

ECLI:NL:GHDHA:2017:2429

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	19-07-2017
Datum publicatie	25-08-2017
Zaaknummer	BK-16/00373
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBDHA:2016:9308 , (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	In geschil is of de certificaten van aandelen in [A] B.V. ondernemingsvermogen vertegenwoordigen en zich kwalificeren voor de toepassing van de BOR zoals bedoeld in hoofdstuk IIIA van de Successiewet 1956.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl FutD 2017-2109 met annotatie van Fiscaal up to Date Viditax (FutD), 23-08-2017

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Team Belastingrecht
meervoudige kamer
nummer BK-16/00373

Uitspraak van 19 juli 2017

in het geding tussen:

[X] te [Z] , belanghebbende,

en

de inspecteur van de Belastingdienst Rotterdam, de Inspecteur,

op het hoger beroep van belanghebbende tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 15 juli 2016, nummer SGR 15/5875, betreffende de onder 1.1 vermelde aanslag en beschikking.

Procesverloop

- 1.1. Belanghebbende is met dagtekening 14 oktober 2014 een aanslag in de schenkbelasting opgelegd, naar een belaste verkrijging van € 278.506 en een bedrag aan te betalen schenkbelasting van € 43.979.
- 1.2. Bij uitspraak op bezwaar heeft de Inspecteur de aanslag met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit verminderd naar een belaste verkrijging € 219.736 en een bedrag aan te betalen schenkbelasting van € 32.225.
- 1.3. Van de uitspraak op bezwaar heeft belanghebbende beroep ingesteld bij de Rechtbank. De griffier van de Rechtbank heeft van belanghebbende € 45 aan griffierecht geheven.
- 1.4. De Rechtbank heeft het beroep ongegrond verklaard.
- 1.5. Belanghebbende heeft van de uitspraak van de Rechtbank in hoger beroep ingesteld bij het Hof. De griffier van het Hof heeft van belanghebbende € 124 aan griffierecht geheven.
- 1.6. De Inspecteur heeft een verweerschrift ingediend. Vervolgens heeft belanghebbende een conclusie van repliek ingediend, gevolgd door een conclusie van dupliek van de Inspecteur.
- 1.7. De mondelinge behandeling van de zaak heeft plaatsgehad ter zitting van het Hof van 13 april 2017. Partijen zijn verschenen. Van het verhandelde ter zitting is een proces-verbaal opgemaakt.

Feiten

Met inachtneming van de vaststelling door de Rechtbank gaat het Hof uit van de volgende feiten:

- 2.1. Op 5 februari 1982 is de besloten vennootschap [A] B.V. opgericht door de heer en mevrouw [Y] te [B] . Op 29 april 1997 zijn de aandelen [A] B.V. gecertificeerd. Daartoe is de Stichting [A] opgericht.
- 2.2. Mevrouw [Y] houdt één certificaat van een gewoon aandeel en de heer [C] houdt 49 certificaten van gewone aandelen, alsmede alle 350 certificaten van preferente aandelen. De preferente aandelen zijn reeds uitgegeven bij de oprichting van [A] B.V. op 5 februari 1982.
- 2.3. De activiteiten van [A] B.V. en haar directe en indirecte deelnemingen (hierna tezamen: [D]) bestaan uit (i) projectontwikkeling, (ii) bouw, verbouw en afbouw van vastgoed (bouwactiviteiten) en verhuur van vastgoed in de categorieën (iii) business centers, (iv) bedrijfsverzamelgebouwen en (v) standalone-units.
- 2.4. Tot de vastgoedportefeuille van [D] behoren onder meer de onroerende zaken [E] , [F] en [G] , allen te [H] . Deze onroerende zaken zijn gedurende de periode 2012-2014 gebouwd.
- 2.5. [A] B.V. houdt 100 percent van de aandelen in [I] B.V.
- 2.6. [I] B.V. houdt 100 percent van de aandelen in [J] B.V., [K] B.V. en [L] B.V.
- 2.7. Vanaf 21 september 2005 houdt [L] B.V. 33,33 percent van de aandelen in [M] .

