



Vastgoedexploitatie “onderneming of belegging”

Januari 2019

Student: P.P.T.H. van Hoof
 Studentnummer: S601357
 Begeleider: mr. dr. M.J. Hoogeveen
 Faculteit: Fiscaal recht
 Examencommissie: mr. dr. M.J. Hoogeveen
 prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

Voorwoord

Ter afsluiting van mijn opleiding fiscaal recht aan de Tilburg University heb ik deze masterthesis geschreven over vastgoedexploitatie “onderneming of belegging”. Na al jaren in de fiscale praktijk te werken en tegen het schrijven van deze thesis aan gehikt te hebben is het dan eindelijk gelukt.

In deze thesis onderzoek ik wanneer er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer of normaal vermogensbeheer op het gebied van vastgoedexploitatie. De keuze voor dit onderwerp is ontstaan door de vele jurisprudentie op dit vlak de afgelopen tijd. Met name gezien het in april 2016 gewezen arrest van de Hoge Raad waarbij de munt een keer de goede uit viel voor de vastgoedexploitant. Terwijl normaliter de uitspraken de andere kant op vielen.

Allereerst wil ik heel graag mijn begeleidster mr. dr. M.J. Hoogeveen bedanken voor haar begeleiding en steun bij het schrijven van deze thesis. Vooral wil Mascha van harte bedanken voor het geduld dat ze met me gehad heeft tijdens het schrijfproces zodat ik deze thesis uiteindelijk toch afgerond heb. Daarnaast wil ik graag mijn echtgenote Lonieke en mijn kinderen Siem, Ise en Cas bedanken. Met name het laatste jaar (2018) hebben ze qua aandacht en vrijetijdsbesteding hier wel hinder van moeten ondervinden door het opnemen van vakantiedagen voor het schrijven van deze thesis. Hierdoor is er minder tijd voor vakantie etc. overgebleven. Maar ik beloof hen dat ik dat met ze in ga halen. Vervolgens wil ik uiteraard ook mijn ouders, schoonouders, werkgever (Govers Accountants/Adviseurs) en mijn kamergenoten (Ralph, Thomas, Laura en Çiğdem) bedanken voor hun steun het afgelopen ja(a)ren.

Patrick van Hoof

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	2
1 Inleiding.....	4
1.1 Aanleiding van het onderzoek.....	4
1.2 Probleemstelling.....	7
1.3 Verantwoording van de opzet	8
2. Meer dan normaal vermogensbeheer voor de bedrijfsopvolgings-faciliteiten	10
2.1 Inleiding	10
2.2. Onderneming en de parlementaire geschiedenis	11
2.3 Onderneming en ontwikkeling rechtspraak.....	12
2.3.1. Rechtspraak	12
2.3.2. Analyse Rechtspraak	16
2.4.1. Inleiding	16
2.4.2. Inhoudelijke bespreking.....	17
2.4.3. Analyse literatuur	23
2.5 Conclusie.....	24
3. Beleggen in de fiscale beleggingsinstelling (artikel 28 VPB 1969).....	26
3.1 Inleiding	26
3.2. Fiscale beleggingsinstelling (algemeen)	26
3.3. Beleggen en de parlementaire geschiedenis	28
3.4. Beleggen en de jurisprudentie	29
3.5. Projectontwikkeling	31
3.6. Beleggen in de literatuur.....	32
3.7. Conclusie.....	34
4. Feitenvergelijking jurisprudentie vastgoedexploitatie en Corio (fbi).....	36
4.1. Inleiding	36
4.2. Feitenanalyse	36
4.3. Analyse van de feiten en omstandigheden.....	38
4.4. Norm normaal vermogensbeheer inkomstenbelasting en fbi gelijk?	40
4.5. Conclusie.....	41
Hoofdstuk 5 Conclusie en aanbevelingen	43
Literatuurlijst	46

1 Inleiding

1.1 Aanleiding van het onderzoek

De kwalificatie van vastgoedexploitatie voor zowel de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting is enorm van belang. Voor de inkomstenbelasting is het de vraag of er bij de exploitatie van onroerend goed sprake is van winst uit onderneming (box 1), resultaat uit overige werkzaamheden (box 1) of sparen en beleggen (box 3). Voor de vennootschapsbelasting is het kwalificatievraagstuk of er sprake is van het drijven van een onderneming of van beleggen ook van belang. Te denken valt hierbij aan de fiscale beleggingsinstelling (hierna: fbi) ex. art. 28 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) en het fonds voor gemene rekening. De winst van een fbi is belast tegen een tarief van 0%. Een van de voorwaarden om als fbi te kwalificeren, is dat de instelling zich bezig houdt met beleggen. Zodra de exploitatie van de onroerende zaken meer omvat dan alleen beleggen, verliest het lichaam zijn status. Voor een fonds voor gemene rekening geldt dat een fonds, met vrij verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid, waarbij voordelen voor de deelgerechtigdheden worden verkregen door voor gemene rekening te beleggen of andersoortig aanwenden van gelden als een onderneming worden aangemerkt. De kwalificatie van het vastgoed is daarnaast ook van belang voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de schenk- en erfbelasting en voor de doorschuiffaciliteiten van de aanmerkelijkbelangregeling. Deze faciliteiten zijn alleen van toepassing indien het lichaam een onderneming drijft en dus geen sprake is van beleggen.

Belangrijk bij dit kwalificatievraagstuk is dus of er sprake is van ondernemen of van beleggen. In artikel 3.2 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) is vastgelegd wanneer sprake is van winst uit onderneming. Belastbare winst uit onderneming is het gezamenlijke bedrag van de winst die belastingplichtigen (ondernemers) uit onderneming genieten. Maar wat is nu een onderneming? Het betreft een organisatie van arbeid en kapitaal gericht op deelname van het maatschappelijke proces met het oogmerk om winst te behalen. Met betrekking tot vastgoedexploitatie is daarbij met name van belang of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Zo oordeelde de Hoge Raad in HR 17 augustus 1994, nr. 29755, BNB 1994/319 dat indien het rendabel maken van onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke verricht wordt door de eigenaar van de onroerende zaken. En deze arbeid dient naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel te hebben het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan. Is het voorgaande het geval, dan is er sprake van meer dan normaal vermogensbeheer. Vervolgens moet dan nog worden beoordeeld of de activiteiten een onderneming vormen of resultaat uit overige werkzaamheden¹.

Ten aanzien van de aard en omvang van de werkzaamheden bestaande uit de vastgoedexploitatie met eigen onderhoudsdienst oordeelde de Hoge Raad in HR 1 september 1976, nr. 17924, V-N 1976, p.

¹ In deze thesis wordt verder niet ingegaan op resultaat uit overige werkzaamheid.

860 dat voor het onderscheid tussen beleggen en ondernemen beslissend is of de arbeid naar haar aard en relatieve omvang (in verhouding tot het belegde vermogen) gericht is op het behalen van meer voordeel dan een normaal rendement.

Voor de kwalificatie van een fbi is de norm wel of niet meer dan normaal vermogensbeheer ook van belang. Zo oordeelde de Hoge Raad in HR 23 juni 1999, nr. 34570, BNB 1999/24 dat van beleggen geen sprake zou zijn indien een beleggingsinstelling risico's accepteert welke een particuliere belegger met een gelijke vermogenspositie in het licht van het normaal vermogensbeheer niet accepteert.

Een wettelijke invulling van de norm meer dan normaal vermogensbeheer ontbreekt. De wetgever heeft een abstracte omschrijving van het begrip ondernemen achterwege gelaten. Anders zou namelijk rechtspraak geen toegevoegde waarde meer hebben.² Er is dus sprake van een zogenoemde open norm meer dan normaal vermogensbeheer, die geconcretiseerd moet worden door jurisprudentie. De praktijk worstelt echter met de "norm meer dan normaal vermogensbeheer" en de daarmee gepaard gaande casuïstische rechtspraak. Het is namelijk moeilijk vast te stellen wanneer er op grond van de feiten en omstandigheden sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer of niet. Rozendaal schrijft³:

"Het blijkt in de praktijk geen eenvoudige opgave om ten aanzien van vastgoedexploitatie op objectieve wijze vast te stellen wat als normaal vermogensbeheer moet worden beschouwd en wat normaal vermogensbeheer te boven gaat".

Berkhout en Hoogeveen⁴ schrijven:

"In de huidige fiscale praktijk worden over deze problematiek volop verhitte discussies gevoerd en in de vakpers verschijnen steeds vaker casuïstisch getinte rechtspraak en daarop gebaseerde analyses. Maar scherpe contouren en oplossingsrichtingen en afwegingskaders voor de praktijk en rechtspraak zijn nog niet te ontwaren."

Op 15 april 2016 heeft de Hoge Raad⁵ voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Succesiewet 1956 (hierna SW 1956) een arrest gewezen omtrent de kwalificatie van de exploitatie van een "omvangrijke vastgoedportefeuille". Het ging hierbij om een vastgoedportefeuille van 350 onroerende zaken, 900 huurcontracten op 143 locaties met een balanswaarde van 349 miljoen en een reële waarde van ongeveer 435 miljoen. De salariskosten bedroegen op jaarbasis meer dan € 1 miljoen.

² Kamerstukken II, 1998–1999, 26 727, nr. 3, p. 93.

³ A. van Rozendaal, 'Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting', NTFR 2015/3, p. 3.

⁴ T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoed exploitanten', WFR 2015/4, 2 januari 2015, § 1.

⁵ HR 15 april 2016, BNB 2016/166, ECLI:NL:HR:2016:633, nr. 15/02829, V-N 2016 24.12.

Hof Arnhem-Leeuwarden⁶ stelt voorop dat het bij het begrip ondernemingsvermogen gaat om vermogen dat hoort bij een onderneming in materiële zin. Hierbij gaat het om een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal gericht op het deelnemen aan het maatschappelijke productieproces met een oogmerk van het behalen van winst. Bij de exploitatie van vastgoed geldt in dit kader dat de te verrichten arbeid naar aard en omvang meer moet zijn dan bij normaal vermogens beheer gebruikelijk is, met als doel het behalen van een hoger rendement dan dat bij normaal vermogensbeheer behaald wordt. Het hof oordeelde dat het jaarlijkse rendement (20%) in de betreffende casus het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. Tevens oordeelde het hof dat de te verrichten of verrichte arbeid naar aard en omvang meer omvatte dan bij normaal vermogens beheer gebruikelijk is. Hierbij werd niet alleen gekeken naar door eigen werknemers verrichte werkzaamheden maar ook naar de uitbestede werkzaamheden (inclusief extern deskundigen) welke onder toezicht van de eigen medewerkers verricht worden. Het propertymanagement geschiedde derhalve zowel door eigen mensen maar ook door externen. Op grond van het vorenstaande oordeelde het hof dat gelet op de feiten en omstandigheden met het gehele vermogen een materiële onderneming wordt gedreven. De Hoge Raad bevestigde de uitspraak van het gerechtshof. Ook in andere jurisprudentie op het gebied van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, werd bij 'grote' vastgoedportefeuilles geoordeeld dat er sprake is van ondernemen aangezien voldaan werd aan de plusarbeids- en plusrendementstoets. Een voorbeeld is de uitspraak door Hof Den Haag, 3 april 2018, nr. BK-17/00030, ECLI:NL:GHDHA:2018:794. Recentelijk is er een uitspraak gepubliceerd van Rechtbank Noord-Holland⁷ waarbij de vastgoedexploitatie van deze "grote" vastgoedexploitant niet als meer dan normaal vermogensbeheer werd aangemerkt. In mijn thesis kom ik bij paragraaf 2.3 nog terug op deze jurisprudentie.

De vraag komt op hoe deze jurisprudentie zich verhoudt tot de fbi die zich bezig houden met de exploitatie van onroerend goed. Er zijn diverse instellingen die de status van fbi hebben, terwijl hun onroerendgoedportefeuille en de werkzaamheden die terzake worden verricht ook omvangrijk zijn te noemen. Een voorbeeld hiervan is Corio⁸. Corio is een vastgoedonderneming met een focus op retail en is gespecialiseerd in ontwikkeling, herontwikkeling en beheer van winkelcentra. Naast Nederland is Corio ook actief in Frankrijk, Italië, Spanje, Turkije en Duitsland. Het hoofdkantoor van Corio is gevestigd in Nederland en valt onder het regime van de fiscale beleggingsinstelling welke aandelen genoteerd zijn aan de Euronext NYSE in Amsterdam. Corio selecteert haar investeringen op winkelcentra die in het eigen verzorgingsgebied een dominante plaats innemen. Corio is, dankzij het lokale en professionele management in eigen beheer, in staat om de meeste waarde toe te voegen. Het actieve investeringsbeleid is gericht op waardecreatie. Naast het kopen en ontwikkelen van winkelcentra, verhuurt en beheert Corio ook een eigen portefeuille. Corio kan volgens eigen zeggen dan ook getypeerd worden als een vastgoedonderneming met een focus op retail. Eind 2017 bedraagt de waarde

⁶ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3505, nr. 13/01073, V-N 2015/34.1.4.

⁷ Rechtbank Noord-Holland, 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635, nr. 16/3544, V-N 2018/49.2.3.

⁸ <http://www.corio-eu.com>, geraadpleegd op 5 april 2018.

van de vastgoedportefeuille bijna 24 miljard (reële waarde) waarbij de gerealiseerde huuropbrengsten bijna € 1,1 miljard bedraagt. De investeringen hebben een bruto vloeroppervlakte van 5,9 miljoen m². Eind 2017 heeft Corio 155 projecten in 16 landen.

In artikel 28 Wet VPB 1969 is het regime van de fbi vastgelegd. Een van de belangrijke eigenschappen van de regeling omtrent de fbi betreft het 0%-tarief voor de vennootschapsbelasting. Indien voldaan wordt aan de voorwaarden van de fbi, geldt het 0%-tarief. Deze voorwaarden zijn opgenomen in artikel 28 Wet VPB 1969 alsmede het besluit beleggingsinstellingen. Deze voorwaarden zien deels op de fbi zelf en deels op haar aandeelhouders. Eén van de voorwaarden is dat het feitelijke doel van de vennootschap betreft het beleggen van vermogen.

In de wet is geen definitie opgenomen voor het begrip “beleggen”. Onroerende zaken lenen zich goed om als belegging te kwalificeren. Maar vastgoed kan ook bedrijfsmatig geëxploiteerd worden zoals ook blijkt uit het hiervoor aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016, BNB 2016/166. Ook projectontwikkeling van vastgoed kan worden gezien als een activiteit die niet overeenkomt met het beleggen van vermogen⁹.

In de praktijk resulteerde het voorgaande tot verscheidene discussies en onzekerheid voor de fiscale beleggingsinstellings-status. De wetgever heeft, ter verkleining van deze onzekerheid, het derde lid van artikel 28 Wet VPB 1969 toegevoegd.¹⁰ Dit lid is per 1 augustus 2007 in werking getreden. In artikel 28 lid 3 Wet VPB 1969 is een uitbreiding opgenomen voor het begrip beleggen. Hieronder wordt namelijk ook verstaan het houden van aandelen in een ander lichaam/belaste dochter waarvan het doel en de feitelijke werkzaamheid betreft het ontwikkelen van vastgoed voor zichzelf of ten behoeve van het lichaam of met het lichaam verbonden lichamen.

Zoals hiervoor reeds is vermeld, is een essentiële voorwaarde van het fbi-regime dat het doel en de feitelijke werkzaamheid van de beleggingsinstelling bestaat uit het beleggen van vermogen. In artikel 28 lid 3 Wet VPB 1969 wordt ook het houden van een belang in een lichaam welke zich feitelijk bezighoudt met het ontwikkelen van vastgoed voor zichzelf of ten behoeve van het lichaam gezien als een uitbreiding op het begrip beleggen.

1.2 Probleemstelling

De vraag is dus hoe de vastgoedexploitatie uit het arrest van Hoge Raad van 15 april 2016 zich verhoudt met de kwalificatie van Corio als grote beursgenoteerde fbi. Zowel Corio als de vastgoedexploitant uit het arrest van april 2016 houden zich direct of indirect met ontwikkeling en exploitatie van vastgoed bezig. De vraag is dan ook waarom de “omvangrijke vastgoedportefeuille” uit het arrest van april 2016 voor de schenk- en erfbelasting wordt aangemerkt als onderneming en de omvangrijke

⁹ Besluit 22 februari 2001, nr. CPP 2000/2385, BNB 2001/227 (projectontwikkeling is geen beleggen, artikel 4.14 Wet inkomstenbelasting 2001 en artikel 28 Wet op de vennootschapsbelasting 1969).

