gaat er juist om dat er gestreefd moet worden naar een hoger rendement en dat dit rendement dus niet daadwerkelijk behaald hoeft te worden. Het gaat immers om een inspanningsverplichting en niet om een resultaatverplichting.<sup>85</sup>

*Rechtbank Noord-Holland 13 april 2018*<sup>86</sup>

In deze casus gaat het weer om een proefschenking van een aandeel in een vennootschap. De werkzaamheden van de vennootschap bestaan uit de verhuur van een hotelpand en de verhuur van twee etages in een andere onroerende zaak. De omzet van de vennootschap bestaat geheel uit de

---

<sup>83</sup> Hoge Raad 15 april 2016, 15/02829, ECLI:NL:HR:2016:633, V-N 2016/24.12.

<sup>84</sup> A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', WFR 2016/127.

<sup>85</sup> Hoge Raad 15 april 2016, 15/02829, ECLI:NL:HR:2016:633, V-N 2016/24.12.

Noot: Redactie Vakstudie Nieuws.

<sup>86</sup> Rechtbank Noord-Holland 13 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3122, AWB-16\_4456, V-N 2018/38.33.4.

huuropbrengsten. Tussen 2000 en de datum van de schenking hebben geen aan- of verkopen van onroerende zaken plaatsgevonden. De rechtbank is van oordeel dat er in deze casus geen sprake is van een materiële onderneming. De verhuur van de onroerende zaken vindt plaats tegen een geïndexeerde huurprijs. Daarnaast is er naast de verhuur van onroerende zaken geen sprake van projectontwikkeling of aan- en verkoop van nieuwe onroerende zaken. Ook is er in casu geen sprake van een omvangrijke onroerendgoedportefeuille. De werkzaamheden die aan de onroerende zaken verricht worden zijn niet van dergelijke omvang en aard dat deze behoren bij meer dan normaal vermogensbeheer, het zijn werkzaamheden die een belegger aan zijn onroerende goed behoort uit te voeren. Ook is er geen sprake van een hoger rendement dan gebruikelijk. De vastgoedindex wordt door de rechtbank geacht een goede vergelijkingsmaatstaf te zijn. Het rendement dat volgens de vastgoedindex behaald zou moeten zijn, is door belanghebbende niet behaald. Tevens is niet aannemelijk gemaakt dat de verrichte werkzaamheden door belanghebbende hebben geleid tot een betere cashflowpositie. De rechtbank is als laatste van oordeel dat de verhuurwerkzaamheden weinig tijd in beslag nemen en dat tevens de omvang beperkt is. Concluderend is de rechtbank van oordeel dat er geen materiële onderneming gedreven wordt.<sup>87</sup>

### 3.6.2 Combinatie projectontwikkeling en verhuur

*Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014*<sup>88</sup>

In deze casus is er naast de verhuur van vastgoed tevens sprake van projectontwikkeling. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat als er sprake is van projectontwikkeling de wetgever van mening is dat er sprake kan zijn van een materiële onderneming.<sup>89</sup>

In casu werd er één aandeel van de vennootschap aan belanghebbende geschonken. De vader van belanghebbende was directeur van de vennootschap en tevens makelaar en besteedde ongeveer 30 uur per week aan werkzaamheden voor de vennootschap. De vennootschap heeft 20 tot 25 panden in de verhuur. Deze panden zijn gedeeltelijk gefinancierd met vreemd vermogen. De verhuuractiviteiten brengen diverse werkzaamheden met zich mee, zoals onder andere het innen van de huur, het verzorgen van de administratie en het doen van marktonderzoek. Daarnaast oriënteert de vader van belanghebbende zich voortdurend op mogelijke nieuwe projecten. In 2011 hebben er een aantal grote projecten plaatsgevonden:

- de verbouwing van een notariskantoor naar een ziekenhuis;
- de aan- en verkoop van een pand;
- de aankoop en verbouwing van een pand in samenwerking met een aannemer;
- het opstarten van een marktonderzoek en het voeren van oriënterende gesprekken over de aankoop van een pand;
- het zoeken naar potentiële kopers voor de op dat moment nog leegstaande bedrijfsunits.<sup>90</sup>

Om deze projecten te kunnen realiseren heeft de vader van belanghebbende onder andere diverse vergaderingen bijgewoond.<sup>91</sup>

In geschil is of belanghebbende recht heeft op de toepassing van de BOR. Het Hof is van mening dat de aard en de omvang van de werkzaamheden die door de vader van belanghebbende worden verricht tot doel hebben een hoger rendement te behalen dan bij normaal vermogensbeheer

<sup>87</sup> Rechtbank Noord-Holland 13 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3122, AWB-16\_4456, V-N 2018/38.33.4.

<sup>88</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, 13/00473, V-N 2014.19.18.

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

<sup>90</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, 13/00473, V-N 2014.19.18.

<sup>91</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, 13/00473, V-N 2014.19.18, rechtsoverwegingen 2.3-2.7.

gebruikelijk is. Hiervoor voert het Hof aan dat de vader van belanghebbende zijn zakelijk netwerk gebruikt om de grote projecten zoals hierboven genoemd te kunnen realiseren. De vader van belanghebbende heeft naast zijn al omvangrijke vastgoedportefeuille deze extra werkzaamheden verricht. Dit zorgt ervoor dat de arbeid is gericht op het behalen van een hoger rendement. Daarbij wordt het van belang geacht dat er gesprekken zijn gevoerd met aannemers, architecten en gemeenten en dat de vader van belanghebbende diverse vergaderingen bijwoonde. Daarnaast treedt de vader van belanghebbende zelf op als bouwopzichter bij de projecten. Ook kent het Hof gewicht toe aan het feit dat een deel van het vastgoed is gefinancierd met vreemd vermogen.<sup>92</sup> Als laatste heeft het Hof aangevoerd dat een vergelijking van het behaalde rendement met een rendementsindex geen doorslaggevende factor is om te bepalen of men voldoet aan het criteria meer dan normaal vermogensbeheer. Er kan namelijk wel een verwachting zijn dat er hoge rendementen behaald zullen worden, zonder dat dit rendement in het betreffende jaar reeds is behaald.<sup>93</sup> Concluderend is in deze situatie de BOR van toepassing.

De Redactie Vakstudie Nieuws geeft in zijn noot bij het arrest aan dat hij de redenering van het Hof met betrekking tot het behaalde rendement kan volgen, omdat deze ook aansluit bij de reeds geformuleerde regel van de Hoge Raad. De Hoge Raad is namelijk van oordeel dat de werkzaamheden tot doel hebben om een hoger rendement te behalen en dat dit rendement nog niet behoeft te zijn behaald.<sup>94</sup> Berkhout vindt dit echter een opmerkelijke redenering. Volgens hem is het onduidelijk hoe nog niet neergeslagen behaalde resultaten gemeten moeten worden en op welke manier een vergelijking gemaakt dient te worden. Welk rendement moet vergeleken worden en waarmee moet dit rendement vergeleken worden? Het Hof is naar zijn mening aan deze vragen voorbijgegaan.<sup>95</sup>

Deze uitspraak ligt dus in lijn met de eerder besproken uitspraak van het Hof Den Haag van 20 december 2013. Volgens de Redactie Vakstudie Nieuws lijkt er een rechtsregel te ontstaan om de vraag te kunnen beantwoorden wanneer er sprake is van het drijven van een materiële onderneming. De rechtsregel die de Redactie formuleert is dat er sprake is van een materiële onderneming als de activiteiten worden verricht met als doel het tot stand brengen van een rendementsverbetering.<sup>96</sup>

#### *Hoge Raad 10 maart 2017*<sup>97</sup>

Belanghebbende en zijn broer verkrijgen door het overlijden van hun vader ieder aandelen in een vennootschap. De vennootschap was een beleggingsmaatschappij, maar vanaf 1999 zijn de activiteiten van de vennootschap meer gericht op projectontwikkeling. Het vermogen van de vennootschap bestond uit 21 onroerende zaken die in eigen beheer zijn ontwikkeld en gebouwd. Daarnaast zijn ook drie bedrijfsverzamelgebouwen en vier units van deze gebouwen in eigen beheer ontwikkeld.<sup>98</sup> Uit de feiten blijkt dat de onroerend goed portefeuille een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt en grotendeels is gefinancierd met vreemd vermogen. De vennootschap

---

<sup>92</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, 13/00473, V-N 2014.19.18, rechtsoverweging 4.7.

<sup>93</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, 13/00473, V-N 2014.19.18, rechtsoverweging 4.8.

<sup>94</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, 13/00473, V-N 2014.19.18 Noot Redactie Vakstudie Nieuws.

<sup>95</sup> T.M. Berkhout, 'Arbeid+, rendement+. Bedrijfsopvolgingsregeling vastgoedbeleggers', KWEP 2014/18.

<sup>96</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, 13/00473, V-N 2014.19.18. Noot Redactie Vakstudie Nieuws.

<sup>97</sup> Hoge Raad 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, 16/04190, NTFR 2017/671.

<sup>98</sup> Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16718, nr 14/1201, NTFR 2015/1164.

ontwikkelt ook projecten en brengt deze als koop- of huurpanden op de markt. De werkzaamheden die belanghebbende verricht zijn:

- het bijhouden van de administratie;
- het opstellen en bepalen van de huurprijzen van de onroerende zaken;
- het beheer van de huurders;
- het opstellen van de huurovereenkomsten;
- het versturen van aanmaningen naar huurders;
- het onderhouden van contact met aannemers;
- het inzetten van mensen;
- het afhandelen van klachten;
- onderhoudsbeoordeling van de panden;
- de aankoop van grond of panden en het ontwikkelen dan wel realiseren van nieuwe projecten;
- het onderhouden van contacten met gemeente voor de ontwikkeling.<sup>99</sup>

### **Hof Den Haag 1 juli 2016<sup>100</sup>**

Het Hof is in deze casus van mening dat geen sprake is van een materiële onderneming. Het Hof komt tot deze conclusie, omdat het van mening is dat een gedeelte van de projectontwikkeling te lang geleden heeft plaatsgevonden en aan deze projectontwikkeling kent hij daarom geen waarde toe. Daarnaast zijn de werkzaamheden aan de units alleen verricht om deze af te bouwen zodat zij een verkoop of verhuur bestemming konden krijgen. Deze werkzaamheden worden daarom niet als projectontwikkeling gekwalificeerd, omdat de werkzaamheden die onder projectontwikkeling vallen niet voor eigen rekening en risico zijn gekomen maar voor rekening en risico van een derde partij. Daarnaast is door belastingplichtige geen inzicht verstrekt in de omvang van de kosten van de afbouw van de vier units en van het bedrijfsgebouw. Hierdoor is het niet aannemelijk gemaakt dat het gaat om substantiële activiteiten. De omvang van de ontwikkelingsactiviteiten zijn ten opzichte van de omvang van de verhuuractiviteiten van de vennootschap te beperkt volgens het Hof. Daarnaast worden de aard en de omvang van de werkzaamheden normaal geacht als het gaat om onderhoud, verkoop en verhuur van onroerende zaken. De omvang bepaalt het Hof naar aanleiding van de hoogte van de personeelskosten die uit de jaarrekening blijken. Met betrekking tot het criterium rendement+ zijn door belanghebbende onvoldoende feiten en omstandigheden naar voren gebracht waaruit opgemaakt kan worden dat er sprake is van een hoger rendement dan gebruikelijk. Het Hof oordeelt dat belastingplichtige geen recht heeft op de BOR.<sup>101</sup>

Rozendal gaf in zijn noot bij de rechtbankuitspraak aan dat het oordeel van de rechtbank hem juist leek, omdat er sprake was van propertymanagementwerkzaamheden. Nu het Hof tot een ander oordeel komt dan de rechtbank, heeft Rozendal hier diverse opmerkingen over. Allereerst is hij van mening dat bij de kwalificatie van de projectontwikkelingsactiviteiten het Hof onjuist heeft geoordeeld. Naar de mening van Rozendal kwalificeren deze activiteiten wel als een materiële onderneming. Het Hof komt tot zijn oordeel door te kijken naar de omvang van de projectontwikkelingsactiviteiten en oordeelt dat deze omvang te beperkt is. Daarnaast geeft het Hof als argument dat er pas gestart wordt met een nieuw project als het oude project is afgerond, omdat er anders problemen ontstaan met de financiering. Beide argumenten zijn naar de mening van

---

<sup>99</sup> Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16718, nr 14/1201, NTFR 2015/1164. Rechtsoverweging 12.

<sup>100</sup> Hof Den Haag 1 juli 2016, nr 14/00838 en 14/00839, ECLI:NL:GHDHA:2016:2167, NTFR 2016/1964.

<sup>101</sup> Hof Den Haag 1 juli 2016, nr 14/00838 en 14/00839, ECLI:NL:GHDHA:2016:2167, NTFR 2016/1964.

Rozendal niet relevant. Een onderneming met een beperkte omvang kan tevens worden gekwalificeerd als een materiële onderneming. Voor een IB-onderneming zou er in casu wel sprake zijn van een materiële onderneming. Op grond van rechtsvormneutraliteit zou er in casu dan tevens sprake moeten zijn van een materiële onderneming. Daarnaast ziet Rozendal niet in wat het argument rondom de financiering te maken heeft met de kwalificatie van een materiële onderneming.<sup>102</sup>

Naast de kwalificatie van de projectontwikkelingsactiviteiten is Rozendal het niet eens met de beoordeling omtrent de kwalificatie van de verhuuractiviteiten van de vennootschap, Het Hof oordeelt hier dat de aard en omvang van de activiteiten overeenkomen met de aard en omvang van de activiteiten bij verkoop, verhuur en onderhoud van onroerende zaken. Volgens Rozendal gaat het er echter om of een vastgoedbelegger deze activiteiten ook in deze aard en omvang zou verrichten en niet of de werkzaamheden horen bij de verhuur van vastgoed. Er is dus een onjuiste vergelijking gemaakt. Daarnaast oordeelt het Hof omtrent de omvang dat de personeelskosten en de gewerkte uren op jaarbasis gering zijn. Uit het arrest komt niet naar voren op welke manier het Hof dit getoetst heeft en op welk punt de omvang dan niet meer gering zou zijn. Uit de uitspraak komt niet naar voren of het Hof een vergelijking heeft gemaakt tussen de omvang van de werkzaamheden en de omvang van de vastgoedportefeuille. Dit zou het Hof volgens Rozendal wel moeten doen.<sup>103</sup>

#### **Hoge Raad 10 maart 2017<sup>104</sup>**

Volgens de Hoge Raad moet er gekeken worden of de projectontwikkelingsactiviteiten kunnen worden gekwalificeerd als een materiële onderneming. Daarbij oordeelt de Hoge Raad allereerst dat het Hof is uitgegaan van de juiste definitie van het begrip materiële onderneming zoals genoemd in artikel 35c SW. Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat het Hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens de Hoge Raad hoeft de omvang van de ontwikkelingsactiviteiten niet vergeleken te worden met de omvang van de beleggingsactiviteiten. Dit is niet relevant voor de beoordeling of er sprake is van een materiële onderneming.<sup>105</sup>

Zoals reeds eerder aangehaald had Rozendal dit al geschreven in zijn commentaar bij de Hof uitspraak. In zijn commentaar bij de uitspraak van de Hoge Raad onderschrijft hij dan ook het oordeel van de Hoge Raad. Rozendal is van mening dat een beperkte activiteit ook kan worden gekwalificeerd als een materiële onderneming.<sup>106</sup> De casus zal nu bij een ander Hof voorkomen. Rozendal is van mening dat de kans aanwezig is dat de projectontwikkelingsactiviteiten daarbij worden gekwalificeerd als een materiële onderneming. Hij wijst hierbij op de feiten en omstandigheden van de casus en de uitspraak van de wetgever.<sup>107</sup>

De Hoge Raad verwijst de uitspraak naar het Hof voor een nieuw onderzoek over de vraag of de projectontwikkelingsactiviteiten kunnen worden gekwalificeerd als een materiële onderneming. Deze verwijzingsuitspraak van Hof Amsterdam is onlangs gepubliceerd. Belanghebbenden willen graag een ruimere uitleg van de verwijzing, want zij willen ook graag weten of de verhuuractiviteiten kwalificeren als meer dan normaal vermogensbeheer. Deze ruimere uitleg wordt echter verworpen

---

<sup>102</sup> Hof Den Haag 1 juli 2016, nr 14/00838 en 14/00839, ECLI:NL:GHDHA:2016:2167,NTFR 2016/1964. Commentaar: A. Rozendal.

<sup>103</sup> Hof Den Haag 1 juli 2016, nr 14/00838 en 14/00839, ECLI:NL:GHDHA:2016:2167,NTFR 2016/1964. Commentaar: A. Rozendal.

<sup>104</sup> Hoge Raad 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, 16/04190, NTFR 2017/671.

<sup>105</sup> Hoge Raad 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, 16/04190, NTFR 2017/671.

<sup>106</sup> Hoge Raad 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, 16/04190, NTFR 2017/671.

Commentaar: A. Rozendal.

<sup>107</sup>A. Rozendal, *'Bedrijfsopvolging en vastgoed; actuele ontwikkelingen'*, FBN 2017/5-18.

door het Hof.<sup>108</sup> Omdat in de verwijzingsuitspraak niet ingegaan wordt op de kwalificatie van de verhuuractiviteiten, is de uitspraak niet relevant voor deze thesis. Ik wil hier dan ook volstaan met het noemen van de conclusie van het Hof, namelijk dat er in casu geen sprake is van het drijven van een materiële onderneming voor de ontwikkelactiviteiten.

