



Het zit vast goed met de bedrijfsopvolgingsregeling bij vastgoedvennootschappen, of toch niet?

Een onderzoek naar de invulling van het materiële ondernemingsbegrip als vereiste van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 bij vastgoedvennootschappen die de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 wensen toe te passen.

Master Fiscaal Recht

Auteur:	L.B. van der Graaf
Studentnummer:	2017375
Masterscriptie:	Fiscaal Recht
Faculteit:	Fiscaal Instituut Tilburg, FIT
Datum voltooiing:	april 2020
Begeleider:	drs. R.A.H.J. Kousen MRE
Examencommissie:	prof.mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

Abstract

In deze scriptie heb ik onderzocht op welke wijze het materiële ondernemingsbegrip, als onderdeel de huidige bedrijfsopvolgingsregeling, bij vastgoedvennootschappen¹ wordt toegepast en in welke mate deze faciliteit rechtszekerheid teweeg brengt. Vervolgens zijn aanbevelingen aangedragen om bij de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling meer rechtszekerheid te bieden aan vastgoedvennootschappen.

De bedrijfsopvolgingsregeling is in het leven geroepen om de continuïteit van ondernemingen bij bedrijfsoverdracht krachtens erfrecht of schenking zo min mogelijk te belemmeren. De faciliteit ziet op het voorkomen van liquiditeitsproblemen die kunnen ontstaan ten gevolge van de belastingschuld die voldaan dient te worden bij de bedrijfsoverdracht.

Om daadwerkelijk de bedrijfsopvolgingsregeling toe te kunnen passen dient er sprake te zijn van een materiële onderneming. Bij vastgoedvennootschappen rust deze kwalificatie op de bedrijfsactiviteiten die meer dan normaal vermogensbeheer vertegenwoordigen. Het begrip meer dan normaal vermogensbeheer heeft vorm gekregen in de jurisprudentie.

De Belastingdienst neemt het standpunt in dat vastgoedvennootschappen normaal vermogensbeheer vertegenwoordigen. Er is dan geen sprake van ondernemen, maar van beleggen. Hierdoor is er geen toegang tot het toepassen van de bedrijfsopvolgingsregeling. Dit standpunt staat lijnrecht tegenover de geldende jurisprudentie.

Uit mijn onderzoek volgt dat de huidige jurisprudentie onvoldoende rechtszekerheid biedt voor de beoordeling of vastgoedvennootschappen de bedrijfsopvolgingsregeling kunnen toepassen. Het onderscheid tussen beleggen en ondernemen is niet eenduidig te herleiden.

Wanneer een vastgoedvennootschap met haar activiteiten met betrekking tot de onroerende zaken zich kwalificeert als een belegging, is er geen doorgang tot het toepassen van de bedrijfsopvolgingsregeling. Dit kan ertoe leiden dat de vastgoedvennootschap te maken krijgt met liquiditeitsproblemen. Dat de vastgoedvennootschap zich kwalificeert als belegging wil niet daadwerkelijk zeggen dat het beleggingsvermogen verkocht kan worden om de belastingen te voldoen die ontstaan bij bedrijfsoverdrachten en er derhalve geen sprake is van liquiditeitsproblemen.

Middels een rentedragende betalingsregeling zouden de liquiditeitsproblemen voorkomen kunnen worden en zal de discussie omtrent de vraag of er sprake is van een materiële onderneming bij vastgoedvennootschappen verdwijnen. Daarnaast staat de mogelijkheid voor de wetgever open om een beleggingsfictie in te voeren, dan wel een beleidsbesluit uit te vaardigen.

Leontine van der Graaf,

's-Gravenhage, april 2020

¹ Onder vastgoedvennootschappen wordt verstaan het verhuren, ontwikkelen en/of verkopen van onroerende zaken.

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding	5
1.1 Aanleiding	5
1.2 Probleemstelling	6
1.3 Afbakening onderzoek	7
1.4 Opbouw onderzoek	7
Hoofdstuk 2 De bedrijfsopvolgingsregeling	9
2.1 Historie	9
2.2 Ratio	11
2.3 Faciliteit in de Successiewet	12
2.4 Voorwaarden in de Successiewet	13
2.4.1 Materiële onderneming met ondernemingsvermogen	14
2.4.2 Bezitsvereiste	15
2.4.3 Voortzettingsvereiste	16
2.5 Deelconclusie	16
Hoofdstuk 3 De bedrijfsopvolgingsregeling bij BV's met onroerende zaken	18
3.1 Materiële onderneming	18
3.2 Meer dan normaal vermogensbeheer	22
3.2.1 Arbeid-plus	22
3.2.2 Rendement-plus	24
3.3 Kwalificatie ondernemingsactiviteiten	26
3.3.1 Verhuur van onroerende zaken	26
3.3.2 Vastgoedontwikkeling	27
3.3.3 Verkoop van onroerende zaken	27
3.3.4 Samenhang van verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van onroerende zaken	28
3.4 Praktijkhandreiking	29
3.4.1 Verhuur van onroerende zaken	30
3.4.2 Vastgoedontwikkeling	31
3.4.3 Verkoop van onroerende zaken	32
3.4.4 Samenhang van verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van onroerende zaken	32
3.5 Deelconclusie	33
Hoofdstuk 4 Rechtszekerheid bij de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling bij BV's met onroerende zaken	35
4.1 Huidige rechtszekerheid	35

4.2 Literatuur en de rechtszekerheid	37
4.3 Omstandighedencatalogus.....	39
4.4 Deelconclusie.....	43
Hoofdstuk 5 Alternatieven voor de bedrijfsopvolgingsregeling t.b.v BV's met onroerende zaken ..	45
5.1 Reële bedrijfsoverdrachten v.s. BV's met onroerende zaken	45
5.2 Aanpassingen van de bedrijfsopvolgingsregeling	47
5.2.1 Beleggingsfictie.....	48
5.2.2 Versoberen/afschaffen.....	50
5.2.3 Publicatie beleidsbesluit.....	51
5.2.4 Eigen aanbeveling.....	51
5.3 Deelconclusie.....	52
Hoofdstuk 6 Conclusie	54
Literatuurlijst	57
Jurisprudentielijst	60

Lijst met afkortingen

Art.	Artikel
BNB	Beslissing in belastingzaken
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
BV	Besloten vennootschap
CV	Commanditaire vennootschap
FBN	Fiscaal Berichten voor het Notariaat
IW	Invorderingswet
Jo.	Juncto
Nr.	Nummer
NV	Naamloze Vennootschap
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
P.	Pagina
SW	Successiewet
FBI	Fiscale Beleggingsinstelling
FBN	Fiscaal Bureau voor het Notariaat
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
FTV	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
Uitv.reg.	Uitvoeringsregeling
V-N	Vakstudienieuws
VOF	Vennootschap onder firma
IB	Inkomstenbelasting
VPB	Vennootschapsbelasting
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding onderzoek

Een besloten vennootschap (hierna: BV) kan bij de bedrijfsoverdracht van haar onderneming gebruik maken van de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR). De BOR is een faciliteit die gericht is op bedrijfsopvolging zonder fiscale belemmeringen van de continuïteit van de onderneming. De wetgever is van mening dat belastingheffing van rendabele ondernemingen niet mag leiden tot liquiditeitsproblemen en zeker niet mag leiden tot staking van de onderneming.²

Indien een aandelenbelang in de onderneming geschonken of vererfd wordt, zal er schenk- en erfbelasting geheven worden. De BOR faciliteert deze bedrijfsoverdracht fiscaal gunstig. Op grond van deze faciliteit geldt dat de eerste € 1.084.851 van het ondernemingsvermogen volledig is vrijgesteld en 83 procent over het meerdere.³ Voor de belastingplichtige is het van groot belang om de BOR toe te kunnen passen gezien de aanzienlijke vrijstelling in de schenk- en erfbelasting. Tevens kan de belastingclaim die rust op de aandelen van de BV doorgeschoven worden.⁴

Een aanzienlijk fiscaal vraagstuk dat gemoeid is bij de bedrijfsoverdracht van een BV met onroerende zaken waarbij de onroerende zaken verhuurt, ontwikkelt of verkocht worden, is de vraag of de BOR bij deze ondernemingen toegepast kan worden. Ingevolge de wetgeving kan een BV met onroerende zaken in aanmerking komen voor het toepassen van de BOR als er sprake is van een materiële onderneming. Daarnaast dient de materiële onderneming gedreven te worden met ondernemingsvermogen. Bij het toepassen van de faciliteit geldt er een strikte scheiding tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen. Beleggingsvermogen komt niet in aanmerking voor de toepassing van de BOR.⁵ De wetgever ziet het beleggingsvermogen niet als een onderdeel dat de continuïteit van de onderneming in gevaar kan brengen.⁶ Het beleggingsvermogen kan immers verkocht worden om de belastingclaim te voldoen. Enkel een klein deel van het beleggingsvermogen, te weten vijf procent van de waarde van de onderneming, kan ingevolge de wetgeving in aanmerking komen voor de BOR.⁷

De vraag of er sprake is van een materiële onderneming bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen, is een vraag die niet eenduidig te beantwoorden is. Op het moment dat de handelingen betreffende de onroerende zaken als beleggingsactiviteiten worden gekwalificeerd, kan er geen beroep gedaan worden op de BOR. De belastingplichtige heeft de voorkeur om de handelingen betreffende de onroerende zaken aan te merken als ondernemingsactiviteiten, terwijl de belastinginspecteur belang heeft bij het kwalificeren van de onroerende zaken als beleggingsactiviteiten. Het standpunt van de belastinginspecteur zal deels rusten op de Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Voor Vastgoedexploitatie.⁸ Deze Praktijkhandreiking is openbaar gemaakt om de problematiek rondom de toepassing van de BOR weg te nemen bij BV's die onroerende

² Kamerstukken II, 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7-9.

³ Art. 35b en art 35c SW 1956.

⁴ Art. 4.17a jo. art 4.17c Wet IB 2001.

⁵ Art. 35b, eerste lid SW 1956 SW 1956.

⁶ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

⁷ Art. 35c, eerste lid, onderdeel c, sub 2 SW 1956.

⁸ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging voor vastgoedexploitanten, Belastingdienst, 1 juni 2016.

zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. De Praktijkhandreiking bevat een zogenaamde omstandighedencatalogus waarmee de belastinginspecteur aan de hand van de feiten en omstandigheden kan beoordelen of er toegang is tot het toepassen van de BOR. Opvallend is dat deze Praktijkhandreiking andere inzichten verschaft dan de geldende jurisprudentie.

1.2 Probleemstelling

De BV die zich kwalificeert als een materiële onderneming en waarbij de onroerende zaken kwalificeren als ondernemingsvermogen komt in aanmerking voor de toepassing van de BOR. De BV dient middels de vereiste die genoemd worden in de jurisprudentie te voldoen aan het ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting. Tevens dient ingevolge de jurisprudentie een BV met onroerende zaken de volgende handelingen te verrichten om de onroerende zaken aan te kunnen merken als ondernemingsactiviteiten; *“als de onderneming handelingen verricht die meer dan normaal vermogensbeheer te boven gaan”*.⁹ Echter, voor de invulling van de criteria van meer dan normaal vermogensbeheer is nog geen eenduidige lijn in de jurisprudentie aanwezig. Tevens biedt de openbaar gemaakte interne Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging voor Vastgoedexploitatie van de Belastingdienst nagenoeg geen aanknopingspunten.¹⁰ Er wordt enkel inzicht verschaft in de werkwijze van de inspecteur.

In de praktijk blijkt dat er vaak procedures tot stand komen bij BV's die onroerende zaken bezitten die de wens hebben om de BOR toe te passen. Het is in deze situaties de vraag of de verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van de onroerende zaken aangemerkt kunnen worden als een materiële onderneming. Rekening houdend met de riante vrijstelling is voorgenoemde vraag van groot belang voor de BV's die over onroerende zaken beschikken. Thans kan gesteld worden dat er voor BV's met onroerende zaken met betrekking tot het toepassen van de BOR sprake is van rechtsonzekerheid.¹¹ Middels dit onderzoek wordt gestreefd naar het scheppen van duidelijkheid omtrent de vraag in welke mate BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen de BOR kunnen toepassen en om aan te duiden of hiermee voldaan wordt aan het bieden van de gewenste rechtszekerheid aan desbetreffende BV's. Gelet op voorgenoemde luidt de probleemstelling als volgt:

Op welke wijze kan de invulling van het materiële ondernemingsbegrip als vereiste van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 bij vastgoedvennootschappen meer in overeenstemming gebracht worden met de gewenste rechtszekerheid bij de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956?

De probleemstelling, die centraal staat in dit onderzoek, zal beantwoord worden aan de hand van een viertal deelvragen, namelijk:

1. Wat is het doel en de strekking van de bedrijfsopvolgingsregeling?
2. Op welke wijze vindt de kwalificatie van het materiële ondernemingsbegrip bij vastgoedvennootschappen in het kader van de bedrijfsopvolgingsregeling plaats?

⁹ HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731.

¹⁰ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging voor vastgoedexploitanten, Belastingdienst, 1 juni 2016.

¹¹ T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4, p. 4.

3. Biedt de huidige kwalificatie van het materiële ondernemingsbegrip bij vastgoedvennootschappen in het kader van de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling voldoende rechtszekerheid?
4. Welke alternatieven kunnen gegeven worden om de gewenste rechtszekerheid omtrent de invulling van het materiële ondernemingsbegrip bij de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling bij vastgoedvennootschappen te bewerkstelligen?

1.3 Afbakening onderzoek

Dit onderzoek richt zich enkel op de vennootschappen die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen in de rechtsvorm van een BV of NV. Hierna zal gesproken worden over enkel de BV, waar de NV mee gelijk te stellen valt in deze thesis. De BOR kan eveneens toegepast worden bij ondernemingsvormen in de inkomstenbelasting, zoals een eenmanszaak, CV en VOF, maar deze vormen worden buiten beschouwing gehouden in dit onderzoek.

De keuze dat dit onderzoek zich slechts richt op de BV betreft het feit dat de BOR enkel toegepast kan worden indien er sprake is van een materiële onderneming. Bij ondernemingen in de inkomstenbelasting is al beoordeeld voordat de BOR toegepast wordt of er sprake is van een materiële onderneming. De problematiek van de begrippen materiële onderneming en ondernemingsvermogen speelt zich voornamelijk af bij vennootschappen in de vorm van een BV. De beoordeling van het materiële ondernemingsbegrip vindt pas plaats bij vererving of schenking van de aandelen in de onderneming.

Dit onderzoek richt zich niet op de toepassing van terbeschikkingstelling bij de schenker/erflater bij de bedrijfsoverdracht van BV's.

1.4 Opbouw onderzoek

In dit onderzoek staat de BOR met betrekking tot BV's die onroerende zaken bezitten centraal. In het tweede hoofdstuk zullen doel en strekking van de BOR besproken worden. Hierbij zal de historie van de faciliteit aan bod komen. Tevens zal in dit hoofdstuk aandacht geschonken worden aan de werking van de BOR.

Het derde hoofdstuk richt zich op de kwalificatie van het materiële ondernemingsbegrip bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen voor de toepassing van de BOR. In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op de vraag wanneer er sprake is van een materiële onderneming. Tevens heeft de jurisprudentie een nadere invulling gegeven aan de vraag wanneer er sprake is van ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen. Daarom zal besproken worden wanneer er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer aan de hand van een aantal kernarresten en de Praktijkhandreiking die gepubliceerd is door de Belastingdienst.

In hoofdstuk vier zal beoordeeld worden in welke mate de invulling van het materiële ondernemingsbegrip bij de toepassing van de BOR bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen rechtszekerheid biedt. Hierbij wordt ingegaan op de literatuur en de omstandighedencatalogus, die een bijdrage kan leveren aan de rechts(on)zekerheid.

Vervolgens zal in hoofdstuk vijf geanalyseerd worden hoe de ratio van de BOR zich verhoudt tot de toepassing van de faciliteit bij BV's met onroerende zaken en welke alternatieven gegeven kunnen worden om de gewenste rechtszekerheid omtrent de invulling van het materiële ondernemingsbegrip te bewerkstelligen. De literatuur zal bij deze analyse besproken worden. Tevens zullen mijn visie en

aanbevelingen aan bod komen betreffende hoe de rechtszekerheid beter gewaarborgd kan worden voor deze doelgroep.

In het laatste hoofdstuk, hoofdstuk zes, zullen de bevindingen uit de eerdere hoofdstukken samengevat worden om de hoofdvraag van dit onderzoek te beantwoorden.

Hoofdstuk 2 De bedrijfsopvolgingsregeling

In dit hoofdstuk wordt aandacht geschonken aan het doel en de strekking van de BOR. De BOR is een faciliteit die de verkrijging van aandelenbelangen van BV's met ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of schenking in de successiewet voorwaardelijk vrijstelt. In dit hoofdstuk worden de geschiedenis (paragraaf 2.1) en de ratio (paragraaf 2.2) van deze vrijstelling beschreven. Vervolgens zal ingegaan worden op de faciliteit zelf (paragraaf 2.3) en de voorwaarden die aan deze faciliteit zijn verbonden (paragraaf 2.4). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie (paragraaf 2.5).

2.1 Historie

De oorsprong van de BOR komt voort uit wetgeving die van toepassing was voor het jaar 1981. Voor 1981 was er sprake van een algemene betalingsfaciliteit waarbij voor bijzondere gevallen een enkelvoudige rentedragende uitstel van betaling aangevraagd kon worden bij bedrijfsopvolging. Hierbij was er geen sprake van een onderscheid tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen. Echter, de wetgever vond het wel wenselijk om bij de verkrijging van ondernemingsvermogen de mogelijkheid te bieden om gebruik te kunnen maken van een ruimere betalingsregeling. De aanleiding hiervan vinden we terug in liquiditeitsproblemen die anders tot stand zouden kunnen komen.¹²

Door de jaren heen is uitstel van betaling bij bedrijfsopvolging diverse malen aangepast. Vanaf 1997 werd er bij uitstel van betaling een onderscheid gemaakt tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen in de vorm van kwijtschelding. Destijds werd 25 procent van het ondernemingsvermogen kwijtgescholden voor de belastingheffing. Voor het restant van het ondernemingsvermogen werd renteloos uitstel van belasting verleend voor tien jaar. Tevens werden er eisen gesteld aan deze bedrijfsopvolging. De verkrijger van de onderneming in geval van vererving diende de onderneming ten minste vijf jaar voort te zetten. Indien er sprake was van verkrijging middels schenking diende de verkrijger ten minste tien jaar de onderneming voort te zetten. In onze huidige BOR zien we deze vereisten terug komen.¹³ Het percentage van 25 is bepaald aan de hand van de budgettaire ruimte.¹⁴

Vanaf 1997 is het percentage kwijtschelding door de jaren heen verder opgelopen. In het belastingplan 2002 werd voorgesteld om het percentage van 25 procent te verhogen naar 30 procent naar aanleiding van het rapport van de werkgroep-Moltmaker.¹⁵ Er is in de wetsgeschiedenis geen nadere beschouwing aanwezig van nut en noodzaak van deze verhoging. Desondanks is de verhoging naar 30 procent ingevoerd. In het jaar 2002 is de kwijtscheldingsfaciliteit opgenomen in de successiewet en de betalingsfaciliteit in de invorderingswet.¹⁶ Het uitgangspunt bij de bepaling van de hoogte van het ondernemingsvermogen waarvan 30 procent werd kwijtgescholden, is de waarde in het economisch verkeer. Deze waarde kon op diverse manieren vastgesteld worden.

¹² E.P. Hageman, e.a., *Fiscale geschriften bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, NDFR, bijgewerkt tot 13 mei 2019, par 5.2 (online).

¹³ Kamerstukken II, 1997/98, 24 428, nr. 3, p. 14.

¹⁴ Kamerstukken II, 1997/98, 25 688, nr. 6, p. 10.

¹⁵ Kamerstukken II, 2000/01, 28 015, nr. 3, p. 4.

¹⁶ Tot 1990 was er sprake van een betalingsfaciliteit in de successiewet. In 1996 werd deze betalingsfaciliteit in de successiewet afgeschaft en werd er vanaf 1996 uitstel van betaling verleend in de invorderingswet. Vanaf 1997 bestond uitstel van betaling deels uit een kwijtscheldingsfaciliteit in de invorderingswet.

Een van deze methodes was de waardering die genoemd is in het toen geldende artikel 21 lid 4 SW 1956. Dit artikel omvatte het volgende: *‘De waarde van in de verkrijging begrepen ondernemingsvermogen wordt in aanmerking genomen voor de waarde in het economische verkeer van dat vermogen met inbegrip van de voor overdracht vatbare goodwill.’* Uit de kamerstukken blijkt dat men vond dat wanneer goodwill meegenomen wordt, dit beter aansloot bij de economische realiteit.¹⁷ Tevens luidde artikel 21 lid 4 SW 1956 als volgt: *“(…) maar, (…) ten minste op de liquidatiewaarde”*. Hieruit blijkt dat de waarde van de onderneming niet op een lagere waarde mocht uitkomen dan liquidatiewaarde.¹⁸ Wanneer de liquidatiewaarde hoger is dan de going-concernwaarde dan werd het verschil aangemerkt als voorwaardelijke onbelaste waarde.

In het belastingplan van 2005 is voorgesteld om het percentage kwijschelding bij de bedrijfsopvolging verder te verhogen. In het belastingplan 2005 werd gesproken over verhoging van het percentage van 30 naar 50 procent. Tijdens de parlementaire behandeling van de verruiming van de BOR kwam de vraag aan bod of de verruiming van de vrijstelling al dan niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De staatssecretaris heeft destijds opgemerkt dat de ongelijke behandeling van vermogensbestanddelen zijn rechtvaardiging vindt in het algemene belang dat gemoeid is met de continuïteit van de onderneming. In hoeverre bij deze verruiming het algemene belang gemoeid is, is volgens de staatssecretaris voor zover de liquiditeitsproblemen die ten gevolgen van de heffing van de successie- of schenkbelasting kunnen ontstaan in voldoende mate zijn weggenomen. Desalniettemin was het oordeel van de Raad van State over de verruiming van het kwijscheldingpercentage negatief.¹⁹ Middels een ongemotiveerde amendement is het percentage kwijschelding voor 2005 uiteindelijk vastgesteld op 60 procent. Opvallend is dat dit amendement is aangenomen gezien het negatieve advies van de Raad van State bij 50 procent kwijschelding en de wetgever zich wellicht bewust was van strijdigheid van het gelijkheidsbeginsel.²⁰ In 2007 is het percentage kwijschelding verhoogt naar 75 procent.²¹

Met de ingang van 1 januari 2010 is de faciliteit voor bedrijfsopvolging opnieuw aangepast. De faciliteit die in 2010 is ingevoerd, is de BOR die momenteel toegepast wordt. De huidige BOR bestaat uit een voorwaardelijke vrijstelling en een faciliteit van uitstel van betaling. Op het moment dat de voorwaardelijke vrijstelling volledig is toegepast, zal voor het meerdere enkelvoudige rentedragend uitstel van betaling voor een periode van tien jaar worden verkregen.