¹⁰ Kamerstukken II, 2005-2006, 30 689, nr. 3, p 1-3.

vastgoedportefeuille van Corio wordt aangemerkt als een belegging voor het regime van de fbi. Dit terwijl Corio zich volgens eigen zeggen typeert als een vastgoedonderneming met een focus op retail.

Toch een vreemde gewaarwording: de ene omvangrijke vastgoedportefeuille wordt als onderneming aangemerkt voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, terwijl een andere grote vastgoedportefeuille wordt gezien als belegging voor het fbi-regime. Worden hier op het oog gelijke gevallen ongelijk behandeld? Of is er geen sprake van gelijke gevallen? En als wel sprake is van gelijke gevallen, bestaat er dan wellicht een rechtvaardiging voor de verschillende behandeling? Is het normenkader voor beleggen versus ondernemen in het kader van vastgoed voor de behandeling van de inkomstenbelasting gelijk of ongelijk voor de fbi? Hoe verhouden dus de begrippen “beleggen en ondernemen” zich voor de beide regelingen? Wat zijn de verschillen en wat zijn de overeenkomsten tussen beide regelingen? Waar komen de verschillen vandaan? En zijn deze verschillen te rechtvaardigen? En is deze uitleg te legitimeren op basis van de overeenkomsten c.q. verschillen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting en de regels van de fbi?

De probleemstelling luidt dan ook: hoe verhouden de begrippen beleggen en ondernemen zich op het gebied van vastgoedexploitatie naar doel en strekking en normenkader voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van de inkomstenbelasting (artikel 3.2 Wet IB 2001, 4.17a Wet IB 2001 en 4.17c Wet IB 2001) en de schenk- en erfbelasting (artikel 35c Wet SW 1956) enerzijds en die van de fiscale beleggingsinstelling (artikel 28 lid 3 Wet VPB 1969) anderzijds?

1.3 Verantwoording van de opzet

Voor de uitwerking van de probleemstelling zoals hiervoor gedefinieerd, zal ik eerst ingaan op het meer dan normaal vermogens beheer bij vastgoedexploitatie voor de bedrijfsopvolgingsregelingen (hoofdstuk 2). Wanneer is er sprake van ondernemen dan wel beleggen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregelingen? Hierbij dient ook gekeken te worden naar doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Vervolgens zal ik in hoofdstuk 3 ingaan op de regeling van vastgoedexploitatie bij de fbi. Wanneer is in geval van vastgoedexploitatie sprake van ondernemen dan wel beleggen voor de toepassing van art. 28 Wet VPB 1969? Waarbij ook gekeken wordt naar het doel en strekking van deze speciale regeling van beleggen in het fbi-regime.

In het vierde hoofdstuk zal ik een analyse maken van de feiten en omstandigheden van de casus uit het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016 en de recente uitspraak van Rechtbank Noord-Holland van 26 juni 2018¹¹ ten opzichte van de feiten en omstandigheden van de vastgoedexploitant Corio die de status heeft van een fbi.

¹¹ Rechtbank Noord Holland 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635, nr. 16/3544.

Op grond van de analyses van de beide regelingen in hoofdstuk 2 en 3 en de analyse van de feiten en omstandigheden in hoofdstuk 4 zal ik in hoofdstuk 5 een analyse maken van de verschillen en overeenkomsten van beide regelingen inzake beleggen en ondernemen. Bij deze analyse wordt gekeken naar doel en strekking van beide regelingen alsmede naar de feiten en omstandigheden. Is het op basis van doel en strekking van de beide regelingen te rechtvaardigen dat de fiscale behandeling van beide zo geschiedt? Indien er geen rechtvaardiging bestaat voor de huidige uitwerking van beide regelingen zal bekeken worden of er alternatieve mogelijkheden zijn.

2. Meer dan normaal vermogensbeheer voor de bedrijfsopvolgings-faciliteiten

2.1 Inleiding

Bij de verkrijging van aandelen die ingevolge vererving of schenking worden verkregen, kan gebruik gemaakt worden van de voorwaardelijke vrijstelling (bedrijfsopvolgingsfaciliteit) van artikel 35b SW 1956. Op grond van deze voorwaardelijke vrijstelling is per objectieve onderneming de eerste € 1.071.987 (cijfer 2018) aan ondernemingsvermogen volledig vrijgesteld. Boven het genoemde bedrag geldt een vrijstelling van 83%.¹² Gebruik maken van deze voorwaardelijke vrijstelling is mogelijk indien voldaan wordt aan diverse voorwaarden. Voor deze thesis is met name van belang dat vereist wordt dat de vennootschap waarin de aandelen worden verkregen een onderneming drijft in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001.¹³ Deze bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan dus ook worden toegepast op de verkrijging van aandelen in een lichaam dat zich bezighoudt met vastgoedexploitatie, mits de activiteiten kwalificeren als onderneming.

Bij de overgang krachtens schenking of vererving van aanmerkelijkbelangaandelen kan ook een doorschuiffaciliteit van toepassing zijn¹⁴. Hierdoor blijft de aanmerkelijkbelangheffing achterwege op het moment van schenking of vererving. Deze faciliteit is, net als bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956, alleen van toepassing voor zover de vennootschap waarin de aandelen gehouden worden een onderneming drijft in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001.

In het vervolg van het hoofdstuk zal ik me richten op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de doorschuiffaciliteit van de aanmerkelijkbelangregeling. Dit gezien het feit dat de wetgever voor beide regelingen een zelfde norm heeft willen aanleggen.

De vraag is dan ook wanneer is er sprake van het drijven van een onderneming voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit en zeker in het bijzonder in geval van een vastgoedvennootschap. Om een antwoord te kunnen geven op deze vraag ga ik in paragraaf 2.2 in op het wettelijk kader wanneer er sprake is van een onderneming. Vervolgens ga ik in paragraaf 2.3 in op de jurisprudentie omtrent de vraag wanneer er sprake is van een onderneming op het gebied van vastgoedexploitatie. In paragraaf 2.4 ga ik als laatste in op de literatuur omtrent ondernemen versus beleggen op het gebied van vastgoed. Hoofdstuk twee zal ten slotte afgesloten worden met een korte conclusie.

¹² Artikel 35b lid 1 letter b Wet SW 1956.

¹³ Artikel 35c lid 1 letter a Wet SW 1956.

¹⁴ Artikel 4.17a en art. 4.17 c Wet IB 2001.

2.2. Onderneming en de parlementaire geschiedenis

Zoals in paragraaf 2.1 reeds is aangegeven is het de vraag wanneer er nu sprake is van een onderneming in het geval van vastgoedexploitatie. In artikel 3.2 Wet IB 2001 is, middels een bewuste keuze van de wetgever, geen definitie opgenomen wanneer er sprake is van een onderneming. In de parlementaire geschiedenis¹⁵ is hierover bij de totstandkoming van artikel 3.2 Wet IB 2001 vermeld:

“Wij hebben ons bij de voorbereiding van het wetsvoorstel afgevraagd of het zinvol zou zijn een omschrijving van het begrip onderneming in dit wetsvoorstel op te nemen, maar wij hebben daar uiteindelijk vanaf gezien. Het opnemen van een abstracte omschrijving, zoals de hiervoor aangehaalde, zou voor de praktijk ten opzichte van de jurisprudentie geen toegevoegde waarde hebben. Een nadere invulling zou dat wel kunnen hebben, maar zou al gauw betekenen dat aan de kwalitatieve elementen uit de hiervoor aangehaalde omschrijving een nadere kwantitatieve inhoud zou moeten worden gegeven, hetgeen het gevaar in zich bergt dat in de praktijk onvoldoende recht kan worden gedaan aan de concrete omstandigheden”.

De wetgever heeft zich derhalve beperkt tot een globale invulling van het begrip onderneming. Het betreft een organisatie van arbeid en kapitaal gericht op deelname in het economisch proces met het oogmerk om winst te behalen. Concretere invulling van het begrip wordt overgelaten aan de jurisprudentie.¹⁶

Onder onderneming wordt verstaan een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal welke door deelname aan het economische verkeer voordeel beoogt en dit voordeel ook redelijkerwijs kan verwachten.¹⁷

De exploitant van onroerend goed zal zich in de bovengenoemde omschrijving van een onderneming snel herkennen. Dit wil echter niet zeggen dat er direct sprake is van een onderneming. In de fiscale rechtspraak¹⁸ is bepaald dat een bezit van onroerend goed als een belegging kwalificeert indien het bezit aangehouden wordt met het oogmerk van het verkrijgen van een waardeinstijging en het te behalen rendement dat op het niveau van normaal vermogensbeheer kan worden verwacht. Er is derhalve pas sprake van een onderneming op het gebied van vastgoed indien sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer¹⁹. Maar wanneer is er dan sprake van meer dan normaal vermogensbeheer?

¹⁵ Kamerstukken II, 1998-1999, 26727, nr. 3, p. 93.

¹⁶ Zie vorige noot.

¹⁷ M.L.M. van Kempen in: *Cursus Belastingrecht: inkomstenbelasting*, onderdeel: 3.2.2.A.a.

¹⁸ HR 7 maart 1951, B 8963 en HR 8 november 1989, nr. 25 257, BNB 1990/73.

¹⁹ Het zou ook nog resultaat uit overige werkzaamheid kunnen zijn. In deze thesis wordt sec winst uit onderneming besproken.

Het vereiste van de “meer”-werkzaamheden ontwikkelde zich in de jurisprudentie. Een voorbeeld is het arrest van de HR van 29 mei 1974.²⁰ De conclusie uit het arrest was dat de omvang van de werkzaamheden niet meer behelsden dan bij normaal vermogensbeheer. In latere jurisprudentie werd ook de aard en de relatieve omvang van de arbeid van belang. In het arrest BNB 1994/319 oordeelde de Hoge Raad dat van beleggen in onroerende zaken geen sprake is indien²¹:

“(…) het rendabel maken van onroerende zaken geschiedt door middels van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht of door haar werknemers laat verrichten en deze arbeid naar aard of omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen naast het uit onroerende zaken genoten rendement dan wel van voordelen uit de onroerende zaken welke het aan een belegger in zodanige goederen normaliter opkomende rendement te boven gaat.”

Gezien de parlementaire geschiedenis en de in deze paragraaf genoemde arresten is er geen duidelijke norm ontstaan wanneer er nu sprake is van een onderneming. In de verdere jurisprudentie dient dan derhalve ook de norm verder ingekleurd te worden. Op de inkleuring van het begrip onderneming uit de jurisprudentie ga ik in de volgende paragraaf van mijn thesis in.

2.3 Onderneming en ontwikkeling rechtspraak

2.3.1. Rechtspraak

Uit de jurisprudentie blijkt dat dat de verhuur van een vastgoedportefeuille over het algemeen niet tot een onderneming leidt²². Wil er sprake zijn van een onderneming, dan dient de verrichte of te verrichten arbeid naar aard en omvang meer te omvatten dan wat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Bovendien dient deze meerarbeid onmiskenbaar ten doel te hebben een hoger rendement te behalen dan bij normaal vermogensbeheer behaald zou worden²³. De invulling van het begrip ondernemen (norm) dient verder uitgekristalliseerd te worden via de rechtspraak. In deze paragraaf zal ik in gaan op de jurisprudentie welke meer invulling heeft gegeven aan het begrip ondernemen bij vastgoedexploitatie. Hieruit blijkt dat de feiten en omstandigheden erg bepalend zijn voor de kwalificatie van beleggen en ondernemen.

²⁰ HR 29 mei 1974, ECLI:NL:HR:1974:AX4479, nr. 17 346, BNB 1974/BNB.

²¹ HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, nr. 29 755, BNB 1994/319.

²² HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, nr. 29 755 BNB 1994/319, HR 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976/860, HR 29 mei 1974, ECLI:NL:HR:1974:AX4479, nr. 17.346 BNB 1974/177.

²³ Zie vorige noot.

In zijn algemeenheid komt het telkens neer op de vraag of de aard en omvang van de werkzaamheden gericht zijn op het behalen van een rendement dat uit gaat boven dat van normaal vermogensbeheer. De beoordeling in de jurisprudentie valt dus telkens uiteen in twee deelvragen. Te weten:

- 1) Het te verwachten rendement moet dat van normaal vermogensbeheer te boven gaan;
- 2) De aard en de omvang van de werkzaamheden moet die van normaal vermogensbeheer te boven gaan.

Op 30 juli 2015 oordeelt Rechtbank Den Haag²⁴ dat de verhuur van een enkel pand geen onderneming vormde. In deze casus verhuurde de holding aan de werkmaatschappij een pand waarin de werkmaatschappij haar onderneming uitoefende op het gebied van designmeubelen en interieuradviezen. De zoon van de overleden ondernemer deed een beroep op de bedrijfsopvolgingsregeling ingevolge artikel 35b SW 1956. De zoon stelde hierbij dat hij en zijn vader lid waren van een winkeliers- en ondernemersvereniging, dat de holding een lening had verstrekt aan de werkmaatschappij en dat door hun expertise het onroerend goed rendabel geëxploiteerd kon worden. De rechtbank oordeelde dat op basis van deze kennis en deskundigheid er niet verwacht kon worden dat er een rendement te verwachten was welke het rendement van normaal vermogensbeheer te boven gaat. Hetgeen ook geldt voor de overige twee elementen welke door de zoon waren aangedragen.

Op 11 december 2015 oordeelt Rechtbank Den Haag²⁵ dat er geen sprake is van een onderneming bij de verhuur van het onroerend goed (horecapanden) van OG-BV aan D-BV. Hierdoor kan de echtgenote van erflater geen beroep doen op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Erflater heeft 100% van de aandelen van OG-BV en 10% van de preferente aandelen in Q-BV. Q-BV houdt de aandelen in D-BV. Het onroerend goed (12 horecapanden) wordt door OG-BV verhuurd aan D-BV. De echtgenote van erflater doet een beroep op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit waarbij ze stelt dat met de verhuur van de panden meer winst behaald wordt dan bij normaal actief vermogensbeheer. Erflater was 20 uur per week bezig met de directie en besluitvorming in het kader van de verhuurde panden. De rechtbank is niet van mening dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het pand werd verhuurd aan D-BV en niet aan diverse horeca exploitanten. Tevens is de rechtbank van mening dat de expertise en bemoeienis van erflater niet aan OG-BV kunnen worden toegerekend. OG-BV heeft voor haar bemoeienis nooit een zakelijk vergoeding ontvangen van D-BV.

Op 25 maart 2016 oordeelt Hof 's-Hertogenbosch²⁶ dat in de betreffende casus de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toepassing mist aangezien er geen onderneming aanwezig was. In de betreffende casus exploiteerde belanghebbende vier vastgoedcomplexen. Deze vastgoedcomplexen bestonden uit 41 woningen/appartementen, één kantoorruimte en 2 winkelruimtes. Het hof stelde daarbij dat renovatie- en (groot)onderhoudswerkzaamheden en werkzaamheden ten behoeve van het

²⁴ Rechtbank Den Haag 30 juli 2015, nr. AWB-14_9248, V-N 2016/9.17.

²⁵ Rechtbank Den Haag 11 december 2015, nr 15-4515, V-N 2016/29.13.

²⁶ Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1157, nr 14/01095, V-N 2016/41.17.

voorkomen van leegstand en beperken van debiteurenrisico's zijn gedaan om het vermogen, met realisatie van een redelijk rendement, in stand te houden. Hierdoor was er geen realisatie van een rendement dat lag boven dat van normaal vermogensbeheer.

Op 15 april 2016 oordeelde de Hoge Raad²⁷ dat het concern met zijn gehele vermogen een onderneming drijft en derhalve de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is. De Hoge Raad overweegt dat het Hof vastgesteld heeft dat er jaarlijks door het concern een rendement wordt behaald van ten minste 20%. Het opkomende rendement in deze casus gaat het rendement dat behaald wordt bij normaal vermogensbeheer te boven. Tevens is er binnen het concern, in het kader van de exploitatie van de vastgoedportefeuille, sprake van te verrichten of verrichte arbeid die naar aard en omvang meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. In de casus ging het om een vastgoedportefeuille van 350 panden met bijna 900 contracten op 143 locaties. Binnen het concern waren 16 personeelsleden in dienst en er was sprake van een commerciële, juridische, administratieve afdeling en een eigen technische dienst. Het klein tot middelgroot onderhoud werd uitgevoerd door de eigen technische dienst. Verbouwingen werden uitbesteed onder toezicht van de medewerkers van het concern.

