

2015



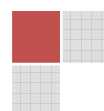
WOLFSBERGEN VAN HAARLEM
ACCOUNTANTS EN BELASTINGADVISEURS

De grens tussen de begrippen 'normaal vermogensbeheer' en 'meer dan normaal, actief vermogensbeheer'



Sandra van Stekelenburg

Studente Fiscaal Recht en Economie
aan de Hogeschool Rotterdam





De grens tussen de begrippen ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’

Een onderzoek naar de toetsingscriteria die doorlopen moeten worden om een vastgoedbelegging te kunnen kwalificeren

Sandra van Stekelenburg
Studente Fiscaal Recht en Economie aan de Hogeschool Rotterdam
In opdracht van Wolfsbergen Van Haarlem Accountants en Belastingadviseurs

Afstudeerbegeleidster: Mevrouw mr. A.M. du Burck
Bedrijfsbegeleider: De heer A. den Otter RB

Rotterdam, juni 2015

Voorwoord

Voor u ligt mijn afstudeerscriptie met als titel *De grens tussen de begrippen 'normaal vermogensbeheer' en 'meer dan normaal, actief vermogensbeheer'*. Deze afstudeerscriptie is geschreven ter afronding van mijn opleiding Fiscaal Recht en Economie aan de Hogeschool Rotterdam. De afstudeerstage heeft plaats gevonden bij Wolfsbergen Van Haarlem Accountants en Belastingadviseurs (hierna WVH) in Capelle aan den IJssel, waar ik tevens mijn derdejaarsstage succesvol heb afgerond.

Gedurende mijn werkzaamheden op de fiscale afdeling van WVH, ben ik in aanraking gekomen met diverse vraagstukken en aangiften die zien op vermogende particuliere beleggers. Veel van deze beleggingen zien op het houden van vastgoed. Bij beleggen in onroerend goed komt het vraagstuk naar voren of de vastgoedbelegging in box I of in box III thuishoort. Een belangrijk onderdeel bij dit vraagstuk zijn de bijbehorende toetsingscriteria. Ondanks het feit dat deze discussie zich in de jurisprudentie al jaren voordoet, blijft dit een vraagstuk dat tot de dag van vandaag nog steeds onduidelijk is. Dit 'grijze' gebied heeft mijn aandacht getrokken en dat is dan ook de reden dat ik mijn afstudeerscriptie aan dit onderwerp heb gewijd.

Het doen van mijn afstudeeronderzoek heb ik als zeer leerzaam ervaren. Niet alleen op het gebied van kennis over dit onderwerp, maar ook op het gebied van communicatie en de uitwerking van de resultaten. Dit heeft mij verder gebracht in de ontwikkeling naar volwaardig HBO-fiscalist.

Graag wil ik van de gelegenheid gebruik maken om de personen te bedanken die betrokken zijn geweest bij mijn afstudeerstage en -onderzoek. Allereerst mijn collega's van WVH, omdat ik met al mijn vragen bij hen terecht kon, wanneer dat nodig was. In het bijzonder wil ik de heer Ad den Otter RB bedanken voor zijn kritische blik en feedback op mijn uitwerkingen. Tevens wil ik de personen die ik mocht interviewen, bedanken voor hun tijd en waardevolle aanvulling van mijn onderzoek. Ook wil ik mevrouw mr. Annemarie du Burck, mijn scriptiebegeleider vanuit de Hogeschool Rotterdam, bedanken voor haar zeer nuttige aanvullingen en het geven van feedback op mijn teksten. Tot slot gaat mijn dankwoord uit naar mevrouw drs. Martha Lagendijk voor haar nuttige feedback op het gebied van managementvaardigheden en de Nederlandse taal.

Sandra van Stekelenburg
Rotterdam, juni 2015

Summary

This thesis is the result of my graduation research at Wolfsbergen Van Haarlem Accountants and Belastingadviseurs, located in Capelle aan den IJssel. The graduation research concerns the assessment criteria from the case law, which determine the classification of an investment property. An investment property can namely be attributed to box I or box III of the income tax. Box II of the income tax is regarded in this thesis. The different terms used to characterize the distinction are 'normal asset management' (box I) and 'more than normal, active asset management' (box III). The importance of this distinction is the difference in taxation.

Research question and methods

This thesis will answer the following research question: *"What assessment criteria should be completed to determine the boundary appropriately between the concepts 'normal asset management' and 'more than normal, active asset management' in the income tax?"*.

There are different methods used to answer this question. Through desk research I studied case law, various literature, legislation and parliamentary proceedings. I also used field research. Through interviews, I found out the interpretation of the respondents.

Content of the thesis

With the introduction of the Law of the Income Tax 2001, the system of boxes is introduced. The underlying thought of this system of boxes is still the source theory that is already known since the Law of the Income Tax 1914. The idea behind the introduction of the system of boxes is that the legislator wants to tax the various income categories differently. In box I is income taxed at progressive rates up to 52%, while in box III is only 1,2% tax due on the value of the assets on January 1st of the year. Also with the introduction of the Law of the Income Tax 2001, the legislator included the term 'more than normal, active asset management' in article 3.91 paragraph 1c. This article also includes three examples of when there is more than normal, active asset management. However, the case law shows that these examples do not in itself mean that there is income from other activities. The introduction of this article has caused much confusion because there is no clear definition of the term 'more than normal, active asset management'. This thesis provides a guideline with regard to the assessment criteria which are important for determining the difference between 'normal asset management' and 'more than normal, active asset management'.