Met de invoering in 2010 is de vrijstelling gewijzigd. De vrijstelling is verhoogd van 75 procent naar 83 procent. De structuur van de vrijstelling is eveneens aangepast. De vrijstelling betreft een rechtsvorm neutrale behandeling tussen de winstsfeer en de aanmerkelijk belang-sfeer. Zo wordt het directe en indirecte belang in een BV gelijk behandeld bij overlijden en bij schenking. Bovendien werd in 2010 de toepassing van de bedrijfsopvolging beperkt tot enkel reële bedrijfsopvolgingen. Er is sprake van een reële bedrijfsopvolging indien een onderneming door een ondernemer wordt overgedragen. Deze ondernemer dient de onderneming enige tijd te hebben gedreven en de verkrijger van de

¹⁷ Kamerstukken II, 2001/02, 28 015, nr. A, p. 18.

¹⁸ Art. 21 lid 4 SW 1956 geldend in 2002.

¹⁹ Kamerstukken II, 2004/05, 29 767, nr. 14, p. 38.

²⁰ E.P. Hageman, e.a., *Fiscale geschriften bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, NDFR, bijgewerkt tot 13 mei 2019, par 5.2 (online).

²¹ Kamerstukken II, 2004/05, 29 767, nr. 58, p. 3.

onderneming dient deze onderneming voort te zetten.²² Bij het toepassen van de BOR wordt er aansluiting gezocht bij het materiële ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting. Bij het schenken en erven van beleggingsvermogen zal deze faciliteit geen doorgang meer vinden. Beleggingsvermogen dient in principe vrij beschikbaar te zijn of adequaat te gelde gemaakt kunnen worden om de belastingclaim te voldoen zonder dat de continuïteit van de onderneming gevaar loopt.²³

2.2 Ratio

De ratio van de faciliteit is te herleiden naar de continuïteit van de ondernemingen die bedrijfsopvolging wensen toe te passen. Vanuit sociaaleconomische perspectief wordt getracht om de continuïteit van deze ondernemingen zo min mogelijk te belemmeren. Eveneens wordt beoogd om schenkingen van ondernemingen zo min mogelijk in de weg te staan. Financiële problemen die ontstaan bij schenken of erven mogen niet leiden tot geforceerde beëindiging of verkoop van de onderneming. Bovendien mag de bedrijfsopvolging niet leiden tot verlies van werkgelegenheid en economische diversiteit. Wanneer het maatschappelijk gebruikelijk is om uit te treden, is het onwenselijk om gedwongen de onderneming te staken in plaats van over te dragen aan een of meer opvolgers.²⁴

De Europese Commissie heeft in 1994 onderzocht op welke wijze de bedrijfsoverdrachten fiscaal, juridische en administratief verbeterd kunnen worden. Uit de aanbevelingen van het desbetreffende onderzoek werd de heffing van schenk- en erfbelasting als voornaamste reden genoemd. De schenk- en erfbelasting zou in de weg staan bij de bedrijfsoverdracht van ondernemingen. De Commissie noemde in haar aanbevelingen een drietal maatregelen die genomen kunnen worden om de obstakels omtrent bedrijfsoverdrachten weg te nemen. De Commissie verzoekt om een van de drie maatregelen te implementeren in de wetgeving. De voorgestelde maatregelen zijn als volgt:

1. De belasting op de strikt bedrijfsgebonden activa te verlichten in geval van overdracht langs de weg van schenking of erfopvolging, met inbegrip van successierechten, de schenkingsrechten en het registratierecht, op voorwaarde dat de bedrijfsactiviteiten op een geloofwaardige wijze voor een bepaalde minimumduur wordt voortgezet;
2. De erfgenamen de mogelijkheid te bieden de betaling van de schenkings- respectievelijk successierechten te spreiden of uit te stellen op voorwaarde dat de bedrijfsactiviteiten van de onderneming worden voortgezet, en hen vrijstelling van betaling van rente verlenen;
3. Erop toe te zien dat bij de fiscale evaluatie van de onderneming rekening mag worden gehouden met de ontwikkeling van die waarde tot enkele maanden na overlijden van de ondernemer.²⁵

²² I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht: Schenk- en Erfbelasting 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018, p. 269.

²³ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

²⁴ Kamerstukken II, 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7.

²⁵ Aanbeveling van de Commissie inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, 7 december 1994, 94/1069/EG.

In de Nederlandse wetgeving zijn de eerste twee maatregelen geïmplementeerd. In hoeverre de aanbevelingen van de Commissie ertoe hebben geleid dat deze twee maatregelen zijn geïmplementeerd is onduidelijk.

Over het algemeen is men in de literatuur van mening dat het onwenselijk is om de BV te staken enkel omdat er belasting verschuldigd is bij de bedrijfsoverdracht.²⁶ Bovendien leidt staking van de onderneming ertoe dat de werkgelegenheid en het sociaaleconomisch belang versobert. Ingevolge bovenstaande kunnen we opmaken dat op het moment dat de bedrijfsopvolger een materiële onderneming verkrijgt met bedrijfsvermogen er geen liquiditeiten aanwezig zijn om de schenk- en erfbelasting te voldoen. Echter, deze bewering wordt niet onderbouwd of verfijnd. Nader onderzoek ontbreekt op dit vlak.²⁷ Daarnaast is het de vraag of een onderneming ook daadwerkelijk het risico dient te lopen dat deze gestaakt dient te worden om de verschuldigde schenk- en erfbelasting te voldoen. In de wetgeving is immers geen regeling opgenomen dat aangetoond dient te worden dat er mogelijk liquiditeitsproblemen kunnen ontstaan.

Aan de andere kant kan de situatie zich voordoen dat door overlijden een onderneming wordt verkregen waarbij in onderhandeling een optimale prijs bepaald dient te worden. Door deze vaak onverwachtse gedwongen bedrijfsopvolging kan dit gevolgen hebben voor de continuïteit van de onderneming.²⁸

Opvallend is dat de ratio van de BOR rust op het voorkomen van liquiditeitsproblemen door middel van belastingheffing bij de overdracht van de onderneming. Een liquiditeitsprobleem betreft een probleem op korte termijn. Het is om deze reden frappant dat er een riante vrijstelling wordt verleend en geen uitstel van betaling over het volledige bedrag.²⁹

2.3 Faciliteit in de Successiewet

Bij verkrijgingen van een BV krachtens schenking of erfrecht is schenk- of erfbelasting verschuldigd.³⁰ Onder bepaalde voorwaarden is er bij de verkrijging van ondernemingsvermogen (nagenoeg) geen schenk- of erfbelasting verschuldigd. Er wordt bij deze overdrachten aan de voortzetter een voorwaardelijke vrijstelling toegekend.³¹ Deze vrijstelling wordt de BOR genoemd. Met de ingang van 1 januari 2010 houdt de voorwaardelijke vrijstelling het volgende in:

- Indien de liquidatiewaarde hoger is dan de going-concernwaarde, geldt een vrijstelling voor het gedeelte waarmee de liquidatiewaarde de going-concernwaarde overtreft;
- Vervolgens is de going-concernwaarde vrijgesteld tot € 1.102.209. Deze vrijstelling geldt per objectieve onderneming en niet per verkrijger;
- Het restant van het verkregen ondernemingsvermogen is vrijgesteld tot 83%;
- Voor de erf- en schenkbelasting die wordt verschuldigd over het niet-vrijgestelde gedeelte kan voor een periode van tien jaar rentedragende uitstel worden verkregen. Dit wordt een geconserveerde waarde genoemd

²⁶ Zie o.a. A.M.A. de Beer, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5 en O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *WFR* 2014/1215.

²⁷ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, diss. Tilburg, 2011, p. 121- 122.

²⁸ J.W. Zwemmer, 'Bedrijfsopvolging in de Successiewet 1956', *WPNR* 2000/6391, p. 2-3.

²⁹ J.W. Zwemmer, 'Bedrijfsopvolging in de Successiewet 1956', *WPNR* 2000/6391, p. 2.

³⁰ Art. 1 SW 1956.

³¹ Art. 35b t/m 35f SW 1956.

- Voor de erfbelasting die kan worden toegerekend aan onderbedelingsvorderingen op een medeverkrijger ter zake van door deze medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen kan voor een periode van tien jaar rentedragende uitstel worden verkregen.³²

Op verzoek van de verkrijger wordt de BOR toegepast. Het verzoek tot toepassing van de BOR dient gelijktijdig met de aangifte schenk- of erfbelasting ingediend te worden.³³ Indien voldaan wordt aan de voorwaarden³⁴ van de BOR zal een vrijstelling van 100% verleend worden over de eerste € 1.102.209 en 83% over het meerderde.³⁵ Voor het resterende belaste deel van de verkrijging kan rentedragende uitstel van betaling worden verleend.³⁶ De duur van de rentedragende uitstel zal maximaal tien jaar bedragen.³⁷

De heffing over de waarde van het ondernemingsvermogen vindt plaats over de waarde in het economisch verkeer. Dit is ingegeven zodat de verkrijger wordt belast met dat/datgeen waarmee hij/zij daadwerkelijk wordt verrijkt. Men kan zich afvragen of de werkelijke verrijking goed wordt vastgesteld. Wanneer de verwachte rendementen op bijvoorbeeld onroerende zaken in de BV hoger zijn als gevolg van de werkzaamheden die verricht zullen worden, leidt dit tot een hogere waarde in het economisch verkeer. De belastingheffing over deze toekomstige rendementen kan als problematisch gezien worden. De belastingheffing over de waarde in het economisch verkeer leidt ertoe dat er belasting geheven wordt over een hogere waarde dan bij een gewone belegger. Als de verkrijger de BV voortzet, terwijl de goodwill direct wordt belast, betaalt men in wezen belasting over de te verwachten winsten. Terwijl realisatie van deze winsten nog helemaal niet zeker is. De wetgever beoogt om voortzetting van BV vanuit sociaaleconomisch perspectief te stimuleren, dan wel niet te belemmeren. De manier van waardering lijkt hier lijnrecht tegenover te staan. De toepassing van de BOR lijkt enkel gerechtvaardigd te zijn als de ondernemingsactiviteiten met betrekking tot de onroerende zaken beogen een meerwaarde te creëren.³⁸

2.4 Voorwaarden in de Successiewet

Om in aanmerking te komen voor het toepassen van de BOR dient er voldaan te worden aan tal van cumulatieve voorwaarden. Deze voorwaarden hebben betrekking op de onderneming, de schenker/erflater en de verkrijger. Met deze voorwaarden wordt bewerkstelligd dat enkel reële bedrijfsopvolgingen in aanmerking komen voor de BOR. Deze voorwaarden betreffen:

- materiële onderneming met ondernemingsvermogen;
- bezitseis erflater/schenker;
- voortzettingseis verkrijger.

³² I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht: Schenk- en Erfbelasting 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018, p. 271.

³³ Art. 35b lid 7 SW 1956.

³⁴ Art. 35b t/m 35f SW 1956.

³⁵ Art. 35b lid 1 SW 1956.

³⁶ Art. 25 lid 12 IW 1990.

³⁷ Deze uitstel van betaling komt te vervallen indien de verkrijger in faillissement raakt, de schuldsanering voor natuurlijke personen van toepassing is of niet voldaan wordt aan de voortzettingsvereisten, zie Art. 25 lid 12 IW 1990.

³⁸ W.R. Kooiman, 'Fiscaal faciliteren van vastgoed: een wankel evenwicht', *NTFR* 2014/8, p. 5.

2.4.1 Materiële onderneming met ondernemingsvermogen

De vrijstelling kan enkel toegepast worden indien er sprake is van een verkrijging van een aandelenbelang die bij de erflater of schenker behoorde tot een aanmerkelijk belang.³⁹ Daarbij dient de BV een materiële onderneming met ondernemingsvermogen te vertegenwoordigen. BV's die zich bezig houden met beleggingsactiviteiten kunnen in sommige gevallen eveneens in aanmerking komen voor de faciliteit. Wanneer de verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van onroerende zaken kwalificeert als het drijven van een onderneming dan is er sprake van meer dan normaal vermogensbeheer. Het beleggingsvermogen wordt dan overstegen waardoor het beleggingsvermogen gezien wordt als een materiële onderneming gedreven met ondernemingsvermogen. In het volgende hoofdstuk zal nader geanalyseerd worden wanneer er sprake is van een materiële onderneming bij BV's die beleggingsactiviteiten verrichten.

Om de faciliteit toe te kunnen passen dient in eerste instantie vastgesteld te worden of er sprake is van een materiële onderneming. Hier begrip materiële onderneming zal in het volgende hoofdstuk nader geanalyseerd worden. Vervolgens dient nagegaan te worden in hoeverre de materiële onderneming gedreven wordt met ondernemingsvermogen.

Onder ondernemingsvermogen wordt het volgende verstaan: *“Een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001, of een gedeelte daarvan”*.⁴⁰ Bij de beoordeling of er sprake is van ondernemingsvermogen wordt aansluiting gezocht bij het ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting. Op deze wijze wordt rechtsvormneutraliteit bewerkstelligd.⁴¹ Uit de kamerstukken is naar voren gekomen dat de Staatssecretaris van Financiën geen reden ziet om het begrip ondernemingsvermogen in de schenk- en erfbelasting ruimer uit te leggen. Hiermee wordt rechtsvormneutraliteit beoogd.⁴² Er is immers geen andere uitleg van het begrip ondernemingsvermogen in de schenk- en erfbelasting.

In de inkomstenbelasting kennen we bij het leerstuk vermogensetikettering, om te bepalen óf dan wel in welke mate er sprake is van ondernemingsvermogen. Bij de vermogensetikettering in de inkomstenbelasting wordt een onderscheid gemaakt tussen zuiver ondernemingsvermogen, zuiver privévermogen en keuzevermogen. Zowel zuiver ondernemingsvermogen als zuiver privévermogen zal worden toegerekend naar haar aard en functie van het te etiketteren vermogen. Er is geen keuze in de toerekening voor zuiver ondernemingsvermogen en zuiver privévermogen. Er wordt derhalve gesproken over verplicht ondernemingsvermogen of verplicht privévermogen. Onder zuiver ondernemingsvermogen verstaan we dat het vermogen nagenoeg uitsluitend aan de onderneming kan worden aangewend. Zuiver privévermogen ziet juist op vermogen dat geen relatie heeft met de uitoefening van de ondernemingsactiviteiten. Tevens is er de mogelijkheid dat het vermogen valt onder keuzevermogen. We spreken van keuzevermogen indien de belastingplichtige de keuze heeft om binnen de grenzen van de redelijkheid zelf het vermogen toe te rekenen aan het ondernemingsvermogen of aan het privévermogen.⁴³

³⁹ Een aanmerkelijk belang bedoeld in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001, met uitzondering van art 4.10 Wet IB 2001.

⁴⁰ Art. 35c lid 1 sub a SW 1956.

⁴¹ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 42-43.

⁴² Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 96.

⁴³ D.A. Albregtse e.a., *Cursus belastingrecht: Inkomstenbelasting 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018, p. 162-163.

De vermogensetiketteringregels die gelden in de inkomstenbelasting, dienen eveneens op dezelfde wijze toegepast te worden bij BV's. Gezien het feit dat BV's niet kunnen beschikken over keuzevermogen en zelf geen keuze kunnen maken omtrent het keuzevermogen, wordt het keuzevermogen bij BV's verplicht aangemerkt als ondernemingsvermogen.⁴⁴ De wetgever merkt bij de behandeling van het keuzevermogen bij BV's op dat het beleggingsvermogen niet behoort tot het ondernemingsvermogen omdat dit duurzame overvloedige middelen omvat. Op basis van de regels van de vermogensetikettering behoren deze middelen tot het verplichte privévermogen. De duurzame overvloedige middelen zullen in de waarde van de aandelen tot uitdrukking komen als niet-kwalificerend ondernemingsvermogen bij de toepassing van de BOR.⁴⁵

Naast het ondernemingsvermogen kan ook niet-ondernemingsvermogen in aanmerking komen voor de faciliteit. Dit beleggingsvermogen wordt bij fictie voor een deel aangemerkt als ondernemingsvermogen. Deze fictie vindt doorgang tot maximaal vijf procent van de waarde van de aandelen.⁴⁶

2.4.2 Bezitsvereiste

De erflater of schenker moet zich een bepaalde termijn kwalificeren als eigenaar van de onderneming bij toepassing van de vrijstelling. Voor de gevallen waarin de faciliteit toepassing vindt bij schenking geldt de vereiste dat de onderneming ten minste voor een periode van vijf jaar behoorde tot het aanmerkelijk belang van de schenker. Bij vererving geldt een termijn van ten minste één jaar.⁴⁷

Door het bezitsvereiste wordt een reële bedrijfsopvolging ingekleurd en eveneens is er sprake van een antimisbruikarakter. Voor 1 januari 2010 was het bezitsvereiste nog geen vereiste van de BOR. In de praktijk bleek dat in de gevallen waarin het overlijden voorzienbaar was, het belaste vermogen werd omgezet in onbelast vermogen. De toekomstige erflater kocht de materiële onderneming met ondernemingsvermogen van de toekomstige erfgenamen. De toekomstige erfgenamen kregen de koopsom betaald door de toekomstige erflater. De toekomstige erflater beschikte vervolgens over de onderneming. Op het moment dat de toekomstige erflater daadwerkelijk kwam te overlijden en de onderneming die hij in bezit had zich kwalificeerde voor de faciliteit, dan trad de faciliteit, de BOR, in werking en ontvingen de erfgenamen belastingvrij de onderneming. De erfgenamen hadden op deze wijze destijds de koopsom ontvangen van de erflater en vervolgens (nagenoeg) belastingvrij de onderneming weer terug ontvangen. Om te voorkomen dat misbruik gemaakt wordt van deze faciliteit is het bezitsvereiste ingevoerd.⁴⁸ Aan de andere kant kan het bezitsvereiste gezien worden als een vereiste die reële bedrijfsoverdrachten tegenhoudt. Om dit te voorkomen pleit De Beer voor een tegenbewijsregeling in de wetgeving, zodat reële bedrijfsoverdrachten niet beperkt worden door het harde bezitstermijn zoals deze is opgenomen in de wetgeving.⁴⁹

⁴⁴ A.M.A. de Beer, 'Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten', *WFR* 2015/1319, p. 3.

⁴⁵ Kamerstukken II, 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 43.

⁴⁶ Art. 35c lid 1 onderdeel c, sub 2 SW 1956.

⁴⁷ Art. 35d, lid 1, onderdeel c SW 1956. Uitzonderingen op de termijnen zijn opgenomen in Art 9. Uitv.besl. SW 1956.

⁴⁸ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 102-103.

⁴⁹ A.M.A. de Beer, 'Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten', *WFR* 2015/1319, p. 7.

2.4.3 Voortzettingsvereiste

Bij verkrijging van aandelen dient de verkrijger deze minstens vijf jaar in bezit te houden om de faciliteit toe te kunnen passen.⁵⁰ De aandelen mogen gedurende vijf jaar na overdracht niet worden vervreemd en het lichaam mag niet ophouden met winst te genieten. Bovendien mag de winstgerechtigheid in voornoemde termijn niet wijzigen.⁵¹ Er kunnen geen (preferente) aandelen worden uitgegeven of andere aanspraken op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen. Indien niet voldaan wordt aan het voortzettingsvereiste dan zal de vrijstelling en het eventueel verleende uitstel van betaling ingetrokken worden. Deze intrekking zal naar evenredigheid plaatsvinden indien gedeeltelijk niet is voldaan aan het voortzettingsvereiste.

Bij het voortzettingsvereiste lijkt het dat de wetgever zich niet strikt houdt aan de achterliggende gedachte van de BOR, oftewel het faciliteren van reële bedrijfsoverdrachten. Er wordt weliswaar een voortzettingsvereiste gesteld. Echter, dit vereiste wordt in de literatuur niet gezien als waterdicht. De verkrijger van de aandelen dient deze minstens vijf jaar in bezit te hebben, maar een passief aandeelhouderschap is hierbij al voldoende. Stevens is van mening dat het passieve aandeelhouderschap enkel te verklaren is indien de BOR gezien wordt als een financieringsfaciliteit.⁵² Men kan zich afvragen of met vijf procent van de aandelen wel écht zeggenschap uitgeoefend kan worden.

2.5 Deelconclusie

De BOR is in de Nederlandse wetgeving opgenomen met het doel om de continuïteit van ondernemingen bij bedrijfsoverdracht krachtens erfrecht of schenking zo min mogelijk te belemmeren. Zonder toepassing van de BOR komen deze ondernemingen bij bedrijfsoverdracht in liquiditeitsproblemen.

De faciliteit is enkel gericht op reële bedrijfsoverdrachten. Om deze reden gaat de toepassing van de (gedeeltelijke) voorwaardelijke vrijstelling van de BOR gepaard met cumulatieve voorwaarden, te weten:

- er dient sprake te zijn van een materiële onderneming met ondernemingsvermogen;
- de erflater dient het aanmerkelijk belang ten minste voor een periode van één jaar in bezit te hebben gehad of de schenker dient het aanmerkelijk belang ten minste voor een periode van vijf jaar in bezit te hebben gehad;
- de verkrijger dient de aandelen ten minste vijf jaar in bezit te houden.

Met name de voorwaarde van het drijven van een materiële onderneming met ondernemingsvermogen is van belang bij het toepassen van de BOR bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. Bij de beoordeling of er sprake is van ondernemingsvermogen wordt aansluiting gezocht bij het ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting. Duurzame overtollige middelen zullen in de waarde van de aandelen tot uitdrukking komen als niet-kwalificerend ondernemingsvermogen oftewel als beleggingsvermogen bij de toepassing van de BOR. Wanneer

⁵⁰ Art. 35e lid 1 SW 1956. Uitzonderingen op het termijn zijn opgenomen in art. 10 Uitv.reg. SW 1956.

⁵¹ Art. 35e lid 1, onderdeel c SW 1956.

