

VASTGOEDPORTEFEUILLE EN DE MATERIËLE ONDERNEMING

Bij meer dan normaal vermogensbeheer



Souad El Addouti
Eindhoven, 15 januari 2018

Vastgoedportefeuille en de materiële onderneming

Bij meer dan normaal vermogensbeheer

Souad El Addouti
Studentnummer: 2558483

Fiscaal recht en economie
Fontys Hogescholen te Eindhoven
Scriptiedocent: mr. G.A.C. Aarts

Trivent accountants & belastingadviseurs
Stagebegeleider: mr. C. Goeman

Eindhoven, 15 januari 2018

VOORWOORD

Voor u ligt mijn afstudeerscriptie ter afsluiting van de opleiding Fiscaal recht en economie aan de Fontys Hogescholen te Eindhoven. Ik ben in september 2014 begonnen aan de opleiding via het pré-turbo pakket. Dit houdt in dat ik het eerste halfjaar van de propedeuse heb mogen overslaan. Ik heb de opleiding als uitdagend, leuk en nuttig ervaren. In de afgelopen 3 jaar heb ik mij op fiscaal gebied maar ook zeker op persoonlijk gebied enorm ontwikkeld.

Mijn afstudeerstage heb ik gelopen bij Trivent accountants & belastingadviseurs te 's-Hertogenbosch. Ik heb een leuke maar vooral zeer leerzame tijd gehad. Naast aangiftewerkzaamheden heb ik ook veel advieswerkzaamheden mogen verrichten. Hierbij wil ik alle collega's van Trivent accountants & belastingadviseurs bedanken voor de leerzame periode.

In het bijzonder wil ik Kees Goeman bedanken voor de begeleiding tijdens de stage en het lezen en geven van feedback op mijn scriptie. Tevens wil ik Jerry Aarts bedanken voor de prettige begeleiding vanuit Fontys Hogescholen, voor het geven van feedback op mijn scriptie en voor zijn snelle reacties. Ook wil ik graag mijn zus, Maryam El Addouti bedanken voor het geven van feedback op mijn scriptie.

Ten slotte wil ik graag mijn familie bedanken voor de steun tijdens de gehele opleiding.

Ik wens u veel plezier met het lezen van mijn scriptie.

Eindhoven, 15 januari 2018

Souad El Addouti

SAMENVATTING

Vastgoed B.V. staat in de casus van deze scriptie centraal. De activiteiten van Vastgoed B.V. bestaan uit het verhuren van vastgoed en uit projectontwikkelingswerkzaamheden. De aandelen van Vastgoed B.V. worden gehouden door Martijn, Henk en Willem; ieder voor 1/3^e deel. Het personeel heeft jarenlange ervaring op het gebied van vastgoed en onderhoudt het contact met de huurders. De onderhouds- en verbouwingswerkzaamheden worden uitbesteed aan 't Houtje B.V. Tom, de zoon van Martijn is enig aandeelhouder van 't Houtje B.V. 't Houtje B.V. is een aannemersbedrijf. Indien Martijn komt te overlijden is in beginsel inkomsten- en erfbelasting verschuldigd. De wetgever biedt echter een mogelijkheid om de belastingclaim door te kunnen schuiven naar de toekomst. Ik doel op de doorschuiffaciliteit in de Wet IB 2001 en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956.

Om aanspraak te kunnen maken op deze faciliteiten dient op grond van art. 4.17a lid 1 sub a Wet IB 2001 en art. 35b SW 1956 sprake te zijn van ondernemingsvermogen. Het moet gaan om een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 of een gedeelte daarvan. Bij het exploiteren van vastgoed dient sprake te zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. In het arrest van 17 augustus 1994 oordeelde de Hoge Raad dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer indien: *"(...) het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan."* Dit hangt echter sterk af van de feiten en omstandigheden en moet in iedere situatie afzonderlijk worden beoordeeld.

De rechters achten de navolgende omstandigheden relevant: kennis en ervaring, omvang van de portefeuille en van de arbeid, aard van de werkzaamheden, het behaalde rendement en de wijze van financiering. Op grond van deze omstandigheden heeft Vastgoed B.V. geen materiële onderneming. Een medebepalende factor is dat de onderhouds- en verbouwingswerkzaamheden zijn uitbesteed (hierop wordt geen toezicht gehouden) en dat de projectontwikkelingswerkzaamheden een sporadisch karakter hebben.

Ik adviseer om Vastgoed B.V. en 't Houtje B.V. te laten fuseren. De vennootschap vormt dan wel een onderneming omdat de werkzaamheden dan in eigen beheer plaatsvinden en de projectontwikkelingswerkzaamheden geen sporadisch karakter meer hebben. In het vervolg van deze scriptie ga ik uit van de situatie na het fuseren van de vennootschappen.

Nu is vastgesteld dat sprake is van een materiële onderneming, moet op grond van de kamerstukken worden beoordeeld welke vermogensbestanddelen behoren tot het ondernemingsvermogen. Eerst maak ik een onderscheid tussen vermogensbestanddelen die behoren tot de verhuur van het onroerend goed en vermogensbestanddelen die behoren tot de projectontwikkeling. De projectontwikkeling kan op zichzelf gezien aangemerkt worden als onderneming. Door het verwachte rendement, het pand in eigen beheer en de onderhouds- en verbouwingswerkzaamheden die in eigen beheer worden verricht kan ook de verhuur aangemerkt worden als materiële onderneming. De beleggingspanden zijn dienstbaar aan de onderneming en worden uitsluitend gebruikt voor de exploitatie van de onderneming. Dit geldt ook voor de liquide middelen, debiteuren, crediteuren en de leningen. De effecten vervullen echter geen functie binnen de onderneming en zijn duurzaam overtollig. Dit houdt in dat op de effecten na, alle vermogensbestanddelen kunnen worden aangemerkt als ondernemingsvermogen.

Bij het overlijden van Martijn kan succesvol aanspraak worden gemaakt op de doorschuiffaciliteit in de Wet IB 2001 en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956.

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

Art.	Artikel
BNB	Beslissingen in Belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
B.V.	Besloten Vennootschap
Etc.	et cetera
FBN	Fiscale Berichten voor het Notariaat
Hof	Gerechtshof
Jo.	Juncto
NDFR	Nederlandse documentatie Fiscaal Recht
NtFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
SW 1956	Successiewet 1956
Wet IB 2001	Wet op de inkomstenbelasting 2001
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	
Samenvatting	
Lijst van gebruikte afkortingen	
Hoofdstuk 1: INLEIDING	1
1.1 Inleiding	1
1.2 Casusbeschrijving	1
1.3 Probleemstelling	1
1.4 Deelvragen	1
1.5 Afbakening	2
1.6 Leeswijzer	2
1.7 Onderzoeksmethode	2
Hoofdstuk 2: CASUSBESCHRIJVING	3
2.1 Inleiding	3
2.2 De casus	3
2.3 Gevolgen overlijden	4
2.4 De praktijk	5
Hoofdstuk 3: WANNEER KWALIFICEERT EEN VASTGOEDPORTEFEUILLE ALS EEN MATERIËLE ONDERNEMING OP GROND VAN JURISPRUDENTIE EN DOCTRINE?	6
3.1 Inleiding	6
3.2 Onderscheid vastgoedbelegger en vastgoedondernemer	6
3.2.1 <i>Meer dan normaal vermogensbeheer</i>	6
3.2.2 <i>Meerwaardecriterium</i>	7
3.2.3 <i>Propertywerkzaamheden</i>	7
3.3 Recente jurisprudentie	8
3.3.1 <i>Gerechtshof Den Haag 20 december 2013</i>	8
3.3.2 <i>Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014</i>	10
3.3.3 <i>Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013</i>	10
3.3.4 <i>Hoge Raad 10 maart 2017</i>	10
3.3.5 <i>Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015</i>	12
3.3.6 <i>Rechtbank Den Haag 15 juli 2016</i>	14
3.4 Deelconclusie	15

Hoofdstuk 4: PRAKTIJKHANDREIKING BEDRIJFSOPVOLGING VASTGOEDEXPLOITANTEN	17
4.1 Inleiding	17
4.2 WOB-verzoek.....	17
4.3 Bewijslast en uitgangspunten voor beoordeling.....	17
4.4 Omvangrijke vastgoedportefeuille	18
4.4.1 <i>Direct en indirect rendement</i>	18
4.4.2 <i>Kennis en ervaring</i>	19
4.4.3 <i>Projectontwikkeling</i>	19
4.5 Buffervermogen	19
4.6 Deelconclusie.....	20
Hoofdstuk 5: HOE VINDT VERMOGENSETIKETTERING INZAKE DE MATERIËLE ONDERNEMING VOOR DE BEDRIJFSOPVOLGINGSFACILITEITEN PLAATS?	21
5.1 Inleiding	21
5.2 Objectieve onderneming.....	21
5.2.1 <i>Onderneming of resultaat uit overige werkzaamheden</i>	21
5.3 Vermogensbestanddelen etiketteren	22
5.4 Deelconclusie.....	23
Hoofdstuk 6: CONCLUSIE	25
6.1 Inleiding	25
6.2 Conclusie Vastgoed B.V.	25
6.3 Advies fusie.....	26
6.4 Praktijkhandreiking.....	27
6.5 Vermogensetikettering.....	28
Literatuurlijst	
BIJLAGE 1: Verklaring van authenticiteit	

HOOFDSTUK 1: INLEIDING

1.1 INLEIDING

Aan de hand van een praktijkcasus onderzoek ik in hoeverre een vastgoedportefeuille als materiële onderneming aangemerkt kan worden voor toepassing van de doorschuiffaciliteit in de Wet op de inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956). In de tweede paragraaf van dit hoofdstuk vermeld ik de aanleiding en het doel van dit onderzoek. Vervolgens komen de probleemstelling en de deelvragen aan de orde. De afbakening is te lezen in paragraaf 1.5 en de leeswijzer in paragraaf 1.6. Ten slotte volgt de onderzoeksmethode in paragraaf 1.7.

1.2 AANLEIDING

Bij het overlijden van een aandeelhouder verkrijgen de erfgenamen de aandelen in de vennootschap. Op grond van artikel 4.16 lid 1 sub e Wet IB 2001 is dan sprake van een fictieve vervreemding. Over het verschil tussen de waarde van de aandelen op het moment van overlijden en de verkrijgingsprijs van de aandelen is 25% inkomstenbelasting verschuldigd. Daarnaast is nog eens 10% tot 20% erfbelasting (na aftrek van eventuele vrijstellingen) verschuldigd over de verkrijging. Dit is een gecombineerde belastingdruk van ongeveer 40%. De inkomstenbelastingclaim kan onder bepaalde voorwaarden worden doorgeschoven. Dit kan alleen indien sprake is van een materiële onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001. In de huidige rechtspraak is het echter onduidelijk wanneer exploitatie en ontwikkeling van vastgoed gezien kan worden als het uitoefenen van een materiële onderneming. In de Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten neemt de Belastingdienst het standpunt in dat het exploiteren van vastgoed bijna in geen enkel geval een materiële onderneming vormt. De huidige jurisprudentie laat echter zien dat het exploiteren van vastgoed wel kan leiden tot de constatering dat een materiële onderneming aanwezig is. Het is nog niet geheel duidelijk welke criteria van belang zijn voor het al dan niet aanwezig zijn van een materiële onderneming voor toepassing van de doorschuiffaciliteiten en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

1.3 PROBLEEMSTELLING

De casus in deze scriptie levert de volgende probleemstelling op:

“Hoe kunnen betrokkenen bewerkstelligen dat bij overlijden van een aandeelhouder de activiteiten inzake vastgoed kwalificeren als materiële onderneming en dat zoveel mogelijk vermogen kwalificeert als ondernemingsvermogen voor toepassing van de doorschuiffaciliteit in de Wet op de inkomstenbelasting 2001 en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956?”

1.4 DEELVRAGEN

Om tot beantwoording van de centrale onderzoeksvraag te komen is de hoofdvraag opgedeeld in deelvragen. De volgende deelvragen komen in deze scriptie aan de orde:

1. Wanneer is op grond van jurisprudentie en doctrine sprake van een materiële onderneming in de zin van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956 en de doorschuiffaciliteit in de Wet op de inkomstenbelasting 2001?
2. Wanneer kwalificeert een vastgoedportefeuille als onderneming voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956 en de doorschuiffaciliteit in de Wet op de inkomstenbelasting 2001 op grond van de Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten?
3. Hoe vindt vermogensetikettering inzake de materiële onderneming plaats voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956 en de doorschuiffaciliteit in de Wet op de inkomstenbelasting 2001?

1.5 AFBAKENING

Deze scriptie bevat slechts een onderzoek van de mogelijke kwalificatie van een vastgoedportefeuille als materiële onderneming voor de doorschuiffaciliteit in de Wet IB 2001 en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956. Ik behandel niet de uitwerking van deze faciliteiten. Tevens ga ik alleen in op verkrijgingen door middel van vererving door het overlijden van een aandeelhouder. De gevolgen hebben uiteraard betrekking op de kinderen van alle aandeelhouders.

1.6 LEESWIJZER

Deze scriptie is verdeeld in vier delen. In het inleidend deel behandel ik de probleemstelling met deelvragen, de aanleiding van het onderzoek en de afbakening van het onderwerp. Het tweede deel bestaat uit een uitgebreide casusomschrijving. Deze behandel ik in hoofdstuk twee. Het derde deel bevat het theoretisch gedeelte van de scriptie dat te lezen is in de hoofdstukken drie, vier en vijf. Elk hoofdstuk heeft een deelconclusie met betrekking tot de casus. Tot slot formuleer ik mijn eindconclusie in hoofdstuk zes.