Conclusion

The main assessment criteria which have a decisive importance in the case law on the classification of an investment property are:

- the nature and scope of the activities;
- the expected return and risk;
- the (prior) knowledge of the buyer.

If the work is aimed to gain an advantage, and this advantage is also achieved, then the advantage is taxed as income from other activities (box I). So there must be a causal connection between the obtained advantage and the work that is done. If the taxpayer has prior knowledge and therefore an advantage is gained through labor, the obtained advantage is also regarded as income from other activities. However, in each case there are different facts and circumstances. It is therefore difficult to draw a clear line, but with the current case law, this is becoming increasingly easier.

Lijst met gebruikte afkortingen

Art.	artikel
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BBBB	Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst
BBI	Besluit beleggingsinstellingen
BOF	bedrijfsopvolgingsfaciliteit
DGA	directeur-groootaandeelhouder
FBI	fiscale beleggingsinstelling
HR	Hoge Raad
IB	inkomstenbelasting
IW 1990	Invorderingswet 1990
Jo.	juncto
MKB	midden- en kleinbedrijf
MvT	memorie van toelichting
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR-B	NTFR Beschouwingen
RB	rechtbank
ROW	resultaat uit overige werkzaamheden
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet op de inkomstenbelasting 2001
Wet VB 1892	Wet op de vermogensbelasting 1892
Wet VB 1964	Wet op de vermogensbelasting 1964
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
WOZ	waardering onroerende zaken
WUO	winst uit onderneming

Inhoudsopgave

INLEIDING	8
1. METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING	12
1.1 ONDERZOEKSSTRATEGIEËN	12
1.2 BRONNEN EN ONDERZOEKSMETHODEN	12
1.3 VERANTWOORDING	13
2. VASTGOEDBELEGGINGEN IN DE INKOMSTENBELASTING	15
2.1 DRAAGKRACHT	15
2.2 BELASTBAAR RESULTAAT UIT OVERIGE WERKZAAMHEDEN	16
2.2.1 <i>Verrichten van arbeid</i>	17
2.2.2 <i>Deelname aan het economisch verkeer</i>	18
2.2.3 <i>Voordeel wordt beoogd en verwacht</i>	19
2.2.4 <i>Meer dan normaal, actief vermogensbeheer</i>	20
2.3 VASTGOED IN BOX III	21
2.4 DEELCONCLUSIE	22
3. ONTWIKKELING IN DE JURISPRUDENTIE	24
3.1 KWALIFICATIEMOMENTEN VOOR VASTGOED	24
3.1.1 <i>Fase van aankoop</i>	24
3.1.2 <i>Fase van exploitatie</i>	25
3.1.3 <i>Fase van verkoop</i>	26
3.2 INDELING IN DE JURISPRUDENTIE	26
3.2.1 <i>Aard en omvang van de activiteiten</i>	26
3.2.2 <i>Beoogd rendement en risico</i>	28
3.2.3 <i>Samenstelling en omvang van het vermogen</i>	29
3.2.4 <i>(Voor)kennis bij de koper</i>	29
3.2.5 <i>Algemeen bekende omstandigheden</i>	31
3.3 DEELCONCLUSIE	32
4. SFEEROVERGANG VAN EEN VASTGOEDBELEGGING	34
4.1 ARBITRAGEREGELING IN DE INKOMSTENBELASTING	34
4.2 SFEEROVERGANG VAN BOX III NAAR BOX I	35
4.3 SFEEROVERGANG VAN BOX I NAAR BOX III	36
4.4 ANDERE MOGELIJKHEDEN VAN EEN SFEEROVERGANG	37
4.5 CONSEQUENTIES VAN EEN SFEEROVERGANG	38
4.5.1 <i>Sfeerovergang van box III naar box I</i>	38
4.5.2 <i>Sfeerovergang van box I naar box III</i>	39
4.6 DEELCONCLUSIE	39
5. KWALIFICATIE VAN EEN VASTGOEDBELEGGING IN DE PRAKTIJK	41
5.1 KWALIFICATIE DOOR FISCALISTEN	41
5.1.1 <i>Probleem in de praktijk</i>	41
5.1.2 <i>Begrip 'meer dan normaal, actief vermogensbeheer'</i>	41
5.1.3 <i>Beoordeling in de praktijk</i>	43
5.1.4 <i>Zwaartepunt bij de kwalificatie</i>	43

5.1.5	<i>Duidelijke grens of andere mogelijke oplossing</i>	44
5.1.6	<i>Overige aandachtspunten</i>	45
5.2	KWALIFICATIE DOOR DE FISCUS	46
5.3	PLEITBAAR STANDPUNT	47
5.4	FISCALE BELEGGINGSINSTELLING	48
5.5	DEELCONCLUSIE	48
6.	CONCLUSIE	50
6.1	BEANTWOORDING VAN DE DEELVRAGEN	50
6.2	ALGEHELE CONCLUSIE EN AANBEVELING	53
	LITERATUURLIJST	55
	BIJLAGE A – INTERVIEW MET DE HEER DRS. M.J.A.M. VAN GIJLSWIJK	57
	BIJLAGE B – INTERVIEW MET DE HEER PROF. DR. T.M. BERKHOUT MRE MRICS	60
	BIJLAGE C – INTERVIEW MET DE HEER PROF. DR. J.P. BOER	63
	BIJLAGE D – INTERVIEW MET DE HEER A. DEN OTTER RB	66
	BIJLAGE E – INTERVIEW MET DE HEER A.H. ASHKIR MSC	69
	BIJLAGE F – INTERVIEW MET MEVROUW X	71
	BIJLAGE G – MEMO “BELEGGINGEN IN VASTGOED: ROW OF BOX III?”	74

Inleiding

In de inkomstenbelasting worden verschillende inkomsten in de heffing betrokken. Met de invoering van de Wet IB 2001 wordt in de heffingsmethodiek gebruik gemaakt van een boxenstelsel. Tot de dag van vandaag zijn deze boxen niet meer weg te denken uit de inkomstenbelasting. In de inkomstenbelasting kent iedere box een eigen inkomensbegrip, namelijk:

- box I: inkomen uit werk en woning;
- box II: inkomen uit aanmerkelijk belang;
- box III: inkomen uit sparen en beleggen.

