

# FALSIFIEERBARE NORMEN EN OMSTANDIGHEDENCATALOGUS VOOR VASTGOEDEXPLOITANTEN

PROF. DR. T.M. BERKHOUT EN MEVR. MR. DR. M.J. HOOGEVEEN<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

Met de opvolging van vastgoedondernemers en vastgoedbeleggers zijn al snel grote financiële belangen gemoeid.<sup>2</sup> Verhuur van vastgoed en de bouw ervan behelzen immers kapitaalintensieve investeringen. Bij schenking of vererving is de overdrager in beginsel inkomstenbelasting verschuldigd en de verkrijger schenk- of erfbelasting. Maar terwijl de opvolging van vastgoedondernemers fiscaal volop wordt gefaciliteerd, geldt dat niet voor de opvolging van vastgoedbeleggers. Kennelijk is er een ingrijpend verschil tussen een belegging en een onderneming. Moge dat duidelijk zijn, het is niet zo evident wanneer een persoon fiscaal belegt, dan wel onderneemt in vastgoed. Is iemand die een vastgoedportefeuille van € 10, 20 of 50 miljoen beheert, nu ondernemer of niet? Maakt het uit of hijzelf – of zijn werknemers – gesprekken voert, onderhandelt, onderhoud verricht en het vastgoed regelmatig controleert? Is het aantal panden en/of het aantal vierkante meters een onderscheidend criterium?

In de huidige fiscale praktijk worden over deze problematiek volop verhitte discussies gevoerd en in de vakpers verschijnen steeds vaker casuïstisch getinte

rechtspraak en daarop gebaseerde analyses.<sup>3</sup> Maar scherpe contouren van oplossingsrichtingen en afwegingskaders voor de praktijk en de rechtspraak zijn nog niet te ontwaren. Wel hebben Adriaansens en Rozendal onlangs in dit blad aangegeven dat de omstandighedencatalogus die Te Niet in zijn dissertatie heeft geïntroduceerd, een hulpmiddel kan zijn om te beoordelen of er al dan niet sprake is van een (vastgoed)onderneming.<sup>4</sup>

Met deze bijdrage willen wij de discussie voortzetten. Naar onze mening is een concretere invulling van de norm “meer dan normaal vermogensbeheer” een absolute noodzaak. De praktijk worstelt immers met de norm “meer dan normaal vermogensbeheer” en “gelegenheidsrechtsspraak” helpt ons niet echt verder om deze norm aan te slijpen.<sup>5</sup> Vandaar hier een aanzet tot een scherpe(re), falsifieerbare normering om de vraag te kunnen beantwoorden wanneer er sprake is van beleggings- of ondernemingsvastgoed. Een omstandighedencatalogus, zoals Te Niet die voor ogen staat, kan daarvoor een praktisch hulpmiddel zijn.

<sup>1</sup> Prof. dr. T.M. Berkhout is verbonden aan de Nyenrode Business Universiteit en het Belastingdienst/Vastgoedkenniscentrum. Mevr. mr. dr. M.J. Hoogeveen is verbonden aan het Fiscaal Instituut van de Tilburg University en werkzaam bij de Belastingdienst.

<sup>2</sup> Onder “vastgoed” verstaan wij onroerende zaken en de daarop betrekking hebbende zakelijke rechten.

<sup>3</sup> Hof Arnhem Leeuwarden 5 november 2013, nr. 12/00702, NTFR 2014/428, Hof 's-Gravenhage 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22 en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/19.18. Zie voor een bespreking van deze uitspraken o.a. O.P.M. Adriaansens & A. Rozendal, ‘Vastgoed-BV's en de BOF; wel of niet? Feiten geven de doorslag’, VEP 2014/27; 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; W.R. Kooiman, ‘Fiscaal faciliteren van vastgoed: een wankel evenwicht’, NTFR-B 2014/18.

<sup>4</sup> O.P.M. Adriaansens & A. Rozendal, ‘Bedrijfsopvolging en vastgoed’, WFR 2014/1215, onderdeel 3.3.3; Zie voor de omstandighedencatalogus: H.A.J.P. te Niet, *Het Beleggingsbegrip in de directe belastingen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 69-74.

<sup>5</sup> Om deze reden blijft een diepgaande bespreking van deze rechtspraak achterwege.

## 2 Veranderde wetgeving en haar gevolgen

### 2.1 Faciliteiten voor bedrijfsopvolging: een oud vraagstuk in een nieuw jasje

Op zich is het vraagstuk aangaande beleggings- of ondernemingsvastgoed niet van recente datum. Deze vraag speelt immers al sinds jaar en dag voor de inkomstenbelasting, waar overigens ook de bron "resultaat uit overige werkzaamheden" nog aan de orde kan komen.<sup>6</sup> Voor de toepassing van het regime voor de fiscale beleggingsinstelling bestaat het onderscheid tussen beleggen en niet-beleggen in geval van vastgoed ook al geruime tijd.<sup>7</sup> Toch is de jurisprudentie over dit specifieke onderwerp relatief schaars, al verandert dat de laatste jaren. In de literatuur en in de praktijk wordt steeds meer aandacht geschonken aan dit onderwerp.<sup>8</sup> Dit heeft alles te maken met de omvangrijke vrijstellingen die gelden voor de schenk- en erfbelasting en het feit dat sinds 1 januari 2010 de doorschuifregeling bij leven in de sfeer van het aanmerkelijk belang (AB) is ingevoerd. Tegelijk is de doorschuifregeling bij overlijden beperkt tot de bedrijfsopvolging. De doorschuifregelingen zijn volgens de wetgever alleen nodig om "reële bedrijfsopvolgingen" te faciliteren. Voor zover in een BV beleggingsvermogen aanwezig is, bestaat er geen bedrijfseconomische reden om de inkomstenbelastingclaim geruisloos door te schuiven.<sup>9</sup> Hierdoor zal de AB-houder uiterlijk op overlijdensdatum over de meerwaarde van de aandelen moeten afrekenen. 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. Indien de BV geen materiële onderneming drijft, is de gecombineerde belastingdruk 40%.<sup>10</sup> Doet zij dat

wel, dan heeft de belastingdruk een omvang van 3,4%.<sup>11</sup> Heeft de BV een vastgoedportefeuille van € 100 miljoen, dan bedraagt de belasting dus in het ene geval 40 miljoen en in het andere geval 3,4 miljoen. Het onderscheid tussen "beleggen" en "ondernemen" is dus meer dan louter academisch.