Uit dit arrest blijkt duidelijk dat de verschillende instanties op basis van dezelfde feiten en omstandigheden tot een ander oordeel komen. Dit terwijl de instanties allemaal beoordelen of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Albert is dan ook van mening dat deze maatstaf niet onderscheidend genoeg is. Hij is van mening dat er door de Hoge Raad dan wel door de wetgever een actie vereist is voor het vergroten van de rechtszekerheid.<sup>109</sup> Hier wordt in hoofdstuk 4 van deze thesis nader op ingegaan.

*Hof Den Haag 19 juli 2017*<sup>110</sup>

In casu gaat het om een proefschenking van één certificaat van een aandeel in een vennootschap. De activiteiten van de vennootschap bestaan uit de verhuur van vastgoed in diverse categorieën, projectontwikkeling en bouwactiviteiten. Het Hof is van mening dat de vastgoedportefeuille een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt (24 miljoen) en tevens een aanzienlijke omvang heeft met 48 projecten, 18 panden en 2 bouwkvelds. In deze casus is de inspecteur reeds van mening dat de BOR toegepast kan worden op de projectontwikkeling en bouwactiviteiten. Deze activiteiten beslaan 18% van de beschikbare arbeidskrachten. De overige 82% van de arbeidskrachten heeft betrekking op de verhuuractiviteiten. Het vastgoed wordt hier rendabel gemaakt door eigen arbeidskracht. Deze arbeid heeft tot doel het behalen van een hoger rendement. Het rendement van de vennootschap is afgezet tegen de algemene vastgoedindex (inspecteur) en tegen de sectorgebonden vastgoedindex (belanghebbende). In vergelijking met deze indexen is een aanzienlijk hoger rendement behaald. Door belanghebbende is aannemelijk gemaakt dat door het uitvoeren van de meerarbeid het rendement is toegenomen. Tussen beide factoren is een direct verband zichtbaar. Hiertoe heeft belanghebbende een specificatie gegeven hoe de 82% arbeid is aangewend, namelijk voor het voeren van eigen regie over alle ontwikkelingen binnen de vennootschap, het intensieve relatiebeheer en de deelname in samenwerkingsverbanden. De berekening van belanghebbende van het rendement blijft volgens het Hof in stand, ondanks dat belanghebbende bij deze berekening gebruik heeft gemaakt van WOZ-waarde. Concluderend is er volgens het Hof sprake van meer dan normaal vermogensbeheer, voor zowel de projectontwikkeling, verhuur van vastgoed en de bouwactiviteiten. Daarbij is het volgens het Hof van belang dat vader en zijn twee zonen kennis en expertise hebben van de diverse activiteiten van de vennootschap. Tevens zijn zij persoonlijk betrokken bij de verhuurders, waardoor een hoger rendement behaald kan worden.<sup>111</sup>

Volgens de Redactie Vakstudie Nieuws is dit weer een zeer feitelijk casus. Het blijft voor belanghebbende en inspecteur van belang om hun ingenomen standpunt voldoende te onderbouwen. In de voorgelegde stukken van het Hof heeft belanghebbende nu, in tegenstelling tot de rechtbankzitting een overzicht aangedragen waaruit de verdeling van de beschikbare arbeidscapaciteit blijkt. De Redactie Vakstudie Nieuws plaatst wel haar twijfels bij de vergelijking met de Vastgoedindex. Voor de vergelijking moet een pand getaxeerd worden en de WOZ-waarde is

---

<sup>108</sup> Hof Amsterdam 3 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3294, 17/00327, V-N Vandaag 2018/1948.

<sup>109</sup> P.G.H. Albert, *'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed'*, WFR 2016/184.

<sup>110</sup> Hof Den Haag 19 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429, V-N 2017/62.20.

<sup>111</sup> Hof Den Haag 19 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429, V-N 2017/62.20.

alleen een onderdeel van een taxatierapport. Het Hof kan hier echter geen uitspraak over doen, omdat de inspecteur zijn standpunt onvoldoende heeft onderbouwd.<sup>112</sup>

*Hof Den Haag 3 april 2018*<sup>113</sup>

In deze casus werd ook één certificaat aandeel geschonken. Het aandeel zag op een vennootschap waar de exploitatieactiviteiten van verhuur en ontwikkeling waren ondergebracht. De vennootschap had via diverse kleinere belangen een aandeel in vastgoedmaatschappijen en andere dochtervennootschappen. In casu is de vraag of de vennootschap een materiële onderneming drijft. Met verwijzing naar bovengenoemde uitspraak van 15 april 2016 dient er sprake te zijn van arbeid+ en rendement+ om te kwalificeren als een activiteit die meer dan normaal vermogensbeheer omvat. Omdat in casu sprake is van ontwikkelings- en verhuuractiviteiten dient beoordeeld te worden of de ontwikkelingsactiviteiten op zichzelf kwalificeren als een materiële onderneming. Daarvoor is zoals blijkt uit eerder genoemde uitspraak van 10 maart 2017 de relatieve omvang van de activiteiten niet van belang. Naar het oordeel van het Hof is er sprake van een materiële onderneming. Over de arbeid+ toets geeft het Hof het volgende aan: er is geen sprake van incidentele werkzaamheden maar van een continue inzet qua ontwikkeling, aankoop, verhuur, herontwikkeling en vernieuwbouw. Daarnaast is er sprake van professionalisering van de vennootschap. Dit uit zich doordat er gebruik wordt gemaakt van juristen, makelaars en deskundigen op het gebied van onroerend goed. Daarnaast zijn de belanghebbenden in deze casus beide werkzaam in de vennootschap om toezicht te houden. Over de rendement+ toets oordeelt het Hof als volgt: de vennootschap behaalt een hoger rendement van gemiddeld 3% als dit vergeleken wordt met de vastgoedindex.<sup>114</sup>

Rozendal schrijft in zijn noot dat hij vindt dat het Hof de arbeid+ toets onvoldoende heeft gemotiveerd. Uit de feiten en omstandigheden van de casus blijkt namelijk niet duidelijk wat de omvang van de arbeid is. Alleen de aard van de arbeid komt duidelijk naar voren. Daarnaast vindt Rozendal dat het Hof ook de rendement+ toets niet voldoende heeft toegelicht. Naar zijn mening was het wenselijk geweest als het Hof duidelijker had aangegeven dat het dient te gaan om het streven naar een hoger rendement en dat dit rendement nog niet per se behaald hoeft te zijn. Naar zijn mening had dit in de uitspraak moeten staan, zodat er in de jurisprudentie een duidelijk lijn over de rendement+ toets ontwikkeld kan worden.<sup>115</sup>

De staatssecretaris van Financiën had een cassatieberoep ingesteld tegen deze uitspraak. Hij heeft echter besloten om zijn cassatieberoep in te trekken. Hij geeft daarbij aan dat het Hof bij de beoordeling of er sprake is van een materiële onderneming is uitgegaan van een juist rechtskader. De staatssecretaris kan de uitspraak van het Hof dat er sprake is van arbeid+ en rendement+ begrijpen.<sup>116</sup>

*Rechtbank Noord- Holland 26 juni 2018*<sup>117</sup>

In casu erft belanghebbende certificaten van aandelen in een vennootschap. De activiteiten van de vennootschap bestaan uit projectontwikkeling en verhuur van vastgoed. De vennootschap had 42 medewerkers in dienst verdeeld over verschillende afdelingen. Het gaat om een zeer omvangrijke

---

<sup>112</sup> Hof Den Haag 19 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429, V-N 2017/62.20.

Noot: Redactie Vakstudie Nieuws.

<sup>113</sup> Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794, nr 17/00030, NTFR 2018/1149.

<sup>114</sup> Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794, nr 17/00030, NTFR 2018/1149.

<sup>115</sup> Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794, nr 17/00030, NTFR 2018/1149.

Noot: A. Rozendal.

<sup>116</sup> Toelichting Staatssecretaris van 27 juni 2018, nr. 2018-000108801.

<sup>117</sup> Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635, 16/3544, NTFR 2018/1983.

vastgoedportefeuille met een waarde van meer dan € 1 miljard en een omvang van 300 objecten, wat 2.800 verhuurbare eenheden inhoudt. De rechtbank oordeelt dat de projectontwikkelingsactiviteiten kunnen worden aangemerkt als een materiële onderneming. Daarbij verwijst de rechtbank ook naar eerder behandelde uitspraak van de Hoge Raad van 10 maart 2017. De rechtbank is ten aanzien van de verhuuractiviteiten van mening dat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Uit de uitspraak volgen de volgende overwegingen:

- belanghebbende heeft geen rendementsdoelstellingen vastgelegd;
- uit de omvang van de onroerend goed portefeuille, de kwaliteit van het personeel en de wijze van financieren kan niet worden afgeleid dat er sprake is van arbeid+ en rendement+;
- de omvang van het personeelsbestand zegt niets over de aanwezigheid van arbeid+;
- belanghebbende heeft niet voldoende onderbouwd dat een hoger rendement is behaald dan het rendement op basis van de vastgoedindex;
- de stelling van de inspecteur dat de waardeverhoging van het vastgoed kan komen door de herwaardering van de vennootschap en marktontwikkeling, is door belanghebbende niet betwist.

Concluderend is de rechtbank van mening dat er geen sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.<sup>118</sup>

Rozendal schrijft een kritische noot bij dit arrest. Naar zijn mening gaat de rechtbank aan de relevante rechtsregels voorbij die in acht moeten worden genomen bij de beoordeling of er sprake is van een materiële onderneming. De juiste opbouw van de uitspraak had volgens Rozendal moeten zijn:

- a. een beoordeling van de aard van de verrichte activiteiten;
- b. een beoordeling van de omvang van de verrichte activiteiten;
- c. een beoordeling of er een verband bestaat tussen deze activiteiten en een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer.

Naast zijn kritiek op de opbouw van de uitspraak plaatst Rozendal tevens een kritische kanttekening bij de beoordeling van deze punten. De kwaliteit van het personeel is juist van belang, omdat het iets zegt over de aard van de arbeid. Uit eerder besproken jurisprudentie is namelijk naar voren gekomen dat kennis en expertise van personeel werd meegewogen bij de bepaling van de aard van de arbeid. Uit de uitspraak komt echter niet naar voren hoe de rechtbank de kwaliteit van het personeel heeft bepaald. Daarnaast vindt Rozendal het vreemd dat niet gekeken wordt naar de omvang van het personeelsbestand, terwijl dit juist iets zegt over de omvang van de arbeid en daarom wel van belang is. Daarnaast wordt de factor rendement+ ook niet goed toegelicht door de rechtbank. Uit eerdere jurisprudentie blijkt dat het niet relevant is of de rendementsdoelstellingen zijn vastgelegd. Daarnaast richt de rechtbank zich te zeer op de vraag of het rendement wel is behaald. Concluderend vindt Rozendal dus de weg naar de uitspraak en de motivering van de uitspraak beide onvoldoende. Hij vindt het dan ook wenselijk dat er hoger beroep aangetekend wordt. Hierbij neemt hij in overweging dat door de aard en de omvang van de arbeid het logisch lijkt dat er een hoger rendement dan gebruikelijk wordt nagestreefd.<sup>119</sup> Dit hoger beroep is uiteindelijk door

---

<sup>118</sup> Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635, 16/3544, NTFR 2018/1983.

<sup>119</sup> Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635, 16/3544, NTFR 2018/1983.

Noot: A. Rozendal.



belanghebbende aangetekend.<sup>120</sup> De uitspraak van het Hof is op het moment van publicatie van deze thesis nog niet bekend.

### 3.6.3 Vergelijking kwalificatie box 1 / box 3 arresten

In casussen waarbij vastgoed niet via een vennootschap, maar in privé wordt gehouden lijkt de belastingdienst wel eerder van mening te zijn dat er sprake is van winst uit onderneming. De belastingdienst wil immers liever dat het vastgoed in box 1 gekwalificeerd wordt, ten opzichte van de kwalificatie in box 3, omdat kwalificatie in box 1 een hogere belastingopbrengst oplevert. De belastingplichtige wil daarentegen liever dat zijn vastgoed wordt belast in box 3, omdat dit voor hem voordelig is. Het vastgoed wordt daar namelijk belast tegen de leegwaarde ratio, een percentage gebaseerd op de huurprijs vermenigvuldigd met de WOZ-waarde van de onroerende zaak.<sup>121</sup> Over deze situatie waarbij tegengestelde belangen spelen met betrekking tot vastgoed dat in privé wordt gehouden, worden twee arresten besproken.

#### *Hof Den Haag 5 augustus 2016*<sup>122</sup>

Belanghebbende heeft in eerste instantie zestig, maar later ongeveer dertig tot veertig panden in eigendom. Een aantal panden die belanghebbende heeft aangekocht waren bezwaard met de verplichting dat de belanghebbende achterstallig onderhoud van de panden moet uitvoeren van de gemeente. Het Hof gaat mee met de conclusie van de rechtbank dat er in casu sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer en daarmee sprake van het drijven van een materiële onderneming. De rechtbank heeft de volgende werkzaamheden/feiten als relevant geacht:

- de belanghebbende kocht, verkocht en renoveerde de onroerende zaken zelf;
- het afsluiten van huurcontracten;
- het onderhouden van contact met huurders;
- het aangaan van leningsovereenkomsten;
- er veel huur werd ontvangen;
- de activiteiten vonden over een langere periode plaats.

Volgens het Hof was er concluderend sprake van meer dan normaal vermogensbeheer, omdat de activiteiten meer dan gebruikelijk waren.<sup>123</sup>

Door de Hoge Raad is geoordeeld dat het middel niet tot cassatie kan leiden op grond van artikel 81 lid 1 RO.<sup>124</sup>

#### *Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017*<sup>125</sup>

In deze casus is er sprake van een belanghebbende die in het bezit is van 23 panden. De kamers die gelegen zijn in deze panden verhuurt hij voornamelijk aan studenten. Door de inspecteur wordt er gesteld dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer en daarmee winst uit onderneming voor belanghebbende. Het Hof gaat echter niet mee in deze redenering en is van mening dat de panden in box 3 belast zijn. Uit de feiten en omstandigheden komt duidelijk naar voren dat er geen werkzaamheden verricht worden die kwalificeren als meer dan normaal vermogensbeheer. De

<sup>120</sup> Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635, 16/3544, V-N 2018/49.2.3.

<sup>121</sup> Artikel 5.20 Wet IB jo. artikel 17a UB IB.

<sup>122</sup> Hof Den Haag 5 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2627, BK-14/00084, BK-14/00085, BK-14/00086, BK-14/00087 en BK-14/00088.

<sup>123</sup> Hof Den Haag 5 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2627, BK-14/00084, BK-14/00085, BK-14/00086, BK-14/00087 en BK-14/00088.

<sup>124</sup> Hoge Raad 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:992, nr. 16/004575.

<sup>125</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1072, nrs. 16/00538 tm 16/00547, NTFR 2017/532.

werkzaamheden die door belanghebbende verricht worden zien juist op normale werkzaamheden die horen bij de verhuur van kamers en zorgen niet voor een hoger rendement.<sup>126</sup>

In deze casus was het duidelijk dat door belanghebbende geen werkzaamheden verricht werden die kwalificeerden als meer dan normaal vermogensbeheer. Daarnaast zorgt in deze casus het aantal verhuurde panden (23) er niet voor dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Er was dus geen sprake van winst uit onderneming en het vastgoed werd belast in box 3.<sup>127</sup>

Rozendal schrijft in zijn noot bij dit arrest dat hij de houding van de belastingdienst in deze casus opvallend vindt. In de gepubliceerde praktijkhandreiking van de belastingdienst (die in hoofdstuk 4 uitvoeriger aan bod zal komen) is namelijk het standpunt van de belastingdienst opgenomen dat de verhuur van vastgoed nooit een onderneming vormt. Dat de inspecteur in deze casus dan ook het standpunt inneemt dat in deze situatie sprake is van een onderneming bij de verhuur van vastgoed is dan ook opvallend. De belastingdienst lijkt hier rechtspraak te willen creëren in de inkomstenbelasting om deze vervolgens ook te kunnen toepassing in situaties waarbij belastingplichtige gebruik willen maken van de BOR. Rozendal is deze mening toegedaan omdat de belastingdienst prejudiciële vragen wilde stellen aan de Hoge Raad. Dat er meer uitspraken over dit onderwerp komen is voor de praktijk wel een wenselijk gevolg, want op deze manier hoopt Rozendal dat er meer duidelijkheid omtrent het vraagstuk van de kwalificatie van verhuurd vastgoed komt.<sup>128</sup>

#### 3.6.4 Conclusies uit arresten

Het is lastig om algemene conclusies uit de arresten te kunnen trekken, omdat het gaat om de specifieke feiten en omstandigheden van het geval. De meeste zaken worden afgedaan door een verwijzing te geven naar BNB 1994/319. Er zijn nog geen echte toetsbare normen ontwikkeld. Daarbij zijn de begrippen arbeid+ en rendement+ nog niet voldoende concreet ingevuld.<sup>129</sup> In de jurisprudentie zijn echter wel een aantal kenmerken waarbij door de rechterlijke instantie wordt aangegeven of dit criterium van belang is bij de toetsing of er sprake is van een materiële onderneming en tot welk kwalificatie dit leidt. In de volgende matrix zijn deze criteria gerangschikt.

