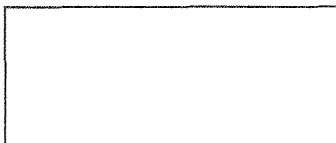




Belastingdienst



Grote ondernemingen

Kantoor Groningen

Postbus 418
9700 AK Groningen
belastingdienst.nl

Telefoonnummer

E-mailadres

@belastingdienst.nl

Datum

03 juni 2022

Onze referentie

Uw referentie

Betreft: Beslissing op uw Woo-verzoek

Geachte ,

In uw verzoek van 22 april 2022, heeft u de Belastingdienst gevraagd informatie openbaar te maken over de volgende onderwerpen:

1. Documentatie waaruit volgt welke waarderingsmethode(n) door de fiscus toelaatbaar wordt of worden geacht bij de bepaling van de waarde van een onderneming met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsregeling uit art. 35b SW;
2. Documentatie waaruit volgt of en welke waarderingsmethode(n) prevaleert of prevaleren boven de toepassing van andere waarderingsmethoden;
3. Documentatie waaruit volgt welk beoordelingskader door de fiscus wordt toegepast bij de beoordeling van de waardering van een onderneming.

Op 12 mei 2022 heeft u bericht ontvangen dat uw verzoek in goede orde is ontvangen. Daarbij is medegedeeld dat de beoordeling van uw verzoek meer tijd in beslag neemt en de beslistermijn met 2 weken is verlengd.

Wettelijk kader

Uw verzoek behandel ik als een verzoek op grond van de Wet open overheid (hierna: Woo). U heeft met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) verzocht om openbaarmaking. Op 1 mei 2022 is echter de Woo in werking getreden en is de Wob ingetrokken (artikel 10.1. Woo).

Beslissing

Ik wijs uw verzoek af, omdat het verzoek niet valt onder de reikwijdte van de Woo. De reden hiervan is dat de informatie al openbaar is en voor iedereen toegankelijk. De Woo is alleen van toepassing op informatie die nog niet openbaar is.

Op de website van de Belastingdienst is informatie te vinden over de erf- en schenkbelasting en de bedrijfsopvolgingsregeling via de volgende link:
https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/themaoverstijgend/brochures_en_publicaties/erf-en-schenkbelasting-en-de-bedrijfsopvolgingsregeling

Grote ondernemingen
Kantoor Groningen

Datum
03 juni 2022

Onze referentie

Daarnaast is op de website van de Belastingdienst informatie te vinden over hoe de waarde going concern voor de erf- en schenkbelasting te berekenen is via de volgende link:
<https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/erfbelasting/content/waarde-going-concern-berekenen>

Op 14 juli 2020 zijn er naar aanleiding van een eerder Wob-verzoek documenten van het Landelijk Business Valuation Team (LBVT) openbaar gemaakt over de wijze waarop aandelen worden gewaardeerd. Dit Wob-verzoek heeft voor een deel ook betrekking op stukken die u vraagt. Het Wob-verzoek met alle daarbij behorende documentatie is te vinden via de volgende link:
<https://open.overheid.nl/repository/ronl-8e36d143-a562-437f-8993-27143e983bc7/1/pdf/Wob-verzoek%20over%20documentatie%20BVT%20Belastingdienst%20over%20waarder%20van%20aandelen%20van%20bestaande%20bedrijven%20en%20start-ups.pdf>

Op 9 december 2016 is er naar aanleiding van een eerder Wob-verzoek het document de Praktijkhandeling bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten openbaar gemaakt. Een kopie van dit document is bij dit besluit gevoegd.

Hebt u vragen?

Op rijksoverheid.nl/onderwerpen/wet-open-overheid-woo vindt u meer informatie over de Woo-procedure. Hebt u vragen over de afhandeling van uw verzoek? Belt u mij dan op.

Hoogachtend,

De Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst,
namens deze,

De directeur van Belastingen GO,
namens deze



**bezwaarmogelijkheid**

Deze brief is een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Op grond van die wet kunt u tegen dit besluit binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt een bezwaarschrift indienen. Het bezwaarschrift moet worden gericht aan de minister van Financiën, ter attentie van de Directie Juridische Zaken, Postbus 20201, 2500 EE Den Haag.

Het bezwaarschrift dient te worden ondertekend en dient ten minste het volgende te bevatten:

- a. naam en adres van de indiener;
- b. de dagtekening;
- c. een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar zich richt;
- d. een opgave van de redenen waarom u zich met het besluit niet kunt verenigen.

Grote ondernemingen
Kantoor Groningen

Datum
03 juni 2022

Onze referentie



Belastingdienst

[Verzoekers]

Telefoon
0800-0543

Bestuurlijk verband
Belastingdienst/GO-Midden

Datum
9 december 2016

Uw referentie
[...]

Behandeld door
[...]

Betreft: Beslissing op WOB-verzoek met betrekking tot Praktijkhandreiking
bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten

Geachte [verzoekers],

Op 14 september 2016 heeft u met een beroep op de Wet openbaarheid bestuur
(hierna: WOB) gevraagd om een kopie van het document Praktijkhandreiking
bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten.

Bijgaand doe ik u een kopie van het gevraagde document toekomen.
In het document zijn de namen van medewerkers van de Belastingdienst
geanonimiseerd omdat het belang van openbaarmaking hiervan niet opweegt
tegen de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.
Zie in dit kader artikel 10, lid 2, letter e, WOB.

Hoogachtend,
namens de inspecteur

[...]

Rechtsmiddel:

Op grond van afdeling 6.2 van de Algemene Wet bestuursrecht kunt u tegen deze
beschikking binnen zes weken na dagtekening van dit besluit een bezwaarschrift
indienen bij de Staatssecretaris van Financiën, P/a Belastingdienst Utrecht,
Postbus 18500, 3501 CM Utrecht. Bij verzending per post is een bezwaarschrift op
tijd ingediend als u het voor het einde van de termijn hebt gepost en ik het niet
later dan één week na afloop van de termijn heb ontvangen. In uw bezwaarschrift
geeft u gemotiveerd aan waarom u het niet eens bent met de beschikking.

Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten

Van Kennisgroepen VKC/AB/Successiewet
[A], [B], [C] (secretaris), [D], [E], [F].
Aan UC VpB en IH
Datum 1 juni 2016 (versie 2.0)

1. Inleiding

Een werkgroep, samengesteld uit leden van drie kennisgroepen, begeleidt casussen uit de Belastingdienstpraktijk over het toepassen van de bedrijfsopvolgingsregelingen (BOR) voor vastgoedexploitanten. De kennisgroepen zijn: AB, Successiewet en het Vastgoedkenniscentrum.

Deze praktijkhandreiking bevat een inventarisatie van de problematiek inzake de bedrijfsopvolging bij vastgoedexploitanten, de opvattingen in jurisprudentie en de literatuur en de hierbij in de praktijk voorkomende casussen en relevante feiten. De handreiking beoogt geen zelfstandige grondslag te zijn voor het standpunt van de inspecteur in voorkomende gevallen, maar bevat een weergave van grondslagen in wet, jurisprudentie en literatuur en biedt handvatten voor de praktijk.

