

Tilburg University

Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed

Hoogeveen, M.J.

Published in:
FBN

Publication date:
2014

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Hoogeveen, M. J. (2014). Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed. *FBN*, 2014(46), 3-7. Article 2014/46.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

46 Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed

Het afgelopen jaar zijn er voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de SW 1956 enige uitspraken verschenen over de vraag of de exploitatie en ontwikkeling van vastgoed een materiële onderneming vormt. In deze bijdrage worden deze uitspraken besproken en van commentaar voorzien.

1. Inleiding

Het afgelopen jaar zijn er enige uitspraken verschenen over de vraag of de exploitatie en ontwikkeling van vastgoed een materiële onderneming vormt. Het antwoord op deze vraag is niet alleen relevant voor de heffing van inkomstenbelasting (heffing in box 1 of in box 3), maar ook voor de toepassing van de doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 en de vrijstellingen in de SW 1956. Immers, alleen indien en voor zover de schenker of erflater al dan niet door middel van een BV een onderneming drijft in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001 kan van deze zeer ruime faciliteiten gebruik worden gemaakt. De jurisprudentie die de laatste jaren op dit terrein is verschenen, heeft dan ook met name betrekking op de vraag of de BV waarvan de aandelen zijn verkregen een onderneming drijft. In eerste instantie leek de belastingplichtige steeds aan het kortste eind te trekken. De rechters oordeelden dat de werkzaamheden die de BV verrichtte normaal waren voor de exploitatie van onroerend goed. Daarmee was sprake van normaal vermogensbeheer en dus van beleggen. Het afgelopen half jaar daarentegen gaat de jurisprudentie de andere kant op. In drie zaken luidde het oordeel dat wel sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer en dat de BV een onderneming dreef. In die drie zaken werd belanghebbende de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de SW 1956 verleend. In deze bijdrage worden deze uitspraken besproken. Alvorens ik daar aan toekom, schets ik hierna eerst kort het theoretische kader. Ik sluit deze bijdrage af met een korte conclusie.

2. Theoretisch kader

Een vrij klassieke definitie van een objectieve onderneming is een zelfstandige duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, die deelneemt aan het maatschappelijke productieproces met het oogmerk om winst te behalen. Een verhuurder van vastgoed zal zich waarschijnlijk snel in de hiervoor gegeven klassieke definitie herkennen. Immers, er is kapitaal aanwezig en de verhuurder zal het oogmerk hebben om een positief

rendement te halen. Ook zal hij duurzaam arbeid verrichten, zoals het innen van huur, het bijhouden van een administratie en het verrichten van onderhoud. Tevens zal hij risico lopen ten aanzien van de opbrengsten en de waardeontwikkeling van het vastgoed. Toch is dat alles niet voldoende. Immers, als dat wel het geval zou zijn, zou iedere verhuurder van een onroerende zaak een ondernemer zijn en dat is niet het geval. De hiervoor genoemde werkzaamheden zijn naar de aard van de belegging immers 'normaal'. Kennelijk moet er meer gebeuren.

De arbeid die de belastingplichtige verricht moet meer inhouden dan de arbeid die 'gewoonlijk' gepaard gaat met het beheer van vastgoed. Enige arbeid zal er altijd zijn. Beleggen 'in stenen' vraagt nu eenmaal meer arbeid dan het beleggen in bijvoorbeeld obligaties. Als deze arbeid de normale arbeid niet overstijgt, is sprake van 'normaal vermogensbeheer' en van beleggen. In dat geval zou bij een natuurlijk persoon het vastgoed tot zijn vermogen in box 3 behoren.

In HR 17 augustus 1994, BNB 1994/319 oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van een belastingplichtige die kamers verhuurde in twee panden 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."

Deze overweging ligt in lijn met het arrest HR 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976, p. 860 gewezen voor het fiscale beleggingsinstellingsregime in de vennootschapsbelasting. In dat arrest werd tevens aangegeven dat de arbeid ook door werknemers kan worden verricht. Uitdrukkelijk werd daarbij verder geoordeeld 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 niets. Immers, de arbeid neemt logischerwijs

toe als er meer panden zijn. Relatief gezien hoeft dat niet verschillend te zijn van de arbeid die wordt verricht bij de verhuur van één pand. Pas als de werkzaamheden het normale vermogensbeheer qua omvang overstijgen, is er mogelijk meer aan de hand dan alleen beleggen. Met de aard van de arbeid doelt de Hoge Raad op de kwaliteit van de arbeid. 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 dan wat normaal wordt gehaald bij verhuur. Dit wil dus niet zeggen dat als er een hoog rendement wordt gehaald er dus sprake is van een onderneming. 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. Is dit het geval en wordt het voordeel toch niet gehaald, om wat voor reden dan ook (bijvoorbeeld de kredietcrisis), dan is toch sprake van meer dan normaal vermogensbeheer.