Het onderzoek dat in deze scriptie wordt behandeld, is gespecificeerd op box I en box III. Inkomen uit normaal vermogensbeheer wordt toegerekend aan box III, terwijl inkomen uit meer dan normaal, actief vermogensbeheer wordt toegerekend aan box I. De vraag is echter waar de grens en dus de overgang ligt tussen deze begrippen.

Het belang van deze beleggingsbegrippen voor het systeem van de inkomstenbelasting moet worden gevonden in het feit dat de wetgever de draagkracht, die voortkomt uit de verschillende inkomenscategorieën, verschillend wil belasten. Zo kent box I een progressief heffingsstarief tussen 36,25% en 52%. Voor het vermogen in box III wordt een forfaitair rendement gesteld van 4%, dat belast wordt tegen een tarief van 30%. Effectief wordt dus 1,2% belasting geheven over het vermogen in box III. De tarieven van de boxen zijn erg verschillend en het is dan ook noodzakelijk om de functie van het beleggingsbegrip voor ieder van deze boxen, box I en box III, afzonderlijk te bepalen.

Voor de toepassing van de bron 'overige werkzaamheden' dient te worden onderzocht in welke gevallen de grens van het normale vermogensbeheer wordt overschreden. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat er sprake van resultaat uit overige werkzaamheden is als de werkzaamheden naar hun aard en omvang onmiskenbaar zijn gericht op het behalen van (redelijkerwijs te verwachten) voordelen, die bij het normaal vermogensbeheer te verwachten rendement te buiten gaan.

In artikel 3.91 lid 1 onderdeel c van de Wet IB 2001 staan drie voorbeelden genoemd van situaties waarin er sprake zou (kunnen) zijn van resultaat uit overige werkzaamheden. De voorbeelden zijn:

- het uitponden van onroerende zaken;
- het door de belastingplichtige in belangrijke mate (>30%) zelf verrichten van groot onderhoud aan een zaak;
- het aanwenden van bijzondere vormen van kennis.

Door het bovenstaande te lezen zou ervan uitgegaan kunnen worden dat het uitponden van onroerende zaken in ieder geval als resultaat uit overige werkzaamheden zal worden aangemerkt. Dit is echter niet het geval. De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld beslist dat uitponden op zichzelf nog geen resultaat uit overige werkzaamheden oplevert.¹ Deze uitspraak heeft voor meer onduidelijkheid gezorgd bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging. Het is duidelijk dat de grens tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal, actief vermogensbeheer nog erg onduidelijk is. In de loop der tijd zijn er verschillende feiten en omstandigheden van belang geweest bij de uiteindelijke toerekening. De combinatie van deze feiten en omstandigheden is echter erg verschillend. Door de onduidelijkheid die is ontstaan in de Wet IB 2001 en in de jurisprudentie, weet een belastingplichtige niet wat hem te wachten staat wanneer hij gaat beleggen in vastgoed. Ook

¹ HR 9 oktober 2009 ECLI:NL:HR:2009:BI0481.

Van Dijk is van mening dat burgers mogen verwachten dat voor hen duidelijk is wat er verwacht wordt.²

Handelingsprobleem

Binnen het cliëntenbestand van W VH zijn er veel vastgoedbeleggers. Doordat het takenpakket van een stagiair erg breed en divers is, wordt regelmatig verwacht dat er vaktechnisch onderzoek wordt verricht op het gebied van een vastgoedbelegging. Tevens komt een aangifte van een particuliere vastgoedbelegger regelmatig aan de orde. De taak is dan om na te gaan of de vastgoedbelegging in box I of box III thuishoort. Er dient dus te worden bepaald of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal vermogensbeheer. De uitkomst van deze kwalificatie heeft tot gevolg dat de opbrengsten in de inkomstenbelasting worden belast in box I, als resultaat uit overige werkzaamheden, of dat de waarde van het vermogen wordt belast in box III. Voor ieder van hen is van belang om het resultaat of het vermogen juist toe te kennen in de aangifte inkomstenbelasting. Er is echter geen algemene regel in de wet die vertelt hoe de kwalificatie van de begrippen plaatsvindt. Hier is met name veel over te vinden in de jurisprudentie. Door het feit dat het nog onduidelijk is hoe de begrippen in de praktijk toegepast dienen te worden, komen onnodige discussies met de Belastingdienst. Door onderzoek te doen naar de begrippen 'normaal vermogensbeheer' en 'meer dan normaal vermogensbeheer' wordt hopelijk duidelijkheid gecreëerd voor de toepassing in de praktijk en zullen discussies achteraf met de Belastingdienst minder vaak voorkomen.