1.7 ONDERZOEKSMETHODE

Ik ben het onderzoek gestart door eerst alle relevante jurisprudentie en doctrine te lezen. Ik maakte gebruik van o. a. de NDFR, Kluwer Navigator, Weekblad Fiscaal Recht, relevante wetteksten 2017, NTFR en het FBN. Tevens heb ik gebruik gemaakt van de Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten die handvatten voor de inspecteur biedt voor de praktijk. Deze methodiek is toegepast op het theoretisch gedeelte van deze scriptie. Na kennisname van deze bronnen kom ik tot een conclusie.

HOOFDSTUK 2: CASUSBESCHRIJVING

2.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk bevat een uitgebreide casusbeschrijving. Deze is te lezen in paragraaf 2.2. In de casus gebruik ik uitsluitend fictieve namen. In paragraaf 2.3 geef ik het verschil tussen het wel en niet toepassen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit en de doorschuiffaciliteit weer om het financieel belang voor de verkrijger van de aandelen te laten zien. Ten slotte komt de problematiek rondom de materiële onderneming en de vastgoedportefeuille in de laatste paragraaf aan de orde.

2.2 DE CASUS

Een besloten vennootschap (hierna: Vastgoed B.V.) exploiteert vastgoed. De activiteiten van Vastgoed B.V. bestaan uit het verhuren van vastgoed en projectontwikkelingswerkzaamheden. De aandelen van Vastgoed B.V. worden gehouden door Martijn, Henk en Willem; ieder voor 1/3^e deel. De intrinsieke waarde van het vermogen van Vastgoed B.V. bedraagt € 21 miljoen. De aandeelhouders hebben ieder een kind aan wie de aandelen uiteindelijk door vererving of schenking toekomen.

De balans van Vastgoed B.V. ziet per 31 december 2016 als volgt uit.

ACTIVA		PASSIVA	
Vaste activa		Eigen vermogen	
<i>Materiële vaste activa</i>		Geplaatst kapitaal	€ 30.000
Vastgoed-beleggingen	€ 10.000.000	Algemene reserve	€ 6.000.000
<i>Financiële vaste activa</i>		Langlopende schulden	
Leningen aan 't Houtje BV	€ 300.000	Leningen o/g	€ 5.000.000
Vlottende activa		Voorzieningen	
<i>Vorderingen</i>		Latente belastingverplichtingen	€ 900.000
Debiteuren	€ 150.000	Overige voorzieningen	€ 820.000
Overige vorderingen en overlopende activa	€ 50.000		
		Kortlopende schulden	
<i>Effecten</i>	€ 500.000	Crediteuren	€ 100.000
		Belastingen en premies sociale verzekeringen	€ 50.000
<i>Liquide middelen</i>	€ 2.000.000	Overige schulden en overlopende passiva	€ 100.000
	€ 13.000.000		€ 13.000.000

De vastgoedbeleggingen bestaan uit zes kantoorpanden en twaalf woningen die uitsluitend worden verhuurd. Voor vijf kantoorpanden is een overeenkomst gesloten waarbij het verwachte rendement 20% zal bedragen. Het gemiddelde rendement dat Vastgoed B.V. behaalt, bedraagt 10% over het eigen vermogen. De netto huuropbrengsten bedragen € 900.000. Vastgoed B.V. heeft in totaal drie personeelsleden in dienst. Het personeel heeft jarenlange ervaring en expertise op het gebied van vastgoed. De personeelsleden besteden in totaal ongeveer 30 uur per week aan de werkzaamheden. Tevens onderhouden zij het contact met de huurders. Vastgoed B.V. heeft een administratieve afdeling waar de huurcontracten worden gemaakt en de huuradministratie wordt bijgehouden. De schoonmaakwerkzaamheden en het klein onderhoud worden in eigen beheer verricht. De verbouwingswerkzaamheden en het groot onderhoud worden uitbesteed. Vastgoed B.V. houdt zich gemiddeld eens in de twee tot drie jaar ook bezig met projectontwikkeling. De post liquide middelen is ontstaan door verkoop van grond in 2015. Vastgoed B.V. heeft het voornemen om in 2017 een vastgoedcomplex te kopen.

Tom, de zoon van Martijn houdt zelf aandelen in een besloten vennootschap, namelijk: Aannemersbedrijf 't Houtje B.V. Hij is enig aandeelhouder van aannemersbedrijf 't Houtje B.V. De verbouwingswerkzaamheden van Vastgoed B.V. worden uitbesteed aan 't Houtje B.V. Het pand waarin 't Houtje B.V. is gevestigd, huurt zij van Vastgoed B.V. Dit pand heeft een boekwaarde van € 3 miljoen. Naast Tom, bestaat het personeel uit een administratief medewerkster/secretaresse en vier medewerkers die onderhouds- en verbouwingswerkzaamheden uitvoeren. Het personeel van 't Houtje B.V. beschikt over jarenlange kennis en ervaring op het gebied van vastgoed. 't Houtje B.V. houdt zich bezig met projectontwikkeling en is voortdurend op zoek naar nieuwe projecten.

Vanaf de datum van oprichting tot het jaar 2014 was 't Houtje B.V. een onderdeel van Vastgoed B.V. De resultaten van 't Houtje B.V. zijn op dit moment slechter dan voorheen. De directie van Vastgoed B.V. en van 't Houtje B.V. hebben het voornemen om 't Houtje B.V. weer een onderdeel te laten zijn van Vastgoed B.V.

De balans van 't Houtje B.V. ziet er per 31 december 2016 als volgt uit.

ACTIVA		PASSIVA	
Vaste activa		Eigen vermogen	
<i>Materiële vaste activa</i>		Geplaatst kapitaal	€ 20.000
Onroerende zaken in ontwikkeling	€ 950.000	Algemene reserve	€ 15.000
Bestelbusjes	€ 80.000		
		Langlopende schulden	
Vlottende activa		Schuld aan Vastgoed B.V.	€ 300.000
<i>Vorderingen</i>		Lening Rabobank	€ 500.000
Debiteuren	€ 70.000		
Overige vorderingen en overlopende activa	€ 50.000	Voorzieningen	
		Overige voorzieningen	€ 350.000
<i>Voorraden</i>			
Voorraad onderhoudsmaterialen	€ 50.000	Kortlopende schulden	
		Crediteuren	€ 50.000
<i>Liquide middelen</i>	€ 100.000	Belastingen en premies sociale verzekeringen	€ 25.000
		Overige schulden en overlopende passiva	€ 40.000
	€ 1.300.000		€ 1.300.000

2.3 GEVOLGEN OVERLIJDEN

Indien Martijn, aandeelhouder van Vastgoed B.V., komt te overlijden is in beginsel 25% inkomstenbelasting¹ verschuldigd over het verschil tussen de verkrijgingsprijs en de werkelijke waarde van de aandelen. Het overlijden van een aandeelhouder wordt op grond van artikel 4.16 lid 1 sub e Wet IB 2001 namelijk gezien als een fictieve vervreemding. Naast de inkomstenbelasting van 25% is nog 20%² erfbelasting verschuldigd (na toepassing van de vrijstelling van artikel 35b SW 1956) over de verkrijging, indien en voor zover deze meer bedraagt dan € 122.269. Het tarief van 10% is van toepassing op verkrijgingen tot € 122.269.

In de Wet IB 2001 en de SW 1956 bestaan echter faciliteiten waardoor de belastingdruk aanzienlijk daalt. Ik doel op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (hierna: BOF) en de doorschuiffaciliteit. De BOF en de doorschuiffaciliteit kunnen alleen van toepassing zijn indien sprake is van een materiële onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001.

¹ Artikel 2.12 Wet op de inkomstenbelasting 2001

² Artikel 24 Successiewet 1956

Indien Tom aanspraak kan maken op deze faciliteiten wordt de fiscale claim van 25% inkomstenbelasting doorgeschoven naar de toekomst. De Successiewet verleent een vrijstelling van € 1.063.479 per onderneming (in casu dus € 354.493 per aandeelhouder) en voor 83% van het meerdere.

Ter illustratie geef ik het cijfermatige verschil weer van het al dan niet kunnen toepassen van de BOF en de doorschuiffaciliteit. De berekening is gebaseerd op de commerciële activa en passiva van Vastgoed B.V.

	Geen BOF	Wel BOF
Inkomstenbelasting		
Waarde onderneming Martijn	€ 7.000.000	€ 7.000.000
Verkrijgingsprijs Martijn	€ 10.000	
	€ 6.990.000	
Inkomstenbelasting box 2	€ 1.747.500	
Door te schuiven belastingclaim		€ 7.000.000
Successiewet		
Waarde onderneming	€ 5.252.500	€ 7.000.000
Vrijstelling op grond van art. 35b SW		€ 354.493
	€ 5.252.500	€ 6.645.507
83% vrijstelling op grond van art. 35b SW		€ 5.515.771
	€ 5.252.500	€ 1.129.736
latentie 6,25%* op grond van art. 20 lid 5 en 6 SW		€ 70.508
		€ 1.059.229
Vrijstelling erfbelasting art. 32 lid 1 sub c SW	€ 20.209	€ 20.209
	€ 5.232.291	€ 1.039.020
10%	€ 12.190	€ 12.190
20%	€ 1.022.078	€ 183.423
Verschuldigde erfbelasting	€ 1.034.268	€ 195.614
Totaal te betalen belasting	€ 2.781.768	€ 195.614

*	
Belastinglatentie 6,25% van vervreemdingsvoordeel	€ 436.875
Belaste waarde aandelen	€ 1.129.736
Evenredig deel belastinglatentie	€ 70.508 ³

2.4 DE PRAKTIJK

Het exploiteren van vastgoed en het verhuren daarvan wordt in de meeste gevallen aangemerkt als beleggingsactiviteit. De recente jurisprudentie laat echter een reeks van gevallen zien waarin vastgoedactiviteiten wel worden aangemerkt als een materiële onderneming. De huidige jurisprudentie is niet bepaald eenduidig en het is niet helder welke criteria doorslaggevend zijn. In de volgende hoofdstukken besteed ik aandacht aan de vraag of Vastgoed B.V. een materiële onderneming drijft en in hoeverre betrokkenen aanspraak zou kunnen maken op de BOF en de doorschuiffaciliteit. Tevens kijk ik naar hoe betrokkenen kunnen bewerkstelligen dat de faciliteiten van toepassing kunnen zijn op zoveel mogelijk vermogen van de vennootschap.

³ Hoge Raad 14 april 2017, nr. 16/02345, NTFR 2017/1170

HOOFDSTUK 3: WANNEER KWALIFICEERT EEN VASTGOEDPORTEFEUILLE ALS EEN MATERIËLE ONDERNEMING OP GROND VAN JURISPRUDENTIE EN DOCTRINE?

3.1 INLEIDING

De deelvraag *“Wanneer is op grond van jurisprudentie en doctrine sprake van een materiële onderneming in de zin van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956 en de doorschuiffaciliteit in de Wet op de inkomstenbelasting 2001?”* komt in dit hoofdstuk aan de orde. In paragraaf 3.2 behandel ik het onderscheid tussen een vastgoedbelegger en een vastgoedondernemer. Vervolgens behandel ik recente jurisprudentie waarin naar voren komt welke feiten en omstandigheden van belang zijn voor de kwalificatie van een materiële onderneming. Ten slotte vermeld ik in paragraaf 3.4 de deelconclusie met betrekking tot de casus.

3.2 ONDERSCHIED VASTGOEDBELEGGER EN VASTGOEDONDERNEMER

Zoals in het vorig hoofdstuk is weergegeven hebben de BOF en de doorschuiffaciliteit een groot financieel voordeel tot gevolg. Het is dan ook begrijpelijk dat vastgoedexploitanten aanspraak willen maken op deze faciliteiten. Om aanspraak te kunnen maken op deze faciliteiten dient op grond van art. 4.17a lid 1 sub a Wet IB 2001 en art. 35b SW 1956 sprake te zijn van ondernemingsvermogen. Het begrip ondernemingsvermogen wordt verder gedefinieerd in artikel 35c SW 1956. Het moet gaan om een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001, of een gedeelte daarvan.⁴ Een onderneming is een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die erop gericht is deel te nemen aan het economische verkeer met het oogmerk om winst te behalen.⁵ Een fiscaal gedreven vastgoedbelegger zal zich al gauw in deze omschrijving herkennen wanneer schenking of vererving aan de orde is, zodat de faciliteiten van toepassing zijn. Hij verricht namelijk enige arbeid, zoals het bijhouden van de huuradministratie en het opstellen van de huurovereenkomsten. Ook neemt hij deel aan het economische verkeer en heeft hij het oogmerk om een positief nettorendement te behalen. Desalniettemin laat de praktijk zien dat het niet zo eenvoudig is.

3.2.1 Meer dan normaal vermogensbeheer

Een vastgoedbelegger verricht doorgaans altijd werkzaamheden ten aanzien van zijn belegging. Zo houdt hij een huuradministratie bij, int hij de huren, stelt hij huurovereenkomsten op en onderhoudt hij contacten met de huurders. Enige arbeid zal altijd plaatsvinden omdat het beleggen in onroerend goed meer van de belegger vraagt dan bijvoorbeeld het beleggen in aandelen. Om als ondernemer voor de inkomstenbelasting te worden aangemerkt moet kennelijk meer gebeuren dan het ‘normale’ vermogensbeheer. Het ‘normale’ vermogensbeheer kan namelijk niet als onderneming worden aangemerkt en wordt belast in box 3. De verhuurde onroerende zaken zijn dan belast tegen de waarde in het economische verkeer op 1 januari van het jaar van aangifte of de WOZ-waarde⁶ al dan niet gecorrigeerd met de leegwaarderatio⁷. Wanneer de vastgoedexploitant echter een schenking doet of komt te overlijden en geen aanspraak kan maken op de doorschuiffaciliteit en de BOF, resulteert dit in een gecombineerde belastingdruk van ongeveer 40%. Voor vastgoedondernemers is het dus van groot belang dat zij worden aangemerkt als ondernemer in de inkomstenbelasting voor toepassing van de BOF en de doorschuiffaciliteit.