Indien sprake is van projectontwikkeling lijkt er in ieder geval sprake te zijn van arbeid+ en dus van meer dan normaal vermogensbeheer; althans in ieder geval zolang de ontwikkeling duurt. Nadat de ontwikkeling van een pand is afgerond, moet opnieuw worden beoordeeld of de activiteiten die worden verricht op zichzelf weer meer dan normaal vermogensbeheer vormen. Indien het pand bijvoorbeeld wordt verhuurd, moet de feitelijke situatie ten aanzien van de verhuur worden getoetst aan de rechtsregel of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer (HR 29 met 1996, nr. 30 774, *BNB* 1996/232). Dit kan met name voor de voortzettingseis voor de vrijstellingen voor de schenken en erfbelasting van belang zijn.

Verder is nog van belang dat de activiteiten een duurzaam karakter moeten hebben. Is dat niet het geval, dan is weliswaar sprake van meer dan normaal vermogensbeheer maar niet van een onderneming. Voor de inkomstenbelasting zou alsdan sprake zijn van resultaat uit overige werkzaamheden.

3. Hof Arnhem-Leeuwarden, 5 november 2013, *NTR* 2014/428

In de casus die speelde voor Hof Arnhem-Leeuwarden is de vader van belanghebbende overleden. Tot zijn nalatenschap behoorden onder andere alle aandelen van een BV tot wiens vermogen vijftien verhuurde panden behoorden met een boekwaarde van € 1,6 miljoen. In het testament zijn de echtgenote en de drie kinderen, waaronder belanghebbende, als erfgenaam benoemd. Belanghebbende heeft voor het hof een rendementsoverzicht overgelegd waarin een rende-

ment op het eigen vermogen naast een marktrendement werd gezet. Volgens belanghebbende had zijn vader een hoger rendement behaald dan behaald zou zijn met gebruikelijk vermogensbeheer doordat hij:

- de huurovereenkomsten opstelde;
- huurders had gezocht en daarmee contacten onderhield;
- de voorkomende verbouwwerkzaamheden door zijn kennis van de aannemerswereld goedkoper kon laten uitvoeren;
- gebruikmakend van zijn zakelijke contacten namens de BV actief vastgoed van een hoge kwaliteit had aangekocht;
- in verenigingen van eigenaren een actieve rol speelde, en
- bereikt had dat van het pand aan de A-straat te Q een kantoorbestemming in een woonbestemming was gewijzigd en dat het pand daarna ook juridisch was gesplitst.

Om tot zijn oordeel te komen, schetst het hof eerst het rechtskader waaraan de feiten moeten worden getoetst. Allereerst geeft hij de drie criteria die van belang zijn voor de bepaling of sprake is van een onderneming, te weten (1) duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, (2) deelname economisch verkeer en (3) het winstoogmerk. Daarna stelt het hof dat bij exploitatie van onroerende goederen sprake is van een materiële onderneming indien de in dat kader te verrichten of verrichte arbeid qua aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van een rendement dat het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaat. Het hof sluit dus aan bij de rechtsregel die in het hiervoor genoemde arrest *BNB* 1994/319 is gegeven. Het hof toetst vervolgens de feiten aan de rechtsregel en oordeelt dat de activiteiten die de vader van belanghebbende namens de BV verrichtte normaal zijn in geval van verhuur van onroerend goed. Immers, in geval van verhuur van onroerend goed zal er contact zijn met de huurders, zullen huurovereenkomsten worden opge maakt en activiteiten in diverse verenigingen van eigenaren tot de bezigheden behoren. Ook het uitbesteden van het onderhouds- en verbouwwerk aan sommige panden is een activiteit die in dit geval in relatie met de overige werkzaamheden volgens het hof niet is aan te merken als te zijn gericht op het behalen van voordelen uit de onroerende goederen die het beleggingsrendement van een belegger in zodanige goederen te boven gaat. Het hof concludeert dan ook dat geen sprake is van een onderneming en dat de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 niet van toepassing is. Eerder had Rechtbank Arnhem 1 november 2012, nr. AWB 12/1377 in deze situatie in gelijke zin geoordeeld. Ik kan mij vinden in het oordeel van het hof. De werkzaamheden die werden verricht zijn normaal bij verhuur van onroerende zaken. Het zijn