---

<sup>126</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1072, nrs. 16/00538 tm 16/00547, NTFR 2017/532.

<sup>127</sup> T.C. Hoogwout, *'Fictieve materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken'*, CFTV 2018/7-8-27.

<sup>128</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1072, nrs. 16/00538 tm 16/00547, NTFR 2017/532.

Noot: A. Rozendal.

<sup>129</sup> T.M. Berkhout, *'Procedures over vastgoedexploitatie: een grabbelton'*, VF&C 2018/1-1.

<b><u>Criteria</u></b>	<b><u>Vindplaats</u></b>	<b><u>Belang</u></b>	<b><u>Kwalificatie</u></b>
<b>Arbeid +</b>			
Opstellen van de huurovereenkomsten	Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013	Niet van belang	Normaal vermogensbeheer
Onderhoud van contact met huurders	Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013 + Hof Den Haag 5 augustus 2016	Soms van belang	
Actieve betrokkenheid bij de VVE	Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013	Niet van belang	Normaal vermogensbeheer
Omvang van de vastgoedportefeuille/ onderneming	Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013 + Rechtbank Noord-Holland 13 april 2018 + Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018	Soms van belang	
Het veranderen van een pand van een kantoorbestemming naar een woonbestemming is in een langdurige periode te incidenteel	Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013	Niet van belang	Normaal vermogensbeheer
Continue inzet qua ontwikkeling, aankoop, verhuur, herontwikkeling en vernieuwbouw	Hof Den Haag 3 april 2018 + Hof Den Haag 5 augustus 2016	Wel van belang	Materiële onderneming
Jarenlange ervaring, kennis en expertise, ook van personeelsleden	Hof Den Haag 20 december 2013 + Hoge Raad 15 april 2016 + Hof Den Haag 19 juli 2017	Wel van belang	Materiële onderneming
Kwaliteit van het personeel	Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018	Niet van belang	Normaal vermogensbeheer
Aanzienlijke waarde van de onroerend goed portefeuille	Hof Den Haag 20 december 2013 + Hof Den Haag 19 juli 2017 + Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018	Soms van belang	
Een sterke cashflowpositie (doordat er geen sprake is van huurachterstanden of leegstand en het uitvoeren van werkzaamheden)	Hof Den Haag 20 december 2013 + Rechtbank Noord-Holland 13 april 2018	Wel van belang	Materiële onderneming
Persoonlijke betrokkenheid bij de huurders	Hof Den Haag 20 december 2013 + Hof Den Haag 19 juli 2017	Wel van belang	Materiële onderneming
Het aanwenden van het zakelijk netwerk voor realiseren van projecten	Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014	Wel van belang	Materiële onderneming
Het voeren van gesprekken met aannemers, architecten en gemeenten	Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014	Wel van belang	Materiële onderneming
Het bijwonen van vergaderingen	Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014	Wel van belang	Materiële onderneming

Het optreden als bouwopzichter bij projecten	Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014	Wel van belang	Materiële onderneming
Toezicht houden (op verbouwingen door het personeel)	Hoge Raad 15 april 2016 + Hof Den Haag 3 april 2018	Wel van belang	Materiële onderneming
De aanwezigheid van diverse afdelingen	Hoge Raad 15 april 2016	Wel van belang	Materiële onderneming
Het inhuren van diverse deskundigen	Hoge Raad 15 april 2016	Wel van belang	Materiële onderneming
Het financieren van het vastgoed met vreemd vermogen	Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014 + Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018	Soms van belang Wel van belang Niet van belang	
De relatieve omvang van de activiteiten	Hoge Raad 10 maart 2017 + Hof Den Haag 3 april 2018	Niet van belang	Normaal vermogensbeheer
Professionalisering van de vennootschap door gebruik te maken van juristen, makelaars en deskundigen op het gebied van vastgoed	Hof Den Haag 3 april 2018	Wel van belang	Materiële onderneming
<b>Rendement +</b>			
Een vergelijking van het behaalde rendement met een rendementsindex	Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014 + Hoge Raad 15 april 2016  Hof Den Haag 3 april 2018 + Rechtbank Noord-Holland 13 april 2018 + Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018	Soms van belang  Wel van belang  Niet van belang	
Rekening houden met indirecte rendement	Hoge Raad 15 april 2016	Wel van belang	
Een behaald rendement van 20%	Hoge Raad 15 april 2016		Materiële onderneming
Een hoger rendement van gemiddeld 3% in vergelijking met de vastgoedindex	Hof Den Haag 3 april 2018		Materiële onderneming
Persoonlijke betrokkenheid bij de huurders	Hof Den Haag 20 december 2013	Wel van belang	Materiële onderneming
Het vastleggen van rendementsdoelstellingen	Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018	Wel van belang	
Het uitbesteden van onderhoud en verbouwingswerkzaamheden aan onroerende zaken	Hof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013	Soms van belang	

Over enkele criteria wil ik nog enkele aanvullende opmerkingen plaatsen.

Om de rendement+ toets te kunnen beoordelen is de rendementsindex geen doorslaggevende factor. Door de Hoge Raad is namelijk gesteld dat het hogere rendement nog niet behaald hoeft te

zijn.<sup>130</sup> Door sommige rechterlijke instanties wordt toch getoetst aan de vastgoedindex bij de beoordeling van het criterium rendement+. Het wordt echter niet als doorslaggevende factor gegeven om te voldoen aan de rendement+ toets.<sup>131</sup> Dat er in diverse arresten dan toch wordt getoetst aan de vastgoedindex is naar mijn mening dan ook onjuist.

De omvang van de onderneming is een criterium dat niet in elk arrest van belang wordt geacht. Daarnaast is het onduidelijk wanneer nu sprake is van een aanzienlijke omvang. Zo wordt in Hof Den Haag 19 juli 2017 geoordeeld dat 48 projecten, 18 panden en 2 bouwkavels een aanzienlijke omvang vertegenwoordigen. Terwijl een jaar later in Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018 een omvang van 300 objecten, wat 2.800 verhuurbare eenheden inhoudt niet als aanzienlijk wordt gezien. Dit geldt tevens voor het criterium de vastgoedportefeuille die een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt. Een waarde van 2,4 miljoen wordt in Hof Den Haag 20 december 2013 als aanzienlijk beschouwd, terwijl in Hof Den Haag 19 juli 2017 een waarde van 24 miljoen als aanzienlijk wordt beschouwd. Daartegenover staat dat Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018 een waarde van 1 miljard euro niks vindt zeggen over de arbeid+ en rendement+ toets. Uit de uitspraken komt echter niet naar voren waarmee de rechterlijke instantie de vergelijking maakt. Er kan geen duidelijke lijn getrokken worden welke waarde en omvang nu precies als aanzienlijk worden aangemerkt.

Ten slotte wordt in het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016 een rendement van 20% aangeduid als een rendement dat meer dan gebruikelijk is bij de omvang van de vastgoedportefeuille. Ik ben van mening dat het hanteren van een exact percentage als omslagpunt tussen beleggen en ondernemer ongewenst is. Een vastgoedbelegger die 'per toeval' een hoog rendement behaalt, zou op deze manier dan gebruik kunnen maken van de BOR, terwijl deze regeling niet voor hem bedoeld is.

### 3.7 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de deelvraag besproken: *'wat wordt er verstaan onder het begrip materiële onderneming in het kader van verhuur en ontwikkeling van vastgoed?'* Concluderend wordt voor de vraag of vastgoedexploitatie kwalificeert als het drijven van een materiële onderneming aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip van artikel 3.2 Wet IB. Dit artikel definieert een materiële onderneming als een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die deelneemt aan het economisch verkeer om winst te behalen. Voor vastgoedexploitatie geldt daarnaast dat er sprake dient te zijn van het creëren van meerwaarde. Dit betekent dat er sprake dient te zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Voor meer dan normaal vermogensbeheer dient er sprake te zijn van arbeid+ en rendement+. De meerarbeid van de ondernemer dient gericht te zijn op het behalen van een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer. Het begrip meer dan normaal vermogensbeheer heeft meer invulling gekregen in de jurisprudentie over dit thema. Daaruit is naar voren gekomen dat de jurisprudentie erg specifiek is en gebaseerd op de feiten en omstandigheden van het geval. In de jurisprudentie worden de kennis en expertise en de persoonlijke betrokkenheid bij de huurders meerdere malen genoemd als indicaties voor het drijven van een materiële onderneming. Daarnaast wordt ook gekeken naar de omvang en de waarde van de vastgoedportefeuille. Echter blijkt telkens dat het erg casuïstische uitgangspunten zijn. Er zijn geen echte eenduidige lijnen te ontdekken op basis van welke feiten de rechterlijke instantie nu beoordeelt tot de aan- of afwezigheid van een materiële onderneming.

---

<sup>130</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, 13/00473, V-N 2014.19.18.

Noot: Redactie Vakstudie Nieuws.

<sup>131</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, 13/00473, V-N 2014.19.18.

## Hoofdstuk 4. Rechtszekerheid

### 4.1 Inleiding

Rechtszekerheid is voor de belastingplichtige van belang. Een belastingwet beperkt namelijk de vrijheid van een belastingplichtige. Daarom moet een belastingwet rechtszeker zijn, zodat de burger weet wat de gevolgen zijn van zijn handelen. Rechtsonzekerheid is daarmee een beperking van de vrijheid van de burger.<sup>132</sup> In dit hoofdstuk wordt getoetst of de bedrijfsopvolgingsregeling voldoende rechtszeker is voor belastingplichtigen als zij een ‘onderneming’ drijven waarbij vastgoed wordt verhuurd. Daarbij is ook aandacht voor de op 9 december 2016 gepubliceerde Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten van de belastingdienst. Voldoet deze praktijkhandreiking wel aan de eis van rechtszekerheid? Ik geef in dit hoofdstuk een antwoord op de volgende deelvraag: *‘wat houdt het begrip rechtszekerheid in en welke alternatieven zijn in de literatuur reeds beschreven om meer rechtszekerheid met betrekking tot vastgoedexploitatie in de BOR te creëren?’*

Dit hoofdstuk begint met een beschrijving van het begrip rechtszekerheid en de deelbeginselen die uit dit begrip voortvloeien. Daarbij komt tevens naar voren of de bedrijfsopvolgingsregeling (en meer specifiek het begrip drijven van een materiële onderneming) in haar huidige vorm voldoet aan dit rechtszekerheidsbeginsel. In paragraaf 4.3 komen achtereenvolgens de normering en omstandighedencatalogus van Berkhout en Hoogeveen en de praktijkhandreiking aan bod. De meningen van diverse auteurs over beide stukken worden tevens toegelicht. In paragraaf 4.4 komen alternatieven en aanpassingen voor het begrip drijven van een materiële onderneming naar voren om voor belastingplichtigen die vastgoed exploiteren meer rechtszekerheid te kunnen bieden. Dit hoofdstuk zal worden afgesloten met een tussenconclusie.

### 4.2 Begrip rechtszekerheid

Volgens de bekende rechtsfilosoof Gustav Radbruch (1878-1949) is het recht gericht op een abstract ideaal, de rechtsidee. Dit rechtsidee wordt ook wel rechtvaardigheid genoemd. Rechtvaardigheid is een vaag begrip en Radbruch maakt dit duidelijker door er drie componenten in te onderscheiden te weten: rechtsgelijkheid, doelgerichtheid en rechtszekerheid. Geen van deze waarden is onderling belangrijker dan de ander. Indien er een nieuwe politieke doelstelling gevormd wordt, dient rekening te worden gehouden met alle drie de componenten. Indien er geen rekening gehouden wordt met deze componenten, kun je niet spreken van legitiem recht.<sup>133</sup> In deze thesis is het begrip rechtszekerheid van doorslaggevend belang. De betekenis van dit begrip zal daarom nader uiteengezet worden.

Rechtszekerheid zorgt voor orde binnen een chaotische samenleving. Er moet namelijk een keuze worden gemaakt om doelstellingen en voorkeuren vast te leggen, zodat deze verbindend zijn voor alle burgers binnen de samenleving. Er dient één instantie/persoon te zijn die bepaalt wat het recht is. Zonder rechtszekerheid kan er geen rechtsstaat bestaan. De rechtszekerheid eist positiviteit van het recht. Deze positiviteit is een voorwaarde om recht te hebben.<sup>134</sup>

Het rechtszekerheidsbeginsel is naast onder andere het vertrouwensbeginsel, gelijkheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel een onderdeel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het rechtszekerheidsbeginsel kan onderscheiden worden in het materiële rechtszekerheidsbeginsel (het

---

<sup>132</sup> Hans Gribnau, *‘Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving’*, Tilburg University/Leiden University.

<sup>133</sup> Hans Gribnau, *‘Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving’*, Tilburg University/Leiden University.

<sup>134</sup> Hans Gribnau, *‘Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving’*, Tilburg University/Leiden University.

verbod van terugwerkende kracht) en het formele rechtszekerheidsbeginsel (kenbaarheid van regels).<sup>135</sup>

#### 4.2.1 Deelbeginselen rechtszekerheid

Uit het begrip rechtszekerheid vloeien verschillende deelbeginselen voort die onderdeel zijn van het rechtszekerheidsbeginsel. Deze deelbeginselen worden hieronder kort toegelicht. De indeling is gebaseerd op de indeling van Lon Fuller die is overgenomen door Gribnau.<sup>136</sup> Deze elementen van rechtszekerheid zijn soms wettelijk verankerd, maar worden in sommige gevallen ook nader ingevuld door de rechters of beleid van de staatssecretaris van Financiën.

A. Algemene regelgeving;

Dit deelbeginsel houdt in dat er algemene regels zijn en niet losse bevelen. Doordat er een wet is met algemene regels kan een belastingplichtige zijn gedrag op deze regels afstemmen. Een wet met daarin weinig uitzonderingen opgenomen, heeft een algemener karakter dan een verfijnde wet.

B. Bekendmaking van regelgeving;

Dit deelbeginsel is wettelijk verankerd in de artikelen 88 en 89 van de Grondwet. De verplichtingen die een belastingplichtige heeft, moeten voldoende kenbaar gemaakt zijn, zodat de belastingplichtige zich aan de wet kan houden. Dit deelbeginsel heeft een verband met het deelbeginsel duidelijkheid, dit beginsel zal hierna nog besproken worden. Bekendmaking van regelgeving betekent niet alleen dat de wet voldoende kenbaar moet zijn, maar tevens tijdig kenbaar moet zijn. Als een wet tijdig kenbaar is kan de belastingplichtige de regels tijdig naleven of tijdig gebruik maken van zijn rechten. Artikel 3:40 Awb geeft regels voor de bekendmaking van besluiten. Naast de kenbaarheid van de wetgeving moet de wetgeving ook voorzienbaar zijn.<sup>137</sup>

C. Terugwerkende kracht;

Indien er een nieuwe belastingwet wordt ingevoerd, heeft vanuit het gezichtspunt van de rechtszekerheid eerbiedigende werking van de wet de voorkeur boven terugwerkende kracht. Eerbiedigende werking van de wet houdt in dat nieuwe belastingwet niet zal gelden voor bestaande gevallen, maar alleen voor gevallen die na inwerkingtreding van de belastingwet voorkomen. Voor belastingplichtigen die zich in de huidige situatie bevinden blijven de oude regels van kracht. Er is echter geen sprake van een verbod op terugwerkende kracht. In bepaalde situaties is terugwerkende kracht juist vereist. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie dat er rechtsongelijkheid ontstaat door invoering van de belastingwet zonder terugwerkende kracht. Het budgettaire belang, de voorzienbaarheid van de regeling en de doelstelling van de wetgever zijn bijvoorbeeld factoren om te beoordelen of terugwerkende kracht in een situatie van toepassing kan worden verklaard.

D. Duidelijkheid;

Een belastingplichtige moet kunnen weten wat zijn rechten en plichten op een bepaald moment zijn. Dit vereist niet alleen kenbaarheid van de wetgeving, maar ook helderheid. Deze eis is niet wettelijk verankerd, maar vloeit voort uit de jurisprudentie. Het deelbeginsel duidelijkheid valt uiteen in twee deelbegrippen:

- Eenvoud: dit komt onder andere tot uitdrukking door de voortdurende wens om het stelsel van de inkomstenbelasting te vereenvoudigen.

---

<sup>135</sup> P.G.M. Jansen, *'Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht'*, Fiscale Geschriften 22, 1 juni 2013. Paragraaf 3.2 Het rechtszekerheidsbeginsel.

<sup>136</sup> Hans Gribnau, *'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving'*, Tilburg University/Leiden University.

<sup>137</sup> P.G.M. Jansen, *'Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht'*, Fiscale Geschriften 22, 1 juni 2013. Paragraaf 3.2 Het rechtszekerheidsbeginsel.

- Open normen: de invulling van open normen in de belastingwet gebeurt door onder andere de belastingdienst en de rechter. Een voorbeeld van een open norm die is ontwikkeld in de rechtspraak is het begrip goedkoopmansgebruik van artikel 3.25 Wet IB. Een open norm zorgt ervoor dat het recht zich kan blijven ontwikkelen zonder dat daar voortdurend een wetswijziging aan ten grondslag moet liggen. Daarbij kan er door het gebruik van een open norm ook ingespeeld worden op de maatschappelijke en economische ontwikkelingen binnen een samenleving.