Het doel van deze praktijkhandreiking is de inspecteur een handzaam overzicht te bieden om de problematiek te kunnen overzien om vervolgens een afgewogen standpunt te kunnen innemen. Deze praktijkhandreiking bevat een werkwijze, de zogeheten omstandighedencatalogus, om het daarvoor benodigde overzicht van relevante feiten te kunnen krijgen.

Vaktechnische lijn

Alvorens een standpunt kan worden ingenomen door de inspecteur in een individuele casus, dient deze te worden afgestemd met de vaktechnische lijn (VTA en VACO). De VACO kan vervolgens overleggen met de werkgroep, die in dezen namens de lavaco's de uitvoering coördineert.

Versie 2.0: wijzigingen

Deze versie van de praktijkhandreiking vervangt de versie van juni 2015. De handreiking is aangevuld naar aanleiding van het arrest van 15 april 2016 over een 'omvangrijke vastgoedportefeuille' (paragraaf 14) en discussies over het aanhouden van buffervermogen (paragraaf 15).

2. Problematiek

Bij schenken en erven van vastgoedportefeuilles en AB-vastgoedaandelen speelt de vraag of een vastgoedonderneming wordt gedreven. In dat geval is vervolgens de vraag relevant welk deel van het vermogen kwalificeert als ondernemingsvermogen. Voor geschonken of vererfde vastgoedondernemingen kunnen bedrijfsopvolgingsfaciliteiten geclaimd worden. Vastgoedbeleggers hebben geen recht op deze faciliteiten.

De werkgroep wil met dit memo een handreiking geven aan belastingdienstmedewerkers die in de praktijk met deze problematiek geconfronteerd worden. De fiscale gevolgen zijn daarbij niet leidend, maar de feiten en omstandigheden. Het is mogelijk dat belastingplichtigen de feiten kleuren net naar gelang de gewenste fiscale uitkomst. Het is aan de inspecteur om bij het presenteren van de feiten die kleuring er zoveel mogelijk uit te halen.

3. Bedrijfsopvolgingsregeling: AB-vastgoedaandelen en Successie

Per 1 januari 2010 is de doorschuifregeling bij leven in de sfeer van het AB ingevoerd. Tegelijk is de doorschuifregeling bij overlijden beperkt tot de bedrijfsopvolging. De doorschuifregelingen zijn volgens de wetgever alleen nodig om 'reële bedrijfsopvolgingen' te faciliteren.

Bedenken we dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de SW 1956 ook alleen van toepassing zijn indien en voor zover de BV een onderneming drijft, dan is het begrijpelijk dat een antwoord op de vraag of er sprake is van beleggings- of ondernemingsvastgoed financieel grote consequenties heeft. Als de BV geen materiële onderneming drijft, is de gecombineerde belastingdruk 40%. Doet zij dat wel, dan heeft de belastingdruk een omvang van 3,4%.¹

Het verschil met de belastingheffing over vastgoedbeleggingen is enorm groot. Zeker wanneer het vastgoed in hoge mate vreemd gefinancierd is, zou belastingheffing het voortbestaan van de portefeuille in gevaar kunnen brengen. Daarom is de druk op vastgoedexploitanten en hun adviseurs groot om de BOR veilig te stellen in vooroverleg.

4. Vooroverleg

Vaak zal de belastingplichtige door vooroverleg de inspecteur verzoeken een standpunt in te nemen of en in hoeverre sprake is van een materiële onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB. Het is aan de inspecteur of hij op het vooroverleg ingaat. In het besluit fiscaal bestuursrecht, besluit van 15 februari 2016, nr. BLKB 2016/19 (BFB)) staat hierover:

Het verzoek moet een duidelijke omschrijving van de casus bevatten, waarover een standpunt wordt gevraagd, inclusief alle relevante feiten en omstandigheden en, indien betrekking hebbend op de toepassing van het recht, een helder standpunt of een heldere zienswijze of conclusie bevatten over de fiscale consequenties van de voorgelegde casus.

De inspecteur dient het verzoek in behandeling te nemen als aan de voorwaarden van het BFB wordt voldaan, tenzij sprake is van de in onderdeel 3 genoemde gevallen (dan hoeft de inspecteur niet in te gaan op een verzoek) of fiscale grensverkenning of strijd met goede trouw (onderdeel 4 van het BFB).

Overdracht 'één aandeel'

Soms tracht de belastingplichtige een standpunt van de inspecteur te forceren door één aandeel over te dragen. Het is maar zeer de vraag of dit werkt: het standpunt dat er — gezien de feiten en omstandigheden — in enig jaar sprake is van een onderneming of een belegging, hoeft niets te zeggen over de feitelijke situatie in de toekomst. De belastingplichtige moet hierop gewezen worden. De inspecteur maakt geen vervolgspraken, overleg met VACO en VTA is gewenst. Wel is het van belang dat ook bij de overdracht van één aandeel, en een mogelijk daaraan gekoppeld gering bedrag aan schenkbelasting, de zaak goed uit te zoeken. Aangezien veelal sprake is van een 4 WBR-lichaam, wordt in de praktijk maximaal 7% van de aandelen geschonken per kind, gezien de heffing van overdrachtsbelasting die bij een schenking > 7% een rol gaat spelen. Ofwel, in de situatie van een 4 WBR-lichaam is de overgang krachtens erfrecht fiscaal voordeliger dan de overdracht krachtens schenking.

Tot slot dient bij schenking ook de dienstbetrekkingseis gedegen te worden beoordeeld in overleg met de ib-inspecteur, zeker in de situaties dat begiftigden ná invoering van de dienstbetrekkingseis in dienst zijn gekomen.

5. Tegengestelde belangen

In de praktijk kunnen op diverse terreinen tegengestelde belangen spelen, zowel bij exploitanten als inspecteurs. De inspecteur moet het recht onbevooroordeeld toepassen op de feiten en omstandigheden. Het is raadzaam om af te stemmen met de inspecteur van de andere middelen. Bijvoorbeeld vinden enerzijds vastgoedexploitanten het gunstig om goed renderend vastgoed in box 3

¹ Abstraherend van de 100%-vrijstelling bedraagt de vrijstelling 83% van de waarde van het ondernemingsvermogen. Het tarief is gesteld op 20%.

te houden, anderzijds wil men wellicht ondernemer zijn voor de BOR.

IB-inspecteurs willen bijvoorbeeld winstgevende vastgoedactiviteiten onderbrengen in box 1, terwijl successie- en overdrachtsbelastinginspecteurs dezelfde vastgoedactiviteiten mogelijk zien als belegging en daarom geen bedrijfsopvolgingsfaciliteiten of overdrachtsbelastingvrijstellingen verlenen.

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

6. Onderneming: duurzame organisatie + meerwaardecreatie

Voor fiscale doeleinden wordt een onderneming wel omschreven als een organisatie die erop gericht is met behulp van kapitaal en arbeid deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces (of: economische verkeer) met het oogmerk winst te behalen.