geen extra activiteiten die leiden tot een extra rendement. Hooguit zou gesteld kunnen worden dat door de normale werkzaamheden in eigen beheer te verrichten en voor die activiteiten geen derde in te huren de BV wellicht wel een hoger rendement heeft behaald. Ervan uitgaande dat beide een en ander even efficiënt zouden doen, zou de winstmarge van het beheersbureau een extra rendement kunnen opleveren. Dit is echter te licht om te komen tot een onderneming. Al zou daardoor sprake zijn van een extra rendement, dan nog doorstaan de activiteiten de arbeid+-toets niet: het zijn en blijven normale activiteiten die horen bij de aard en de omvang van de onroerende zaken van de BV. Om dezelfde reden wordt een natuurlijk persoon die op deze wijze zelf zijn onroerende zaken beheert, belast via box 3 en niet via box 1.

4. Hof Den Haag 20 december 2013, BK-12/00757, V-N 2014/8.22

De hiervoor besproken uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden was weinig opzienbarend. Hetzelfde geldt voor de uitspraak van Rechtbank Den Haag 29 augustus 2012, nr. AWB 11/2988 waarin eveneens sprake was van een erfrechtelijke verkrijging van aandelen in een BV die zich bezighoudt met de verhuur van onroerende zaken. De feitelijke werkzaamheden bestaan uit:

- het zoeken en selecteren van huurders;
- het bepalen van huurprijzen van woningen;
- het voeren van correspondentie over huurovereenkomsten en huurachterstanden;
- het afhandelen van vragen van huurder;
- het beoordelen van het benodigde onderhoud;
- het overleg met de technische beheerder en de administrateur;
- het onderhouden van contacten met aannemers, gemeentelijke diensten en nutsbedrijven;
- het aanvragen van offertes en het verstrekken van opdrachten aan aannemers;
- de bezichtiging en beoordeling van eventuele aankopen van vastgoed;
- het lezen van vakliteratuur en het onderhouden van kennis over vastgoed in verband met huurprijzen in de omgeving van de panden in de portefeuille.

De werkzaamheden werden namens de BV verricht door de erflater en de zoon en zij besteedden daar 25 respectievelijk 50 uur per week aan.

Rechtbank Den Haag oordeelt dat sprake is van normaal vermogensbeheer:
“(...) dat de omstandigheid dat de leiding van de vennootschappen over veel expertise en ervaring beschikt, wellicht maakt dat het familiebedrijf een

vooraanstaande positie inneemt op de markt van de exploitatie van onroerende zaken, maar daarmee heeft eiser nog niet aannemelijk gemaakt dat op basis daarvan voordelen te verwachten waren die het bij een normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan. (...) In zoverre onderscheiden de vennootschappen zich aangaande de verhuur van onroerende zaken dan ook niet van de particuliere belegger die het onderhoud van zijn onroerende zaken door een derde laat verrichten. (...) De omstandigheid dat sprake is van een goede relatie met de huurders maakt evenmin dat sprake is van een onderneming.”

De uitspraak is bij mijn weten niet gepubliceerd. Gelet op eerdere jurisprudentie bracht het oordeel van de rechtbank ook geen nieuws onder de zon. Hoe anders luidt echter het oordeel van Hof Den Haag, dat wel tot de conclusie komt dat sprake is van een onderneming. Het hof stelt daarbij ten eerste vast dat sprake is van een omvangrijke onroerendgoedportefeuille met een waarde van vele miljoenen en somt vervolgens de feiten op die ik hiervoor puntsgewijs heb weergegeven. Daarna oordeelt hij:

“7.4 Niet in geschil is dat geen sprake is van huurachterstanden en dat hoegenaamd geen sprake is van leegstand, waardoor de cashflowpositie beter is dan het geval is bij normaal vermogensbeheer. Door de Inspecteur is niet betwist dat die betere cashflowpositie met name is ontstaan door de werkzaamheden van [D] en [B]. De door [D] met de werkzaamheden gemoeide tijd bedraagt ruim 50 uren per week en de door [B] met de werkzaamheden gemoeide tijd bedraagt circa 25 uren per week.