Op 21 april 2016 oordeelde Hof 's-Hertogenbosch²⁸ dat de verhuur van een hotel annex conferentieoord niet uitgaat boven normaal vermogensbeheer. Erflater was 100% eigenaar van X-BV en C-beheer BV. D-BV was 100%-dochter van C-beheer B.V. X-BV verhuurde het onroerend goed aan D-BV. Aangezien de aandelen van X-BV en D-BV niet gehouden werden door dezelfde houdstermaatschappij mochten deze niet geconsolideerd worden gezien op grond van de parlementaire geschiedenis²⁹. Dat was anders geweest als ze onder een zelfde houdstermaatschappij hadden gezeten.

Op 10 maart 2017 oordeelt de Hoge Raad³⁰ dat de relatieve omvang van de ontwikkelactiviteiten in verhouding tot de beleggingsactiviteiten niet relevant is om te kunnen toetsen of de vennootschap met haar ontwikkelactiviteiten een onderneming drijft. De ontwikkelactiviteiten dienen derhalve op zichzelf beoordeeld te worden. De Hoge Raad heeft de zaak verwezen naar hof Amsterdam ter verdere behandeling met in achtneming van dit arrest . Door het hof³¹ werd geoordeeld dat er geen sprake was van een onderneming. Het hof heeft aan dat oordeel ten grondslag gelegd dat de omvang van de ontwikkelingsactiviteiten ten opzichte van de overige activiteiten van de vennootschap, te weten de verhuur van onroerende zaken, te beperkt is om hieraan betekenis toe te kennen in die zin dat op basis

²⁷ HR 15 april 2016, BNB 2016/166 ECLI:NL:HR:2016:633, nr. 15/02829, V-N 2016 24.12.

²⁸ Hof 's-Hertogenbosch, 21 april 2016, nr. 15/00469, V-N 2016/53.22.

²⁹ Kamerstukken II, 2008/2009, 31930, nr. 9, p.95.

³⁰ HR 10 maart 2017, ECLI:NL:2017:396, nr. 16/04190, V-N 2017/14.21.

³¹ Hof Den Haag 1 juli 2016, BK-14/00838 en BK-14/00839, ECLI:NL:RBDHA:2014:16718

van projectontwikkeling kan worden geoordeeld dat de vennootschap (ten dele) een onderneming drijft in de zin van artikel 35c SW 1956.

Op 3 april 2018 oordeelt Hof Den Haag³² dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is aangezien belastingplichtige ondernemingsvermogen heeft verkregen. Belanghebbende verkreeg een grote onroerend goed portefeuille met verschillende winkelcentra, bedrijfshallen en kantoorgebouwen. Het onroerend goed is binnen de vennootschap, de maatschap en dochtervennootschappen ontwikkeld en verhuurd. Na verloop van de jaren zijn deze panden verbeterd, herontwikkeld en vernieuwbouwd. Volgens het hof is aan de plus rendements-toets alsmede de plus arbeids-toets voldaan. Volgens het hof heeft belanghebbende aannemelijk gemaakt dat wat hij heeft verkregen, is aan te merken als ondernemingsvermogen dat is verkregen in het kader van een bedrijfsopvolging. Volgens het hof is er zowel wat betreft het verrichten van arbeid als het behalen van overrendement sprake van meer dan normaal vermogensbeheer.

Op 26 juni 2018 oordeelde rechtbank Noord-Holland³³ dat een vrouw die de certificaten van aandelen in drie vastgoedbedrijven geërfd had, alléén voor de activiteiten op het gebied van projectontwikkeling kwalificeert als een onderneming. Voor de verhuuractiviteiten, zijnde een vastgoedportefeuille met 300 objecten, 2800 verhuurbare eenheden met 42 werknemers, was er geen sprake van meer dan normaal vermogens beheer. Op belanghebbende rust de last om aannemelijk te maken dat de vastgoedexploitatie onmiskenbaar ten doel heeft een hoger rendement te behalen dan bij meer dan normaal vermogensbeheer. Bij de bewijslastverdeling kan belanghebbende volgens de rechtbank niet volstaan met een blote betwisting van de conclusies zoals deze door de verweerder (inspecteur) als resultaten in de zaak zijn neergelegd. In de betreffende casus is door belanghebbende ook geen rendementsdoelstelling voor gehele vastgoed of individuele onroerende zaken vastgelegd. De rendementen zouden in lijn liggen met het gepubliceerde benchmark rendement van IPD³⁴. De rechtbank oordeelde dat er dan ook geen sprake was een rendement dat hoger was dan bij normaal vermogensbeheer aangezien dit niet aannemelijk gemaakt is door belanghebbende. De rechtbank oordeelde dat het in dienst hebben van zoveel personeelsleden niet inhoudt dat er sprake is van een onderneming. Een grote vastgoedportefeuille kan voor normaal vermogensbeheer al de inzet vergen van een groot aantal goed opgeleide en gekwalificeerd personeel. Belanghebbende heeft niet aannemelijk kunnen maken dat er sprake was van de vereiste meerarbeid welke noodzakelijk is om van een onderneming te kunnen spreken. Belanghebbende gaat in hoger beroep tegen de uitspraak van Rechtbank Noord-Holland.

³² Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/00030, ECLI:NL:GHDHA:2018:794.

³³ Rechtbank Noord Holland 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635, nr. 16/3544.

³⁴ De IPD Nederlandse Vastgoed Index vormt als benchmark een goede maatstaf voor het vergelijken van actief beheerde portefeuilles.

2.3.2. Analyse Rechtspraak

Zoals in de vorige paragrafen van hoofdstuk 2 naar voren is gekomen, heeft de wetgever geen definitie gegeven van het begrip ondernemen. Wanneer sprake is van ondernemen (inclusief voor vastgoedexploitatie) diende dan ook ontwikkeld te worden in de rechtspraak. Tot aan het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016 was er nauwelijks sprake van meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoedexploitatie. Vanaf dat moment zijn er met name bij een aantal hele grote vastgoedexploitanten, een aantal belastingplichtigen op het gebied van vastgoedexploitatie als ondernemer aangemerkt. Recentelijk is bij Rechtbank Noord-Holland van 26 juni 2018 een “grote” vastgoedexploitant echter niet aangemerkt als een onderneming. Belanghebbende heeft niet aannemelijk kunnen maken dat voldaan is aan de plusrendementseis en de meerarbeidseis. Belanghebbende is in hoger beroep gegaan tegen deze uitspraak van de rechtbank.

De conclusie is dat in de jurisprudentie op het gebied van vastgoedexploitatie geen duidelijke criteria ontwikkeld wanneer wel en wanneer niet sprake is van een onderneming (meer dan normaal vermogensbeheer) op het gebied van vastgoedexploitatie. Dit zal van geval tot geval op basis van feiten en omstandigheden moeten worden bepaald.

Wat echter op basis van deze uitspraken naar voren komt, is dat bij “kleine” vastgoedvennootschappen bijna nooit sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Uit de recente jurisprudentie volgt dat slechts in het geval van “grote” vastgoedexploitanten sprake kan zijn van meer dan normaal vermogensbeheer waarbij voldaan is aan de criteria van meerarbeid en plus rendement. Wellicht wordt deze kentering veroorzaakt door de professionalisering van de markt voor vastgoedexploitatie. De weg naar het ondernemerschap voor “kleine” vastgoedexploitanten lijkt door de professionalisering bij voorbaat afgesloten te zijn en alleen nog maar mogelijk te zijn voor “grote” vastgoedexploitanten. Gegeven het arrest BNB 1994/319 en de hierin ontwikkelde criteria kan het echter niet de bedoeling zijn dat kleine vastgoedexploitanten bij voorbaat uitgesloten zijn.

2.4. Literatuur

2.4.1. Inleiding

Zoals uit de voorgaande paragraaf blijkt, is er in de jurisprudentie geen duidelijk invulling van het begrip meer dan normaal vermogensbeheer ontstaan. De uitkomst is heel afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval, maar welke feiten en omstandigheden nou de doorslag geven is onduidelijk. In de literatuur wordt meermaals dezelfde conclusie getrokken. In de praktijk worden door het ontbreken van een duidelijke ingevulde norm hevige discussies gevoerd omtrent het wel of niet aanwezig zijn van een onderneming zoals ook reeds in paragraaf 1.1. is aangegeven in een citaat van Berkhout en Hoogeveen.

2.4.2. Inhoudelijke bespreking

Volgens Van Dijck³⁵ dient het verschil tussen een belegger en een ondernemer gevonden te worden in het feit dat de belegger geen zelf ontwikkelde prestatie levert. De belegger stelt haar vermogen (lees onroerend goed) ter beschikking aan een derde welke aan de belegger een vergoeding betaalt. De ondernemer probeert met behulp van arbeid en kapitaal een meerwaarde te realiseren door het leveren van een prestatie. Van Dijck bedoelt daarmee het meewaardecriterium. Volgens Van Dijck creëert een belegger geen meerwaarde. Hij ontvangt alleen een vergoeding voor het ter beschikking stellen van een vermogensbestanddeel. Voor de verhuur van onroerende zaken stelt Van Dijck dat er nimmer een onderneming ontstaat. In zijn noot bij het arrest BNB 1994/319 komt Van Dijck hier deels op terug.³⁶ In het arrest wordt geoordeeld dat:

“Indien het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaak verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan.”

In zijn annotatie geeft Van Dijck aan dat de Hoge Raad zich terecht aansluit bij het netto opkomende rendement. Door eigen arbeid van de belastingplichtige kunnen namelijk kosten bespaard worden waardoor er een hoger rendement behaald zou kunnen worden. Er wordt dan ook niet naar het bruto rendement gekeken. Verder geeft hij aan dat er bij vastgoedexploitatie wel degelijk sprake kan zijn van ondernemen. Door de eigen arbeid kan er namelijk wel degelijk een meerwaarde worden gerealiseerd. Dit staat in tegenstelling tot hetgeen hij schreef in 1976 in het weekblad fiscaal recht (hierna: WFR).

In 2007 heeft Te Niet in zijn dissertatie³⁷ de omstandigheden die een rol spelen voor de bepaling van de scheidslijn tussen beleggen en ondernemen in kaart gebracht. Op basis van de grondige bestudering van de jurisprudentie in de inkomstenbelasting is Te Niet gekomen tot een omstandighedencatalogus. Het meewaardecriterium komt niet voor in het verhaal van Te Niet. Het meewaardecriterium van Van Dijck moet volgens Te Niet plaats maken voor een grondige activiteitentoets. In de grondige activiteitentoets worden zowel kwantitatieve als kwalitatieve aspecten van de verrichte werkzaamheden meegenomen in de beoordeling³⁸. Aan de hand van deze criteria kan de rechter beoordelen of er sprake is van een onderneming of niet.

³⁵ J.A.E.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/141.

³⁶ HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, BNB 1994/319, noot Van Dijck.

³⁷ H.A.J.P. Te Niet, *Het beleggingsbegrip in de directe belastingen* (FM nr. 125), Deventer: Kluwer 2007.

³⁸ H.A.J.P. Te Niet, t.a.p., p. 71.

De arbeid gerelateerde aspecten welke Te Niet in kaart heeft gebracht zijn:

- Handelingen die niet alleen zijn gericht op het aanhouden van de vermogensbestanddelen en op het behalen van de opbrengsten;
- 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 arbeid);
- De werkzaamheden van ingehuurd personeel.

Aan de hand van deze omstandigheden dient de rechter dan te toetsen of een “normale” belegger deze werkzaamheden ook zou verrichten. Hierdoor kan de rechter aan de hand van objectieve criteria toetsen of de vastgoedexploitant het doel heeft om voordelen te realiseren welke het rendement bij het normaal vermogensbeheer te boven gaan.

Volgens Te Niet kijkt de rechter ook, ter ondersteuning of niet, naar de volgende vermogensrechtelijke aspecten:

- Omloopsnelheid van het vermogen;
- Samenstelling van het vermogen;
- Omvang van het vermogen;
- Wijze van financiering;
- Administratieve verwerking;

Door de aanpak van Te Niet wordt de rechter gedwongen om de relevante aspecten van de casus in kaart te brengen en deze volgens een vast stramien te toetsen. Dit zou moeten leiden tot beter gemotiveerde uitspraken waarbij feitelijkheden op gelijke wijze worden geïnterpreteerd. Volgens Te Niet zou hierdoor de voorspelbaarheid van de rechtspraak verbeteren.

Als je kijkt naar de jurisprudentie zoals die besproken is in paragraaf 2.3 wordt in de rechtspraak de omstandighedencatalogus zoals Te Niet in zijn dissertatie ontwikkelde niet gebruikt en blijft het onduidelijk welke feiten en omstandigheden de rechter doorslaggevend acht bij zijn oordeel..

Berkhout en Hoogeveen zijn van mening dat een concretere invulling van het begrip meer dan normaal vermogensbeheer een absolute must is. In hun bijdrage in het WFR zijn ze ook van mening dat de gelegenheidsrechtsspraak ons niet verder gaat helpen om de norm meer dan normaal vermogensbeheer verder te concretiseren. Berkhout en Hoogeveen willen dan ook een aanzet geven tot meer falsificeerbare normeringen. Ze schrijven dan ook:

“(…) vandaar hier een aanzet tot een scherpe(re), falsificeerbare normering om de vraag te kunnen beantwoorden wanneer er sprake is van beleggings- of ondernemingsvastgoed. Een omstandighedencatalogus, zoals Te Niet die voor ogen staat, kan daar een praktisch hulpmiddel in zijn.”

Volgens Berkhout en Hoogeveen zal er rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid blijven bestaan zolang er geen falsifieerbare hypothesen aanwezig zijn en er geen sprake is van gestructureerde feiten en omstandigheden in de fiscale procedures. Alleen als de procedures gestructureerder en systematischer worden aangepakt zal de norm invulling gaan krijgen. Om hiertoe te komen zouden concrete hypothesen moeten worden bepaald waaraan de rechter de feiten en omstandigheden kan afwegen. De feiten en omstandigheden zullen dan ook door een rechter volledig in kaart gebracht moeten worden en confronteren met de vooraf bepaalde hypothesen. De feiten en omstandigheden kunnen dan middels een omstandighedencatalogus in kaart worden gebracht. Indien op deze wijze gewerkt gaat worden zijn Berkhout en Hoogeveen van mening dat de invulling van de norm meer dan normaal vermogensbeheer van geval tot geval geschiedt³⁹.

Uit het verslag⁴⁰ van de RB-dag is naar voren gekomen dat bij vastgoed de vraag is of er sprake is van ondernemen of beleggen. Als voorbeeld werd hierbij de casus uit het arrest BNB 1994/319 genomen. Volgens de zaal was er sprake van beleggen. Voor Berkhout was dit geen uitgemaakte zaak. Hij signaleerde:

“(…) naast verschillende onduidelijkheden, vooral veel “rode draden” om te beoordelen of er nu wel of juist geen onderneming is. Maar één ding lijkt duidelijk: ze zijn allemaal onduidelijk. Duidelijkheid lijkt er wel te zijn over projectontwikkeling: die komt in aanmerking voor de bedrijfsopvolgingsregeling.”

Adriaansens en Rozendal⁴¹ zijn van mening dat kale verhuur van onroerende zaken nooit een onderneming oplevert in de zin van artikel 3.2. Wet IB 2001 maar kwalificeert als een beleggingsactiviteit. Pas als er andere prestaties in beeld komen, is het volgens hen niet ondenkbaar dat er sprake zou kunnen zijn van een ondernemersactiviteit. Zij vinden daarvoor steun in het arrest BNB 1994/319:

“(…) dat het bezit van onroerende zaken niet slechts is gericht op het verkrijgen van de waardevermeerdering en rendement daarvan die bij normaal vermogensbeheer kunnen worden verwacht “(…) indien het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit de onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat”

Adriaansens en Rozendal zijn ook van mening dat de vraag of er sprake is van een onderneming of een belegging moeilijk te beantwoorden is. De feiten en omstandigheden van het geval zijn erg bepalend

³⁹ M. Berkhout en M.J. Hoogeveen , t.a.p. § 8.

⁴⁰ A.T. Pahladsingh, ‘De RB-dag in een Notendop: fiscale aandacht voor vastgoed’, WFR 7248, 19 juli 2018, 979.