⁴ Ik ga alleen in op artikel 35c lid 1 sub a Successiewet 1956

⁵ Kamerstukken 2, 1998 – 1999, 26727, nr. 3, p. 9 en Kamerstukken 2 2009 – 2010, 32 129, nr. 3, p. 43

⁶ Artikel 5.20 Wet op de inkomstenbelasting 2001

⁷ Artikel 5.20 Wet op de inkomstenbelasting 2001 jo. Artikel 17a Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001

In het arrest van 17 augustus 1994 oordeelde de Hoge Raad⁸ dat geen sprake is van normaal vermogensbeheer indien: *“(…) het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan.”*

Belanghebbende verhuurde in deze casus in totaal 18 kamers in twee tot hem in eigendom toebehorende panden. Hij verrichtte zelf de schoonmaak- en onderhoudswerkzaamheden. Naar het oordeel van het Hof was geen sprake van een onderneming omdat belanghebbende niet aannemelijk had gemaakt dat zijn werkzaamheden meer hadden omvat dan de werkzaamheden die gepaard gaan met normaal vermogensbeheer. De Hoge Raad oordeelde echter dat het Hof de werkzaamheden van belanghebbende onvoldoende had onderzocht en dat nader onderzoek moest plaatsvinden. De uitspraak van het Hof werd vernietigd.

Bovengenoemde uitspraak ligt in lijn met het arrest van 1 september 1976⁹ waarin de Hoge Raad oordeelde dat geen sprake was van een belegging indien de feitelijke werkzaamheid economisch zou zijn aan te merken als het drijven van een onderneming. De Hoge Raad overwoog uitdrukkelijk dat de omvang van de arbeid moet worden beoordeeld in verhouding tot de grootte van de vastgoedportefeuille. Ook in het arrest van 7 oktober 1981¹⁰ was geen sprake van beleggen in onroerend goed omdat de arbeid onmiskenbaar ten doel had om voordelen te behalen die het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gingen.

3.2.2 Meerwaardecriterium

Berkhout schrijft in het Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht¹¹ dat onderscheid tussen vastgoedbeleggers en -ondernemers moet worden gemaakt door de vraag te beantwoorden of sprake is van een duurzame organisatie die erop gericht is meerwaarde te creëren. Dit wordt het meerwaardecriterium genoemd. De afbakening ‘duurzame’ organisatie is van belang om de werkzaamheden te onderscheiden van de werkzaamheden die behoren tot resultaat uit overige werkzaamheden. In de ‘organisatie’ moet geen toevallige samenloop van activiteiten en handelingen plaatsvinden, maar moet het gaan om samenhangende activiteiten met een gemeenschappelijk doel.

Voor het meerwaardecriterium verwijst Berkhout naar het artikel ‘Vermogensbeheer’ van Van Dijck. Van Dijck¹² stelt dat een belegger zijn onroerend goed uitsluitend ter beschikking stelt en daarvoor een vergoeding ontvangt. De belegger creëert zelf geen meerwaarde. Hij ontvangt namelijk een vergoeding voor het verhuren van het onroerend goed maar het onroerend goed is zelf de vruchtdrager. Het onderscheid tussen beleggen en ondernemen moet dus worden gezocht in de vraag of de belegger de intentie heeft om een meerwaarde te creëren. Het slechts verhuren van een onroerende zaak is volgens Van Dijck nooit een onderneming. Slechts wanneer andere prestaties worden verricht zoals schoonmaakwerkzaamheden e.d. kan volgens Van Dijck eventueel sprake zijn van een onderneming.

⁸ Hoge Raad 17 augustus 1994, BNB 1994/319

⁹ Hoge Raad 1 september 1976, nr. 17.924, V-N 1976, p. 860

¹⁰ Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20.733, BNB 1981/299

¹¹ T.M. Berkhout, ‘Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed’, NTFR 2010/1225

¹² J.E.A.M. van Dijck, ‘Vermogensbeheer’, WFR 1976/5258, p. 148 en 149

3.2.3 Propertywerkzaamheden

Rozendal schrijft in het artikel ‘Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting’¹³ dat het normale vermogensbeheer tot op zekere hoogte op objectieve wijze moet zijn vast te stellen. Om hierin meer inzicht te krijgen kijkt hij naar enkele niet-fiscale aspecten omtrent de vastgoedexploitatie. Ten eerste stelt hij vast welke werkzaamheden gepaard gaan met het verhuren van vastgoed. Hij verwijst naar het handboek Vastgoedmanagement¹⁴ waarin staat dat de werkzaamheden onderscheiden kunnen worden in werkzaamheden op strategisch, tactisch en operationeel niveau. Met name propertywerkzaamheden op operationeel niveau zijn van belang. Deze kunnen worden onderverdeeld in de administratieve werkzaamheden, de technische werkzaamheden en de commerciële beheerswerkzaamheden.

Nadat de propertywerkzaamheden in kaart zijn gebracht, bepaalt Rozendal welke propertywerkzaamheden behoren tot het normale vermogensbeheer. In dat kader maakt hij een onderscheid tussen werkzaamheden die worden uitbesteed en werkzaamheden die in eigen beheer worden verricht. Een particuliere belegger besteedt in de meeste gevallen de propertywerkzaamheden en de werkzaamheden op tactisch niveau, zoals een investeringsanalyse en dergelijke, uit. Het verhuren van vastgoed is dan ook geen hoofdactiviteit voor de belegger. De vastgoedbelegger kan bijvoorbeeld met zijn overvloedige liquide middelen beleggen. In de meeste gevallen ontbreekt ook de nodige kennis om het verhuren van vastgoed als hoofdactiviteit aan te nemen.

Rozendal schrijft in zijn artikel dat indien de werkzaamheden in eigen beheer meer omvatten dan de kale verhuur van het onroerend goed, dit een reden kan zijn om te spreken van een materiële onderneming. Hij sluit aan bij het arrest van 1 september 1976 dat gekeken moet worden naar de grootte van de portefeuille in combinatie met de aard van de werkzaamheden. Hoe groter de omvang van de portefeuille, des te meer werkzaamheden moeten worden uitbesteed. Dit geldt ook voor de aard van de werkzaamheden. Iedere situatie moet afzonderlijk worden beoordeeld naar de feiten en omstandigheden.

Ook Berkhout en Hoogeveen refereren in het Weekblad Fiscaal Recht¹⁵ aan niet-fiscale aspecten voor het begrip ‘vastgoedbelegging’. In de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving (hoofdstuk 940) wordt het begrip ‘vastgoedbelegging’ gedefinieerd als een onroerende zaak die wordt aangehouden om huuropbrengsten en/of waardeinstijgingen te realiseren. Voor het fiscale vraagstuk of sprake is van een materiële onderneming zijn de aard en omvang van de werkzaamheden en het rendement dat beoogd wordt met de exploitatie van het vastgoed van belang. Die koppeling wordt echter niet gemaakt in de definitie van een ‘vastgoedbelegging’.

3.3 RECENTE JURISPRUDENTIE

De rechtsregel die gebruikt wordt voor de vastgoedondernemer is nu duidelijk. Van meer dan normaal vermogensbeheer is sprake indien de vastgoedexploitant met zijn arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan. In deze paragraaf behandel ik (recente) jurisprudentie om duidelijke richtlijnen te vinden voor de praktijk voor het toepassen van de BOF en de doorschuiffaciliteit.

¹³ A. Rozendal, ‘Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting’, NTFR 2015/3

¹⁴ M. Vermeulen en M. Wieman (red.), Handboek Vastgoedmanagement, Noordhoff Uitgevers, Groningen/Houten 2010, p.46

¹⁵ T.M. Berkhout en M.J. Hoogeveen, ‘Falsifieerbare normen en omstandighedenencatalogus voor vastgoedexploitanten’, WFR 2015/4

3.3.1 Gerechtshof Den Haag 20 december 2013¹⁶

Mevrouw A die in algehele gemeenschap van goederen getrouwd is met de heer B, overlijdt in het jaar 2009. Zij laat voor haar drie kinderen en echtgenoot aanmerkelijkbelang aandelen in onroerend goed vennootschappen na. De echtgenoot (hierna: B) en één van de kinderen (hierna: D) verrichten werkzaamheden in de vastgoedvennootschappen. B besteedt ongeveer 25 uur per week aan de werkzaamheden en D meer dan 50 uur per week. In 2006 is tussen de vennootschappen die worden vertegenwoordigd door B, een overeenkomst gesloten met een vennootschap die wordt vertegenwoordigd door D. Naar aanleiding van deze overeenkomst zal D werkzaamheden verrichten in opdracht van B. B en D beschikken over veel kennis op het gebied van onroerend goed en zijn van mening dat de vennootschappen daardoor een vooraanstaande plaats op de markt hebben. Tevens zijn door de persoonlijke relaties met de huurders geen huurachterstanden ontstaan. De werkzaamheden van B en D bestaan voornamelijk uit het onderhouden van contacten en verstrekken van opdrachten aan aannemers, het beoordelen van onderhoud en aankopen van onroerend goed, het onderhouden van kennis voor het bepalen van de huurprijzen, selecteren en zoeken van huurders en de huurcontracten opmaken. Op grond van deze werkzaamheden zijn B en D van mening dat sprake is van een materiële onderneming en maken zij aanspraak op de doorschuiffaciliteit en de BOF.

De inspecteur stelt dat slechts sprake is van normaal vermogensbeheer. In geschil is of de vastgoedvennootschappen van B en D een materiële onderneming vormen. De rechtbank¹⁷ oordeelt dat B en D niet aannemelijk hebben gemaakt dat de werkzaamheden onmiskenbaar ten doel hebben om een rendement te behalen dat het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. De rechtbank acht de omstandigheid dat B en D een goede relatie met de huurders hebben niet relevant. Naar het oordeel van het Hof is wel sprake van meer dan normaal vermogensbeheer. Het Hof stelt vast dat de onroerende zaken een waarde hebben van vele miljoenen. Het Hof laat in zijn oordeel de volgende elementen meewegen: de door B en D verrichtte werkzaamheden, de jarenlange ervaring en expertise van B en D en het aantal uren dat zij aan deze werkzaamheden hebben besteed. De rechtbank liet in haar oordeel meewegen dat D de werkzaamheden niet namens de vennootschappen verrichtte maar in opdracht van de vennootschap. Het Hof acht dit niet van belang voor de beoordeling of sprake is van actief vermogensbeheer. Het hoger beroep van B en D is gegrond.

Hoogeveen schrijft in haar artikel 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed'¹⁸ moeite te hebben met de uitspraak van het Hof. Zij is van mening dat uit de feiten niet blijkt dat de werkzaamheden in casu voor een hoger rendement hebben gezorgd en dat het normale werkzaamheden zijn die gepaard gaan met het verhuren van onroerend goed. Het Hof heeft het aantal uren mee laten wegen in zijn oordeel maar waarom het Hof dit heeft gedaan is volgens Hoogeveen onduidelijk. Haars inziens hangt het aantal uren dat aan de werkzaamheden wordt besteed af van de grootte van de portefeuille. Een waardeoordeel over de omvang van de werkzaamheden zou dus niet kunnen worden gegeven. Tevens acht Hoogeveen het van belang dat het aan B en D is om aannemelijk te maken dat zij zich qua kennis en ervaring onderscheiden van andere vastgoedexploitanten.

¹⁶ Gerechtshof Den Haag, 20 december 2013, nr. 12/00757

¹⁷ Rechtbank Den Haag 29 augustus 2012, AWB 11/2988

¹⁸ Hoogeveen, M. J. (2014). 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed', FBN 2014(46), 3-7.

Kroon verwijst in haar commentaar op deze uitspraak¹⁹ naar de toelichting van de staatssecretaris van Financiën. De staatssecretaris had in de eerste instantie cassatie ingesteld tegen de uitspraak van het Hof maar heeft deze op 28 maart 2014 ingetrokken.²⁰ Het Hof concretiseert namelijk niet waaruit de meerarbeid bestaat die ten doel heeft om een hoger rendement te behalen dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Tevens kan bij de Hoge Raad geen feitenonderzoek meer plaatsvinden. De staatssecretaris van Financiën benadrukt wel dat aan deze uitspraak geen algemene conclusies worden verbonden en dat het aanwezig zijn van meer dan normaal vermogensbeheer altijd sterk afhankelijk is van de feiten en omstandigheden. Zijns inziens zal bij het exploiteren van vastgoed niet snel sprake zijn van een materiële onderneming en ligt de bewijslast bij belanghebbende.

3.3.2 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014

Ook in de volgende uitspraak²¹ oordeelde het Hof dat de aard en omvang van de arbeid onmiskenbaar ten doel heeft om een hoger rendement te behalen dan het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer. In casu ging het om een directeur-groootaandeelhouder van een vennootschap en tevens makelaar van beroep die zijn zakelijk netwerk gebruikte om projecten te realiseren. Hij verrichtte gemiddeld 30 uur per week aan werkzaamheden voor de vastgoedvennootschap.

De werkzaamheden bestonden voornamelijk uit het plegen van marktonderzoek, onderhandelen over huurprijzen etc. met huurders, het opmaken van huurcontracten en inspecties bij huurders verrichten. Daarnaast regelde belanghebbende het onderhoud, de verbouwingen en de financieringen, het opmaken van de huurcontracten, inspecties bij de huurders doen en de huuradministratie bijhouden. Tevens vermeldt belanghebbende in het beroepsschrift dat hij continu bezig is met zich te oriënteren op mogelijke nieuwe projecten. Het Hof oordeelt dat deze werkzaamheden gericht zijn op het behalen van een hoger rendement dan het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer. Het Hof heeft in haar oordeel laten meewegen dat belanghebbende contacten onderhield met de aannemers, architecten en gemeenten en dat hij aanwezig was bij vergaderingen die betrekking hadden op het in beeld brengen en opstarten van de projecten. Tevens acht het Hof het van belang dat belanghebbende als bouwopzichter optrad tijdens de bouwwerkzaamheden en dat een deel van de onroerendgoedportefeuille gefinancierd is met vreemd vermogen.