### 2.2 Beleggen en ondernemen in de wetsgeschiedenis

De faciliteiten zijn gekoppeld aan het drijven van een onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001. Tijdens de parlementaire behandeling is veelvuldig gesproken over de vraag wanneer een persoon die of een lichaam dat zich bezighoudt met de verhuur van vastgoed, een objectieve onderneming drijft.<sup>12</sup> De staatssecretaris hanteerde de mantra: "verhuur is geen objectieve onderneming"; ook niet:<sup>13</sup>

"(...) als sprake is van een omvangrijke vastgoedportefeuille en het lichaam het onderhoud van de onroerende zaken in eigen beheer heeft. Indien sprake is van normaal onderhoud van de onroerende zaken, wordt het onderhoud gepleegd om de beleggingen in stand te houden. In dat geval zal veelal sprake zijn van normaal vermogensbeheer, hetgeen in de inkomstenbelastingssfeer belast zou zijn via box 3. (...) Indien sprake is van projectontwikkeling kan dit anders liggen en kan sprake zijn van een materiële onderneming. Voor die gevallen zal steeds beoordeeld moeten worden of voor de inkomstenbelasting sprake zou zijn van resultaat uit overige werkzaamheden of van het drijven van een materiële onderneming."

Verder wordt duidelijk dat er in beginsel sprake is van normaal vermogensbeheer als een BV zich alleen bezighoudt met de verhuur van vastgoed en daarvoor zelf het onderhoud verricht om de beleggingen in stand te houden.<sup>14</sup> Hier maakt de staatssecretaris ook nog de vergelijking met de fiscale beleggingsinstelling ex art. 28 Wet VPB 1969:<sup>15</sup> "(...) als het hebben van een eigen onderhoudsdienst gekoppeld aan een omvangrijke onroerendgoedportefeuille wel zou leiden tot het drijven van een onderneming, zoals het NOB in haar commentaar op het wetsvoorstel

6 Van Dijk gaf in 2006 aan dat het begrip "normaal vermogensbeheer" reeds meer dan zestig jaar een onduidelijke inhoud heeft. J.E.A.M. van Dijk, 'Onduidelijke wettelijke begrippen', WFR 2006/1129.

7 Zie voor een overzicht van de discussie daarover T.M. Berkhout & J.M. van der Heijden, 'Projectontwikkeling door fiscale beleggingsinstellingen', WFR 2008/491, onderdeel 2.2.

8 Zie de literatuur genoemd in noot 3. Zie verder o.a. T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', NTFR 2010/1225, M.J. Hoogeveen, 'Verhuur van vastgoed: Een onderneming?' PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging, 2013(2), p. 8-13 en H.J.P. Paantjes, 'Werken met vastgoed: onderneming of niet?', RB 2012/5, p. 32-35.

9 Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3 (MvT), p. 3. Voor de vrijstellingen in de SW 1956 geldt hetzelfde. Zie onder andere Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4.

10 Concreet: € 25 miljoen AB-heffing en € 15 miljoen schenk- of erfbelasting (20% van € 75 miljoen).

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

12 Een identieke discussie zagen wij bij de behandeling van de belastingplicht van woningcorporaties (Kamerstukken II 2005/06, 30 306, nr. 6, p. 30-34, Brief NOB aan TK, 5 oktober 2005, onderdeel 3.1).

13 Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 3 (MvT), p. 43.

14 Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9 (NV), p. 96.

15 Zie ook Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 13 (NNV), p. 25: fiscale beleggingsinstellingen die zich bezighouden met de verhuur van vastgoed en zelf het onderhoud verrichten, drijven geen onderneming.

stelt, dan zou dat betekenen dat dergelijke vennootschappen nooit een beleggingsinstelling zouden kunnen vormen in de zin van artikel 28 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en dat is toch niet aan de orde.”

De CDA-fractie wilde nog weten of het kabinet een besluit wilde uitvaardigen waarin het ondernemingsbegrip met voorbeelden zou worden toegelicht, maar de staatssecretaris ging daar niet op in. Het was volgens de bewindsman “voldoende uitgekristalliseerd” en er bestond “veel jurisprudentie op dit punt”. Aan de hand van de feitelijke situatie moest maar worden beoordeeld of er in het concrete geval sprake was van een objectieve onderneming.<sup>16</sup> Ook het pleidooi van de NOB om het begrip ondernemingsvermogen ruim uit te leggen voor BV's, vond geen gehoor:<sup>17</sup>

“Er is sprake van beleggingsvermogen of ondernemingsvermogen, welke vaststelling moet plaatsvinden alsof de BV een IB-onderneming zou drijven.”

Naar onze mening is dit juist. Er bestaat geen reden om een AB-ondernemer voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten anders te behandelen dan een IB-ondernemer.<sup>18</sup>

### 3 Begripsbepaling vastgoedbeleggingen en -beleggen

#### 3.1 Jaarverslaggeving

In de fiscaliteit kennen we geen gevestigde definitie(s) van het begrip “vastgoedbeleggingen.” Ter oriëntatie op dit begrip kunnen definities van de *Richtlijnen voor de jaarverslaggeving* (grote en middelgrote rechtspersonen), hoofdstuk 940 “Begrippen”, dienen.<sup>19</sup> Het begrip “vastgoedbelegging” wordt daarin gedefinieerd als: “een onroerende zaak (of een deel daarvan) die wordt aangehouden (...) om huuropbrengsten of waardevermeerdering, of beide, te realiseren, en niet voor: a) gebruik in de productie of de levering van goederen of diensten of voor bestuurlijke doeleinden in het kader van de gewone bedrijfsuitoefening; of b) verkoop als onderdeel van de gewone bedrijfsuitoefening.” Vastgoed voor eigen gebruik

(“eigengebruiksvastgoed”) is “een onroerende zaak die wordt aangehouden (...) voor gebruik in de productie of de levering van goederen of diensten of voor bestuurlijke doeleinden in het kader van de gewone bedrijfsuitoefening”. “Vastgoed in ontwikkeling bestemd voor eigen exploitatie” zijn onroerende zaken die na gereed komen bestemd zijn voor de verhuur als commercieel vastgoed. “Vastgoed in ontwikkeling bestemd voor verkoop aan derden” zijn onroerende zaken die na gereed komen worden overgedragen aan derden.

De definities als deze geven enige afbakening in ons fiscale vraagstuk, maar ook niet veel meer dan dat. Of het moet zijn dat de een opbrengst of meerwaarde uit een onroerende zaak (geen eigen gebruik, geen projectontwikkeling) steeds als beleggen wordt aangemerkt, ongeacht de arbeid die daar al dan niet voor geleverd wordt. Een koppeling met extra arbeid en/of extra rendement wordt in de definitie van een vastgoedbelegging immers niet gemaakt. Dit laatste is echter wel van belang voor de fiscale kwalificatie van de vastgoedactiviteiten. Wanneer wordt vastgoed aangehouden voor direct rendement (huur) en indirect rendement (waardevermeerdering) nu als ondernemingsactiviteit aangemerkt? Hoe ver strekt het begrip ontwikkelen? Valt daar ook een grootscheeps renovatieproject onder? Of een “herontwikkeling”? Veelzeggend genoeg is daarvoor in het regime voor de fiscale beleggingsinstelling (FBI) een wettelijke (vuist)regel opgenomen, waarmee principiële discussies worden ontlopen.<sup>20</sup> De vastgoedgerelateerde literatuur levert evenmin in de fiscale context bruikbare definities op van de begrippen “beleggen”, “beheer” en “ontwikkelen”.<sup>21</sup>

#### 3.2 Fiscale doctrine

##### 3.2.1 Inkomstenbelasting

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 maatschappelijke productieproces (of: economische verkeer) met het oogmerk winst te behalen.<sup>22</sup> Essers spreekt van zelfstandige, duurzaam bedoelde activiteiten, gericht op een risicodragende deelname aan het economische verkeer.<sup>23</sup> Vastgoedbeleggers zullen al snel elementen van deze definities op zich kunnen betrek-

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, (NNV), p. 24-25.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9 (NV), p. 96.