⁴¹ O.P.M. Adriaansens en A Rozendal, ‘Bedrijfsopvolging en vastgoed’, WFR 2014/1215, 30 september 2014, § 3.3.2.

voor de uitkomst. De bewijslast om aan te tonen dat er sprake is een onderneming op het gebied van vastgoedexploitatie is moeilijk. De omstandighedencatalogus van Te Niet is ook volgens hen een bruikbaar instrument voor de bepaling van de kwalificatie van vastgoedexploitatie.

Zij vragen zich verder sterk af of de gekozen begrip materiële onderneming wel de juiste is. Beleggingsvermogen gaat vaak over overtollige middelen, terwijl dit bij vastgoed vaak niet het geval is. Ze schrijven dan ook⁴²:

“Het is ons inziens dan ook de vraag of de keuze van de wetgever om bij de invulling van de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebruik te maken van het materiële ondernemersbegrip uit de inkomstenbelasting, leidt tot de meest functionele en proportionele invulling van deze faciliteiten. Immer, men sluit voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan bij een fiscaal begrip (het materiële ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting), terwijl men een specifiek algemeen-maatschappelijk doel nastreeft, het voorkomen van liquiditeits- en continuïteitsproblemen en het dienen van het algemeen belang.”

Er had volgens hen dan ook beter voor een norm specifieke begrip gekozen worden dan te verwijzen naar het ondernemingsbegrip van de inkomstenbelasting.

Rozendal is van mening dat er voor het aanwezig zijn van een onderneming of niet gekeken dient te worden naar wie verricht het propertymanagement en assetmanagement met betrekking tot het vastgoed. Propertymanagement vindt plaats op het operationele niveau en assetmanagement op het strategisch niveau. Door vastgoedbeleggers zullen de voorgenoemde activiteiten eerder uitbesteed worden dan dat deze zelf uitgevoerd worden. Rozendaal is van mening dat door de professionalisering van de vastgoedmarkt de grens van normaal vermogensbeheer eerder wordt overschreden indien de particuliere belegger de werkzaamheden van propertymanagement en assetmanagement zelf of in eigen beheer uitvoert. Rozendal geeft over de professionalisering het navolgende aan⁴³:

“Integendeel, de professionalisering van de vastgoedmarkt en de daarmee gepaard gaande trend om beheerswerkzaamheden uit te besteden zal er mijns inziens juist toe leiden dat deze grens sneller kan worden overschreden indien een particuliere belegger het overgrote deel van de property- en assetmanagement zelf in eigen beheer uitvoert.”

De Belastingdienst heeft op het gebied van vastgoedexploitatie een praktijkhandreiking geschreven. Deze “Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten”⁴⁴ is in december 2016 vrijgegeven. In de handreiking zijn de grondslagen van de wet, jurisprudentie en literatuur opgenomen alsmede worden handvatten voor de praktijk aangereikt vanuit het perspectief van de Belastingdienst. Voor de

⁴² Mr. Drs. O.P.M. Adriaansens en dr. A Rozendal, t.a.p. § 3.4.

⁴³ A Rozendal, ‘Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting’, NTFR 2015/3, § 3.2.3.

⁴⁴ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, kennisgroepen VKC/AB/Successiewet, 1 juni 2016 (versie 2.0).

inspecteur is de praktijkhandreiking een handzaam overzicht om de problematiek te kunnen overzien op het gebied van vastgoedexploitatie op basis waarvan de inspecteur een weloverwogen beslissing zou kunnen nemen. Het biedt voor de inspecteur dan ook een werkwijze c.q. omstandighedencatalogus om het benodigde overzicht van relevante feiten te kunnen krijgen. De handreiking is ook mede tot stand gekomen na het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016⁴⁵. De reactie van de werkgroep op het arrest is als volgt⁴⁶:

“De werkgroep is van mening dat uit dit arrest geen heldere, concrete aanwijzingen of grenzen voor de uitvoeringspraktijk van de Belastingdienst kunnen worden afgeleid.”

De werkgroep wilde naar aanleiding van de onderliggende hofuitspraak door middel van een meer uniforme aanpak komen tot een gedegen onderzoek waardoor feiten beter aangeboden kunnen worden aan de rechter. De werkgroep is namelijk van mening dat het oordeel van het hof niet op juiste gronden tot stand gekomen is⁴⁷. Volgens de werkgroep is niet duidelijk naar voren gekomen welke koppeling er bestaat tussen de extra arbeid en het extra rendement wat hierdoor is ontstaan. Tevens is volgens de werkgroep de bepaling van het rendement niet op correcte wijze bepaald.

Zoals reeds is vermeld in paragraaf 2.1. en 2.2. biedt het niet opnemen van een definitie van onderneming geen duidelijkheid of er sprake is van een materiële onderneming. De globale invulling van het begrip onderneming vastgelegd als een organisatie van arbeid en kapitaal die deelneemt aan het economisch verkeer met het oogmerk om winst te behalen en zal een vastgoedexploitant al snel elementen op zichzelf kunnen betrekken; zowel geheel als gedeeltelijk. Deze globale invulling brengt een oplossing voor de kwalificatie van verhuur van vastgoed dus niet echt verder

In de praktijkhandreiking is volgens de werkgroep de vastgoedbelegger en vastgoedondernemer te onderscheiden door het antwoord op de vraag⁴⁸:

“(…) of er sprake is van 1) een duurzame organisatie die erop gericht is 2) meerwaarde te creëren.⁴⁹ Van een vastgoedonderneming spreken we wanneer een duurzame organisatie (samenhangende activiteiten in een georganiseerd verband) gericht op het creëren van een meerwaarde boven het netto rendement dat wordt verkregen uit het enkele verhuren of beheren van vastgoed.”

Volgens de praktijkhandreiking is het belangrijk om inzichten te hebben in de rendementen over langere periode om te bepalen of er sprake is van een onderneming. De aard en omvang van de arbeid (in de

⁴⁵ HR 15 april 2016, BNB 2016/166 ECLI:NL:HR:2016:633, nr. 15/02829, V-N 2016 24.12.

⁴⁶ Praktijkhandreiking, p. 11.

⁴⁷ Praktijkhandreiking, p. 11-13.

⁴⁸ Praktijkhandreiking, p. 3.

⁴⁹ J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/5258, p.148 en 149.

handreiking aangeduid als 'arbeid+') moet ten doel hebben een hogere opbrengst te realiseren dan bij normaal vermogensbeheer. Dit wil dus niet zeggen dat als er sprake is van een hoog rendement er ook direct sprake is van een onderneming.

Het voorgaande uit de praktijkhandreiking is gestoeld op het arrest BNB 1994/319 Voor de inhoudelijke bespreking van hetgeen in het arrest bepaald is, wordt verwezen naar paragraaf 2.3.1. van deze thesis.

Zoals bekend en reeds eerder vermeld, is de rechtspraak op het gebied van vastgoedexploitatie zeer casuïstisch. Er zijn echter geen duidelijke afwegingskaders van de feiten en omstandigheden waar de inspecteur, praktijk alsmede de rechtspraak op kan steunen om een duidelijke lijn te bepalen voor de kwalificatie van vastgoedexploitatie. De bewijslast voor het aanwezig zijn van een materiële onderneming ligt voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit bij de belastingplichtige vastgoedexploitanten.

Op basis van casusposities die zijn voorgelegd aan de werkgroep zijn er normen c.q. uitgangspunten ontwikkeld welke door de belastingplichtigen en rechter weerlegd kunnen worden. De normen/uitgangspunten welke ontwikkeld zijn onder andere:

- 1) Vastgoedbeheer en – exploitatie was en is altijd al een intensieve bezigheid;

Het in stand houden van het vastgoed wordt door iedere eigenaar verricht om de huurpenningen op peil te houden.

- 2) Verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming⁵⁰;

Door de werkgroep worden de navolgende factoren irrelevant en niet onderscheidend geacht aangezien deze als normaal worden aangemerkt bij de verhuur van vastgoed. Volgens de werkgroep moet er voor gewaakt worden dat deze als "meerwaarde creërend" worden aangemerkt. Hierbij moet onder andere gedacht worden aan omvang van de portefeuille en wijze van financiering, aanwezigheid eigen onderhoudsdienst, knowhow personeelsleden en eigenaar, aanwezigheid eigen onderhoudsdienst, financiering van vastgoed etc.

- 3) Service bieden naast de kale verhuur van ruimtes is nog steeds beleggen;
- 4) De grootte van de vastgoedportefeuille heeft geen invloed;
- 5) In de parlementaire geschiedenis⁵¹ is voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit een vergelijking gemaakt met de fbi's, die in grote vastgoedportefeuilles beleggen. De werkgroep geeft hierbij aan waarom dat anders zou moeten zijn bij fbi ten opzichte van bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Een relevant Netwerk hebben en verstand van vastgoed is niet onderscheidend;
- 6) Grootschalig renoveren of onderhouden is beleggen;
- 7) Incidenteel een pand bouwen of vernieuwbouwen levert nog geen onderneming op;

⁵⁰ Praktijkhandreiking, p. 5.

⁵¹ Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr. 13, p. 24-25.

- 8) In een reeks van jaren nieuwbouwpanden realiseren en herontwikkeling van bestaande portefeuille (eventueel na sloop) levert een ondernemingsactiviteit op.

De uitgangspunten welke bepaald zijn door de werkgroep geven duidelijk aan dat de feiten en omstandigheden enorm van belang zijn om te bepalen of er sprake is van is van ondernemen of beleggen. De bewijslast van de casus moet dan gaan over de navolgende elementen:

- 1) Vastgoed (gegevens van het vastgoed zelf. Denk daarbij aan m²-verhuurbaaroppervlak, waarde economische verkeer etc.);
- 2) Aard en omvang van de arbeid;
- 3) Onmiskkenbaar ten doel hebben, meer rendement dan bij normaal vermogensbeheer.

De praktijkhandreiking is naar mijn mening geschreven naar de hand van de Belastingdienst. Uit de praktijkhandreiking blijkt namelijk sterk dat het standpunt van de Belastingdienst is dat vastgoedexploitatie altijd een belegging is. In de fiscale rechtspraak is echter reeds meerdere malen geoordeeld dat vastgoedexploitatie wel degelijk aangemerkt kan worden als een onderneming. Denk onder andere aan het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016⁵².

Het beleid van de Belastingdienst luidt telkens, met uitzondering van projectontwikkeling, dat vastgoedexploitatie nooit een onderneming kan vormen. Gezien de rechtspraak uit de vorige paragraaf geldt mijns inziens dit intern beleid niet in alle gevallen. In een aantal gevallen is er wel degelijk sprake van een onderneming en kan de bedrijfsopvolgingsregeling wel toegepast worden. De roep om vastlegging van de norm ondernemen voor de praktijk wordt dus steeds belangrijker. Als namelijk getoetst wordt aan een duidelijke normering dan zal dat de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bevorderen.

2.4.3. Analyse literatuur

Uit de in deze paragraaf vermelde literatuur kan de conclusie worden getrokken dat de diverse schrijvers een oplossing hebben aangedragen om te komen tot een duidelijke normering voor het wel of niet aanwezig zijn van een onderneming op het gebied van vastgoedexploitatie. Op grond van de praktijkhandreiking van de werkgroep komt naar voren dat in de ogen van de werkgroep op het gebied van vastgoedexploitatie eigenlijk nooit sprake is van een onderneming. De rechtspraak van de vorige paragraaf heeft echter reeds het tegendeel bewezen van de werkgroep. Rozendal is van mening dat kale verhuur nooit aangemerkt kan worden als een onderneming. In een aantal arresten was wel sprake van ondernemen in vastgoed. Denk daarbij onder andere aan het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016. Volgens Van Dijck kan er wel degelijk sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Dit is volgens hem het geval indien voldaan wordt aan het meerwaardecriterium. Te Niet heeft als oplossing opgeworpen bij de bepaling of er wel of niet sprake is van een onderneming door het opstellen van een omstandighedencatalogus. Op basis van deze omstandighedencatalogus zouden de kwalitatieve en

⁵² HR 15 april 2016, BNB 2016/166 ECLI:NL:HR:2016:633, nr 15/02829, V-N 2016 24.12.

kwantitatieve aspecten van de werkzaamheden van een vastgoedexploitant aan een activiteitentoets worden onderworpen. Hierdoor ontstaat er volgens hem een vast stramien van toetsen in de rechtspraak voor casussen op het gebied van vastgoedexploitatie. Berkhout en Hoogeveen zijn van mening dat er falsifieerbare normering moeten worden bepaald. De invulling van het materieel ondernemerschap wordt ook door hen als een must gezien. De omstandighedencatalogus van Te Niet wordt als een hulpmiddel gezien ter invulling van deze falsifieerbare normering. Rozendal en Adriaansens merken op dat het aantonen van de feiten en omstandigheden in de praktijk lastig zijn terwijl deze zo bepalend zijn voor de uiteindelijke uitspraak in de jurisprudentie. Volgens Rozendal dient meer gekeken worden naar wie het propertymanagement en assetmanagement verzorgt bij de bepaling van ondernemerschap of niet. Tevens wordt in de literatuur vermeld dat het maar de vraag is of dat er voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten terecht aansluiting wordt gezocht bij het materiële ondernemersbegrip van artikel 3.2 Wet IB 2001. In de parlementaire geschiedenis is voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor het beleggen in onroerend goed een vergelijking gemaakt met het beleggen in vastgoed voor de fbi. Al met al blijft de bepaling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer op basis van de hiervoor beschreven literatuur lastig. Telkens komt het er op neer dat de invulling van de norm meer dan normaal vermogensbeheer geschiedt aan de hand van de feiten en omstandigheden. Hierdoor wordt de norm wel ingevuld maar telkens maar gedeeltelijk. Er is geen vast stramien van toetsen aanwezig. En waaraan de feiten en omstandigheden getoetst wordt is niet duidelijk. Het is sterk afhankelijk van de uitleg van de rechter. Door vooraf meer invulling te geven aan de omstandigheden waartegen getoetst moet worden, zal dit de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bevorderen.

2.5 Conclusie

Op basis van de besproken literatuur als ook de jurisprudentie op het gebied van de vastgoedexploitatie is geen heldere normering te destilleren. Op basis van de jurisprudentie blijkt heel sterk dat de uitkomst afhankelijk is van de feiten en omstandigheden. Dit wordt met name veroorzaakt door het bestaan van de open norm van artikel 3.2 Wet IB 2001. De roep om een duidelijke invulling van de norm meer dan normaal vermogensbeheer is dan ook groot. Het invullen c.q. concretiseren van de norm is naar mijn mening ook noodzakelijk. Zolang de norm namelijk niet concreet is ingevuld blijft de rechtspraak casuïstisch van aard. Maar ook het kader waaraan getoetst wordt is onduidelijkheid. Het is niet vooraf bekend waaraan een rechter de feiten en omstandigheden toetst. Het opnemen van een soort van omstandighedencatalogus, als kader voor toetsing, is naar mijn mening sterk aan te bevelen. Deze omstandighedencatalogus is ook voorgesteld door Te Niet. Hierdoor wordt de toetsing in de rechtspraak namelijk ook gestructureerder. De rechter zal namelijk hierdoor telkens op een gelijke wijze toetsen. Dit zal de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid ten goede gaan komen. Er wordt namelijk telkens getoetst aan falsifieerbare normen. De vraag is ook of de wetgever er goed aan heeft gedaan om voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit aansluiting te zoeken bij het ondernemersbegrip van de inkomstenbelasting. Had er voor vastgoedexploitatie geen separate norm opgenomen dienen te worden? Het opnemen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Succesiewet 1956 heeft namelijk ten doel het voorkomen van liquiditeits- en continuïteitsproblemen. In tegenstelling tot de norm van artikel 3.2 Wet IB 2001. Dit streeft

namelijk een algemeen maatschappelijk doel na. Naar mijn mening zal er geen duidelijk lijn voor de bepaling van meer dan normaal vermogensbeheer ontstaan zolang er niet sprake is van een concrete normering. Denk daarbij aan een goede omstandighedencatalogus. Nu lijkt alléén bij grote vastgoedexploitanten überhaupt sprake te kunnen zijn van ondernemen. Bij de kleine exploitanten van vastgoed lijkt het bij voorbaat een kansloze missie om als ondernemer aangemerkt te worden. Door de steeds verdere professionalisering van de vastgoedmarkt zal het vastleggen van een concrete normering wel lastig te realiseren zijn. De grens/falsifieerbare normen wanneer er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer zal hierdoor steeds in ontwikkeling zijn. Deze ontwikkeling zie je ook terug in de rechtspraak van vandaag de dag. De omstandighedencatalogus zal daardoor ook telkens aanvullingen en wijzigingen moeten ondergaan. De vraag komt dan wel op hoe om te gaan met reeds uitgekristalliseerde casusposities. Zou het een oplossing kunnen zijn dat er voor de normering aansluiting wordt gezocht bij de normering van de fbi? Geeft dat een aanknopingspunt om te komen tot een duidelijke invulling van de open norm op het gebied van de vastgoedexploitatie? Hierop zal ik in het volgende hoofdstuk terug komen.