- 2.8. Vanaf 27 december 2005 houdt [L] B.V. 40 percent van de aandelen in [N] B.V.
- 2.9. [N] B.V. houdt 15,76 percent van de aandelen in [O] B.V.
- 2.10. [O] B.V. heeft een deelgerechtigdheid van 52 percent in de commanditaire vennootschap [P] C.V.
- 2.11. Op 12 juni 2014 is door [Y] één certificaat van een gewoon aandeel in [A] B.V. ter waarde van € 283.735 geschonken aan belanghebbende (hierna: de schenking).
- 2.12. Op 16 juni 2014 is van de schenking aangifte schenkbelasting gedaan. Daarbij is verzocht om toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR), zoals bedoeld in hoofdstuk IIIA van de Successiewet 1956.
- 2.13. De Inspecteur heeft de toepassing van de BOR afgewezen en is bij het vaststellen van de aanslag uitgegaan van een belaste verkrijging van € 278.506 (= € 283.735 -/- € 5.229 algemene vrijstelling). De aanslag is opgelegd naar een bedrag aan te betalen schenkbelasting van € 43.979.
- 2.14. Bij de uitspraak op bezwaar heeft de Inspecteur zich op het standpunt gesteld dat de BOR van toepassing is voor zover de schenking is toe te rekenen aan vermogensbestanddelen die ten dienste staan aan de (i) projectontwikkeling en de (ii) bouwactiviteiten, waaronder de onroerende zaken [E] , [F] en [G] te [H] . Met betrekking tot de vermogensbestanddelen die dienstbaar zijn aan de verhuuractiviteiten ((iii) business centers, (iv) bedrijfsverzamelgebouwen en (v) standalone-units) is de BOR volgens de Inspecteur niet van toepassing. Voorts neemt de Inspecteur het standpunt in dat de BOR niet van toepassing is op de participatie in [P] C.V. en evenmin op de vermogensbestanddelen inventaris, vervoermiddelen en vorderingen.
- 2.15. De Inspecteur heeft de belaste verkrijging na bezwaar bepaald op € 219.736 (= € 299.209 -/- € 5.229 algemene vrijstelling -/- € 74.244 BOR), met als gevolg een verlaging van de aanslag tot een bedrag aan te betalen schenkbelasting van € 32.225.
- 2.16. [D] heeft zeven werknemers actief. De heer [C] , zijn drie kinderen (de twee zonen [Q] en [R] en dochter [S]) zijn geschoold en ervaren. De zonen, waaronder belanghebbende, waren op het moment van de schenking meer dan 36 maanden werkzaam binnen de onderneming en de dochter was op 1 januari 2015 ook 36 maanden werkzaam. Verder completeren de echtgenotes van de beide zonen (alsmede één niet tot de familie behorende werknemer ([T]) het personeelsbestand naar in totaal 5.3 voltijdseenheden.
- 2.17. Tot de gedingstukken behoort een overzicht van de zeven werknemers van [D] en hun inzet:

Operationele directie: [Q] en [R]	Backoffice en administratie: [C] , [T] , [U] , [S] en [V]
[Q] : Algemeen Technisch	algemene zaken automatisering en bedrijfsprocessen onderhoudsplanning gebouwen coördinatie verbouwingen plan- en projectontwikkeling selecteren en contacten onderhouden met vaste partners tweedelijns klachtoplossing tweedelijns debiteurenbeheer controle inkoopnota's

	telefonie en internet
[R] : Commercieel Communicatie	verhuur opstellen huurovereenkomsten contacten onderhouden met huurders alle operationele zaken met betrekking tot de Business Centers tweedelijns klacht oplossing tweedelijns debiteurenbeheer controle inkoopnota's reclame (online en offline) markering huisstijl netwerken, vertegenwoordigen bedrijf naar buiten
[C] : Financieel	Financiële zaken eerste aanspreekpunt accountant eerste aanspreekpunt bank voorbereiden jaarrekening aanspraakpunt administratieve vragen cashflow- en liquiditeitsbeheer
[U] : Administratief	administratie betalingen opmaken afrekeningen jaarlijkse servicekosten
[T] , [S] , [V] : Ondersteuning	secretaresse werkzaamheden gastvrouw telefoniste (soms ook voor huurders) beheer e-mail digitaliseren alle binnenkomende post in- en uitgaande post (soms ook voor huurders) eerstelijns klacht opvang eerstelijns debiteurenbeheer beheer huurdersbestand in Accountview opmaak overeenkomsten maandfacturatie administratieve ondersteuning bijvoorbeeld boeken inkopen en helpen bij het opmaken van de jaarlijkse servicekosten afrekeningen.