<sup>18</sup> Het vermogen van de BV dat vanwege het gemengde gebruik voor een IB-ondernemer keuzevermogen zou zijn geweest, wordt overigens steeds aangemerkt als ondernemingsvermogen. Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9 (NV), p. 96. Dit komt doordat een BV voor de heffing van vennootschapsbelasting geen keuze voor privé- of ondernemingsvermogen behoeft te maken.

<sup>19</sup> De hierna gegeven definities zijn ingekort. De verwijzingen naar leasing of sociaal vastgoed zijn weggelaten.

<sup>20</sup> Art. 28 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969.

<sup>21</sup> Vergelijk bijvoorbeeld: W.G. Keeris, *Vastgoedbeheer Lexicon*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2001.

<sup>22</sup> De inleidende alinea's zijn gebaseerd op T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', NTFR 2010/1225.

<sup>23</sup> P.H.J. Essers, in: *Personenvennootschappen en aanverwante rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2004, Algemeen deel, onderdeel 2.1.2.2.

ken, 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.<sup>24</sup> Deze definitie brengt ons voor de kwalificatie van verhuur van vastgoed dus niet echt verder.

Volgens Van Dijck kan men vastgoedbeleggers en -ondernemers 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:<sup>25</sup> "Een belegger stelt uitsluitend zijn vermogensbestanddelen ter beschikking van derden (aandelen, obligaties, onroerend goed) en ontvangt daarvoor een vergoeding. Hij creëert zelf geen meerwaarde; hij ontvangt alleen een vergoeding, omdat het vermogensbestanddeel zelf een vruchtdrager is. Het onderscheid tussen beleggen en ondernemen moet men (...) zoeken in de vraag of men de intentie heeft een meerwaarde te scheppen."

Verhuur levert volgens Van Dijck nimmer een onderneming op, ongeacht de wijze van financieren en ongeacht of de eigenaar zelf de beheersdaden verricht:

"Slechts wanneer andere prestaties aan de huurder worden verricht (schoonmaken, bewaking e.d.) kan van ondernemerschap sprake zijn, maar dan vermoedelijk nog alleen voor die prestaties."

### **"Criterium 'duurzaamheid' minder relevant in discussies over vastgoedbeleggen en -ondernemen"**

Voor de afbakening van de bronnen "winst uit onderneming" en "resultaat uit overige werkzaamheden" is het criterium "duurzaamheid van de activiteiten en van de organisatie" belangrijk.<sup>26</sup> Dit criterium achten wij echter minder relevant in discussies over vastgoedbeleggen en

-ondernemen. Een vastgoedbelegger zal, of hij nu "actief" of "passief" is, doorgaans de intentie hebben zijn objecten voor langere tijd te exploiteren en daar administratief-organisatorische maatregelen voor treffen.

Berkhout meent dat het beheren van een omvangrijke vastgoedportefeuille, die rendementen boven het staatsleningenrendement genereert, nog niet "ondernemen in vastgoed" impliceert:<sup>27</sup>

"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 zal veeleer de vraag aan de orde zijn of we met al dan niet incidentele activiteiten, zoals het (her)ontwikkelen van objecten binnen een vastgoedbeleggingsportefeuille, kunnen spreken van een onderneming voor die activiteiten. De doorschuiffaciliteit voor AB-aandelen in een omvangrijke vastgoedportefeuille met verhuurd vastgoed zal daarom niet snel aan de orde zijn. Hetzelfde geldt voor de faciliteiten voor de schenk- en erfbelasting."

De term "fiscale vastgoedbeleggingsonderneming" is wat Berkhout betreft daarom een *contradictio in terminis*.

Te Niet stelt in zijn dissertatie *Het beleggingsbegrip in de directe belastingen* dat de wetgever gevolgen verbindt aan het feit dat een persoon belegt, zonder aan te geven wat beleggen is en dat het beleggingsbegrip voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting onduidelijk is gebleven. Als gevolg van de normspecifieke inhoud van het beleggingsbegrip vindt hij het begrijpelijk dat een gefragmenteerd beeld in de jurisprudentie en de literatuur blijft bestaan. Het beleggingsbegrip in de inkomstenbelasting heeft noch een heldere inhoud, noch kan het eenduidig worden afgebakend.<sup>28</sup> De rechter acht een groot aantal verschillende factoren relevant voor de invulling van het normale vermogensbeheer. Primair toetst de magistraat dan of een gemiddelde particuliere belegger de activiteiten in deze vorm eveneens zou hebben verricht. Eerst vormt de rechter zich een beeld van de activiteiten ("activiteitentoets"), zoals de duur, de aard en de kwaliteit van de arbeid. Vervolgens onderzoekt hij of in de rest van het feitenmateriaal omstandigheden aanwezig zijn die deze beeldvorming ondersteunen of niet. De rechter betreft in zijn oordeel ook omstandig-

<sup>24</sup> Verhuurd vastgoed is overigens geen productie-inrichting zoals in HR 23 april 2010, nr. 08/04843, BNB 2010/244 (windturbine) wel aan de orde was. Indien in die situatie de windturbine zelf was verhuurd aan de energiemaatschappij, zou er sprake zijn geweest van box 3-vermogen.

<sup>25</sup> J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/5258, p. 148 en 149.

<sup>26</sup> R.M. Freudenthal, t.a.p., p. 136.

<sup>27</sup> T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', NTFR 2010/1225, p. 4.