3. Beleggen in de fiscale beleggingsinstelling (artikel 28 VPB 1969)

3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk ben ik ingegaan op het vraagstuk wanneer er sprake zou zijn van ondernemen op het gebied van de vastgoedexploitatie voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van de erf- en schenkbelasting. Hieruit is nadrukkelijk naar voren gekomen dat de bepaling of er sprake is van ondernemen of beleggen sterk afhankelijk is van de feiten en omstandigheden. Onder andere uit het arrest BNB 2016/166 volgde dat een vastgoedconcern met een zeer omvangrijke vastgoedportefeuille werkzaamheden verrichtte welke normaal vermogensbeheer ten boven ging. Hierdoor was in deze situatie sprake van ondernemen in vastgoed.

In Nederland kennen we het fbi-regime (artikel 28 VPB 1969). Beleggingsinstellingen welke op basis van deze regeling kwalificeren kunnen gebruikmaken van het 0%-tarief. Een belangrijke voorwaarde om gebruik te kunnen maken van de regeling is dat er sprake moet zijn van beleggen. In de praktijk maken ook vastgoedinstellingen, waarvan de vastgoedportefeuille ook omvangrijk is te noemen, gebruik van het fbi-regime. Een voorbeeld van een grote vastgoedexploitant welke gebruik maakt van de regeling van de fbi betreft Corio. Corio is een vastgoedonderneming met een focus op retail en is gespecialiseerd in ontwikkeling, herontwikkeling en beheer van winkelcentra waarbij het actieve investeringsbeleid gericht is op waardecreatie. Daarnaast verhuurt en beheert Corio ook een eigen portefeuille. Corio kan volgens eigen zeggen dan ook getypeerd worden als een vastgoedonderneming met een focus op retail. Bij Corio is sprake van normaal vermogensbeheer waardoor hij gezien wordt als belegger. Dit terwijl bij de vastgoedexploitant uit het arrest aangenomen wordt dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Maar hoe verhoudt zich het arrest BNB 2016/166 met de “grote” vastgoedexploitanten welke gebruik maken van de regeling van de fbi. Wordt voor het fbi-regime als ook die van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit het begrip normaal vermogensbeheer wel gelijk uitgelegd? In hoofdstuk 4 zal ik dan ook een vergelijking van de feiten en omstandigheden gaan maken van de fbi Corio en de casussen uit het arresten van de Hoge Raad van 15 april 2016⁵³ en Rechtbank Noord Holland van 26 juni 2018⁵⁴. In dit hoofdstuk zal ik eerst ingaan op de regeling van de fbi en specifiek op de uitbreiding van het begrip beleggen met ingang van 1 januari 2007 van artikel 28 lid 3 Wet VPB 1969.

3.2. Fiscale beleggingsinstelling (algemeen)

In artikel 28 Wet VPB 1969 is het bijzondere regime van de fiscale beleggingsinstelling (hierna: fbi) vastgelegd. Het fbi-regime is ingevoerd bij de totstandkoming van de Wet VPB in 1969. Daarna heeft

⁵³ HR 15 april 2016, BNB 2016/166 ECLI:NL:HR:2016:633, nr 15/02829, V-N 2016 24.12.

⁵⁴ Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNH):2018:5635, nr. 16/3544.

de regeling de op het gebied van vastgoedbeleggingen wijzigingen ondergaan. Hierop ga ik later in deze paragraaf nog op in.

Het doel van de fbi is om particuliere beleggers door middel van samenvoeging van de vermogens een betere risicospreiding te laten realiseren en zo een beter rendement te kunnen nastreven. Voor particuliere beleggers is het normaliter namelijk niet echt makkelijk om in grootschalige vastgoedprojecten te beleggen. Middels het inschakelen van een beleggingsinstelling zijn er wel mogelijkheden voor de particuliere belegger om te beleggen in vastgoed. In de parlementaire geschiedenis⁵⁵ is daarover aangegeven:

“ De beleggingsinstelling is er niet voor zichzelf, maar is enkel een technisch verlengstuk van de particuliere belegger.”

Tevens is in de parlementaire geschiedenis hierover bepaald⁵⁶:

“Het zien van een beleggingsinstelling (...) als tussenschakel tussen de belegger en diens wezenlijke inkomensbronnen alsmede de fiscale tegemoetkoming bij beleggingsinstellingen in de sfeer van de vennootschapsbelasting ten behoeve van haar beleggers, brengen mede dat het begrip beleggen bij die instellingen overeenkomt met hetgeen daaronder wordt verstaan bij particuliere beleggers.”

Doel en strekking van deze regeling is dan ook de verlengstukgedachte van de particuliere belegger. De regeling tracht dit te bereiken door middel van een aantal belangrijke faciliteiten zodat het beleggen middels de fbi zo veel mogelijk dezelfde uitwerking heeft als een belegging door een aandeelhouder. Een belangrijke faciliteit van de fbi betreft in dit kader het 0%-tarief⁵⁷ voor de vennootschapsbelasting. In artikel 28 lid 2 Wet VPB 1969 zijn de voorwaarden opgenomen waaraan voldaan dient te worden om in aanmerking te komen voor de regeling van de fbi. Een van de belangrijkste voorwaarden om in aanmerking te komen voor de regeling is, dat het doel en de feitelijke werkzaamheid van de instelling bestaat uit het beleggen van vermogen. Hierop ga ik in de volgende paragraaf van dit hoofdstuk verder in. Op de overige voorwaarden zal ik verder niet in gaan aangezien deze voor mijn thesis niet relevant zijn om te bespreken.

Een beleggingsinstelling die in aanmerking wil komen voor het regime van de fbi dient ingevolge artikel 2 lid 1 Wet VPB 1969 subjectief belastingplichtig te zijn voor de vennootschapsbelasting. Voldoet de beleggingsinstelling vervolgens aan de voorwaarden van de fbi, dan heeft de beleggingsinstelling recht op toepassing van het 0%-tarief voor de vennootschapsbelasting. De toepassing van het regime van de

⁵⁵ Kamerstukken II 1968-1969, 6000, nr. 19, p. 16.

⁵⁶ Kamerstukken II 1967-1968, 6000, nr. 25, p. 13.

⁵⁷ Artikel 9 Besluit beleggingsinstellingen. (hierna: BBI).

fbi geschiedt automatisch en vindt dus niet op verzoek plaats en is telkens voor een geheel kalenderjaar⁵⁸.

Per 1 augustus 2007 is een wetsvoorstel⁵⁹ in werking getreden waarin is bepaald dat een fbi een normaal belaste vastgoedontwikkelingsdochter mag bezitten⁶⁰ ten behoeve van eigen vastgoed. Tevens is een safe haven⁶¹ ingevoerd voor ontwikkelingsvastgoed dat direct gehouden wordt door de fbi (investering kleiner dan 30% WOZ waarde).

Daarnaast bestond bij vastgoedinstellingen voor de verhuur van vastgoed steeds meer de behoefte om bijkomende activiteiten te kunnen aanbieden. Te denken valt hierbij aan facilitaire diensten waarvoor per 1 januari 2014 een wetsvoorstel⁶² in werking is getreden. Hierin is bepaald dat een fbi bijkomende werkzaamheden (facilitaire diensten voor huurders) mag onderbrengen in haar belaste dochtervennootschap, voor zover deze rechtstreeks verband houden met het beleggen in vastgoed door de fbi.

3.3. Beleggen en de parlementaire geschiedenis

Om in aanmerking te komen voor de toepassing van het regime van de fbi dient zoals in de vorige paragraaf reeds is aangegeven het doel (statutair) en de feitelijke werkzaamheden van de beleggingsinstelling te bestaan uit beleggen. Maar wat is nu beleggen? En wanneer is er sprake van beleggen?

In de Wet VPB 1969 heeft de wetgever geen definitie opgenomen van het begrip beleggen. Het niet opnemen van een definitie voor beleggen is een bewuste keuze van de wetgever. Dit blijkt uit het hierna opgenomen zinsnede uit de parlementaire behandeling van art. 29a Wet IB 1964⁶³:

“(…) is het naar mijn mening met het oog op een redelijke en adequate wetstoepassing niet alleen verantwoord maar zelfs noodzakelijk de inhoud van de begrippen "beleggen" en "aanmerkelijk verschillen van beleggen" aan de praktijk over te laten en niet in de Wet vast te leggen. (...) Bovendien opent een begripsomschrijving de mogelijkheid dat constructies worden bedacht waardoor men zich wederom aan de werking van art. 29a kan onttrekken. Ik acht het dan ook juist dat aan de hand van concrete situaties, die zich bovendien op grond van

⁵⁸ Artikel 10 eerste lid BBI.

⁵⁹ Kamerstukken II 2005-2006, 30.689 nr. 3, p. 1-3.

⁶⁰ Artikel 28 lid 3 letter a Wet VPB 1969.

⁶¹ Artikel 28 lid 3 letter b Wet VPB 1969.

⁶² Kamerstukken II 2013-2014, 33753 nr. A, p. 4.

⁶³ Kamerstukken II 1978-1979, 15516 nr. 11, p. 20.

economische en maatschappelijke ontwikkelingen steeds kunnen wijzigen, wordt beoordeeld of er sprake is van beleggen of daarmee overeenkomende werkzaamheden.”

In dezelfde lijn past dan ook de mededeling in de parlementaire behandeling van de wetwijziging in 1990 om limitatieve opsomming van beleggingsobjecten niet op te nemen gegeven de ontwikkelingen die het begrip normaal vermogensbeheer heeft doorgemaakt⁶⁴.

Evenals bij het begrip ondernemen dient het begrip beleggen gezien te worden als een dynamisch begrip welke dient te worden ingevuld met als uitgangspunt de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur. Bij het begrip ondernemen en vastgoed hebben we gezien dat dit sterk door feiten en omstandigheden wordt bepaald. In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever omtrent het niet vastleggen van het begrip beleggen aangegeven⁶⁵:

“Zoals ik daar opmerkte, is het naar mijn mening met het oog op een redelijke en adequate wetstoepassing niet alleen verantwoord maar zelfs noodzakelijk, de inhoud van de begrippen “beleggen” en “aanmerkelijk verschillen van beleggen aan de praktijk over te laten en niet in de wet vast te leggen. (...) Ik acht het dan ook juist dat aan de hand van concrete situaties, die zich bovendien op grond van economische en maatschappelijke ontwikkelingen steeds kunnen wijzigen, wordt beoordeeld of er sprake is van beleggen of daarmee overeenkomende werkzaamheden.”

3.4. Beleggen en de jurisprudentie

Zoals in de vorige paragraaf naar voren is gekomen, diende het begrip beleggen in de praktijk uitgekristalliseerd te worden. Wil er van een fbi sprake zijn dan dient er sprake te zijn van normaal vermogensbeheer. Maar hoe is het begrip beleggen nu in de jurisprudentie bepaald?

De Hoge Raad oordeelde in het arrest van 1 september 1976⁶⁶ over beleggen in de zin van artikel 28 lid 2 VPB 1969 dat ten aanzien van de exploitatie van vastgoed het beslissend is of de arbeid naar haar aard en relatieve omvang (in verhouding tot het belegde vermogen) gericht is op het behalen van meer voordeel dan een normaal rendement. Hij overweegt als volgt:

“(…) dat van beleggen (...) geen sprake kan zijn, indien het rendabel maken van de haar in eigendom toebehorende onroerende goederen geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende goederen verricht of door werknemers laat verrichten en deze arbeid naar haar aard of relatieve omvang - dat wil zeggen: in verhouding tot de grootte van het in onroerende goederen belegde vermogen bepaalde omvang - onmiskenbaar ten doel heeft

⁶⁴ Kamerstukken II 1988-1989, 20 701, nr. 6.

⁶⁵ Kamerstukken II 1979-1980, nr. 15516, nr. 11, p.20.

⁶⁶ HR 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976, p. 860-864.

het behalen van voordelen naast het uit de onroerende goederen genoten rendement dan wel van voordelen uit de onroerende goederen, welke het aan een belegger in zodanige goederen normaliter opkomende rendement te boven gaan.”

Hieruit blijkt dus dat wil er sprake zijn van beleggen er sprake moet zijn van normaal vermogensbeheer. Er mag dus geen sprake zijn van een situatie die voldoet aan het meerarbeid criterium en plusrendement criterium. Is dat namelijk het geval, dan is er sprake van ondernemen.

De Hoge Raad oordeelde in het arrest van 8 november 1989⁶⁷ dat van beleggen sprake is indien het bezit van vermogensbestanddelen is gericht op het verkrijgen van waardestijging en rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht. Volgens de Hoge Raad op 23 juni 1999⁶⁸ is geen sprake van beleggen indien een beleggersinstelling risico's heeft aanvaard welke door een particuliere belegger in een gelijke vermogenspositie in het kader van het normale vermogensbeheer niet zou hebben aanvaard. In het laatste geval is er dan ook sprake van ondernemen in plaats van beleggen.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde op 23 november 2018⁶⁹ met betrekking tot de beleggingseis (gesteld op het niveau van de beleggingsinstelling) dat de reeds besproken jurisprudentie BNB 1990/73⁷⁰ en BNB 1994/319⁷¹ van toepassing zijn. Rekening houdend met deze rechtsregels is het uitgangspunt dat het beleggingsbegrip voor de inkomstenbelasting en het fbi-regime niet verschillend zijn. Volgens de rechtbank dient echter wel voor de concrete toepassing rekening gehouden worden met de context van artikel 28 VPB 1969. Het beleggingsbegrip vervult namelijk telkens de rol die past bij het karakter van de betreffende regeling. Bij de normspecifieke invulling van het begrip gaat het niet alleen om doel en strekking maar ook op de feitelijke context. Bij een fbi zal naar haar aard (verwijzend naar aard en omvang van BNB 1994/319) sprake zijn van werkzaamheden welke als bedrijfsmatig aangemerkt kunnen worden. De normspecifieke invulling van het begrip in de zin van artikel 28 Wet VPB 1969 brengt met zich mee dat de fbi een actiever beleid voert op het gebied van aan- en verkopen en verhuurbeleid etc. dan een normale individuele vastgoedbelegger. Dat hoeft volgens de rechtbank niet direct te betekenen dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Met betrekking tot de verwijzing naar doel en strekking volgt uit de parlementaire geschiedenis⁷² dat het

⁶⁷ HR 8 november 1989, nr. 25257, BNB 1990/73.

⁶⁸ HR 23 juni 1999, nr. 34570, BNB 1999/924.

⁶⁹ Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 23 november 2018, nr. 16/4257, ECLI:NL:RBZWB:2018:6531.

⁷⁰ Van beleggen is sprake indien de activiteitslechts gericht zijn op het verkrijgen van een rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht.

⁷¹ Van normaal vermogensbeheer is geen sprake indien het rendabel maken van het vastgoed gepaard gaat met de door belanghebbende verrichte werkzaamheden die naar aard en omvang zijn gericht op het behalen van, redelijkerwijs te verwachten, voordelen die het bij normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan.

⁷² Kamerstukken II 1989/90, 20 701, nr. 78b, p. 14.

doel van het fbi-regime is de particuliere belegger die via een instelling belegt zal veel mogelijk gelijk te behandelen als de particuliere belegger. Ook is het de bedoeling van de wetgever dat de beleggingsinstelling de schakel vormt tussen de individuele belegger en de beleggingsobjecten. Om te bepalen of aan de beleggingseis wordt voldaan, dienen de activiteiten van de beleggingsinstelling feitelijk te worden getoetst waarbij de bewijslast bij belanghebbende rust. Op de belanghebbende rust hierbij de taak om aan te tonen dat er geen sprake is van de criteria “arbeid-plus” en “rendement-plus”.