⁵² S.A. Stevens, 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/35, p. 2.

beleggingsactiviteiten kwalificeren als een materiële onderneming dan is er doorgang tot het toepassen van de faciliteit. Hierdoor kunnen BV's die zich bezig houden met beleggingsactiviteiten eveneens in aanmerking komen voor de toepassing van de BOR. In het volgende hoofdstuk zal de concrete invulling van wanneer er sprake is van een materiële onderneming bij BV's die beleggingsactiviteiten verrichten, behandeld worden. De begrippen "ondernemen" en "beleggen" zullen hierbij nader geanalyseerd worden.

Hoofdstuk 3 De bedrijfsopvolgingsregeling bij BV's met onroerende zaken

In dit hoofdstuk wordt aandacht geschonken aan de kwalificatie van BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen voor de toepassing van de BOR. Om de BOR toe te kunnen passen dient er sprake te zijn van een materiële onderneming. In dit hoofdstuk wordt nader omschreven wat er verstaan wordt onder een materiële onderneming (paragraaf 3.1). Indien de BV een onderneming drijft wordt er gesproken over meer dan normaal vermogensbeheer. Het onderscheid wanneer er wel of niet sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer heeft vorm gekregen door de jurisprudentie en zal beschreven worden in dit hoofdstuk (paragraaf 3.2). Omdat de kwalificatie van meer dan normaal vermogensbeheer in de praktijk lastig blijkt te zijn, heeft de Belastingdienst een Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten gepubliceerd. Deze Praktijkhandreiking zal eveneens besproken worden om een duidelijk beeld te scheppen van de kwalificatie van BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen voor de toepassing van de BOR vanuit het oogpunt van de Belastingdienst (paragraaf 3.3). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie (paragraaf 3.4).

3.1 Materiële onderneming

De wetgever heeft beoogd om enkel reële bedrijfsopvolgingen gebruik te kunnen laten maken van de BOR. Voor de beoordeling of de bedrijfsopvolgingsregeling van toepassing is bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen, wordt aansluiting gezocht bij het materiële ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting.⁵³

Het toetsen aan de voorwaarde van een materiële onderneming wordt vaak de activiteitentoets genoemd. Het begrip materiële onderneming wordt in de wetgeving niet nader omschreven. De wetgever achtte het niet nodig om een specifieke omschrijving van het begrip materiële onderneming op te nemen omdat het begrip al invulling heeft gekregen door de bestaande jurisprudentie.⁵⁴

In het verleden hebben zowel de CDA-fractie als de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs aan de staatssecretaris gevraagd om het ondernemingsbegrip en het ondernemingsvermogen, als onderdeel van het ondernemingsbegrip, uit te leggen, dan wel toe te lichten met voorbeelden.⁵⁵ Hier is opmerkelijk genoeg geen gehoor aan gegeven.⁵⁶

De meest gangbare definitie van een materiële onderneming in de jurisprudentie luidt als volgt: *“Een duurzame organisatie die erop gericht is om met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijke productieproces met het oogmerk om winst te behalen.”*⁵⁷ Dit is mijns inziens een zeer brede definitie. Desondanks is in de jurisprudentie substantiële duidelijkheid geboden omtrent de invulling van het materiële ondernemingsbegrip.

⁵³ Kamerstukken II, 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 25.

⁵⁴ Kamerstukken II, 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 393.

⁵⁵ Kamerstukken II, 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 24-25 en Kamerstukken II, 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 96.

⁵⁶ T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitatie', *WFR* 2015/4, p. 2.

⁵⁷ D.A. Albregtse e.a., *Cursus belastingrecht: Inkomstenbelasting 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018, p. 123.

De definitie van een materiële onderneming bevat meerdere cumulatieve criteria. Het eerst genoemde criterium betreft de vereiste dat de onderneming een duurzame organisatie dient te zijn. Deze duurzaamheid ziet op zowel de organisatie als op de activiteiten die de organisatie verricht. De tweede vereiste waaraan voldaan dient te worden om te kunnen spreken van een materiële onderneming, is dat de organisatie met behulp van arbeid en kapitaal deelneemt aan het maatschappelijke productieproces. Een organisatie enkel bestaande uit kapitaal vormt geen materiële onderneming. Vervolgens dient de onderneming winst te beogen. Dit betreft een objectief criterium. De wil van de belastingplichtige speelt bij deze beoordeling derhalve geen rol.

BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen zullen (deels) elementen van de definitie van een materiële onderneming op zich betrekken. In de praktijk komt het geregeld voor dat een BV beschikt over onroerende zaken die zowel verhuurt, ontwikkelt als verkocht worden. Indien er diverse verschillende activiteiten binnen een BV uitgevoerd worden, zal per ondernemingsactiviteit afzonderlijk beoordeeld worden of er sprake is van een materiële onderneming. Dit kan ertoe leiden dat er bijvoorbeeld voor de ontwikkeling van de onroerende zaken wel sprake is van een materiële onderneming, maar voor het deel dat verhuurt wordt niet. Er is dan sprake van één objectieve onderneming die bestaat uit twee ondernemingen.⁵⁸

Een BV die onroerende zaken verhuurt, ontwikkelt en/of verkoopt kwalificeert als een materiële onderneming indien er sprake is van een duurzame organisatie (samenhangende activiteiten in een georganiseerd verband) gericht is op het creëren van een meerwaarde boven het netto rendement dat wordt verkregen uit het enkel verhuren of beheren van onroerend zaken.⁵⁹

Om een BV die onroerende zaken verhuurt, ontwikkelt en/of verkoopt aan te merken als een materiële onderneming dient er voldaan te worden aan bovengenoemde cumulatieve criteria. Ten eerste dient er enige organisatie aanwezig te zijn. Hierbij dient er een samenhang aanwezig te zijn tussen de activiteiten die verricht worden in de vorm van een georganiseerd verband. Een toevallige samenloop van activiteiten is onvoldoende.

Daarnaast dient er kapitaal ingezet te worden met de verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van de onroerende zaken. Het bezitten van onroerende zaken is hierbij al voldoende. Over het algemeen zal een BV die onroerende zaken verhuurt, ontwikkelt en/of verkoopt de intentie hebben om voor de langere termijn de ondernemingsactiviteiten betreffende de onroerende zaken voort te zetten. Hiermee wordt voldaan aan de duurzaamheid van de organisatie.

Tevens zal een BV's die onroerende zaken verhuurt, ontwikkelt en/of verkoopt snel al (enige) vorm van deelname aan het economische verkeer waaraan risico's gebonden zijn op zich betrekken. Verhuur van onroerende zaken is immers een activiteit waarbij risico's gebonden zijn en men deelneemt aan het economische verkeer.

Met de verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van onroerende zaken wordt over het algemeen winst beoogd.⁶⁰ Onder het winsttoogmerk kunnen we verstaan het beogen van een winst die meer bedraagt

⁵⁸ Zie o.a. HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:98.

⁵⁹ T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 7078, p. 4 en T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', *NTFR* 2010/1225, p. 4.

⁶⁰ T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 7078, p. 3-4.

dan enkel kostendekkend. Echter, bij het winstoogmerk is het de vraag of er wordt beoogd om meer resultaat te behalen dan bij normaal vermogensbeheer om te kunnen spreken van een materiële onderneming. Het begrip meer dan normaal vermogensbeheer zal nader geanalyseerd worden in paragraaf 3.2.

Tevens zal (enige vorm van) arbeid verricht dienen te worden om te kunnen spreken van een materiële onderneming. Hierbij valt te denken aan het innen van de huur, het zoeken van nieuwe huurders, het verrichten van werkzaamheden aan onroerende zaken e.d. Bij BV's die onroerende zaken verhuren, exploiteren en/of verkopen geldt specifiek dat de activiteiten slechts als het drijven van een materiële onderneming kunnen worden aangemerkt indien de arbeid meer omvat dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer (arbeid-plus). Bovendien dient de verrichte arbeid gericht te zijn op het behalen van voordelen die het normale vermogensbeheer te boven gaan (rendement-plus).

Bij de beoordeling van een materiële onderneming zal nagegaan worden of de activiteiten van de onderneming een voordeel vertegenwoordigen dat normaal vermogensbeheer te boven gaat. Op deze manier wordt er onderscheid gemaakt tussen ondernemen en beleggen. Het materiële ondernemingsbegrip dient aldus ter afbakening tussen een reguliere belegger en een daadwerkelijke onderneming. Wanneer er sprake is van arbeid-plus staat nog niet vast of er sprake is van een materiële onderneming. Het duurzame karakter van de onderneming is hierbij doorslaggevend. Er dienen geen kortstondige activiteiten nagestreefd te worden, maar juist continuïteit van de activiteiten. Wanneer er bijvoorbeeld geen sprake is van het beogen van duurzaamheid met de vastgoedexploitatie zal in de inkomstenbelasting sprake zijn van resultaat uit overige werkzaamheden en dus geen onderneming.⁶¹ Doorgaans is het duurzame karakter bij de verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van onroerende zaken bij BV's minder relevant in de discussie omtrent de kwalificatie van een materiële onderneming, omdat vaak de intentie aanwezig is om de onroerende zaken voor een langere tijd actief dan wel passief te verhuren, ontwikkelen en/of verkopen en hierbij haar administratief-organisatorische maatregelen getroffen worden.⁶²

Na het vaststellen of er sprake is van een materiële onderneming dient nagegaan te worden in hoeverre de materiële onderneming gedreven wordt met ondernemingsvermogen en/of beleggingsvermogen. De wetgever heeft er in het verleden bewust voor gekozen om de definitie van een belegging niet uitgekristalliseerd op te nemen in de wetgeving. Het niet opnemen van deze definitie is niet ongebruikelijk en functioneert bij een goed ontwikkelde rechtstaat, zoals bij het materiële ondernemingsbegrip. Tevens kunnen er zich situaties voordoen waarvan het niet duidelijk is of deze beleggingen vallen onder het beleggingsbegrip, indien het beleggingsbegrip gedefinieerd zou zijn in de wetgeving. Dit zou er eveneens toe kunnen leiden dat er constructies opgezet worden om niet te voldoen aan de definitie van een belegging. Het beleggingsbegrip wordt door huidige taalgebruik, praktijk en jurisprudentie vormgegeven.⁶³

⁶¹ Bij de beoordeling van ROW spelen de volgende factoren een rol: de duurzaamheid en de omvang van werkzaamheden, de grootte van de bruto lasten, de winstverwachting, het lopen van een risico, de omvang van de investeringen, de plaats waar de werkzaamheden verricht worden, het aantal opdrachtgevers en het spraakgebruik. (Zie o.a. HR 4 mei 2010, ECLI:NL:PHR:2012:BV0662)

⁶² T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'faciliteerbare normen en omstandigheden voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4, p. 7.

⁶³ Kamerstukken II, 1979/80, 15 516, nr. 11, p. 20-22.

Het gebruik van een open norm voor het onderscheid tussen beleggingsvermogen en ondernemingsvermogen kent voor- en tegenstanders. Voorstanders zullen veelal het standpunt innemen dat een open norm leidt tot flexibiliteit en tegenstanders zullen het standpunt innemen dat de open norm leidt tot rechtsonzekerheid.

Hedendaags ziet het beleggingsvermogen op het in stand houden van het vermogen en het genereren van renteopbrengsten uit dit vermogen. Volgens Van Dijck dient er daarom bij beleggingsvermogen geen sprake te zijn van de intentie om een meerwaarde te creëren in het economische verkeer.⁶⁴ Dit sluit mijns inziens aan bij de gedachtegang van de wetgever. Beleggingsvermogen is volgens de wetgever blijvend overtollig vermogen van de BV.⁶⁵ Beleggingsvermogen wordt bovendien gezien als een saldobegrip. Aangegane schulden voor de belegging worden in mindering gebracht op de waarde van de belegging. Hierbij is wel van belang dat er sprake is van een historisch verband tussen de beleggingen en de schulden.⁶⁶

Bij de behandeling van het begrip beleggingsvermogen heeft de wetgever destijds het volgende opgemerkt: *“In gevallen waarin een vennootschap vermogensbestanddelen bezit welke direct in het productieproces worden aangewend voor het produceren van goederen of diensten, mag het toch duidelijk zijn dat niet kan worden gesproken van beleggingen.”*⁶⁷ Tevens blijkt uit de jurisprudentie dat beleggingsactiviteiten kunnen worden gekwalificeerd als het drijven van een onderneming.⁶⁸ Wanneer deze beleggingsactiviteiten zich kwalificeren als het drijven van een onderneming, is er sprake van meer dan normaal vermogensbeheer en wordt het beleggingsvermogen overstegen. Rozendal gaat hier dieper op in en beschrijft dit als een feitelijke situatie die in een concreet geval is te vergelijken met een theoretische situatie waarin sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Indien de feitelijke situatie de grens van wat normaal is overschrijdt, is er geen sprake van beleggen.⁶⁹

De staatssecretaris heeft geuit dat het enkel verhuren van onroerende zaken niet snel zal kwalificeren als materiële onderneming en in beginsel gezien wordt als normaal vermogensbeheer. De staatssecretaris merkte in de parlementaire behandeling het volgende op: *“(…) als sprake is van omvangrijke vastgoedportefeuille en het lichaam het onderhoud van de onroerende zaken in eigen beheer heeft. Indien sprake is van normaal onderhoud van de onroerende zaken, wordt het onderhoud gepleegd om beleggingen in stand te houden. In dat geval zal veelal sprake zijn van normaal vermogensbeheer (…).”*⁷⁰ Voorgenoemde is in tegenstelling tot het ontwikkelen van onroerende zaken, waarbij wel snel sprake kan zijn van een materiële onderneming, ingevolge de staatssecretaris. De staatssecretaris gaf in de parlementaire behandeling aan dat: *“Ontwikkeling en verkoop van vastgoed kan onder omstandigheden een onderneming vormen.”*⁷¹ Daarnaast geeft de staatssecretaris aan dat het per definitie aanmerken van bepaalde activiteiten als invulling van het materiële ondernemingsbegrip bij de toepassing van de BOR niet mogelijk is.⁷²

⁶⁴ J.E.A.M. van Dijck, ‘Vermogensbeheer’, *WFR* 1976/5258, p. 5.

⁶⁵ Kamerstukken II, 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 43.

⁶⁶ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 97.

⁶⁷ Kamerstukken II, 1979/80, 15 516, nr. 11, p. 20.

⁶⁸ Zie o.a. Gerechtshof ‘s-Gravenhage 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083.

⁶⁹ A. Rozendal, ‘Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting’, *NTFR* 2015/3, p. 3.

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

⁷¹ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 13, p. 24.

⁷² Kamerstukken II, 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 25

3.2 Meer dan normaal vermogensbeheer

Zoals eerder geconstateerd, is bij de beoordeling van een materiële onderneming bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen van belang of de werkzaamheden van de BV gericht zijn op het behalen van voordelen die bij het normale vermogensbeheer te boven gaan.⁷³

Het begrip meer dan normaal vermogensbeheer is niet gedefinieerd in de huidige wet- en regelgeving. Wat onder meer dan normaal vermogensbeheer afgeleid wordt, heeft vorm gekregen in de jurisprudentie. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat er geen onderscheid gemaakt wordt tussen een onderneming in de inkomstenbelasting die onroerende zaken verhuurt, ontwikkelt en/of verkoopt of dat een BV deze activiteiten verricht, voor de beoordeling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.⁷⁴ Dit betekent dat de jurisprudentie die van toepassing is op ondernemingen in de inkomstenbelasting eveneens van toepassing kan zijn op BV's bij de kwalificatie van meer dan normaal vermogensbeheer. In het arrest van Hoge Raad op 17 augustus 1994⁷⁵ is voor het eerst in de jurisprudentie een toetsbare norm genoemd om vast te stellen of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal vermogensbeheer.⁷⁶ Om te kunnen spreken van meer dan normaal vermogensbeheer dient er meer arbeid verricht te worden dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer en dient de arbeid die verricht wordt het oogmerk tot het behalen van meer rendement dan bij normaal vermogensbeheer te bevatten.

Om te kunnen beoordelen of er meer arbeid (arbeid-plus) wordt verricht, wat leidt tot een hoger rendement dan gebruikelijk is (rendement-plus), dient nagegaan te worden wat hieronder verstaan wordt. Aan de hand van feiten en omstandigheden zal beoordeeld worden wanneer er sprake is van arbeid-plus en rendement-plus waardoor de activiteiten betreffende de onroerende zaken in de BV kwalificeren als meer dan normaal vermogensbeheer.

In de volgende paragrafen heb ik getracht een rode lijn in de jurisprudentie en literatuur tot uitdrukking te brengen betreffende arbeid-plus en rendement-plus, met kritische kanttekeningen. Hierbij wordt inzicht verschaft betreffende de inzet van de factor arbeid die een bijdrage levert aan de rendementen die behaald worden. Zoals Van Vuuren stelt, wordt in deze toets geen harde grens, zoals een urencriterium of vooraf genoemde toegevoegde waarde, benoemd.⁷⁷

3.2.1 Arbeid-plus

Het arbeid-plus element van meer dan normaal vermogensbeheer is niet eenduidig. Wel blijkt uit de kamerstukken en de jurisprudentie dat de verhuur van onroerende zaken niet genoeg arbeid teweeg brengt om te kunnen spreken van meer dan normaal vermogensbeheer.⁷⁸ Het verrichten van arbeid rondom onroerende zaken leidt er derhalve niet altijd toe dat het beleggingsvermogen wordt overstegen. De verrichtte arbeid dient naar zijn aard en omvang gericht te zijn op het behalen van een

⁷³ T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', *NTFR* 2010/1225, p. 4.

⁷⁴ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

⁷⁵ HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731.

⁷⁶ In het arrest HR 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976/860 is het begrip meer dan normaal vermogensbeheer voor het eerst aangehaald door de rechter. Echter, de rechter heeft dit begrip niet nader omschreven.

⁷⁷ A.Q.C. van Vuuren, 'Meer dan normaal vermogensbeheer: mag het een beetje meer zijn?', *Forfaitair* 2011/211, p. 2.

⁷⁸ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 42-43 en o.a. HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731.

voordeel dat normaal vermogensbeheer te boven gaat.⁷⁹ Daarbij dienen alle uitgevoerde activiteiten met betrekking tot de onroerende zaken een duurzaam karakter te hebben. Is dat niet het geval, dan is er geen sprake van meer dan normaal vermogensbeheer.⁸⁰ De BOR kan in dit geval niet toegepast worden.

Volgens Van Dijck levert verhuur nimmer een onderneming op, slechts wanneer andere prestaties aan de huurder worden verricht (schoonmaken, bewaking e.d.) kan van ondernemerschap sprake zijn.⁸¹ Indien een BV zich enkel bezighoudt met de verhuur van onroerende zaken en zelf aan deze onroerende zaken het onderhoud verricht om de belegging in stand te houden, wordt er niet gesproken over meer dan normaal vermogensbeheer. Met beheersactiviteiten wordt getracht het rendement op peil te houden. Het beleggen in onroerende zaken is een aangelegenheid die gepaard gaat met beheersactiviteiten. Met deze beheersactiviteiten kunnen goede rendementen behaald worden, aldus Berkhout. Een hoger rendement kan een indicatie zijn dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Zoals Berkhout terecht stelt dienen we hier genuanceerd naar te kijken. Een belegger moet in sommige gevallen bepaalde handelingen verrichten ten opzichte van de beheersactiviteiten. Een voorbeeld van deze verplichte beheersactiviteiten is een winkelcentrum dat gemoderniseerd wordt om vermindering van het rendement te voorkomen.⁸² Aan de andere kant duidt een grote portefeuille met onroerende zaken op een hoger niveau van professionalisering waardoor ook een hoger rendement kan ontstaan.⁸³

Uit het arrest Hoge Raad 1 september 1976, nr. 1976, nr. 17 924 blijkt dat de verrichte arbeid in verhouding tot het geïnvesteerde vermogen beoordeeld moet worden.⁸⁴ De omvang van het vermogen kan derhalve een rol spelen bij de beoordeling van meer dan normaal vermogensbeheer. Ik acht dit ook een logische redenatie aangezien de verrichte arbeid ergens tegen afgewogen dient te worden. Men kan in sommige situaties de vraag stellen of de verrichte arbeid nog in verhouding is, of dat de verrichte arbeid buitensporig is. Op het moment dat een BV over een relatieve omvang van onroerende zaken beschikt, zal de hoeveelheid verrichte arbeid eveneens toenemen.

Opgemerkt dient te worden dat de omvang van een portefeuille met onroerende zaken in sommige jurisprudentie ertoe geleid heeft dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Hierbij kan stilgestaan worden bij het arrest Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2013.⁸⁵ De desbetreffende BV had een portefeuille met onroerende zaken van circa € 15.000.000. Werkzaamheden betreffende deze portefeuille werden verricht voor 25 á 50 uur per week. De werkzaamheden zagen op de aankoop van onroerende zaken, werven van huurders, bepalen van de huurprijzen, correspondentie met de huurders, het uitbesteden van onderhoud aan de onroerende zaken, enz. Het Gerechtshof oordeelde het volgende omtrent de portefeuille: *"(...) het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, gelet ook op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken, dat bij de*

⁷⁹ C. Bruijsten, 'Kwalificatie van beleggingsvastgoed in de inkomstenbelasting', *WFR* 2004/261, p. 4.

⁸⁰ M.J. Hoogeveen, 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed', *FBN* 2014/10-46, p. 2. Op het moment dat er geen sprake is van een onderneming in de inkomstenbelasting wordt het resultaat mogelijk belast als resultaat uit overige werkzaamheden.

⁸¹ J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', *WFR* 1976/141, p. 6.

⁸² T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', *NTFR* 2010/1225, p. 3.

⁸³ Opgemerkt door I.J.F.A. van Vijfeijken, noot bij HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633.

⁸⁴ G. Telkamp, 'Beleggen of ondernemen. Artikel 11 Besluit IB', *WFR* 1976/1118, p. 4.

⁸⁵ Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083.

vennootschappen sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer.(...).”. Het Gerechtshof oordeelde dit aan de hand van de persoonlijke betrokkenheid met de huurders waardoor, ingevolge het Gerechtshof, een hoger rendement werd behaald. We kunnen ons naast de omvang van de portefeuille afvragen hoe persoonlijke betrokkenheid kan leiden tot een rendement-plus. Het is daarnaast de vraag of met persoonlijke betrokkenheid een verband aanwezig is met het creëren van een rendement-plus.