Vastgoedbeleggers zullen al snel elementen van deze definities op zich kunnen betrekken, als ze er al niet geheel aan voldoen: (enige) organisatie is nodig; (enig) kapitaal wordt ingezet; (enige vorm van) arbeid zal worden verricht; (enige) risicodragende deelname aan het economische verkeer en het oogmerk om geldoverschotten te behalen, is doorgaans een gegeven. Deze definitie brengt een oplossing voor de kwalificatie van verhuur van vastgoed dus niet echt verder.

Vastgoedbeleggers en -ondernemers kan men van elkaar onderscheiden door de vraag te beantwoorden of er sprake is van 1) een duurzame organisatie die erop gericht is 2) meerwaarde te creëren.² Van een vastgoedonderneming spreken we wanneer een duurzame organisatie (samenhangende activiteiten in een georganiseerd verband) gericht is op het creëren van meerwaarde boven het nettorendement dat wordt verkregen uit het enkele verhuren of beheren van vastgoed. In de praktijk ontwikkelen beleggers soms ook wel eens een pand. Ook dan speelt de vraag of we kunnen spreken van een onderneming voor die activiteiten.³

In BNB 1994/319 gaf de Hoge Raad ten aanzien van een belastingplichtige die kamers verhuurde in ('slechts') twee panden aan dat er 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 de onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan.' Er moet een duidelijke relatie zijn tussen de meerarbeid (kwalitatief en/of kwantitatief) en het beoogde resultaat. De meerarbeid ('arbeid+') moet *gericht zijn* op het behalen van een hoger rendement ('rendement+') dan wat normaal wordt gehaald met verhuur. Dit wil dus niet zeggen dat er dus sprake is van een onderneming als er een hoog rendement wordt gehaald. Het omgekeerde geldt ook niet. De 'arbeid+' moet tot doel hebben een hogere opbrengst te halen en beoordeeld moet worden of dat objectief gezien haalbaar is. Maar wordt het voordeel om wat voor reden dan ook (bijvoorbeeld de kredietcrisis) toch niet gehaald, dan spreken we toch van meer dan normaal vermogensbeheer. Daarom is het van belang om inzicht te hebben in de rendementen over een langere periode.

² J.E.A.M. van Dijk, 'Vermogensbeheer', *WFR* 1976/5258, p. 148 en 149.

³ T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', *NTFR* 2010/1225, p. 4.

7. Rechtspraak

Uit de rechtspraak valt geen eenduidig beslissingskader af te leiden voor de behandeling van de problematiek. De beslissingen zijn casuïstisch van aard; voorleggen aan de Hoge Raad is vaak niet mogelijk (feitelijke uitspraak) of wordt niet gewenst geacht ('HR-stempel op feitelijke uitspraak'). In grote lijnen kan men voor vastgoedportefeuilles aannemen dat het beleggingen betreft. Er zijn vier recente uitspraken waarin geconcludeerd werd tot een vastgoedonderneming.⁴ Een van deze uitspraken heeft inmiddels geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016. In paragraaf 14 wordt nader ingegaan op dit arrest. Deze zaken zijn niet leidend, maar er wordt vanuit de fiscale praktijk wel een beroep op gedaan. Men zal met de feiten zoveel mogelijk proberen aan te sluiten bij de feiten die in deze casus aan de orde zijn geweest en het oordeel dat daaraan door de rechter is gegeven. Het is aan de inspecteur om de gegeven feiten nader te onderzoeken. Is het alleen een mooi verhaal, of klopt het ook? Op dit moment ontbreekt het nog aan scherpe contouren van oplossingsrichtingen en afwegingskaders voor de praktijk en de rechtspraak. Die moeten er wel komen. Gedegen feitenonderzoek, een meer uniforme aanpak van dat onderzoek en een zoveel mogelijk op dezelfde wijze presenteren van de feiten aan de rechter zal hopelijk leiden tot meer duidelijkheid. Zie hierover nader punten 8 t/m 10.

8. Plan van aanpak voor de praktijk

a. Gebruik de bewijslast, zet de belastingplichtige aan het werk

De bewijslast, dat er voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten sprake is van een materiële onderneming, rust op de belastingplichtige. De belastingplichtige moet aannemelijk maken dat hij, vergeleken met andere beleggende verhuurders, meer dan normaal (actief) vermogensbeheer verricht. De inspecteur moet er vervolgens op toezien dat het bewijs wordt geleverd en het is aan de rechter om te beoordelen of dat stand houdt.

De inspecteur moet de belastingplichtige 'aan het werk zetten' om bewijs te verzamelen voor zijn stelling dat er sprake is van een onderneming. Het is een 'open deur', maar leg de aanslag niet gehaast op. Neem de tijd voor goed onderzoek. De belastingplichtige moet zichzelf vergelijken met andere belastingplichtigen en bewijzen dat hij meer rendement beoogt/maakt dan zijn collega (een meer succesvolle belegger wordt door dat succes nog geen ondernemer) en aangeven met welke activiteit dat is gebeurd en waarom deze activiteit kwalitatief of kwantitatief onderscheidend is van de activiteiten van zijn collega's. Een gloedvol verhaal van de belastingplichtige zomaar 'geloven' of 'weerspreken' zonder feitenonderzoek is ten enenmale onvoldoende!

Ook in het kader van vooroverleg is het aan de belanghebbende om de relevante feiten te presenteren. Het BFB vermeldt over het verstrekken van informatie in onderdeel 2:

De inspecteur kan om nadere informatie vragen als dit naar zijn oordeel noodzakelijk is voor het beoordelen van de casus. Het standpunt van de inspecteur geldt onder het algemene voorbehoud van de juistheid en volledigheid van het verzoek. Daarnaast kan de inspecteur een specifiek voorbehoud maken.

Als op basis van de verstrekte informatie geen standpunt kan worden ingenomen, dan dient dit uiteraard ook achterwege te blijven. De inspecteur kan ook nadere informatie opvragen, of besluiten dat niet te doen om vervolgens een standpunt in te nemen op basis van de wel beschikbare feiten met een specifiek voorbehoud op dat punt. Ook in de context van vooroverleg ligt de bal voor de informatievoorziening bij belanghebbende (alles in redelijkheid uiteraard). In het kader van

⁴ T.M. Berkhout, 'Arbeid+, rendement+. Bedrijfsopvolgingsregeling vastgoedbeleggers', *KWEP* 2014/18, 3, p. 7-12; M.J. Hoogeveen, 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed', *FBN* 2014/46; NTFR 2015/1184 met noot Rozendal. Zie verder ECLI:NL:GHARL:2015:3505 inzake een portefeuille van 700 miljoen euro.

vooroverleg moeten we niet op de stoel van de adviseur/belanghebbende gaan zitten.

b. Hanteer de volgende normatiek / uitgangspunten voor de beoordeling

De werkgroep heeft de afgelopen jaren casussen voorgelegd gekregen en daaruit een aantal normen of 'uitgangspunten voor de beoordeling' gestedilleerd. Deze normen kunnen door de belastingplichtige en de rechter weerlegd worden.