Van beleggen is volgens de Hoge Raad bij een fbi derhalve sprake indien het bezit in een vermogensbestanddeel slechts gericht is op het behalen van een vermogensstijging en een rendement die bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht. Wanneer er sprake is van normaal vermogensbeheer is, net als het begrip ondernemen, lastig te bepalen. De invulling van het begrip beleggen dient dus, net als bij het begrip ondernemen, bepaald te worden in de rechtspraak. Feiten en omstandigheden zullen dus bepalend zijn voor de kwalificatie van de activiteiten.

3.5. Projectontwikkeling

Onroerend goed leent zich goed als vermogensbestanddeel om in te beleggen. Exploitatie van vastgoed kan echter ook als bedrijfsmatig (onderneming) te worden aangemerkt. Of er sprake is van ondernemen of beleggen wordt bepaald aan de hand van het feit of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer of niet. In het licht van het fbi-regime is het wel van belang hoe aangekeken wordt tegen de exploitatie van vastgoed en in het bijzonder projectontwikkeling in vastgoed. De vraag is namelijk of er dan sprake is van ondernemen of beleggen.

In het verleden is in de literatuur reeds geconstateerd dat projectontwikkeling niet gezien wordt als een beleggingsactiviteit. Romyn stelt⁷³:

“Projectontwikkeling is een werkzaamheid, die aan het feitelijke beleggen vooraf kan gaan. Het kan activiteiten omvatten als onderhandelingen met grondeigenaren, het verkrijgen van bouwvergunningen, het maken van een exploitatiebegroting, architectonische werkzaamheden, het regelen van de financiering, de aankoop van grond, bouw en eventueel verkoop. Het lijkt mij taalkundig onjuist dit geheel van werkzaamheden beleggen te noemen. Met name de actieve rol die de projectontwikkelaar uitoefent, pleit daar tegen.”

Ook in het besluit van 22 februari 2001⁷⁴ is het standpunt ingenomen door de Belastingdienst dat voor de fbi in de zin van artikel 28 Wet VPB 1969 dat het voor eigen rekening (her)ontwikkelen van vastgoed niet aangemerkt kan worden als een belegging dit in verband met de aanwezige risico's welke op het gebied van projectontwikkeling zich kunnen voordoen.

⁷³ M. Romyn, Het begrip beleggen in artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, WFR 1978/85, § 4.

⁷⁴ Besluit van 22 februari 2001, nr. CPP2000/2385M, BNB 2001/227.

In de praktijk leidde het ingenomen standpunt van projectontwikkeling, zoals hiervoor is opgenomen, tot talloze discussies en onzekerheid omtrent de fbi-status in geval van (her)ontwikkelactiviteiten in vastgoed. De wetgever wilde aan deze onzekerheid een einde maken zoals blijkt uit de memorie van toelichting⁷⁵. Besloten is om een uitbreiding (nieuw derde lid) op te nemen in artikel 28 Wet VPB 1969. Een fbi mag als zodanig nog steeds geen ontwikkelactiviteiten verrichten maar wel onderbrengen in een normaal vennootschapsbelastingplichtige dochtervennootschap.

Op grond van de tweede uitbreiding in het derde lid van artikel 28 Wet VPB 1969 mag de fbi investeren, verbetering of onderhoud plegen aan het vastgoed zonder dat de fbi aangemerkt wordt als projectontwikkelaar en haar status van het fbi-regime verliest. De investeringen, verbeteringen of onderhoud mogen dan niet meer bedragen dan 30% van de WOZ-waarde van het vastgoed direct voorafgaand aan de werkzaamheid. Hiermee is derhalve voor de fbi een safe-haven ingevoerd en blijft sprake van beleggen.

3.6. Beleggen in de literatuur

In de literatuur kennen we twee stromingen op het gebied van de invulling van het beleggingsbegrip. De ene stroming is voor een ruime invulling van het beleggingsbegrip en de andere stroming is voor de beperkte invulling. Bij de ruime benadering van het beleggingsbegrip geldt dat alle activiteiten die in de Wet IB 2001 belast worden als inkomsten uit vermogen (inkomsten uit sparen en beleggen), vergelijkbaar zijn met de status van de fbi. Deze ruime opvatting komt namelijk voort uit de doel en strekking van het fbi-regime. Het fbi-regime wil namelijk bereiken dat beleggen middels de fbi fiscaal zo veel mogelijk dezelfde gevolgen heeft als rechtstreeks beleggen door de particuliere aandeelhouder. De fbi wordt dan ook als verlengstuk van de particuliere belegger gezien. In de parlementaire geschiedenis van het fbi-regime zijn aanknopingspunten te zien voor deze ruime benadering.⁷⁶

Berkhout en Hoogeveen schrijven hieromtrent het navolgende⁷⁷:

“Verder wordt duidelijk dat er in beginsel sprake is van normaal vermogensbeheer als een BV zich alleen bezighoudt met de verhuur van vastgoed en daarvoor zelf het onderhoud verricht om de beleggingen in stand te houden⁷⁸. Hier maakt de staatsecretaris ook nog de vergelijking met de fiscale beleggingsinstelling ex art. 28 Wet VPB 1969⁷⁹: “(...) als het hebben van een

⁷⁵ Kamerstukken II 2005-2006, 30689, nr. 3, p. 2.

⁷⁶ Zie citaat (en noot 56) paragraaf 3.2.

⁷⁷ M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, t.a.p., § 2.

⁷⁸ Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9 (NV), p. 96.

⁷⁹ Zie ook Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 13 (NNV), p. 25: fiscale beleggingsinstellingen die zich bezighouden met de verhuur van vastgoed en zelf het onderhoud verrichten, drijven geen onderneming.

eigen onderhoudsdienst gekoppeld aan een omvangrijke onroerendgoedportefeuille wel zou leiden tot het drijven van een onderneming, zoals het NOB in haar commentaar op het wetsvoorstel betrekstelt, dan zou dat betekenen dat dergelijke vennootschappen nooit een beleggingsinstelling zouden kunnen vormen in de zin van artikel 28 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en dat is toch niet aan de orde.”

De andere stroming is voor een beperkte invulling van het beleggingsbegrip. Onder andere Van Vijfeijken⁸⁰ stelt dat het begrip beleggen in de sfeer van de vennootschapsbelasting zo veel mogelijk zelfstandig moet worden bepaald en qua inhoud beperkter is dan de bron inkomsten uit vermogen van de Wet IB 2001.

Voor de beperkte invulling bestaat een tweetal argumenten. Ten eerste constateert Van Vijfeijken bij het kwalificeren van een activiteit voor de vennootschapsbelasting dat er maar een keuze gemaakt kan worden voor twee smaken, te weten ondernemen of beleggen. In de inkomstenbelasting onderscheiden we meer dan twee smaken waartoe een activiteit gerekend kan worden; te weten de bronnen winst uit onderneming, loon uit tegenwoordige- en vroegere dienstbetrekking, resultaat uit overige werkzaamheden (allen inkomen uit werk en woning, box 1), inkomen uit sparen en beleggen (box 3) en winst uit aanmerkelijk belang (box 2).

Het tweede argument betreft het feit dat het begrip beleggen in de vennootschapsbelasting niet alleen voor artikel 28 Wet VPB 1969 een rol heeft. Zoals reeds eerder is opgemerkt, is bij het opnemen van het fbi-regime bewust aansluiting gezocht bij het begrip beleggen voor de inkomstenbelasting door de particuliere belegger⁸¹. Voor de overige bepalingen in de vennootschapsbelasting behoeft geen directe reden aanwezig te zijn om aansluiting te zoeken bij het beleggingsbegrip van de inkomstenbelasting.

Berkhout en Hoogeveen schrijven omtrent dit ruime c.q. beperkte beleggingsbegrip het volgende⁸²

In de parlementaire geschiedenis is een vergelijking gemaakt met de fbi waardoor gesteld kan worden dat het beleggingsbegrip voor de inkomstenbelasting en de fbi gelijk zijn. Daar is wel wat voor te zeggen. Namelijk door het collectief beleggen (doelstelling fbi) als verlengstuk te zien van de particuliere belegger. De indirecte belegger kan alleen als directe belegger worden gezien als het lichaam waarin hij zijn belegging heeft geen belastingdruk heeft. Dit wordt bereikt door het 0%-tarief in het fbi-regime. De normaal vermogensbeheertoets van arrest HR 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976, p. 860 is hiermee in overeenstemming.

⁸⁰ Noot bij HR 16 december 1998, nr. 33.861, BNB 1999/104.

⁸¹ Naar de mening van de wetgever is het wel een belangrijk uitgangspunt dat sprake is van één begrip beleggen voor artikel 28 Wet VPB 1969 respectievelijk voor art. 29a Wet IB 1964 (Kamerstukken II 1988-1989, 20701, nr. 6).

⁸² T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, t.a.p., § 3.2.2.

Daarentegen wijken de functies van de regeling in de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting van elkaar af. De heffing in box 3 is een vangnetbepaling in de inkomstenbelasting terwijl het fbi-regime een beperkte faciliteit betreft. Het verschil in functie kan leiden tot een andere uitwerking van eenzelfde norm. Volgens Te Niet zou dit ook een verklaring kunnen zijn dat de rechter de grenzen van de norm anders inkleurt. Dit blijkt volgens Teniet ook uit twee vergelijkbare gevallen in de arresten HR 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976, p. 860 (beleggingsinstelling met onderhoudsdienst is feitelijk beleggen) en HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319 (natuurlijk persoon die zelf het onderhoud verricht, drijft een materiële onderneming). Gezien het feitelijk karakter van beide uitspraken kunnen op basis van deze rechtspraak geen algemeen geldende uitspraak gedaan worden over de invulling en afbakening van het normale vermogensbeheer in de inkomsten- en de vennootschapsbelasting. De rechtspraak voor het fbi-regime zal de feiten uit moeten leggen rekening houdend met doel en strekking van de bepaling van artikel 28 Wet VPB 1969. Net als in de inkomstenbelasting zal deze feitelijk van aard zijn. Als de norm van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit gelijk is aan die van de fbi is het wel opvallend dat de rechter in de jurisprudentie in de vergelijking geen woord vuil maakt aan de fbi. Terwijl deze vergelijking wel een onderdeel uit maakt van de wetsgeschiedenis.

Voor zowel het beleggen in de inkomstenbelasting als voor de fbi geldt als norm het normale vermogensbeheer. Op basis van de verlengstukgedachte van de particuliere belegger voor de fbi is dit een bewuste keuze van de wetgever. De invulling van de norm blijkt voor beide regelingen, kijkend naar doel en strekking van de bepalingen verschillend. Dit kan zijn oorzaak hebben in het feit dat voor de inkomstenbelasting beleggen (box 3) een vangnetbepaling is. Terwijl bij de fbi sprake is van een specifieke regeling.

De conclusie van de literatuur is dat de invulling van de beleggen voor de inkomstenbelasting en het fbi-regime niet over een kam te scheren zijn. Voor de inkomstenbelasting is beleggen een vangnetbepaling (box 3). Terwijl het fbi-regime voor de vennootschapsbelasting een specifieke regeling met een beperkte reikwijdte is. Voor de beide belastingmiddelen wordt het begrip beleggen bepaald aan de hand van de invulling van het normaal vermogensbeheer. Echter de invulling van deze norm is voor beide gebieden verschillend. De legitimatie voor dit verschil in invulling kan gezocht worden in het feit functies van beleggen voor beide belastingmiddelen verschillend is. Voor de invulling bij het fbi-regime hoeft alleen gekeken te worden naar doel en strekking van deze specifieke regeling. Bij de inkomstenbelasting daarentegen moet voor de invulling niet alleen gekeken worden naar de vangnetbepaling maar ook naar de overige bronnen van inkomen.

3.7. Conclusie

Door het niet opnemen van een definitie voor het begrip beleggen in de vennootschapsbelasting heeft de wetgever ook de invulling van het begrip beleggen overgelaten aan de jurisprudentie. Wil er sprake zijn van beleggen dan dient er bij zowel de inkomstenbelasting als ook de vennootschapsbelasting sprake te zijn van normaal vermogensbeheer.

Wat nu precies onder normaal vermogens beheer wordt verstaan is in de rechtspraak niet duidelijk geworden. De Hoge Raad heeft in 1989 aangegeven dat het bezit van vermogensbestanddelen gericht op het verkrijgen van waardeinstijgingen en rendement als normaal vermogensbeheer worden aangemerkt. In de literatuur geeft Van Dijck voor de inkomstenbelasting aan dat een belegger vermogensbestanddelen ter beschikking stelt om hier rendement mee te creëren en doet dus niet aan waardecreatie. De invulling van het begrip beleggen voor de inkomstenbelasting is anders dan bij het fbi-regime. Dit wordt vermoedelijk veroorzaakt door het feit dat bij invulling van de norm in de inkomstenbelasting rekening dient te worden gehouden met doel en strekking van de overige bronnen van inkomen. Beleggen betreft namelijk een vangnet bepaling. Bij het fbi-regime moet rekening gehouden worden met doel en strekking van de beperkte reikwijdte van deze specifieke regeling.

Zoals in hoofdstuk 2 al is geconstateerd kan projectontwikkeling aangemerkt worden als meer dan normaal vermogensbeheer en dus als ondernemen. In de praktijk leidde projectontwikkeling bij een fbi tot discussies of er nog wel sprake was van beleggen. Door de invoer van deze safe-haven blijft de fbi alleen maar beleggen bij beperkte projectontwikkeling buiten de fbi. De ondernemersactiviteiten worden hierdoor net als bij de bedrijfsopvolgingsregeling aangemerkt als ondernemen.

4. Feitenvergelijking jurisprudentie vastgoedexploitatie en Corio (fbi)

4.1. Inleiding

Zoals reeds in hoofdstuk 2 tot uitdrukking is gekomen, is het voor de bepaling of er bij vastgoedexploitatie sprake is van ondernemen, sterk afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval. Bij de fiscale beleggingsinstelling, ook ingeval van een vastgoedbeleggingsinstelling, dient het doel en de feitelijke werkzaamheden te bestaan uit beleggen.

In dit hoofdstuk zal ik een analyse maken van de feiten en omstandigheden uit arresten op het gebied van vastgoedexploitatie alsmede een vastgoed exploitant die gebruik maakt van het regime voor de fiscale beleggingsinstelling in de vennootschapsbelasting. In deze vergelijking zullen de feiten en omstandigheden worden opgenomen van het arrest van de Hoge Raad van 16 april 2016⁸³ waarbij geconcludeerd werd dat er sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit uit de erf- en schenkbelasting konden worden toegepast. Daarnaast worden ook de feiten en omstandigheden opgenomen uit de uitspraak van Rechtbank Noord-Holland⁸⁴ van 26 juni 2018 waarin de rechtbank oordeelde dat geen sprake van een onderneming. Daar tegenover geef ik de feiten weer van Corio die gebruik maakt van het regime van de fiscale beleggingsinstelling uit de vennootschapsbelasting. Zoals reeds in de inleiding van deze thesis is vermeld, omschrijft Corio zichzelf als een vastgoedonderneming met een focus op retail en is zij gespecialiseerd in ontwikkeling, herontwikkeling en beheer van winkelcentra. De feiten en omstandigheden van Corio zijn gedestilleerd uit de op de internet site⁸⁵ gepubliceerde stukken, te weten het “registration document including the annual financial report 2017” en de “presse release 2017 full-year earnings”.

De feiten en omstandigheden van de bovengenoemde uitspraken alsmede van de vastgoedonderneming Corio zijn schematisch opgenomen in het overzicht hierna in paragraaf 4.2.

4.2. Feitenanalyse

De analyse van de feiten en omstandigheden van de hiervoor genoemde arresten alsmede van Corio zijn opgenomen in het feitenoverzicht op de volgende bladzijde.

⁸³ HR 15 april 2016, BNB 2016/166 ECLI:NL:HR:2016:633, V-N 2016 24.12.

⁸⁴ Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635, nr. 16/3544.

⁸⁵ <https://www.corio-eu.com>, geraadpleegd op 5 april 2018.