3.3.3 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013

In tegenstelling tot bovengenoemde uitspraken, hebben de werkzaamheden in de uitspraak van 5 november 2013²² niet ertoe geleid dat het Hof constateerde dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. De werkzaamheden van belanghebbende bestonden uit het onderhouden van contacten, het opmaken van huurcontracten en het zoeken van de huurders. Volgens belanghebbende zouden de verbouwingswerkzaamheden voordeliger zijn uitgevoerd door zijn kennis van de aannemerswereld. Tevens zou de B.V. een hoger rendement hebben behaald omdat de B.V. door de zakelijke contacten van belanghebbende, panden heeft aangekocht van kwalitatieve aard. Het Hof oordeelde dat in deze casus de werkzaamheden behoren tot het normale vermogensbeheer. Het Hof heeft in zijn oordeel laten meewegen dat de onderhouds- en verbouwingswerkzaamheden werden uitbesteed.

¹⁹ Gerechtshof Den Haag 20 december 2013, NTFR 2014/1392

²⁰ Toelichting staatssecretaris 28 maart 2014, nr. DGB 2014-1075, NTFR 2014/1391

²¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 8 april 2014, nr. 13/00473

²² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 5 november 2013, NTFR 2014/428

Belanghebbende heeft echter niet voldoende aannemelijk gemaakt dat de werkzaamheden qua aard en omvang onmiskenbaar ten doel hadden het behalen van een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer. Het hoger beroep van belanghebbende is ongegrond.

3.3.4 Hoge Raad 10 maart 2017

In casu gaat het om een B.V. die de eerste vijf jaren van haar bestaan een beleggingsmaatschappij was. De laatste tien jaren bestonden de activiteiten van de B.V. voornamelijk uit projectontwikkeling. De heer X houdt samen met zijn twee zonen aandelen in de B.V.; ieder voor 1/3^e deel. De heer X overlijdt op 1 februari 2011. De twee zonen (hierna: belanghebbenden) verkrijgen bij de verdeling van de nalatenschap ieder de helft van de aandelen van de heer X. Belanghebbenden verzoeken bij de aangifte erfbelasting om toepassing van de BOF.

Belanghebbenden zijn van mening dat sprake is van ondernemingsvermogen als bedoeld in art. 35c SW 1956 en verwijzen daarbij naar de uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 20 december 2013 (paragraaf 3.3.1) omdat de feiten nagenoeg gelijk zijn. De Belastingdienst stelt dat geen sprake is van een materiële onderneming omdat belanghebbenden dit niet aannemelijk hebben gemaakt. Een hoger rendement is volgens de Belastingdienst niet beoogd en de activiteiten van de B.V. bestaan zijns inziens uitsluitend uit beleggen.

In geschil is of sprake is van ondernemingsvermogen voor toepassing van de BOF en of de activiteiten van de B.V. qua aard en omvang meer omvatten dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.

Vast staat dat de onroerendgoedportefeuille voor meer dan 50% gefinancierd is met vreemd vermogen. De B.V. houdt zich bezig met projectontwikkeling en verhuurt of verkoopt het onroerend goed. Tot het ondernemingsvermogen van de B.V. behoorden enkele panden die van een projectontwikkelaar in 2007 zijn gekocht maar door de B.V. zelf zijn verder ontwikkeld. Vervolgens is het pand in het jaar 2013 verkocht. De arbeid die belanghebbenden verrichten bestaat uit: het opstellen van de huurovereenkomsten, het bepalen van de huurprijzen, het beoordelen van klachten van de huurders, het voeren van de huuradministratie en het inzetten van mensen. Tevens beoordelen zij het onderhoud van het onroerend goed, hebben zij contacten met aannemers en onderhouden zij de contacten met gemeenten etc. tijdens projectwerkzaamheden.

Oordeel rechtbank Den Haag

De rechtbank oordeelt dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het pand dat in 2013 verkocht is, is door de B.V. zodanig verbouwd dat deze activiteiten het normale vermogensbeheer overstijgen. Tevens neemt de rechtbank in haar oordeel mee dat 88% van de boekwaarde van € 2 miljoen gefinancierd is met vreemd vermogen. De bank zou dit volgens de rechtbank nooit toestaan bij normaal vermogensbeheer. Volgend de rechtbank zijn de werkzaamheden die belanghebbenden verrichten als meerarbeid te kwalificeren. De contacten met huurders, aannemers en de gemeenten en de begeleiding bij de ontwikkeling van het onroerend goed wordt door de rechtbank gezien als meerarbeid. Het beroep van belanghebbenden is gegrond.

Rozendal merkt in zijn commentaar op dat de rechtbank in deze uitspraak²³ de nadruk legt op de propertywerkzaamheden (administratief beheer en commercieel beheer). Rozendal is het echter niet geheel eens met het oordeel van de rechtbank dat banken geen financiering van € 1,75 miljoen zouden verstrekken aan vastgoedbeleggers bij wie geen materiële onderneming aanwezig is. Sinds de crisis zijn de banken inderdaad terughoudend met het verstrekken van een financiering maar voor de crisis waren de banken zeker bereid om een dergelijke financiering te verstrekken. De B.V. verricht naast de propertywerkzaamheden ook projectontwikkelingswerkzaamheden.

²³ Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, NTFR 2015/1164

Om die reden is het zijns inziens niet verrassend dat de rechtbank oordeelt dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.

Oordeel Gerechtshof Den Haag

In tegenstelling tot het oordeel van de rechtbank, oordeelt het Gerechtshof Den Haag op 1 juli 2016²⁴ dat geen sprake is van ondernemingsvermogen. Het Hof stelt eerst vast dat op belanghebbenden de bewijslast rust. Vervolgens oordeelt het Hof dat de panden die door erflater van een projectontwikkelaar zijn gekocht en in eigen beheer verder zijn ontwikkeld, slechts zodanig zijn ontwikkeld dat alleen werkzaamheden verricht zijn om de panden in te delen en af te bouwen om verkoop en verhuur mogelijk te maken. De aankoop van de grond, het opstellen van een bouwplan en het verkrijgen van vergunningen ten aanzien van deze panden zijn niet voor rekening en risico van de erflater gekomen. Om deze reden oordeelt het Hof dat de werkzaamheden voor deze panden niet als projectontwikkeling kunnen worden aangemerkt en dus geen onderneming vormen.

Het Hof heeft tevens in zijn oordeel mee laten wegen dat de B.V. pas een nieuw pand koopt als het voorgaande project is afgerond omdat financiering van het nieuwe pand anders niet mogelijk is. De aard en omvang van de werkzaamheden komen volgens het Hof overeen met werkzaamheden die gepaard gaan met het verhuren van vastgoed. Dit leidt het Hof uit de omvang van de personeelskosten. Tevens oordeelt het Hof dat belanghebbenden niet aannemelijk hebben gemaakt dat door de verrichte arbeid een hoger rendement is beoogd dan het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer. Op grond van bovenstaande overwegingen acht het Hof geen reden te hebben om te oordelen dat sprake is van ondernemingsvermogen als bedoeld in art. 35c SW 1956.

Rozendal²⁵ schrijft ook het commentaar op deze uitspraak. Hij plaatst vraagtekens bij de beoordeling van de projectontwikkelingswerkzaamheden door het Hof. Volgens de systematiek van art. 35c SW 1956 moet eerst worden gekeken of sprake is van een onderneming. Vervolgens moet worden bepaald welke vermogensbestanddelen tot het ondernemingsvermogen behoren. Volgens Rozendal kijkt het Hof niet naar de projectontwikkelingswerkzaamheden zelf, maar naar de omvang van deze werkzaamheden ten opzichte van de andere werkzaamheden van belanghebbenden in de B.V. Zijns inziens is dit een onjuiste beoordelingsmaatstaf. Ook bij de beoordeling van de aard en omvang van de werkzaamheden plaatst Rozendal vraagtekens. Het Hof kijkt slechts naar de omvang van de personeelskosten en het aantal gewerkte uren. Het Hof geeft echter niet aan waarom deze kosten te beperkt zijn voor het aanwezig kunnen zijn van meer dan normaal vermogensbeheer.

Oordeel Hoge Raad

Belanghebbenden hebben tegen de uitspraak van het Hof beroep in cassatie ingesteld.²⁶ Anders dan het Hof oordeelt de Hoge Raad dat sprake is van een onderneming als bedoeld in art. 35c SW 1956. In het oordeel van het Hof waren de projectontwikkelingswerkzaamheden te beperkt om te oordelen dat de B.V. een onderneming drijft. De Hoge Raad oordeelt echter dat beoordeeld moet worden of de projectontwikkelingswerkzaamheden op zichzelf een onderneming vormen en dat het Hof ten onrechte geoordeeld heeft dat de omvang van de werkzaamheden ten opzichte van de overige werkzaamheden te beperkt is. De uitspraak van het Hof wordt vernietigd en een ander Gerechtshof zal een hernieuwd onderzoek moeten uitvoeren.

²⁴ Gerechtshof Den Haag 1 juli 2016, nrs. 14/00838 en 14/00839

²⁵ Gerechtshof Den Haag 1 juli 2016, NTFR 2016/1964

²⁶ Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190

Rozendal schrijft in zijn commentaar op dit arrest²⁷ het eens te zijn met het oordeel van de Hoge Raad. Zijns inziens kwalificeren de projectontwikkelingswerkzaamheden als een materiële onderneming. Hij merkt wel op dat de Hoge Raad geen aandacht schenkt aan de verhuuractiviteiten van de B.V. Dit doet vermoeden dat de BOF kan worden toegepast op het hele vermogen van de B.V. indien sprake is van het drijven van een materiële onderneming.

3.3.5 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015

Belanghebbende heeft in casu²⁸ krachtens schenking 1/100^e deel van een certificaat van een aandeel in een vennootschap verkregen. De schenking vertegenwoordigt een waarde van € 20.000. De overige certificaten worden gehouden door de ouders van belanghebbende. De ouders van belanghebbende zijn tevens bestuurders van de stichting die de aandelen in de vennootschap houdt. Belanghebbende heeft bij de aangifte schenkbelasting een beroep gedaan op de BOF. Op verzoek van de inspecteur heeft belanghebbende een overzicht opgesteld met betrekking tot de activiteiten van de vennootschap.

Uit het overzicht blijkt dat de vennootschap zich gedeeltelijk bezighoudt met ontwikkelactiviteiten en voornamelijk met het investeren en in stand houden van onroerend goed. Alle zaken worden uitbesteed op het klein tot middelgroot onderhoud na. De vennootschap is voor 50% aandeelhouder in B.V. W. Ook voor deze B.V. heeft belanghebbende een overzicht overlegd. Deze B.V. houdt zich tevens bezig met het verhuren van onroerend goed en projectontwikkeling. W B.V. heeft zestien personeelsleden in dienst. De vennootschappen hebben samen 350 onroerende zaken met bijna 900 huurcontracten.

De inspecteur is van mening dat de vennootschappen voor 90% bestaan uit beleggingsvermogen en dat geen sprake is van een materiële onderneming. Zijns inziens is geen sprake van meerarbeid met het oog op het behalen van een rendement dat het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. De beheersdaden die in eigen beheer worden verricht en de wijze van financiering van de vastgoedportefeuille zijn volgens de inspecteur geen redenen om te spreken van een materiële onderneming. Tevens is de inspecteur van mening dat de projectontwikkelingswerkzaamheden niet aan te merken zijn als overduidelijke projectontwikkeling. De rechtbank oordeelt in het nadeel van belanghebbende omdat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat de vennootschap met haar gehele vermogen een materiële onderneming drijft.

In geschil is in hoeverre B.V. K een materiële onderneming vormt. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden beoordeelt het geschil als volgt.

Het Hof stelt vast dat het gaat om een zeer omvangrijke en diverse onroerendgoedportefeuille. Het Hof beoordeelt eerst of het doel om te streven naar een hoger rendement dan het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer aanwezig is. Tussen de partijen is in geschil of enkel het directe rendement of ook het indirecte rendement in de beoordeling moet worden meegewogen. Het directe rendement is het rendement dat wordt behaald op de activiteiten van de vennootschap en het indirecte rendement houden de waardeinstijgingen op de onroerende zaken in. De inspecteur stelt dat alleen moet worden gekeken naar het directe rendement omdat het indirecte rendement niet redelijkerwijs te verwachten is. Het Hof volgt de stelling van de inspecteur niet. Het oordeel luidt dat zowel een ondernemer als belegger niet alleen rekening houdt met de verwachte huuropbrengsten maar ook met de waardeinstijgingen van het onroerend goed.

²⁷ Hoge Raad 10 maart 2017, NTFR 2017/671

²⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073

Vervolgens beoordeelt het Hof of de arbeid naar haar aard en omvang meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Het Hof volgt belanghebbende en oordeelt dat o.a. door kennis en ervaring van de werknemers sprake is van meerarbeid. De verbouwingen worden weliswaar uitbesteed maar daarop wordt wel toezicht gehouden door het interne personeel. Tevens merkt het Hof op dat de inspecteur ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de arbeid van het ingehuurde personeel.

Rozendal²⁹ is het met het Hof eens dat rekening moet worden gehouden met het indirecte rendement. Hij verwijst in zijn commentaar naar de definitie van normaal vermogensbeheer waarin wordt gesproken van het aanhouden van een bezitting met het oog op het verkrijgen van waardeinstijgingen. Ook sluit hij zich aan bij het oordeel van het Hof dat gekeken moet worden naar het nettorendement (huuropbrengsten minus kosten). Ten aanzien van de uitbestede werkzaamheden is hij van mening dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het uitbesteden van werkzaamheden en externe inhuur. Zijns inziens zou het logischer zijn om in casu te spreken over externe inhuur omdat de dienstverlening tot stand komt onder aansturing van de B.V. als opdrachtgever. Rozendal merkt echter op dat een volledige weergave van de feiten en omstandigheden die het Hof heeft laten meewegen ontbreekt.