2.18. In de periode 2008 tot en met 2014 hebben vastgoedinvesteringen plaatsgevonden; er zijn negen objecten aangekocht (€ 7.750.000) en zes objecten verkocht (€ 6.635.000). Eén nieuwbouwproject is gerealiseerd, een bedrijfsverzamelgebouw te [H] met tien bedrijfsruimten en kantoren, dat onder toezicht en waarneming van [D] casco door de aannemer is opgeleverd (€ 750.000) en in eigen beheer is afgebouwd en ingericht (€ 500.000). Verder zijn zestien objecten verbouwd (€ 2.370.000) om deze geschikt te maken voor andere activiteiten, zoals het ombouwen van fabriekshal tot bouwmarkt, het opsplitsen in kantoorruimten, of een eigentijds aanzien geven aan objecten. Voorts hebben aan buitenterreinen van zeven objecten renovatiewerkzaamheden plaatsgevonden (straatwerk, parkeergelegenheid creëren, groenvoorzieningen realiseren, etc.) (€ 95.500). Ten slotte heeft [D] in 2016 een aannemer opdracht gegeven tot nieuwbouw van twee gecombineerde kantoor-bedrijfspanen in [B] , waarvoor de ondergrond reeds in eigendom van [D] was (€ 800.000).

2.19. [D] exploiteert en regisseert drie Business Centers met capaciteit voor 51 huurders onder de totaalconceptformule met hoge servicegraad van gemeubileerde kantoorunits en flexibele werkplekken tegen vaste maandelijkse bedragen en maandelijks opzegbare huurcontracten. Daarnaast zijn faciliteiten beschikbaar als vergaderkamers, telefonische service,

kantoorapparatuur, receptionist en postdoorzendfaciliteit. De verhuureenheden zijn voorzien van nieuw projecttapijt, ledverlichting en nieuw kantoormeubilair. De algemene ruimten en vergaderkamers zijn gerestyled, evenals de buitenzijden van objecten.

- 2.20. [D] exploiteert negen bedrijfsverzamelgebouwen met capaciteit voor 44 huurders. In de bedrijfsverzamelgebouwen kan een unit worden gehuurd al dan niet in combinatie met beheer en onderhoud van algemene ruimtes. Recent is een nieuw bedrijfsverzamelgebouw aangekocht in [W] waarin na verbouwing nog eens zes tot acht verschillende bedrijven kunnen worden gehuisvest.
- 2.21. [D] exploiteert zeven 'stand alone'-objecten, objecten die casco worden verhuurd zonder bijkomende diensten, behalve onderhoud aan de buitenzijde en het erbij behorende terrein dan wel aanpassingen op verzoek van de nieuwe huurder.
- 2.22. [D] regelt al het noodzakelijke onderhoud in eigen beheer, met, zoals in de branche gebruikelijk, inzet onder eigen regie van gespecialiseerde lokale bedrijven in geval van urgente problemen. Andere technische problemen worden door [Q] en [R] persoonlijk opgelost.
- 2.23. [D] verricht actief promotie ten behoeve van verkoop en verhuur van panden behorende tot de vastgoedportefeuille onder meer via de websites [... 1] en [... 1] De marketing strekt overigens verder in het ontwikkelen van reclameborden en billboards bij te koop of te huur staande panden of panden in aan- of verbouw. Voor te koop of te huur staande panden worden brochures ontwikkeld en in zakelijke periodieken geadverteerd.
- 2.25. Met de [M] B.V. en de [N] B.V. bezit [A] voor respectievelijk 33,33 percent en 40 percent deelnemingen waarmee vastgoed in en buiten stadscentra wordt ontwikkeld, gebouwd en verkocht of verhuurd.

De Rechtbank

3. De Rechtbank heeft overwogen:

"(...)