Analyse vastgoedportefeuilles	Hoge Raad 15-4-2016	1/	Rechtbank Noord Holland 26-6-2018	4/	Corio/Klepierre (alleen Nederland)	3/
	conclusie: ondernemen		conclusie: beleggen		conclusie: beleggen	
Type onroerend goed	Verhuur van bedrijfspanden waaronder winkels, appartementen en monumenten-panden		Verhuur van winkelvastgoed, kantoorruimte en bedrijfsruimte		Verhuur van winkelcentra en winkelpanden	
H-BV (vennootschappelijk)			A-BV		Jaarrekening 2017	
Aanschafwaarde 2007	€ 132 miljoen		Activiteiten		Bruto huuropbrengst	€ 64,6 miljoen (5,7% stijging tov 2016)
Verbouwkosten 2007	€ 20 miljoen (6 locaties)				Huur en huisvestingskosten	€ 15,3 miljoen
Aantal locaties 2007	100 locaties				Netto huuropbrengst	€ 49,3 miljoen (groei 2,1% tov 2016)
Verhuuropbrengst 2009	€ 15.340.873		Personeel in dienst (totaal)	42 personen	Verhouding financiering tot waarde onroerend goed	36,8% (loan to value)
Fiscale boekwaarde 2009	€ 122.148.393		Verdelinhg op afdelingen		Aantal contracten	106 (hele groep 8% groei contracten)
Personeelskosten 2009	€ 206.015		- financiën	14 personen	Huur per m2	€ 226 (stijging 2,5% tov 2016)
H-BV (geconsolideerd)			- juridische zaken	2 personen	Waardestijging onroerend goed in jaar	37,2 miljoen (4,2% stijging tov 2016)
Fiscale boekwaarde 2009	€ 145.100.000		- secretariaat	2 personen	Marktwaarde	€ 1.330 miljoen (5 winkelcentra in NL)
Langlopende schuld 2019	€ 126.839.846		- makelaardij/commercieel	8 personen	M2 verhuurd vloeroppervlakte	197.490 m2
Langlopende schuld 2019 (aflossingsverplichting)	€ 2.868.765		- marketing	1 persoon	M2 te verhuren vloeroppervlakte	253.408 m2
Marktwaarde 2009	€ 271.000.000		- projectontwikkeling	4 personen	Investering boekjaar	€ 79,4 miljoen
Verhuuropbrengst 2009	€ 15.340.873		- technisch beheer	10 personen	Overige personeels/bedrijfskosten	€ 13,6 miljoen
Personeelskosten 2009	€ 167.335		Aantal onroerende zaken	300	EBITDA	€ 42,7 miljoen
E-BV (geconsolideerd, 50% belang H-BV)			Aantal verhuurbare objecten marktgebied	2800	Totaal resultaat	79 miljoen (2016: 40 miljoen)
Verhuuropbrengst 2009	€ 29.307.147				Netto Cashflow	+7,4% tov 2016
Fiscale boekwaarde 2009	€ 349.970.939		Ontwikkeling vastgoedportefeuille (winkelvastgoed)		Netto huuropbrengsten	+3,1% tov 2016
Langlopende schuld 2009	€ 350.294.420				Rendement	Ligt hoger dan gemiddelde in markt op gebied van retail
Langlopende schuld 2009 (aflossingsverplichting)	€ 20.650.694		Direct rendement		FBI-regime	Ja, sinds 1-1-2015
Marktwaarde 2009	€ 435.000.000				Aantal werknemers	65 personen (NL, 15 nieuw in 2017)
Personeelskosten 2009	€ 1.003.881		Ontwikkeling vastgoedportefeuille (kantoor/bedrijfsruimte)		Marktgebied	500 personeelsleden (totaal)
Personeelskosten 2009 (doorbelast aan H-BV-tak)	€ 958.735		Direct rendement		Activiteiten	Winkelcentra met pakket van winkels, restaurant, entertainment en evenementen
Totale concern						1) Kopen en ontwikkelen van winkelcentra inclusief verhuur en beheer van de eigen portefeuille
Aantal onroerende zaken 2009	350	2/	Financiering vastgoed	Deels met extreme financiering middels eigen middelen		2) Lokaal en professioneel management in eigen beheer
Aantal huurcontracten	900		Financiering projectontwikkeling	Niet vastgesteld voor geheel als per vastgoed		3) Actief investeringsbeleid gericht op waarde creatie
Aantal locaties 2009	143		Rendementdoelstellingen	1 miljard euro		4) afbouwen portefeuille waar geen waarde meer toegevoegd wordt
Personeel in dienst	16 personen					1) Lokaal en professioneel management in eigen beheer
Jaarlijks rendement	20%		Waarde portefeuille			2) Lokale business units in diverse landen zijn verantwoordelijk voor eigen resultaatontwikkeling
					Management	Verhoging van dividendwaarde 7,7% Stijging 7,8% tov 2016
					Dividendwaarde	
					Waarde aandelen	
					Personeelsfuncties	support functions, operations and development
					Personeelsgebieden	Afdelingen:
						1) verhuur
						2) vastgoedmanagement
						3) financiën
						4) Marketing
						5) Winkelcentrum management
						6) Ontwikkeling en investeringen
						7) Onderhoud
						8) energiebeheer
						9) HR en juridische zaken
1/	Hoge Raad 15 april 2016, BNB 2016/166, ECLI:NL:GHARL:2015:3505, V-N 2016-24.12					
2/	Commercieel, juridisch, administratief en technische dienst					
3/	https://www.corio-eu.com , geraadpleegd op 5 april 2018. Gehanteerde documenten: - "registration document including the annual financial report 2017"; - "presse release 2017 full-year earnings".					
4/	Rechtbank 26 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635, nr. 16/3544					
5/	De IPD Nederlandse Vastgoed Index vormt als benchmark een goede maatstaf voor het vergelijken van actief beheerde portefeuilles.					
6/	Door het lokale management kan Corio naar eigen zeggen de meeste waarde toevoegen en maakt het volgens Corio een geïntegreerde vastgoedonderneming met een focus op retail					

4.3. Analyse van de feiten en omstandigheden

Van Corio zijn thans alleen de feiten bekend die uit de openbare stukken zijn te halen. Deze zijn opgenomen in het schema van paragraaf 4.2. Verdere detailinformatie (denk aan verdeling personeelsleden per afdeling en intern vastgestelde rendementseis) is niet te achterhalen uit deze informatie. Aan het verstrekken van extra informatie heeft Corio niet meegewerkt. Naast de vermelde feiten van het arrest van de Hoge Raad BNB 2016/166 in het schema is ook bekend dat bij deze vastgoedexploitant sprake is van kleine verbouwingen, grote verbouwingen, renovaties, ontwikkeling van nieuwe projecten, eigen onderhoudsdienst et cetera. Van de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 26 juni 2018 is een beperkt aantal feiten en omstandigheden bekend waardoor er op slechts een beperkt aantal onderdelen een vergelijking te maken is. Bij het uitspraak van de rechtbank Noord-Holland zijn de feiten en omstandigheden louter door belanghebbende gesteld zonder aanlevering van bewijsstukken waarom sprake zou zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Belanghebbende heeft hierdoor niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van de criteria plusrendement en plusarbeid.

Op basis van de feitenanalyse tussen beide uitspraken en Corio kunnen de navolgende conclusies getrokken worden⁸⁶:

- De marktwaarde van de portefeuille van Corio is groter dan de vastgoedportefeuille uit de casussen van de Hoge Raad en rechtbank Noord-Holland. (resp. 1.330 miljoen ten opzichte van 435 miljoen en 1,33 miljard ten opzichte van 1 miljard). Het verschil is kleiner bij de casus van de rechtbank dan bij die van de Hoge Raad;
- Het aantal personeelsleden werkzaam bij Corio is groter dan bij de vastgoedportefeuille van het arrest van de Hoge Raad en de uitspraak van Rechtbank Noord-Holland (respectievelijk 65 personeelsleden ten opzichte van 16 en 42 personeelsleden). Als gekeken wordt naar de marktwaarde per medewerker dan geeft dit het navolgende beeld:
 - Corio, 20,5 miljoen marktwaarde per medewerker;
 - Hoge Raad 15 april 2016, 16,9 miljoen marktwaarde per medewerker;
 - Rechtbank Noord-Holland, 23,8 miljoen marktwaarde per medewerker.

De marktwaarde per medewerker is bij Corio en de casus van Rechtbank Noord-Holland groter dan bij die van het arrest van de Hoge Raad. De marktwaarde per medewerker is bij de vastgoedexploitant van rechtbank Noord-Holland het grootste;

- De verhuuropbrengst van Corio bedraagt € 64,6 miljoen ten opzichte van € 29,3 miljoen bij de casus bij de Hoge Raad. De verhuuropbrengst ten opzichte van de marktwaarde van de

⁸⁶ Indien de vergelijking met de casus van Rechtbank Noord-Holland niet opgenomen is heeft dat te maken met het ontbreken van feiten en omstandigheden. Hiervan zal niet telkens een opmerking over opgenomen worden.

portefeuille is in het geval van het arrest van de Hoge Raad hoger dan dat van Corio. Het verschil bij Corio en het arrest van de Hoge Raad is echter maar 0,6%. Te weten 4,9% bij Corio en 5,5% bij het arrest van de Hoge Raad. Bij Corio is hierbij geen rekening gehouden met de mutatie in de meerwaarde welke gerealiseerd is bij de vastgoedportefeuille. Indien hier wel rekening mee wordt gehouden komt bij Corio het rendement op 5,9%. De verhuuropbrengst bij Corio is absoluut gezien veel hoger dan in de casus van het arrest (65 miljoen ten opzichte van 15 miljoen);

- De loan to value-waarde⁸⁷ bedraagt bij het arrest van de Hoge Raad 46,9% terwijl dit bij Corio 36,8% bedraagt. De portefeuille van Corio is verhoudingsgewijs meer gefinancierd met eigen vermogen dan met vreemd vermogen. Het rendement wordt in het geval van Corio, door verhoudingsgewijs lagere rentelasten, positiever beïnvloed door deze verhoudingscijfers dan in het arrest van de Hoge Raad;
- Het aantal verhuurde locaties van Corio is kleiner dan van de vastgoedportefeuilles uit de rechtspraak. Bij Corio is er sprake van 106 locaties. Bij de casus van de Hoge Raad 143 locaties. Bij de casus van rechtbank Noord Holland is er sprake van 300 locaties;
- Bij Corio is voor het draaiend houden van de vastgoedportefeuille sprake van afdelingen, verhuur, assetmanagement, financiën, marketing, winkelcentramanagement, ontwikkeling en investering, onderhoud, energiebeheer en HR en legal. Bij het arrest van Hoge Raad is sprake van juridische, commercieel, administratieve en technische afdeling. Bij het arrest van de rechtbank Noord-Holland is sprake van de afdelingen financiën, juridische zaken, secretariaat, makelaardij en commercie, marketing, projectontwikkeling en technisch beheer. Op basis van de grotere verdeling en specialisaties van de afdelingen lijkt er bij Corio als bij de casus van rechtbank Noord-Holland sprake is van een professioneler vastgoedmanagement. Bij Corio probeert men bijvoorbeeld een hoger rendement te realiseren door middel van heel sterk aandacht te besteden aan energiebeheer. Of dat ook gebeurt bij de casussen uit de rechtspraak is niet bekend;
- Bij het arrest van de Hoge Raad werd een rendement behaald van 20%. Bij Corio is het behaalde rendement niet te achterhalen. Uit de gepresenteerde cijfers is wel op te maken alle belangrijke kengetallen, onder andere netto cashflow, netto huuropbrengst, waardeinstijging onroerend goed, et cetera behoorlijk gestegen zijn ten opzichte van het voorgaande jaar. Tevens is uit het jaarverslag is wel op te maken dat er gestreefd wordt naar rendementsmaximalisatie door onder andere de kosten in positieve zin te beïnvloeden. Maar ook door het voeren van een actief beleid gericht op waardecreatie (mede behaald door het kopen, ontwikkelen van winkelcentra inclusief verhuur in eigen beheer). Dit wordt onder andere bewerkstelligd door een lokaal en professioneel management.

Uit het vergelijkbare feitencomplex is op te maken dat Corio qua omvang, behaalde rendementen en waarschijnlijk ook qua te beogen rendementen zeker niet onder doet voor de vastgoedexploitant uit het

⁸⁷ Verhouding tussen vreemd vermogen en waarde van de portefeuille.

arrest van de Hoge Raad. De vergelijking van de feiten en omstandigheden van de casus van Rechtbank Noord-Holland is lastig te maken. Heel veel feiten en omstandigheden zijn namelijk niet bekend. In veel onderdelen is Corio zelfs veel groter dan de vastgoedexploitant uit het arrest van de Hoge Raad. Corio is ook gericht op het behalen van waardecreatie en rendementsmaximalisatie door inschakelen van een lokaal en professioneel management. De vergelijking van factoren van de casussen zijn vrij lastig te realiseren aangezien de bekende feiten en omstandigheden niet één op één op elkaar aansluiten. Op basis van de feiten doet het vreemd aan dat bij Corio geen sprake is van een onderneming (gezien haar verhuuropbrengsten, aantal personeelsleden, marktwaarde et cetera). Terwijl bij het arrest van de Hoge Raad werd geoordeeld, dat het behaalde rendement alsmede de voor de exploitatie te verrichten werkzaamheden die van het normale vermogensbeheer overstegen en sprake was van een materiële onderneming⁸⁸. Op basis van de feiten en omstandigheden van beide casussen zijn er wel veel gelijkenissen te trekken. Corio lijkt hierdoor het normale vermogensbeheer te overstijgen zodat sprake is van een materiële onderneming. Dit zou impliceren dat Corio thans ten onrechte gebruik zou maken van de faciliteiten van de fbi. Een van het belangrijkste criterium van het fbi-regime is immers dat er sprake moet zijn van beleggen. Op grond van het voorgaande zou er dan ook bij Corio sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer en een onderworpenheid aan de normale regels van de vennootschapsbelasting.

4.4. Norm normaal vermogensbeheer inkomstenbelasting en fbi gelijk?

In de literatuur zijn twee stromingen omtrent de invulling van het beleggingsbegrip, de ruime en beperkte invulling. Bij de ruime invulling is het begrip beleggen zowel voor de inkomstenbelasting als voor de vennootschapsbelasting gelijk. In de parlementaire geschiedenis lijkt ook voor de ruime invulling gekozen te zijn aangezien de fbi gezien wordt als het verlengstuk van de particuliere belegger in box 3. Bij de beperkte invulling is de invulling van het begrip beleggen afhankelijk van het toepassingsgebied in de inkomstenbelasting⁸⁹ of vennootschapsbelasting. Voor elke bron van inkomen volgt dan een zelfstandige invulling van de norm.

Tot het moment van de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant⁹⁰ is hier door de rechtspraak geen duidelijkheid verschaft. In deze casus was het de vraag of een naar Duits-recht opgericht immobielien-sondervermögen in aanmerking komt voor de fbi-status. Specifiek heeft de rechter zich uitgelaten over doel en strekking en de beleggingseis van het fbi-regime. De rechtbank oordeelde dat het fbi-regime van toepassing is als aan de voorwaarden van artikel 28 lid 2 Wet VPB 1969 is voldaan.

⁸⁸ HR 15 april 2016, BNB 2016/166 ECLI:NL:HR:2016:633, nr 15/02829, V-N 2016 24.12., ro. 2.2.2, p. 2.

⁸⁹ Bijvoorbeeld winst uit onderneming, inkomsten uit arbeid etc.

⁹⁰ Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 23 november 2018, nr. 16/4257, ECLI:NL:RBZWB:2018:6531.

Uit de wetsgeschiedenis⁹¹ kan namelijk worden afgeleid dat alleen getoetst dient te worden aan de wettelijke eisen. Het criterium dat de belastingheffing niet kan worden verlegd naar de deelnemer maakt, in tegenstelling tot de stelling van de inspecteur, daar geen onderdeel van uit.

