

# ECLI:NL:HR:2021:955

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	18-06-2021
Datum publicatie	18-06-2021
Zaaknummer	20/01489
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2020:1205
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Erfbelasting; bedrijfsopvolgingsregeling (BOR); artikel 35b en artikel 35c Successiewet 1956; projectontwikkeling en verhuur van onroerende zaken; vermogensetikettering.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Viditax (FutD), 18-6-2021 FutD 2021-1887 met annotatie van Fiscaal up to Date NLF 2021/1333 FED 2021/106 met annotatie van H.F. van der Weerd-van Joolingen

## Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

BELASTINGKAMER

**Nummer** 20/01489

**Datum** 18 juni 2021

ARREST

in de zaak van

[X5] te [Z] (hierna: belanghebbende)

tegen

de STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN

op het beroep in cassatie tegen de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 12 maart 2020, nr. 18/00448, op het hoger beroep van belanghebbende tegen een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland (nr. HAA 16/3547) betreffende een aan belanghebbende opgelegde aanslag in de erfbelasting. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

## **1 Geding in cassatie**

Belanghebbende, vertegenwoordigd door J. Kastelein, heeft tegen de uitspraak van het Hof beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris, vertegenwoordigd door [P] , heeft een verweerschrift ingediend.

Namens partijen is de zaak toegelicht, voor belanghebbende door mr. O.C.R. Marres, advocaat te Amstelveen, voor de Staatssecretaris door mr. C.M. Bergman, advocaat te Den Haag.

De advocaat-generaal R.L.H. IJzerman heeft op 23 december 2020 geconcludeerd tot gegrondverklaring van het beroep in cassatie.<sup>1</sup>

Zowel belanghebbende als de Staatssecretaris hebben schriftelijk op de conclusie gereageerd.

## **2 Beoordeling van de middelen**

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- 2.1.1 In november 2012 is overleden [A] (hierna: erflaatster). Tot de nalatenschap behoorden onder meer 21,46 procent van de certificaten van aandelen in [C] B.V., 21,67 procent van de certificaten van aandelen in [E] B.V. en 25 procent van de aandelen in [D] B.V. (hierna: de vennootschappen). Belanghebbende is een van de erfgenamen.
- 2.1.2 De vennootschappen houden zich bezig met de ontwikkeling en met de verhuur van onroerende zaken.
- 2.2.1 Voor het Hof was in geschil of de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR) van artikel 35b Successiewet 1956 (hierna: SW) van toepassing is op de volledige waarde van de door belanghebbende uit de nalatenschap verkregen (certificaten van) aandelen in de vennootschappen, ook voor zover die waarde is toe te rekenen aan de verhuurde panden.
- 2.2.2 Het Hof heeft vooropgesteld dat voor de toepassing van de BOR sprake moet zijn van verkrijging van vermogen dat behoort tot een materiële onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001. Van het drijven van een onderneming is sprake bij aanwezigheid van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die is gericht op het deelnemen aan het maatschappelijk verkeer met het oogmerk winst te behalen. Bij de exploitatie van onroerende zaken geldt dat deze activiteiten slechts als het drijven van een onderneming kunnen worden aangemerkt indien de arbeid naar aard en omvang meer heeft omvat dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer en deze arbeid naar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat, aldus het Hof (hierna: de arbeid-plus-toets).
- 2.2.3 Het Hof heeft geoordeeld dat de activiteiten van de vennootschappen op het gebied van projectontwikkeling en op het gebied van verhuur niet een zodanige verwevenheid tonen

dat die activiteiten tezamen moeten worden gekwalificeerd als één onderneming. Het Hof heeft daarbij in aanmerking genomen dat de vennootschappen ook naar buiten toe die activiteiten als twee afzonderlijke kernactiviteiten presenteren en dat belanghebbende ter zitting heeft verklaard dat de onroerende zaken na ontwikkeling doorgaan naar de afdeling verhuur.