12. Een beroep op de BOR van artikel 35b kan alleen slagen als sprake is van een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, eerste lid, van de Successiewet 1956. Dit artikellid luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

"1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder de verkrijging van ondernemingsvermogen verstaan de verkrijging van:

a. een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001, of een gedeelte daarvan; (...)

c. vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3, met uitzondering van artikel 4.10, van de Wet inkomstenbelasting 2001, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft als bedoeld in onderdeel a, (...), en waarbij slechts als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt de waarde van deze vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan:

1°. bedoelde onderneming (...), en

2°. het beleggingsvermogen van dat lichaam tot maximaal 5 percent van de ingevolge onder 1°

toegerekende waarde;”

13. Van een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001 is sprake bij aanwezigheid van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, die is gericht op het deelnemen aan het economische verkeer met het oogmerk om winst te behalen, en die winst ook redelijkerwijs kan worden verwacht. Dit moet worden onderscheiden van normaal actief vermogensbeheer dat bijvoorbeeld kan bestaan uit de verhuur van onroerende zaken. Daarvan is geen sprake indien het rendabel maken mede geschiedt door middel van arbeid die naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft het behalen van redelijkerwijs te verwachten voordelen die het rendement bij normaal actief vermogensbeheer te boven gaan (zie HR 7 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9757, BNB 1981/299, HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731 en HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481).

14. De rechtbank stelt voorop dat de bewijslast van het bestaan van een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001 op [belanghebbende] rust, aangezien [belanghebbende] aanspraak maakt op de BOR.

15. [Belanghebbende] stelt dat de vastgoedportefeuille rendabel wordt gemaakt door middel van arbeid die naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft het behalen van redelijkerwijs te verwachten voordelen die het rendement bij normaal actief vermogensbeheer te boven gaan. [Belanghebbende] voert aan dat [D] 7 werknemers heeft (6,1 fte) en actief bezig is met het vermarkten en verhuren van het vastgoed. Ter onderbouwing heeft [belanghebbende] loonstroken betreffende de maand april 2014 overgelegd.

16. Naar het oordeel van de rechtbank is [belanghebbende] niet in de op hem rustende bewijslast geslaagd. De rechtbank komt tot dit oordeel nu [belanghebbende] noch middels een urenregistratie noch met behulp van een logbestand of anderszins heeft kunnen onderbouwen in welke mate door werknemers van [D] verrichte arbeid is toe te rekenen aan de onroerende zaken in het algemeen en de verhuuractiviteiten in het bijzonder. Alsdan is niet inzichtelijk gemaakt in hoeverre arbeid is verricht die naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft het behalen van redelijkerwijs te verwachten voordelen die het rendement bij normaal actief vermogensbeheer te boven gaan.

17. [Belanghebbende] stelt voorts dat het door [de Inspecteur] gehanteerde onderscheid tussen enerzijds vastgoed dat dienstbaar is aan de projectontwikkeling/bouwactiviteiten en anderzijds vastgoed dat dienstbaar is aan de verhuuractiviteiten, niet gemaakt mag worden. Volgens [belanghebbende] dienen de bouwactiviteiten/projectontwikkeling in samenhang gezien te worden met de verhuuractiviteiten. De vastgoedportefeuille heeft uit het oogpunt van risicospreiding betrekking op zowel projectontwikkeling en bouwactiviteiten als op verhuuractiviteiten. Daarbij, aldus [belanghebbende], worden bij de verhuuractiviteiten gegenereerde opbrengsten aangewend voor de projectontwikkeling en bouwactiviteiten.

18. De rechtbank kan [belanghebbende] in deze stelling niet volgen. Met hetgeen [belanghebbende] heeft aangevoerd is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende aannemelijk geworden dat de verhuuractiviteiten van [D] samenhangen of verknoopt zijn met de door haar uitgevoerde projectontwikkeling en bouwactiviteiten.

Beroep op interne compensatie

19. Voor de toepassing van de BOR worden in artikel 35d van de Successiewet 1956 voorwaarden gesteld ten aanzien van de schenker. Het eerste lid van dit artikel luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

‘Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop rustende bepalingen wordt onder een (...) schenker verstaan een schenker die gedurende vijf jaar tot de schenking: (...)

c. aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende de in de aanhef bedoelde periode van (...) vijf jaren, de daar bedoelde onderneming dreef.'