Ongewenste situatie

De ongewenste situatie die hieruit voortvloeit, is het feit dat belastingplichtigen door de onduidelijkheid in de wet en in de rechtspraak niet weten wat zij kunnen verwachten en wat er van hen wordt verwacht. Ook in de praktijk is het voor W VH lastig om een vastgoedbelegging aan de juiste box toe te rekenen of om cliënten die willen beleggen in vastgoed, te adviseren. Deze onduidelijkheid kan ervoor zorgen dat een vastgoedbelegging onbewust aan een verkeerde box wordt toegerekend en dat er als gevolg daarvan onnodige discussies met de Belastingdienst ontstaan. Een onjuiste toerekening van de vastgoedbelegging van een belastingplichtige zal leiden tot een andere heffing dan de cliënt verwacht had of beoogde. Indien de vastgoedbelegging als meer dan normaal, actief vermogensbeheer wordt gekwalificeerd, zal de heffing over het resultaat in box I plaatsvinden tegen het progressieve tarief, in tegenstelling tot de heffing in box III van 1,2%. Een ander ongewenst effect dat hieruit voortvloeit, is dus dat het voor een particuliere vastgoedbelegger niet meer rendabel is om vermogen te bezitten en bijvoorbeeld te verhuren.

Centrale vraag en deelvragen

Door onderzoek te doen naar de toetsingscriteria die gebruikt worden bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging, wordt duidelijkheid gecreëerd voor de toepassing daarvan in de praktijk. De centrale vraag van deze afstudeerscriptie is als volgt geformuleerd:

“Welke toetsingscriteria moeten doorlopen worden om de grens tussen de begrippen ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ in de inkomstenbelasting op adequate wijze te kunnen bepalen bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging?”

Om de centrale vraag te beantwoorden, zijn er deelvragen opgesteld. Door deze deelvragen te beantwoorden, kan uiteindelijk antwoord worden gegeven op de centrale vraag. De deelvragen luiden als volgt:

² J.E.A.M. van Dijk, 'Onduidelijke wettelijke begrippen', *WFR* 2006/1129.

1. Wat is de achtergrond en de strekking van de bepaling in de Wet IB 2001 ten aanzien van resultaat uit overige werkzaamheden met betrekking tot het houden van vastgoed?
2. Welke ontwikkeling in de jurisprudentie is er met betrekking tot de toetsingscriteria van vastgoedbeleggingen, bij de bepaling of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal, actief vermogensbeheer?
3. Wat zijn de consequenties van een sfeerovergang van normaal vermogensbeheer naar meer dan normaal, actief vermogensbeheer en omgekeerd?
4. Op welke manier wordt een vastgoedbelegging gekwalificeerd in de praktijk door zowel fiscalisten, als de fiscus?

Doelstelling

Het interne doel van het onderzoek is om adviserende en deels voorschrijvende kennis op te leveren aan de opdrachtgever. Dit gebeurt aan de hand van het beantwoorden van de hoofdvraag. Het externe doel van het onderzoek is om de opdrachtgever te helpen en de kennis te gebruiken in de praktijk. De uitkomsten van het onderzoek zullen ervoor zorgen dat de medewerkers van WVH het onderscheid tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal, actief vermogensbeheer kunnen maken aan de hand van toetsingscriteria. Deze kennis zullen zij dan ook toepassen in de aangiften inkomstenbelasting. Tevens zal deze kennis gebruikt worden in de adviezen die WVH geeft aan haar cliënten als het gaat om vastgoedbeheer. Vooraf kunnen fiscale gevolgen en risico's juist worden overgebracht naar de cliënt. Uiteindelijk zullen onnodige discussies met de Belastingdienst achterwege blijven.

Afbakening

Als kennisgebied wordt de Wet inkomstenbelasting 2001 aangehouden. De begrippen komen ook in andere wetten voor, maar deze zullen niet in de scriptie worden behandeld. De andere wetten zijn namelijk niet relevant voor het onderzoek dat wordt uitgevoerd voor WVH. Tevens zal er enkel worden geschreven over de situaties waarin er sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden of box III vermogen. Box I kent namelijk het beleggingsbegrip waarvan het resultaat uit de belegging kan kwalificeren als winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheden. Er is besloten om niet te behandelen wanneer het beleggingsbegrip kwalificeert als winst uit onderneming. Een collega heeft hier namelijk reeds onderzoek naar gedaan. De categorie 'winst uit onderneming' zal echter wel kort worden toegelicht, aangezien de inkomenscategorieën op een specifieke manier zijn gekozen door de wetgever. Tot slot kunnen beleggingen in verschillende vormen als resultaat uit overige werkzaamheden worden aangemerkt in box I. Het komt echter steeds vaker voor dat een particulier besluit om in vastgoed te beleggen. Dit gebeurt al vanaf de aanschaf van een vakantiewoning of ander onroerend goed. Om deze reden is dan ook gekozen om specifiek in te gaan op de particuliere vastgoedbelegger als het gaat om normaal of meer dan normaal, actief vermogensbeheer.