7.5 Naar het oordeel van het Hof brengt het vorenoverwogene mee dat het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, gelet ook op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken, dat bij de vennootschappen sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer. Het Hof neemt hierbij in aanmerking dat [B] en [D] jarenlange ervaring en expertise hebben ten aanzien van de werkzaamheden ten behoeve van de onroerendgoedportefeuille. Bovendien stelt het Hof vast dat door hun persoonlijke betrokkenheid bij de huurders een hoger rendement op het vermogen wordt behaald dan anders het geval zou zijn.”

Ik heb de overwegingen 7.4 en 7.5 nu diverse malen gelezen en ik blijf moeite houden met het oordeel van het hof, omdat een aantal feiten nog steeds onduidelijk is en ook de relatie tussen de feiten en het te verwachten extra rendement onvoldoende naar voren komt. Uit de feiten blijkt namelijk niet dat er bijzondere werkzaamheden worden verricht. Het zijn allemaal normale werkzaamheden die horen bij de verhuur van onroerend goed. In die zin wordt het lastig om te komen tot arbeid+, tenzij de omvang (kwalitatief) en/of de aard

(kwaliteit) van dien aard zijn dat toch een hoger rendement kon worden verwacht. Het hof is van mening dat dit laatste het geval is. Naar mijn mening valt daar het een op ander op af te dingen. Op het gebied van de omvang wordt aangegeven dat 75 uur per week aan de activiteiten wordt besteed. Tussen de regels door valt te lezen dat het hof dit veel acht. Maar waarom dat het geval is, wordt niet duidelijk nu niet is gegeven hoe groot de portefeuille is. Indien het drie panden zou betreffen, lijkt 75 uur per week veel, maar bij 30 panden is dat wellicht anders. Bovendien is onbekend hoeveel werk andere verhuurders aan een dergelijke portefeuille zouden besteden. Een waardeoordeel over de omvang van de werkzaamheden kan dus eigenlijk niet worden gegeven. En als men dat wel zou willen doen op basis van de gegeven feiten, lijkt een tegengestelde conclusie misschien wel eerder voor de hand te liggen nu het hof er op hamert dat sprake is van een omvangrijke portefeuille met een aanzienlijke waarde. Is bij een omvangrijke portefeuille het verrichten van veel arbeid niet juist een logisch gevolg? Bovendien moet de omvang van de arbeid volgens de Hoge Raad gerelateerd worden aan de omvang van het vermogen. In het oordeel van het hof had dus moeten staan dat *ondanks* de grote portefeuille er veel meer werk is verzet dan normaal en niet andersom zoals het hof lijkt te doen. Verder acht ik van belang dat het werk wordt verricht door werknemers die voor hun werkzaamheden betaald moeten worden, hetgeen effect heeft op het te behalen rendement. Blijft er dan nog wel een extra rendement over behoudens een eventuele winstmarge die bij uitbesteding aan een derde betaald had moeten worden? De verhuur van onroerende zaken in een BV is in die zin anders dan de verhuur door een natuurlijke persoon die met zijn arbeid het rendement verhoogt door de arbeid persoonlijk te verrichten. Het nettorendement neemt daardoor toe en vormt als het ware de beloning voor de arbeid. Dit laatste is naar zijn aard in mindere mate mogelijk bij een BV omdat de werknemers loon moet worden betaald. Uit de uitspraak blijkt niet dat met dit aspect rekening is gehouden. In hoeverre in deze casus de arbeid boven het normale uitstijgt en dat daardoor een hoger rendement kon worden verwacht, blijft op het punt van de omvang dus onduidelijk. Het hof hecht op het punt van de kwaliteit van de arbeid met name waarde aan de expertise en de ervaring van de werknemers, alsmede aan de goede relatie met de huurders, nu hij deze feiten mede als oorzaak noemt voor de lage leegstand en voor het ontbreken van huurachterstanden. De ervaring/expertise en de goede relatie met de huurders waren voor de rechtbank nog onvoldoende om tot een onderneming te komen. Volgens de rechtbank was daarmee namelijk onvoldoende aannemelijk gemaakt dat te verwachten was dat een hoger rendement zou

worden behaald dan bij normaal vermogensbeheer het geval zou zijn geweest. Het hof neemt de stelling van belanghebbende daarentegen voor waar aan, althans opgemerkt wordt dat de inspecteur het verband tussen de expertise, de ervaring en de goede relatie met de huurders en het te verwachten rendement onvoldoende heeft weersproken.