E. Het verbod van tegenstrijdige regelgeving;

Als er sprake is van tegenstrijdigheid in de regels, vermindert dit de rechtszekerheid van belastingplichtigen. Een tegenstrijdigheid in de belastingwet zal door interpretatie van de rechter opgelost kunnen worden.

F. Het verbod van regelgeving die het onmogelijke vraagt;

Een wet mag geen regels voorschrijven die belastingplichtigen niet kunnen uitvoeren. Het deelbeginsel houdt ook in dat de belastingwet uitvoerbaar moet blijven voor de belastingdienst. Wetgeving die niet uitvoerbaar is, zal bestempeld worden als symboolwetgeving. Het doelmatig kunnen uitvoeren van de belastingwet is daarmee een onderdeel van het rechtszekerheidsbeginsel.

G. Duurzaamheid van regelgeving.

Wetgeving dient een bepaalde tijd houdbaar te zijn en niet continu te veranderen. Indien een wetgeving veel verandert, leidt dit ertoe dat belastingplichtigen hun gedrag niet aan die wetgeving kunnen afstemmen. Daarbij komt wel dat een belastingwet moet kunnen meebewegen met de maatschappelijke ontwikkelingen. Indien er echter geen bepaalde mate van stabiliteit is, zorgt dit dat het vertrouwen in en het gezag van de wetgever afneemt.<sup>138</sup>

Concluderend kan een belastingplichtige rechtszekerheid ontlenen aan:

- de wet, bijvoorbeeld artikel 88 en 89 GW en artikel 3:40 Awb;
- de jurisprudentie, bijvoorbeeld voor de invulling van open normen;
- beleid, bijvoorbeeld door het uitvoeren van een besluit door de staatssecretaris van Financiën.

#### 4.2.2 Auteurs over rechtsonzekerheid in de BOR

Nu duidelijk is wat het begrip rechtszekerheid inhoudt en aan welke middelen een belastingplichtige rechtszekerheid kan ontlenen, is het van belang om te toetsen of het begrip het drijven van een materiële onderneming zoals genoemd in artikel 35c SW voldoende rechtszeker is vormgegeven. Daarbij gaat het concreet om het begrip meer dan normaal vermogensbeheer en de arbeid+ en rendement+ toets.

Berkhout en Hoogeveen zijn van mening dat er geen scherpe normen zijn, waardoor rechtsonzekerheid ontstaat, omdat het niet duidelijk is wat de rechter over de casus zal beslissen.<sup>139</sup> Van Dijck is van mening dat deze rechtsonzekerheid ontstaat door het gebruik van de open norm normaal vermogensbeheer.<sup>140</sup>

Ook Berkhout en Lubbers zijn van mening dat er bij het opstellen van de rechtsregel onduidelijke begrippen zijn gebruikt. In het geval van de BOR gaat het hier om het begrip beleggen, waarbij de

---

<sup>138</sup> Hans Gribnau, *'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving'*, Tilburg University/Leiden University.

<sup>139</sup> T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, *'Falsifieerbare normen en omstandigheden catalogus voor vastgoedexploitanten'*, WFR 2015/4.

<sup>140</sup> J.E.A.M. van Dijck, *'Vermogensbeheer'*, WFR 1976/141.



term meer dan normaal vermogensbeheer niet gedefinieerd is.<sup>141</sup> Omdat er sprake is van een open norm die in de jurisprudentie ingevuld dient te worden, is het volgens Rozendal van belang dat de uitspraken van de rechters tijdig gepubliceerd worden. Dit is naar zijn mening zeker van belang bij BOR uitspraken omdat de financiële belangen voor de belastingplichtigen groot zijn. Daarnaast kan de latere publicatie van uitspraken leiden tot een informatie-asymmetrie tussen de belastingplichtigen en de belastingdienst. Indien er een proces bij de rechters loopt over een BOR-casus, is de belastingdienst hiervan wel op de hoogte en belastingplichtigen niet. Het is daarom wenselijk dat de publicatie van uitspraken sneller plaatsvindt.<sup>142</sup> Naast Rozendal is ook Albert van mening dat de norm zoals geïntroduceerd in BNB 1994/319 niet voldoet aan de eis van duidelijkheid en nauwkeurigheid.<sup>143</sup>

In hoofdstuk 3 van deze thesis is reeds aangegeven dat er geen duidelijk toetsingskader uit de jurisprudentie is te herleiden. Bij de meeste casussen is het niet duidelijk welke feiten en omstandigheden bijdragen aan de aan- of afwezigheid van een materiële onderneming.<sup>144</sup> Daarbij komt dat in de jurisprudentie niet concreet genoeg wordt aangegeven wanneer er bijvoorbeeld sprake is van een omvangrijke vastgoedportefeuille of wat als voldoende kennis en expertise van de belastingplichtige wordt geacht. Daarbij is er geen eenduidig omslagpunt te vinden bij welke bepaalde hoeveelheid arbeid er sprake is van ondernemen.<sup>145</sup> Ook Berkhout en Hoogeveen geven aan dat er veel jurisprudentie is die casuïstisch is. Uit de jurisprudentie zijn nog geen duidelijke handvatten en oplossingen te herleiden. Een rechter kan voor een vergelijkbare casus niet uit een ander arrest herleiden welke feiten en omstandigheden doorslaggevend zijn geweest in de beoordeling.<sup>146</sup>

Concluderend voldoet het begrip drijven van een materiële onderneming voor de BOR niet aan alle deelbeginselen van het begrip rechtszekerheid. Zo is de regeling niet duidelijk genoeg en wordt er een open norm gebruikt die niet nader concreet genoeg wordt ingevuld in de jurisprudentie. Er blijft onduidelijkheid bestaan over de exacte definitie van het begrip.

#### 4.2.3 Creëren meer rechtszekerheid

Uit de hiervoor beschreven analyse blijkt dat er op dit moment nog onvoldoende rechtszekerheid is over het begrip drijven van een materiële onderneming in de BOR. In het vervolg van dit hoofdstuk komen de normering en omstandighedencatalogus van Berkhout en Hoogeveen en de praktijkhandreiking uitvoerig aan bod. De vraag is of deze instrumenten meer rechtszekerheid aan belastingplichtige kunnen bieden of dat uit deze instrumenten alleen handvatten te herleiden zijn? In het vervolg van dit hoofdstuk komen daarom ook alternatieven voor het creëren van meer rechtszekerheid aan bod die geregeld worden in de wet, in de jurisprudentie en in een beleidsbesluit.

---

<sup>141</sup> T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, *'Het arrest als praktijkhandleiding'*, WFR 2015/1546.

<sup>142</sup> Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16718, nr 14/1201, NTFR 2015/1164.

Noot: A. Rozendal.

<sup>143</sup> P.G.H. Albert, *'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed'*, WFR 2016/184.

<sup>144</sup> Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794, nr 17/00030, NTFR 2018/1149.

Noot : A. Rozendal.

<sup>145</sup> Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794, nr 17/00030, NTFR 2018/1149.

Noot : A. Rozendal.

<sup>146</sup> T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, *'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten'*, WFR 2015/4.

## 4.3 Omstandighedencatalogus en de praktijkhandreiking

### 4.3.1 Normering en omstandighedencatalogus Berkhout en Hoogeveen

Volgens Berkhout en Hoogeveen kan er een einde worden gemaakt aan de rechtsonzekerheid als de jurisprudentie systematischer en meer gestructureerd zal worden. Deze structuur zou aangebracht kunnen worden door het formuleren van hypothesen en deze vervolgens als uitgangspunt te nemen bij de beoordeling van een casus. De rechter zal dan in een specifieke casus de feiten en omstandigheden wel of niet onder de hypothese scharen en uitleggen waarom ze wel of niet onder de hypothese vallen. Daarbij dient de rechter ook aan te geven welke feiten en omstandigheden hij in de specifieke casus van belang acht.<sup>147</sup>

#### 4.3.1.1 Normering

Berkhout en Hoogeveen doen een opzet voor de normering van een aantal hypothesen. Zij presenteren de volgende vier hypothesen:

1. Het ontwikkelen van nieuwbouw leidt tot de kwalificatie drijven van een materiële onderneming;  
Subregel: wanneer de ontwikkeling voltooid is en een langdurige verhuur aanvangt, eindigt de kwalificatie drijven van een materiële onderneming.
2. Het renoveren en transformeren (vernieuwbouwen) van vastgoed leidt altijd tot de kwalificatie drijven van een materiële onderneming;
3. Het verhuren van vastgoed waarbij er sprake is van rendement+ en arbeid+ leidt tot de kwalificatie drijven van een materiële onderneming;  
Subregel: op grond van BNB 1994/319 wordt een eenmanszaak voor de Wet IB geacht een materiële onderneming te drijven als de ondernemer extra werkzaamheden verricht om zijn vastgoed rendabel te maken.
4. De verhuur van vastgoed leidt in geen enkel geval tot de kwalificatie drijven van een materiële onderneming.  
Als subregel worden hierbij een aantal omstandigheden genoemd die als niet onderscheidend worden beschouwd, omdat zij normaal worden geacht bij de verhuur van vastgoed.<sup>148</sup> Deze omstandigheden zullen naar voren komen bij de bespreking van de praktijkhandreiking.

Als een belastingplichtige die vastgoed verhuurt toch aannemelijk wil maken dat hij een materiële onderneming drijft, zal hij niet alleen zijn eigen feiten en omstandigheden aan de belastingdienst moeten verstrekken, maar ook de feiten en omstandigheden die zien op de situatie waarbij sprake is van normaal vermogensbeheer. Op deze manier kan een belastingplichtige aannemelijk maken dat zijn situatie anders is dan de situatie waarbij sprake is van normaal vermogensbeheer. Hij dient dan bijvoorbeeld het aantal gewerkte uren, het aantal panden en/of het aantal werknemers inclusief opleidingsniveau te verstrekken. Als de belastingplichtige dan in het gelijk wordt gesteld door de rechter, ontstaat er een concrete subregel over bij hoeveel uur, bij welke hoeveelheid panden en bij welke hoeveelheid werknemers met welk opleidingsniveau er sprake is van het drijven van een materiële onderneming.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, *Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten*, WFR 2015/4.

<sup>148</sup> T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, *Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten*, WFR 2015/4.

<sup>149</sup> T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, *Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten*, WFR 2015/4.

#### 4.3.1.2 Omstandighedencatalogus

Om de feiten en omstandigheden van een casus gestructureerd in kaart te brengen kan gebruik worden gemaakt van een omstandighedencatalogus. In deze catalogus worden arbeidsgelateerde en vermogensgelateerde feiten opgenomen.<sup>150</sup> De omstandighedencatalogus die Berkhout en Hoogeveen hier noemen zien we later ook terugkomen in de praktijkhandreiking van de belastingdienst en zal daarom in paragraaf 4.3.2 nader aan bod komen. De omstandighedencatalogus zal een zwaardere weging krijgen als de feiten en omstandigheden nauwkeurig worden beschreven. De omstandigheden hebben geen blijvende waarde, want als ze minder relevant worden geacht kunnen ze uit de catalogus gehaald worden. Zo kan de norm aangescherpt worden. De vage termen zoals meer dan normaal vermogensbeheer worden daardoor duidelijker en aanvullende regels kunnen worden gepresenteerd.<sup>151</sup>

#### 4.3.1.3 Meningen over omstandighedencatalogus

Eind 2015 geeft Rozendal al aan dat deze omstandighedencatalogus van Berkhout en Hoogeveen door de belastingdienst wordt gehanteerd in situaties van vooroverleg. Rozendal is blij met de ontwikkeling dat de belastingdienst een eenduidig beleid voert voor alle belastingplichtigen. Hij is echter ook van mening dat belastingplichtigen de vrijheid moeten hebben om bewijs aan te leveren op een manier die zij zelf willen. Het is dan ook niet verplicht om de omstandighedencatalogus in te vullen, maar het zal wel een goede wil bij de belastingdienst kweken als belastingplichtigen dit wel doen. Daarnaast is Rozendal van mening dat de omstandighedencatalogus niet alle relevante informatie bevat die nodig is om te kunnen beoordelen of er in de voorgelegde situatie sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Voor het invullen van de omstandighedencatalogus wordt vooral cijfermatige informatie van belastingplichtige verlangd. In de omstandighedencatalogus komt amper informatie naar voren die ziet op de aard en omvang van de werkzaamheden die worden verricht. Deze informatie is wel degelijk van belang voor de beoordeling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer en belastingplichtigen zullen deze informatie dan ook uit eigen beweging moeten aanleveren.<sup>152</sup>

Een half jaar later in 2016 is Rozendal nog steeds van mening dat de omstandighedencatalogus van Berkhout en Hoogeveen voornamelijk ziet op de aanlevering van voornamelijk cijfermatige informatie. Aanvullend op bovenstaande mening merkt hij dan tevens nog op dat de wijze van financiering van het vastgoed een relevante omstandigheid kan zijn bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.<sup>153</sup>

Albert is van mening dat deze omstandighedencatalogus een belangrijke aanzet is voor de formulering van vuistregels omtrent de kwalificatie van verhuur van vastgoed.<sup>154</sup>

#### 4.3.2 Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitatie

Op 14 september 2016 heeft Rozendal een WOB-verzoek ingediend voor openbaarmaking van de praktijkhandreiking.<sup>155</sup> Dit WOB-verzoek is ingewilligd en de praktijkhandreiking is uiteindelijk gepubliceerd op 9 december 2016. De praktijkhandreiking biedt inspecteurs handvatten om casussen

---

<sup>150</sup> T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, *Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten*, WFR 2015/4.

<sup>151</sup> T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, *Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten*, WFR 2015/4.

<sup>152</sup> A. Rozendal, *Schenking of vererving van aandelen in vastgoedvennootschappen*, FBN 2015/12-64.

<sup>153</sup> A. Rozendal, *Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?*, WFR 2016/127.

<sup>154</sup> P.G.H. Albert, *De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed*, WFR 2016/184.

<sup>155</sup> A. Rozendal, *Bedrijfsopvolging en vastgoed; actuele ontwikkelingen*, FBN 2017/5-18.

met betrekking tot vastgoedexploitanten en de bedrijfsopvolgingsregeling te kunnen oplossen. Hierbij is rekening gehouden met de jurisprudentie, literatuur en de veelvoorkomende praktijkcasussen en de daarbij horende feiten en omstandigheden.<sup>156</sup>

Een aantal punten uit de praktijkhandreiking komen overeen met de normering en omstandighedencatalogus van Berkhout en Hoogeveen die in de vorige subparagraaf aan bod is gekomen.

#### 4.3.2.1 Inhoud praktijkhandreiking

Voor deze thesis zijn voornamelijk de paragrafen 8, 10 en 14 van de praktijkhandreiking van belang. De relevante informatie uit deze paragrafen zal hieronder toegelicht worden.

In paragraaf 8 wordt het plan van aanpak voor de praktijk geschetst. Dit plan van aanpak ziet er als volgt uit:

1. De bewijslast ligt bij de belastingplichtige. De belastingplichtige moet de bewijslast verzamelen. De belastingplichtige moet aannemelijk maken dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het is de taak van de inspecteur om erop toe te zien dat de belastingplichtige dit bewijs aanlevert. De rechter zal de aangeleverde bewijzen wegen en bepalen of de stelling van de belastingplichtige stand houdt.
2. De volgende uitgangspunten worden bij de beoordeling gehanteerd:
  - a. Het exploiteren van vastgoed is een intensieve taak waarbij veel arbeid komt kijken. Iedereen wil kwalitatief goed vastgoed exploiteren, omdat dit zorgt voor huurinkomsten. Dit is geen onderscheidende factor ten opzichte van een belegger;
  - b. De verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming. De volgende omstandigheden worden daarbij normaal geacht bij de verhuur van vastgoed:
    - het onderhouden van contacten (huurders en gemeente) en het onderhouden van het relatie-netwerk;
    - de wijze waarop het vastgoed is gefinancierd;
    - de omvang van de vastgoedportefeuille;
    - de kennis en expertise van de eigenaar en de eventuele personeelsleden;
    - Het aantal personeelsleden;
    - de tijd die aan de onderneming wordt besteed door belastingplichtige;
    - het aankopen, verhuren en verkopen van vastgoed;
    - de aanwezigheid van een eigen onderhoudsdienst en eventuele verbeteringen die deze onderhoudsdienst aanbrengt;
    - het opstellen en verlengen van huurcontracten;
    - het bijhouden van de administratie;
    - het technisch beheer;
    - het afhandelen van klachten;
    - het financieren van onroerende zaken;
    - het selecteren van panden en huurders, het bepalen van de strategie, het doen van bezichtigingen en het instellen van een marktonderzoek.
3. Het aanbieden van services naast de verhuur van een pand is beleggen.
4. De grootte van de vastgoedportefeuille is niet relevant.

---

<sup>156</sup> Kennisgroepen VKC/AB/Successiewet, 'Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten', 1 juni 2016 (versie 2.0).