<sup>28</sup> H.A.P.J. te Niet, t.a.p., p. 2, 4 en 70. Hij acht een afbakening gebaseerd op de norm normaal vermogensbeheer verder moeilijk hanteerbaar. H.A.P.J. te Niet, t.a.p., p. 118.



heden die aan het vermogen zijn gerelateerd.<sup>29</sup> In sommige gevallen levert de combinatie van arbeids- en vermogensgerelateerde toetsen geen eenduidige kwalificatie op. In dat geval heeft de rechter ook nog andere factoren van belang geacht, zoals de administratieve verwerking en het gegeven of men leeft van de opbrengsten van het vermogen. In feite schrijft Te Niet dat er geen harde norm is waaraan getoetst kan worden. Hij introduceert vervolgens het begrip “omstandighedencatalogus” waarmee men de invulling van de norm “normaal vermogensbeheer” kan systematiseren.<sup>30</sup>

### 3.2.2 Vennootschapsbelasting

Zoals wij in onderdeel 2.2 al opmerkten, is tijdens de parlementaire geschiedenis de vergelijking gemaakt met de fiscale beleggingsinstelling. Daarmee suggereert de staatssecretaris dat het beleggingsbegrip in de inkomstenbelasting gelijk is aan het beleggingsbegrip voor de toepassing van art. 28 Wet VPB 1969. Daar is aan de ene kant wat voor te zeggen, als we de doelstelling van de FBI in aanmerking nemen: collectief beleggen stimuleren en particulieren de mogelijkheid bieden om met relatief weinig vermogen in een gespreide beleggingsportefeuille te kunnen beleggen. De indirecte belegger kan echter alleen als directe belegger worden beschouwd, indien het lichaam dat de activiteiten gaat verrichten, geen vennootschapsbelastingdruk heeft. Dit wordt bereikt door het 0%-tarief te hanteren. De wetgever heeft dan ook aangegeven dat voor die instellingen het begrip beleggen overeenkomt met wat men daaronder verstaat voor particuliere belegging.<sup>31</sup> Het arrest HR 1 september 1976, nr. 17 924, *V-N* 1976, p. 860 waarin de Hoge Raad de normaalvermogensbeheertoets aanhoudt, is daarmee in overeenstemming. Aan de andere kant wijken de functies van de regelingen in de inkomstenbelasting en die in de vennootschapsbelasting van elkaar af. Box 3 geldt immers als algemene vangnetregeling, terwijl art. 28 Wet VPB 1969 een faciliteit is met een beperkte reikwijdte. Dit verschil in functie kan ertoe leiden dat hoewel de norm dezelfde is, de invulling

ervan anders kan zijn.<sup>32</sup> Dit verschil is volgens Te Niet mogelijk ook een verklaring voor het feit dat de rechter de grenzen van de norm anders invult. Dit blijkt volgens hem uit de verschillende uitkomst van twee vergelijkbare gevallen in de arresten HR 1 september 1976, nr. 17 924, *V-N* 1976, p. 860 (beleggingsinstelling met onderhoudsdienst is feitelijk beleggen) en HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, *BNB* 1994/319 (natuurlijk persoon die zelf het onderhoud verricht, drijft een materiële onderneming).<sup>33</sup> Indien de norm voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gelijk is aan die van de FBI's, is het – wellicht wat kort door de bocht gesteld – van tweeën één. Ofwel alle fiscale beleggingsinstellingen met een eigen onderhoudsdienst in de 0%-sfeer passen ten onrechte het 0%-tarief toe, ofwel de jurisprudentie die onlangs is geweest voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is onjuist. Opvallend is overigens dat de rechter in de hiervoor bedoelde jurisprudentie aan de vergelijking met FBI's geen woord vuil maakt, terwijl deze vergelijking toch deel uitmaakt van de wetsgeschiedenis en de bedoeling van de wetgever weergeeft.

## 4 Rechtsregel, casuïstische rechtspraak en vage norm

### 4.1 Rechtsregel

De rechtsregel om activiteiten die voor de inkomstenbelasting in box 1 zijn belast, af te bakenen van de beleggingsactiviteiten in box 3 is duidelijk. Als er sprake is van meer dan normaal (actief) vermogensbeheer wordt de belastingplichtige belast in box 1. Zo niet, dan wordt hij belast in box 3. In HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, *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:

<sup>32</sup> *H.A.J.P. te Niet, t.a.p., p. 107. Met name uit HR 8 november 1989, nr. 25 257, BNB 1990/73 blijkt volgens Te Niet dat de rechter conform art. 28 Wet VPB 1969 terughoudend is met het accepteren van risico's die samenhangen met het uitoefenen van een materiële onderneming, terwijl een particuliere belegger wel beheersdaden zou mogen verrichten. Hierdoor zou het begrip beleggen voor art. 28 Wet VPB 1969 beperkter kunnen worden uitgelegd dan voor particulieren het geval zou zijn, aldus Te Niet. Overigens meent hij dat het arrest praktisch gezien alleen gevolgen zou kunnen hebben voor kleine niet-beursgenoteerde beleggingsinstellingen, aangezien die zich op een bredere publiek richten en minder snel met deze problematiek te maken krijgen (H.A.J.P. te Niet, t.a.p., p. 118). Zie voor een bespreking van de meningen in de literatuur over de invulling van het beleggingsbegrip in de vennootschapsbelasting nader T.M. Berkhout & J.M. van der Heijden, 'Projectontwikkeling door fiscale beleggingsinstellingen, WFR 2009/491, onderdeel 2.2.*

<sup>33</sup> Zie over deze arresten ook onderdeel 4.1.

<sup>29</sup> Bijvoorbeeld de omloopsnelheid, omvang, samenstelling en de wijze van financiering van het vermogen.

<sup>30</sup> *H.A.P.J. te Niet, t.a.p., p. 70-72.*

<sup>31</sup> *Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 19, p. 15-16.*

“(…) 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.”

Deze overweging ligt in lijn met het arrest HR 1 september 1976, nr. 17 924, *V-N* 1976, p. 860 gewezen voor het FBI-regime. In dat arrest is tevens opgemerkt dat de arbeid ook door werknemers kan worden verricht. Uitdrukkelijk is verder gesteld dat de omvang van de arbeid (kwantitatief) moet worden beoordeeld in verhouding tot het geïnvesteerde vermogen. De relatieve omvang is dus bepalend. Dat er veel arbeid wordt verricht, zegt op zichzelf dus niets. De omvang en intensiteit van de arbeid nemen immers logischerwijs toe als er meer panden zijn. Relatief gezien hoeft dat niet te verschillen van de arbeid die wordt verricht als slechts één pand wordt verhuurd. Pas als de werkzaamheden het normale vermogensbeheer wat omvang betreft overstijgen, is er mogelijk meer aan de hand dan alleen beleggen.<sup>34</sup> Met de aard van de arbeid doelt de Hoge Raad op de kwaliteit ervan. Ook die kan van dien aard zijn dat door de kwaliteit een extra rendement wordt beoogd. Er moet verder 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. Zo ja, 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.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> In het algemeen kan volgens Freudenthal worden gesteld dat er meer arbeid moet worden verricht om datgene wat normaal is bij vermogensbeheer te ontstijgen, naarmate de arbeid van mindere kwaliteit is. Is de arbeid van hoge kwaliteit, dan kan geringe arbeid al volstaan om tot de vereiste arbeid te komen. R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden* (FM nr. 103), Deventer: Kluwer 2012, p. 19-20.