20. [De Inspecteur] heeft ten aanzien van de onroerende zaken [E] , [F] en [G] een beroep gedaan op interne compensatie omdat niet voldaan wordt aan het in artikel 35d van de Successiewet neergelegde bezitsvereiste van een periode van vijf jaar.

21. De rechtbank honoreert het beroep op interne compensatie. Nu de onroerende zaken [E] , [F] en [G] pas in de periode 2012-2014 zijn gebouwd, zijn deze vermogensbestanddelen in de hier bestreden uitspraak op bezwaar voor toepassing van de BOR ten onrechte tot het ondernemingsvermogen van [D] gerekend. Dat vermogensbestanddelen van [N] CV dienen te worden toegerekend aan het ondernemingsvermogen van [D] resulteert dan ook niet in verlaging van de aanslag.

22. Gelet op het voorgaande dient het beroep ongegrond te worden verklaard.
(...)"

Geschil en standpunten

- 4.1. In geschil is of de certificaten van aandelen in [A] B.V. ondernemingsvermogen vertegenwoordigen en zich kwalificeren voor de toepassing van de BOR zoals bedoeld in hoofdstuk IIIA van de Successiewet 1956, welke vraag belanghebbende bevestigend en de Inspecteur ontkennend beantwoordt.
- 4.2. Niet in geschil is dat de BOR buiten toepassing blijft op vorderingen op aandeelhouders en familieleden in privé en dat de BOR wel van toepassing is op de activiteiten (i) projectontwikkeling en (ii) bouwactiviteiten.
- 4.3. Belanghebbende is van opvatting dat alle certificaten van aandelen in [A] B.V. vermogensbestanddelen vormen die bij schenker tot een aanmerkelijk belang behoren en dat daarnaast alle onroerende zaken alsmede inventaris, vervoermiddelen, en liquide middelen tot het ondernemingsvermogen van [A] B.V. behoren, waarmee is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de BOR.
- 4.4. De Inspecteur heeft de standpunten van belanghebbende gemotiveerd betwist.
- 4.5. Voor de gronden waarop partijen hun standpunten doen steunen verwijst het Hof naar de gedingstukken.
- 4.6. Belanghebbende concludeert tot gegrondverklaring van het hoger beroep en vermindering van de aanslag overeenkomstig de ingenomen standpunten.
- 4.7. De Inspecteur concludeert tot ongegrondverklaring van het hoger beroep.

Beoordeling

- 5.1. Met belanghebbende en anders dan de Rechtbank en de Inspecteur is het Hof van oordeel dat

[D] met haar gehele vastgoedportefeuille een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid omvat, gericht op duurzame deelname aan het economisch verkeer met het oogmerk rendement te realiseren en dat dat rendement ook redelijkerwijs is te verwachten. Het rendabel maken van de vastgoedportefeuille geschiedt naast de inzet van de productiefactor kapitaal, in het bijzonder door inzet van de productiefactor arbeid, welke naar aard en omvang onmiskenbaar tot doel heeft het duurzaam behalen van rendementen die bij normaal vermogensbeheer opkomende rendementen te boven gaan.