1. Vastgoedbeheer en -exploitatie (was altijd al en) is een intensieve bezigheid: 'aandelen Shell hebben geen lekkende dakgoten'. De arbeid is inherent aan de gekozen investering. Het op peil houden (kwalitatief) van het vastgoed doet iedere verstandige eigenaar, omdat dan de huurstroom op peil blijft. Dat tilt een vastgoedinvesteerder niet uit boven het niveau van normaal vermogensbeheer.
2. Verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming.
De volgende omstandigheden zijn irrelevant, dan wel niet onderscheidend voor de beoordeling of er sprake is van een onderneming omdat deze omstandigheden normaal zijn in geval van verhuur van vastgoed:
 - a. de omvang van de portefeuille (aantallen, marktwaarde, m²);
 - b. de wijze van financieren (risico, structurering) en de (relatieve en absolute) omvang van de financiering⁵;
 - c. de aanwezigheid van een eigen onderhoudsdienst;
 - d. de *know how* van de eigenaar en het personeel;
 - e. het aantal personeelsleden⁶;
 - f. de tijdsbesteding door erflater/schenker/werknemer en erfgenaam/begiftigde/werknemer;
 - g. een relatienetwerk onderhouden (bijv. met andere beleggers, gemeentelijke instanties en - bestuurders, aannemers, makelaars, financiers, evenementen bezoeken etc.);
 - h. het aankoop-, verhuur-, verkoopproces;
 - i. marktonderzoek, selectie panden en huurders, strategiebepaling, bezichtigingen;
 - j. contracteren: algemeen; huurcontracten afsluiten en verlengen;
 - k. bijhouden administratie, waaronder huren innen;
 - l. contacten onderhouden (huurders, gemeenten, nutsbedrijven, makelaars, enzovoorts);
 - m. klachtenbehandeling;
 - n. financieren van vastgoed;
 - o. technisch beheer: inspecties en onderhoud/repatries uitvoeren, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
 - p. verbeteringen aanbrengen, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
 - q. uitbreiden van het aantal verhuurbare meters (indien door ontwikkeling kan de ontwikkeling gedurende de ontwikkelfase wel ondernemingsactiviteit zijn).

Attentiepunt

De werkgroep acht het van wezenlijk belang in procedures af te trappen met een uitgebreid exposé dat deze werkzaamheden volstrekt normaal geacht moeten worden bij het beleggen in (kleine en grote) vastgoedportefeuilles. Anticipeer hierop in correspondentie. Als men dat niet doet, kan de belanghebbende met zijn betoog al snel de toon zetten en de normale, doorsnee

⁵ Dit kan wel relevant zijn als het gaat om etikettering van de schulden aan het betreffende actief. Anders gezegd: indien oude (beleggings-)panden hypotheekvrij zijn en de nieuwe (net ontwikkelde?) panden zijn volledig gefinancierd, dan zou er sprake zijn van een ondernemingsactiviteit met een geringe waarde vanwege de hoge schulden. Dus het kan wel relevant zijn voor het feitenonderzoek hoe de financieringsstromen precies lopen (causaal verband). Voorts kan financieringsrente van belang zijn voor de vraag of sprake is van een bron van inkomen (HR 14 november 2014, nr.13/01800, NTFR 2014/2751).

⁶ Check of de begiftigden voldoen aan de dienstbetrekkingseis.

werkzaamheden als meerwaarde-creërende werkzaamheden ‘verkopen’ aan de rechter. De inspecteur staat dan van meet af aan op achterstand. Zie ook punt 13.

3. Services bieden (schoonmaken, receptioniste, glazen wassen, beveiliging) naast de kale verhuur van ruimten is nog steeds beleggen. Soms wordt dit *all inclusive* verhuur genoemd. Vraag door naar wat dit is, wat het kost, of het optioneel is voor de huurders. Zet de opbrengst van het servicepakket eens af tegen de totale huur. Hoeveel verbetert het rendement door het bieden van het servicepakket? Uitzondering: IB-éénpitters die eigen arbeid rendabel maken ten aanzien van kleinschalig vastgoed door middel van extra diensten, drijven soms een onderneming (BNB 1994/319).⁷
4. De grootte van de vastgoedportefeuille (2, 20, 200 miljoen) doet er niet toe. In de wetsgeschiedenis wordt voor de toepassing van de doorschuifregelingen in de IB en bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 (Tweede Kamer, 2008-2009, 31930, nr. 13 blz. 24-25) de vergelijking gemaakt met FBI's, die in zeer omvangrijke vastgoedportefeuilles beleggen en daarvoor ook een beheerorganisatie hebben. “Waarom zou dat anders zijn in de aan u voorgelegde situatie”?
Let op dat het IB-ondernemingsbegrip afwijkt van het OB-ondernemersbegrip. Ondernemer is volgens artikel 7 wet OB een ieder die een bedrijf zelfstandig uitoefent.
Let op dat het ondernemingsbegrip uit de IB afwijkt van die bijvoorbeeld artikel 28 Vpb (fiscale beleggingsinstelling). Het teveel aan “risico” is in de Vpb een beletsel om de fiscale beleggingsinstelling status (hierna FBI status) te verkrijgen (BNB 1990/73), maar daardoor is nog geen sprake van een onderneming volgens de Wet IB 1964. Hetzelfde geldt voor het beleggen in Peruaanse Inti (BNB 2007/83): teveel risico voor de FBI status, maar daarmee nog geen materiële IB-onderneming. Dit neemt niet weg dat het doel van de FBI: het mogelijk maken dat kleine beleggers ook met grote vermogens aan de slag kunnen er toe leidt dat de wetgever beleggers via een FBI en de directe beleggers gelijk wil behandelen
5. Een relevant netwerk hebben en verstand hebben van vastgoed is niet onderscheidend. Dit geldt ook voor beleggers.
6. Actief of passief uitponden levert nog geen onderneming op (BNB 2012/21).
7. Enkel bestemmingen wijzigen levert nog geen onderneming op.
8. Enkel ‘op papier’ laten splitsen van vastgoed levert nog geen onderneming op.
9. Grootschalig renoveren of onderhouden is beleggen. Van tijd tot tijd moet de belegging worden opgeknapt of bij de tijd worden gebracht.
10. Incidenteel een pand bouwen of vernieuwbouwen⁸ levert geen onderneming op. Er is dan immers geen sprake van zelfstandige, duurzame activiteiten, zodat deze activiteiten bij onvoldoende samenhang niet kwalificeren als het drijven van een onderneming
11. In een reeks van jaren nieuwbouwpanden realiseren, eventueel na sloop van oude gebouwen in een bestaande portefeuille (‘herontwikkelen’), levert een ondernemingsactiviteit op. Zeker als er sprake is van een projectontwikkelingsorganisatie, die jaar in jaar uit op zoek is naar nieuwe projecten en daarmee aan de slag gaat. Indien ontwikkeld wordt voor de eigen vastgoedportefeuille is onderstaande subregel van toepassing:
Subregel: nadat de ontwikkeling klaar is en sprake is van duurzame verhuur eindigt de ondernemingsactiviteit HR BNB 1996/232).
12. Buffervermogen en/of overtollig vermogen. De belastingplichtige stelt dat hij de onderneming alleen kan drijven wanneer hij extra vermogen (vastgoed zonder hypotheek) of liquiditeit aanhoudt.
De werkgroep acht dit argument valide wanneer het onderbouwd wordt, bijvoorbeeld door stukken waaruit blijkt wat een bank eist. Daarnaast kan de jurisprudentie hierover onderbouwing bieden. Voor tijdelijk overtollige liquide middelen geldt: er moet aannemelijk

⁷ Let op. Indien de activiteiten in de BV plaatsvinden, zal er een gebruikelijk loon moeten worden toegekend. Voor de berekening van het rendement moet daarmee rekening worden gehouden. Daarbij moet de doelmatigheidsafslag van thans 25% in art. 12a Wet LB 1964 worden geëlimineerd.