Beroepsproduct

Een onderdeel van deze scriptie is het beroepsproduct. Dit beroepsproduct is het eindproduct voor de werkgever en draagt bij aan het fiscaal probleem om zodoende te komen tot een correct advies ten behoeve van de cliënt. Er is gekozen om het beroepsproduct in de vorm van een (advies)memo op te leveren. Allereerst wordt een korte inleiding gegeven op de toerekeningproblematiek en vervolgens worden de belangrijkste criteria/vragen opgenoemd. Tot slot kan aan de hand van een stroomschema, die twee pagina's beslaat, in grote lijnen bepaald worden hoe de vastgoedbelegging gekwalificeerd dient te worden. Het beroepsproduct is terug te vinden in bijlage G van deze scriptie. Een stroomschema is in de praktijk een erg handig hulpmiddel bij dergelijke kwalificaties. De (advies)memo zal dan ook worden opgenomen in de digitale kennisbank van WVH en kan door alle werknemers geraadpleegd worden. Tevens is in het fiscale vaktechnisch overleg het beroepsproduct reeds doorgelopen en toegelicht.

Leeswijzer

In figuur 1 is terug te vinden welke deelvraag in welk hoofdstuk behandeld zal worden.

Deelvragen:	Wordt behandeld in:
Wat is de achtergrond en de strekking van de bepaling in de Wet IB 2001 ten aanzien van resultaat uit overige werkzaamheden met betrekking tot het houden van vastgoed?	Hoofdstuk 2
Welke ontwikkeling in de jurisprudentie is er met betrekking tot de toetsingscriteria van vastgoedbeleggingen, bij de bepaling of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal, actief vermogensbeheer?	Hoofdstuk 3
Wat zijn de consequenties van een sfeerovergang van normaal vermogensbeheer naar meer dan normaal, actief vermogensbeheer en omgekeerd?	Hoofdstuk 4
Op welke manier wordt een vastgoedbelegging gekwalificeerd in de praktijk door zowel fiscalisten, als de fiscus?	Hoofdstuk 5

Figuur 1

Vooruitblik

In hoofdstuk 1 is de methodologische verantwoording terug te vinden. Hierin worden de gemaakte keuzes voor onderzoeksstrategieën, bronnen en onderzoeksmethoden verantwoord. Hoofdstuk 2 is de basis voor het onderzoek. In dit hoofdstuk wordt de geschiedenis van het ROW-regime uiteen gezet en wordt ook de vermogensrendementsheffing toegelicht. Daarbij wordt het belang tussen de verschillen in toerekening aan de hand van een voorbeeld verduidelijkt. Vervolgens zal in hoofdstuk 3 de ontwikkeling in de jurisprudentie met betrekking tot deze problematiek uitgebreid worden behandeld. Hoofdstuk 4 gaat in op de mogelijke sfeerovergangen. Een sfeerovergang van box III naar box I wordt toegelicht, maar ook een sfeerovergang van box I naar box III. De bijbehorende consequenties komen eveneens aan de orde. In hoofdstuk 5 wordt de interpretatie van de verschillende geïnterviewde respondenten behandeld. Aan de hand van interviews is een duidelijk beeld geschetst van de toetsingscriteria die volgens de verschillende respondenten een verzwarende factor zouden moeten hebben bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging. De verschillende uitkomsten uit de interviews worden in dit hoofdstuk uiteen gezet en vergeleken. Tot slot zal in hoofdstuk 6 de conclusie worden geformuleerd. De uitwerkingen van de deelvragen zullen tezamen een antwoord geven op de centrale vraag.

1. Methodologische verantwoording

In dit hoofdstuk staat de verantwoording voor de gekozen onderzoeksstrategieën, -methoden en bronnen centraal. Allereerst zullen de onderzoeksstrategieën worden benoemd, vervolgens zal worden ingegaan op de keuze en toepassing van de bronnen en de onderzoeksmethoden en tot slot komt de verantwoording voor de gemaakte keuzes aan de orde.

1.1 Onderzoeksstrategieën

Het afstudeeronderzoek dat in deze scriptie uiteen is gezet, betreft een praktijkgericht juridisch onderzoek³. Het doel van het onderzoek is namelijk om een directe bijdrage te leveren aan de oplossing van een handelingsprobleem in de vorm van kennis. Zoals in de inleiding reeds is vermeld, gaat het onderzoek in op verschillende toetsingscriteria die uit de jurisprudentie voortvloeien en die tevens het onderscheid maken tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal, actief vermogensbeheer. Om het onderscheid tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal, actief vermogensbeheer te kunnen maken, dienen de juridische rechtsregels correct toegepast te worden. De rangorderegeling van de Wet IB 2001 komt hier ook in terug. Het onderzoek is dus verankerd in een fiscaaljuridisch kader. Het afstudeeronderzoek kan gesplitst worden in twee elementen, namelijk een juridisch element en een praktisch element. Voor het juridisch element is onderzoek van het recht toegepast. Voor het praktische element is onderzoek van de praktijk toegepast.

Onderzoek van het recht

Het onderzoek van het belastingrecht is gedaan aan de hand van een combinatie tussen literatuur- en rechtsbronnenonderzoek door middel van deskresearch. Over het onderwerp is namelijk ontzettend veel geschreven en het is ook veelal terug te vinden in de jurisprudentie. Aan de hand van literatuur- en rechtsbronnenonderzoek is dus het theoretisch kader van het onderzoek opgesteld. De verkregen informatie is, alvorens het verwerkt is in deze scriptie, allereerst gecategoriseerd, gerangschikt op datum en vervolgens geanalyseerd en vergeleken.

Onderzoek van de praktijk

Het onderzoek van de fiscale praktijk is gedaan door middel van kwalitatief onderzoek. Bij kwalitatief onderzoek ligt de nadruk op het 'begrijpen' van een gebeurtenis of proces. Aangezien de wet geen duidelijkheid geeft over de grens tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal, actief vermogensbeheer, zal de gedachtegang van verschillende personen achterhaald en begrepen dienen te worden, om een uitspraak te kunnen doen over de interpretaties die leiden tot bepaalde keuzes en kwalificaties. Het kwalitatief onderzoek is gedaan aan de hand van een survey.