Het enkele feit dat de werknemers over expertise en ervaring beschikken, is naar mijn mening niet voldoende om tot het oordeel te komen dat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Althans, dit zou alleen voldoende zijn als de andere verhuurders deze expertise en ervaring niet hebben. Het is aan belanghebbende om aannemelijk te maken dat hij zich op dit punt inhoudelijk onderscheidt van andere verhuurders en ook om aannemelijk te maken dat daardoor een hoger rendement kan worden verwacht. Het laat zich overigens slecht denken dat andere verhuurders geen ervaring of expertise zullen hebben, behoudens dan degenen die zich sinds korte tijd en onvoorbereid op de markt begeven. Een goede relatie met de huurders acht ik evenmin voldoende, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat andere verhuurders een slechtere relatie met hun huurders hebben. Bovendien moet die goede band, of de slechte band, de reden zijn voor het hogere respectievelijk slechtere rendement. Overigens zou hier ook gesteld kunnen worden dat het normaal is dat met de huurders een goede band wordt onderhouden. Dat is niet alleen logisch vanuit de regels van fatsoen, maar ook omdat sprake is van een klant die voor het gebruik van de panden moet betalen. Zou niet iedere verhuurder van onroerende zaken, of hij nu belegger is of ondernemer, fatsoenlijk met zijn klanten om (moeten) gaan? Kan het hebben van een goede relatie met de huurders wel een onderscheidend criterium zijn voor het oordeel of al dan niet sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer of niet?

Ook de staatssecretaris van Financiën heeft moeite met de uitspraak van het hof gegeven het feit dat hij in eerste instantie cassatie had ingesteld. Dit beroep is echter ingetrokken omdat het oordeel van het hof sterk verweven is met waarderingen van feitelijke aard. Daartegen kan in cassatie niet met succes worden opgekomen, zelfs niet nu het hof niet expliciet concreteert waaruit precies de meerarbeid bestaat, de vermelde vaststaande feiten c.q. het proces-verbaal van de zitting hierover ook geen inzicht verschaffen, en evenmin duidelijk wordt in welke mate door die meerarbeid het behaalde rendement is behaald. Verder geeft de staatssecretaris nogmaals aan dat naar zijn mening als regel blijft gelden, dat bij verhuur van vastgoed niet snel sprake zal zijn van het drijven van een onderneming. De enkele omvang van een vastgoedportefeuille en de wijze van financieren en het beheer ervan heeft geen ondernemingsgewijze exploitatie in fiscale zin tot gevolg. Op belanghebbende rust

een (zware) bewijslast om aannemelijk te maken dat de arbeid naar zijn aard én omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit de onroerende zaken, welke voordelen het bij normaal vermogensbeheer opkomende (netto)rendement te boven gaan. Aan de beslissing van het Hof Den Haag mogen volgens de staatssecretaris dan ook geen algemene conclusies worden verbonden (Staatssecretaris van Financiën 28 maart 2014, nr. DGB 2014-1075, V-N 2014/19.17). Het hoeft geen betoog dat belanghebbenden daar anders over denken.

5. Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, nr. 13/000473, V-N 2014/19.18

Ook in de volgende casus oordeelden het hof en de rechtbank in tegengestelde zin. In die casus werd een aandeel geschonken in een BV die zich niet alleen bezighield met verhuur van onroerende zaken, maar in ieder geval vanaf 2011 ook met projectontwikkeling. Rechtbank Oost-Nederland 5 maart 2013, nr. AWB 12/1097 oordeelde dat geen sprake was van een onderneming, waar Hof Arnhem-Leeuwarden daartoe wel concludeert. Blijkens de feiten omschrijft belanghebbende de activiteiten van de BV als volgt:

“De vastgoedportefeuille van [E] B.V. bestaat uit circa 20 tot 25 onroerende zaken in de verhuur, welke onroerende zaken deels zijn gefinancierd met geleend geld, (...).