Met betrekking tot de beleggingseis (gesteld op het niveau van de beleggingsinstelling) stelt de rechtbank vooraf dat de reeds besproken jurisprudentie BNB 1990/73⁹² en BNB 1994/319⁹³ van toepassing zijn. Rekening houdend met deze rechtsregels is het uitgangspunt dat het beleggingsbegrip voor de inkomstenbelasting en het fbi-regime niet verschillend zijn. Volgens de rechtbank dient echter wel voor de concrete toepassing rekening gehouden worden met de context van artikel 28 VPB 1969. Het beleggingsbegrip vervult namelijk telkens de rol die past bij het karakter van de betreffende regeling. Bij de normspecifieke invulling van het begrip gaat het niet alleen om doel en strekking maar ook op de feitelijke context. Bij een fbi zal naar haar aard (verwijzend naar aard en omvang van BNB 1994/319) sprake zijn van werkzaamheden welke als bedrijfsmatig aangemerkt kunnen worden. De normspecifieke invulling van het begrip in de zin van artikel 28 Wet VPB 1969 brengt met zich mee dat de fbi een actiever beleid voert op het gebied van aan- en verkopen en verhuurbeleid etc. dan een normale individuele vastgoedbelegger. Dat hoeft volgens de rechtbank niet direct te betekenen dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Met betrekking tot de verwijzing naar doel en strekking volgt uit de parlementaire geschiedenis⁹⁴ dat het doel van het fbi-regime is de particuliere belegger die via een instelling belegt zal veel mogelijk gelijk te behandelen als de particuliere belegger. Ook is het de bedoeling van de wetgever dat de beleggingsinstelling de schakel vormt tussen de individuele belegger en de beleggingsobjecten. Om te bepalen of aan de beleggingseis wordt voldaan, dienen de activiteiten van de beleggingsinstelling feitelijk te worden getoetst waarbij de bewijslast bij belanghebbende rust. Op de belanghebbende rust hierbij de taak om aan te tonen dat er geen sprake is van de criteria "arbeid-plus" en "rendement-plus".

Naar aanleiding van deze uitspraak kan geconcludeerd worden dat de rechter de beperkte invulling van het beleggersbegrip bevestigt. In de basis wordt de zelfde norm gehanteerd echter dient voor de invulling van het begrip normaal vermogensbeheer wel aansluiting gezocht te worden met doel en strekking van het toepassingsgebied.

4.5. Conclusie

⁹¹ Kamerstukken I, 2006-2007, nr 30.533, C, p. 4-5.

⁹² Van beleggen is sprake indien de activiteiten slechts gericht zijn op het verkrijgen van een rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht.

⁹³ Van normaal vermogensbeheer is geen sprake indien het rendabel maken van het vastgoed gepaard gaat met de door belanghebbende verrichte werkzaamheden die naar aard en omvang zijn gericht op het behalen van, redelijkerwijs te verwachten, voordelen die het bij normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan.

⁹⁴ Kamerstukken II 1989/90, 20 701, nr. 78b, p. 14.

Op basis van de vergelijking van de feiten en omstandigheden van casussen uit de rechtspraak en de fbi zijn er wel veel gelijkenissen te signaleren. Corio lijkt hierdoor het normale vermogensbeheer te overstijgen zodat sprake kan zijn van een materiële onderneming. Dit zou impliceren dat Corio thans ten onrechte gebruik zou maken van de faciliteiten van de fbi. Maar is deze conclusie wel terecht?

Uit het arrest van Zeeland-West Brabant is namelijk naar voren gekomen dat in beginsel de invulling van normaal vermogensbeheer voor de inkomstenbelasting en artikel 28 VPB 1969 gelijk is. Er moet echter wel voor de invulling van de norm gekeken worden naar doel en strekking van de betreffende regeling. De rechter bevestigt in deze de beperkte invulling van het beleggingsbegrip. De normspecifieke invulling van het begrip op het gebied van het fbi-regime brengt met zich mee dat de fbi een actiever beleid voert op het gebied van aan- en verkopen en verhuurbeleid etc. dan een normale individuele vastgoedbelegger. Ook is het de bedoeling van de wetgever dat de beleggingsinstelling de schakel vormt tussen de individuele belegger en de beleggingsobjecten. Het aanwezig zijn van normaal vermogensbeheer zal op basis van de feitelijke context door belastingplichtige aannemelijk gemaakt dienen te worden. Op grond van het voorgaande is het heel goed mogelijk dat op het oog vergelijkbare gevallen voor de inkomstenbelasting als voor artikel 28 Wet VPB 1969 anders uitgelegd worden.

Hoofdstuk 5 Conclusie en aanbevelingen

In deze thesis ben ik ingegaan op de kwalificatievraagstuk beleggen of ondernemen op het gebied van vastgoedexploitatie. Voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit uit de Succesiewet dient er sprake te zijn van een onderneming. Toepassing van het fbi-regime is mogelijk als sprake is van beleggen.

De wetgever heeft voor het begrip ondernemen geen definitie vastgelegd in de inkomstenbelasting en de invulling van het begrip overgelaten aan de rechtspraak. Wil er sprake zijn van een onderneming op het gebied van vastgoedexploitatie dan dient er volgens de rechtspraak sprake te zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Hiervan is volgens de rechtspraak sprake indien het rendabel maken van de onroerende zaken, welke geschiedt door middel van het verrichten van arbeid, waarbij deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan.

Ook voor het begrip beleggen voor de fbi heeft de wetgever geen definitie/norm opgenomen in de wet. Ook hier is de invulling van het begrip overgelaten aan de rechtspraak. Uit de rechtspraak is duidelijk geworden dat van beleggen sprake is indien het bezit van vermogensbestanddelen is gericht op het verkrijgen van waardestijging en rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht. Volgens de rechtspraak is geen sprake van beleggen indien een beleggersinstelling risico's heeft aanvaard welke door een particuliere belegger in een gelijke vermogenspositie in het kader van het normale vermogensbeheer niet zou hebben aanvaard.

Gezien het feit dat deze normen niet zijn vastgelegd in de wetgeving wordt in de rechtspraak, welke casuïstisch van aard is, uitgemaakt of er sprake is van ondernemen of beleggen. Feiten en omstandigheden van de vastgoedexploitant zijn sterk van invloed op de uitkomst van de rechtspraak.

Ter verkrijging van meer inzicht in de invulling van de begrippen ondernemen en beleggen is in deze thesis allereerst een vergelijking gemaakt tussen meer dan normaal vermogensbeheer voor de bedrijfsopvolgingsregeling in de Succesiewet en normaal vermogensbeheer voor de fbi.

In hoofdstuk 2 ben ik ingegaan op het begrip meer dan normaal vermogensbeheer voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. In de jurisprudentie is geen duidelijke lijn te trekken wanneer nu sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer aangezien de uitkomst afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval. Bij deze rechtspraak is ook geen duidelijke lijn te onderkennen in de afwegingsfactoren welke gehanteerd worden. De tijd is nu, mede gezien de steeds grotere belangen van vastgoedexploitatie, gekomen dat de wetgever, ter voorkoming van de rechtsonzekerheid, een definitie op gaat nemen voor het begrip ondernemen. Tevens is het verstandig om afwegingskaders vast te leggen, bijvoorbeeld middels de in literatuur genoemde omstandighedencatalogus van Te Niet. Dit zou een goed handvat zijn om het ondernemersbegrip voor vastgoedexploitanten te kanaliseren. Bij de normering middels de omstandighedencatalogus dienen dan ook de belangrijke kritieke prestatie-indicatoren afgezet te worden tegen de kengetallen welke gepubliceerd worden op het gebied van vastgoedexploitatie. Bij deze kritische prestatie-indicatoren dient bepaald te worden waar de norm van

normaal vermogen beheer aanwezig wordt geacht en wanneer deze grens overschreden wordt. Bij het overschrijden van de grens zal sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Bij deze grensbepalingen kan gedacht worden aan vastleggen van rendementseisen, vastlegging van bepaalde arbeidsproductiviteit et cetera. Gezien de steeds verdere professionalisering van de vastgoedexploitatie zal deze grens wel steeds iet of wat kunnen muteren (dynamisch begrip). Met het bepalen van de grens/falsifieerbare normering zal de rechtspraak gebaseerd zijn op betere afweging van feiten en omstandigheden en bijdragen aan de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

In hoofdstuk 3 ben ik ingegaan op vastgoedexploitatie in combinatie met het fbi-regime. In de rechtspraak is bepaald dat het bezit van vermogensbestanddelen gericht op het verkrijgen van waardeinstijgingen en rendement als normaal vermogensbeheer wordt aangemerkt. De belegger richt zich in tegenstelling tot de ondernemer niet op waardecreatie. Het fbi-regime wordt gezien als het verlengstuk van de particuliere belegger. Vastgoedexploitanten die aan de criteria voldoen van artikel 28 Wet VPB 1969 mogen de faciliteiten van de fbi toepassen. Projectontwikkeling wordt net als bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gezien als ondernemen en valt buiten de reikwijdte van de regeling van de fbi. Een uitzondering hierop is wel als er sprake is van projectontwikkeling in een bijvoorbeeld normaal belaste dochtervennootschap. Voor zowel de regeling van de fbi als sparen en beleggen (box3) in de inkomstenbelasting geldt voor de invulling van het begrip beleggen dat er sprake moet zijn van normaal vermogensbeheer. In de jurisprudentie zijn er wel verschillen te onderkennen met betrekking tot de invulling van het begrip meer dan normaal vermogensbeheer. In samenhang met hoofdstuk 4 heb ik onderzocht of hiervoor een legitimatie bestaat.

In het voorlaatste hoofdstuk is een vergelijking van feiten en omstandigheden opgenomen van een tweetal uitspraken die gewezen zijn op het gebied van vastgoedexploitatie en de vastgoedexploitant Corio die gebruik maakt van de faciliteiten van het fbi-regime. Op basis van de vergelijking van de feiten en omstandigheden van casussen uit de rechtspraak en de fbi zijn er wel veel gelijkenissen te signaleren. Corio lijkt hierdoor het normale vermogensbeheer te overstijgen zodat sprake kan zijn van een materiële onderneming. Dit zou impliceren dat Corio thans ten onrechte gebruik zou maken van de faciliteiten van de fbi. Maar is deze conclusie wel terecht? Op basis van het recente uitspraak op het gebied van de fbi is naar voren gekomen dat in beginsel de invulling van normaal vermogensbeheer voor de inkomstenbelasting en artikel 28 VPB 1969 gelijk is. Er moet echter wel voor de invulling van de norm gekeken worden naar doel en strekking van de betreffende regeling. De rechter bevestigt in deze de beperkte invulling van het beleggingsbegrip. De normspecifieke invulling van het begrip op het gebied van het fbi-regime brengt met zich mee dat de fbi een actiever beleid voert op het gebied van aan- en verkopen en verhuurbeleid etc. dan een normale individuele vastgoedbelegger. Ook is het de bedoeling van de wetgever dat de beleggingsinstelling de schakel vormt tussen de individuele belegger en de beleggingsobjecten. Het aanwezig zijn van normaal vermogensbeheer zal op basis van de feitelijke context door belastingplichtige aannemelijk gemaakt dienen te worden. Op grond van het voorgaande is het heel goed mogelijk dat op het oog vergelijkbare gevallen voor de inkomstenbelasting als voor artikel 28 Wet VPB 1969 anders uitgelegd worden.

Al met al is er in de basis sprake van een norm welke in de basis een gelijke invulling heeft. Uit de rechtspraak is naar voren gekomen dat er bij de invulling wel rekening houden dient te worden met doel en strekking van de specifieke bronnen en regelingen. Zoals hierboven reeds is vermeld, is het echter wel sterk aan te bevelen afwegingskaders op te nemen in wetgeving. Denk bijvoorbeeld aan de omstandighedencatalogus van Te Niet en de falsifieerbare normen. Hierdoor kan in de rechtspraak een vast stramien van belangenafweging gaan plaatsvinden van de feiten en omstandigheden. Hierdoor zal de rechtspraak nog steeds casuïstisch van aard zijn. Door het vaste stramien van belangenafweging zal het voor de vastgoedexploitanten resulteren in een betere rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

Literatuurlijst

Boeken

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

H. Vermeulen, Het regime voor de fiscale beleggingsinstelling, Kluwer: Deventer 2012.

J.H.J. Borsboom, Fiscale beleggingsinstellingen, Kluwer, Deventer 2010.

S.M.H. Dusarduijn, Vermogensrendementsheffing, Kluwer, Deventer 2010.

Literatuur

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

H. Vermeulen, UCITS IV. Over masters en feeders in een Nederlandse fiscale context, NTFR 2011/1529.

A. Rozendal, Projectontwikkeling binnen het FBI-regime, Forfaitair 2012/225-04.

M.J. Hoogeveen, Verhuur van vastgoed, PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging, 2013(2).

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

A. Rozendal, Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting, NTFR 2015/3.

T.M. Berkhout, M.J. Hoogeveen, Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten, WFR 2015/4.

T.M. Berkhout, A.O. Lubbers, Het arrest als praktijkhandleiding, WFR 2015/1546.

A. Rozendal, Bedrijfsopvolgingsfaciliteit is van toepassing op geschonken aandeel in vastgoedvennootschap, NTFR 2015/1743.

A. Rozendal, Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van discussie, WFR 2016/127.

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

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

G.T.K. Meussen, De fiscale kwalificatie van exploitatie van vastgoed is een feitelijke vraag en geen rechtsvraag, WFR 2016/215.

L.J.A. Pieterse, Een boekbespreking van de "Van der Geld-bundel. Opstellen aangeboden aan prof. Dr. J.A.G. van der Geld", WFR 2017/36.

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

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

L.J.A. Pieterse, Boekbespreking "Ontroerend Goed", WFR 2018/128.

A.T. Pahladsingh, De RB-dag in een notendop: fiscale aandacht voor vastgoed, WFR 2018/142.

A. Rozendal, Bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing op schenking van belang in onroerend goedportefeuille met verhuur- en ontwikkelingsactiviteiten; Gerechtshof Den Haag, nr. BK-17/00030, NTFR 2018/1149.

A. Rozendal, BOR niet van toepassing op verhuuractiviteiten van bedrijf met grote vastgoedportefeuille; Rechtbank Noord-Holland, nr. 16/3544, NTFR 2018/1983.

M. Muller, Intern BOR-beleid Belastingdienst te strikt, Taxlive-nieuws, Kluwer, 31 augustus 2018.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II, 1979-1980, 15516, nr. 11.

Kamerstukken II, 1967-1968, 6000, nr. 17.

Kamerstukken II, 1968-1969, 6000, nr. 19.

Kamerstukken II, 1988-1989, 20701, nr. 6.

Kamerstukken II 1989/90, 20 701, nr. 78b.

Kamerstukken II, 1998-1999, 26727, nr. 3.

Kamerstukken II, 2005-2006, 30689, nr. 3.

Kamerstukken I, 2006-2007, nr. 30.533, C

Kamerstukken II, 2009-2010, 31930, nr. 13.

Kamerstukken I, 2013-2014, 33753, nr. A.

Jurisprudentielijst

HR 29 mei 1974, BNB 1974/177, nr. 17.346, ECLI:NL:HR:1974:AX4479.

HR 8 november 1989, nr. 25.257, BNB 1990/73, ECLI:NL:HR:1989:ZC4143.

HR 17 augustus 1994, nr. 29.755, BNB 1994/319, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731.

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

Hof Arnhem-Leeuwarden, 8 april 2014, nr. 13/00473, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, V-N 2014/19.08.

HR 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166 ECLI:NL:HR:2016:633, V-N 2016 24.12.

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

Hof Den Haag 1 juli 2016, BK-14/00838 en BK-14/00839, ECLI:NL:RBDHA:2014:16718

HR 10 maart 2017, ECLI:NL:2017:396, nr. 16/04190, V-N 2017/14.21.

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

Rechtbank Gelderland, 10 september 2013, nr. AWB 12/6469, ECLI:NL:RBGEL:2013:2775.

Rechtbank Noord Holland, 26 juni 2018, nr. 16/3544, V-N 2018 49.2.3.10, ECLI:NL:RBNHO:2018:5635.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 23 november 2018, nr. 16/4257, ECLI:NL:RBZWB:2018:6531.

Overig

Staatssecretaris van Financiën, besluit projectontwikkeling is geen belegging, CPP2000/2385M, Den Haag 22-2-2001.

Belastingdienst, beslissing op WOB-verzoek met betrekking tot praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, 9 december 2016.

Staatssecretaris van Financiën, Besluit WOB-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling, kenmerk 2018.0000119906, Den Haag, 23 juli 2018.

<https://www.corio.com>. (financial statements 2017).

Staatssecretaris van Financiën, brief heroverweging pakket vestigingsklimaat, kenmerk 2018-0000175261, Den Haag 15 oktober 2018.

SRA-Signalering, Jurisprudentie vastgoedexploitatie wel/geen ondernemingsactiviteit, Nieuwegein, 28 augustus 2017.

SRA-Praktijkhandreiking, Onroerendgoedbeleggingen, ondernemingsvermogen, werkzaamheidsvermogen of beleggingsvermogen, Nieuwegein, 10 augustus 2017.