5. Ook beleggers dienen kennis te hebben van vastgoed en een zakelijk netwerk te onderhouden. Dit zijn dus geen onderscheidende criteria.
6. Op grond van BNB 2012/21 levert het actief dan wel passief verkopen van huurwoningen die leegstaan (uitponden) geen onderneming op.
7. Het wijzigen van een bestemming of het op papier splitsen van een pand leveren geen onderneming op.
8. Het onderhouden of renoveren van panden krijgt de kwalificatie beleggen.
9. Indien het bouwen of vernieuwbouwen van onroerende zaken op incidentele basis gebeurt, is er geen sprake van een onderneming.
10. Het herontwikkelen van onroerende zaken in de bestaande vastgoedportefeuille levert de kwalificatie onderneming op.
11. De aanwezigheid van veel of weinig eigen vermogen wordt niet als een doorslaggevende indicatie geacht voor de kwalificatie van beleggen of ondernemen. Uit de jurisprudentie blijkt dat de aanwezigheid van vreemd vermogen een indicatie is voor het drijven van een materiële onderneming.<sup>157</sup>

In paragraaf 10 van de praktijkhandreiking wordt de omstandighedencatalogus naar voren gebracht. Deze omstandighedencatalogus is overgenomen uit de praktijkhandreiking en op de volgende pagina weergegeven. De omstandighedencatalogus wordt door de belastingdienst gebruikt om de relevante feiten en omstandigheden van de voorliggende casus gestructureerd in beeld te krijgen. Het overzicht beslaat meerdere jaren om te kunnen beoordelen of er sprake is van een duurzame onderneming.<sup>158</sup>

Paragraaf 14 van de praktijkhandreiking geeft een analyse van het arrest 15 april 2016<sup>159</sup>. Dit arrest is reeds in hoofdstuk 3 van deze thesis nader toegelicht. Uit de praktijkhandreiking blijkt dat de belastingdienst vindt dat er uit het arrest geen duidelijke aanknopingspunten voor de praktijk van de belastingdienst blijken. Zo heeft de werkgroep die de praktijkhandreiking heeft opgesteld kritiek op de berekening van het rendement van 20%. Bij de berekening van dit rendement is het hefboomeffect van toepassing geweest. Het rendement stijgt in de casus volgens de werkgroep doordat een groot deel van de portefeuille is gefinancierd met vreemd vermogen. Het rendement is dus niet toegenomen door het verrichten van arbeid. De werkgroep is van mening dat de berekening van het hof onjuist is.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> Kennisgroepen VKC/AB/Successiewet, 'Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten', 1 juni 2016 (versie 2.0).

<sup>158</sup> Kennisgroepen VKC/AB/Successiewet, 'Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten', 1 juni 2016 (versie 2.0).

<sup>159</sup> Hoge Raad 15 april 2016, 15/02829, ECLI:NL:HR:2016:633, V-N 2016/24.12.

<sup>160</sup> Kennisgroepen VKC/AB/Successiewet, 'Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten', 1 juni 2016 (versie 2.0).

## Omstandighedencatalogus <sup>161</sup>

		Jaar t-0	Jaar t-1	Jaar t-2	Jaar t-3	Jaar t-4	Jaar t-5	Toelichting
<b><u>Vastgoedportefeuille (verhuur aan derden)</u></b>								
Aantal panden	Getal							
Aantal verhuurde units	Getal							
Aantal verhuurde m <sup>2</sup>	Getal							
Marktwaarde	Euro * 1.000							
Nettokasstroom	Euro * 1.000							
Onderhoudskosten	Euro * 1.000							
Verbeteringskosten	Euro * 1.000							
Brutohuurinkomsten	Euro * 1.000							
WOZ-waarde	Euro * 1.000							
Leegstandspercentage + toelichting berekening	% en getal							
<b><u>(Her)ontwikkelingspanden</u></b>								
Aantal panden	Getal							
Marktwaarde	Euro * 1.000							
Netto-kasstroom	Euro * 1.000							
Investing totaal dit jaar	Euro * 1.000							
<b><u>Organisatie</u></b>								
Aantal werknemers	Getal							
Totaal FTE-werknemers inclusief DGA	Euro * 1.000							
Opleidingsniveau werknemers	Tekst en getal							
Ervaringjaren werknemers	Getal							
Aantal externen	Getal							
Totaal FTE-externen	Getal							
Eigen onderhoudspersoneel/ FTE	Getal							
<b><u>Rendement</u></b>								
Nagestreefde rendement	%							
Formule berekening rendement	Tekst							
Behaalde rendement vastgoedportefeuille	%							
<b><u>Financiering (omvang en welke panden)</u></b>								
Hypotheekschuld	Euro * 1.000							
Schuldgraad (loan to value)	%							
Rentebetaling per jaar	Euro * 1.000							
Aflossing per jaar	Euro * 1.000							

<sup>161</sup> Kennisgroepen VKC/AB/Successiewet, 'Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten', 1 juni 2016 (versie 2.0), paragraaf 10.

#### 4.3.2.2 Meningen over praktijkhandreiking

Berkhout geeft aan dat de praktijkhandreiking in de praktijk veel wordt gebruikt.<sup>162</sup> Dit wil echter nog niet zeggen dat de inhoud van de praktijkhandreiking per definitie juist is. In de literatuur worden er de nodige kanttekeningen geplaatst bij deze praktijkhandreiking. Zo zijn Ganzeveld en Van Gilswijk van mening dat de praktijkhandreiking een te negatief beeld schetst van de situatie.<sup>163</sup> De kritiek van Ganzeveld en Van Gilswijk en de meningen van diverse andere auteurs over de praktijkhandreiking worden in deze paragraaf uiteengezet. De kanttekeningen bij de praktijkhandreiking zullen per kritiekpunt nader toegelicht worden.

##### 4.3.2.2.1 Eenzijdige standpuntbepaling

Rozendal is van mening dat de praktijkhandreiking een eenzijdig beeld weergeeft van de literatuur die er over het onderwerp beschikbaar is. De opvattingen uit de literatuur die in de praktijkhandreiking zijn opgenomen zijn veelal opvattingen die de argumentatie van de belastingdienst bevestigen en vaak zijn het uitingen door personen die bij de belastingdienst werkzaam zijn. Er is dus een aantal opvattingen uit de literatuur die in de praktijkhandreiking niet weergegeven wordt.<sup>164</sup>

##### 4.3.2.2.2 Verhuur van vastgoed

De belastingdienst is volgens de praktijkhandreiking van mening dat de verhuur van vastgoed nooit als een onderneming kan kwalificeren en beheersdaden horen bij de verhuur van vastgoed. Dit standpunt is volgens Rozendal echter onjuist. Uit de jurisprudentie blijkt namelijk dat de exploitatie van vastgoed in sommige situaties wel als een materiële onderneming is gekwalificeerd. Daarnaast blijkt ook dat de omvang en aard van de beheerswerkzaamheden relevant zijn.<sup>165</sup> De jurisprudentie waarop gedoeld wordt, is reeds in hoofdstuk 3 van deze thesis aan bod gekomen.

Hoogwout is het met Rozendal eens dat de opvatting in de praktijkhandreiking dat de verhuur van vastgoed nooit als een materiële onderneming kan kwalificeren onjuist is. Uit de jurisprudentie blijkt namelijk het tegendeel en kan in bepaalde situaties de verhuur van vastgoed wel kwalificeren als het drijven van een materiële onderneming.<sup>166</sup>

Ook Heldens geeft zijn mening over het uitgangspunt dat de verhuur van vastgoed nooit kan leiden tot de kwalificatie drijven van een materiële onderneming. Uit diverse jurisprudentie blijkt dat er bij verhuur van vastgoed wel sprake kan zijn van een onderneming. De praktijkhandreiking hanteert hierbij dus een strenger uitgangspunt dan uit de jurisprudentie blijkt inzake de verhuur van vastgoed.<sup>167</sup>

##### 4.3.2.2.3 Aanleveren van informatie

Door diverse auteurs wordt de manier waarop van de belastingplichtige wordt verlangd dat hij de betreffende informatie over het vastgoed aanlevert bekritiseerd. Rozendal zegt hierover dat de belastingdienst het invullen van de omstandighedencatalogus verlangt en de belastingplichtige heeft hierdoor niet de vrijheid om het bewijs op een andere manier aan te leveren. Er geldt echter wel een vrije bewijsleer, maar in de praktijk blijkt dat het aanleveren van de informatie op een andere manier

---

<sup>162</sup> T.M. Berkhout, *'Procedures over vastgoedexploitatie: een grabbelton'*, VF&C 2018/1-1.

<sup>163</sup> J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gilswijk, *'Bedrijfsopvolgingsregeling: enkele praktijkontwikkelingen'*, CFTV 2017/6-31.

<sup>164</sup> A. Rozendal, *'Bedrijfsopvolging en vastgoed; actuele ontwikkelingen'*, FBN 2017/5-18.

<sup>165</sup> A. Rozendal, *'Bedrijfsopvolging en vastgoed; actuele ontwikkelingen'*, FBN 2017/5-18.

<sup>166</sup> T.C. Hoogwout, *'Fictieve materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken'*, CFTV 2018/7-8-27.

<sup>167</sup> J.A.L. Heldens, *'De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?'*, WFR 2018/45.

leidt tot een langere behandeltijd of het niet innemen van een standpunt door de inspecteur. Daarnaast wordt in de omstandighedencatalogus om informatie gevraagd, zoals de wijze van financieren en de omvang van de portefeuille, terwijl de belastingdienst eerder in de praktijkhandreiking aangeeft dat deze niet onderscheidend zijn bij de beoordeling of er sprake is van een onderneming. De belastingplichtige moet hierdoor informatie aanleveren die niet relevant wordt geacht, dit levert extra werk voor de belastingplichtige op. Daarnaast lijkt de omstandighedencatalogus niet compleet te zijn, omdat bepaalde omstandigheden voor rechters wel van belang zijn in de beoordeling of er sprake is van een materiële onderneming. Hierbij kan worden gedacht aan de kennis en expertise van belastingplichtige en het personeel, de afhandeling van de klachten en de technische dienst. Indien de casus aan de rechter voorgelegd zal worden, heeft belastingplichtige dit bewijs niet aangeleverd en hierdoor kan de belastingplichtige bij aanvang van het proces al op een achterstand gezet zijn.<sup>168</sup>

Heldens is van mening dat de omstandighedencatalogus haakt staat op de vrije bewijsleer. De belastingplichtige heeft namelijk in deze situatie niet meer de keuze welke informatie hij aanlevert en op welke manier hij die informatie aanlevert. De belastingdienst mag natuurlijk wel een verzoek doen om bepaalde informatie te ontvangen. De omstandighedencatalogus wekt echter de indruk dat alleen deze informatie relevant is en dat alleen bij het zetten van voldoende kruisjes er sprake kan zijn van het drijven van een materiële onderneming. Dit is tegenstrijdig met hetgeen uit de jurisprudentie voortvloeit, waarbij duidelijk naar voren komt dat alle feiten en omstandigheden van belang zijn. De huidige omstandighedencatalogus die meer lijkt op een soort checklist lijkt dan ook niet op zijn plaats. Het zou volgens Heldens beter zijn om het te gebruiken als een format om de feiten en omstandigheden te kunnen inventariseren.<sup>169</sup>

#### 4.3.2.2.4 Analyse arrest 15 april 2016<sup>170</sup>

Ganzeveld en Van Gilswijk uiten hun kritiek met betrekking tot de praktijkhandreiking voornamelijk naar hetgeen in paragraaf 14 wordt beschreven. In deze paragraaf maakt de belastingdienst een analyse van het arrest van 15 april 2016. Opvallend bij deze analyse van de belastingdienst vinden zij de opmerking dat het hefboomeffect bij het bepalen van het rendement genegeerd moet worden. Volgens de belastingdienst vloeit dit hefboomeffect namelijk niet voort uit het verrichten van arbeid. Een nuancering is volgens Ganzeveld en Van Gilswijk op zijn plaats. Er moet door een belastingplichtige arbeid verricht worden om een financiering bij de bank te krijgen en/of het bedenken van een financieringsstrategie kost arbeid. Deze arbeid kan als een verklaring worden gezien voor het hoge rendement. Daarnaast kan de financiering met vreemd vermogen juist een argument zijn om aan te nemen dat er sprake is van het drijven van een materiële onderneming, omdat er een risico wordt gelopen door de bestuurder van de vennootschap.<sup>171</sup>

Heldens vindt het niet netjes van de belastingdienst dat er standpunten in de praktijkhandreiking worden opgenomen die niet in overeenstemming zijn met de uitkomst van dit arrest. Hij is echter wel van mening dat de jurisprudentie omtrent de vraag of de verhuur van vastgoed kwalificeert als het drijven van een materiële onderneming erg casuïstisch blijft en dat dit arrest dus niet op elke

---

<sup>168</sup> A. Rozendal, *'Bedrijfsopvolging en vastgoed; actuele ontwikkelingen'*, FBN 2017/5-18.

<sup>169</sup> J.A.L. Heldens, *'De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?'*, WFR 2018/45.

<sup>170</sup> Hoge Raad 15 april 2016, 15/02829, ECLI:NL:HR:2016:633, V-N 2016/24.12.

<sup>171</sup> J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gilswijk, *'Bedrijfsopvolgingsregeling: enkele praktijkontwikkelingen'*, CFTV 2017/6-31.



andere casus van toepassing is. Dit blijft namelijk afhankelijk van de feiten en omstandigheden van de betreffende casus.<sup>172</sup>

#### 4.3.2.3 *Voldoet praktijkhandreiking aan rechtszekerheidsbeginsel?*

Concluderend vindt Rozendal wel dat de praktijkhandreiking een inzicht geeft in de standpunten van de belastingdienst. Doordat deze standpunten bekend zijn, kunnen belastingplichtigen hierop reageren. In de meeste gevallen zal de belastingplichtige toch naar de rechter moeten om gebruik te kunnen maken van de BOR.<sup>173</sup>

Heldens is concluderend van mening dat de uitgangspunten van de belastingdienst in de praktijkhandreiking enige nuance verdienen om beter aan te kunnen sluiten bij de geldende jurisprudentie. Hij is dan ook groot voorstander voor het opstellen van een herziene versie van de praktijkhandreiking. De houding van de belastingdienst is op dit moment nog te star en dit zal voor veel belastingplichtigen ervoor zorgen dat zij naar de rechtbank moeten stappen gebruik te kunnen maken van de BOR.<sup>174</sup>

Door auteurs wordt dus betoogd dat de praktijkhandreiking handvatten geeft voor belastingplichtigen. Naar mijn mening geeft de praktijkhandreiking inderdaad inzicht in de standpunten van de belastingdienst. Ik ben echter wel van mening dat de praktijkhandreiking meer diversen opvattingen van auteurs dient te vertegenwoordigen. De huidige praktijkhandreiking geeft een erg eenzijdig beeld van de literatuur over de verhuur van vastgoed in combinatie met de BOR weer. In de praktijkhandreiking dienen ook opvattingen opgenomen te worden waaruit blijkt wanneer er wel sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Daarnaast dient het standpunt 'de verhuur van vastgoed kan nooit tot het drijven van een materiële onderneming leiden' genuanceerd te worden. In de jurisprudentie is duidelijk naar voren gekomen dat bij een combinatie van bepaalde feiten en omstandigheden er wel sprake kan zijn van een materiële onderneming als het gaat om de verhuur van vastgoed. Een eventuele aanpassing van de praktijkhandreiking dient wel gepubliceerd te worden, zodat de nieuwe standpunten voor belastingplichtigen kenbaar zijn.

De praktijkhandreiking creëert echter niet de gewenste rechtszekerheid voor belastingplichtigen. De praktijkhandreiking is een interne memo voor de belastingdienst zelf. In paragraaf 4.2.1 is naar voren gekomen dat de wet, een beleidsbesluit en de jurisprudentie bronnen zijn waaruit rechtszekerheid ontleend kan worden. De praktijkhandreiking behoort niet tot één van deze categorieën.

#### 4.4 Alternatieven voor meer rechtszekerheid

Omdat uit paragraaf 4.3 blijkt dat de normering en omstandighedencatalogus van Berkhout en Hoogeveen en de praktijkhandreiking van de belastingdienst niet de gewenste rechtszekerheid voor belastingplichtigen verschaffen, worden in deze paragraaf alternatieven besproken voor het creëren van meer rechtszekerheid voor belastingplichtigen. Deze alternatieven worden onderscheiden in, rechtszekerheid via aanpassingen in de wet, rechtszekerheid ontleend aan de jurisprudentie en rechtszekerheid naar aanleiding van de publicatie van een beleidsbesluit.

---

<sup>172</sup> J.A.L. Heldens, *De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?*, WFR 2018/45.

<sup>173</sup> A. Rozendal, *'Bedrijfsopvolging en vastgoed; actuele ontwikkelingen'*, FBN 2017/5-18.

<sup>174</sup> J.A.L. Heldens, *De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?*, WFR 2018/45.