De Hoge Raad³⁰ onderschrijft de visie van het Hof. Het Hof is van een juiste rechtsopvatting uitgegaan omtrent het begrip ondernemingsvermogen in art. 35b lid 3 SW 1956. Bergman merkt in zijn commentaar³¹ op dat geen nieuwe richtlijnen zijn gegeven voor de praktijk. Wel heeft de Hoge Raad de rechtsregel omtrent het meer dan normaal vermogensbeheer (HR 17 augustus 1994) voor het ondernemingsvermogen toegepast.

3.3.6 Rechtbank Den Haag 15 juli 2016

X B.V. schenkt in 2014 één certificaat van een aandeel aan zoon van belanghebbende. De activiteiten van X B.V. bestaan uit projectontwikkeling, bouw en afbouw van panden en verhuuractiviteiten. In de B.V. zijn zeven werknemers in dienst die het vastgoed geschikt maken voor verkoop en zich bezighouden met het verhuren van de onroerende zaken. Bij de aangifte schenkbelasting is verzocht om toepassing van de BOF. De inspecteur heeft dit verzoek deels afgewezen en stelt dat de BOF slechts van toepassing is op vermogensbestanddelen die dienstbaar zijn aan de projectontwikkelingswerkzaamheden en de bouw en afbouw van het onroerend goed.

Belanghebbende is van mening dat de inspecteur ten onrechte het onderscheid heeft gemaakt tussen de projectontwikkelingswerkzaamheden en de verhuurwerkzaamheden. Zijns inziens moeten deze werkzaamheden als één geheel worden aangemerkt. Het risico van de vastgoedportefeuille wordt namelijk gespreid over de projectontwikkelingswerkzaamheden, bouwwerkzaamheden en de verhuurwerkzaamheden. De opbrengsten die worden behaald met de verhuur van het onroerend goed worden volgens belanghebbende gebruikt voor de projectontwikkeling en de bouwwerkzaamheden. De rechtbank oordeelt dat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt in welke mate de verrichte arbeid betrekking heeft op de verhuuractiviteiten. Belanghebbende heeft slechts loonstroken van de maand april overlegd en heeft niet kunnen onderbouwen in hoeverre de werknemers werkzaamheden ten behoeve van de verhuuractiviteiten hebben verricht. Tevens kan de rechtbank de stelling van belanghebbende, dat de projectontwikkeling samenhangt met de verhuur van het onroerend goed, niet volgen.

²⁹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, NTFR 2015/1743

³⁰ Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166

³¹ Hoge Raad 15 april 2016, NTFR 2016/1237

Naar het oordeel van de rechtbank heeft belanghebbende dit onvoldoende aannemelijk gemaakt. Het beroep van belanghebbende wordt ongegrond verklaard.

Rozendal schrijft in zijn commentaar op deze uitspraak³² dat hij zich afvraagt hoe de rechtbank de aard en omvang van de werkzaamheden heeft gewogen. De feiten in casu zijn volgens Rozendal namelijk zeer beknopt. Op weekbasis wordt 244 uur (40 uur x 6,1 fte) besteed aan werkzaamheden ten aanzien van de vastgoedportefeuille. Zijns inziens is dit niet gering, gezien de casus die behandeld is in paragraaf 3.3.3 waarin wel sprake was van een materiële onderneming en 16 werknemers in dienst waren. De rechtbank oordeelt volgens Rozendal terecht dat belanghebbende niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de bouw- en projectontwikkelingswerkzaamheden in samenhang met de verhuur moet worden gezien. In de IB-sfeer worden beleggingsactiviteiten ook niet gewoonweg aangemerkt als ondernemingsactiviteiten. De omschreven feiten in de casus zijn echter te beknopt om daar een volledige mening over te kunnen vormen.

Gerechtshof Den Haag 19 juli 2017

Belanghebbende gaat in hoger beroep. Het Gerechtshof Den Haag³³ stelt vast dat het personeel geschoold en ervaren is en dat de omvang van de arbeid 5,3 voltijdseenheden bevat. De werkzaamheden bestaan uit projectontwikkeling, bouwactiviteiten, business centers, bedrijfsverzamelgebouwen en standalone-units. Tevens stelt het Hof vast dat de onroerendgoedportefeuille ten tijde van de schenking bestaat uit 48 projecten, 18 panden en twee bouwkvavels en dit een waarde vertegenwoordigt van ongeveer € 24 miljoen. 18% van de beschikbare arbeidscapaciteit bestaat uit de werkzaamheden waar de BOF al op is toegepast en 82% bestaat uit verhuuractiviteiten. De B.V. heeft in de jaren 2010 tot en met 2015 een hoger rendement behaald dan de Nederlandse Vastgoedindex IPD, die door belanghebbende en de inspecteur is aangedragen.

Belanghebbende heeft aannemelijk gemaakt dat een direct verband aanwezig is tussen het beoogde rendement en het behaalde rendement. De inspecteur is in zijn verweerschrift van mening dat het berekende rendement door belanghebbende te hoog is omdat is uitgegaan van de WOZ-waarde. Het Hof gaat hier niet in mee. Het Hof concludeert dat de aard en omvang van de werkzaamheden onmiskenbaar ten doel hebben om een hoger rendement te behalen dan het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer. Tevens oordeelt het Hof dat iedere activiteit op zichzelf gezien kwalificeert als een materiële onderneming. Het hoger beroep van belanghebbende is gegrond.

In het commentaar op deze uitspraak³⁴, geschreven door Rozendal, is te lezen dat het Hof niet veel waarde hecht aan de Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten (hoofdstuk 4). Elementen die volgende de praktijkhandreiking irrelevant zijn, zoals 'het aanwezig zijn van een technische – en onderhoudsdienst, het aantal personeelsleden en het aantal uren dat wordt besteed aan de werkzaamheden', zijn in deze casus toch relevant. Volgens Rozendal geven juist deze elementen een beeld van de omvang van de werkzaamheden.

3.4 DEELCONCLUSIE

In de casus van deze scriptie verkrijgt Tom 1/3^e van de aandelen van Vastgoed B.V. bij het overlijden van Martijn. Om aanspraak te kunnen maken op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit en de doorschuiffaciliteit blijkt uit bovenstaande paragrafen dat sprake moet zijn van een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001. De arbeid die verricht wordt in Vastgoed B.V. moet naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel hebben een hoger rendement te behalen dan het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer. Dit hangt sterk af van de feiten en omstandigheden.

³² Rechtbank Den Haag 15 juli 2016, NTFR 2016/2837

³³ Gerechtshof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373

³⁴ Gerechtshof den Haag 19 juli 2017, NTFR 2017/2109

De rechters achten de navolgende omstandigheden relevant: kennis en ervaring, omvang van de portefeuille en omvang van de arbeid, aard van de werkzaamheden, het rendement en de wijze van financiering. Het personeel van Vastgoed B.V. beschikt over jarenlange ervaring en expertise op het gebied van vastgoed. De omvang van de portefeuille van Vastgoed B.V. (18 onroerende zaken) is in vergelijking met de rechtspraak, waarin wel sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer, te gering om te spreken van een omvangrijke vastgoedportefeuille. Mijns inziens is de omvang van de portefeuille echter geen bepalende factor of al dan niet sprake is van een materiële onderneming maar uit de rechtspraak lijkt het mij dat de rechters toch enig gewicht toekennen aan de omvang van de portefeuille.

De onderhouds- en verbouwingswerkzaamheden worden in de casus uitbesteed. Uit de casus blijkt niet dat hierop toezicht wordt gehouden. In zoverre kan dus niet worden gesproken over meer dan normaal vermogensbeheer. Het personeel houdt wel de nodige contacten met de huurders. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat slechts contact met de huurders niet voldoende is. De beleggingspanden zijn voor 50% gefinancierd met vreemd vermogen. In de rechtspraak speelt dit wel een rol, maar is het niet duidelijk of dit bepalend is voor de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.

Het sporadische karakter van de projectontwikkelingswerkzaamheden en bovenstaande constatering leiden ertoe dat ik concludeer dat in casu geen sprake is van een materiële onderneming. Tom kan op grond van bovenstaande constatering geen aanspraak maken op de BOF en de doorschuiffaciliteit.

Dit betekent dat bij het overlijden van Martijn, inkomstenbelasting en erfbelasting verschuldigd is. Derhalve adviseer ik om Vastgoed B.V. en 't Houtje B.V. te laten fuseren. Dan is namelijk wel sprake van een materiële onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001. De vennootschappen in de casus hadden ook het voornemen om 't Houtje B.V. weer een onderdeel te laten zijn van Vastgoed B.V. zoals is vermeld in hoofdstuk twee. Andere belastingmiddelen vallen niet binnen de reikwijdte van mijn onderzoek en laat ik derhalve buiten beschouwing. Ik besteed alleen aandacht aan het al dan niet aanwezig zijn van een materiële onderneming. In het vervolg van mijn onderzoek ga ik uit van de situatie nadat de fusie heeft plaatsgevonden.

Na de fusie worden de onderhouds- en verbouwingswerkzaamheden in eigen beheer verricht. Ook hebben de projectontwikkelingswerkzaamheden geen sporadisch karakter meer en wordt de kennis en ervaring van het personeel uitgebreid. Omdat 't Houtje B.V. projectontwikkelingswerkzaamheden verricht, zal nu ook meer contact zijn met bijvoorbeeld gemeenten en banken. Het fuseren van de vennootschappen heeft tot gevolg dat wel sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.

HOOFDSTUK 4: PRAKTIJKHANDREIKING BEDRIJFSOPVOLGING VASTGOEDEXPLOITANTEN

4.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk ga ik in op de deelvraag: *“Wanneer kwalificeert een vastgoedportefeuille als onderneming voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956 en de doorschuiffaciliteit in de Wet op de inkomstenbelasting 2001 op grond van de Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten?”*. De Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten (hierna: de praktijkhandreiking) is verstrekt naar aanleiding van een WOB-verzoek. Wat een WOB-verzoek inhoudt leg ik uit in paragraaf 4.2. In de derde paragraaf komt het plan van aanpak omtrent een verzoek op de BOF en doorschuiffaciliteit aan de orde. Een omvangrijke vastgoedportefeuille en het buffervermogen behandel ik in paragraaf 4 en 5. Ten slotte is de deelconclusie in paragraaf 4.6 te vinden.

4.2 WOB-VERZOEK

Eenieder heeft recht op informatie van de overheid. Op grond van artikel 3 Wet openbaarheid van bestuur (hierna: WOB) kan eenieder een verzoek om informatie in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid indienen. De verzoeker vermeldt waarover hij informatie wenst te ontvangen en behoeft geen belang te stellen bij zijn verzoek. De heer A. Rozendal en de heer O.P.M. Adriaansens hebben op 14 september 2016 verzocht om een duplicaat van het document Praktijkhandreiking Bedrijfsopvolging Vastgoedexploitanten. Dit duplicaat is verstrekt op 9 december 2016.

De praktijkhandreiking is samengesteld door kennisgroepen van AB, Successiewet en het Vastgoedkenniscentrum binnen de Belastingdienst (hierna: de werkgroep). Het doel van de praktijkhandreiking is om de inspecteur een handzaam overzicht te bieden omtrent de problematiek rondom de BOF en de doorschuiffaciliteit om vervolgens een afgewogen standpunt te kunnen innemen.

4.3 BEWIJSLAST EN UITGANGSPUNTEN VOOR BEOORDELING

In de praktijkhandreiking staat dat in de rechtspraak geen eenduidige lijn te vinden is met betrekking tot de problematiek rondom de BOF en de doorschuiffaciliteit. Of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer hangt sterk af van de feiten en omstandigheden in iedere casus. In het plan van aanpak in de praktijkhandreiking komt de bewijslastverdeling sterk naar voren. De bewijslast of al dan niet sprake is van een materiële onderneming rust op de belastingplichtige. Belastingplichtige moet aannemelijk maken dat hij een hoger rendement behaalt dan bij normaal vermogensbeheer het geval is. Hij maakt namelijk aanspraak op de BOF en de doorschuiffaciliteit. De Belastingdienst acht dat de belastingplichtige zichzelf vergelijkt met andere belastingplichtigen en bewijst dat hij meer rendement behaalt door zijn actieve vermogensbeheer dan een ‘normale’ vastgoedbelegger zou halen. Belastingplichtige moet dus niet alleen alle stukken omtrent de feiten en omstandigheden van zijn eigen situatie verstrekken, maar ook de cijfers van een normale vastgoedbelegger. Hij moet volgens de handreiking specifiek aangeven met welke activiteiten hij een hoger rendement behaald heeft en waarom hem dit onderscheidt van andere vastgoedbeleggers. De inspecteur kan altijd nadere informatie opvragen of besluiten dat niet te doen om vervolgens een standpunt in te nemen. Het is dus van belang dat indien belastingplichtige stelt dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, hij altijd alles vastlegt en bewijsstukken aanlevert.

De Belastingdienst hanteert de volgende uitgangspunten voor de beoordeling.³⁵ Dit kan door de belastingplichtige en de rechter weerlegd worden:

- Het op peil houden van het vastgoed behoort tot het niveau van normaal vermogensbeheer.

³⁵ Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten, p.5, 6 en 7

- Verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming. De Belastingdienst stelt dat de omvang van de portefeuille, het zelf onderhouden van het onroerend goed (inclusief het uitbreiden daarvan), de kennis van het personeel en de eigenaar van het onroerend goed en het aantal personeelsleden irrelevant is voor de beoordeling of sprake is van een onderneming omdat de Belastingdienst van mening is dat deze omstandigheden normaal zijn bij het verhuren van vastgoed. Tevens stelt de Belastingdienst dat de wijze van financieren, relatienetwerken en contacten onderhouden, het bijhouden van de administratie (inclusief contracteren) en het financieren van vastgoed niet onderscheidend is voor de beoordeling.
- Services bieden naast de kale verhuur is geen onderneming.
- De omvang van de vastgoedportefeuille is niet relevant.
- Verstand hebben van vastgoed en daarbij een relevant netwerk hebben geldt ook voor beleggers.
- Het is niet van belang hoeveel vreemd vermogen aanwezig is. Beleggingen worden namelijk ook met vreemd vermogen gefinancierd.