⁸ Vernieuwbouwen: zeer ingrijpend (laten) renoveren en (laten) transformeren vormt altijd een onderneming. T.M. Berkhout, ‘Activeren, tenzij: ingrijpende renovaties en transformaties van vastgoedcomplexen’, *NTFR* 2013/982.

gemaakt worden dat een bedrag nodig is en bestemd is om geïnvesteerd te worden in de onderneming. Alleen dát bedrag is tijdelijk overtollig. In paragraaf 15 wordt nader ingegaan op het onderwerp buffervermogen.

13. Veel of weinig vreemd vermogen levert geen doorslaggevende aanwijzingen op. Beleggingen worden ook wel met vreemd gefinancierd. In de jurisprudentie vormt de aanwezigheid van veel vreemd vermogen soms een aanwijzing voor ondernemen.

Attentiepunt

Bij schenk- en erfbelasting niet de bezitstermijn vergeten (5 jaar voor schenken, 1 jaar voor overlijden). Dit kan vooral relevant zijn in situaties dat meerdere partijen gezamenlijk investeren in vastgoed/projectontwikkeling. Veelal lopen nieuwe projecten via een gezamenlijke (nieuwe) deelneming (joint venture). Ook hier is de financierings-/etiketteringsvraagstuk relevant voor de uiteindelijke waarde van de deelneming.

9. Heffing en controle

Het gaat – zoals altijd – om de feiten. De bewijslast voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten rust op de belastingplichtige.

De belastingplichtige moet niet alleen zijn eigen (afwijkende) feiten en omstandigheden verstrekken, maar ook die van de 'normale' situatie. Daarbij geldt uiteindelijk een redelijke bewijslastverdeling, wat soms kan betekenen dat de meest gerede partij (i.c. de Belastingdienst) met gegevens over de brug komt. Alleen dan kan hij aannemelijk maken dat het bij hem anders is dan bij normaal vermogensbeheer het geval is. Omgekeerd zal een inspecteur dat ook moeten doen in een situatie waarin hij van mening is dat de verhuur wel leidt tot een onderneming (bewijslast bij inspecteur).

Het gaat in controle om de volgende componenten:

- Vastgoed
- (Met) arbeid: aard en omvang (werkzaamheden)
- Onmiskienbaar ten doel: meer rendement dan bij normaal vermogensbeheer

Bij het verzamelen van de feiten met betrekking tot deze drie componenten en de daaraan ten grondslag liggende bescheiden (of juist het ontbreken daarvan) is een controle in veel gevallen onontbeerlijk.

Voorbeeld X BV

In het verzoek tot vooroverleg worden (o.a.) de volgende werkzaamheden opgesomd:

- bewaking van de te ontvangen huren
- bewaken onderhoudswerkzaamheden
- aanvragen offertes onderhoudswerkzaamheden
- opstellen huurcontracten
- doorvoeren huurverhogingen
- aannemen en verwerken onderhoudsklachten

Wat valt op aan deze waslijst?

- allemaal werkzaamheden die een belegger ook verricht
- geen enkele specificatie

Uitgebreide specificatie opgevraagd (wie, wat, wanneer, hoe lang, inhoud):

Specificatie werkzaamheden en uren

- Beheer	1.800
- VVE's	650
- Vakantie	400
- BV's	<u>1.310</u>
Totaal	4.160

Tijdens controle blijkt het volgende:

- Er zijn geen vastleggingen
- Er wordt gewerkt met ruwe schattingen: 52 x 40 x 200%

- Verzoek om betere onderbouwing: geen reactie

Het verzoek wordt afgewezen. Als er dan toch geschonken wordt, moeten deze omstandigheden (of het ontbreken daarvan) in een controle onderzocht worden.

Voorbeeld know how & relatienetwerken

De stelling van de belastingplichtige is dat zijn kennis en zijn relaties – hij is jaren aannemer geweest – er toe heeft bijgedragen dat hij goedkoper diensten en leveringen kan inkopen en zelf kan beoordelen wanneer en welk onderhoud nodig is, waardoor hij zich kosten bespaart. Die kostenbesparing leidt tot een hoger rendement, en daardoor is sprake van een onderneming. De inspecteur kan dan bijvoorbeeld de volgende vragen stellen en gegevens opvragen.

U stelt: "Zijn kennis van en contacten in de bouwwereld stelden de heer S in staat om materialen/diensten scherp in te kopen."

Graag ontvang ik antwoord op de volgende vragen en de bewijsstukken:

1. hoe heeft de kennis van de bouwwereld van de heer S bewerkstelligd dat materialen/diensten scherp ingekocht konden worden? Welke bewijsstukken heeft u voor deze stelling? Waarin onderscheid de heer S zich precies van andere spelers op de markt?
2. hoe hebben de contacten in de bouwwereld er aan bijgedragen dat de materialen/diensten scherp konden worden ingekocht? Welke bewijsstukken heeft u voor deze stelling? Waarin onderscheid de heer S zich precies van andere spelers op de markt?
3. bewijsstukken voor de stelling dat materialen/diensten scherp zijn ingekocht;
4. de facturen van deze materialen/diensten;
5. wat verstaat u onder "scherp inkopen"? Hoeveel korting is door de heer S bedongen? Hoeveel daarvan bedraagt de extra korting die is toe te rekenen aan de kennis en de contacten van de heer S? Graag een specificatie.
6. andere bewijsstukken indien aanwezig (om te voorkomen dat tijdens de beroepsfase informatie naar voren wordt gebracht die wij niet meer kunnen toetsen)

10. Omstandighedenencatalogus

Voor het presenteren van de relevante feiten en omstandigheden kan gebruik worden gemaakt van een omstandighedenencatalogus. De omstandighedenencatalogus gebruiken we om feiten en omstandigheden gestructureerd in kaart te laten brengen, zowel van de voorliggende casus als de vergelijkbare situatie. Het overzicht van de feiten en omstandigheden moet voor meerdere jaren geproduceerd te worden om de duurzaamheid van de activiteiten en de organisatiegraad in de beoordeling te kunnen betrekken en de afbakening ten opzichte van het resultaat uit overige werkzaamheden te kunnen beoordelen. Hoeveel jaar dit precies zou moeten zijn, is arbitrair. Wij sluiten aan bij een periode van vijf jaar, omdat voor de vrijstelling voor de schenkbelasting geldt dat de onderneming vijf jaar door de schenker moet zijn gedreven (art. 35d SW 1956).