#### 4.4.1. Aanpassingen in de wet

##### 4.4.1.1 Verduidelijken onderscheidingsmaatstaf

Zoals reeds vermeld is Albert van mening dat de onderscheidingsmaatstaf, namelijk het begrip meer dan normaal vermogensbeheer uit BNB 1994/319 niet onderscheidend genoeg is. Omdat er voor belastingplichtigen een aanzienlijk financieel belang gemoeid is met de vraag of de BOR voor hen wel of niet van toepassing is, dient er volgens Albert iets aan deze maatstaf gedaan te moeten worden. Om de rechtszekerheid te vergroten geeft hij twee oplossingen: het verduidelijken van de maatstaf door de Hoge Raad of het door de wetgever afschaffen van de maatstaf.<sup>175</sup>

Naar de mening van Albert heeft de Hoge Raad de maatstaf nog niet concreet kunnen invullen. Dit komt volgens hem omdat de Hoge Raad in zijn arresten komt tot een negatieve motivering. De oplossing zou zijn om de maatstaf te voorzien van een positieve invulling. De Hoge Raad zou hiertoe gedwongen moeten worden doordat er prejudiciële vragen gesteld worden. Volgens Albert is het echter niet vereist dat er prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld worden, want de Hoge Raad kan ook een in een cassatieprocedure meer duidelijkheid bieden. Hij kan in een dergelijke procedure vuistregels formuleren of omstandigheden noemen in welke situaties de verhuur van onroerend goed wel of geen materiële onderneming vormt.<sup>176</sup>

##### 4.4.1.1.1 Invoeren beleggingsfictie

Indien de Hoge Raad niet in staat is om de maatstaf concreter in te vullen is een wijziging van de wet wenselijk. Albert is van mening dat dan overwogen dient te worden om een bepaling te introduceren binnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteit die regelt dat de verhuur van vastgoed kwalificeert als een belegging (en dus nooit als een materiële onderneming).<sup>177</sup> Deze bepaling zou dan toegevoegd moeten worden aan onder andere artikel 35c SW. Albert omschrijft hoe een dergelijke bepaling dan zou moeten luiden. Ik citeer: *“voor de toepassing van dit artikel worden onroerende zaken die zijn bestemd om direct of indirect ter beschikking te worden gesteld aan anderen dan met de belastingplichtige verbonden lichamen als bedoeld in artikel 10a, vierde lid, Wet VPB 1969 niet als ondernemingsvermogen beschouwd”*.<sup>178</sup>

Rozendal vindt de invoering van een beleggingsfictie ongewenst en niet voldoen aan de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Hiervoor geeft hij 3 argumenten. Deze argumenten zal ik hierna afzonderlijk bespreken.

- A. Er wordt geen recht gedaan aan de doelstelling om rechtsvormneutraliteit te creëren. Er is voor vennootschappen aangesloten bij het IB-ondernemingsbegrip om meer rechtsvormneutraliteit te creëren. Een vennootschap met daarin vastgoed die nu kwalificeert voor de inkomstenbelasting als een onderneming, heeft dan op grond van de beleggingsfictie toch geen toegang tot de BOF.
- B. Indien er een beleggingsfictie wordt ingevoerd ontstaat er een ongunstigere behandeling voor vennootschappen met vastgoed en hun aandeelhouder(s). Zo kan een vastgoedvennootschap niet de status van een VBI (artikel 6a Wet VPB) aanvragen en

---

<sup>175</sup> P.G.H. Albert, *‘De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed’*, WFR 2016/184.

<sup>176</sup> P.G.H. Albert, *‘De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed’*, WFR 2016/184.

<sup>177</sup> P.G.H. Albert, *‘De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed’*, WFR 2016/184.

<sup>178</sup> P.G.H. Albert, *‘De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed’*, WFR 2016/184.

geldt er voor hen een afschrijvingsbeperking op grond van artikel 3.30a Wet IB. Als vastgoedvennootschappen dan ook geen gebruik meer kunnen maken van de BOF, ontstaat naar de mening van Rozendal de situatie waarbij vastgoedvennootschappen van geen enkel fiscaal voordeel gebruik kunnen maken en dit leidt tot een onevenredige nadelige behandeling.<sup>179</sup>

- C. Het creëren van een fictiebepaling voor de verhuur van vastgoed doet geen recht aan de doelstelling van de BOF.

De BOF is in het leven geroepen om liquiditeitsproblemen te voorkomen en daarnaast zorgt de BOF voor de stimulans van onbelemmerde voortzetting van ondernemingen. Rozendal ziet geen verschil tussen de verkrijging van een onderneming waarbij sprake is van een materiële onderneming en een vennootschap met daarin verhuurd vastgoed waarbij het property management in eigen beheer wordt uitgevoerd. Naar zijn mening is er bij laatstgenoemde vennootschap ook sprake van een economische bedrijvigheid. Een onderscheid is naar zijn mening dan ook niet gerechtvaardigd, omdat bij beide zonder de BOF belasting wordt geheven over ongerealiseerde winsten en er niet altijd voldoende liquide middelen aanwezig zijn om deze belastingheffing te kunnen voldoen.<sup>180</sup>

Albert is het echter niet met deze bezwaren van Rozendal eens. Volgens hem leidt de regeling tot meer rechtszekerheid en meer rechtsgelijkheid. De regeling leidt tot meer rechtszekerheid, omdat het direct duidelijk is voor de belastingplichtige die vastgoed verhuurt dat de BOR niet op hem van toepassing is.<sup>181</sup>

#### 4.4.1.1.2 Reactie Rozendal

Rozendal verduidelijkt zijn eerder gegeven argumenten over de rechtsvormneutraliteit en de ongelijke behandeling van vennootschappen met onroerend goed.<sup>182</sup>

- A. Rozendal is van mening, dat hoewel een beleggingsfictie zal leiden tot meer rechtszekerheid want er zijn geen vraagtekens meer over de kwalificatie van verhuur van vastgoed, de invoering van de beleggingsfictie ook tot rechtsonzekerheid kan leiden. Belastingplichtigen kunnen er namelijk niet meer op vertrouwen dat de fiscale gevolgen van de gekozen rechtsvorm in stand blijven. Belastingplichtigen zijn onvoldoende in staat geweest om de fiscale gevolgen van hun handelingen te kunnen overzien.
- B. Rozendal bedoelt met zijn argument omtrent de ongunstigere behandeling van vennootschappen met daarin onroerend goed dat zij door invoering van de beleggingsfictie in elke situatie worden uitgesloten van de BOF. Dit betekent dus ook dat als de vennootschap op grond van de Wet IB wel zou kwalificeren als een onderneming, zij alsnog geen gebruik kunnen maken van de BOF. Rozendal is niet van mening dat de beleggingsfictie op dit punt zorgt voor meer rechtszekerheid. Een vennootschap met daarin vastgoed wordt hierdoor nu juist voor verschillende heffingsweten anders aangemerkt. Voor de IB en VPB is er dan sprake van een ondernemer voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting, terwijl er voor de SW en IB sprake is van een fictieve belegger voor de toekenning van de BOF.<sup>183</sup>

---

<sup>179</sup> A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', WFR 2016/127.

<sup>180</sup> A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', WFR 2016/127.

<sup>181</sup> P.G.H. Albert, 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', WFR 2016/184.

<sup>182</sup> A. Rozendal, 'De (on)wenselijkheid van een beleggingsfictie voor vastgoed in de BOF; een verduidelijking', WFR 2016/214.

<sup>183</sup> A. Rozendal, 'De (on)wenselijkheid van een beleggingsfictie voor vastgoed in de BOF; een verduidelijking', WFR 2016/214.

Albert kan zich niet vinden in de uitleg van Rozendal omtrent het begrip rechtszekerheid. Albert spreekt in zijn bijdrage namelijk over het deelbeginsel duidelijkheid van het rechtszekerheidsbeginsel. De invoering van de beleggingsfictie voldoet hier naar zijn mening aan, omdat de wet maar voor één uitleg vatbaar is. Rozendal spreekt over een ander deelbeginsel van het rechtszekerheidsbeginsel namelijk de terugwerkende kracht. Bij invoering van de beleggingsfictie is er geen sprake van terugwerkende kracht. Het rechtszekerheidsbeginsel houdt namelijk niet in dat wetgeving nooit mag veranderen. Een burger kan geen vertrouwen ontleen aan de aftrekbaarheid van bepaalde bestanddelen, omdat deze een volgend jaar in aftrek beperkt kunnen zijn.<sup>184</sup>

#### 4.4.1.1.3 Opnemen van beleggingsfictie de oplossing?

Het opnemen van een beleggingsfictie zou naar mijn mening een erg voor de hand liggende oplossing zijn. Op deze manier wordt er voldoende rechtszekerheid voor de belastingplichtige gecreëerd. Het opnemen van een beleggingsfictie in artikel 35c SW zorgt voor rechtszekerheid, omdat het voor de belastingplichtige op voorhand duidelijk is dat zij geen gebruik kan maken van de voorwaardelijke vrijstelling. Alternatief is om een fictie op te nemen waarbij de verhuur van vastgoed altijd wordt aangemerkt als een materiële onderneming (en dus nooit als een belegging). Ook deze optie zorgt voor meer rechtszekerheid. Als deze fictie ingevoerd wordt zal deze fictie ook voor de inkomstenbelasting moeten gaan gelden. Alle vastgoedbeleggers die nu in box 3 belast zijn, zullen dan ook als ondernemer aangemerkt worden en inkomstenbelasting in box 1 over hun vastgoed gaan betalen. Dit is een onwenselijk gevolg. De particulieren die in het bezit zijn van vastgoed zien dit vaak meer als een hobby en een manier om een hoger rendement te behalen in vergelijking met hun investering als spaargeld. Deze vorm van beleggen is niet gericht op het drijven van een materiële onderneming en niet beroepsmatig. Voor particulieren zullen er daarnaast veel meer bijkomende kosten komen als zij als ondernemer kwalificeren. Zij zullen allereerst meer inkomstenbelasting verschuldigd zijn over het vastgoed. Daarnaast betekent dit ook dat zij een balans en winst&verliesrekening zullen moeten opstellen en daarmee dus meer administratie lasten ervaren, of deze administratie zullen uitbesteden en hiervoor meer kosten maken. Particulieren die in het bezit zijn van één pand zullen het WUO- regime ingetrokken worden. Omdat aan beide ficties de nodige onwenselijke gevolgen kleven, is het opnemen van een fictie in de wet naar mijn mening niet de juiste oplossing.

#### 4.4.1.2 Rechtsvergelijking Vlaamse Gunstregeling

Ook Hoogwout is van mening dat het introduceren van een beleggingsfictie uitkomst kan bieden. Hij schetst daarmee dus ook een oplossing voor het creëren van meer rechtszekerheid in de wet. Hiervoor maakt hij een rechtsvergelijking met de Vlaamse Gunstregeling, de BOR in België. Op basis van de Belgische wetgeving dient er voldaan te zijn aan de activiteitentoets om gebruik te kunnen maken van de regeling. De activiteitentoets houdt in dat vennootschappen met daarin onroerende zaken een reële economische activiteit dienen te hebben. Er wordt geen reële economische activiteit uitgeoefend als voldaan is aan de volgende voorwaarden:

- i. De terreinen en gebouwen op de balans meer bedragen dan 50% van de totale activa;
- ii. De bezoldigingen, sociale lasten en pensioenen 1,50% of lager bedragen van de totale activa.

Deze voorwaarden gelden cumulatief. Voor deze regel geldt een tegenbewijsregeling, namelijk als de vennootschap de onroerende zaken gebruikt voor het drijven van een materiële onderneming kan er toch gebruik worden gemaakt van de Vlaamse Gunstregeling. Het nadeel van een dergelijke regeling

---

<sup>184</sup> A. Rozendal, 'De (on)wenselijkheid van een beleggingsfictie voor vastgoed in de BOF; een verduidelijking', WFR 2016/214.  
Naschrift van P.G.H. Albert.

is dat een DGA invloed kan uitoefenen op de hoogte van het salaris en er daarmee voor kan zorgen dat de vennootschap niet aan de tweede voorwaarde voldoet.<sup>185</sup> Ik geef een voorbeeld om dit nader toe te lichten. De totale activa van X BV bedraagt € 900.000. De gebouwen en terreinen bedragen € 460.000. Dit betekent dat  $460.000/900.000 * 100\% = 51,11\%$  van de totale activa bestaat uit onroerende zaken. Aan de eerste voorwaarde is daarmee voldaan. Indien de totale bezoldigingen € 13.500 of lager bedragen is tevens voldaan aan de tweede voorwaarde. De DGA kan zijn salaris daarom dus vaststellen op € 15.000 (=1.67%) en daarmee voldoet hij niet aan de tweede voorwaarde. Omdat niet cumulatief voldaan is aan de voorwaarden voldoet de vennootschap aan de activiteitentoets.

In de Vlaamse Gunstregeling komt het begrip het drijven van een materiële onderneming ook terug. Een nadere studie naar deze regeling zou wenselijk zijn om te achterhalen wat de criteria onder deze regelgeving zijn om te komen tot de kwalificatie drijven van een materiële onderneming. Op deze manier komen er wellicht nog andere inzichten naar boven omtrent dit begrip waar de Nederlandse wetgeving handvatten aan kan ontleen. Een nadere studie naar dit Belgische begrip gaat te ver voor deze thesis. Het voordeel van de Vlaamse Gunstregeling is wel dat het belastingplichtigen meer rechtszekerheid biedt. Belastingplichtigen die maar voldoen aan één van de twee voorwaarden hebben op voorhand duidelijk of zij gebruik kunnen maken van de regeling. Ik ben dan ook van mening dat het voor de Nederlandse regelgeving wenselijk is om voorwaarden op te nemen wanneer een belastingplichtige wel of niet voldoet aan de kwalificatie drijven van een materiële onderneming. In hoofdstuk 5 zal hier een aanzet voor gegeven worden.

#### 4.4.1.3 Property-managementwerkzaamheden

Rozendal noemt naast het invoeren van een beleggingsfictie nog een ander alternatief om meer rechtszekerheid te creëren rondom de invulling van de onderscheidingsmaatstaf meer dan normaal vermogensbeheer. Dit alternatief is om aan te sluiten bij de mate waarin property managementwerkzaamheden in eigen beheer worden uitgevoerd.<sup>186</sup>

Indien property management in eigen beheer en voor eigen risico wordt uitgevoerd is dit een indicatie voor het drijven van een materiële onderneming. Dit standpunt wordt tevens gegeven in de noot bij deze uitspraak van de Rechtbank Den Haag 3 juni 2014.<sup>187</sup> Rozendal beschrijft wat er verstaan dient te worden onder property management. Naar de mening van Rozendal kan er vrij nauwkeurig worden bepaald welke werkzaamheden in het algemeen worden verricht bij vastgoedexploitatie. In de literatuur omtrent vastgoed is namelijk bepaald wat er valt onder vastgoedexploitatie op operationeel niveau. Dit wordt ook wel property management genoemd. Property management omvat zeker 50 verschillende beheerswerkzaamheden die kunnen worden onderverdeeld in:

- A. Administratieve beheerswerkzaamheden => huurverhogingen, huurincasso's, correspondentie inzake huurachterstanden en de administratie;
- B. Technische beheerswerkzaamheden => herstel, onderhoud, verbouwingen, renovatie en afhandeling klachten en storingen;
- C. Commercieel beheer => onderhouden van contact met aannemers, huurders, leveranciers, intake gesprekken met huurders en initiatieven tot bevordering van de verhuurbaarheid van panden.

---

<sup>185</sup> T.C. Hoogwout, 'Fictieve materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken', CFTV 2018/7-8-27.

<sup>186</sup> A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', WFR 2016/127.

<sup>187</sup> Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16718, nr 14/1201, NTFR 2015/1164.

Noot: A. Rozendal.

Hoewel het duidelijk is dat beheerswerkzaamheden verricht dienen te worden bij de verhuur van vastgoed wil dat niet direct zeggen dat deze werkzaamheden nooit kunnen leiden tot meer dan normaal vermogensbeheer. Het gaat erom of de vastgoedbelegger deze werkzaamheden zelf zou verrichten en niet of de werkzaamheden behoren bij werkzaamheden die worden verricht bij verhuur van vastgoed. Een vastgoedbelegger zal namelijk niet alle property managementactiviteiten voor eigen rekening en risico en in eigen beheer uitvoeren. De vastgoedbelegger gebruikt namelijk zijn overtollige liquide middelen voor de vastgoedexploitatie en heeft vaak niet de kennis en ervaring om het vastgoed rendabel te maken. In dat geval zullen de beheersactiviteiten aan een derde uitbesteed worden. De vastgoedbelegger streeft naar een gelijkmatig rendement over de jaren heen en niet naar een zo hoog mogelijk rendement. Het streven naar een zo hoog mogelijk rendement brengt namelijk risico met zich mee en een belegger die alleen zijn overtollige liquide middelen aanwendt zal dergelijke risico's niet willen nemen.<sup>188</sup> Property managementwerkzaamheden zullen bij een beleggingsvennootschap uitbesteed worden aan externe vastgoedbeleggers. Het rendement van de vennootschap zal afnemen door de beheersvergoeding die zij aan de externe vastgoedbelegger betalen.<sup>189</sup>

De term property management kan naar de mening van Rozendal een invulling geven aan de onderscheidingsmaatstaf meer dan normaal vermogensbeheer. Hij zou voor de praktijk graag in kaart willen brengen welke werkzaamheden door de vastgoedbezitter worden uitgevoerd. Daarna kan er een vergelijking worden gemaakt welke werkzaamheden de belegger zal uitbesteden aan derden. Op deze manier wordt er volgens Rozendal recht gedaan aan de rechtsregel die is gegeven door de Hoge Raad.<sup>190</sup>

#### *4.4.1.4 Vervangen begrip materiële onderneming*

Naast het hierboven beschreven alternatief van Rozendal, komt Rozendal samen met collega Adriaansens ook nog met een alternatief voor het aanpassen van de huidige bedrijfsopvolgingsregeling in het kader van vastgoedexploitatie. Zij zijn van mening dat het begrip materiële onderneming van artikel 3.2 Wet IB vervangen kan worden door een meer norm specifiek begrip. Zo zou er bijvoorbeeld aangesloten kunnen worden bij een niet-fiscale term of een indeling gemaakt kunnen worden op basis van de Standaard Bedrijfsindeling. Naar aanleiding van deze indeling zullen er een aantal bedrijven aangemerkt kunnen worden die gelet op de doelstelling van het bedrijf in aanmerking zouden moeten komen voor de faciliteit. In deze situatie wordt er volgens Adriaansens en Rozendal beter aangesloten bij de doelstelling van de BOF, namelijk het voorkomen van liquiditeitsproblemen.<sup>191</sup>

#### *4.4.2 De jurisprudentie*

Voor het creëren van meer rechtszekerheid ontleend aan de jurisprudentie is een actie van de rechter vereist. Berkhout en Lubbers geven verschillende mogelijke acties van de rechter.