- 2.2.4 Voorts heeft het Hof geoordeeld dat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat de met betrekking tot de verhuur verrichte activiteiten meer omvatten dan normaal vermogensbeheer en evenmin dat daarbij wordt gestreefd naar een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer. Aan dat oordeel heeft het Hof onder meer ten grondslag gelegd dat de werkzaamheden van het 'key-personeel' van de vennootschappen vooral betrekking hadden op de projectontwikkelingsactiviteiten en dat uit de stukken niet blijkt naar welk rendement werd gestreefd. Het Hof heeft niet aannemelijk geacht dat het rendement van de vennootschappen niet voor een belangrijk deel is voortgekomen uit autonome waardeestijging van onroerende zaken in en rond [Z] en evenmin dat het jaarlijkse rendement van de verhuur significant hoger was dan het gemiddelde rendement voor grote vastgoedbeleggers met vergelijkbare onroerende zaken. De verhuuractiviteiten vormden geen materiële onderneming zodat de BOR niet van toepassing is op het daarmee gemoeide vermogen, aldus het Hof.
- 2.2.5 Het Hof heeft geoordeeld dat de BOR alleen van toepassing is op het vermogen dat is toe te rekenen aan de projectontwikkelingsactiviteiten. Het Hof heeft het aan die activiteiten toe te rekenen ondernemingsvermogen vastgesteld conform de berekeningen van de Inspecteur.
- 2.3.1 De middelen I en II richten zich tegen het hiervoor in 2.2.3 weergegeven oordeel van het Hof. Middel I betoogt dat het oordeel van het Hof dat de activiteiten van de vennootschappen niet één materiële onderneming vormen, onbegrijpelijk is. Middel II betoogt dat de projectontwikkelings- en verhuuractiviteiten ten onrechte strikt afzonderlijk zijn beoordeeld omdat twee soorten activiteiten wel degelijk tot één objectieve onderneming kunnen behoren. Bovendien is het Hof voorbij gegaan aan de juiste toepassing van de vermogensetikettering omdat, ook indien alleen de projectontwikkelingsactiviteiten een materiële onderneming zouden vormen, voor de etikettering van de panden als ondernemingsvermogen de wil van de vennootschappen moet worden gevolgd en niet die van de Inspecteur, aldus middel II.
- 2.3.2 De middelen III en IV richten zich tegen het hiervoor in 2.2.4 weergegeven oordeel van het Hof. Middel III betoogt dat het Hof bij de beoordeling van de arbeid-plus-toets ten onrechte voorbij is gegaan aan feiten en omstandigheden van na het overlijden. Middel IV betoogt dat het Hof de verrichte arbeid in onderlinge samenhang had moeten beoordelen en onvoldoende rekening heeft gehouden met de door de vennootschappen zelf, of onder hun toezicht verrichte arbeid. Daarnaast heeft het Hof door de vergelijking met grote vastgoedbeleggers een onjuiste maatstaf aangelegd, aldus het middel.
- 2.3.3 Middel V houdt in dat het voor de BOR in aanmerking genomen ondernemingsvermogen te laag is, omdat panden waarvan de huurders zijn uitgekocht moeten worden gekwalificeerd als ondernemingsvermogen.
- 2.4.1 De middelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.
- 2.4.2 Voor zover de middelen zich richten tegen het oordeel van het Hof dat de verhuuractiviteiten van de vennootschappen geen (onderdeel van een) materiële onderneming zijn, falen zij. Het Hof is uitgegaan van een juiste vooropstelling omtrent het begrip onderneming in artikel 35c, lid 3, SW en heeft terecht, nadat het had geoordeeld dat de projectontwikkelings- en verhuuractiviteiten tezamen niet één onderneming vormen, onderzocht of de verhuuractiviteiten op zichzelf bezien wél een onderneming vormen<sup>2</sup>. Ook anderszins geeft het oordeel van het Hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het berust voor het overige op de aan het Hof voorbehouden waardering van de feiten, is voldoende gemotiveerd en niet onbegrijpelijk.
- 2.4.3 Voor zover de middelen zich richten tegen de berekening van het voor de BOR in aanmerking te nemen ondernemingsvermogen van de vennootschappen, worden zij terecht voorgesteld.

Belanghebbende betwist in het beroepschrift bij het Hof de door de Inspecteur toegepaste kwalificatie van een aantal panden. Het Hof heeft echter de door de Inspecteur toegepaste kwalificatie gevolgd zonder zich uit te spreken over het hierover bestaande geschil. In zoverre is het oordeel van het Hof daarom onvoldoende gemotiveerd.

2.4.4 De overige klachten van de middelen kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie).

2.4.5 Uit hetgeen in 2.4.3 is overwogen volgt dat de uitspraak van het Hof niet in stand kan blijven. Verwijzing moet volgen voor een nader onderzoek naar de vraag welke panden in redelijkheid kunnen worden toegerekend aan de projectontwikkelingsactiviteiten.

### **3 Proceskosten**

De Staatssecretaris zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat de zaken met nummers 20/01485, 20/01486, 20/01487, 20/01488 en 20/01489 samenhangen in de zin van het Besluit proceskosten bestuursrecht.

### **4 Beslissing**

De Hoge Raad:

- verklaart het beroep in cassatie gegrond,
- vernietigt de uitspraak van het Hof, behalve de beslissingen omtrent het griffierecht en de proceskosten,
- verwijst het geding naar het Gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing van de zaak met inachtneming van dit arrest,
- draagt de Staatssecretaris van Financiën op aan belanghebbende te vergoeden het griffierecht dat belanghebbende voor de behandeling van het beroep in cassatie heeft betaald van € 131, en
- veroordeelt de Staatssecretaris van Financiën in de kosten van belanghebbende voor het geding in cassatie, vastgesteld op een vijfde van € 5.407 is € 1.081,40 voor beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Dit arrest is gewezen door de vice-president R.J. Koopman als voorzitter, en de raadsheren M.A. Fierstra, J. Wortel, A.F.M.Q. Beukers-van Dooren en P.A.G.M. Cools, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier F. Treuren, en in het openbaar uitgesproken op 18 juni 2021.

---

<sup>1</sup> ECLI:NL:PHR:2020:1205.

<sup>2</sup> Vgl. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:396, rechtsoverweging 2.3.1.

---