<sup>35</sup> M.J. Hoogeveen, ‘Verhuur van vastgoed: een onderneming?’ *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging*, 2013(2), onderdeel 2.3. Hoe we precies het extra rendement moeten identificeren of meten, is overigens niet helemaal duidelijk. T.M. Berkhout, ‘Arbeid+, rendement+. Bedrijfsopvolgingsregeling vastgoedbeleggers’, *KWEP* 2014/18, p. 8.

#### 4.2 Bewijslast en gloedvolle betogen

Wie stelt, moet bewijzen. Dit aloude adagium was al geldig bij de Romeinen. En nog steeds geldt het in Nederland als rechtsprincipe; ook voor het belastingrecht. Aangezien de belastingplichtige een beroep doet op bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, moet hij bewijzen dat er sprake is van een onderneming. Gezien de financiële belangen is het niet verwonderlijk dat velen daarvoor kiezen. Kooiman meent dat het betoog dat vastgoedactiviteiten die door een BV worden uitgevoerd, op een onderneming wijzen, uiterst kritisch moeten worden getoetst.<sup>36</sup> Uiteraard mag de toetsing van de rechter niet meer of minder kritisch zijn dan als dezelfde vraag zou voorliggen ten aanzien van de inkomstenbelastingheffing bij een natuurlijk persoon (box 1 of box 3). Wij begrijpen de opmerking van Kooiman dan ook zo dat een “gloedvol betoog” alleen nog niet kan leiden tot een onderneming. 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. Uit de recente jurisprudentie blijkt bijvoorbeeld dat de kennis en ervaring er mede toe hebben geleid om de activiteiten tot die van een onderneming te kwalificeren. Maar uit niets blijkt dat de kennis en ervaring van dergelijke belanghebbenden beter en groter zijn dan voor andere verhuurders het geval is. Evenmin is in de uitspraak de relatie tussen deze kwalitatief hoogstaande arbeid met de beoogde opbrengst goed naar voren gebracht. Heeft immers niet iedere verhuurder – op enig moment – kennis en ervaring in huis?<sup>37</sup> Een ander feit dat van belang werd geacht, is de persoonlijke band met de huurders; hoe persoonlijker en nauwer, des te minder leegstand en huurachterstand. Maar wat die persoonlijke band precies inhield, werd niet duidelijk. In welke mate deze BV zich op dat punt heeft onderscheiden van andere “normale” verhuurders en daardoor minder leegstand (minder dan wat en wie?) en minder huurachterstand (minder dan wat en wie?) heeft, is evenmin aan de orde gekomen. Dit soort vergelijkingen zou echter wel moeten worden gemaakt en door belanghebbenden moeten worden overgelegd. Zij moeten immers aannemelijk ma-

<sup>36</sup> Kooiman, *t.a.p.*, onderdeel 2.

<sup>37</sup> *Te Niet* geeft aan dat de kwaliteit van de arbeid met name een rol speelt bij handelingen met een incidenteel karakter – in de regel bij aan- en verkoop – en minder bij handelingen die gericht zijn op periodieke opbrengsten. H.A.J.P. te Niet, *t.a.p.*, p. 70 en 73. De belastingplichtige kan het voordeel feitelijk alleen beïnvloeden indien hij zich in een bijzondere positie bevindt. H.A.J.P. te Niet, *t.a.p.*, p. 74.

ken dat de arbeid naar haar aard én omvang *onmiskenaar* ten doel heeft uit de onroerende zaken voordelen te halen, en wel zo dat die bij normaal vermogensbeheer het opkomende (netto)rendement te boven gaan.<sup>38</sup>

## “Een ‘gloedvol betoog’ alleen kan nog niet leiden tot een onderneming”

Daarbij moet ook aandacht zijn voor de professionalisering van de verhuurmarkt. Het is tegenwoordig gebruikelijk om wat actiever dan vóór de financiële crisis met de huurders bezig te zijn en de gebouwen zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen met hun wensen. Door professionalisering van de markt – zo moet men als gevolg van de financiële crisis meer zijn best doen om huurders te behouden – kan van een belegger meer verwacht worden dan daarvoor. Anders vertrekken de huurders immers naar een verhuurder die wel naar hun wensen luistert. Freudenthal merkt op dat:

“(…) professionalisering van de markt voor bepaalde typen beleggingen met zich mee zal brengen dat de grens waarbij normaal vermogensbeheer omslaat in belast resultaat uit overige werkzaamheden, naar boven opschuift.”<sup>39</sup>

Zouden de activiteiten die de BV's in de bedoelde rechtspraak hebben verricht, dan niet de norm moeten zijn?

<sup>38</sup> In zijn onderschrift bij het intrekken van het beroep in cassatie tegen de uitspraak van Hof 's-Gravenhage 20 december 2013, BK-12/00757, V-N 2014/8.22 merkt de staatssecretaris op dat: “Op belanghebbende (...) een (zware) bewijslast [rust] om aannemelijk te maken (curs. auteurs) dat de arbeid naar haar aard én omvang onmiskenaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit de onroerende zaken, welke voordelen het bij normaal vermogensbeheer opkomende (netto)rendement te boven gaan.” Besluit Staatssecretaris van Financiën 28 maart 2014, nr. DGB 2014-1075, V-N 2014/19.17. “Zware bewijslast” en “aannemelijk maken” lijken niet bij elkaar te horen. Aannemelijk maken is juist de lichtste vorm van bewijs leveren; lichter dan “blijken” en “aantonen”. Aannemelijk maken is in dit geval ook voldoende zoals de staatssecretaris zelf ook aangeeft. Met de kwalificatie “zware” lijkt de staatssecretaris te doelen op het begrip “onmiskenaar”; de relatie tussen het doel van de arbeid en het beoogde hogere rendement moet boven iedere twijfel verheven zijn.

<sup>39</sup> R.M. Freudenthal, t.a.p., p. 20. Ook Te Niet geeft aan dat het begrip beleggen als norm meegroeit met de maatschappelijke ontwikkelingen (H.A.P.J. te Niet, t.a.p., p. 133).