##### *4.4.2.1 Het nemen van een beslissing*

Berkhout en Lubbers zijn van mening dat de Hoge Raad in de toekomst meer harde regels moet formuleren in plaats van ongedefinieerde begrippen te hanteren. Dit zou de Hoge Raad bijvoorbeeld kunnen doen door een omstandighedencatalogus te geven. Een open norm wordt dan al gedeeltelijk ingevuld. Het is dan duidelijk welke omstandigheden van belang zijn, maar aan de verschillende

---

<sup>188</sup> A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', WFR 2016/127.

<sup>189</sup> Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16718, nr 14/1201, NTFR 2015/1164.

Noot A. Rozendal.

<sup>190</sup> A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', WFR 2016/127.

<sup>191</sup> O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', WFR 2014/1215.



omstandigheden kan per individueel geval een ander gewicht worden toegekend. De praktijk krijgt op deze manier handvatten aangereikt, waardoor de juiste gegevens in een discussie naar voren gebracht kunnen worden.<sup>192</sup> De kritiek op een dergelijke omstandighedencatalogus is in deze thesis reeds aan de orde gekomen.

Naar mijn mening is het aanreiken van handvatten voor de praktijk wel een positieve ontwikkeling. Een belastingplichtige moet dan echter niet gedwongen worden om de informatie alleen in dit format aan te leveren. Het moet voor belastingplichtige wel duidelijk zijn dat andere informatie dan alleen de informatie uit de omstandighedencatalogus van belang kan zijn in zijn casus. Daarnaast moet een belastingplichtige die de informatie op een andere manier aanlevert op dezelfde manier behandeld worden. Er zijn geen harde bewijzen dat dit op dit moment niet gebeurt, maar zoals eerder beschreven lijkt Rozendal dit te suggereren

#### *4.4.2.2 Het motiveren van de beslissing*

Berkhout en Lubbers zijn tevens van mening dat uitspraken door de Hoge Raad voldoende gemotiveerd dienen te worden.<sup>193</sup> Zij gaan hierbij in op de argumentatie van de commissie 'Hoge Raad 100 jaar belastingrechtspraak'. De commissie is van mening dat door een uitgebreide motivering de uitspraak beter te volgen is en toekomstige jurisprudentie hierdoor voorspelbaarder wordt. Daarnaast dient de motivering van een uitspraak helder, precies en volledig te zijn. Het moet voor belastingplichtigen duidelijk zijn hoe het arrest zich verhoudt tot andere arresten en waarom van een eerder gevolgde lijn in de jurisprudentie wordt afgestapt.<sup>194</sup> Berkhout en Lubbers zijn het met deze argumentatie van de commissie eens. Zij vinden het positief dat de Hoge Raad een arrest wat in de literatuur op onjuiste wijze wordt geïnterpreteerd in een later arrest nogmaals motiveert. Daarnaast kan de Hoge Raad een rechtsregel tevens opnieuw uitleggen, indien hij het eerder onduidelijk heeft geformuleerd.<sup>195</sup>

#### *4.4.4.3 Tussentijds duidelijkheid geven*

Als er door de rechter een arrest wordt gewezen, behoeft dit arrest in de praktijk niet direct eenduidig opgevat te worden. Een arrest kan vragen oproepen en zal dan ook verduidelijkt moeten worden om deze vragen weg te nemen. De rechter kan een verduidelijking geven in een volgend arrest. Het risico hiervan is dat een vergelijkbare casus en daarmee een uitspraak jaren kan duren. Daarbij hoeft de rechter dan niet per definitie een verduidelijking te geven. Het is aan de procespartijen om de procedure zo in te steken dat de rechter verplicht is om een verduidelijking te geven.<sup>196</sup>

De Hoge Raad zou echter over onduidelijkheden in een arrest ook tussentijds duidelijkheid kunnen scheppen. Volgens Berkhout en Lubbers zijn daarvoor drie verschillende manieren. Dit zijn de volgende:

1. In het jaarverslag van de Hoge Raad kan een verduidelijking worden gegeven. Tijdens de bespreking van het jaarverslag van de Hoge Raad kan er op ontvangen kritiek en onduidelijkheden die in de literatuur worden aangestipt worden gereageerd. Het voordeel hiervan is dat iedereen van deze uitlating van de Hoge Raad op de hoogte kan zijn door het lezen

---

<sup>192</sup> T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, 'Het arrest als praktijkhandleiding', WFR 2015/1546.

<sup>193</sup> T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, 'Het arrest als praktijkhandleiding', WFR 2015/1546.

<sup>194</sup> De belastingkamer van de Hoge Raad, 'Rapport van de Commissie Hoge Raad 100 jaar belastingrechtspraak', Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 255, p. 154/155.

<sup>195</sup> T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, 'Het arrest als praktijkhandleiding', WFR 2015/1546.

<sup>196</sup> T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, 'Het arrest als praktijkhandleiding', WFR 2015/1546.

van het jaarverslag. Daarbij komt dat men kan vertrouwen op de uitlating, omdat deze is gedaan door de belastingkamer.

2. Een verduidelijking geven tijdens een inhousesdag of rechtbankdag door de Hoge Raad. Iemand van de Hoge Raad kan tijdens een dergelijke dag wijzen op een onduidelijkheid en deze onduidelijkheid wegnemen. Om de uitlating voldoende kenbaar te laten zijn, dient er een verslag gemaakt te worden van de uitlating en dit verslag dient tevens gepubliceerd te worden.
3. Een verduidelijking geven door een individuele raadsheer. Een individuele raadsheer kan bijvoorbeeld tijdens het spreken op een bijeenkomst of in een artikel duidelijkheid geven over gesignaleerde onduidelijkheden in de praktijk. Deze manier is echter niet zo simpel, omdat men bang is om de rechterlijke onpartijdigheid op deze manier te schenden. Daarbij komt dat als de individuele raadsheer een uitspraak zou doen, deze niet bindend is voor de Hoge Raad.<sup>197</sup>

Het geven van een verduidelijking door de Hoge Raad in het jaarverslag is naar mijn mening een alternatief dat het meest recht doet aan de rechtszekerheid. Hierbij komt duidelijk een deelbeginsel van het rechtszekerheidsbeginsel, namelijk bekendmaking van de regelgeving naar voren. Door de uitlating op te nemen in het jaarverslag kan iedereen op de hoogte zijn. Daarbij komt dat onduidelijkheden uit een arrest op deze manier weggenomen worden en dat er wordt geluisterd naar de meningen in de literatuur.

Zoals door Berkhout en Lubbers terecht gesignaleerd, zou het verduidelijken tijdens een inhousesdag of rechtbankdag alleen kunnen werken als de uitkomst voldoende kenbaar is gemaakt. Als de uitspraak niet kenbaar is gemaakt, zal deze niet voldoen aan het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>198</sup>

#### 4.4.3 Publicatie beleidsbesluit

##### 4.4.3.1 Actie van de staatssecretaris

Belastingplichtigen blijven in procedures de randen van het IB-ondernemingsbegrip opzoeken. Meussen is van mening dat de staatssecretaris nu aan zet is. De staatssecretaris kan volgens hem geen directe actie ondernemen, hij zou bedrijven die vastgoed verhuren in zijn geheel kunnen uitsluiten van de BOR of een besluit kunnen uitvaardigen. Indien de staatssecretaris een besluit uitvaardigt dienen er duidelijke criteria in naar voren te komen onder welke feiten en omstandigheden vastgoedexploitatie kwalificeert als het drijven van een materiële onderneming. Zo kan bijvoorbeeld een aantal panden duiden op de kwalificatie drijven van een materiële onderneming. Als dit bepaald zou worden, dient er tevens beslist te worden of er dan naast dit aantal panden tevens sprake moet zijn van een rendement dat zorgt voor meer dan normaal vermogensbeheer.<sup>199</sup>

In de volgende subparagrafen heb ik beschreven hoe een dergelijk beleidsbesluit eruit zou kunnen zien.

---

<sup>197</sup> T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, 'Het arrest als praktijkhandleiding', WFR 2015/1546.

<sup>198</sup> T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, 'Het arrest als praktijkhandleiding', WFR 2015/1546.

<sup>199</sup> G.T.K. Meussen, 'Exploitatie van vastgoed: ondernemen of beleggen?', NTFR 2016/1593.



#### 4.4.3.2 Beleidsbesluit 'Meer dan normaal vermogensbeheer voor vastgoedexploitanten'

Belastingdienst/Directie Vaktechniek Belastingen<sup>200</sup>

Besluit van 5 januari 2019

nr. 2019-01

De Staatssecretaris van Financiën heeft het volgende besloten:

Dit besluit legt vast onder welke voorwaarden er voldaan is aan het begrip drijven van een materiële onderneming zoals genoemd in artikel 35c SW met betrekking tot vastgoedexploitatie.

##### **Onderdeel 1**

Artikel 35c SW regelt dat een belastingplichtige die gebruik wil maken van de BOR, dient te voldoen aan de voorwaarde dat er sprake is van het drijven van een materiële onderneming. Om een materiële onderneming te drijven dient er sprake te zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Dit meer dan normaal vermogensbeheer komt tot uitdrukking door de arbeid+ en de rendement+ toets. De volgende criteria leiden tot de kwalificatie meer dan normaal vermogensbeheer:

1. Uit de rendementsdoelstellingen blijkt dat er een gemiddeld rendement van 3% in vergelijking met rendement x wordt nagestreefd.  
Rendement x wordt jaarlijks vastgesteld door een vergelijking te maken van het gemiddeld behaalde rendement op soortgelijk vastgoed van een dergelijke omvang.
2. De vastgoedportefeuille heeft een omvang van minimaal 10 panden.
3. De vastgoedportefeuille vertegenwoordigt een waarde van minimaal € 1,5 miljoen.
4. De terreinen en gebouwen bedragen niet meer dan 70% van de totale activa van de balans.
5. Het vastgoed wordt voor meer dan 50% met vreemd vermogen gefinancierd.
6. A. De bestuurder van de vennootschap is al 5 jaar werkzaam in de vastgoedbranche en heeft daarmee dus jarenlange ervaring, kennis en expertise opgebouwd of;  
B. De vennootschap heeft 2 personeelsleden in dienst met een gezamenlijke ervaring van minimaal 10 jaar binnen de vastgoedbranche.
7. De bestuurder van de vennootschap voert jaarlijks gesprekken met aannemers, architecten en gemeenten en kan hier ook documentatie van overleggen.
8. De bestuurder van de vennootschap en/of het personeel van de vennootschap houden toezicht op de projecten of de verbouwingen.
9. De bestuurder van de vennootschap verricht meer dan 1.225 uur per jaar werkzaamheden met betrekking tot zijn vastgoedportefeuille. De belastingplichtige kan aannemelijk maken dat hij voldoet aan deze voorwaarde door het overleggen van een urenstaat.

De belastingplichtige dient te kunnen bewijzen dat hij voldoet aan de genoemde voorwaarden door relevante stukken aan de belastingdienst te overleggen.

Een vastgoedexploitant voldoet aan de kwalificatie van het drijven van een materiële onderneming, indien hij voldoet aan zeven van de negen genoemde voorwaarden.

##### **Onderdeel 2**

Indien niet voldaan is aan artikel 1 van dit besluit, heeft de vastgoedexploitant de mogelijkheid om in overleg met de belastingdienst toch gebruik te kunnen maken van de bedrijfsopvolgingsregeling.

---

<sup>200</sup> De formaliteiten (inleiding en conclusie) van dit besluit zijn overgenomen uit het Besluit van 29 maart 2018, nr. 2018-45958.

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst en werkt terug tot en met 1 januari 2019.

Dit besluit wordt in de Staatscourant gepubliceerd.

Den Haag, 5 januari 2019

De Staatssecretaris van Financiën,  
namens deze,

J. de Blicck

Lid van het managementteam Belastingdienst

#### *4.4.3.3 Toelichting beleidsbesluit*

In deze subparagraaf zal ik een aantal keuzes die ik heb gemaakt bij het opstellen van dit beleidsbesluit toelichten. Voor het opstellen van dit beleidsbesluit heb ik gebruik gemaakt van de jurisprudentie-matrix zoals weergegeven in hoofdstuk 3 van deze thesis.

Het financieren van het vastgoed met vreemd vermogen wordt in sommige arresten van belang geacht. Naar mijn mening geeft een financiering van 50% of meer aan dat er meer risico wordt gelopen en dit duidt meer op ondernemen dan op beleggen.

De omvang van de vastgoedportefeuille wordt in sommige arresten van belang geacht. Naar mijn mening is dit wel een belangrijk punt, omdat een kleine vastgoedportefeuille meer duidt op een belegging en in particuliere situaties dan ook in box 3 belast zal zijn. Een omvangrijke vastgoedportefeuille duidt er ook op dat de bestuurder van de vennootschap een groter gedeelte van zijn beschikbare tijd aan werk voor de vennootschap zal besteden. Voor het aantal uur dat de bestuurder werkzaamheden verricht voor de vennootschap heb ik aangesloten bij het urencriterium uit de inkomstenbelasting (artikel 3.6 Wet IB). Naar mijn mening geeft deze hoeveelheid werkzame uren aan dat dit de hoofdactiviteit is van belastingplichtige. Een beleggingsactiviteit zal vaak naast andere werkzaamheden (een baan in loondienst) gedaan worden om iets extra's te verdienen. Bij deze besteedbare uren is het voor een belastingplichtige niet meer mogelijk om fulltime in loondienst te werken en zo zijn inkomen te verdienen. Deze hoeveelheid uren duidt naar mijn mening dan ook op ondernemerschap.

De eis dat de terreinen en gebouwen niet meer dan 70% van de activa van de balans is gebaseerd op de regeling uit de Vlaamse Gunstregeling. Hierbij duidt een percentage van 50% of meer op geen reële economische activiteit. Uit de doelstelling van de BOR blijkt dat de BOR de voortzetting van een reële economische activiteit mogelijk wil maken. In overeenstemming met de doelstelling van de BOR heb ik besloten om dit criteria mee te nemen in het beleidsbesluit. Ik heb er wel voor gekozen om een hoger percentage aan te houden, omdat er bij 70% naar mijn mening nog steeds sprake is van een reële economische activiteit. Op de activa van de balans zouden dan nog enorme vorderingen en overige materiële activa moeten staan om niet aan de 50% te komen. Naar mijn mening is dit niet realistisch.

Uit de matrix blijkt daarnaast dat kennis en ervaring van de bestuurder en het personeel van belang zijn voor de kwalificatie van het drijven van een materiële onderneming. Het criterium van 5 respectievelijk 10 jaar ervaring sluit beginnende ondernemers naar mijn mening niet uit, omdat niet aan alle genoemde voorwaarde voldaan hoeft te worden. Een beginnende ondernemer kan ervoor zorgen dat hij aan andere voorwaarde voldoet. Daarnaast is ook de ervaring van het personeel van belang en kan een startende ondernemer door het aannemen van personeel wel aan dit criteria

voldoen. Een periode van 5 jaar duidt erop dat er contacten in de vastgoedbranche zijn opgebouwd en dat de kennis die is opgedaan tijdens de opleiding voldoende toegepast is in de praktijk.

Aan de criteria het voeren van gesprekken met aannemers, architecten en gemeenten en het toezicht houden op de projecten of de verbouwingen wordt op grond van de jurisprudentie waarde gehecht als het gaat om de kwalificatie drijven van een materiële onderneming. Beide criteria worden als van belang geacht bij de beoordeling en leiden in de rechtspraak dan ook tot de kwalificatie drijven van een materiële onderneming. De criteria geven naar mijn mening ook blijk dat de bestuurder zoveel mogelijk uit zijn vastgoed wil halen. Hij zorgt ervoor dat de werkzaamheden aan de panden gecontroleerd en juist uitgevoerd worden. Daarnaast stemt hij de werkzaamheden ook af met de verschillende gemeenten waar de panden gevestigd zijn. Een belegger zou geen extra tijd aan dit soort zaken willen besteden.