1.2 Bronnen en onderzoeksmethoden

Aan de hand van bronnen kan kennis worden verkregen. De gekozen bronnen zijn dus essentieel voor een goed en betrouwbaar onderzoek. Voor mijn afstudeeronderzoek heb ik gebruik gemaakt van verschillende rechtsbronnen, diverse literatuur en documenten. Onder documenten vallen bijvoorbeeld kamerstukken die online zijn geraadpleegd. Tevens heb ik verschillende personen benaderd om als bron te fungeren. Twee van deze personen zijn een autoriteit op het gebied van vastgoed.

³ G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, paragraaf 1.2.2.

Per bron is het mogelijk om een andere onderzoeksmethode toe te passen. Bij het onderzoek van het belastingrecht zijn drie verschillende bronnen gebruikt, namelijk rechtsbronnen, literatuur en documenten. Voor deze drie bronnen is als onderzoeksmethode de inhoudsanalyse gebruikt. Voor het onderzoek van de fiscale praktijk is gebruik gemaakt van interviews. De interviews zijn gehouden door middel van vooraf opgestelde vragen, maar met voldoende ruimte voor eigen inbreng. De gegevens van de respondenten bij wie de interviews zijn afgenomen, zijn terug te vinden in bijlage A tot en met G. In figuur 2 zijn de onderzoekstrategieën, bronnen en onderzoeksmethoden in een tabel weergegeven.

	Onderzoeksstrategie	Bronnen	Methoden
Onderzoek van het recht	Rechtsbronnen- en literatuuronderzoek	Rechtsbronnen Literatuur Documenten	 Inhoudsanalyse
Onderzoek van de praktijk	Survey	Personen	→ Interviews

Figuur 2

Ter aanvulling op figuur 2, is in figuur 3 per deelvraag terug te vinden welke bronnen zijn geraadpleegd.

Deelvraag:	Gebruikte bronnen:
Wat is de achtergrond en de strekking van de bepaling in de Wet IB 2001 ten aanzien van resultaat uit overige werkzaamheden met betrekking tot het houden van vastgoed?	Rechtsbronnen Literatuur Documenten/artikelen
Welke ontwikkeling in de jurisprudentie is er met betrekking tot de toetsingscriteria van vastgoedbeleggingen, bij de bepaling of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal, actief vermogensbeheer?	Rechtsbronnen Literatuur Documenten/artikelen
Wat zijn de consequenties van een sfeerovergang van normaal vermogensbeheer naar meer dan normaal, actief vermogensbeheer en omgekeerd?	Rechtsbronnen Literatuur Documenten/artikelen
Op welke manier wordt een vastgoedbelegging gekwalificeerd in de praktijk door zowel fiscalisten, als de fiscus?	Personen Documenten/artikelen

Figuur 3

1.3 Verantwoording

De keuze voor de verschillende onderzoeksstrategieën, bronnen en onderzoeksmethoden is gelegen in het feit dat het onderzoek effectief, efficiënt, betrouwbaar en valide dient te zijn.

Onderzoek van het belastingrecht

De onderzoeksstrategie voor het onderzoek van het belastingrecht is rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Deze strategie is gekozen, omdat deze het beste aansluit bij het praktijkgericht juridisch onderzoek. De strategie is dan ook het meest *effectief* voor dit soort onderzoeken. Aan de hand van de rechtsbronnen en de verschillende boeken en artikelen is het theoretisch kader geschetst. Rechtsbronnen zijn per definitie *betrouwbare* bronnen. Tevens zijn diverse boeken en publicaties van auteurs ook *betrouwbaar*, omdat zij anders niet gepubliceerd zouden worden. Er mag van uitgegaan worden dat men met een bepaalde

reden deze boeken en publicaties openbaar maakt. Ook het feit dat bepaalde auteurs meerdere boeken en publicaties op hun naam hebben staan, geeft aan dat zij bekend zijn met de materie en waarschijnlijk veel kennis en ervaring hebben op het gebied van vastgoed. Door de methode van inhoudsanalyse is de informatie uit de bronnen op een *efficiënte* wijze verkregen. Deze methode is namelijk erg tijdsbesparend, omdat je de informatie uit de bronnen haalt die je ook daadwerkelijk nodig hebt. Tevens is de informatie die verkregen is uit de bronnen, op een onafhankelijke manier verwerkt en overgenomen in het onderzoek. Hiermee is tevens de validiteit gewaarborgd.

Onderzoek van de fiscale praktijk

De onderzoeksstrategie voor het onderzoek van de fiscale praktijk is kwalitatief onderzoek. Voor het onderzoek van de fiscale praktijk is dat de meest *effectieve* strategie behorend bij de laatste deelvraag van het onderzoek. Hierbij is gekozen om de survey toe te passen en dan specifiek het interview. Er is gekozen om verschillende personen te interviewen, zodat de verschillende, onafhankelijke zienswijzen in kaart worden gebracht. Twee van deze personen zijn tevens autoriteiten op het gebied van vastgoed en publiceren veel artikelen over dit onderwerp. De verschillende personen zijn ieder werkzaam op een MKB-kantoor of een van de grotere advieskantoren, dit is een bewuste keuze geweest om de *validiteit* van het onderzoek te waarborgen. De interviews zijn ieder halfgestructureerd opgesteld. Dit houdt in dat er vooraf onafhankelijke vragen zijn geformuleerd, maar dat er ruimte is voor eigen inbreng van de respondent. Het feit dat de vragen onafhankelijk gesteld zijn en dat verschillende fiscalisten van verschillende kantoren zijn geïnterviewd, zorgt ervoor dat de informatie verkregen uit deze bronnen toch *betrouwbaar* is. Ondanks het feit dat het houden en verwerken van de interviews tijdrovend is geweest, is het wel een geschikte methode geweest om er onder andere erachter te komen hoe de verschillende fiscalisten de toetsingscriteria interpreteren. Door voldoende rekening te houden met deze tijdrovende klus in de planning, is de *efficiëntie* van deze methode toch gewaarborgd.