- 5.2. Op grond van de stukken van het geding en het verhandelde ter zitting stelt het Hof vast dat [D] zich in 2014 bezighoudt met bouw, afbouw en verbouw van vastgoed, exploitatie van vastgoed en met projectontwikkeling. De vastgoedportefeuille bestaat uit een diversiteit aan onroerende zaken, welke rendabel worden gemaakt via rangschikking in vijf categorieën: (i) projectontwikkeling, (ii) bouwactiviteiten, (iii) business centers, (iv) bedrijfsverzamelgebouwen en (v) standalone-units, onderlinge uitwisselbaarheid tussen deze categorieën en beweeglijkheid in functionaliteiten van vastgoed. Met 48 projecten, 18 panden en twee bouwkvavels is de vastgoedportefeuille anno 2014 van een aanzienlijke omvang en vertegenwoordigt deze een aanzienlijke waarde van ruim € 24 miljoen.
- 5.3. De onder (i) en (ii) genoemde activiteiten (projectontwikkeling en bouwactiviteiten), waarop de Inspecteur de BOR al toepasselijk heeft verklaard, vergen onweersproken 18 percent van de beschikbare arbeidscapaciteit van directie en staf; de onder (iii), (iv) en (v) genoemde activiteiten (verhuuractiviteiten) vergen 82 percent van de beschikbare arbeidscapaciteit van directie en staf. Het rendabel maken van het vastgoed geschiedt door middel van deze component arbeid, welke [D], de eigenaar van het vastgoed, zelf verricht. Deze arbeid heeft naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel het behalen van voordelen uit de onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan (BNB 1994/319) en bovendien metterdaad zijn gerealiseerd. [D] heeft in de periode 2011-2015 door middel van haar (iii) business centers, (iv) bedrijfsverzamelgebouwen en (v) standalone-units met respectievelijk (iii) 1,8% direct en indirect rendement, (iv) 4,5% rendement en (v) 13,9% rendement, afgezet tegen zowel door belanghebbende aangedragen, van IPD Nederlandse Vastgoedindex afkomstige sector- en subsectorspecifieke rendementscijfers, als door de Inspecteur aangedragen, eveneens van IPD Nederlandse Vastgoedindex afkomstige, algemene rendementscijfers, afzonderlijk en in onderling verband bezien, overtuigend hogere rendementen gerealiseerd. Door de specificatie van de aanwending van het 82%-deel van de productiefactor arbeid hoofdzakelijk bestaande uit (i) het zelf voeren van de regie over alle ontwikkelingen, (ii) het intensief, ook op de lange termijn gericht, relatiebeheer (de dienstverleningsconcepten ' [... 1]) en (iii) de deelname in de samenwerkingsverbanden heeft belanghebbende inzicht geboden in het bestaan van een directe band tussen de aanwending van de factor arbeid en het effect daarvan op het door [D] zelf nagestreefde en zelf gecreëerde hogere rendement en in de omstandigheid dat de productiefactor arbeid naar aard en omvang meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, met als doel het behalen van een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat.
- 5.4. De Inspecteur neemt het standpunt in dat het door belanghebbende berekende direct rendement van de vastgoedportefeuille van [D], doordat daarbij WOZ-waarden zijn gebruikt, te hoog zijn. Het Hof volgt de Inspecteur in zijn standpunt niet. De enkele omstandigheid dat belanghebbende de berekening van de rendementen op onder meer WOZ-waarden heeft gebaseerd is onvoldoende om op grond daarvan aan die berekening voorbij te gaan. De Inspecteur heeft zijn stelling dat het gebruik van WOZ-waarden leidt tot te hoog berekende rendementen onvoldoende met voor het Hof controleerbare gegevens onderbouwd. Overigens acht het Hof voor de toets of [D] redelijkerwijs kan verwachten in de toekomst een hoger dan normaal vermogensrendement te realiseren, naar een waardepeildatum in het verleden bepaalde (WOZ)waarden van onroerende zaken beperkt bruikbaar. De verwachting dat een meer dan normaal vermogensrendement zal worden behaald, hoeft nog niet te zijn neergeslagen in reeds behaalde resultaten.