Met andere woorden, datgene wat zij doen, behoort tegenwoordig bij de verhuur van vastgoed. Daarmee kan de arbeid dus niet gericht zijn op het behalen van een hoger rendement dan dat wat op die markt met die belegging behaald zou kunnen worden. De verrichte kwalitatieve en kwantitatieve arbeid is juist heel normaal. Voor de toepassing van de inkomstenbelasting is het in de praktijk voor inspecteurs erg moeilijk om verhuur(activiteiten) van vastgoed als een ondernemingsactiviteit gekwalificeerd te krijgen. In dat geval betoogt de belastingplichtige dat zowel de kwantiteit als de kwaliteit van de arbeid juist als “normaal actief” moet worden gekwalificeerd: hij doet niets bijzonders. De activiteiten horen bij normale verhuur(activiteiten) van vastgoed en het is logisch dat hij ervaring en een netwerk heeft. Dat onderscheidt hem niet van andere verhuurders.<sup>40</sup> Die hebben dat ook. Veelal laat de inspecteur om die reden zijn stelling varen. Ook hij vindt het “normaal”; althans hij kan niet aannemelijk maken dat het “meer dan normaal” is. Zo kan het dus gebeuren dat ten aanzien van één en hetzelfde feitencomplex door de kleuring van de feiten een andere uitkomst wordt verkregen.

### 4.3 Heldere rechtsregel is de facto een vage norm

De rechtsregel is dus helder: een belastingplichtige wordt belast in box 1 als sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, terwijl hij belast wordt via box 3 indien sprake is van normaal vermogensbeheer. Op zich is dit dus niet zo ingewikkeld, alleen het probleem is dat de norm “normaal vermogensbeheer” een vage norm is en niemand precies weet wat “normaal” is.<sup>41</sup> Bovendien is de jurisprudentie op dit terrein zo casuïstisch dat daarin nauwelijks consistente lijnen te ontdekken vallen; te meer niet omdat de rechters veelal niet aangeven welke feiten in het concrete geval doorslaggevend zijn geweest en evenmin goed wordt aangegeven wat de relatie is tussen de extra arbeid en het beoogde rendement. De vraag of een belastingplichtige met zijn vastgoedactiviteiten al dan niet onderneemt, moet dus worden beantwoord aan de hand van vage, open normen en fragmentarische, casuïstische en niet gesystematiseerde rechtspraak. Dat wetgeving noch rechtspraak scherpe normen oplevert waarmee men kan beoordelen of er sprake is van een materiële onderneming heeft gevolgen voor de rechts(on)gelijkheid en de rechts(on)zekerheid (zie ook onderdeel 5.2). Dat de praktijk wel om een scherpe norm verlegen zit, mag duidelijk zijn.

<sup>40</sup> In gelijke zin M.J. Hoogeveen, ‘Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed’, FBN 2014/46.

<sup>41</sup> Vergelijk J.E.A.M. van Dijck, ‘Onduidelijke wettelijke begrippen’, WFR 2006/1129.

## 5 Normatieve voorspellende, falsifieerbare theorie ontbreekt

### 5.1 Inleiding

Het antwoord op de vraag of er sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid en van meer dan normaal vermogensbeheer, is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval. Rechters hebben een grote mate van vrijheid om te beslissen aan de hand van het aangeboden materiaal en de bijbehorende "gloedvolle kleuring" van de feiten zoals die in de rechtszaal worden gepresenteerd. Als algemene rechtsregels niet te geven zijn, beoordelen rechters aan de omstandigheden van het geval hoe het recht voor dat geval "behoort te zijn". Rechtsregels raken daarbij op de achtergrond; rechtsvinding is dan vooral "probleemdenken" geworden en niet zozeer systeemdenken. Oftewel er is een verschuiving van "Normgerechtigheid" naar "Einzelfallgerechtigheid".<sup>42</sup> Van rechterlijke gebondenheid naar rechterlijke vrijheid. Van vormend recht naar gelegenheidsrecht. Doordat in de rechtspraak wordt verwezen naar een aantal (niet-limitatieve) omstandigheden, wordt er geen normatieve, voorspellende theorie ontwikkeld die falsifieerbaar<sup>43</sup> is. En juist daar heeft de praktijk behoefte aan.

### 5.2 Rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid

Als een theorie niets voorspelt, kan ieder resultaat achteraf in overeenstemming met de theorie worden verklaard onder verwijzing naar de specifieke omstandigheden van het geval. Dat heeft grote gevolgen. Rechtsongelijkheid komt bijvoorbeeld niet aan het licht. Barendrecht schrijft in zijn dissertatie:<sup>44</sup> "Door het ontbreken van scherpe normen wordt rechtsongelijkheid (...) versluierd. Criteria aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of gevallen vergelijkbaar zijn ontbreken immers. Juist de scherpe norm brengt scheidslijnen aan die het vergelijken van gevallen mogelijk maakt. Zonder scherpe regels is de vage norm het enige criterium en zal de conclusie snel worden getrokken dat ongelijk behandelde gevallen dus ook gelijk zijn. Rechtsongelijkheid komt dan alleen aan het licht indien zich gevallen voordoen die werkelijk identiek zijn."

Te Niet stelt dat als gevolg van de onnauwkeurigheid van de norm belastingplichtigen die objectief gezien in vergelijkbare situaties verkeren, toch verschillend worden behandeld.<sup>45</sup> Over de grensafbakening tussen de inkomenscategorieën in de inkomstenbelasting op basis van de norm "meer dan normaal vermogensbeheer" schrijft hij:

"De grenzen tussen deze inkomenscategorieën worden eufemistisch wel als vloeiend omschreven, maar wellicht is arbitrair beter."

Bij gebrek aan scherpe normen zullen rechters geneigd zijn om van geval tot geval billijke oplossingen te zoeken. De rechterlijke vrijheid is (te) groot, wat in de doctrine als een bezwaar wordt gezien.<sup>46</sup> Wiarda oppert meerdere bedenkingen tegen vrije rechtspraak en memoreert als eerste bedenking de aan elke vorm van vrije rechtspraak verbonden gevaren van willekeur en rechtsonzekerheid, voortvloeiende uit de onvoorspelbaarheid van hetgeen de niet aan vaste en voor ieder kenbare normen gebonden rechter zal beslissen.<sup>47</sup> Van Dijck noemt de rechtsonzekerheid als onwenselijk gevolg van het gebruik van een open norm als normaal vermogensbeheer.<sup>48</sup> Het wrange is dat een fiscale rechter desondanks in een bedrijfsopvolgingscasus een van beide partijen gelijk zal geven, met alle financiële gevolgen van dien.

### 5.3 Procedures over vage normen en de interpretatie ervan

Procespartijen zullen geneigd zijn met zo veel mogelijk hagel te schieten. Dat wil zeggen: allerlei enigszins relevant lijkende informatie over feiten en omstandigheden. In BOR-rechtspraak rond de bedrijfsopvolging zien we zeer uiteenlopende complexen van feiten en omstandigheden die men op zeer uiteenlopende wijzen presenteert. De feiten en omstandigheden worden in de uitspraak met enige regelmaat niet geconcretiseerd.<sup>49</sup> Daarbij komt dat we over de kleuring die partijen in de rechtszaal aan de feiten en omstandigheden geven, doorgaans weinig lezen in de uitspraken. Dit alles leidt ertoe dat dergelijke beslissingen dan ook alleen maar als maatwerkrecht voor dat ene, specifieke geval hebben

<sup>42</sup> G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 33.