2. Vastgoedbeleggingen in de inkomstenbelasting

Het belang van de verschillen tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal, actief vermogensbeheer moet worden gevonden in het feit dat de wetgever de draagkracht, die voortkomt uit de verschillende inkomenscategorieën, verschillend wil belasten.⁴ Dit hoofdstuk zal de bepaling voor het resultaat uit overige werkzaamheden met betrekking tot het houden van vastgoed, uiteen worden gezet. Hierbij staat het ontstaan en de strekking van deze bepaling centraal. De deelvraag in dit hoofdstuk luidt als volgt:

“Wat is de achtergrond en de strekking van de bepaling in de Wet IB 2001 ten aanzien van resultaat uit overige werkzaamheden met betrekking tot het houden van vastgoed?”

In paragraaf 2.1 zal allereerst de belangrijkste geschiedenis van de Wet IB 2001 worden toegelicht. Hier zal ook de wetsystematiek duidelijk worden. Vervolgens zal in paragraaf 2.2 het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden worden behandeld. De heffingsmethodiek en de bronvereisten staan in deze paragraaf centraal. In paragraaf 2.3 zal worden behandeld op welke manier en tegen welk tarief vastgoed wordt belast in box III. Tevens zal met een cijfermatig voorbeeld worden toegelicht wat de verschillen zijn in de heffing wanneer het gaat om normaal vermogensbeheer of meer dan normaal, actief vermogensbeheer. Tot slot zal er een deelconclusie worden gevormd.

2.1 Draagkracht

In de inkomstenbelasting is het draagkrachtbeginsel van toepassing. Volgens dit beginsel wordt de inkomstenbelasting van natuurlijke personen geheven naar rato van ieders financiële draagkracht. De belangrijkste maatstaf van draagkracht is het inkomen. Er wordt dus naar het inkomen gekeken om te bepalen hoeveel belasting verschuldigd is, dus hoeveel lasten de persoon kan ‘dragen’.

De Wet IB 1964 maakte onder andere onderscheid tussen inkomsten uit vermogen en waardemutaties van het vermogen, onderdeel van het zogenoemde bronnenstelsel. De inkomsten uit vermogen waren belast en de waardemutaties van het vermogen onbelast. Een koersstijging of winst zou dus niet worden belast. Hierdoor werd er een structuur bedacht zodat inkomsten werden omgezet in winsten. Dit had tot gevolg dat er dus minder belasting kon worden geheven. Om het hiervoor genoemde knelpunt te voorkomen, heeft de wetgever bij de invoering van de Wet IB 2001 gekozen voor een boxenstelsel en is de vermogensrendementsheffing geïntroduceerd.⁵ Hierbij is beoogd om meer aan te sluiten bij het draagkrachtbeginsel. De diverse inkomenscategorieën worden namelijk naar rato van ieders financiële draagkracht belast. Het progressieve tarief in box I, inclusief de aftrekposten, is hier een onderdeel van. Het forfaitair rendement in box III speelt hier tevens een belangrijke rol in. In de memorie van toelichting staat hierover: *“Bij de rendementsheffing verdwijnt het onderscheid tussen de belaste inkomensfeer en de onbelaste vermogensfeer. De bestaande mogelijkheden voor belastingontwijking in deze sfeer worden via de forfaitaire benadering ingedamd. Er is daardoor niet alleen sprake van verbetering van de robuustheid van de grondslag, maar ook van verbetering op het vlak van draagkracht.”*⁶

Door de introductie van de vermogensrendementsheffing is belastingheffing over de bron ‘inkomsten uit vermogen’, zoals dat gold in de Wet IB 1964, vervangen door een forfaitair berekend heffingssysteem. Dit forfait is vastgesteld op 4%. De vermogensrendementsheffing is dus sterk vergelijkbaar met de Wet VB 1892, ook hier werd voor het inkomen uit vermogen een forfait gesteld van 4%.

⁴ H.A.J.P. te Niet, *Het beleggingsbegrip in de directe belastingen*, Deventer: Kluwer 2007, p.11.

⁵ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, par. 1.3.3

⁶ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, par. 1.3.3

In de nieuwe heffingsmethodiek wordt gebruik gemaakt van verschillende boxen. In de inkomstenbelasting kent iedere box een eigen inkomensbegrip, namelijk:

- ∞ box I: inkomen uit werk en woning;
- ∞ box II: inkomen uit aanmerkelijk belang;⁷
- ∞ box III: inkomen uit sparen en beleggen.

Door het boxenstelsel kunnen zowel de inkomsten uit vermogen als de waardemutaties van het vermogen worden belast, wat niet mogelijk was in het bronnenstelsel van de Wet IB 1964.