#### 4.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de deelvraag besproken *‘wat houdt het begrip rechtszekerheid in en welke alternatieven zijn in de literatuur reeds beschreven om meer rechtszekerheid met betrekking tot vastgoedexploitatie in de BOR te creëren?’* Concluderend houdt het rechtszekerheidsbeginsel in dat wetgeving duidelijk en kenbaar moet zijn. Daarbij geldt dat open normen door de rechtspraak ingevuld moeten worden. Een belastingplichtige kan rechtszekerheid ontleen aan de wet, de jurisprudentie en beleid. Gebleken is dat het begrip meer dan normaal vermogensbeheer een open norm is die niet concreet ingevuld wordt door de jurisprudentie omdat de uitspraken te casuïstisch zijn. Dit betekent dat de huidige regelgeving omtrent de BOR onvoldoende rechtszekerheid aan belastingplichtigen biedt. Uit de analyse van de normering en omstandighedencatalogus en de praktijkhandreiking is gebleken dat op beide documenten veel kritiek wordt geuit, omdat er standpunten in zijn opgenomen die in strijd zijn met de geldende rechtspraak. De praktijkhandreiking en de daarin opgenomen omstandighedencatalogus biedt niet meer rechtszekerheid, omdat het een interne memo is en geen wet, jurisprudentie of beleidsbesluit. De praktijkhandreiking biedt belastingplichtige wel handvatten, omdat het voor belastingplichtigen direct duidelijk is wat het standpunt van de belastingdienst is. Alternatieven voor het creëren van meer rechtszekerheid zijn het verduidelijken van de onderscheidingsmaatstaf ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ of het vervangen van de maatstaf ‘het drijven van een materiële onderneming’. De verduidelijking kan komen van de wetgever of van de rechter. De rechter kan zijn beslissing beter motiveren of tussentijds duidelijkheid geven. Duidelijkheid kan komen van de wetgever door het uitvaardigen van een beleidsbesluit.

## Hoofdstuk 5. Conclusie en aanbevelingen

### 5.1 Conclusie

In dit hoofdstuk trek ik mijn conclusies volgend uit het uitgevoerde onderzoek. Daarnaast geef ik antwoord op de probleemstelling: *'hoe kan er meer rechtszekerheid komen over de vraag wanneer er sprake is van een materiële onderneming zoals genoemd in artikel 35c SW met betrekking tot vastgoedexploitatie?'*

Uit het literatuur- en jurisprudentieonderzoek dat ik verricht heb, blijkt dat geen duidelijke, eenduidige richtlijnen uit de jurisprudentie zijn te herleiden wanneer een vastgoedexploitant meer dan normaal vermogensbeheer uitvoert. In elke uitspraak worden door de rechterlijke instantie criteria gesteld die in de specifieke situatie wel of niet van belang zijn voor de beoordeling of er sprake is van het drijven van een materiële onderneming. Dat de jurisprudentie geen duidelijke definitie geeft van het begrip materiële onderneming wordt in de literatuur bevestigd. Er is dus nog veel rechtsonzekerheid over het begrip 'drijven van een materiële onderneming'. De omstandighedencatalogus van Berkhout en Hoogeveen en de praktijkhandreiking zorgen niet voor de gewenste rechtszekerheid. De omstandighedencatalogus is een intern stuk van de belastingdienst en geen wet, jurisprudentie of beleidsbesluit waaraan belastingplichtigen rechtszekerheid kunnen ontleen. De omstandighedencatalogus zorgt er wel voor dat er door de belastingdienst een eenduidig beleid wordt gevoerd. Deze omstandighedencatalogus is namelijk ook opgenomen in de praktijkhandreiking van de belastingdienst. De praktijkhandreiking biedt dus handvatten waaraan de belastingplichtige zich kan conformeren.

Omdat de praktijkhandreiking, de omstandighedencatalogus, de wetgeving en de jurisprudentie niet de gewenste rechtszekerheid bieden, is er op dit moment nog onvoldoende rechtszekerheid voor vastgoedexploitanten over de vraag of zij voldoen aan de definitie drijven van een materiële onderneming. Volledige rechtszekerheid zou naar mijn mening kunnen ontstaan door een fictie in te voeren in artikel 35c SW. Deze fictie kan ervoor zorgen dat de verhuur van vastgoed in alle gevallen als een materiële onderneming wordt aangemerkt of in alle gevallen als een belegging wordt aangemerkt. Deze manier doet naar mijn mening het meeste recht aan het begrip rechtszekerheid. De fictie zal dan namelijk wettelijk verankerd worden en belastingplichtigen weten op voorhand waar ze aan toe zijn. De fictie voldoet aan de deelbeginselen duidelijkheid en kenbaarheid van het begrip rechtszekerheid. In deze thesis zijn echter ook de nadelen op andere vlakken van deze optie besproken, waardoor ik van mening ben dat het invoeren van een fictie niet de juiste oplossing is. Alternatieven die in deze thesis aan bod zijn gekomen voor het creëren van meer rechtszekerheid in de wet zijn aansluiten bij het begrip property-managementwerkzaamheden en het vervangen van het begrip materiële onderneming. Voor het creëren van rechtszekerheid in de rechtspraak is een actie van de rechter vereist. De Hoge Raad dient zijn beslissingen beter te motiveren, een duidelijkere beslissing te nemen of kan tussentijds duidelijk geven als hier vanuit de praktijk behoefte aan is. Als laatste kan rechtszekerheid ontstaan door de publicatie van een beleidsbesluit. Een aanzet voor een beleidsbesluit is in deze thesis gegeven.

### 5.2 Aanbevelingen

In deze thesis zijn reeds verschillende mogelijkheden aan bod gekomen om meer rechtszekerheid te creëren. Deze rechtszekerheid kan gecreëerd worden in de wet, de jurisprudentie of middels het uitvaardigen van een beleidsbesluit. Mijn aanbeveling om meer rechtszekerheid in de BOR te creëren in het kader van vastgoedexploitatie is het begrip 'drijven van een materiële onderneming' duidelijker te definiëren. Deze definitie kan naar mijn mening het beste worden gegeven door de staatssecretaris. De staatssecretaris dient hiervoor een beleidsbesluit uit te vaardigen. Het

beleidsbesluit dient overeen te komen met de standpunten die door de rechters reeds zijn ingenomen in de verschillende uitspraken. Een beleidsbesluit zorgt ervoor dat belastingplichtigen hun eigen situatie kunnen toetsen aan de voorwaarden uit het besluit. Het aantal procedures tussen belastingdienst en belastingplichtigen zal op deze manier afnemen.

Naast het uitvaardigen van een beleidsbesluit is het naar mijn mening van belang dat er in de rechtspraak meer duidelijkheid komt over het begrip drijven van een materiële onderneming door het begrip meer dan normaal vermogensbeheer beter af te bakenen. De Hoge Raad kan in zijn arresten duidelijker aangeven welke criteria in het arrest bijdragen aan de aan- of afwezigheid van een materiële onderneming. Daarbij komt ook dat rechterlijke instanties een duidelijke lijn moeten trekken in de beoordeling. In de jurisprudentie dient er verwezen te worden naar oudere uitspraken en de standpunten uit deze uitspraken dienen ook gevolgd te worden. Om de Hoge Raad de kans te geven om het begrip meer dan normaal vermogensbeheer beter te definiëren is het van belang dat er wordt doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad. Uit het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat de staatssecretaris een cassatieberoep vaak intrekt omdat de feiten en omstandigheden te specifiek zijn en er geen algemene conclusies aan de uitspraak mogen worden verbonden. Hoewel in de praktijkhandreiking wel degelijk staat genoemd dat de belastingdienst niet bang is om te procederen, blijkt in de praktijk toch vaak dat de belastingdienst in de voorfase afhaakt.

Het verschaffen van duidelijkheid in de rechtspraak en in een beleidsbesluit kan niet onafhankelijk van elkaar gebeuren. Als uit de jurisprudentie opvattingen blijken die niet geheel overeenstemmen met het beleidsbesluit, dient de staatssecretaris het beleidsbesluit te actualiseren. In het kader van de rechtszekerheid moet hierbij wel overwogen worden of aan dit vernieuwde besluit terugwerkende kracht wordt verleend. De omgekeerde situatie geldt in dit geval echter niet. Als een bepaald standpunt in een beleidsbesluit is opgenomen, kan de rechter wel van dit standpunt afwijken. Een beleidsbesluit is immers een goedkeuring van de staatssecretaris en geen wet. Indien het beleidsbesluit echter als wet opgenomen zou worden in de SW kan de rechter hier niet meer van afwijken. Belangrijk voor belastingplichtigen is dat er eenduidige standpunten gehanteerd worden zodat belastingplichtigen weten wat het recht is.

## Literatuurlijst

### Artikelen

#### **Adriaansens**

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

#### **Albert**

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

#### **Berkhout 2010**

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

#### **Berkhout 2014**

T.M. Berkhout, *'Arbeid+, rendement+. Bedrijfsopvolgingsregeling vastgoedbeleggers'*, KWEP 2014/18.

#### **Berkhout 2014**

T.M. Berkhout, *'Fiscale orakeltaal'*, NTFR 2014/1376.

#### **Berkhout 2015**

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

#### **Berkhout 2015**

T.M. Berkhout en A.O. Lubbers, *'Het arrest als praktijkhandleiding'*, WFR 2015/1546.

#### **Berkhout 2018**

T.M. Berkhout, *'Procedures over vastgoedexploitatie: een grabbelton'*, VF&C 2018/1-1.

#### **Boer**

J.P. de Boer en B. van der Slik, *'Commentaar bij artikel 3.90 Wet IB'*, NDFR, paragraaf 1.

#### **Burgerhart**

W. Burgerhart en T.C. Hoogwout, *'Commentaar artikel 35d Successiewet 1956-Eisen aan schenker of erflater'*, NDFR.

#### **Van Dijck**

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

#### **Ganzeveld**

J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gilswijk, *'Bedrijfsopvolgingsregeling: enkele praktijkontwikkelingen'*, CFTV 2017/6-31.

#### **Heldens**

J.A.L. Heldens, *'De praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kom er maar voor de vastgoedexploitant!?'*, WFR 2018/45.

### **Hoogeveen**

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

### **Hoogwout**

T.C. Hoogwout, *'Fictieve materiële onderneming bij de verhuur van onroerende zaken'*, CFTV 2018/7-8-27.

### **Meussen**

G.T.K. Meussen, *'Exploitatie van vastgoed: ondernemen of beleggen?'*, NTFR 2016/1593.

### **Rozendal 2015**

A. Rozendal, *'Schenking of vererving van aandelen in vastgoedvennootschappen'*, FBN 2015/12-64.

### **Rozendal 2016**

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

### **Rozendal 2016**

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

Naschrift van P.G.H. Albert.

### **Rozendal 2017**

A. Rozendal, *'Bedrijfsopvolging en vastgoed; actuele ontwikkelingen'*, FBN 2017/5-18.

### **Rozendal 2018**

A. Rozendal, *'Tussenstand bedrijfsopvolgingsfaciliteiten'*, NTFRB 2018/17.

### **Rozendal 2018**

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

### **Thomas**

E. Thomas, *'Commentaar bij artikel 3.2 Wet IB'*, NDFR, paragraaf 10.

### **Winter**

P.J.C.B. de Winter, *'Commentaar artikel 28 Wet VPB – FBI'*, 9 september 2018.

### **Zuiderwijk**

J.C.L. Zuiderwijk, *'Praktijkupdate bedrijfsopvolgingsregeling SW 1956 (zomer 2018)'*, KWEP 2018/22.

### **Belastingwetten**

J.W. Zwemmer, *Wettenpocket 2018*, Den Haag: SDU 2018

De volgende artikelen zijn geraadpleegd:

- Artikel 2.14 Wet IB.
- Artikel 3.2 Wet IB
- Artikel 3.3 Wet IB.
- Artikel 3.25 Wet IB.

- Artikel 3.92 Wet IB.
- Artikel 5.20 Wet IB.
- Artikel 17a UB IB.
- Artikel 28 lid 2 aanhef Wet VPB.
- Artikel 24 SW.
- Artikel 35b SW.
- Artikel 35c SW.
- Artikel 35d SW.
- Artikel 35e SW.
- Artikel 10 UR SW.
- Artikel 3:40 Awb.

## Besluiten

Besluit staatssecretaris van Financiën 28 januari 1998, nr. AFZ97/4358 (Stcrt. 22), '*Invordering; Wijziging van de Leidraad Invordering 1990*', V-N 1998/8.43.

Besluit van 29 maart 2018, nr. 2018-45958.

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

Toelichting Staatssecretaris van 27 juni 2018, nr. 2018-000108801.

## Boeken

### Essers

P.H.J. Essers, '*Personenvennootschappen en aanverwante rechtsvormen*', Deventer: Kluwer (online) 2004, algemeen deel.

Onderdeel IB 2.1.2.2.

### Jansen

P.G.M. Jansen, '*Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht*', Fiscale Geschriften 22, 1 juni 2013.

Paragraaf 3.2 Het rechtszekerheidsbeginsel.

### Kavelaars

P. Kavelaars, '*Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*', Fiscale geschriften 33, Deventer: SDU-uitgevers 2014.

Hoofdstuk 5: voorwaardelijke vrijstelling in de schenk- en erfbelasting (bladzijde 124, 126-127, 129-130).

### Van Kempen

M.L.M. van Kempen, '*Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*', Deventer: Kluwer (online), Paragraaf 3.2.2.A.a.

### Rijkers

A.C. Rijkers, '*Cursus Belastingrecht inkomstenbelasting*', Deventer: Kluwer (online), Paragraaf 3.4.3.B.b3.l.

### Te Niet

H.A.J.P. te Niet, '*Het beleggingsbegrip in de directe belastingen*', Fiscale Monografieën 125, Deventer: Kluwer 2007.



## Van Vijfeiken

I.J.F.A. van Vijfeiken en N.C.G. Gubbels, *'Cursus belastingrecht Schenk- en erfbelasting studenteneditie 2017-2018'*, Deventer: Kluwer 2017.

Hoofdstuk 11: bedrijfsopvolging (bladzijde 260).

## Zuiderwijk

J.C.L. Zuiderwijk, *compendium estate planning*, Den Haag: SDU 2017.

Hoofdstuk 11: bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

## Jurisprudentie

### Hoge Raad

- ❖ Hoge Raad 1 september 1976, nr. 17.924, V-N 1976, p. 860.
- ❖ Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20.733, BNB 1981/299.
- ❖ Hoge Raad 8 november 1989, ECLI:NL:PHR:2001:AB0829, nr. 25.257, BNB 1990/73.
- ❖ Hoge Raad, 17 augustus 1994, ECLI:LNL:HR:19994:ZC5731, BNB 1994/319.  
Noot: Van Dijck.
- ❖ Hoge Raad 2 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211, BNB 2014/30.
- ❖ Hoge Raad 15 april 2016, 15/02829, ECLI:NL:HR:2016:633, V-N 2016/24.12.  
Noot: Redactie Vakstudie Nieuws.
- ❖ Hoge Raad 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, 16/04190, NTFR 2017/671.  
Commentaar: A. Rozendal.
- ❖ Hoge Raad 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:992, nr. 16/004575.

### Hof

- ❖ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8439, NTFR 2014/428.
- ❖ Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, V-N 2014/8.22.  
Noot: Redactie Vakstudie Nieuws.
- ❖ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, 13/00473, V-N 2014.19.18.  
Noot Redactie Vakstudie Nieuws.
- ❖ Hof Den Haag 1 juli 2016, nr 14/00838 en 14/00839, ECLI:NL:GHDHA:2016:2167,NTFR 2016/1964.  
Commentaar: A. Rozendal.
- ❖ Hof Den Haag 5 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2627, BK-14/00084, BK-14/00085, BK-14/00086, BK-14/00087 en BK-14/00088.
- ❖ Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1072, nrs. 16/00538 tm 16/00547, NTFR 2017/532.  
Noot: A. Rozendal.
- ❖ Hof Den Haag 19 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429, nr 16/00373, NTFR 2017/2109.
- ❖ Hof Den Haag 19 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429, V-N 2017/62.20.  
Noot: Redactie Vakstudie Nieuws.
- ❖ Hof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794, nr 17/00030, NTFR 2018/1149.  
Noot : A. Rozendal.
- ❖ Hof Amsterdam 3 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3294, 17/00327, V-N Vandaag 2018/1948.

### Rechtbank

- ❖ Rechtbank Breda 13 juli 2012, nr. 11/05509, NTFR 2012/1997, V-N 2012/43.20.
- ❖ Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16718, nr 14/1201, NTFR 2015/1164.  
Noot: A. Rozendal.
- ❖ Rechtbank Noord-Holland 13 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3122, AWB-16\_4456, V-N 2018/38.33.4.

- ❖ Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635, 16/3544, NTFR 2018/1983.  
Noot: A. Rozendal.
- ❖ Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635, 16/3544, V-N 2018/49.2.3.

### Kamerstukken

Kamerstukken II, 1953-1954, 915, nr. 7.  
Kamerstukken II 1997/98, 25688, nr 3, p. 7.  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5 en p, 43-44.  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 4.  
Kamerstukken II 2008/2009, 31930, nr. 9, p. 96.  
Kamerstukken, 15 516, nr. 11, p. 20.  
Kamerstukken, 6000, nr. 25, p. 13, r.k., antwoord op vraag 36.

### Overig

#### **Belastingkamer van de Hoge Raad**

De belastingkamer van de Hoge Raad, *'Rapport van de Commissie Hoge Raad 100 jaar belastingrechtspraak'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 255, p. 154/155.

#### **Gribnau**

Hans Gribnau, *'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving'*, Tilburg University/Leiden University.

#### **Kennisgroep VKC/AB/Successiewet**

Kennisgroepen VKC/AB/Successiewet, *'Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten'*, 1 juni 2016 (versie 2.0).