Omstandighedenencatalogus		jaar t ₀	t ₁	t ₂	t ₃	t ₄	t ₅	Toelichting
Vastgoedportefeuille (verhuur aan derden)								
Aantal panden	getal							
Aantal verhuurde units	getal							
Aantal verhuurde m ²	getal							
Marktw waarde	euro* 1000							
Nettokasstroom	euro*							

	1000							
Onderhoudskosten	euro* 1000							
Verbeteringskosten	euro* 1000							
Brutohuurinkomsten	euro* 1000							
WOZ-waarde	euro* 1000							
Leegstandspercentage + toelichting berekening	% en getal							
(Her)ontwikkelingspanden								
Aantal panden	getal							
Marktw waarde	euro* 1000							
Netto-kasstroom	euro* 1000							
Investering totaal dit jaar	euro* 1000							
Organisatie								
Aantal werknemers	getal							
Totaal FTE werknemers inclusief DGA	getal							
Opleidingsniveau werknemers	tekst en getal							
Ervaringsjaren werknemers	getal							
Aantal externen	getal							
Totaal FTE externen	getal							
Eigen onderhoudspersoneel / FTE	getal							
Rendement								
Nagestreefde rendement	%							
Formule berekening rendement	tekst							
Behaald rendement vastgoedportefeuille	%							
Financiering (omvang en welke panden)								

Hypotheekschuld	euro* 1000								
Schuldgraad (<i>loan to value</i>)	%								
Rentebetaling per jaar	euro* 1000								
Aflossing per jaar	euro* 1000								

Tips/aandachtspunten

1. Er is geen standaardcontrole-aanpak.
2. Vraag de belastingplichtige de omstandighedencatalogus te vullen. Dat geeft een eerste beeld.
3. Vraag de vennootschappelijke jaarrekeningen en de statuten van de vennootschappen (wat is het doel?).
4. Breng gedetailleerd de werkzaamheden per pand / complex in kaart.
5. Stellingen van belastingplichtigen en het bewijs ervoor moeten geverifieerd worden. Vraag bewijsstukken van de stellingen.
6. Vaak is er sprake van een smeug verhaal: 'deze man heeft een omvangrijk netwerk'. Echter: hij moet laten zien waaruit dat netwerk dan bestaat, dat dat onderscheidend is en dat dit tot extra rendement heeft geleid.
7. Bouw een beeld op van de organisatie, van A tot en met Z. Liefst zo lang mogelijk terug. Wees bedacht op vermogensetiketteringsgevallen vanuit het verleden (IB-sfeer).
8. Wie doet wat ten aanzien van welke panden/complexen. Schoonmaak, verhuur, architect, ontwikkelen, makelen.
9. Waar zit het causaal verband tussen arbeid en extra rendement?

11. Vermogensetikettering

Als er duurzaam ondernemingsactiviteiten worden ontplooid mag de conclusie worden getrokken dat sprake is van een onderneming als bedoeld in de IB ('afbakeningsproblematiek'). Vervolgens dient voor de activa en passiva te worden beoordeeld of die bij de onderneming horen (vermogensetiketteringsproblematiek).

De vermogensetiketteringsproblematiek behandelt vragen als: wanneer is sprake van verplicht ondernemingsvermogen, verplicht privévermogen of keuzevermogen? In geval van keuzevermogen is het uitgangspunt dat de belastingplichtige mag kiezen voor privé of ondernemingsvermogen, mits hij daarbij niet de grenzen van de redelijkheid overschrijdt. Na een gemaakte keuze is alleen bij bijzondere omstandigheden daarop terug te komen. Indien sprake is van een BV, waarvoor de vermogensetikettering normaal gesproken geen rol speelt, is voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bepaald dat in geval van keuzevermogen sprake is van ondernemingsvermogen.

12. Sfeerovergang

Wanneer een belastingplichtige als ondernemer een pand heeft ontwikkeld en dat na de oplevering regulier gaat verhuren, dient hij dat pand te reken tot zijn privévermogen (BNB 1996/232). Dit is alleen anders wanneer het pand eerder als bedrijfsmiddel op de balans van een materiële onderneming stond, zie het zogenoemde 'pottenbakkersarrest' (BNB 1997/347).

13. Beeldvorming

Het woord 'belegger' roept bij sommigen het beeld op van iemand telefoon zit te wachten tot hij gebeld wordt. Zo schrijft Rozendal in zijn noot onder rechtbank Den Haag 3 juni 2014,

ECLI:NL:RBDHA:2014:16718 in NTFR 2015/1164 over property management werkzaamheden (administratief, technisch en commercieel beheer): 'dergelijke werkzaamheden worden door particuliere vastgoedbeleggers die zich bezig houden met normaal vermogensbeheer veelal uitbesteed aan externe vastgoedbeheerders'. Wanneer eigenaren die werkzaamheden echter zelf ter hand nemen, zijn zij nog steeds bezig met het vastgoedbeheer. En dat is geen ondernemen. Vergelijk Hof Arnhem-Leeuwarden, MK I, 16 december 2014, nr. 13/00869.

14. 'Omvangrijke vastgoedportefeuille' (arrest 15 april 2016)

Recentelijk heeft de Hoge Raad arrest gewezen in een zaak over een 'omvangrijke vastgoedportefeuille' (HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633, V-N 2016/24.12).

Het hof Arnhem-Leeuwarden (die ook was opgenomen in de vorige praktijkhandreiking) had in zijn uitspraak van 15 mei 2015 vastgesteld dat het ging om 'een zeer omvangrijke en diverse onroerendgoedportefeuille — 350 onroerende zaken op 143 locaties met een waarde van honderden miljoenen euro's— die is opgebouwd in ongeveer twintig jaar.' Het college oordeelde dat het behaalde rendement van 20% het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven ging en dat binnen het concern de verrichte arbeid naar aard en omvang meer omvat dan wat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.

De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat het vastgoedconcern met de 'zeer omvangrijke en diverse vastgoedgoedportefeuille' werkzaamheden verrichtte die normaal vermogensbeheer te boven gingen. Er werd een hoger dan normaal rendement behaald, zodat de SW-bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing was. Het oordeel van het hof, dat het concern met zijn gehele vermogen een materiële onderneming dreef, gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kon, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Het beroep van de Staatssecretaris was ongegrond. De werkgroep is van mening dat uit dit arrest geen heldere, concrete aanwijzingen of grenzen voor de uitvoeringspraktijk van de Belastingdienst kunnen worden afgeleid. Deze visie wordt gedeeld in de vakpers in verschillende aantekeningen op het arrest.