- 5.5. Met betrekking tot de onroerende zaken [E] , [F] en [G] te [H] , behorende tot de besloten vennootschap [M] B.V. is voldaan aan de dubbele bezitseis (artikel 35d, eerste lid, onderdeel c, van de Successiewet 1956), zodat ook daarop de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is. De dubbele bezitseis geldt omdat ingeval van aanmerkelijk belang de aanmerkelijkbelanghouder niet de onderneming drijft, maar het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben. Vaststaat dat [D] vanaf 21 september 2005 de deelneming ter grootte van 33,33 percent van de aandelen in [M] B.V. bezit, zodat de schenker de aandelen minimaal vijf jaar heeft gehouden, waarmee is voldaan aan het eerste bezitsvereiste. Het Hof acht aannemelijk dat [D] de deelneming in 2005 heeft verworven met het oogmerk vastgoed te ontwikkelen, te bouwen en te vermarkten of te verhuren op de wijze waarop [D] dat in 2014 in het samenwerkingsverband van [M] B.V. nog steeds doet, zodat het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben ([M] B.V.), de onderneming (artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, van de Successiewet 1956), gedurende minimaal vijf jaar heeft gedreven, waarmee is voldaan aan het tweede bezitsvereiste. Ten tijde van de schenking maakten de onroerende zaken [E] , [F] en [G] als vastgoed in ontwikkeling en aanbouw deel uit van de onderneming van het lichaam [M] en voldeden tezamen met de andere activa en passiva in dat verband aan het (tweede) bezitsvereiste. Uit de gedingstukken komt niet naar voren dat het oogmerk heeft bestaan met deze onroerende zaken, al dan niet in ontwikkeling of aanbouw buiten het verband van de onderneming van [M] zelfstandig deel te nemen aan het economisch verkeer om met redelijke verwachting daaruit een duurzame opbrengst te verkrijgen. Het complex is geen zelfstandige onderneming en derhalve niet onderworpen aan de bezitseis. Interne compensatie is niet aan de orde.
- 5.6. Het vorenoverwogene brengt mee dat het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, dat voor elk van de vijf activiteitscategorïen op zichzelf bezien sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer. Het Hof neemt hierbij in aanmerking dat de heren [C] , [Q] en [R] jarenlange ervaring en expertise hebben ten aanzien van de werkzaamheden ten behoeve van elk van de categorieën van de vastgoedportefeuille. 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.
- 5.7. Dit alles leidt het Hof tot geen andere conclusie dan dat alle certificaten van aandelen in [A] B.V. ondernemingsvermogen vertegenwoordigen en zich kwalificeren voor de toepassing van de BOR. Het hoger beroep is gegrond, zodat moet worden beslist als volgt.

Proceskosten en griffierecht

- 6.1. Het Hof acht termen aanwezig de Inspecteur te veroordelen in de door belanghebbende gemaakte proceskosten. Het Hof stelt deze kosten, op de voet van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht in verbinding met het Besluit proceskosten bestuursrecht en de daarbij behorende bijlage, vast op € 3.833,25 (€ 3.341,25 wegens beroepsmatig verleende rechtsbijstand voor de Rechtbank en voor het Hof (4,5 punten à € 495 x 1,5 (gewicht van de zaak)) en € 492 wegens beroepsmatig verleende rechtsbijstand in de bezwaarfase (2 punten à € 246 x 1 (gewicht van de zaak))). Voor een hogere vergoeding acht het Hof geen termen aanwezig.
- 6.2. Voorts dient aan belanghebbende het voor de behandeling voor de rechtbank gestorte griffierecht van € 45, alsmede het voor de behandeling in hoger beroep gestorte griffierecht van € 124 te worden vergoed.

Beslissing

Het Gerechtshof:

- vernietigt de uitspraak van de rechtbank;
- vernietigt de uitspraak op bezwaar;
- vernietigt de aanslag;
- veroordeelt de Inspecteur in de proceskosten aan de zijde van belanghebbende, vastgesteld op € 3.833,25;
- gelast de Inspecteur belanghebbende een bedrag van € 169 aan griffierecht te vergoeden.

De uitspraak is vastgesteld door de mrs. W.M.G. Visser, B.F.A. van Huijgevoort en J.J.J. Engel in tegenwoordigheid van de griffier mr. Y. Postema - van der Koogh. De beslissing is op 19 juli 2017 in het openbaar uitgesproken.

aangetekend aan
partijen verzonden:

*Zowel de belanghebbende als het daartoe bevoegde bestuursorgaan kan **binnen zes weken** na de verzenddatum van deze uitspraak beroep in cassatie instellen bij de Hoge Raad der Nederlanden. Daarbij moet het volgende in acht worden genomen:*

- 1. Bij het beroepschrift wordt een kopie van deze uitspraak gevoegd.*
- 2. Het beroepschrift wordt ondertekend en bevat ten minste:*
 - - *de naam en het adres van de indiener;*
 - - *de dagtekening;*
 - - *de vermelding van de uitspraak waartegen het beroep in cassatie is gericht;*
 - - *de gronden van het beroep in cassatie.*

Het beroepschrift moet worden gezonden aan de Hoge Raad der Nederlanden (belastingkamer), Postbus 20303, 2500 EH Den Haag.

De partij die beroep in cassatie instelt is griffierecht verschuldigd en zal daarover bericht ontvangen van de griffier van de Hoge Raad. In het cassatieberoepschrift kan worden verzocht de wederpartij te veroordelen in de proceskosten.