Dat de kwaliteit van de arbeid een rol speelt bij de beoordeling van meer dan normaal vermogensbeheer kwam ook ter sprake in het arrest van Hoge Raad 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976/860. Hoogeveen beschrijft dat met behulp van extra kwaliteit van arbeid (arbeid-plus) mogelijk een hoger rendement (rendement-plus) behaald kan worden.⁸⁶ Dit ligt in lijn met het arrest van Gerechtshof ‘s-Gravenhage 20 december 2013. Freudental is van mening dat de kwaliteit en kwantiteit van arbeid in verhouding tot elkaar staan. Naar mate de kwaliteit van de arbeid hoogwaardiger is, zal de kwantiteit beperkter zijn. Visa versa geldt dit ook volgens Freudental. Indien de kwaliteit van de geleverde arbeid lager is des te hoger de kwantiteit zal zijn indien er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.⁸⁷ Dit betekent dat de hoeveelheid arbeid die verricht wordt op zichzelf nog niet veel zegt over het vermogensbeheer.

Tevens kan zich de situatie voordoen dat de arbeid ten opzichte van de onroerende zaken verricht is door een werknemer. De uitgevoerde werkzaamheden door een werknemer zullen worden toegerekend aan de belastingplichtige indien de werkzaamheden voor rekening en risico van de belastingplichtige zijn verricht. Dit leidt ertoe dat bij de beoordeling van meer dan normaal vermogensbeheer het er niet toe doet wie de activiteiten aan de onroerende zaken daadwerkelijk heeft uitgevoerd, als het maar voor rekening en risico van de belastingplichtige komt.⁸⁸

3.2.2 Rendement-plus

Er dient een causaal verband aanwezig te zijn tussen de arbeid-plus en het rendement-plus. Dit verband is van uiterste noodzaak. Het behalen van een hoger rendement wil namelijk nog niet zeggen dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.

Een rendement hoger dan normaal vermogensbeheer omvat een resultaat dat beoogd wordt, niet speculatief van aard is, voorzien is en op zijn minst beïnvloed kan worden.⁸⁹ Tevens dient er een causaal verband aanwezig te zijn tussen de verrichtte arbeid en het resultaat dat nagestreefd en/of behaald wordt. Hierbij dienen de verrichtte handelingen objectief ertoe leiden dat er een positief resultaat wordt behaald.⁹⁰

Indien vast staat dat door de arbeid-plus een rendement-plus is beoogd, rijst vervolgens de vraag of uitgegaan moet worden van een netto rendement of van een bruto rendement. Uit het arrest van de Hoge Raad van 17 augustus 1994 blijkt dat de Hoge Raad zich richt op het netto rendement. In het arrest oordeelt de Hoge raad: “(...) *het behalen van voordelen uit de onroerende zaken, welke het bij*

⁸⁶ M.J. Hoogeveen, ‘Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed’, *FBN* 2014/10-46, p. 2.

⁸⁷ R.M. Freudental, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, Fiscale monografieën 103, Deventer: Kluwer 2012, p. 19-20.

⁸⁸ Zie o.a. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633.

⁸⁹ D.A. Albregtse e.a., *Cursus belastingrecht: Inkomstenbelasting 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018, p. 675.

⁹⁰ Gerechtshof Leeuwarden 29 januari 2010, ECLI:NL:GHEE:2010:BL1777.

normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan". De begrippen "voordelen" en "rendement" kunnen niet anders gezien worden als het saldo aan opbrengsten en kosten. Dit zou kunnen betekenen dat de Hoge Raad uit gaat van een netto rendement.

In het arrest Hoge Raad 15 april 2016⁹¹ heeft de Hoge Raad de maatstaf van netto rendement bevestigd. Belanghebbende bezat aandelen in een stichting die 100% van de aandelen hield in een BV, die vervolgens bestond uit een vastgoedconcern. In dit concern werden in totaal 350 onroerende zaken gehouden, nagenoeg 900 huurcontracten verstrekt en vertegenwoordigde het een waarde van ruim 700 miljoen euro. Tevens waren er zestien werknemers in dienst. Bovendien kende de BV een eigen commerciële, juridische, administratieve en technische afdeling. Zowel het Gerechtshof als de Hoge Raad hebben het directe rendement en het indirecte rendement meegewogen bij de beoordeling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Hierbij kwam het Gerechtshof tot het oordeel dat het behaalde rendement (met een indirect rendement van twintig procent) door het concern normaal vermogensbeheer te boven gaat. De Hoge Raad heeft de uitspraak van het Gerechtshof bevestigd. Het is opmerkelijk dat ook het indirecte rendement meewoog in deze beoordeling. Het indirecte rendement ziet op de verhouding van de netto huurinkomsten gerelateerd aan het geïnvesteerd vermogen en de waardeveranderingen aan het geïnvesteerde vermogen. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat een waardestijging door marktontwikkeling leidt tot een hoger rendement bij het hanteren van een indirect rendement, maar dat de factor arbeid niet gekoppeld is aan deze waardestijging terwijl er wel een causaal verband aanwezig dient te zijn om te kunnen spreken van rendement-plus. Aan de andere kant maakt zowel een belegger als een onderneming een afweging bij de aankoop van onroerende zaken waarbij rekening wordt gehouden met de te verwachten netto huuropbrengsten, maar ook met een inschatting van waardestijgingen in de toekomst. Rozendal is van mening dat een hoger indirect rendement mede door arbeidsinspanningen tot stand kan komen. Middels arbeidsinspanningen kan bijvoorbeeld een lucratief huurcontract afgesloten worden. Dit verhoogt de huuropbrengsten, maar ook de waarde van het pand.⁹² Heldens stelt dat vanwege het casuïstische karakter het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016 niet wil zeggen dat dit in elke casus van toepassing is.⁹³ Hier kan ik mij enigszins in vinden. Gezien de complexiteit van feiten en omstandigheden kan al snel de situatie zich voor doen dat een aantal feiten en omstandigheden overeenkomen en desondanks leiden tot een andere uitkomst. Wellicht komt dit mede omdat er momenteel nog geen harde eenduidige lijn in de jurisprudentie aanwezig is. Dat deze eenduidige lijn ontbreekt, blijkt onder andere uit Gerechtshof Den Haag 3 april 2018.

In tamelijk recente jurisprudentie, Gerechtshof Den Haag 3 april 2018,⁹⁴ is het behaalde rendement op de verhuur van onroerende zaken vergeleken met het rendement dat wordt behaald met beleggingen op onroerende zaken op basis van het IPD Nederlandse Vastgoedindex. Dit is een nieuwe vergelijking om het rendement bij onroerende zaken te berekenen. Dit is noemenswaardig omdat in het verleden in de jurisprudentie juist geen vergelijking gemaakt werd met deze IPD Nederlandse Vastgoedindex. In

het arrest Hoge Raad 15 april 2016 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de IDP Nederlandse Vastgoedindex niet bruikbaar is om te beoordelen of de exploitatie van onroerende zaken ten doel

⁹¹ HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633.

⁹² A. Rozendal, 'Rendement +', *NTFR* 2019/525, p. 2-3.

⁹³ J.A.L. Heldens, 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kom er maar voor de vastgoedexploitant!?', *WFR* 2018/45, p. 2.

⁹⁴ Gerechtshof Den Haag, 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794.

heeft een hoger rendement behalen dan bij normaal vermogensbeheer, omdat de index enkel algemene gegevens bevat. In een recent arrest, Gerechtshof Amsterdam 14 januari 2020,⁹⁵ heeft het Gerechtshof beslist dat er gekeken dient te worden naar het geïnvesteerde vermogen in vergelijking met het normrendement van de IPD Nederlandse vastgoedindex. Ingevolge Hoogwout kan er bij een vergelijking met desbetreffende index sprake zijn van een vergelijking met appels en peren. Ik kan mij vinden in de gedachtegang van Hoogwout. Voorgenoemde index ziet op een gemiddelde en valt mede daarom slecht te vergelijken met specifieke situaties.⁹⁶ Tevens ben ik van mening dat een hoger rendement beoogd dient te worden en dus niet daadwerkelijk behaald hoeft te worden. Vaak gaat het rendement gepaard met het risico dat gelopen wordt met de onroerende zaken. Een onderscheid maken tussen meer dan normaal vermogensbeheer en normaal vermogensbeheer op basis van de gelopen risico's is lastig uitvoerbaar. Iedere belegger loopt immers risico's. Deze risico's kunnen op verschillende manieren afgedekt worden. Hierbij kan gedacht worden aan spreiding van de portefeuille met onroerende zaken.⁹⁷

3.3 Kwalificatie ondernemingsactiviteiten

Onroerende zaken kunnen in de BV verhuurt, ontwikkelt en/of verkocht worden. Per ondernemingsactiviteit kan de kwalificatie van meer dan normaal vermogensbeheer verschillend zijn. In de praktijk is veelal een mix van ondernemingsactiviteiten bij onroerende zaken. Om deze reden zal voor voorgenoemde activiteiten nader beschreven worden wanneer de activiteiten kwalificeren als meer dan normaal vermogensbeheer.

3.3.1 Verhuur van onroerende zaken

Volgens bovengenoemde jurisprudentie blijkt dat bij de verhuur van onroerende zaken in de hoofdregel sprake is van normaal vermogensbeheer. De verhuur van onroerende zaken kan omslaan naar meer dan normaal vermogensbeheer. Om de verhuur van onroerende zaken zich te laten kwalificeren als meer dan normaal vermogensbeheer dient de verhuur van onroerende zaken te bestaan uit het rendabel maken van het onroerende zaken middels kwalitatieve of kwantitatieve arbeid waarbij de arbeid onmiskenbaar het doel heeft het behalen van een voordeel dat normaal vermogensbeheer te boven gaat. Er dient een causaal verband aanwezig te zijn tussen het verrichten van de arbeid en het beogen van een hoger rendement. Onder het beogen van een hoger rendement wordt verstaan het beogen van een hoger netto rendement met de verhuur van onroerende zaken dan bij normaal vermogensbeheer.

Doordat de rechtspraak de feiten en omstandigheden niet gestructureerd weergeeft en tevens de rechter bij de beoordeling van meer dan normaal vermogensbeheer niet zijn redenering nader toelicht, blijkt het lastig om te zeggen welke factoren in welke mate meewegen bij de kwalificatie van meer dan normaal vermogensbeheer bij de verhuur van onroerende zaken. Daarnaast lijkt de rechtspraak niet consistent te zijn rondom de afweging van het rendement dat behaald wordt met de verhuur van onroerende zaken op basis van het IPD Nederlandse Vastgoedindex.

⁹⁵ Gerechtshof Amsterdam 14 januari 2020, kenmerk: 18/00282 (nog niet officieel gepubliceerd, geraadpleegd via <https://www.fiscaalconsult.nl/554/bof-van-toepassing-op-schenking-van-aandelen.htm>)

⁹⁶ T.C. Hoogwout, 'Fictieve materiële onderneming bij verhuur van onroerende zaken', *FTV* nr. 7-8 2018, p. 4.

⁹⁷ H.A.P.J. Te Niet, *Het beleggingsbegrip in de indirecte belastingen*, diss. Leiden, 2007, p. 27.

3.3.2 Vastgoedontwikkeling

Onder projectontwikkeling wordt verstaan: onderhandelingen met grondeigenaren, het verkrijgen van bouwvergunningen, het maken van een exploitatiebegroting, architectonische werkzaamheden, het regelen van financiering, de aankoop van grond, bouw en eventuele verkoop.⁹⁸

Duurzame projectontwikkeling kwalificeert, ingevolge de kamerstukken, als een onderneming en wordt niet gezien als een beleggingsactiviteit.⁹⁹ Bovendien heeft de staatssecretaris van Financiën het standpunt ingenomen dat projectontwikkeling in de vorm van het ontwikkelen van nieuw onroerende zaken niet aangemerkt wordt als een belegging aangezien er risico's gepaard gaan met de ontwikkeling. Aan projectontwikkeling kleven risico's die normaal vermogensbeheer te boven gaan.¹⁰⁰

In het geval dat een BV enkel onroerende zaken ontwikkelt, kan ervan uitgegaan worden dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.¹⁰¹ De vereiste die gesteld wordt om een BV met onroerende zaken aan te merken als een materiële onderneming is dat er een meerwaarde moet worden gecreëerd. Aan deze vereiste wordt in principe voldaan bij vastgoedontwikkeling. Er is immers een duidelijke relatie zichtbaar tussen de arbeid-plus en het beoogde rendement-plus bij vastgoedontwikkeling.

Zodra de onroerende zaak is ontwikkeld zal het pand gezien worden als ondernemingsvermogen. Hierbij is evenmin van belang wat de relatieve omvang is van het beleggingsvermogen in de onderneming. De aanwezigheid van een grote omvang van het beleggingsvermogen kan er niet toe leiden dat er sprake is van afwezigheid van een materiële onderneming.¹⁰²

3.3.3 Verkoop van onroerende zaken

De aan- en verkoop van onroerende zaken kunnen kwalificeren als een "normale verkoop" of als uitponden. Onder uitponden wordt verstaan het verkopen van een onroerende zaak zodra deze onroerende zaak leeg komt te staan. In een amendement is een voorbeeld gegeven van wat daadwerkelijk onder uitponden verstaan kan worden: *"Het kopen van een complex van onroerende zaken of het splitsen van een onroerende zaak in appartementsrechten, teneinde de afzonderlijke delen voor een hogere prijs door te verkopen"*.¹⁰³

Uitponden is in de wetgeving opgenomen in de inkomstenbelasting.¹⁰⁴ Echter, BV's kunnen eveneens onroerend zaken uitponden. De factor arbeid-plus is van groot belang bij de kwalificatie van meer dan normaal vermogensbeheer bij het uitponden. Er dient door de BV meer arbeid verricht te worden dan het enkel afwachten totdat de onroerende zaak leegkomt. Er dient voor de kwalificatie van meer dan normaal vermogensbeheer bij het uitponden een actief beleid gevoerd te worden. Een actief beleid

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

⁹⁹ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43.

¹⁰⁰ Kamerstukken II, 2005/06, 30 689, nr. 3, p. 1

¹⁰¹ Uitzondering hierop is projectontwikkeling bij een fiscale beleggingsinstellingen (hierna: FBI). De wetgever vindt in beginsel dat projectontwikkeling niet ondergebracht kan worden in de FBI-status. Bij fictie is bepaald dat projectontwikkeling onder voorwaarden wel binnen de FBI kunnen vallen. In mijn optiek wringt deze fictie met BV's die onroerende zaken ontwikkelen, aangezien FBI's over het algemeen eveneens streven naar een zo hoog mogelijk rendement en daarbij worden de verrichte activiteiten doorgaans gekwalificeerd als normaal vermogensbeheer.

¹⁰² HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396.

¹⁰³ Kamerstukken II, 1999/00, 26 727, nr. 75, p. 1.

¹⁰⁴ Art. 3.91 lid 1 onderdeel c Wet IB 2001

kan inhouden het te koop aanbieden van de woning, het aanbieden van een vertrekpremie en het stimuleren van het vertrek van huurders.¹⁰⁵ Bij splitsing van een complex van onroerende zaken dienen de werkzaamheden meer arbeid (arbeid-plus) te vergen om te spreken van meer dan normaal vermogensbeheer. Bovendien kan specifieke kennis een factor zijn die mee weegt indien deze specifieke kennis leidt tot het creëren van een meerwaarde.¹⁰⁶ Daarnaast dient er een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer beoogd te worden (rendement-plus) om het uitponden aan te merken als actief vermogensbeheer. Hierbij dient er rekening mee gehouden te worden dat er een waardeverschil ontstaat wanneer een onroerende zaak in verhuurde gekocht is en onverhuurde staat verkocht wordt.

In het arrest van Hoge Raad 9 oktober 2009¹⁰⁷ kwam naar voren dat het uitponden naar haar aard en omvang gericht dient te zijn op een voordeel dat redelijkerwijs is te verwachten. Het behaalde voordeel dient hoger te zijn dan het rendement dat bij normaal actief vermogensbeheer gebruikelijk is. Daarnaast kan bijzondere kennis in belangrijke mate ertoe bijdragen dat met het uitponden een voordeel wordt behaald. De Hoge Raad merkte verder op dat uitponden niet altijd belast is, maar afhankelijk is van voornoemde feiten.

Naast het uitponden van onroerende zaken kan eveneens gedacht worden aan het kopen van onroerende zaken waarna huurders voor de langere termijn gezocht worden en vervolgens op een gunstig moment deze onroerende zaken verkocht worden. Op deze wijze kan de BV een vermogenswinst behalen met de aan- en verkoop van onroerende zaken. Wanneer deze aan- en verkoop plaatsvindt zonder het verrichten van arbeid-plus en waarbij er geen rendement-plus wordt beoogd met deze arbeid-plus, zal er niet gesproken worden over meer dan normaal vermogensbeheer.

In het besluit van 31 oktober 2005, nr. CPP2005/1272M is bevestigd dat de aan- en verkoop van onroerende zaken kan kwalificeren als normaal vermogensbeheer en er aldus geen sprake is van het uitponden van onroerende zaken. Wanneer ingevolge het besluit een woning leeg komt te staan en deze vervolgens verkocht wordt, waarbij het beleid van de verhuurder niet actief gericht is op de huurders de woningen te doen verlaten, zal deze vorm van verkoop gezien worden als normaal vermogensbeheer. Het rendement van de belegging wordt dan in hoge mate bepaald door de waardesprong van verhuurde staat en onverhuurde staat. De belegger is voor het rendement geheel afhankelijk van de marktwerking en speelt in de geschetste situatie geen actieve rol in het geheel.

In het desbetreffende besluit wordt opgemerkt dat voorgenoemde situatie niet in elke situatie kwalificeert als normaal vermogensbeheer. Telkens dient opnieuw getoetst te worden of van normaal vermogensbeheer te buiten wordt gaan met de verkoop van onroerende zaken.

3.3.4 Samenhang van verhuur, ontwikkeling en verkoop van onroerende zaken

Zoals eerder genoemd is er in de praktijk vaak een diversiteit van activiteiten met betrekking tot de onroerende zaken binnen de BV. Uit het arrest Hoge Raad 10 maart 2017 blijkt dat elke activiteit van de BV apart getoetst dient te worden indien de BV zich zowel bezig houdt met de verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van onroerende zaken.¹⁰⁸ Wanneer bijvoorbeeld de ontwikkelingsactiviteiten ophouden en overgegaan wordt op het verhuren van onroerende zaken, zal beoordeeld worden of de verhuur

¹⁰⁵ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI0481.

¹⁰⁶ Kamerstukken II, 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 133.

¹⁰⁷ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481.

¹⁰⁸ HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396.

zich kwalificeert als meer dan normaal vermogensbeheer. Wanneer de onroerende zaak verhuurd wordt in afwachting van verkoop, kan Alberts zich voorstellen dat de onroerende zaak in de ondernemings sfeer blijft.¹⁰⁹ Hier kan ik mij in vinden, aangezien het beoogde rendement destijds zag op de verkoop van de onroerende zaak en niet op de verhuur. Tevens staat nog steeds de mogelijkheid open om de onroerende zaak te verkopen.

Doordat de werkzaamheden met betrekking tot de onroerende zaken in een BV per soort beoordeeld worden, kan mijns inziens bij de verhuur van onroerende zaken samen met projectontwikkeling, eerder worden geconcludeerd dat voor de ontwikkelingsactiviteiten een materiële onderneming gedreven wordt. Het aan die werkzaamheden toe te kennen vermogen kwalificeert zich als ondernemingsvermogen voor de toepassing van de BOR. Door de activiteiten in de BV te splitsen biedt dit de BV meer mogelijkheden om de BOR deels toe te kunnen passen.

Het onderscheid tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal vermogensbeheer wordt in de literatuur beschreven als grijs gebied.¹¹⁰ Wanneer sprake is van overgang van normaal vermogensbeheer naar meer dan normaal vermogensbeheer en andersom is afhankelijk van het perspectief waaruit de begrippen worden benaderd.¹¹¹ Freudenthal merkt op dat de professionalisering van de markt voor bepaalde typen beleggingen met zich mee zal brengen dat de grens waarbij normaal vermogensbeheer omslaat naar meer dan normaal vermogensbeheer naar boven opschuift.¹¹²

Men kan aan de andere kant ook stellen dat de grens van normaal vermogensbeheer in stand blijft, maar de BV die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen de grens sneller overschrijden. Een doorsnee belegger is immers niet genoodzaakt om professioneler onroerende zaken te beleggen. Een kanttekening hierbij is dat een particuliere belegger ook niet op die wijze actief is op de markt en dus niet genoodzaakt is tot professionalisering.

3.4 Praktijkhandreiking

Naar aanleiding van een WOB-verzoek¹¹³ heeft de Belastingdienst de interne Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten van 9 december 2016 openbaar gemaakt. In deze Praktijkhandreiking zijn uitgangspunten opgenomen waarmee de Belastingdienst aan de hand van de feiten en omstandigheden kan beoordelen of er toegang is tot het toepassen van de BOR. Op deze wijze wordt getracht de problematiek rondom de kwalificatie van meer dan normaal vermogensbeheer weg te nemen. In de Praktijkhandleiding wordt gesproken over de vraag of een BV met onroerende zaken wordt gedreven in de zin van een materiële onderneming bij het schenken en erven van de onderneming.

In de Praktijkhandreiking zijn uitgangspunten opgenomen waarvan betwijfeld kan worden of deze in lijn zijn met de jurisprudentie.¹¹⁴ De Praktijkhandreiking vormt geen zelfstandige grondslag voor het innemen van een standpunt van de belastinginspecteur. Tevens wordt in de Praktijkhandreiking

¹⁰⁹ Opgemerkt door P.G.H. Albert, noot bij HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396.

¹¹⁰ T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', *NTFR* 2010/1225, p. 1.

¹¹¹ H.A.P.J. Te Niet, *Het beleggingsbegrip in de indirecte belastingen*, diss. Leiden, 2007, p. 20.

¹¹² R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, Deventer: Kluwer 2012, p. 20.

¹¹³ Een Wet openbaar bestuur (WOB) verzoek betreft een openbaarmaking van informatie rondom bestuurlijke aangelegenheden van de Belastingdienst.

¹¹⁴ J.A.L. Heldens, 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?', *WFR* 2018/45, p. 1.

uitdrukkelijk gewezen op de essentiële functie van de feiten en omstandigheden per situatie en zijn bepaalde feiten en omstandigheden als irrelevant bestempeld voor het innemen van een standpunt. Bovendien komt in de Praktijkhandreiking naar voren dat in het ene jaar sprake kan zijn van een onderneming of een belegging en dat dit niets hoeft te zeggen over de feitelijke situatie in de toekomst.