Uit bovenstaande punten blijkt dat de Belastingdienst zelden tot de conclusie komt dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het realiseren van nieuwbouwpanden in een reeks van jaren levert volgens de praktijkhandreiking wel een ondernemingsactiviteit op. Zeker wanneer een projectontwikkelingsorganisatie voornamelijk bezig is met het zoeken naar nieuwe projecten en daarmee aan de slag gaat. Bij ontwikkeling van de eigen vastgoedportefeuille eindigt de ondernemingsactiviteit nadat de ontwikkeling klaar is en sprake is van duurzame verhuur.³⁶ Indien de belastingplichtige stelt dat de onderneming alleen gedreven kan worden wanneer veel liquiditeit aanwezig is, gaat de Belastingdienst daar alleen in mee als dit onderbouwd wordt en aannemelijk wordt gemaakt.

4.4 HOGE RAAD 15 APRIL 2016

Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken heeft de Hoge Raad in het arrest van 15 april 2016³⁷ over een omvangrijke vastgoedportefeuille geoordeeld dat het behaalde rendement van 20% het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven ging en dat sprake was van meerarbeid. De bevindingen van de werkgroep (van de praktijkhandreiking) met betrekking tot het arrest zijn als volgt.

4.4.1 Direct en indirect rendement

Het gemiddelde behaalde rendement in het arrest bedraagt 20%. Het rendement is berekend aan de hand van het eigen vermogen. Belanghebbende financierde het vastgoed echter ook met vreemd vermogen. Dit houdt dus in dat het rendement hoger wordt indien meer wordt gefinancierd met vreemd vermogen en dat de te betalen rente lager is dan het resultaat op de onroerende zaken. Ter illustratie wordt het volgende voorbeeld weergegeven:

		Rente	Rendement
Pand	€ 10.000.000		
Hypotheekrente	5%		
Netto huur	€ 900.000		
0% financiering vreemd vermogen		-	9%
10% financiering vreemd vermogen		€ 50.000,00	9%
20% financiering vreemd vermogen		€ 100.000,00	10%
30% financiering vreemd vermogen		€ 150.000,00	11%

³⁶ Hoge Raad 29 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1845, BNB 1996/232

³⁷ Hoge Raad, 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633, V-N 2016/24.12

40% financiering vreemd vermogen		€ 200.000,00	12%
50% financiering vreemd vermogen		€ 250.000,00	13%
60% financiering vreemd vermogen		€ 300.000,00	15%
70% financiering vreemd vermogen		€ 350.000,00	18%
80% financiering vreemd vermogen		€ 400.000,00	25%
90% financiering vreemd vermogen		€ 450.000,00	45%

Het bovenstaande voorbeeld geeft weer dat het rendement door het vreemde vermogen stijgt. Het rendement is echter niet in relatie met de verrichte arbeid. Het hoge rendement is dus geen gevolg van de meerarbeid dat tot doel heeft om een hoger rendement te behalen. De werkgroep acht de methodiek van het Hof voor het berekenen van het gemiddelde rendement dan ook onjuist. Tevens heeft het Hof het rendement berekend over het directe en het indirecte rendement. De werkgroep is van mening dat het rendement enkel berekend moet worden over het directe rendement, zodat duidelijk is wat de relatie van de meerarbeid van de belastingplichtige met het behaalde rendement is geweest. De marktontwikkelingen die voor het indirecte rendement hebben gezorgd zouden dus moeten worden gesplitst van het directe rendement. De Belastingdienst acht het van groot belang dat de belastingplichtige aannemelijk maakt dat zijn meerarbeid ten doel heeft om een rendement te behalen dat het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. De belastingplichtige moet zich ook vergelijken met beleggers met een vergelijkbare vastgoedportefeuille waarbij sprake is van normaal vermogensbeheer.

4.4.2 Kennis en ervaring

Belanghebbende is van mening dat onder andere door kennis en ervaring van de werknemers sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Het Hof volgt de mening van belanghebbende. Uit de procedure blijkt volgens de werkgroep echter niet wat de exacte werkzaamheden waren en welke kennis aanwezig was. De werkgroep hecht veel waarde aan het exact vaststellen wat de werkzaamheden zijn en welke kennis aanwezig is.

4.4.3 Projectontwikkeling

In de casus werden panden verhuurd en projectontwikkelingswerkzaamheden verricht. In het door het Hof berekende rendement van 20% is ook het rendement van de projectontwikkelingen meegenomen. Volgens de werkgroep kwalificeren de activiteiten van projectontwikkeling op zichzelf al als een onderneming en dient dus onderscheid te worden gemaakt tussen het behaalde rendement van het verhuren van het vastgoed en van de projectontwikkelingswerkzaamheden.

4.5 BUFFERVERMOGEN

Zoals in paragraaf 4.3 is vermeld, verwacht de Belastingdienst dat indien belastingplichtige stelt dat de onderneming alleen gedreven kan worden wanneer veel liquiditeit aanwezig is, dit aannemelijk wordt gemaakt. Hierbij stelt belastingplichtige dus dat geen sprake is van beleggingsvermogen maar van buffervermogen. Wanneer is buffervermogen nu als ondernemingsvermogen te etiketteren? De werkgroep let op het volgende.

De werkgroep verwijst naar de conclusie van A.G. Niessen op het arrest³⁸ waarin het gaat om een landbouwer die het verlies op zijn putopties niet kan aftrekken omdat het geen verband met de ondernemingsuitoefening oplevert. Uit dit arrest blijkt dat beleggingen niet 'moeten kunnen dienen' tot versteviging van het bedrijf maar 'moeten dienen' tot versteviging van het bedrijf.

³⁸ Hoge Raad 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ7943, BNB 2010/147

Volgens de werkgroep zou dus een concreet investeringsplan het buffervermogen moeten rechtvaardigen. Het dienen tot versteviging van het bedrijf betekent dat het onroerend goed een actieve rol speelt in de onderneming.

Als belastingplichtige een onderneming drijft en aan de bank tot zekerheid voor een lening van zijn onderneming de hypotheek van zijn eigen woning geeft, betekent het dan dat de eigen woning behoort tot het ondernemingsvermogen? De woning wordt als zekerheid verstrekt voor een lening van de onderneming maar het is niet zo dat de woning daadwerkelijk gebruikt wordt voor de onderneming. De werkgroep vindt de dienstbaarheid aan de onderneming van groot belang. Met deze gedachtegang kan dus ook worden gekeken naar het verhuren van vastgoed. Als het vastgoed slechts dient als extra zekerheid voor de bank, betekent het niet dat het vastgoed dienstbaar is aan de onderneming. Met het vastgoed moet bijvoorbeeld de tegenvallers kunnen worden opgevangen of snel op plotselinge kansen kunnen worden ingespeeld.

4.6 DEELCONCLUSIE

Ook uit de praktijkhandreiking is duidelijk dat voor de Belastingdienst het sterk afhankelijk is van de feiten en omstandigheden of een materiële onderneming aanwezig is. Net zoals bij de eerste deelvraag, komen ook in deze deelvraag twee toets momenten aan de orde. Mijns inziens wordt terecht in de praktijkhandreiking vermeld dat belanghebbende aannemelijk moet maken dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Tom is in casu namelijk degene die bij het overlijden van Martijn aanspraak maakt op de doorschuiffaciliteit en de BOF. Volgens de handreiking zou Vastgoed B.V. vergeleken moeten worden met vastgoedbeleggers die geen onderneming drijven en zou bewezen moeten worden dat Vastgoed B.V. een hoger rendement behaalt dan de vastgoedbeleggers. Dit is naar mijn mening onjuist omdat het gaat om het streven naar een hoger rendement dan het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer en niet het behalen van een hoger rendement.

Vastgoed B.V. kwalificeert volgens de handreiking niet als een objectieve onderneming omdat de omvang van de portefeuille, de kennis en ervaring van de medewerkers, de contacten met huurders, de schoonmaakwerkzaamheden, de wijze van financiering en het op peil houden van het vastgoed irrelevant zijn voor de beoordeling of al dan niet sprake is van een materiële onderneming. Daarnaast zouden de projectontwikkelingswerkzaamheden te gering zijn om te kunnen spreken van een onderneming en zou volgens de handreiking sprake zijn van duurzame verhuur. Opmerkelijk is dat omstandigheden die volgens de handreiking irrelevant zijn, volgens de rechtsspraak juist wel relevant zijn. Naar mijn mening zijn dat juist de omstandigheden die van belang zijn voor de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.

Eerder in deze scriptie adviseer ik om Vastgoed B.V. en 't Houtje B.V. te laten fuseren. Na de fusie is op grond van de rechtsspraak dan sprake van een materiële onderneming. Volgens de handreiking is op basis van de verhuur alsnog geen onderneming aanwezig. Het verhuren van vastgoed vormt namelijk nooit een onderneming volgens de handreiking. Op basis van de projectontwikkeling kan volgens de handreiking wel sprake zijn van een onderneming indien voortdurend wordt gezocht naar nieuwe projecten. Gezien 't Houtje B.V. een aannemersbedrijf is en in de casus aangegeven is dat zij voortdurend zoekt naar nieuwe projecten, kunnen de projectontwikkelingswerkzaamheden aangemerkt worden als ondernemingsactiviteit. Volgens de handreiking zou de BOF en de doorschuiffaciliteit alleen van toepassing zijn op het vermogen dat betrekking heeft op de projectontwikkelingswerkzaamheden.

HOOFDSTUK 5: HOE VINDT VERMOGENSETIKETTERING INZAKE DE MATERIËLE ONDERNEMING VOOR DE BEDRIJFSOPVOLGINGSFACILITEITEN PLAATS?

5.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk ga ik nader in op de deelvraag: *“Hoe vindt vermogensetikettering inzake de materiële onderneming plaats voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956 en de doorschuiffaciliteit in de Wet op de inkomstenbelasting 2001?”*. In paragraaf 5.2 behandel ik de aansluiting bij het objectieve ondernemingsbegrip voor de BOF en de doorschuiffaciliteit. Tevens besteed ik aandacht aan het onderscheid tussen de materiële onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden. In paragraaf 5.3 werk ik uit hoe vermogensetikettering plaatsvindt binnen de onderneming. Ten slotte komt de deelconclusie in paragraaf 5.4 aan de orde.

5.2 OBJECTIEVE ONDERNEMING

Het is duidelijk dat sprake moet zijn van een objectieve onderneming om aanspraak te kunnen maken op de BOF en de doorschuiffaciliteit. De BOF is ontstaan om de continuïteit van ondernemingen niet aan te tasten. Volgens de wetgever is het onwenselijk dat een onderneming geforceerd verkocht of gestaakt moet worden door overdracht van de onderneming krachtens vererving of schenking, zonder dat de resultaten van de onderneming daartoe leiden. Dit resulteert in een verlies van werkgelegenheid en economische diversiteit.³⁹

De wetgever is in 2010 aangesloten bij het ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting. Dit zou ertoe leiden dat meer duidelijkheid ontstaat over de vraag wanneer een vennootschap een materiële onderneming drijft. Tevens wil de wetgever hiermee voor rechtsvormneutraliteit zorgen.⁴⁰ Voorheen gold namelijk het ondernemingsbegrip in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en werden IB-ondernemers en besloten vennootschappen fiscaal niet gelijk behandeld. De wetgever vindt het niet nodig om het ondernemingsbegrip verder te definiëren omdat voldoende jurisprudentie bestaat over dit begrip. Het blijft een feitelijke kwestie.

De wetgever is van mening dat bij het enkel verhuren van onroerend goed niet snel sprake is van een materiële onderneming. Zelfs niet wanneer een omvangrijke vastgoedportefeuille aanwezig is en het onderhoud verricht wordt in eigen beheer. Indien het onderhoud gepleegd wordt om slechts de onroerende zaken in stand te houden, is sprake van een belegging. Indien de onderneming zich ook bezighoudt met projectontwikkeling kan volgens de wetgever wel sprake zijn van een materiële onderneming. Dit zal in elk geval afzonderlijk beoordeeld moeten worden.

5.2.1 Onderneming of resultaat uit overige werkzaamheden

Nadat is vastgesteld dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, moet worden beoordeeld of ook sprake is van een IB-onderneming. Indien een IB-onderneming aanwezig is, moet vervolgens beoordeeld worden in hoeverre de BOF en de doorschuiffaciliteit toegepast kunnen worden op het ondernemingsvermogen. Dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, betekent namelijk niet dat direct gesproken kan worden van een objectieve onderneming. Meer dan normaal vermogensbeheer kan ook leiden tot resultaat uit overige werkzaamheden.⁴¹ Het verschil tussen een onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden is van groot belang voor de toepassing van de BOF en de doorschuiffaciliteit in de Wet IB 2001. De faciliteiten kunnen namelijk slechts van toepassing zijn indien sprake is van een IB-onderneming.