De bevindingen van de werkgroep van dit arrest zijn als volgt:

- Het hof heeft vastgesteld dat het behaalde gemiddelde rendement 20% bedraagt. Dit gemiddelde rendement is over de periode 1990 tot en met 2009 berekend aan de hand van het eigen vermogen. Uit de feiten blijkt dat de vastgoedexploitant zijn vastgoedportefeuille zoveel mogelijk gefinancierd heeft met vreemd vermogen. In het door het hof vastgestelde gemiddelde rendement van 20% is derhalve ontegenzeggelijk het hefboomeffect van invloed geweest. Dit heeft tot gevolg dat hoe hoger het percentage vreemd vermogen, hoe hoger het rendement zal zijn in periodes waarin de te betalen rente lager is dan het resultaat op de onroerende zaken voor aftrek van financieringslasten. Dit kan geïllustreerd worden met het volgende voorbeeld:

	€ / percentage	Rendement eigen vermogen vóór belasting
Pand	1.000.000	
Hypotheekrente	4%	
Netto huur	70.000	
Rendement eigen vermogen bij 0% financiering	70.000 / 1.000.000	7%
Rendement e.v. bij 50% financiering	(70.000 -/- 20.000) / 500.000	10%
Rendement e.v. bij 80% financiering	(70.000 -/- 32.000) / 200.000	19%

Het rendement over het eigen vermogen stijgt dus door toenemende financiering met vreemd vermogen. Dat is dus geen gevolg van arbeid die tot doel heeft een hoger

rendement te behalen. De door het hof gebruikte methodiek om het rendement te berekenen acht de werkgroep dan ook onjuist. De wijze waarop de vastgoedexploitant zijn vastgoedportefeuille heeft gefinancierd is niet relevant voor de beoordeling of de behaalde meerwaarde door extra arbeid wordt gecreëerd en voor de vraag of sprake is van een onderneming.

- Het hof heeft het gemiddelde rendement vastgesteld op 20% en heeft hierbij rekening gehouden met zowel het directe als het indirecte rendement. In hoeverre de vastgoedexploitant met behulp van *zijn arbeid* die qua *aard en omvang* meer omvatten dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is *invloed op heeft* gehad op het directe rendement en dit deel van de meerwaarde dus zelf heeft gecreëerd, blijkt niet uit de procedure. Voor het beoordelen hiervan moeten daarom uit het in totaal gerealiseerde rendement worden gefilterd de marktontwikkelingen die van invloed zijn geweest op het rendement. Het gaat immers om de koppeling tussen de extra arbeid en het hierdoor behaalde extra rendement. De werkgroep is van mening dat voor het beoordelen of de vastgoedexploitant een onderneming drijft dit met name relevant is.
- Het hof heeft het jaarlijkse rendement vastgesteld op 20%. Dit is een rendement op basis van het geïnvesteerde rendement. In twee voorgaande opmerkingen heeft de werkgroep al onderbouwd dat dit niet de juiste methodiek is. Indien een belastingplichtige stelt dat hij conform de rechtsregel van BNB 1994/319 een ondernemer is, dan dient hij dat aannemelijk te maken. Hij zal moeten kunnen onderbouwen dat hij door middel van extra arbeid streeft naar een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat. Deze vastgoedexploitant moet zich vergelijken met een vastgoedexploitant met een vergelijkbare vastgoedportefeuille die als belegger kwalificeert. Als vergelijkingsmaatstaf kan gebruik worden gemaakt van de IPD Vastgoedindex⁹. Deze index kan als benchmark dienen voor het vergelijken van actief beheerde vastgoedportefeuilles, zij het dat het om landelijk gemiddelde cijfers gaat. Het is te prefereren te vergelijken met vergelijkbare portefeuilles van andere vastgoedexploitanten en de exploitant daarom te vragen.
- Gelet op de diverse afdelingen, de kennis en de ervaring van de werknemers, de verbouwingen die weliswaar werden uitbesteed, maar waarop wel toezicht werd gehouden en op het inhuren op projectbasis van externe deskundigen, volgt het Hof de conclusie van belanghebbende dat de arbeid qua aard meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Uit de procedure blijkt niet wat de exacte werkzaamheden waren en welke kennis aanwezig is. De werkgroep vindt de opgesomde werkzaamheden in het algemeen behoren tot het normale vermogensbeheer en hecht er veel waarde aan om exact vast te stellen welke activiteiten de vastgoedexploitant daadwerkelijk verricht.¹⁰ De grote vastgoedbeleggers in Nederland zoals Corio, Wereldhave en Vastned verrichten soortgelijke activiteiten en zij kwalificeren fiscaal alle als belegger. Zij hebben dan ook de FBI-status.
- Uit de uitspraak van het hof blijkt dat de vastgoedexploitant ook projectontwikkelingsactiviteiten heeft verricht. Het hof heeft niet vastgesteld wat de omvang van deze activiteiten is. De werkgroep is van mening dat deze activiteiten op zichzelf kwalificeren als een ondernemingsactiviteit (totdat ze afgerond zijn) en dat daarom een splitsing in de activiteiten van de belastingplichtige had moeten worden gemaakt tussen de projectontwikkelingsactiviteiten en het exploiteren van vastgoed¹¹. Dit standpunt is in de procedure niet goed uit de verf gekomen. Daarnaast lijkt het er op dat het hof bij het berekenen van het gemiddelde rendement van het exploiteren van vastgoed ook de rendementen van de projectontwikkelingsactiviteiten heeft meegenomen. De

⁹ De IPD Nederlandse Vastgoedindex meet de rendementen op directe ('stenen') vastgoedbeleggingen, gebaseerd op marktwaarden en zonder rekening te houden met financiering.

¹⁰ Aldus ook R.M. Freudenthal, *Fiscale Monografieën 103: Resultaat uit overige werkzaamheden (excl. terbeschikkingstellingsregeling)*, Deventer, Kluwer 2012, p. 27.

¹¹ Zie paragraaf 12 "Sfeerovergang" van deze praktijkhandreiking voor toelichting.

werkgroep vindt dat geen juiste benadering. Deze laatste rendementen hadden door het hof geëlimineerd dienen te worden bij het berekenen van het gemiddelde rendement.

Mede naar aanleiding van de hofuitspraak heeft de werkgroep de praktijkhandreiking opgesteld om door middel van een meer uniforme aanpak te komen tot een gedegen onderzoek en daardoor de feiten duidelijker te kunnen presenteren aan de rechter.

15. Buffervermogen

Met enige regelmaat komt het voor dat tot een concern een portefeuille regulier verhuurd vastgoed behoort. In discussie is dan niet meer dat geen sprake is van extra arbeid en evenmin van extra rendement. Toch is in de ogen van belanghebbenden geen sprake van beleggingsvermogen omdat het in het vastgoed geïnvesteerde vermogen zogenoemd 'buffervermogen' zou betreffen.

Wanneer is 1) sprake van als ondernemingsvermogen te etiketteren buffervermogen, en 2) hoe bereken je de omvang daarvan?

Ad 1

Dat wat zich in eerste instantie aandient als belegging (verhuurd vastgoed), kan alleen tot het ondernemingsvermogen behoren als dit dient tot versteviging van het bedrijf (o.a. BNB 1960/25 en 1985/230). Het moet gaan om dienen, 'kunnen dienen' is niet voldoende (zie ook de conclusie van AG Niessen bij BNB 2010/147 waarin o.a. wordt verwezen naar BNB 1985/15). Dat betekent dat er een concreet investeringsplan moet liggen dat de omvang van het buffervermogen rechtvaardigt.