Een belangrijk punt dat opgenomen is in de Praktijkhandreiking betreft: *"(...) de situatie dat er een verzoek om geruisloze inbreng plaatsvindt betreffende een vastgoed-IB-"onderneming" of vastgoed-VOF/CV. Dat impliceert namelijk een oordeel dat er op dat moment sprake is van een actieve onderneming. Indien later een beroep wordt gedaan op de BOR en de activiteiten zijn niet gewijzigd, dan kan belastingplichtige zich met succes op het standpunt stellen dat er (nog steeds) sprake is van een vastgoedonderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001."*¹¹⁵

In de Praktijkhandreiking wordt een onderneming omschreven als een organisatie die erop gericht is met behulp van kapitaal en arbeid deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces. Bovendien vallen ingevolge de Praktijkhandreiking beleggers met onroerende zaken al snel onder de elementen van deze definitie. Ingevolge de Praktijkhandreiking spreken we van een vastgoedonderneming wanneer: een duurzame organisatie (samenhangende activiteiten in een georganiseerd verband) gericht is op het creëren van meerwaarde boven het netto rendement dat wordt verkregen uit het enkel verhuren of beheeren van onroerende zaken. De toets van arbeid-plus en rendement-plus zijn eveneens doorslaggevende factoren om te kunnen spreken van een materiële onderneming. Tevens kunnen we uit de Praktijkhandreiking herleiden dat de Belastingdienst uit gaat van het netto behaalde resultaat met het verhuren, ontwikkelen en/of verkoop van onroerende zaken. Dit zien we deels terug in de jurisprudentie. Wel blijkt dat de recente jurisprudentie eveneens het indirecte rendement in sommige gevallen meeweegt bij de beoordeling.

Hierna zal ingegaan worden op de verschillen en de gelijkenissen tussen de Praktijkhandreiking en de bestaande jurisprudentie per soort ondernemingsactiviteit met betrekking tot onroerende zaken (verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van onroerende zaken).

3.4.1 Verhuur van onroerende zaken

Uit de Praktijkhandreiking blijkt dat het verhuren van onroerende zaken onvoldoende arbeid te weeg brengt om te kunnen spreken van meer dan normaal vermogensbeheer. Uit de jurisprudentie kunnen we opmaken dat dit standpunt bij de verhuur van onroerende zaken in sommige gevallen niet ingenomen wordt. In de Praktijkhandreiking worden omstandigheden beschreven die niet van belang zijn of niet onderscheidend genoeg zijn bij de beoordeling of de verhuur van onroerende zaken valt onder het ondernemingsvermogen van de onderneming. Dit betreffen zeventien omstandigheden, te weten:

1. de omvang van de portefeuille (aantallen, marktwaaarde, m2);
2. de wijze van financieren (risico, structurering) en de (relatieve en absolute) omvang van de financiering';
3. de aanwezigheid van een eigen onderhoudsdienst;
4. de know how van de eigenaar en het personeel;
5. het aantal personeelsleden;
6. de tijdsbesteding door erflater/schenker/werknemer en erfgenaam/begiftigde/werknemer;

¹¹⁵ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, p. 3.

7. een relatienetwerk onderhouden (bijv. met andere beleggers, gemeentelijke instanties en -bestuurders, aannemers, makelaars, financiers, evenementen bezoeken etc.);
8. het aankoop-, verhuur-, verkoopproces;
9. marktonderzoek, selectie panden en huurders, strategiebepaling, bezichtigingen;
10. contracteren: algemeen; huurcontracten afsluiten en verlengen;
11. bijhouden administratie, waaronder huren innen;
12. contacten onderhouden (huurders, gemeenten, nutsbedrijven, makelaars, enzovoorts);
13. klachtenbehandeling;
14. financieren van vastgoed;
15. technisch beheer: inspecties en onderhoud/reparaties uitvoeren, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
16. verbeteringen aanbrengen, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
17. uitbreiden van het aantal verhuurbare meters (indien door ontwikkeling kan de ontwikkeling gedurende de ontwikkelfase wel ondernemingsactiviteit zijn).¹¹⁶

De Belastingdienst lijkt in tegenstelling tot de jurisprudentie een strengere uitgangspositie te hanteren inzake de kwalificatie van de verhuur van onroerende zaken.¹¹⁷ De aard en omvang van de arbeid, de kennis en ervaring, tijdsbeslag en het beoogde rendement kunnen wel degelijk een bijdrage leveren bij de beoordeling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Uit het arrest Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2013¹¹⁸ blijkt zelfs dat de jarenlange ervaring en de persoonlijke betrokkenheid tot een hoger rendement kan leiden dan dat gebruikelijk is (*zie paragraaf 3.2.1. Arbeid-plus*).

Of de omvang ook daadwerkelijk al dan niet invloed heeft op de kwalificatie van BV die onroerende zaken verhuurt is de vraag. Het Gerechtshof oordeelde in de zaak 's-Hertogenbosch 25 maart 2016¹¹⁹ dat: *"(...) De omvang van de onderwerpelijke vastgoedportefeuille doet in dit geval niets aan voormeld oordeel af. Evenmin de omstandigheid dat mogelijk in concurrentie wordt getreden met commerciële vastgoedondernemers of woningbouwcorporaties"*. Terwijl het Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2013 wel de omvang van de portefeuille met onroerende zaken meewoog bij de beoordeling (*zie paragraaf 3.2.1 Arbeid-plus*).

Uit de jurisprudentie kunnen we opmaken dat onder bepaalde omstandigheden het enkel verhuren van onroerende zaken wel gekwalificeerd wordt als meer dan normaal vermogensbeheer. Het standpunt met behorende omstandigheden van de Belastingdienst in de Praktijkhandreiking lijkt derhalve niet volledig correct.

3.4.2 Vastgoedontwikkeling

In de Praktijkhandreiking wordt verondersteld dat projectontwikkeling op een duurzame basis per definitie een materiële onderneming vormt en de daarmee de verbonden onroerende zaken zich niet kwalificeren als beleggingsvermogen. Overigens wordt in de Praktijkhandreiking wel beschreven dat incidenteel een pand bouwen of vernieuwbouwen geen onderneming vormt. Er is dan volgens de

¹¹⁶ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, p. 5.

¹¹⁷ J.A.L. Heldens, 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?', *WFR* 2018/45, p. 2.

¹¹⁸ Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083.

¹¹⁹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1157.

Belastingdienst immers geen sprake van zelfstandige, duurzame activiteiten, zodat de activiteiten bij onvoldoende samenhang niet te kwalificeren zijn als het drijven van een onderneming. Vernieuwbouwen waarbij sprake is van zeer ingrijpend (laten) renoveren en (laten) transformeren vormt volgens de Praktijkhandreiking altijd een onderneming.¹²⁰

In de jurisprudentie is er geen commotie omtrent de kwalificatie van enkel ontwikkelingsactiviteiten.¹²¹ Tevens blijkt uit de kamerstukken dat er bij projectontwikkeling sneller sprake is van een onderneming, omdat daarmee in het algemeen meer arbeid is gemoeid dan bij louter verhuur van onroerende zaken.¹²²

Op het moment dat de ontwikkelde panden verhuurd zullen worden, zal volgens de Praktijkhandreiking opnieuw beoordeeld moeten worden of de verhuuractiviteiten meer dan normaal vermogensbeheer vertegenwoordigen.¹²³

3.4.3 Verkoop van onroerende zaken

In de Praktijkhandreiking staat genoemd dat zowel actief als passief uitponden nooit een onderneming op levert. Hierbij wordt verwezen naar Hoge Raad 24 december 2010. In de desbetreffende zaak bezat belanghebbende negen woningen. Deze woningen werden gesplitst in drie appartementsrechten. Drie van de twee appartementsrechten verkocht belanghebbenden. De Hoge Raad oordeelde dat indien het uitponden gepaard gaat met werkzaamheden die naar hun aard en omvang onmiskenbaar zijn gericht op het behalen van een redelijk te verwachten voordeel dat normaal vermogensbeheer te boven gaat, of indien bijzondere kennis in belangrijke mate heeft bijgedragen met het behalen van het voordeel er sprake is van ondernemen. In deze zaak bleek onvoldoende dat belanghebbende bijzondere kennis ingezet heeft om het voordeel te behalen dat normaal vermogensbeheer te boven gaat. Echter, de omstandigheden die meewegen kunnen mijns inziens er wel toe leiden dat er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. De stelling dat zowel actief als passief uitponden van onroerende zaken zich per definitie niet kwalificeert als meer dan normaal vermogensbeheer is onjuist. Tevens blijkt dit uit de jurisprudentie (*zie paragraaf 3.3.3 Verkoop van onroerende zaken*)

3.4.4 Samenhang van verhuur, ontwikkeling en verkoop van onroerende zaken

In de Praktijkhandreiking wordt het standpunt ingenomen dat er gezien de feiten en omstandigheden in enig jaar sprake is van een onderneming of een belegging, niets hoeft te zeggen over de feitelijke situatie in de toekomst.¹²⁴ Er kan aldus door de tijd heen sprake zijn van overgang van meer dan normaal vermogensbeheer naar normaal vermogensbeheer en andersom. Om deze reden vindt de kwalificatie opnieuw plaats. Dit is in overeenstemming met de huidige jurisprudentie (*zie paragraaf 3.3.4 Samenhang van verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van onroerende zaken*).

Ook zal na de ontwikkeling van een pand bij vastgoedontwikkeling opnieuw een kwalificatie plaatsvinden ingevolge de Praktijkhandreiking. Als voorbeeld wordt gegeven dat een belastingplichtige

¹²⁰ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, p. 6.

¹²¹ Zie o.a. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396.

¹²² Kamerstukken II, 2005/06, 30 689, nr. 3, p. 1.

¹²³ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, p. 6.

¹²⁴ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, p. 2.

als ondernemer een pand heeft ontwikkeld en dat na de oplevering regulier gaat verhuren.¹²⁵ Hierbij dient het pand toegerekend te worden tot het privévermogen.¹²⁶

Wanneer de zelf ontwikkelde onroerende zaak nog wordt aangehouden, zal het niet meteen over gaan naar de beleggingsfeer. In de Praktijkhandreiking is wel opgenomen dat: *“Als men echter langdurig gaat verhuren (al dan niet op grond van contractuele verplichtingen), dan gaan die panden wel meteen over naar de beleggingsfeer.”*¹²⁷

Daarnaast is de werkgroep van mening dat de activiteiten van een BV met betrekking tot de onroerende zaken gesplitst dienen te worden¹²⁸ Dit is naar mijn mening in overeenstemming met het arrest Hoge Raad 10 maart 2017.¹²⁹

3.5 Deelconclusie

Voor het toepassen van de BOR dient er sprake te zijn van een materiële onderneming. De wetgever heeft bij de implementatie van de BOR er bewust voor gekozen om niet expliciet het ondernemingsbegrip op te nemen in de wetgeving. Er wordt verwezen naar het ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting. Een materiële onderneming omvat een duurzame organisatie die erop gericht is om met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijke productieproces met het oogmerk om winst te behalen.

Het materiële ondernemingsbegrip is in de jurisprudentie naar mijn mening niet voldoende uitgekristalliseerd. Voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen is het mijns inziens lastig te herleiden onder welke omstandigheden zij kwalificeren als een materiële onderneming.

Indien een BV onroerende zaken bezit, dienen de activiteiten met betrekking tot de onroerende zaken te kwalificeren als een materiële onderneming om de BOR toe te kunnen passen. Onroerende zaken kwalificeren als een materiële onderneming als zij meer dan normaal vermogensbeheer vertegenwoordigen. Er dient aannemelijk gemaakt te worden dat de verrichte arbeid qua aard en omvang meer heeft omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Dit wordt ook wel arbeid-plus genoemd. Deze verrichte arbeid dient er eveneens op gericht te zijn om een hoger rendement te behalen dan bij normaal vermogensbeheer. Dit wordt het rendement-plus genoemd.

Om te bepalen of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer wegen alle feiten en omstandigheden per geval mee. Doordat de rechtspraak de feiten en omstandigheden niet gestructureerd weergeeft en tevens de rechter bij de beoordeling van meer dan normaal vermogensbeheer niet structureel zijn redentie nader toelicht, blijkt het lastig om te zeggen welke factoren in welke mate meewegen bij de kwalificatie van meer dan normaal. Uit de jurisprudentie blijkt dat in ieder geval stilgestaan kan worden bij de omvang van de portefeuille met onroerende zaken, de kwantitatieve arbeid en kwalitatieve arbeid die verricht is, het behaalde netto rendement en het indirecte rendement.

¹²⁵ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, p. 10.

¹²⁶ Uitzondering hierop is volgens de Praktijkhandreiking indien het pand eerder als bedrijfsmiddel op de balans van een materiële onderneming stond.

¹²⁷ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, p. 14.

¹²⁸ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, p. 12.

¹²⁹ HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396.

Ondanks de publicatie van de Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten blijft het onduidelijk welke feiten en omstandigheden mee wegen bij de beoordeling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. In de Praktijkhandreiking wordt aangenomen dat de verhuur van onroerende zaken zich altijd als beleggingsvermogen kwalificeert. Dit staat lijnrecht tegenover de eerder besproken arresten waarbij in sommige gevallen bij de verhuur van onroerende zaken wel degelijk sprake is van een materiële onderneming die gedreven wordt met ondernemingsvermogen. Bovendien wordt in de Praktijkhandreiking het standpunt ingenomen dat het uitpanden en verkopen van onroerende zaken zich nooit kwalificeert als een onderneming. Ook dit staat lijnrecht tegenover de geldende jurisprudentie.

Hoofdstuk 4 Rechtszekerheid bij de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling bij BV's met onroerende zaken

In dit hoofdstuk wordt aandacht geschonken aan in hoeverre er sprake is van rechtszekerheid bij de toepassing van de BOR bij BV die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. De wetgeving in Nederland is gebaseerd op rechtsbeginselen. Eén van deze rechtsbeginselen is het rechtszekerheidsbeginsel. De BOR dient in overeenstemming te zijn met het rechtszekerheidsbeginsel. In dit hoofdstuk wordt nader omschreven wat verstaan wordt onder het rechtszekerheidsbeginsel en hoe dit het rechtszekerheidsbeginsel zich verhoudt tot het toepassen van de BOR bij BV's met onroerende zaken (paragraaf 4.1). Hierna zullen diverse visies van auteurs besproken worden rondom de verhouding van de BOR bij BV's met onroerende zaken ten opzichte van het rechtszekerheidsbeginsel (paragraaf 4.2). In de literatuur wordt aangegeven dat een omstandighedencatalogus een goed middel is om meer rechtszekerheid te bewerkstelligen bij de toepassing van de BOR bij voorgenoemde BV's. Deze omstandighedencatalogus zal daarom nader besproken worden (paragraaf 4.3). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie (paragraaf 4.4).

4.1 Huidige rechtszekerheid

De huidige wetgeving is gebaseerd op algemene rechtsbeginselen. We kunnen drie rechtsbeginselen onderscheiden, namelijk: het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het rechtvaardigheidsbeginsel.¹³⁰ Onder het rechtszekerheidsbeginsel wordt verstaan het vereiste dat regels waaraan de burger en de overheid over en weer gebonden zijn, kenbaar zijn. Het recht dient voor degenen die ermee in aanraking komen, kenbaar en berekenbaar te zijn. Beslissingen op persoonlijk vlak, maar ook op het ondernemersvlak, worden genomen op basis van fiscale rechten en plichten. Het is daarom voor de belastingplichtige van uiterst belang dat hij/zij weet in welke situatie men zich bevindt.

Op het moment dat de belastingwetgeving niet duidelijk is, kan dit ertoe leiden dat de belastingplichtige terughoudend gedrag vertoont. De handelingsvrijheid van de belastingplichtigen wordt op deze manier beperkt. Zo wordt een belastingplichtige meer afhankelijk van adviseurs wanneer er sprake is van onduidelijke, complexe en snel veranderde wetgeving. We kunnen hieruit opmaken dat de rechtszekerheid de persoonlijke vrijheid van belastingplichtige waarborgt.¹³¹

Het rechtszekerheidsbeginsel is een algemeen beginsel van behoorlijke wetgeving. Doordat de rechtszekerheid een onderdeel is van het beginsel van behoorlijke wetgeving dienen er bij het opstellen van nieuwe wetgeving of aanpassing van wetgeving bepaalde aspecten in acht genomen te worden. Vanuit een logische redenering dient wetgeving ten minste te voldoen aan:

- volledigheid;
- betrouwbaarheid;
- consistentie.

¹³⁰ C. Bruijsten, 'De verhouding tussen rechtsbeginselen en belastingwetgeving', *WFR* 2002/715, p. 2.

¹³¹ J.L.M. Gribnau, *Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving*, in A.C. Rijkers & H. Vording, *Vijf jaar Wet IB 2001*, Kluwer: Deventer 2006, p. 37-38.

Onder volledigheid wordt verstaan dat het rechtsgevolg dat voortvloeit uit de wetgeving ook daadwerkelijk uit de wetgeving afgeleid kan worden. Wanneer een rechtsgevolg uit de belastingwetgeving afgeleid kan worden is het van belang dat dit rechtsgevolg ook als juist kan worden aangemerkt. Dit aspect ziet op de betrouwbaarheid van de wetgeving. Tevens mag het niet zo zijn dat een bepaald rechtsgevolg afleidbaar is binnen het geheel van de fiscale wetgeving, terwijl de ontkenning van dit rechtsgevolg eveneens afleidbaar is uit de fiscale wetgeving.¹³²

In de wetgeving zijn soms open normen opgenomen. Deze open normen worden ingevuld door de rechter. Door het opnemen van een open norm kan de wetgeving zich voortdurend ontwikkelen zonder dat er wetwijzigingen toegepast dienen te worden. Bovendien kan middels een open norm rekening gehouden worden met de maatschappelijke en bedrijfseconomische ontwikkelingen die in de huidige samenleving spelen.¹³³

Opgemerkt wordt dat bij de codificatie van het recht men uitgaat van de opvatting dat goed geformuleerde wetten geen interpretatie zouden behoeven, maar dat de rechters slechts de taak zouden hebben bij hun beslissingen omtrent concrete geschillen uit te spreken wat de wetgever had geformuleerd. Een rechter die een afwijking in zijn oordeel opneemt, zal op de stoel van de wetgever gaan zitten.¹³⁴ Het is dan de vraag of de rechtszekerheid boven de billijkheid van de wet gaat.

Vereenvoudiging van het belastingstelsel dient de duidelijkheid betreffende de belastingplichtigen. De wens tot vereenvoudiging staat op gespannen voet met de drang tot verfijning. Tevens kan overdreven eenvoud ertoe leiden dat de doelstelling van de wet verloren gaat. Bij het bewerkstelligen van eenvoud in de wetgeving dient daarom altijd goed in kaart gebracht te worden in welke mate eenvoud toegepast kan worden.¹³⁵ Ingevolge Revers dienen de zins- en de woordlengte te zijn afgestemd op de burgers voor wie de wet geldt.¹³⁶

Omdat geen enkel rechtssysteem perfect is, zal steeds het positieve recht onderzocht moeten worden om te beoordelen in welke mate de rechtvaardigheid en dus het rechtszekerheidsbeginsel op een bepaald moment en in een bepaald deel van het recht is gerealiseerd.¹³⁷ Doordat de rechtszekerheid een onderdeel is van de beginselen van behoorlijke wetgeving, dient de BOR, als onderdeel van de Nederlandse wetgeving, te voldoen aan het rechtszekerheidsbeginsel en dus aan de hiervoor genoemde aspecten.

De BOR kan toegepast worden bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen indien zij met deze onroerende zaken een materiële onderneming drijven in de zin van de inkomstenbelasting. Het materiële ondernemingsbegrip is een dynamisch begrip en wordt door de rechterlijke macht ingevuld. Om te toetsen of het materiële ondernemingsbegrip voor BV's met onroerende zaken voldoende rechtszekerheid teweeg brengt, is het van belang om na te gaan of deze BV's hun rechtsgevolgen kunnen herleiden uit de wet- en regelgeving.

¹³² C. Bruijsten, 'De verhouding tussen rechtsbeginselen en belastingwetgeving', *WFR* 2002/715, p. 2.

¹³³ J.L.M. Gribnau, *Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving*, in A.C. Rijkers & H. Vording, Vijf jaar Wet IB 2001, Kluwer: Deventer 2006, p. 39-51.

¹³⁴ H.J. Hellema, 'De rechtszekerheid in het belastingrecht', *WFR* 1960/418, p. 1.

¹³⁵ J.L.M. Gribnau, *Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving*, in A.C. Rijkers & H. Vording, Vijf jaar Wet IB 2001, Kluwer: Deventer 2006, p. 39-51.

¹³⁶ M.R. Reuvers, 'Beginselen van behoorlijke wetgeving', *FED* 1986/1041, p. 3.

¹³⁷ J.L.M. Gribnau, *Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving*, in A.C. Rijkers & H. Vording, Vijf jaar Wet IB 2001, Kluwer: Deventer 2006, p. 33.

Het materiële ondernemingsbegrip is in de jurisprudentie naar mijn mening niet voldoende uitgekristalliseerd. Voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen is het mijns inziens lastig te herleiden onder welke omstandigheden bepaalde rechtsgevolgen uit het materiële ondernemingsbegrip voortvloeien. Uit de analyse van hoofdstuk drie blijkt dat het theoretische kader duidelijk is; er dient voldaan te worden aan het arbeid-plus en het rendement-plus. Hedendaags is het onduidelijk welke factoren in welke mate meewegen bij de kwalificatie van meer dan normaal vermogensbeheer bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen.

Om als BV met onroerende zaken te voldoen aan het materiële ondernemingsbegrip dient een BV met haar onroerende zaken een materiële onderneming te drijven, waarbij de onroerende zaken kwalificeren als ondernemingsvermogen om de BOR toe te kunnen passen bij de bedrijfsoverdracht van de onderneming. Het beleggingsvermogen kwalificeert zich niet voor de toepassing voor de BOR. Het begrip beleggingsvermogen is niet gedefinieerd in de wetgeving. Uit de kamerstukken blijkt dat de wetgever beleggingsvermogen ziet als blijvend overtollig vermogen van de BV. Dit geeft enkel een beeld van de interpretatie van beleggingsvermogen voor de belastingplichtigen.