³⁹ Kamerstukken II 1997-1998, nr.25.688, nr.3, pag. 7

⁴⁰ Memorie van toelichting 2008-2009, nr. 91930, nr.3 pag. 43

⁴¹ Memorie van toelichting II 2008-2009, nr. 31930, nr.3, pag. 43 en Vakstudie Successiewet, art. 35c SW 1956, aant. 16.2

Bij het onderscheid tussen een onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden wordt gelet op de duurzaamheid van de onderneming en de omvang van de werkzaamheden. Tevens is het risico dat de 'ondernemer' loopt en het aantal uren dat hij besteedt aan de werkzaamheden van belang. De winstverwachting van de 'onderneming', de bekendheid naar buiten en het aantal opdrachtgevers dat de 'onderneming' heeft, spelen ook een rol of al dan niet sprake is van ondernemerschap.⁴²

5.3 VERMOGENSBESTANDELEN ETIKETTEREN

Indien sprake is van een onderneming en dus niet van resultaat uit overige werkzaamheden, moet beoordeeld worden welke vermogensbestanddelen van de onderneming behoren tot het ondernemingsvermogen. Vermogensbestanddelen kunnen in drie categorieën worden ingedeeld: verplicht ondernemingsvermogen, verplicht privévermogen of keuzevermogen. In beginsel is het in het algemeen afhankelijk van de wil van belastingplichtige of een vermogensbestanddeel behoort tot het ondernemingsvermogen, mits hij binnen de grenzen der redelijkheid blijft.⁴³ Een besloten vennootschap kan echter geen keuzevermogen hebben. Vermogen van de besloten vennootschap, dat door gemengd gebruik voor een IB-ondernemer keuzevermogen zou zijn geweest, wordt daarom aangemerkt als ondernemingsvermogen.⁴⁴ Op grond van art. 2 lid 5 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt geacht dat een besloten vennootschap met haar gehele vermogen een onderneming drijft. Voor toepassing van de BOF en de doorschuiffaciliteit moet echter het onderscheid worden gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen.

Een onderneming die zich bezighoudt met de verhuur van onroerende zaken heeft in de meeste gevallen namelijk ook beleggingsvermogen. Op grond van art. 35c lid 1 sub c ten 2^e SW 1956 jo. art. 4.17a lid 6 sub b kunnen de BOF en doorschuiffaciliteit van toepassing zijn op maximaal 5 procent van de waarde van de onderneming indien sprake is van beleggingsvermogen. Zoals ik al in paragraaf 3.2.3 heb behandeld is een vastgoedbelegging een onroerende zaak die wordt aangehouden om huuropbrengsten en/of waardeinstijgingen te realiseren. Beleggingsvermogen bestaat echter niet alleen uit vastgoedbeleggingen maar kan ook bestaan uit liquide middelen en/of effecten. Uit de memorie van toelichting van art. 35c blijkt dat we onder de term beleggingsvermogen het volgende moeten verstaan: het saldo van beleggingen en de daarvoor aangegane schulden. Tevens moet het bij de term beleggingsvermogen gaan om vermogen dat duurzaam overtollig is.

Uit het arrest van 8 mei 1985⁴⁵ blijkt dat sprake is van duurzaam overtollig indien het vermogensbestanddeel geen functie heeft binnen het bedrijf. Een belastingplichtige is vrij om liquide middelen/spaardeposito tot zijn ondernemingsvermogen te rekenen mits hij binnen de grenzen der redelijkheid blijft. Indien een belastingplichtige duurzaam overtollige liquide middelen tot zijn ondernemingsvermogen rekent, overschrijdt hij de grenzen der redelijkheid. Liquide middelen mogen slechts tot het ondernemingsvermogen gerekend worden indien zij een reële functie binnen het bedrijf hebben en dus niet overtollig zijn.

⁴² Cursus Belastingrecht 2016 Inkomstenbelasting, IB.3.2.2.B.b

⁴³ Hoge Raad 7 oktober 1953, nr. 11.383, BNB 1953/272

⁴⁴ Kamerstukken II 2008-2009, nr. 31.930, nr. 9, pag. 96

⁴⁵ Hoge Raad 8 mei 1985, nr. 22.738, BNB 1985/230

Zoals in de praktijkhandreiking (hoofdstuk 4) is vermeld, moeten beleggingen tot versteviging van het bedrijf dienen, willen zij als ondernemingsvermogen aangemerkt worden. Uit het arrest van 2 februari 1966⁴⁶ blijkt dat liquide middelen, effecten of onroerende zaken die in een meer verwijderd verband staan van de onderneming, maar wel tot versteviging van het bedrijf dienen, kunnen worden aangemerkt als ondernemingsvermogen. Deze zaken kunnen niet als ondernemingsvermogen worden aangemerkt indien zij dienstbaar zijn aan het persoonlijk belang van de ondernemer. Een voorbeeld hiervan is dat het onroerend goed deels in privé gebruikt wordt.

In bovenstaand arrest werd ook uitdrukkelijk vermeld dat het belastingplichtige vrijstaat om zaken als ondernemingsvermogen aan te merken, mits hij binnen de grenzen der redelijkheid blijft. Onroerende zaken die uitsluitend worden gebruikt voor de exploitatie van de onderneming behoren tot het verplichte ondernemingsvermogen omdat zij van essentieel belang zijn voor de bedrijfsuitvoering.⁴⁷ Uit een arrest van 1959⁴⁸ is gebleken dat beleggingspanden die met overvloedige kasmiddelen zijn aangekocht, alsnog kunnen worden aangemerkt als ondernemingsvermogen indien de panden dienstbaar zijn aan de onderneming en de grenzen der redelijkheid niet zijn overschreden. Een vennootschap onder firma kocht een aantal woonhuizen met overvloedig liquide middelen en merkte de panden aan als beleggingspanden. De beleggingspanden waren opgenomen in de boekhouding en op de beleggingspanden was afgeschreven. Dat de panden als beleggingspanden waren aangemerkt en dat belastingplichtige van mening was dat dit bij nader inzien behoorde tot het privévermogen, nam niet weg dat het geen ondernemingsvermogen kon zijn.

5.4 DEELCONCLUSIE

Na het fuseren van Vastgoed B.V. en 't Houtje B.V. is mijn conclusie dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Dit hoofdstuk laat zien dat vervolgens moet worden beoordeeld of sprake is van een materiële onderneming en geen resultaat uit overige werkzaamheden. Het mag duidelijk zijn dat in casu een onderneming aanwezig is, gezien de werkzaamheden en duurzaamheid van de vennootschap. Mijns inziens is het onjuist dat de rechters in de behandelde jurisprudentie uitgaan van een alles-of-niets benadering. Uit de kamerstukken blijkt namelijk dat na het vaststellen dat sprake is van een materiële onderneming, beoordeeld moet worden welke vermogensbestanddelen behoren tot het ondernemingsvermogen.

Naar mijn mening moet eerst een onderscheid gemaakt worden tussen de vermogensbestanddelen die behoren tot de projectontwikkeling en vermogensbestanddelen die behoren tot de verhuur. Dit blijkt ook uit het arrest van 10 maart 2017 en de uitspraak van 19 juli 2017. De verhuuractiviteiten kunnen door het verwachte rendement, het pand in eigen gebruik en de onderhouds- en verbouwingswerkzaamheden die in eigen beheer worden verricht op zichzelf gezien als onderneming worden aangemerkt. Dat de vastgoedbeleggingen zijn aangemerkt als beleggingspanden betekent niet dat het geen ondernemingsvermogen kan zijn. De beleggingspanden zijn namelijk dienstbaar aan de onderneming en worden uitsluitend gebruikt voor exploitatie van de onderneming. Zij vervullen dus een reële functie binnen het bedrijf en kunnen als ondernemingsvermogen worden aangemerkt. Dit geldt ook voor de debiteuren die betrekking hebben op de verhuur en voor de lening die is aangegaan voor het aankopen van de panden.

⁴⁶ Hoge Raad 2 februari 1966, nr. 15.527, BNB 1966/90

⁴⁷ Hoge Raad 25 juni 1969, nr. 16.183, BNB 1969/184

⁴⁸ Hoge Raad 23 december 1959, nr. 14.097, BNB 1960/25

De balanspost onroerende zaken in ontwikkeling heeft betrekking op de projectontwikkelingswerkzaamheden. Dit geldt tevens voor de lening bij de Rabobank op de balans van 't Houtje B.V. Mijns inziens kan de projectontwikkeling op zichzelf gezien worden aangemerkt als onderneming omdat 't Houtje B.V. een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid is en winst beoogt. De effecten staan in een meer verwijderd verband van de onderneming. In casu blijkt niet dat de effecten tot versteviging van het bedrijf dienen. De effecten hebben naar mijn mening geen functie binnen de onderneming en zijn dus duurzaam overtollig. Dit geldt niet voor de liquide middelen aangezien in het jaar 2015 grond is verkocht en Vastgoed B.V. de intentie heeft om in 2017 een vastgoedcomplex te kopen. De liquide middelen zijn dus dienstbaar aan de onderneming en kunnen worden aangemerkt als buffervermogen. Vastgoed B.V. zou dit wel aannemelijk moeten maken door bijvoorbeeld een concreet investeringsplan te overleggen.

HOOFDSTUK 6: CONCLUSIE

6.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk geef ik een antwoord op de centrale onderzoeksvraag: *“Hoe kunnen betrokkenen bewerkstelligen dat bij overlijden van een aandeelhouder de activiteiten inzake vastgoed kwalificeren als materiële onderneming en dat zoveel mogelijk vermogen kwalificeert als ondernemingsvermogen voor toepassing van de doorschuiffaciliteit in de Wet op de inkomstenbelasting 2001 en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet 1956?”*. In paragraaf 6.2 beoordeel ik of Vastgoed B.V. een materiële onderneming vormt. Zoals in paragraaf 3.4 is te lezen vormt Vastgoed B.V. geen materiële onderneming. Ik adviseer derhalve om Vastgoed B.V. en 't Houtje B.V. te laten fuseren. Dit is te lezen in paragraaf 6.3. Vervolgens bekijk ik in paragraaf 4 of Tom aanspraak kan maken op de BOF en de doorschuiffaciliteit op grond van de praktijkhandreiking van de Belastingdienst. Ten slotte behandel ik hoe zoveel mogelijk vermogen van de gefuseerde vennootschappen kan worden gekwalificeerd als ondernemingsvermogen van de materiële onderneming.

6.2 CONCLUSIE VASTGOED B.V.

In beginsel gaat het in casu om de vraag of Vastgoed B.V. een materiële onderneming drijft in de zin van art. 3.2 Wet IB. Om aanspraak te kunnen maken op de BOF en de doorschuiffaciliteit moet namelijk sprake zijn van een materiële onderneming. Uit het arrest van 7 oktober 1994 blijkt dat het moet gaan om meer dan normaal vermogensbeheer indien sprake is van verhuren van vastgoed. Van meer dan normaal vermogensbeheer is sprake indien de verrichte arbeid voor het rendabel maken van onroerende zaken naar haar aard en omvang onmiskenbaar het doel heeft om voordelen uit onroerende zaken te behalen welke het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. Dit is echter sterk afhankelijk van de feiten en omstandigheden en wordt in iedere situatie afzonderlijk beoordeeld.

De volgende omstandigheden worden door de rechters relevant geacht voor de beoordeling of al dan niet sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Aan de hand van deze omstandigheden beoordeel ik of Vastgoed B.V. een objectieve onderneming heeft.

Kennis en ervaring van het personeel

Het personeel van Vastgoed B.V. beschikt over jarenlange ervaring en expertise op het gebied van vastgoed. Dit kan een medebepalende factor zijn om te kunnen spreken van een materiële onderneming.

Omvang van de portefeuille

De vastgoedportefeuille van Vastgoed B.V. bestaat uit achttien onroerende zaken. In vergelijking met de jurisprudentie waarin wel sprake was van een onderneming, zoals bijvoorbeeld het arrest van 15 april 2016 waarin het ging om 350 onroerende zaken, kan in casu niet worden gesproken van een omvangrijke vastgoedportefeuille. Mijns inziens is de omvang van de portefeuille echter geen bepalende factor voor de vraag of al dan niet sprake is van een materiële onderneming maar uit de rechtspraak lijkt het mij dat de rechters toch enig gewicht toekennen aan de omvang van de portefeuille.

Omvang van de arbeid

De rechters besteden ook aandacht aan het aantal uren dat aan de werkzaamheden wordt besteed. Naar mijn mening is dit echter niet relevant voor de beoordeling of al dan niet sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Bij een omvangrijke vastgoedportefeuille is het logisch dat daar de omvang van de arbeid meer bedraagt dan bij een kleinere vastgoedportefeuille. In casu is het naar mijn mening normaal dat 30 uur besteed wordt aan de werkzaamheden ten behoeve van Vastgoed B.V.

Aard van de werkzaamheden

De onderhouds- en verbouwingswerkzaamheden worden uitbesteed aan 't Houtje B.V. Uit de rechtspraak is af te leiden dat indien deze werkzaamheden worden uitbesteed, geen sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer tenzij toezicht op deze werkzaamheden wordt gehouden. Vastgoed B.V. houdt geen toezicht op de onderhouds- en verbouwingswerkzaamheden dus kan in de casus in zoverre geen sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Ik sluit me aan bij het artikel van Rozendal (paragraaf 3.2.3) waarin hij schrijft dat uitbestede werkzaamheden waarop toezicht wordt gehouden gezien moeten worden als externe inhuur. De ondernemer draagt het risico namelijk zelf. Wanneer de werkzaamheden worden uitbesteed en de ondernemer niet optreedt als bouwopzichter, geeft hij alles uit handen en loopt hij zelf geen of nauwelijks risico.

De projectontwikkeling vindt gemiddeld eens in de twee tot drie jaar plaats. Uit de jurisprudentie blijkt dat sprake moet zijn van projectontwikkeling dat geen sporadisch karakter heeft. Ook in betreffende casus kan de projectontwikkeling in zoverre geen reden zijn om te spreken van meer dan normaal vermogensbeheer.

Het personeel van Vastgoed B.V. houdt het nodige contact met de huurders. Uit de in hoofdstuk drie behandelde jurisprudentie blijkt dat ook contact was met bijvoorbeeld gemeenten en dat zelfs vergaderingen omtrent projecten werden bijgewoond. Mijns inziens is het contact met alleen de huurders niet voldoende om te kunnen spreken van meer dan normaal vermogensbeheer.