Vaak wordt als argument gebruikt dat de cash flow van de verhuur wordt ingezet voor het kernbedrijf. Zelfs als dat daadwerkelijk zo is, geldt de volgende vergelijking:

A is eigenaar van een restaurant waar de loop uit is. Hij draait na een aantal goede jaren telkens verlies, maar ziet nog wel toekomst in de zaak. Hij beschikt over een privébankrekening van 1 miljoen euro met een renteopbrengst van 1% (= € 10.000). Dit bedrag gebruikt hij om zijn zakelijke schulden te betalen. De vraag is dan of die 1 miljoen euro behoort tot zijn ondernemingsvermogen. Op het moment dat de bedrijfskosten worden gemaakt en hij van plan is dat met de renteopbrengst te betalen, gaat de renteopbrengst tot het ondernemingsvermogen. De 1 miljoen euro behoort niet tot het ondernemingsvermogen, want het is nooit de bedoeling geweest dit bedrag in de onderneming te gaan gebruiken.

Wanneer een IB-ondernemer (winkelier) aan de bank tot zekerheid van een lening voor de winkel hypotheek geeft op zijn elders gelegen privé-woning, leidt dat er niet toe dat die privé-woning daarmee ondernemingsvermogen wordt. De woning wordt niet aangewend voor de bedrijfsuitoefening, en is daarom geen ondernemingsvermogen. Dat de woning (passief) dient als onderpand voor een lening ten behoeve van de winkel, maakt dat niet anders. De dienstbaarheid aan de ondernemer staat dan voorop.

Een andere situatie is die wanneer er geld of ook vastgoed wordt aangehouden dat tot versteviging van het bedrijf dient. Het 'dienen' en dus niet 'kunnen dienen', betekent dat het vastgoed dan niet louter in passieve, maar in actieve zin een rol speelt in de onderneming. Bijvoorbeeld omdat het vastgoed *daadwerkelijk* door de bank als zekerheid wordt vereist. Of wanneer het gaat om het opvangen van tegenvallers, het kunnen uitbetalen wanneer zich niet-verzekerde risico's voordoen dan wel het snel op plotselinge kansen kunnen inspelen, men kan laten zien dat 1) die situaties zich hebben voorgedaan, waarbij 2) de aangehouden buffer ook daadwerkelijk is aangesproken. Sec verhuurd vastgoed aanhouden omdat het een extra zekerheid voor de bank geeft, zodat wanneer men wil lenen men makkelijker en tegen betere voorwaarden

kan lenen, is geen reden om het vastgoed als ondernemingsvermogen aan te merken. Dat blijft hangen onder de noemer 'kunnen dienen'.

Een bijzonderheid doet zich voor met betrekking tot de zogenoemde 'verplichte verhuur'. Daarbij stellen bouwbedrijven / ontwikkelaars dat zij om een klus te krijgen verplicht zijn een contingent sociale huurwoningen te bouwen. Na realisatie van het bouwproject vindt er reguliere verhuur plaats, waardoor de verhuurde panden als beleggingsvermogen moeten worden aangemerkt (BNB 1996/232). De Hoge Raad knoopt in dat arrest niet aan bij de reden van de verhuur, maar bij de arbeid die met die verhuur gepaard ging. Dat is derhalve de gewone toets als in BNB 1994/319.

Dat men zich contractueel heeft verplicht tot verhuur voor een aantal jaren (vrije of sociale sector) beïnvloedt de fiscale kwalificatie derhalve niet.

Bovendien kleeft de verplichte verhuur met een kettingbeding aan de betreffende huizen, niet aan de bouwer. Ergo: bij verkoop is de volgende eigenaar aan dezelfde contractuele 'verplichte' verhuur gebonden. Wanneer zelf ontwikkeld vastgoed nog even wordt aangehouden, zal het niet meteen over gaan naar de beleggingssfeer. Als men er echter langdurig gaat verhuren (al dan niet op grond van contractuele verplichtingen), dan gaan die panden wel meteen over naar de beleggingssfeer.

Ad 2

Het kan behulpzaam zijn al het vermogen — verhuurd vastgoed — dat belanghebbende zegt als buffer aan te houden, in gedachten, om te zetten in geld (minus eventuele schulden derhalve) en vervolgens te bezien of sprake is van overtollige liquiditeiten. Dat komt op hetzelfde neer, maar dan verdwijnt de 'waas' van onderneming-gerelateerd die hangt rond het verhuurde vastgoed, zeker als het in het eigen bedrijf ontwikkeld vastgoed betreft.

Dat een vastgoedinvesteerder sterker staat indien hij een goede kaspositie heeft waardoor hij snel kan reageren en daarmee investeringskansen kan benutten, lijkt reëel. De noodzakelijke omvang daarvan blijft beperkt tot op jaarbasis benodigde investeringsbudget. Als het gebruik is dat daarbij ook vreemd vermogen wordt aangetrokken, beperkt dat het benodigde eigen geld voor investeringen. Wanneer men met de activiteiten door het jaar winst maakt, kan men die deels inzetten voor de investeringen.

Voor de etikettering in het kader van de BOR gaat het om de situatie per peildatum, en wat er aan concrete investeringsplannen ligt richting de toekomst. Het gaat immers om een tijdstipbelasting en de etikettering vindt plaats aan de hand van wat nodig is, en niet naar wat nodig was. Gezien de voortzettingstermijn in de BOR ligt een horizon vijf jaar voor de hand. Een voorbeeld ter illustratie

Stel er is een bouwbedrijf X. Een dergelijk bedrijf heeft een behoorlijk som werkkapitaal nodig. In een tijd met weinig toeschietelijke banken zal dat werkkapitaal voor ten minste de helft met eigen vermogen gefinancierd moeten zijn, want anders wil de bank de andere helft niet financieren. Dat leidt tot een berekening in de trant van: X steekt structureel 1000 aan materiaal en arbeid per jaar in projecten. Hij creëert daarmee op een termijn van 2 jaar 1500 aan waarde. Van die 1500 krijgt hij 20% niet verkocht, dus 300. Om in jaar 3 weer 1000 te kunnen investeren, heeft X 800 nodig, want 200 is winst op het vorige project. Dit is te berekenen voor 5 jaar. Rekening houdende met wat de bank financiert, in dit voorbeeld de helft, kan dan de omvang benaderd worden van wat daadwerkelijk dient ter versteviging van het bedrijf.

16. Ten slotte

- De feiten en omstandigheden van het specifieke geval zijn leidend.
- Wees reëel, geef belanghebbende wat hem toekomt en trek dan een streep.
- Voor het meerdere zijn we niet bang om te procederen.

- Doe onderzoek naar de ontstaansgeschiedenis van het vastgoedbezit.
- Bereik zo mogelijk een compromis.
- Het is mogelijk slechts deels te concluderen tot ondernemingsvermogen.
- Overleg met je colleg[a] van de IB of de Successie. Als de aangiften komen samen optrekken.
- Betrek de vaktechnische lijn wanneer het dreigt aan te komen op procederen.
- Bij BOR-procedures tellen de feiten en omstandigheden; op basis daarvan oordelen de hoven en staat de zaak voor de Hoge Raad op deze aspecten vast. Zorg dat je die feiten en omstandigheden dus heel goed in kaart hebt gebracht.
- Anticipeer in procedures en correspondentie op 'gloedvolle betogen door de belanghebbende': volstrekt normale exploitatiewerkzaamheden die als meerwaardecreërende activiteiten worden verkocht. Besteed daaraan veel aandacht in je betoog.