Door het concretiseren van de feiten en omstandigheden die meewegen bij de kwalificatie van BV's met onroerende zaken bij de toepassing van de BOR wordt getracht de onduidelijkheden met betrekking tot de invulling van de norm weg te nemen met als doel het realiseren van rechtszekerheid. Uit de jurisprudentie van het begrip meer dan normaal vermogensbeheer kunnen we herleiden dat er een veelheid aan factoren meeweegt bij de kwalificatie. We kunnen hieruit opmaken dat de wetgeving op dit vlak niet bestaat uit eenvoud. De vraag is of de verfijning in de jurisprudentie wel goed in verhouding staat tot het doel achter de wetgeving. Wellicht zal door de jaren heen wel sprake zijn van duurzame wetgeving op dit vlak, maar voor nu leidt de veelheid aan factoren die meeweegt naar mijn mening tot rechtsonzekerheid. Bovendien ben ik van mening dat de Praktijkhandreiking onvoldoende rechtszekerheid biedt. Enkel de belastinginspecteur is gebonden aan de Praktijkhandreiking en niet de BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. De rechter blijft de instantie die per geval zal toetsen of op een juiste wijze de BOR is toegepast. Er blijft spraken van een te open norm die niet in zijn algemeenheid wordt ingevuld.

4.2 Literatuur en de rechtszekerheid

In de literatuur is men het over het algemeen eens dat de toepassing van de huidige BOR geen rechtszekerheid teweeg brengt bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen.¹³⁸ Het is onduidelijk wanneer een BV met de onroerende zaken belegt of dat de onroerende zaken aangehouden worden als ondernemingsvermogen. De norm tussen ondernemen en beleggen is mijns inziens voor BV's met onroerende zaken te open. Aan de andere kant kan men stellen dat de norm tussen ondernemen en beleggen juist gesloten is ingevuld door de jurisprudentie waarbij afhankelijk van de feiten en omstandigheden een uitkomst gedefinieerd is. Hierbij wil ik aangeven dat deze variabiliteit aan feiten en omstandigheden ertoe leidt dat er sprake is van een overkill en dus rechtsonzekerheid teweeg brengt.

¹³⁸ Zie o.a. J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', *WFR* 1976/141 en J.E.A.M. van Dijck, 'Onduidelijke wettelijke begrippen', *WFR* 2006/1129 en T.M. Berkhout, M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4.

In de huidige fiscale praktijk wordt volop de discussie gevoerd over de toepassing van de BOR en haar open karakter bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. Zoals Berkhout en Hoogeveen mijns inziens terecht stellen: *"In de vakpers verschijnen steeds vaker casuïstisch getinte rechtspraak en daarop gebaseerde analyse. Maar scherpe contouren van oplossingsrichtingen en afwegingskaders voor de praktijk en de rechtspraak zijn nog niet ontwaaren. Jurisprudentie op dit terrein is zo casuïstisch dat daarin nauwelijks consistente lijnen te ontdekken vallen."* Vervolgens geven Berkhout en Hoogeveen aan dat, wanneer er geen consistente lijnen te ontdekken vallen, er ook geen sprake is van een voorspellende theorie. Wanneer er geen theorie te voorspellen is dan kan iedere uitkomst achteraf in overeenstemming met de theorie worden verklaard onder het argument dat er sprake is van een specifiek geval.¹³⁹ Dit komt uiteraard niet ten goede van de rechtszekerheid.

Te Niet merkt op dat het beleggingsbegrip voornamelijk niet effectief is omdat niet duidelijk is wat onder beleggen moet worden verstaan. Te Niet is van mening dat de wetgever zelf invulling dient te geven aan de het begrip. Met name wanneer de activiteiten van de onderneming bestaan uit het houden, ontwikkelen of exploiteren van onroerende zaken. Pas als de wetgever deze kaders heeft geschetst, kan het voor de belastingplichtige duidelijk worden hoe het ondernemingsbegrip in het concrete geval dient te worden uitgelegd. Enkel de wetgever is volgens Te Niet hiertoe democratisch gelegitimeerd. Wanneer de wetgever dit achterwegen laat, zal aansluiting gezocht moeten worden bij de bestaande jurisprudentie. In dat geval blijft de inhoud van het begrip onduidelijk en zal de rechter enkel bij geschillen een casuïstische oplossing aandragen. Hierbij merkt Te Niet op dat, op het moment dat de wetgever zijn bedoelingen helder onder woorden brengt, de rechter eveneens duidelijkheid mag scheppen. De rechter dient in dat geval duidelijk aan te geven welke factoren hij laat meewegen in zijn oordeel.¹⁴⁰

Niet enkel Te Niet is van mening dat er sprake is van een te open norm betreffende het onderscheid tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen bij onroerende zaken. Ook Albert deelt deze mening. Albert roept de feitenrechter(s) op om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen over het onderscheid tussen ondernemen en beleggen bij de verhuur van onroerende zaken.¹⁴¹ De huidige maatstaf die door de Hoge Raad is geïntroduceerd is inmiddels heel wat keren toegepast in de jurisprudentie. Desondanks voldoet deze maatstaf, volgens Alberts, niet aan de eis van duidelijkheid en nauwkeurigheid. De mogelijkheden om deze rechtsonzekerheid recht te zetten liggen op dit moment bij de Hoge Raad of de wetgever.¹⁴²

Het is de vraag of het de taak van de rechter is om de rechtsonzekerheid weg te nemen. Zo zijn Berkhout en Lubberts het volgende van mening: *"Eerlijk gezegd is het niet goed denkbaar dat de Hoge Raad concepten als het beleggingsbegrip gedetailleerd uitwerkt voor allerlei naastliggende gevallen en rekening houdend met toekomstige ontwikkelen. Sommige ongedefinieerde termen kan de Hoge Raad echter vervangen door harde regels"*.¹⁴³

¹³⁹ T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4, p. 1.

¹⁴⁰ H.A.P.J. Te Niet, *Het beleggingsbegrip in de indirecte belastingen*, diss. Leiden, 2007, p. 279-281.

¹⁴¹ P.G.H. Albert, 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij verhuur van vastgoed', *WFR* 2016/184, p. 1.

¹⁴² P.G.H. Albert, 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij verhuur van vastgoed', *WFR* 2016/184, p. 2.

¹⁴³ T.M. Berkhout en A.O. Lubberts, 'Het arrest als praktijkhandleiding', *WFR* 2015/1546, p. 3.

Mijns inziens is de huidige jurisprudentie dusdanig divers dat er geen duidelijkheid aanwezig is welke feiten en omstandigheden meewegen bij de beoordeling van meer dan normaal vermogensbeheer. Het theoretische kader is middels het arrest van Hoge Raad op 17 augustus 1994 duidelijk. Echter, de invulling van het begrip blijft in de praktijk lastig. Dit zien we onder andere naar voren komen betreffende het rendement-plus, waarbij in de recente jurisprudentie het rendement vergeleken wordt met de IPD-index terwijl dit voorheen juist niet een bruikbare methode was. Zelf ben ik van mening dat het opstellen van harde regels door de Hoge Raad niet zal leiden tot gerechtvaardigde rechtszekerheid. Er zal door het opstellen van harde regels in een zekere mate rechtszekerheid geboden worden. Echter, de rechtvaardigheid zal ook meewegen. Door harde regels op te stellen kan de rechtvaardigheid in het geding komen. Door het hanteren van harde regels kunnen reële bedrijfsoverdrachten buiten de werking van de BOR vallen. Aan de andere kant ben ik van mening dat momenteel sprake is van rechtsongelijkheid en dat dit middels de casuïstiek jurisprudentie niet tot uiting komt. Er zijn immers maar weinig gevallen die identiek aan elkaar zijn. Zodra er harde regels zijn geformuleerd kunnen er vergelijkingen van gevallen plaatsvinden. Op deze wijze zal juist duidelijk worden of er sprake is van rechtsongelijkheid. Wellicht is het raadzaam om harde regels op te stellen met een tegenbewijsregeling. Op deze wijze kan rechtvaardiging in zekere mate gewaarborgd worden.

4.3 Omstandighedencatalogus

Diverse personen opperen in de literatuur dat een omstandighedencatalogus een mogelijk oplossing is om de rechtsonzekerheid rondom de kwalificatie van de toepassing van de BOR weg te nemen bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen.¹⁴⁴ De omstandighedencatalogus ziet erop dat de rechtelijke uitspraken gestructureerd en systematischer worden. Op deze wijze wordt getracht de norm meer dan normaal vermogensbeheer te concretiseren. Middels de omstandighedencatalogus wordt geprobeerd om de open norm weg te nemen dan wel te verkleinen.

Om de rechtszekerheid en voorspelbaarheid van de rechtelijke uitspraken op dit gebied te vergroten heeft Te Niet de omstandighedencatalogus ontwikkeld. Te Niet heeft de jurisprudentie rondom de kwalificatie tussen beleggingsvermogen en ondernemingsvermogen bij onroerende zaken in kaart gebracht. De omstandigheden die een rol spelen bij deze afbakening heeft Te Niet ondergebracht in de omstandighedencatalogus. Middels de omstandighedencatalogus kan de rechter beoordelen of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Op deze wijze wordt getracht de rechterlijke macht een systematischere onderbouwing te laten toepassen bij de beoordeling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. De rechter wordt op deze wijze gedwongen om de relevante omstandigheden te benoemen en systematisch te doorlopen in zijn uitspraak. Dit zal bijdragen aan een uitgebreider en gemotiveerdere oordeel van de rechter. Dit leidt er eveneens toe dat feitelijke oordelen van de rechters beter te vergelijken zijn met elkaar. Bij ieder individueel geval zullen de omstandigheden concreet benoemd en getoetst worden. Belastingplichtigen weten dan welke feiten en omstandigheden van belang zijn bij de beoordeling of er sprake is van ondernemen of beleggen. De norm van meer dan normaal vermogensbeheer zal hierdoor aangescherpt en concreter worden. Overeenkomsten en verschillen zullen immers zichtbaar worden. Volgens Te Niet zal dit ertoe leiden

¹⁴⁴ Zie o.a. T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4 en O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *WFR* 2014/1215.

dat rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid van het recht in positieve zin beïnvloed wordt en daarmee ook het rechtszekerheid voor BV's met onroerende zaken.¹⁴⁵

In de omstandighedencatalogus zijn zowel arbeidsgerelateerde als vermogensgerelateerde feiten beschreven.

Onder de arbeidsgerelateerde omstandigheden worden verstaan:

- handelingen die niet alleen zijn gericht op het aanhouden van de vermogensbestanddelen en op het behalen van periodieke 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 werkzaamheden);
- de werkzaamheden van ingehuurd personeel.

Ter ondersteuning van de beeldvorming rondom de activiteiten kijkt de rechter volgens Te Niet vervolgens naar de volgende vermogensgerelateerde en andere omstandigheden:

- omloopsnelheid van het vermogen;
- samenstelling van het vermogen;
- omvang van het vermogen;
- wijze van financieren;
- administratieve verwerking;
- leeft men van de opbrengsten van het vermogen.¹⁴⁶

Hierbij wil ik opmerken dat onder de omloopsnelheid van het vermogen verstaan wordt dat een hogere omloopsnelheid een aanwijzing kan zijn dat er sprake is van ondernemingsvermogen. Aangezien bij een hogere omloopsnelheid verwacht wordt dat er actiever onroerende zaken aan- en verkocht worden. Tevens kan de wijze van financiering een indicatie zijn dat er sprake is van ondernemingsvermogen indien de onroerende zaken met een aanzienlijke mate van vreemd vermogen is gefinancierd.¹⁴⁷ Beide punten zijn niet te herleiden uit de jurisprudentie. Desondanks ben ik van mening dat de omloopsnelheid een indicatie kan zijn of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Bij een hoge omloopsnelheid is meestal meer arbeid noodzakelijk om dit te bewerkstelligen. Deze arbeid-plus zal hoogstwaarschijnlijk zien op het behalen van een hoger rendement (rendement-plus). Daarnaast kan ik mij voorstellen dat de wijze van financiering mee kan wegen bij de beoordeling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Zeker indien we deze punten afwegen tegen een fiscale beleggingsinstelling (hierna: FBI), die de status heeft van niet-ondernemen. Het doel achter de FBI is dat de kleine particuliere belegger die met behulp van een beleggingsinstelling belegt gelijk te stellen is met een particuliere belegger die zelf belegt. Bij de toepassing van de FBI-status speelt de financiering een grote rol. De beleggingen mogen tot maximaal 60 procent van de boekwaarde van de onroerende zaken gefinancierd zijn met vreemd vermogen. De schulden die zijn aangegaan voor de overige beleggingen worden beperkt tot 20 procent van de boekwaarde. Ingevolge de FBI-status kan er enkel sprake zijn van een belegging indien de onroerende

¹⁴⁵ H.A.P.J. Te Niet, *Het beleggingsbegrip in de indirecte belastingen*, diss. Leiden, 2007, p. 72.

¹⁴⁶ H.A.P.J. Te Niet, *Het beleggingsbegrip in de indirecte belastingen*, diss. Leiden, 2007, p. 71.

¹⁴⁷ H.A.P.J. Te Niet, *Het beleggingsbegrip in de indirecte belastingen*, diss. Leiden, 2007, p. 29-32.

zaak niet is gefinancierd met 60 procent of meer vreemd vermogen. Het onderscheid tussen ondernemen en beleggen voor de FBI-status vindt in de praktijk plaats door middel van het stellen van harde financieringseisen. Ik ben daarom van mening dat de wijze van financiering ook voor het onderscheid tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal vermogensbeheer bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen mee mag wegen. Immers het doel achter het onderscheid tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal vermogensbeheer is eveneens om beleggers en ondernemers gelijk te behandelen.

Berkhout en Hoogeveen zijn van mening dat de feiten en omstandigheden goed in beeld gebracht kunnen worden middels een omstandighedencatalogus. Net zoals Te Niet zijn zij van mening dat de omstandigheden die opgenomen zijn in de omstandighedencatalogus een selecterende werking dienen te hebben. Per geval wordt dan getracht de open norm aan te scherpen. Op basis van de omstandighedencatalogus van Te Niet hebben Berkhout en Hoogeveen een eigen omstandighedencatalogus ontwikkeld. Middels de catalogus die Berkhout en Hoogeveen voorstellen zullen enkele normen en hypothesen bevestigd of ontkracht worden.¹⁴⁸ De vier normen/hypothesen zijn als volgt:

1. Nieuwbouwprojecten (laten) ontwikkelen vormt altijd een onderneming.
 - a. Subregel: Nadat de ontwikkeling klaar is en sprake is van duurzame verhuur eindigt de ondernemingsactiviteit (HR 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232).
2. Vernieuwbouwen: zeer ingrijpen (laten) renoveren en (laten) transformeren vormt altijd een onderneming.
3. Verhuur waarmee meer rendement wordt gegenereerd door extra diensten aan te bieden, vormt altijd een onderneming.
 - a. Subregel: IB-éénpitters die eigen arbeid rendabel maken ten aanzien van kleinschalig vastgoed door middel van extra diensten, drijven een onderneming (BNB 1994/319)
4. Verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming.
 - a. Subregel: de volgende omstandigheden zijn irrelevant, dan wel niet onderscheidend voor de beoordeling of er sprake is van een onderneming omdat deze omstandigheden normaal zijn in geval van verhuur van vastgoed:
 1. de omvang van de portefeuille (aantallen, marktwaaarde, m2);
 2. de wijze van financieren (risico, structurering) en de (relatieve en absolute) omvang van de financiering;
 3. de aanwezigheid van een eigen onderhoudsdienst;
 4. de knowhow van de eigenaar en het personeel;
 5. het aantal personeelsleden;
 6. de tijdsbesteding door erflater/schenker/werknemer en erfgenaam/begiftigde/ werknemer;
 7. een relatienetwerk;
 8. het aankoop-, verhuur-, verkoopproces;
 9. marktonderzoek, selectie panden en huurders, strategiebepaling, bezichtigingen;
 10. contracteren: algemeen; huurcontracten afsluiten en verlengen;

¹⁴⁸ T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4, p. 7.

11. bijhouden administratie, waaronder huren innen;
12. contacten onderhouden (huurders, gemeenten, nutsbedrijven, makelaars, enzovoorts);
13. klachtenbehandeling;
14. financieren van vastgoed;
15. technisch beheer: inspecties en onderhoud/reparaties uitvoeren, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
16. verbeteringen aanbrengen, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
17. uitbreiden van het aantal verhuurbare meters (indien door ontwikkeling, kan de ontwikkeling gedurende de ontwikkelfase wel ondernemingsactiviteit zijn (norm/hypothese 3)).¹⁴⁹

Opmerkelijk is bij de catalogus van Berkhout en Hogeveen dat zij ervan uitgaan dat er meer rendement behaald dient te worden dan bij normaal vermogensbeheer. Vanuit de jurisprudentie heb ik geanalyseerd in hoofdstuk 3 dat er voldaan dient te worden aan het rendement-plus. Of het hogere rendement ook daadwerkelijk behaald is, is irrelevant.¹⁵⁰ Desondanks begrijp ik waarom in de omstandighedencatalogus van Berkhout en Hogeveen is opgenomen dat het beoogde rendement behaald dient te zijn. In de fiscaliteit kennen we immers; wie stelt moet bewijzen. De belastingplichtige doet een beroep op de toepassing van de BOR en moet aldus bewijzen. Het beoogde rendement dient aannemelijk gemaakt te worden. Een beoogd rendement bewijzen is vrij lastig en komt daarom in de praktijk er vaak op neer dat een behaald rendement wordt voorgedragen.

Door het toepassen van de omstandighedencatalogus van Te Niet en/of Berkhout en Hogeveen zal er sprake zijn van een verandering in de betekenis van hoe uitspraken gepresenteerd worden. Volgens Te Niet zal er geen sprake zijn van een inbreuk op de Nederlandse rechtstraditie. Rechters zullen nog steeds enkel de rechtsvraag in het gegeven geschil beoordelen. De wijze van rechtsvinding zal evenmin veranderen bij het toepassen van de omstandighedencatalogus.¹⁵¹

Adriaansens en Rozendal zien potentie in de ontwikkelde omstandighedencatalogus. Om de BOR toe te kunnen passen is het de vraag of er sprake is van ondernemen of beleggen. Bij deze beoordeling spelen de feiten en omstandigheden een belangrijke rol. De omstandighedencatalogus is volgens Adriaansens en Rozendal een bruikbaar instrument bij de beoordeling of in geval van vastgoedexploitatie al dan niet sprake is van een onderneming. Tevens zijn zij van mening dat het Gerechtshof in twee uitspraken¹⁵² de omstandighedencatalogus van Te Niet volgde en dit bovendien in lijn was met het arrest van de Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, waarin de criteria van meer dan normaal vermogensbeheer vormgeven zijn.¹⁵³

Naast de voordelen van de omstandighedencatalogus zijn er ook nadelen. De begrippen meer dan normaal vermogensbeheer, beleggingsvermogen en ondernemingsvermogen zijn open normen. Middels de omstandighedencatalogus kunnen deze open normen lastig worden geconcretiseerd.

¹⁴⁹ T.M. Berkhout en M.J. Hogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4, p. 7-8.

¹⁵⁰ D.A. Albregtse e.a., *Cursus belastingrecht: Inkomstenbelasting 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018, p. 675.

¹⁵¹ H.A.P.J. Te Niet, *Het beleggingsbegrip in de indirecte belastingen*, diss. Leiden, 2007, p. 72.

¹⁵² Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901.

¹⁵³ O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *WFR* 2014/1215, p. 6.

Volgens Heldens is een omstandighedencatalogus qua omvang beperkt waardoor er meer relevante feiten en omstandigheden kunnen spelen dan die uit de omstandighedencatalogus voortvloeien.¹⁵⁴ Dit zal ertoe leiden dat de begrippen niet minder vaag zullen worden. Daarnaast zal de rechter middels de omstandighedencatalogus per geval toetsen of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Er zal sprake blijven van casuïstiek jurisprudentie.

Tevens zijn de begrippen beleggen en ondernemen open normen die ingevuld worden door wat er in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is. Door de jaren heen kan de betekenis van beleggen en ondernemen aangepast worden, net zoals het materiële ondernemingsbegrip. Ik ben van mening dat de kans dat de omstandighedencatalogus achterhaald zal worden aanwezig is. De gewenste rechtszekerheid zal op deze wijze niet geboden worden. De duurzaamheid van de omstandighedencatalogus is mijns inziens gering. Tevens komt de omstandighedencatalogus in grove lijnen neer op een stroomschema waarin geen ruimte is voor bijzondere gevallen. BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen kunnen dan alsnog niet kwalificeren als meer dan normaal vermogensbeheer terwijl er mogelijk in de praktijk wel sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Er is geen ruimte voor het aannemelijk maken van meer dan normaal vermogensbeheer naast de genoemde punten die zijn opgenomen in de omstandighedencatalogus.

4.4 Deelconclusie

De huidige algehele wetgeving in Nederland is gebaseerd op algemene rechtsbeginselen. Eén van deze algemene rechtsbeginselen betreft het rechtszekerheidsbeginsel. Onder het rechtszekerheidsbeginsel wordt verstaan dat het recht voor degenen die ermee in aanraking komen, kenbaar en berekenbaar moet zijn. Wanneer belastingwetgeving onduidelijk is, beperkt dit de handelingsvrijheid van de belastingplichtigen.

Vanuit een logische redenering dient wetgeving ten minste te voldoen aan:

- volledigheid;
- betrouwbaarheid;
- consistentie.

Het huidige materiële ondernemingsbegrip bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen voor de toepassing van de BOR voldoet momenteel niet aan het rechtszekerheidsbeginsel. Het begrip materiële onderneming is een open norm. Deze open norm is in de jurisprudentie onvoldoende uitgekristalliseerd voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen, waardoor zij de rechtsgevolgen niet kunnen herleiden. Het theoretische kader is middels het arrest van Hoge Raad op 17 augustus 1994 duidelijk. Echter, de invulling van het materiële ondernemingsbegrip voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen blijft in de praktijk lastig doordat er geen eenduidige lijn in de jurisprudentie aanwezig is met factoren die meewegen. De rechter blijft de instantie die per geval zal toetsen of er doorgang is tot het toepassen van de BOR.

¹⁵⁴ J.A.L. Heldens, 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?', *WFR* 2018/45, p. 2.

Diverse auteurs zijn van mening dat de open norm van meer dan normaal vermogensbeheer leidt tot rechtsonzekerheid. Hier sluit ik mij volledig bij aan. De invulling van het begrip meer dan normaal vermogensbeheer is in de praktijk immers onduidelijk voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. Diverse personen opperen dat een omstandighedencatalogus voor de rechtelijk macht een mogelijk oplossing is om de rechtsonzekerheid rondom de kwalificatie van de toepassing van de BOR weg te nemen bij deze BV's. Middels een omstandighedencatalogus wordt getracht dat de rechtelijke macht een systematischere onderbouwing toepast bij de beoordeling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. De uitspraak van de rechter zal op deze manier gedwongen systematisch alle relevante omstandigheden benoemen. Dit komt ten gunste van de rechtszekerheid bij de toepassing van de BOR. Het is mijns inziens de vraag of dit ook ten gunste komt van de rechtvaardigheid, aangezien door het stellen van harde lijnen er geen uitzonderingen zijn voor bedrijfsoverdrachten die in de praktijk wel degelijk reële bedrijfsoverdrachten betreffen.