<sup>43</sup> *Falsifiëring: aantonen dat een uitspraak of theorie onjuist is.*

<sup>44</sup> J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 77.

<sup>45</sup> H.A.J.P. te Niet, *t.a.p.*, p. 2.

<sup>46</sup> G.J. Wiarda, *t.a.p.*, p. 102-103. Zie ook J.C.M. Leijten, 'Sluipen dwaalwegen naar meer gerechtigheid', *TvP* 1989, p. 445 e.v.

<sup>47</sup> G.J. Wiarda, *t.a.p.*, p. 97.

<sup>48</sup> J.E.A.M. van Dijck, 'Onduidelijke wettelijke begrippen', *WFR* 2006/1129.

<sup>49</sup> Als in de uitspraak wordt gesproken van een omvangrijke vastgoedportefeuille zonder enige concrete invulling kan niets met dit feit worden gedaan.



te gelden.<sup>50</sup> We kunnen niet vaststellen of de beslissing in een bepaald geval goed of fout is geweest en leren niet van de rechtspraak. Iedere uitkomst "past" immers. Een criticaster zou zeggen dat men hooguit kan leren dat "een dergelijke uitkomst ook mogelijk is". De gevolgen hiervan zijn groot: een rechter weet voor een ander geval niet welke feiten en omstandigheden beslissend zijn en bovendien kennen partijen het recht niet waardoor zij eerder volharden in hun stellingen en processen niet worden voorkomen.

## 6 Falsifieerbare hypothesen en omstandighedencatalogus

Wanneer wij geen falsifieerbare hypothesen en gestructureerd feiten en omstandigheden in fiscale procedures inbouwen, zullen wij in deze BOR-thematiek niet veel verder komen; rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid blijven in stand.<sup>51</sup> Dit is een ongewenste situatie waarin naar onze mening alleen verandering kan komen als de rechterlijke uitspraken meer gestructureerd en systematischer worden. Alleen dan kan de norm geconcretiseerd worden. Dit zou bewerkstelligd kunnen worden door concreet geformuleerde hypothesen (normen) als uitgangspunt te nemen, bijvoorbeeld: "verhuur leidt nooit tot een onderneming" of "projectontwikkeling leidt altijd tot een onderneming". In een ideale wereld verwerpen of aanvaarden procederende partijen vervolgens de gepresenteerde normen, scherpen ze die aan met nieuwe regels, voegen ze nieuwe, falsifieerbare normen toe en brengen zij systematisch de feiten en omstandigheden in kaart die de normen of "subregels" bevestigen of ontcrachten. De rechter zal dus alle feiten en omstandigheden moeten benoemen en vervolgens concreet moeten aangeven waarom in dat geval de hypothese wel of niet opgaat en welke feiten en omstandigheden daarbij relevant zijn en welke niet.

.....

**"Kennis zal ontstaan  
wanneer de relevantie van  
bepaalde omstandigheden  
wordt uitgesloten  
(falsificatie)"**

.....

<sup>50</sup> J.M. Barendrecht, t.a.p., p. 9.

<sup>51</sup> Dit geldt in alle gevallen waar de norm meer dan normaal vermogensbeheer bepalend is voor de wijze waarop de heffing plaatsvindt.

Om de feiten en omstandigheden goed in beeld te krijgen, kan gebruik worden gemaakt van zogenoemde omstandighedencatalogi. In deze catalogi worden vermogensgerelateerde feiten (zoals het aantal panden, verhuurde m<sup>2</sup> en huurders) en arbeidsgerelateerde feiten opgenomen (zoals het aantal werknemers, aantal gewerkte uren, soorten diensten die worden verricht). Een dergelijke lijst krijgt meer zeggingskracht als de (categorieën van) relevante omstandigheden nauw worden omschreven.<sup>52</sup> Kennis zal ontstaan wanneer de relevantie van bepaalde omstandigheden wordt uitgesloten (falsificatie).<sup>53</sup> De lijst moet dus een selecterende werking hebben. Idealiter werken procespartijen en rechters daaraan mee en kan van geval tot geval de norm worden aangescherpt. Hierdoor neemt de informatieve waarde van het recht toe en bevorderen we het ontstaan van falsifieerbare regels. De vage normen "duurzame organisatie van kapitaal en arbeid" en "meer dan normaal actief vermogensbeheer" krijgen daardoor scherpte omdat aanvullende regels (of dito normen) worden ingevuld. De normen noch de omstandighedencatalogus zijn dus een statisch geheel. Professionalisering van de markt kan bijvoorbeeld reden zijn om een omstandigheid niet langer relevant te achten; dan wel om een nieuwe relevante omstandigheid op te nemen.

## 7 Aanzet tot normering en de bijbehorende omstandighedencatalogus

### 7.1 Werking en doel

Hier willen wij voor vastgoedactiviteiten een aanzet geven tot een scherpe(re), falsifieerbare normering (onderdeel 7.2) en een bijhorende omstandighedencatalogus (onderdeel 7.3) presenteren. Voor de BOR-thematiek kunnen we een begin maken met de invulling van hypothesen op basis van de wetsgeschiedenis. Zo heeft de staatssecretaris een aantal standpunten ingenomen die we als normen of hypothesen zouden kunnen opvatten. Deze hypothesen vormen het uitgangspunt.

### 7.2 Normatiek/hypothesen

Wij presenteren de volgende vier normen/hypothesen, die wij onder meer uit de wetsgeschiedenis (zie onderdeel 2.2) afleiden.

A. Nieuwbouwprojecten (laten) ontwikkelen vormt altijd een onderneming.

A.1. Subregel: nadat de ontwikkeling klaar is en sprake is van duurzame verhuur eindigt de ondernemingsactiviteit (HR 29 mei 1996, nr. 30 774, BNB 1996/232).

<sup>52</sup> J.M. Barendrecht, t.a.p., p. 188.

<sup>53</sup> J.M. Barendrecht, t.a.p., p. 78.