Het (behaalde) rendement

In de jurisprudentie komt ook het behaalde rendement naar voren. Naar mijn mening is het behaalde rendement niet relevant. Het gaat namelijk om het streven naar een hoger rendement dan het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer en niet om het behalen van een hoger rendement. Tevens speelde in het arrest van 15 april 2016 de vraag of enkel het directe rendement of indirecte rendement in de beoordeling moest worden meegewogen. Uit de praktijkhandreiking van de Belastingdienst blijkt dat de Belastingdienst van mening is dat geen rekening moet worden gehouden met het indirecte rendement. In het arrest oordeelde de Hoge Raad echter dat hiermee wel rekening moest worden gehouden omdat zowel een ondernemer als belegger bij de afweging omtrent het al dan niet aankopen van een onroerend goed ook een inschatting maakt met betrekking tot de waardeinstijging.

De wijze van financiering

Uit de rechtspraak blijkt dat het financieren met vreemd vermogen tevens een rol speelt of al dan niet sprake is van een materiële onderneming. Het is echter onduidelijk of dit een medebepalende factor is voor de vraag of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Uit de jurisprudentie leid ik af dat de rechters hier wel enig gewicht aan toekennen. Vastgoed B.V. heeft haar onroerende zaken voor 50% gefinancierd met vreemd vermogen. Mijns inziens is dit echter niet voldoende om te spreken van een materiële onderneming.

Ik concludeer dat geen sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer en dat Vastgoed B.V. geen materiële onderneming vormt.

6.3 ADVIES FUSIE

Het niet kunnen toepassen van de doorschuiffaciliteit en de BOF leidt ertoe dat de inkomstenbelastingclaim niet kan worden doorgeschoven en dat erfbelasting verschuldigd is. Ik adviseer om de vennootschappen te laten fuseren. De fusie heeft namelijk tot gevolg dat door de gezamenlijke activiteiten wel sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Tevens hadden de vennootschappen al het voornemen om te fuseren.

Kennis en ervaring van het personeel wordt nu in zijn totaliteit groter omdat het personeel van 't Houtje B.V. ook jarenlange ervaring op het gebied van vastgoed heeft. De onderhouds- en verbouwwerkzaamheden worden na de fusie in eigen beheer verricht. Tevens zullen nu continu projectontwikkelingswerkzaamheden plaatsvinden.

6.4 PRAKTIJKHANDREIKING

Ook volgens de praktijkhandreiking die ik heb behandeld in hoofdstuk 4, vormt Vastgoed B.V. geen materiële onderneming. Volgens de handreiking moet iedere belastingplichtige die aanspraak maakt op de BOF en de doorschuiffaciliteit zichzelf vergelijken met vastgoedbeleggers die geen ondernemer zijn en aannemelijk maken dat zij een hoger rendement behalen dan het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer. Mijns inziens is dit onjuist omdat het niet gaat om een hoger rendement behalen maar om het beogen van een rendement dat het opkomende rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat.

Tevens acht ik het niet redelijk dat belastingplichtige zichzelf moet vergelijken met andere belastingplichtigen die geen onderneming drijven. Naar mijn mening kan belastingplichtige aannemelijk maken dat hij een materiële onderneming drijft zonder dat hij zichzelf vergelijkt met 'beleggers'. Ook wilt de Belastingdienst allerlei bewijsstukken van belastingplichtige zien, zoals facturen van diensten en materialen en dergelijke. Ik merk echter wel op dat de praktijkhandreiking slechts een handvat is voor de inspecteur. De inspecteur zal altijd een afgewogen standpunt moeten innemen. Gezien de gevoerde procedures die uiteindelijk tot bij de Hoge Raad worden gevoerd, kan echter naar mijn mening worden aangenomen dat door het handelen van de Belastingdienst in de praktijk en de standpuntbepaling van de Belastingdienst gelijk is aan de inhoud van de praktijkhandreiking.

De Belastingdienst acht de volgende omstandigheden irrelevant voor de beoordeling of al dan niet sprake is van een materiële onderneming: de omvang van de vastgoedportefeuille, kennis en ervaring van het personeel, tijdsbesteding en omvang van het personeel, schoonmaak- en onderhoudswerkzaamheden, wijze van financiering van het onroerend goed, het op peil houden van het vastgoed en contacten met huurders, aannemers en gemeenten. Hieruit blijkt dat de Belastingdienst op grond van de handreiking slechts enkel aandacht besteed aan de verhuuractiviteiten en niet in combinatie met de projectontwikkeling.

Vastgoed B.V. houdt zich gemiddeld eens in de twee tot drie jaar bezig met projectontwikkeling. Bij projectontwikkeling kan volgens de handreiking een materiële onderneming aanwezig zijn indien voortdurend wordt gezocht naar nieuwe projecten. Ik concludeer dat bij Vastgoed B.V. hier geen sprake van is omdat de projectontwikkeling een sporadisch karakter heeft. Volgens de praktijkhandreiking kan Vastgoed B.V. in zoverre niet worden gezien als een materiële onderneming.

Ik merk op dat de omstandigheden die de Belastingdienst irrelevant acht, juist wel relevant zijn in de rechtsspraak voor de beoordeling of al dan niet sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Mijns inziens zijn dat de feiten en omstandigheden die juist de doorslag geven of een vennootschap een materiële onderneming vormt.

Na de fusie is op basis van de verhuuractiviteiten alsnog geen sprake van een materiële onderneming. Het verhuren van vastgoed vormt volgens de praktijkhandreiking namelijk nooit een onderneming. Op basis van de projectontwikkelingswerkzaamheden kan wel sprake zijn van een materiële onderneming. In de casus is aangegeven dat 't Houtje B.V. zich bezighoudt met projecten en voortdurend zoekt naar nieuwe projecten. Dit houdt in dat de vennootschap in haar geheel geen materiële onderneming heeft, maar dat de projectontwikkelingswerkzaamheden wel gezien kunnen worden als ondernemingsactiviteit. Volgens de praktijkhandreiking kan Tom alleen met betrekking tot de projectontwikkelingswerkzaamheden aanspraak maken op de BOF en de doorschuiffaciliteit.

6.5 VERMOGENSETIKETTERING

De conclusie luidt dat na de fusie sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Op grond van de kamerstukken moet vervolgens worden beoordeeld of de vennootschap een materiële onderneming vormt. Meer dan normaal vermogensbeheer kan namelijk ook betekenen dat sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden. In de casus is duidelijk geen sprake van resultaat uit overige werkzaamheden gezien de duurzaamheid en werkzaamheden van de vennootschap. In de meeste jurisprudentie zoals besproken in hoofdstuk drie blijkt dat de rechter uitgaat van een alles-of-niets benadering. Dit is mijns inziens onjuist omdat uit de kamerstukken blijkt dat na het vaststellen of al dan niet sprake is van een materiële onderneming, beoordeeld moet worden welke vermogensbestanddelen kwalificeren als ondernemingsvermogen voor toepassing van de BOF en de doorschuiffaciliteit.

Uit het arrest van 10 maart 2017 en de uitspraak van 19 juli 2017 blijkt dat eerst een onderscheid moet worden gemaakt tussen vermogensbestanddelen die behoren tot de verhuur van het onroerend goed en vermogensbestanddelen die behoren tot de projectontwikkeling. Dit is mijns inziens juist. Beoordeeld moet worden of beide activiteiten op zichzelf gezien een onderneming vormen. Door het verwachte rendement op de kantoorpanden, het pand dat in eigen beheer wordt gebruikt en de onderhouds- en verbouwingswerkzaamheden die in eigen beheer worden verricht, kunnen de verhuuractiviteiten op zichzelf gezien aangemerkt worden als onderneming.

De beleggingspanden behoren tot de verhuuractiviteiten. Dat de panden zijn aangemerkt als beleggingspanden wil niet zeggen dat het geen ondernemingsvermogen kan zijn.

De beleggingspanden zijn namelijk dienstbaar aan de onderneming en worden uitsluitend gebruikt voor de exploitatie van de onderneming. De beleggingspanden vervullen dus een relevante functie binnen de onderneming.

Om deze reden kunnen de beleggingspanden aangemerkt worden als ondernemingsvermogen. Dit geldt tevens voor de lening en debiteuren die betrekking hebben op de panden. De onroerende zaken in ontwikkeling hebben betrekking op de projectontwikkelingswerkzaamheden. De projectontwikkeling kan op zichzelf gezien aangemerkt worden als ondernemingsactiviteit zoals ik eerder in deze conclusie heb vermeld. De lening bij de Rabobank en de debiteuren en crediteuren die hier betrekking op hebben kunnen ook als ondernemingsvermogen aangemerkt worden.

De liquide middelen worden tevens aangemerkt als ondernemingsvermogen omdat in 2015 grond is verkocht en de vennootschap het voornemen heeft om in 2017 een vastgoedcomplex te kopen. De liquide middelen zijn dus dienstbaar aan de onderneming en kwalificeren als buffervermogen. De vennootschap moet dit echter wel aannemelijk maken. Dit kan door bijvoorbeeld een investeringsplan te overleggen.

De effecten daarentegen staan in een meer verwijderd verband van de onderneming. Dit wil niet per definitie zeggen dat het geen ondernemingsvermogen kan zijn. Uit de casus blijkt echter niet dat de effecten een functie binnen de onderneming hebben of dienstbaar zijn aan de onderneming. Dit houdt in dat de effecten duurzaam overtollig zijn en dus worden aangemerkt als beleggingsvermogen.⁴⁹

Op grond van het bovenstaande concludeer ik dat na de fusie de vennootschap een materiële onderneming vormt en dat naast de effecten alle vermogensbestanddelen kunnen worden aangemerkt als ondernemingsvermogen.

⁴⁹ Echter, op grond van art. 35c lid 1 sub c ten 2^e SW 1956 valt maximaal 5% van het ondernemingsvermogen als beleggingsvermogen onder de vrijstelling van art. 35b SW 1956. Dit betekent dat de effecten geheel onder de vrijstelling vallen en de BOF van toepassing is op het gehele ondernemingsvermogen.

LITERATUURLIJST

Boeken:

- Vermeulen, M. en Wieman, M. (red.), “Handboek Vastgoedmanagement”, Noordhoff Uitgevers, Groningen/Houten 2010
- Cursus Belastingrecht 2016 Inkomstenbelasting

Internet:

- www.belastingdienst.nl
- https://zoek.officielebekendmakingen.nl/zoeken/parlementaire_documenten
- www.navigators.kluwer.nl
- <http://www.ndfr.nl.lib.fontys.nl/>

Jurisprudentie:

- Hoge Raad 7 oktober 1953, nr. 11.383, BNB 1953/272
- Hoge Raad 23 december 1959, nr. 14.097, BNB 1960/25
- Hoge Raad 2 februari 1966, nr. 15.527, BNB 1966/90
- Hoge Raad 25 juni 1969, nr. 16.183, BNB 1969/184
- Hoge Raad 1 september 1976, nr. 17.924, V-N 1976, p. 860
- Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20.733, BNB 1981/299
- Hoge Raad 8 mei 1985, nr. 22.738, BNB 1985/230
- Hoge Raad 17 augustus 1994, BNB 1994/319
- Hoge Raad 29 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1845, BNB 1996/232
- Hoge Raad 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ7943, BNB 2010/147
- Hoge Raad 15 april 2016, nr. 15/02829, BNB 2016/166
- Hoge Raad 10 maart 2017, nr. 16/04190
- Hoge Raad 14 april 2017, nr. 16/02345, NTFR 2017/1170
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 5 november 2013, NTFR 2014/428
- Gerechtshof Den Haag, 20 december 2013, nr. 12/00757
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 8 april 2014, nr. 13/00473
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, nr. 13/01073
- Gerechtshof Den Haag 1 juli 2016, nrs. 14/00838 en 14/00839
- Gerechtshof Den Haag 19 juli 2017, nr. 16/00373
- Rechtbank Den Haag 29 augustus 2012, AWB 11/2988
- Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, NTFR 2015/1164
- Rechtbank Den Haag 15 juli 2016, NTFR 2016/2837

Kamerstukken:

- Kamerstukken II 1997-1998, nr.25.688, nr.3,
- Kamerstukken 2, 1998 – 1999, 26727, nr. 3,
- Kamerstukken II 2008-2009, nr. 31.930, nr. 9,
- Memorie van toelichting 2008-2009, nr. 91930, nr.3
- Kamerstukken 2 2009 – 2010, 32 129, nr. 3,

Artikelen:

- Berkhout, T.M., ‘Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed’, NTFR 2010/1225
- van Dijk, J.E.A.M., ‘Vermogensbeheer’, WFR 1976/5258, p. 148 en 149
- Rozendal, A., ‘Vastgoedexploitatie in de inkomstenbelasting’, NTFR 2015/3
- Berkhout, T.M. en Hoogeveen, M.J., ‘Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten’, WFR 2015/4
- Hoogeveen, M. J. (2014). ‘Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed’, FBN 2014(46)

Wetsartikelen:

- Artikel 2.12 Wet op de inkomstenbelasting 2001
- Artikel 3.2 Wet op de inkomstenbelasting 2001
- Artikel 4.16 Wet op de inkomstenbelasting 2001
- Artikel 4.17a Wet op de inkomstenbelasting 2001
- Artikel 5.20 Wet op de inkomstenbelasting 2001
- Artikel 17a Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001
- Artikel 20 Successiewet 1956
- Artikel 24 Successiewet 1956
- Artikel 35b Successiewet 1956
- Artikel 35c Successiewet 1956

Overig:

- Toelichting staatssecretaris 28 maart 2014, nr. DGB 2014-1075, NTFR 2014/1391
- Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten
- Vakstudie Successiewet, art. 35c SW 1956

BIJLAGE 1: VERKLARING VAN AUTHENTICITEIT

Verklaring van authenticiteit

Ik heb deze scriptie zelf geschreven en ik heb daarbij geen teksten overgenomen uit andere scripties, literatuur en overige geschriften zonder de bron op juiste wijze te hebben vermeld. Ik verklaar derhalve dat ik geen plagiaat heb gepleegd en niet ongeoorloofd met anderen heb samengewerkt of gebruik gemaakt van het gedachtegoed van anderen.

Datum: 15 januari 2018

S. El Addouti