Kanttekening van de toepassing van de omstandighedencatalogus is dat de omvang van de omstandighedencatalogus beperkt is waardoor er meer relevante feiten en omstandigheden kunnen meespelen dan die uit de omstandighedencatalogus voortvloeien. Tevens ben ik van mening dat de omstandighedencatalogus door de tijd heen achterhaald kan worden, gezien de begrippen beleggen en ondernemen die worden ingevuld door wat in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is.

Hoofdstuk 5 Alternatieven voor de bedrijfsopvolgingsregeling t.b.v. BV's die onroerende zaken

In het vorige hoofdstuk is aan bod gekomen hoe de toepassing van de huidige BOR zich verhoudt tot de rechtszekerheid bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. Geconcludeerd is dat er sprake is van een te open norm waardoor er sprake is van rechtsonzekerheid. Men kan zich afvragen of bij de toepassing van de huidige BOR de invulling van het materiële ondernemingsbegrip voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of nog wel juist is om fiscaal de overdracht van BV's met onroerende zaken te faciliteren. In dit hoofdstuk zal eerst de reële bedrijfsoverdracht van de huidige BOR beschreven worden ten opzichte van BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen (paragraaf 5.1). Hierbij zullen diverse visies van auteurs aan bod komen. Vervolgens zullen aanbevelingen voor aanpassing van de huidige BOR worden beschreven (paragraaf 5.2). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie (paragraaf 5.3).

5.1 Reële bedrijfsoverdracht v.s. BV's met onroerende zaken

Middels het materiële ondernemingsbegrip en de andere voorwaarden van de BOR tracht de wetgever om enkel reële bedrijfsoverdrachten te voorzien van de BOR. Uit de kamerstukken is te achterhalen wat wordt verstaan onder reële bedrijfsopvolging in de economische praktijk, zoals de wetgever beoogt. Uit de parlementaire behandeling kan afgeleid worden wat de kenmerken zijn van een reële bedrijfsoverdracht. Deze kenmerken zijn als volgt:

- De overdrager geeft als (mede)beleidsbepaler leiding aan de onderneming (van een vennootschap) en beïnvloedt uit dien hoofde de resultaten;
- De overdrager is 'ondernemer' dat wil zeggen dat hij (via zijn aandelenbelang) recht heeft op de winsten en verliezen van de onderneming (van de vennootschap) en deze winstrechten mogen niet zijn beperkt;
- De opvolger zet de onderneming voort als ondernemer zoals hiervoor omschreven en zet daarmee de positie van de overdrager voort.¹⁵⁵

Om enkel reële bedrijfsopvolgingen in aanmerking te laten komen voor de BOR zijn de kenmerken van een reële bedrijfsoverdracht gecodificeerd in de wetgeving als de voorwaarden die gelden voor de faciliteit. Deze voorwaarden betreffen: materiële onderneming met ondernemingsvermogen, bezitsvereiste en voortzettingsvereiste.

Bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen is het de vraag of bij reële bedrijfsoverdrachten de BOR ook daadwerkelijk toegepast kan worden door de invulling van het materiële ondernemingsbegrip. Adriaansens en Rozendal stellen dat het aansluiten bij het fiscale begrip materiële onderneming bij BV's met onroerende zaken niet juist is omdat men probeert aan te sluiten bij het voorkomen van liquiditeits- en continuïteitsproblemen en het dienen van het algemeen sociaaleconomisch belang. Zij zijn van mening: *'In geval van vastgoedexploitatie door een vennootschap ligt de grens tussen situaties waarin wel liquiditeits- en continuïteitsproblemen ontstaan en situaties waarin deze niet ontstaan, niet op dezelfde plaats als de grens tussen situaties waarin wel*

¹⁵⁵ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', TFO 2019/160.5, p. 1-2.

een materiële onderneming wordt gedreven en de situatie waarin dat niet het geval is. Men sluit voor de toepassing van de BOR aan bij het materiële ondernemingsbegrip terwijl men een algemeen maatschappelijk doel nastreeft, namelijk het voorkomen van liquiditeits- en continuïteitsproblemen en het dienen van het algemeen sociaal belang. Een portefeuille met onroerende zaken die gefinancierd is met niet overtollige middelen waarbij de winsten direct weer in de onderneming worden geïnvesteerd, kan bijvoorbeeld niet in aanmerking komen voor de BOR terwijl er geen sprake is van overtollige middelen. Bij de vormgeving van de BOR had de wetgever ook met deze problematiek rekening dienen te houden, aldus Adriaansens en Rozendal.¹⁵⁶ Men kan zich afvragen of er een alternatief is voor het materiële ondernemingsbegrip bij reële bedrijfsoverdrachten met onroerende zaken waarbij het gewenst is om de BOR toe te kunnen passen.

BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen vertegenwoordigen niet altijd een materiële onderneming met ondernemingsvermogen. Het kan voorkomen dat een BV enkel onroerende zaken bezit die passief verhuurd worden. Het is daarom volgens Kooiman goed dat een meerwaarde-toets en arbeids-toets het onderscheid maakt tussen beleggen en ondernemen voor de toepassing van de BOR. Volgens Kooiman creëren activiteiten met betrekking tot onroerende zaken zelf geen meerwaarde en bevatten ze om deze reden ook geen goodwill ter zake waarvan belastingheffing kan leiden tot continuïteitsproblemen.¹⁵⁷ Hier kan ik mij niet in vinden. Onroerende zaken gaan vaak gepaard met waardeontwikkeling. Door deze waardeontwikkeling ontstaat er een overwaarde dan wel verlies in waarde. De algehele waarde van de onderneming met onroerende zaken wijzigt door de waardeontwikkeling van de onroerende zaken. Dit heeft mijns inziens invloed op de goodwill en de liquiditeiten van de BV.

Daarnaast is Kooiman van mening dat naast het voorkomen van liquiditeitsproblemen ook andere doelen van de BOR niet direct gediend zijn met onroerende zaken die zelf geen meerwaarde creëren.¹⁵⁸ Kooiman licht dit helaas niet verder toe. Met deze andere doelen vermoed ik dat Kooiman bedoelt het behouden en laten groeien van de werkgelegenheid en het behoud van economische diversiteit en stabiliteit. Ik ben van mening dat BV's met onroerende zaken die geen meerwaarde creëren alsnog werkgelegenheid kunnen creëren of behouden wanneer werkzaamheden aan de onroerende zaken worden uitbesteed. Aan de onroerende zaken is immers in zijn algemeenheid vaak onderhoud, verbetering en vernieuwing nodig. Dit gaat gepaard met werkzaamheden en zal aldus kunnen leiden tot werkgelegenheid.

De Beer en Hoogeveen stellen voor om de inspecteur te laten beslissen of er sprake is van een reële bedrijfsopvolging middels een voor bezwaar vatbare beschikking. Op deze wijze wordt volgens hen de rechtszekerheid van de belastingplichtigen beschermd en kunnen enkel reële bedrijfsoverdrachten ook daadwerkelijk gebruikmaken van de BOR.¹⁵⁹ Ik vraag mij af of dit het juiste middel is om reële bedrijfsoverdrachten te bewerkstelligen bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. Momenteel ligt de toepassing van de BOR eveneens bij de inspecteur die beoordeelt of er aan de hand van de geldende voorwaarden er sprake is van een reële bedrijfsoverdracht en daarmee doorgang is voor de toepassing van de BOR. Dit komt in grove lijnen op hetzelfde neer.

¹⁵⁶ O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *WFR* 2014/1215, p. 6-7.

¹⁵⁷ W.R. Kooiman, 'Fiscaal faciliteren van vastgoed: een wankel evenwicht', *NTFR* 2014/8, p. 4-5.

¹⁵⁸ W.R. Kooiman, 'Fiscaal faciliteren van vastgoed: een wankel evenwicht', *NTFR* 2014/8, p. 4-5.

¹⁵⁹ A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, p. 1-6.

Hoogeveen heeft onderzocht wat de verhouding is van liquide middelen naast het ondernemingsvermogen. Uit haar onderzoek blijkt dat 69 procent van de nalatenschappen voldoende middelen bevat om de schenk- en erfbelasting te voldoen voor de bedrijfsopvolgers. Om die reden zou volgens Hoogeveen de wetgever in plaats van de BOR een kredietfaciliteit moeten invoeren.¹⁶⁰ Het verlenen van ruime faciliteiten kan volgens Hoogeveen ook andere negatieve neveneffecten met zich meebrengen. Als voorbeeld geeft zij het laten voortbestaan van niet-rendabele ondernemingen of het feit dat de opvolger binnen de familie wordt gezocht, terwijl deze opvolger in veel gevallen niet de meest geschikte kandidaat is.¹⁶¹ Bij het onderzoek van Hoogeveen wil ik kanttekeningen plaatsen. Naast de 69 procent blijft er ook een groep belastingplichtigen over die weldegelijk te maken kunnen krijgen met liquiditeitsproblemen. Tevens betwijfel ik of het desbetreffende percentage eveneens geldt voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. Het verlenen van een faciliteit kan negatieve effecten hebben, maar ook zeker positieve effecten. Indien er sprake is van overlijden en er onvoldoende middelen aanwezig zijn en de BV in zwaar weer verkeert, kan middels de BOR de onderneming voortgezet worden. Een kredietfaciliteit biedt eveneens deze uitkomst. Hierbij is het wel van belang welke eisen hieraan verbonden zijn en of dit mogelijk is bij een lage solvabiliteit. Mijns inziens lijkt een vrijstelling gunstiger dan een kredietfaciliteit voor deze situaties.

Vooralsnog lijkt het lastig om de BOR zodanig te begrenzen dat alleen de echte bedrijfsopvolgingen met onroerende zaken in aanmerking komen voor de riante vrijstelling. Van de BOR kan gebruik worden gemaakt indien er geen sprake is van liquiditeitsproblemen. De wetgever kiest met deze vrijstelling voor afstel van de schenk- en erfbelasting. Dit is naar mijn mening niet de aard van het vermogensbestanddeel waarop de vrijstelling is gebaseerd en zeker niet voor BV's met onroerende zaken.

Adriaans en Rozendal stellen voor om niet aan te sluiten bij het materiële ondernemingsbegrip, maar juist bij de indeling van de economische activiteiten die, gelet op hun doel, in aanmerking komen voor de toepassing van de BOR.¹⁶² Ik vind dit een goede oplossing om de BOR meer in overeenstemming te brengen met liquiditeitsproblemen die kunnen ontstaan bij BV's met onroerende zaken. Op deze wijze komen BV's met onroerende zaken, die economische activiteiten verrichten betreffende hun doel in aanmerking voor de BOR. Daarnaast blijft de mogelijkheid open om andere beleggingen die zich in de BV bevinden uit te sluiten van de BOR. Enkel economische ondernemingen zullen met hun ondernemingsdeel in aanmerking komen voor de BOR. Hierbij wil ik opmerken dat het lastig zal zijn om vast te stellen welke economische activiteiten in combinatie met haar doel dat nagestreefd wordt, in aanmerking komen voor de toepassing van de BOR. Worden hierbij vaste criteria opgenomen of juist een open norm? De vraag of aansluiting bij de indeling van de economische activiteiten van de onderneming een goed alternatief is, laat ik daarom graag in het midden.

5.2 Aanpassingen van de bedrijfsopvolgingsregeling

In juni 2019 zijn er Kamervragen gesteld over de huidige BOR.¹⁶³ Tijdens deze Kamervragen gaf PvdA-lid Nijboer het volgende aan: *“Hele rijke, vermogende families in Nederland nul euro successieheffing betalen. (...) Maar ik vraag de staatssecretaris echt om die regeling nog eens goed tegen het licht te houden en echt te zorgen dat ook vermogende families in Nederland gewoon netjes hun belasting*

¹⁶⁰ T.C. Hoogwout, 'Politiek 'framing' van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet', FTV nr. 6 2019, p. 3.

¹⁶¹ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling*, diss. Tilburg, 2011, p. 519.

¹⁶² O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', WFR 2014/1215, p. 7.

¹⁶³ Plenaire verslag Tweede Kamer, 93e vergadering, Donderdag 13 juni 2019.

afdragen en niet van mazen in de wet profiteren die daar niet voor zijn bedoeld.” Nijboer doelt hierbij op het gebruikmaken van de BOR. De staatssecretaris gaf als reactie op Nijboer aan dat de BOR inderdaad tegen het licht gehouden moet worden. Daarnaast is de BOR opgenomen als onderdeel van het door het Ministerie van Financiën gestarte onderzoek naar bouwstenen voor een beter belastingstelsel. Naar verwachting zullen de uitkomsten van het onderzoek begin 2020 bekend worden.

Om de toepassing van de BOR bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen meer in overeenstemming te brengen met de ratio van de faciliteit zijn er diverse alternatieven. Bij het zoeken naar alternatieven voor de huidige BOR is zo veel mogelijk rekening gehouden met de ratio van de faciliteit en de rechtszekerheid betreffende de invulling van het materiële ondernemingsbegrip bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. Deze alternatieven ter vervanging van de huidige BOR betreffen:

- onroerende zaken bij fictie kwalificeren als beleggingsvermogen;
- versobering/ afschaffing;
- publiceren van een beleidsbesluit.

De genoemde voorstellen tot wijziging van de BOR zullen nader toegelicht worden.

5.2.1 Beleggingsfictie

Een alternatief voor de BOR is de invoering van een beleggingsfictie. Alberts is van mening dat een beleggingsfictie zal leiden tot meer rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Voor BV's die onroerende zaken verhuren en/of verkopen is met de huidige BOR niet duidelijk of zij een onderneming drijven met ondernemingsvermogen of beleggingsvermogen. Bij het toepassen van de beleggingsfictie wordt de verhuur en/of verkoop van onroerende zaken bij fictie aangemerkt als beleggingsvermogen. Op deze wijze wordt de rechtsonzekerheid omtrent de kwalificatie van ondernemingsvermogen bij deze BV's weg genomen.¹⁶⁴ Tevens is Alberts van mening dat het deelbeginsel duidelijkheid van het rechtszekerheidsbeginsel op deze wijze juist wordt toegepast. Volgens Alberts is de wet immers maar op één manier voor uitleg vatbaar.

Een beleggingsfictie kan ook juist leiden tot rechtsonzekerheid voor deze BV's met onroerende zaken. Rozendal noemt drie argumenten waarom de beleggingsfictie geen juist alternatief is voor de huidige BOR. Ten eerste wordt de beoogde rechtsvormneutraliteit niet nagestreefd bij het toepassen van een beleggingsfictie. BV's dienen voor de toepassing van de BOR aan te sluiten bij het ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting. De wetgever heeft hier bewust voor gekozen om rechtsvormneutraliteit te bewerkstelligen. Een BV die zich op grond van de vereiste in de inkomstenbelasting kwalificeert als een materiële onderneming met ondernemingsvermogen zal middels de beleggingsfictie toch geen doorgang hebben om de BOR toe te passen. Tevens is Rozendal van mening dat BV van geen enkel fiscaal voordeel nog gebruik kunnen maken als de beleggingsfictie wordt toegepast. Mogelijk leidt dit tot onevenredige nadelige behandeling voor BV's met onroerende zaken. Bovendien zullen middels de

¹⁶⁴ P.G.H. Albert, 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij de verhuur van vastgoed', *WFR* 2016/184, p. 5.

beleggingsfictie de liquidatieproblemen niet opgelost worden. BV's die een portefeuille met onroerende zaken hebben, kunnen nog steeds in continuïteitsproblemen terecht komen.¹⁶⁵

Ter verduidelijking van de eerder gegeven argumenten van Rozendal merkt Rozendal het volgende op; belastingplichtigen kunnen door het invoeren van de beleggingsfictie niet meer vertrouwen op de fiscale gevolgen van de gekozen rechtsvorm. Het is de vraag of de belastingplichtigen de fiscale gevolgen nog kunnen overzien. De handelingsvrijheid zal in het geding komen. Met de onevenredige nadelige behandeling voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen bedoelt Rozendal voornamelijk dat de BV's op geen enkele wijze in aanmerking kunnen komen voor de toepassing van de BOR. Bovendien zullen deze BV's voor verschillende belastingmiddelen anders aangemerkt worden, wat zal leiden tot rechtsonzekerheid.¹⁶⁶

Mijns inziens is het de vraag of een beleggingsfictie in overeenstemming is met het doel van de BOR. Een beleggingsfictie is immers een alles-of-niets-benadering en komt daarmee niet overeen met het doel van de BOR. Wanneer de BOR niet toegepast kan worden bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen, dan kan alsnog de belastingheffing leiden tot continuïteitsproblemen.

Wanneer er gekozen wordt voor een beleggingsfictie is het raadzaam om een tegenbewijsregeling op te nemen om het alles-of-niets-karakter te verzachten en meer toe te komen aan een faciliteit die reële bedrijfsoverdrachten niet uitsluit. Daarbij ben ik van mening dat een wetsfictie zal leiden tot problemen betreffende de bewijslast. Het is niet altijd even gemakkelijk om het bewijs aan te leveren om een wetsfictie niet toe te passen. Bovendien is het onzeker in welke mate bewijs moet worden geleverd en hoe dit bewijs beoordeeld zal worden. Rechtsonzekerheid zal middels een wetfictie naar mijn mening niet geboden worden voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen.

Indien er geen beleggingsfictie wordt opgenomen in de wetgeving maar juist een fictie dat verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van onroerende zaken per definitie kwalificeert als een materiële onderneming (ondernemingsfictie) komt dit naar mijn mening het algehele belastingstelsel niet ten goede. Naast de verhuur, ontwikkeling en/of verkoop van onroerende zaken binnen de BV, worden ook andere belastingplichtige met onroerende zaken aangemerkt als een materiële onderneming bij de invoering van een ondernemingsfictie. De onroerende zaken van een particuliere belegger zijn hierdoor belast in box 1, terwijl de onroerende zaken wellicht passief verhuurd worden. Dit zal voor particuliere beleggers die geen of nauwelijks rendementen behalen met de onroerende zaken betekenen dat hun onroerende zaak gekwalificeerd wordt als een onderneming. De particulieren beleggers zullen middels deze fictie met de onroerende zaken meer inkomstenbelasting verschuldigd zijn en dienen een balans en winst- en verliesrekening op te stellen. Ik vind dit voor een particuliere belegger zeer grote nadelige gevolgen van een ondernemingsfictie bij onroerende zaken.

¹⁶⁵ A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', *WFR* 2016/127, p. 5-6.

¹⁶⁶ A. Rozendal, 'De (on)wenselijkheid van een beleggingsfictie voor vastgoed in de BOF; een verduidelijking', *WFR* 2016/214, p. 1-2.

5.2.2 Versoberen/afschaffing

De huidige BOR staat in zijn algemeenheid onder druk, maar zeker voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. De faciliteit wordt in de kamerstukken gezien als "te gunstig". De wetgever zou de BOR kunnen versoberen of laten vervangen door een betalingsregeling. In 2014 stelde de Staatssecretaris van Financiën voor om de BOR te versoberen middels een lager vrijgesteld percentage of het opnemen van een betalingsregeling.¹⁶⁷ Naar aanleiding van dit voorstel ontstond er onrust bij politieke partijen. Dit heeft ertoe geleid dat de Staatssecretaris heeft aangegeven dat binnen de kabinetsperiode geen verandering betreffende de BOR doorgevoerd zou worden.¹⁶⁸

Indien er gekozen wordt voor een lager percentage vrijstelling bij de huidige BOR zal dit naar mijn mening er niet toe leiden dat mogelijke liquiditeitsproblemen worden voorkomen. Enkel worden de liquiditeitsproblemen verminderd. Van de vrijstellingsfaciliteit van de BOR kan gebruik worden gemaakt ook als de belastingheffing niet leidt tot liquiditeitsproblemen. Dit leidt tot een korting die gegeven wordt door de Belastingdienst, zonder dat er reden toe is.

Een andere kanttekening bij versobering van de BOR is dat de solvabiliteit en de werkgelegenheid in gevaar kunnen komen. Er is bij verlaging van het percentage van de BOR bij overlijden meer erfbelasting verschuldigd, die mogelijk niet voldaan kan worden door de erfgenamen. Liquiditeitsproblemen kunnen zich nog steeds voordoen. BV's met onroerende zaken beschikken veelal niet over voldoende liquiditeiten waarmee de belastingen direct voldaan kunnen worden. De gelden zijn immers geïnvesteerd in onroerende zaken die vaak niet snel liquide gemaakt kunnen worden.

In de literatuur wordt gepleit voor een faciliteit bij bedrijfsopvolging die ook daadwerkelijk liquiditeitsproblemen kan voorkomen.¹⁶⁹ De huidige BOR betreft een vrijstelling die niet noodzakelijk is en soms gezien wordt als willekeur en mede daarom haar rechtvaardigheid verliest. Middels afschaffing van de BOR en een invoering van een betalingsregeling voor de successiewet kunnen liquiditeitsproblemen weggenomen worden bij BV met een portefeuille bestaande uit onroerende zaken.¹⁷⁰

Bij de invoering van een betalingsregeling kan een keuze gemaakt worden tussen een generieke betalingsregeling of een specifieke betalingsregeling. Op het moment dat er sprake is van een generieke betalingsregeling, zullen de liquiditeitsproblemen van BV's waarbij de onroerende zaken gekwalificeerd worden als beleggingsvermogen weggenomen worden. Wanneer er gekozen wordt voor een specifieke betalingsregeling is het van belang op welke eisen deze betalingsregeling gebaseerd is. Zodra deze betalingsregeling gebaseerd is op de vereiste van het drijven van een materiële onderneming met ondernemingsvermogen, dan kan de betalingsregeling voor deze BV's nog steeds leiden tot rechtsonzekerheid en mogelijke liquiditeitsproblemen. De BV's die niet in aanmerking komen voor de betalingsregeling zijn genooddaakt om onroerende zaken te verkopen om

¹⁶⁷ Brief van de Staatssecretaris 25 april 2014 aan de Tweede Kamer.

¹⁶⁸ Brief Staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2014 AFP/2014/590.

¹⁶⁹ Zie o.a. O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *WFR* 2014/1215, p. 7. en A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, p. 7.