- B. Vernieuwbouwen: zeer ingrijpend (laten) renoveren en (laten) transformeren vormt altijd een onderneming.<sup>54</sup>
- C. Verhuur waarmee meer rendement wordt gegenereerd door extra diensten aan te bieden, vormt altijd een onderneming.
- C.1 Subregel: IB-éénpitters die eigen arbeid rendabel maken ten aanzien van kleinschalig vastgoed door middel van extra diensten, drijven een onderneming (BNB 1994/319).
- D. Verhuur van vastgoed vormt nooit een onderneming.
- D.1 Subregel: de volgende omstandigheden zijn irrelevant, dan wel niet onderscheidend voor de beoordeling of er sprake is van een onderneming omdat deze omstandigheden normaal zijn in geval van verhuur van vastgoed:
1. de omvang van de portefeuille (aantallen, marktwaarde, m<sup>2</sup>);
  2. de wijze van financieren (risico, structurering) en de (relatieve en absolute) omvang van de financiering;
  3. de aanwezigheid van een eigen onderhoudsdienst;
  4. de *knowhow* van de eigenaar en het personeel;
  5. het aantal personeelsleden;
  6. de tijdsbesteding door erflater/schenker/werknemer en erfgenaam/begiftigde/werknemer;
  7. een relatienetwerk;
  8. het aankoop-, verhuur-, verkoopproces;
  9. marktonderzoek, selectie panden en huurders, strategiebepaling, bezichtigingen;
  10. contracteren: algemeen; huurcontracten afsluiten en verlengen;
  11. bijhouden administratie, waaronder huren innen;
  12. contacten onderhouden (huurders, gemeenten, nutsbedrijven, makelaars, enzovoorts);
  13. klachtenbehandeling;
  14. financieren van vastgoed;
  15. technisch beheer: inspecties en onderhoud/repatriaties uitvoeren, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
  16. verbeteringen aanbrengen, al dan niet door een eigen onderhoudsdienst;
  17. uitbreiden van het aantal verhuurbare meters (indien door ontwikkeling, kan de ontwikkeling gedurende de ontwikkelfase wel ondernemingsactiviteit zijn (norm/hypothese C).

Deze normen/hypothesen kunnen gefalsificeerd worden.

#### Een voorbeeld

De norm is: verhuur van vastgoed leidt nooit tot een onderneming en de omstandigheden genoemd onder D.1 zijn irrelevant bij de beoordeling of er van een onderneming sprake is. Als belastingplichtige A van mening is dat bij hem wel sprake is van een "arbeid+"-situatie zal

hij de hypothese weerspreken en aannemelijk moeten maken dat die voor hem niet opgaat. Zijn organisatie besteedt sinds jaar en dag 600 uur per week aan deze activiteiten, een andere verhuurder met een vergelijkbare portefeuille maar 300 uur. Het opleidingsniveau van de medewerkers is hoger en de ervaring van de werknemers is groter dan bij vergelijkbare verhuurders. Ondanks de extra loonkosten kan hij daardoor een hoger rendement halen dan normaal wordt behaald bij vergelijkbare portefeuilles. Als de rechter hem gelijk geeft, weten we dat bij x-aantal panden en x-aantal m<sup>2</sup>, zoveel werknemers met opleidingsniveau A, ervaringsjaren B en x-aantal uren er sprake is van een onderneming. Alsdan ontstaat een concrete subregel.<sup>55</sup>

Uit het voorbeeld blijkt dat de belastingplichtige niet alleen zijn eigen (afwijkende) feiten en omstandigheden zal moeten verstrekken, maar ook die van de "normale" situatie. 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. Voor het presenteren van de relevante feiten en omstandigheden kan gebruik worden gemaakt van een omstandighedencatalogus.

### 7.3 Omstandighedencatalogus

De omstandighedencatalogus dient ertoe partijen feiten en omstandigheden gestructureerd in kaart te laten brengen, zowel van de voorliggende casus als de vergelijkbare situatie. De rechters kunnen de normen en de catalogus gebruiken om hun uitspraken beter kenbaar te laten zijn: normen en omstandigheden worden aanvaard, bijgesteld, verworpen, aangevuld en nader geconcretiseerd. Het overzicht van de feiten en omstandigheden dient 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).

<sup>55</sup> Hof 's-Gravenhage 20 december 2013, nr. BK-12/00757, V-N 2014/8.22 levert deze subregel niet, omdat onduidelijk is hoe groot de portefeuille was, hoeveel uur daar normaal aan wordt besteed, op welke punten de kennis en ervaring onderscheidend was van andere verhuurders etc. Het leert ons alleen dat de omvang van de arbeid en de kennis en ervaring kennelijk wel een rol zou kunnen spelen. Zie voor kritiek daarop overigens onderdeel 4.2.

<sup>54</sup> T.M. Berkhout, 'Activeren, tenzij: ingrijpende renovaties en transformaties van vastgoedcomplexen', NTFR 2013/982.

		jaar t <sub>0</sub>	jaar t <sub>1</sub>	jaar t <sub>2</sub>	jaar t <sub>3</sub>	jaar t <sub>4</sub>	jaar t <sub>5</sub>	Toelichting
<b>Vastgoedportefeuille (verhuur aan derden)</b>								
Aantal panden	getal							
Aantal verhuurde units	getal							
Aantal verhuurde m <sup>2</sup>	getal							
Marktwaarde	euro*1.000							
Nettokasstroom	euro*1.000							
Onderhoudskosten	euro*1.000							
Verbeteringskosten	euro*1.000							
Brutohuurinkomsten	euro*1.000							
WOZ-waarde	euro*1.000							
Leegstandspercentage + toelichting berekening	% en getal							
<b>(Her)ontwikkelingspanden</b>								
Aantal panden	getal							
Marktwaarde	euro*1.000							
Nettokasstroom	euro*1.000							
Investing totaal dit jaar	euro*1.000							
<b>Organisatie</b>								
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							
<b>Rendement</b>								
Nagestreefde rendement	%							
Formule berekening rendement	tekst							
Behaald rendement vastgoedportefeuille	%							
<b>Financiering</b>								
Hypotheekschuld	euro*1.000							
Schuldgraad (loan to value)	%							
Rentebetaling per jaar	euro*1.000							
Aflossing per jaar	euro*1.000							

## 8 Conclusie

In de praktijk blijkt de norm "meer dan normaal vermogensbeheer" als afbakening van ondernemen en beleggen moeilijk te hanteren. In de casuïstische rechtspraak is geen lijn te ontdekken, wat komt doordat een vage norm wordt aangehouden. Aangezien de rechtspraak de feiten en omstandigheden niet volledig en/of gestructureerd weergeeft en evenmin steeds vermeldt welk feit waarom wel/niet van belang is, ontstaat een theorie die die naam eigenlijk niet verdient: niet voorspellend, en niet falsifieerbaar. Dit brengt rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid mee. Het is naar onze mening dan ook noodzakelijk

dat de norm een concretere invulling krijgt. Daarnaast zullen de feiten en omstandigheden in concrete situaties op een meer gestructureerde wijze moeten worden weergegeven. Hiervoor kan een omstandighedencatalogus zoals Te Niet die voor ogen staat, een hulpmiddel zijn. Wij hebben normen geformuleerd die in de praktijk al dan niet gefalsifieerd kunnen en zullen worden. Hierdoor ontstaat naar verwachting meer duidelijkheid over de invulling van de norm, worden "subregels" gecreëerd en zal er meer duidelijkheid komen in de relevante feiten en omstandigheden. Zo kan de norm van geval tot geval worden aangescherpt, wordt de informatieve inhoud van het recht groter en bevorderen we het ontstaan van falsifieerbare regels.