De exploitatie van een dergelijk omvangrijke vastgoedportefeuille brengt de nodige werkzaamheden met zich mee, zoals aan- en verkoop van vastgoed, bouwprojecten realiseren, marktonderzoek plegen naar goede huurmarkten, onderhandelingen met huurders over o.a. de huurprijzen en andere condities, inspecties bij huurders, regelen van verbouwingen/onderhoud, regelen van (her) financieringen, verzorgen van huurcontracten, innen van de huur, de administratie, enzovoorts.

Daarbij is de heer [X] namens [E] B.V. continu bezig zich te oriënteren op mogelijke nieuwe projecten. Is het geen ontwikkeling van nieuwbouw dan is het wel met verbouw of het uitbreiden van de verhuurportefeuille. (...)

In 2011 hebben er echter meerdere noemenswaardige projecten (marktonderzoek, opstarten dan wel realisering) plaatsgevonden, namelijk:

- de verbouwing van een notariskantoor tot een ziekenhuis (...);
 - de aan- en verkoop van [a-straat] 8 te [Z] (...);
 - de aankoop en opstart van de aanzienlijke verbouwing van [b-straat] 12 te [Z] samen met een aannemer (...);
 - opstart marktonderzoek en oriënterende gesprekken omtrent de eventuele aankoop van [b-straat] 21 te [Z] (...) en
 - het vinden van potentiële kopers voor de nog leegstaande units van het bedrijfsverzamelgebouw op ‘[I]’(...)
- Volgens het hof vormt de projectontwikkeling een

onderneming, mede omdat de ontwikkeling van het vastgoed deels in eigen beheer plaatsvond en de werknemer van de BV als bouwopzichter optrad. Het hof trekt echter ook de verhuur van de onroerende zaken bij de onderneming. Wellicht dat ook verdedigd kan worden dat sprake is van twee soorten activiteiten en dat de ene activiteit (de projectontwikkeling) wel een onderneming vormt en de andere (de verhuur) niet. Mogelijk dat de verhuurde onroerende zaken dan toch als ondernemingsvermogen aangemerkt zouden kunnen worden. Dit doet zich voor als feitelijk die verhuurde onroerende zaken nodig zijn om de projectontwikkeling mogelijk te maken, bijvoorbeeld omdat zij als zekerheid dienen. Het hof gaat hier verder niet op in.

Ik kan mij in ieder geval vinden in het oordeel van het hof dat de projectontwikkeling een ondernemingsactiviteit vormt. Aangezien sprake is van een schenking komt hierbij overigens wel de vraag op of wel wordt voldaan aan de bezitstermijn van vijf jaar nu de ontwikkeling eerst in 2011 haar aanvang lijkt te hebben genomen. Ook kan de voortzettingseis een probleem worden indien de onroerende zaken na de ontwikkeling verhuurd gaan worden. Immers, dan moet ten aanzien van die verhuur sec worden beoordeeld of die leidt tot een onderneming.

6. Conclusie

Of verhuur van onroerende zaken leidt tot een onderneming is sterk afhankelijk van de feiten. De rechtsregel is op zich helder, maar welke feiten nou wel of niet onderscheidend zijn, wordt niet echt duidelijk. Een duidelijke lijn valt dan ook niet in de jurisprudentie te ontdekken. Dat is wellicht ook niet zo vreemd als wordt bedacht dat helemaal niet duidelijk is wat eigenlijk onder normaal beheer van onroerende zaken moet worden verstaan. Bovendien zal de belanghebbende de feiten kleuren afhankelijk van het resultaat dat hij voor ogen heeft. Als een hoog te verwachten rendement nodig is, zal de expertise en de ervaring van de goede werknemers en de goede relatie worden benadrukt. Wil belanghebbende daarentegen in box 3 worden belast, zullen dezelfde werknemers over normale ervaring en expertise beschikken en zal ook de relatie met de huurders gewoon zijn. Dat geeft ook niet; dat is het spel en dat hoort erbij.

Mw. mr. dr. M.J. Hoogeveen

Universitair docent aan het Fiscaal Instituut Tilburg van Tilburg University en werkzaam bij de Belastingdienst