¹⁷⁰ Zie o.a. O.P.M. Adriaansens en A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *WFR* 2014/1215, p. 7. en A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5, p. 7.

de belastingen te kunnen voldoen bij een bedrijfsoverdracht. Doormiddel van uitstel van betaling op basis van andere vereisten komt de ratio van de BOR meer tot haar recht. Een mogelijke vereiste voor uitstel van betaling kan zijn het ontbreken van middelen om de successiebelasting te voldoen. Indien er uitstel van betaling wordt verleend zullen zowel BV's met onroerende zaken die voldoen aan de huidige BOR als BV's met onroerende zaken die hier niet aan voldoen, niet in liquiditeitsproblemen komen.

5.2.3 Publicatie beleidsbesluit

Mocht de wetgever de huidige BOR niet aanpassen met betrekking tot het materiële ondernemingsbegrip voor BV's met onroerende zaken, dan is het gewenst dat de Staatssecretaris van Financiën zijn visie betreffende het toepassen van de BOR bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen kenbaar maakt middels duidelijke criteria, zodat de rechtsonzekerheid bij deze BV's in ieder geval weggenomen wordt. Dit kan bewerkstelligd worden middels een publicatie van een beleidsbesluit. Ondanks dat op deze wijze wellicht niet het doel van de BOR nagestreefd wordt, zal wel de open norm van meer dan normaal vermogensbeheer voor deze BV's concreter worden. Momenteel gaan de bedrijfsoverdrachten van BV's met onroerende zaken gepaard met te veel rechtsonzekerheid, kosten, tijdsduur en rechterlijke beslissingen. Een beleidsbesluit zal hier zeker een positieve bijdrage aan kunnen leveren, maar er zullen hoogst waarschijnlijk ook diverse reële bedrijfsoverdrachten niet gefaciliteerd worden die in de praktijk wel kwalificeren als een reële bedrijfsoverdracht. Impliciet wordt middels een publicatie van een beleidsbesluit de omstandighedencatalogus ingevoerd.

5.2.4 Eigen aanbeveling

Mijn voorkeur gaat uit naar een specifieke betalingsregeling. Indien een generieke betalingsregeling toegepast wordt, zal elke onderneming gebruik kunnen maken van de betalingsregeling. Het is dan de vraag of enkel reële bedrijfsoverdrachten nog gefaciliteerd worden. Aan de andere kant wordt middels een betalingsregeling getracht om de fiscale prikkel van de BOR weg te nemen. BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen en die daadwerkelijk in liquiditeitsproblemen komen, zullen voornamelijk gebruik maken van de betalingsregeling.

Ik hoop dat de wetgever de huidige BOR omvormt in een rentedragende betalingsregeling die steunt op de liquiditeit van een onderneming. Het bezitten van ondernemingsvermogen voor de toepassing van de faciliteit komt op deze wijze te vervallen. De liquiditeit van de onderneming toont aan of uitstel van betaling wordt verleend. Mogelijk kan het uitgangspunt 'wijze van financiering' dat in de Praktijkhandreiking is opgenomen, meewegen bij de beoordeling van het verlenen van uitstel van betaling.¹⁷¹ De verhouding van eigen vermogen en vreemd vermogen zal uitwijzen of er risico gelopen wordt op liquiditeitsproblemen. Bovendien zullen jaarrekeningen van desbetreffende BV een beeld geven van hoeveel liquiditeiten de BV met onroerende zaken heeft om de belastingheffing te voldoen. Ik stel daarom voor dat bij het verlenen van uitstel van belasting de vijf afgelopen jaarrekeningen aangeleverd dienen te worden.¹⁷² Op deze wijze worden mijns inziens BV's met onroerende zaken die daadwerkelijk in liquiditeitsproblemen komen, voorzien middels een faciliteit in de successiewet. De

¹⁷¹ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten van 9 december 2016, p. 5.

¹⁷² Hier kunnen uiteraard uitzonderingen op van toepassing zijn.

invulling van het materiële ondernemingsbegrip is hierdoor niet meer relevant, wat uitkomst biedt voor de rechtszekerheid van BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen.

In het verleden werd ook gebruik gemaakt van een betalingsregeling voor bedrijfsoverdrachten. In 1997 heeft de wetgever ervoor gekozen om gebruik te maken van een betalingsregeling met een kwijtscheldingsregeling. Het kerndoel hiervan was om financiële problemen te voorkomen die de continuïteit van ondernemingen in gevaar zouden kunnen brengen. De noodzaak om een betalingsregeling deels om te zetten in een kwijtschelding is niet onderbouwd. Het lijkt erop dat de wetgever gekozen heeft voor een kwijtscheldingsregeling gezien de budgettaire ruimte. Mijns inziens is een kwijtscheldingsregeling, dan wel een voorwaardelijke vrijstelling, niet het geschikte middel om te voldoen aan de kerndoelstelling; liquiditeitsproblemen voorkomen bij bedrijfsoverdrachten en zeker in het licht van bedrijfsoverdrachten met onroerende zaken. Het doel van de faciliteit is immers niet om de belastingclaim te verlagen, maar daadwerkelijk liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingbetaling op te lossen. Dit kan bij uitstek middels uitstel van betaling worden bewerkstelligd.

Nadelen van een betalingsregeling kunnen zijn dat de openstaande belastingschuld kan leiden tot een concurrentienadeel. Door de verplichting van het voldoen van de betalingsregeling kan er een groeibeperking van de BV met onroerende zaken ontstaan. Er is minder geld over voor investeringen, ontwikkeling en verduurzaming e.d. van de onroerende zaken. Daarnaast kan ik mij voorstellen dat een belastingschuld ertoe kan leiden dat financiering door een externe partij lastiger verleend zal worden. Ook dit kan de groei van BV's met onroerende zaken beperken.

5.3 Deelconclusie

BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen worden veelal uitgesloten van het toepassen van de BOR omdat zij niet voldoen aan het materiële ondernemingsbegrip. Hierdoor vallen deze BV's niet onder de doelstelling van de BOR; de continuïteit van ondernemingen bij bedrijfsoverdracht krachtens erfrecht of schenking zo min mogelijk te belemmeren. Met als gevolg dat vele BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen in liquiditeitsproblemen kunnen komen bij bedrijfsoverdracht. Men kan zich daarom afvragen of het materiële ondernemingsbegrip wel een adequaat criterium is voor de toepassing van de huidige BOR. Aansluiting bij de indeling van de economische activiteiten die, gelet op hun doel van de onderneming, in aanmerking komen voor de toepassing van de BOR zal mijns inziens een betere invulling zijn voor het bewerkstelligen van reële bedrijfsoverdrachten bij de toepassing van de BOR voor desbetreffende BV's.

Aanbevelingen om de BOR voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen meer in overeenstemming met de doelstelling te brengen, waarbij BV's met onroerende zaken ook kunnen profiteren van de faciliteit, kan bewerkstelligd worden door het invoeren van een rentedragende betalingsregeling of een beleggingsfictie met tegenbewijsregeling. Mijn voorkeur gaat uit naar een rentedragende uitstel van betaling waarbij de liquiditeit en de wijze van financiering van het vermogen in de onderneming meewegen. Middels een betalingsregeling wordt mijns inziens aangesloten bij de ratio van de BOR, te weten liquiditeitsproblemen en zullen enkel BV's met onroerende zaken die in liquiditeitsproblemen komen gebruik kunnen maken van de faciliteit. Het materiële ondernemingsbegrip zal niet meer meewegen als vereiste voor de toepassing van de BOR. Daarnaast staat de mogelijkheid open dat de Staatssecretaris van Financiën een beleidsbesluit publiceert met daarin duidelijk genoemd welke criteria meewegen bij de beoordeling of de BOR

toegepast kan worden bij deze BV's. Middels een beleidsbesluit zullen hoogst waarschijnlijk ook diverse reële bedrijfsoverdrachten niet gefaciliteerd worden die in de praktijk wel kwalificeren als een reële bedrijfsoverdracht.

Hoofdstuk 6 Conclusie

De probleemstelling die in dit onderzoek centraal staat is als volgt: *Op welke wijze kan de invulling van het materiële ondernemingsbegrip als vereiste van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 bij vastgoedvennootschappen meer in overeenstemming gebracht worden met de gewenste rechtszekerheid bij de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956?*

De BOR is in de Nederlandse wetgeving opgenomen met het doel om de continuïteit van ondernemingen bij bedrijfsoverdracht krachtens erfrecht of schenking zo min mogelijk te belemmeren. De gedachte van de wetgever hierachter was dat zonder de toepassing van de BOR ondernemingen bij bedrijfsoverdracht in liquiditeitsproblemen zouden kunnen komen. Tevens wordt middels de BOR beoogd om de werkgelegenheid en de economische diversiteit op peil te houden.

De BOR is enkel gericht op reële bedrijfsoverdrachten. Om deze reden gaat de toepassing van de (gedeeltelijke) voorwaardelijke vrijstelling van de BOR gepaard met cumulatieve voorwaarden. Deze voorwaarden zijn dat de onderneming gedreven dient te worden met ondernemingsvermogen, de erflater of schenker dient het aanmerkelijk belang ten minste voor een periode van één dan wel vijf jaar in bezit te hebben gehad en de verkrijger dient de aandelen ten minste vijf jaar in bezit te houden.

Daarnaast dient de BV die onroerende zaken verhuurt, ontwikkelt en/of verkoop, gedreven te worden in de vorm van een materiële onderneming. Voor een BV die onroerende zaken verhuurt, ontwikkelt en/of verkoopt en de BOR wilt toepassen, is de beoordeling of er sprake is van een materiële onderneming van groot belang.

Voor de kwalificatie van het materiële ondernemingsbegrip wordt aangesloten bij de uitleg van het begrip in de inkomstenbelasting. Een materiële onderneming omvat een duurzame onderneming die gericht is om met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijke productieproces met het oogmerk om winst te behalen.

Per onroerende zaak dient getoetst te worden of de ondernemingsactiviteit (het verhuren, ontwikkelen en/of verkopen van onroerende zaken) kwalificeert als een materiële onderneming. Wanneer er sprake is van een materiële onderneming dan is er doorgang tot het toepassen van de BOR. Om een BV met onroerende zaken te laten kwalificeren als een materiële onderneming waarvan de ondernemingsactiviteiten vallen onder meer dan normaal vermogensbeheer dient er aannemelijk gemaakt te worden dat de verrichte arbeid qua aard en omvang meer heeft omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is (arbeid-plus). Deze verrichte arbeid dient er eveneens op gericht te zijn om een hoger rendement te behalen dan bij normaal vermogensbeheer (rendement-plus).

Om te bepalen of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer wegen alle feiten en omstandigheden per geval mee. Hierbij kan, ingevolge de jurisprudentie, stilgestaan worden bij de omvang van de portefeuille van de onroerende zaken, de kwantitatieve en kwalitatieve arbeid die verricht is, het behaalde netto rendement en het indirecte rendement. Dit betreft meerdere feiten en omstandigheden die verschillen per geval.

De huidige vereisten van de BOR voldoen momenteel niet aan het rechtszekerheidsbeginsel. De toepassing van de BOR voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen is niet

kenbaar en berekenbaar genoeg. Het theoretische kader is middels het arrest van Hoge Raad op 17 augustus 1994 duidelijk. Echter, de invulling van het materiële ondernemingsbegrip voor BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen blijft in de praktijk lastig doordat er geen eenduidige lijn in de jurisprudentie aanwezig is met de factoren die meewegen. Dit leidt tot rechtsonzekerheid voor desbetreffende BV's. Dit beperkt de handelingsvrijheid van de belastingplichtigen. Zij weten immers niet wat de rechtsgevolgen zijn van hun handelen.

De Belastingdienst heeft de Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten gepubliceerd om meer inzicht te verschaffen in de punten die volgens hun meewegen bij de beoordeling of BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen de BOR kunnen toepassen. Echter, de Praktijkhandreiking bindt enkel de belastinginspecteur. De rechter blijft de instantie die per geval zal toetsen of er doorgang is tot het toepassen van de BOR.

In de literatuur wordt aangegeven dat de omstandighedencatalogus een mogelijke oplossing kan zijn om de rechtsonzekerheid rondom de kwalificatie van de toepassing van de BOR bij desbetreffende BV's weg te nemen. Middels een omstandighedencatalogus wordt getracht dat de rechtelijke macht een systematischere onderbouwing toepast bij de beoordeling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. De uitspraak van de rechter zal op deze manier gedwongen systematisch alle relevante omstandigheden benoemen. Dit komt ten gunste van de rechtszekerheid bij de toepassing van de BOR.

Er kleven ook nadelen aan het toepassen van de omstandighedencatalogus. De omvang van de omstandighedencatalogus is beperkt waardoor er in werkelijkheid meer relevante feiten en omstandigheden kunnen meespelen bij de beoordeling of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer dan die uit de omstandighedencatalogus voortvloeien. Daarnaast kan de omstandighedencatalogus door de tijd heen achterhaald worden, gezien de begrippen beleggen en ondernemen die worden ingevuld door wat in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is.

De omstandighedencatalogus is mijns inziens geen geschikt middel als verbetering van de invulling van het materiële ondernemingsbegrip van BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen. De omstandighedencatalogus komt naar mijn mening in grove lijnen neer op een stroomschema waarin geen ruimte is voor bijzondere gevallen. BV's met onroerende zaken kunnen dan alsnog buiten de toepassing van meer dan normaal vermogensbeheer vallen terwijl er in de praktijk mogelijk wel sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Er is geen ruimte voor het aannemelijk maken van meer dan normaal vermogensbeheer naast de genoemde punten die zijn opgenomen in de omstandighedencatalogus.

Door de rechtsonzekerheid ten gevolge van de invulling van het materiële ondernemingsbegrip bij de toepassen van de BOR bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen kan men zich afvragen of de huidige BOR juist is vormgegeven. De BOR is ingevoerd om de continuïteit van ondernemingen bij bedrijfsoverdracht krachtens erfrecht of schenking zo min mogelijk te belemmeren. Wanneer niet duidelijk is of de BOR toegepast kan worden, weten BV's met onroerende zaken die overgedragen worden en mogelijk kampen met liquidatieproblemen niet of zij gefaciliteerd kunnen worden. Met als gevolg dat vele BV's met onroerende zaken in liquiditeitsproblemen komen. Aanbevelingen om die invulling van het materiële ondernemingsbegrip aan te passen zodat er meer rechtszekerheid is voor BV's met onroerende zaken en reële bedrijfsoverdrachten daadwerkelijk gefaciliteerd kunnen worden, kan bewerkstelligd worden door het versoberen dan wel afschaffen van

de vrijstelling en het invoeren van een rentedragende betalingsregeling die steunt op de liquiditeit van een onderneming. Middels een rentedragende betalingsregeling, waarbij de liquiditeit en de wijze van financiering van het vermogen in de onderneming meewegen, kan ertoe leiden dat bedrijfsoverdrachten met onroerende zaken gefaciliteerd kunnen worden in de vorm van voorkomen van liquiditeitsproblemen. Het materiële ondernemingsbegrip zal niet meer meewegen als vereiste voor de toepassing van de BOR.

Een ander mogelijk om meer rechtszekerheid te bieden aan deze BV's en de facilititeit in overeenstemming te brengen met de ratio van de BOR kan geboden worden middels een beleggingsfictie met tegenbewijsmogelijkheid. BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen hebben middels de beleggingsfictie geen doorgang tot het toepassen van de BOR, tenzij aannemelijk gemaakt wordt dat de BV een materiële onderneming drijft met ondernemingsvermogen en voldoet aan de andere gestelde voorwaarden van de BOR.

Daarnaast staat de mogelijkheid nog open dat de wetgever meer zekerheid biedt aan deze BV's middels een publicatie van een beleidsbesluit. De Staatssecretaris van Financiën kan middels het beleidsbesluit zijn visie betreffende het toepassen van de BOR bij BV's die onroerende zaken verhuren, ontwikkelen en/of verkopen kenbaar maken met duidelijke criteria, zodat de rechtsonzekerheid bij deze BV's in ieder geval weggenomen wordt en kosten, tijdsduur en rechtelijke beslissingen verminderd zullen worden. Echter, een beleidsbesluit komt impliciet neer op het invoeren van een omstandighedencatalogus. Hierdoor zullen hoogst waarschijnlijk ook diverse reële bedrijfsoverdrachten niet gefaciliteerd worden die in de praktijk wel kwalificeren als een reële bedrijfsoverdracht.

Literatuurlijst

Boeken:

- Albregtse, D.A. e.a. (2018), *Cursus belastingrecht: Inkomstenbelasting 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018.
- Elswier, F.J. en Stevens (2018), S.A., *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2018.
- Freudental, R.M. (2012), *Resultaat uit overige werkzaamheden*, Fiscale monografieën 103, Deventer: Kluwer 2012.
- Gribnau, J.L.M. (2006), *Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving*, in A.C. Rijkers & H. Vording, Vijf jaar Wet IB 2001, Kluwer: Deventer 2006.
- Hageman, E.P. e.a. (2019), *Fiscale geschriften bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, NDFR, bijgewerkt tot 13 mei 2019 (online).
- Hoogeveen, M.J. (2011), *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, diss. Tilburg, 2011.
- Niet, H.A.P.J. te (2007), *Het beleggingsbegrip in de indirecte belastingen*, diss. Leiden, 2007.
- Vijfeijken, I.J.F.A. van en Gubbels, N.C.G. (2018), *Cursus Belastingrecht: Schenk- en Erfbelasting 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018.

Artikelen:

- Adriaansens, O.P.M. en Rozendal, A. (2014), 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *WFR* 2014/1215.
- Albert, P.G.H. (2016), 'De maatstaf voor onderscheid tussen onderneming en belegging bij verhuur van vastgoed', *WFR* 2016/184.
- Beer, A.M.A. de (2015), 'Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten', *WFR* 2015/1319.
- Beer, A.M.A. de (2019), 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5.
- Beer, A.M.A. de en Hoogeveen, M.J. (2019), 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.5.
- Berkhout, T.M. (2010), 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', *NTFR* 2010/1225.
- Berkhout, T.M. en Lubberts, A.O. (2015), 'Het arrest als praktijkhandleiding', *WFR* 2015/1546.
- Berkhout, T.M. en Hoogeveen, M.J. (2015), 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4.
- Bruijsten, C. (2002), 'De verhouding tussen rechtsbeginselen en belastingwetgeving', *WFR* 2002/715.
- Bruijsten, C. (2004), 'Kwalificatie van beleggingsvastgoed in de inkomstenbelasting', *WFR* 2004/261.
- Dijck, J.E.A.M. van (1976), 'Vermogensbeheer', *WFR* 1976/5258.
- Dijck, J.E.A.M. van (2006), 'Onduidelijke wettelijke begrippen', *WFR* 2006/1129.
- Heldens, J.A.L. (2018), 'De Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten: kommer en kwel voor de vastgoedexploitant!?', *WFR* 2018/45.
- Hellema, H.J. (1960), 'De rechtszekerheid in het belastingrecht', *WFR* 1960/418.
- Hoogeveen, M.J. (2014), 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed', *FBN* 2014/10-46.

- Hoogwout, T.C. (2018), 'Fictieve materiële onderneming bij verhuur van onroerende zaken', *FTV* nr. 7-8 2018.
- Hoogwout, T.C. (2019), 'Politiek 'framing' van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet', *FTV* nr. 6 2019.
- Kooiman, W.R. (2014), 'Fiscaal faciliteren van vastgoed: een wankel evenwicht', *NTFR* 2014/8.
- Reuvers, M.R. (1986), 'Beginselen van behoorlijke wetgeving', *FED* 1986/1041.
- Rozendal, A. (2015), 'Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting', *NTFR* 2015/3.
- Rozendal, A. (2016), 'Bedrijfsopvolging en vastgoedvennootschappen: einde van een discussie?', *WFR* 2016/127.
- Rozendal, A. (2016), 'De (on)wenselijkheid van een beleggingsfictie voor vastgoed in de BOF; een verduidelijking', *WFR* 2016/214.
- Rozendal, A. (2018), 'Vermogensetikettering van vastgoed in bedrijfsopvolgingssituaties', *WFR* 2018/53.
- Rozendal, A. (2019), 'Rendement +', *NTFR* 2019/525.
- Stevens, S.A. (2010), 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', *TFO* 2010/35.
- Telkamp, G. (1976), 'Beleggen of ondernemen. Artikel 11 Besluit IB', *WFR* 1976/1118.
- Verstijnen, W. en Beukelaer, R.J.F. de (2019), 'Aanmerkelijk belang en overlijden', *Het Register* 2019/01.
- Vuuren, A.Q.C. van (2011), 'Meer dan normaal vermogensbeheer: mag het een beetje meer zijn?', *Forfaitair* 2011/211.
- Zwemmer, J.W. (2000), 'Bedrijfsopvolging in de Successiewet 1956', *WPNR* 2000/6391.

Parlementaire stukken:

- Kamerstukken II, 1979/80, 15 516, nr. 11.
- Kamerstukken II, 1997/98, 24 428, nr. 3.
- Kamerstukken II, 1997/98, 25 688, nr. 3.
- Kamerstukken II, 1997/98, 25 688, nr. 6.
- Kamerstukken II, 1998/99, 26 727, nr. 3.
- Kamerstukken II, 1999/00, 26 727, nr. 75.
- Kamerstukken II, 2000/01, 28 015, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2004/05, 29 767, nr. 14.
- Kamerstukken II, 2004/05, 29 767, nr. 58.
- Kamerstukken II, 2005/06, 30 689, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 9.
- Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 13.
- Kamerstukken II, 2009/10, 32 129, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2009/10, 31 930, nr. 13.

Overig:

- Aanbeveling van de Commissie inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, 7 december 1994, 94/1069/EG.
- Besluit van 31 oktober 2005, nr. CPP2005/1272M.
- Brief van de Staatssecretaris 25 april 2014 aan de Tweede Kamer.

- Brief Staatssecretaris van Financiën, 1 juli 2014 AFP/2014/590.
- Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging voor vastgoedexploitanten, Belastingdienst, 1 juni 2016.
- Plenaire verslag Tweede Kamer, 93e vergadering, Donderdag 13 juni 2019.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

- HR 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976/860.
- HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731.
- HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI0481.
- HR 4 mei 2010, ECLI:NL:PHR:2012:BV0662.
- HR 17 september 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BL7968.
- HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633.
- HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396.
- HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396.
- HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:98.

Gerechtshoven

- Gerechtshof Leeuwarden 29 januari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL1777.
- Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083.
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1157.
- Gerechtshof 's-Gravenhage 19 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429.
- Gerechtshof Den Haag, 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794.
- Gerechtshof Amsterdam 14 januari 2020, kenmerk: 18/00282 (nog niet officieel gepubliceerd, geraadpleegd via <https://www.fiscaalconsult.nl/554/bof-van-toepassing-op-schenking-van-aandelen.htm>).