Vastgoedbeleggingen kunnen in de huidige Wet IB 2001 op verschillende manieren worden belast. Het onderscheid wordt gemaakt in de volgende drie categorieën:

1. winst uit onderneming (box I);
2. resultaat uit overige werkzaamheden (box I);
3. inkomen uit sparen en beleggen (box III).

De mogelijke manieren om vastgoedbeleggingen te belasten, zullen in de volgende paragrafen worden behandeld. Tevens zal aan de hand van een rekenvoorbeeld worden toegelicht wat de verschillen zijn in de uiteindelijke heffing wanneer vermogensbeheer aan box I of box III wordt toegerekend. Hiermee wordt namelijk het belang van het onderscheid tussen de begrippen 'normaal vermogensbeheer' en 'meer dan normaal, actief' vermogensbeheer verduidelijkt. Echter, in deze scriptie zal alleen worden behandeld wanneer vastgoedbeleggingen worden gekwalificeerd als resultaat uit overige werkzaamheden of als box III vermogen. Om deze reden is ervoor gekozen om de categorie 'winst uit onderneming' slechts kort te noemen in paragraaf 2.2.

2.2 Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden

In box I van de inkomstenbelasting wordt het inkomen uit werk en woning belast. Hieronder valt onder andere het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden.⁸ De term 'overige werkzaamheden' doet al vermoeden dat dit niets meer is dan een restcategorie. Dit is tevens bevestigd in de MvT van de Wet IB 2001.⁹ De Wet IB 2001 kent een rangorderegeling die is terug te vinden in art. 2.14 Wet IB. Deze rangorderegeling is in de wet opgenomen, omdat een bron van inkomen namelijk onder meerdere inkomenscategorieën kan vallen. Art. 2.14 Wet IB 2001 bepaalt echter dat pas sprake kan zijn van resultaat uit overige werkzaamheden wanneer het niet als 'belastbare winst uit onderneming' of 'belastbaar loon' kan worden aangemerkt. Pas als blijkt dat de vastgoedbelegging niet in box I thuishoort, kan naar box III worden afgeweken.

In box I wordt inkomen belast tegen een progressief heffingsstarief. Dit progressieve heffingsstarief sluit aan bij het eerder genoemde draagkrachtbeginsel. In figuur 4 is te zien hoe deze progressieve heffing van box I is opgebouwd.¹⁰

Schijf	Belastbaar inkomen	Percentage
1	t/m € 19.822	36,5%
2	Vanaf € 19.823 t/m € 33.589	42%
3	Vanaf € 33.590 t/m € 57.585	42%
4	Vanaf € 57.586 en hoger	52%

Figuur 4

⁷ Voor de scriptie is box II niet relevant. Dit onderdeel zal verder dan ook buiten beschouwing worden gelaten.

⁸ Art. 3.1 lid 2 onderdeel c, Wet IB 2001.

⁹ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, V-N BP21/1.5, p. 132.

¹⁰ Deze tabel geldt voor het jaar 2015 voor personen die de AOW-leeftijd nog niet hebben bereikt.

Het huidige art. 3.90 van de Wet IB 2001, waar het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden is terug te vinden, stamt af van het oude art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964. In lid 1 stond toen het volgende:

“1. Inkomsten uit arbeid zijn alle niet als winst uit onderneming aan te merken voordelen die worden genoten:

a. als loon uit dienstbetrekking;

b. uit het niet in dienstbetrekking verrichte werkzaamheden en diensten, daaronder begrepen het houden van kostgangers, alsmede het produktief maken of vervreemden van een auteursrecht of een octrooi door de auteur of de uitvinder zelf.”

Er werd toen al gesproken van ‘verrichte werkzaamheden en diensten’, wat nu terug te vinden is in art. 3.90 Wet IB 2001 als ‘een of meer werkzaamheden’. Wat er onder de term ‘overige werkzaamheden’ wordt verstaan, is ook in de MvT van de Wet IB 2001 terug te vinden. Onder een ‘overige werkzaamheid’ wordt verstaan het verrichten van enige vorm van arbeid in het economische verkeer, die is gericht op het behalen van een geldelijk voordeel en niet is aan te merken als winst uit onderneming of als loon uit dienstbetrekking.¹¹

Uit het hiervoor genoemde en uit uitgebreide jurisprudentie¹² is af te leiden dat er een aantal bronvereisten zijn, voordat het inkomen als resultaat uit overige werkzaamheden wordt aangemerkt. Dit zijn: (1) er moet sprake zijn van arbeid, (2) waarmee in het economisch verkeer, (3) voordeel wordt beoogd, (4) welk voordeel ook redelijkerwijs te verwachten valt, (5) niet zijnde winst uit onderneming of belastbaar loon uit dienstbetrekking.

Het laatste bronvereiste, niet zijnde winst uit onderneming of belastbaar loon uit dienstbetrekking, heeft te maken met de hiervoor genoemde rangorderegeling in de Wet IB 2001. Dit bronvereiste is hiermee reeds toegelicht. In de volgende drie subparagrafen zullen de overige vier bronvereisten nader worden besproken.

2.2.1 Verrichten van arbeid

Het is van belang dat er arbeid is verricht waardoor een voordeel is verkregen. Arbeid kan zich echter in verschillende manieren uiten. Van Dijk¹³ onderscheidt drie categorieën van situaties waarin er sprake is van arbeid met betrekking tot onroerend goed, namelijk:

1. handelingen die met betrekking tot een goed verricht worden;
2. handelingen die ten opzichte van derden verricht worden (diensten);
3. aan- en verkoop van een goed in het licht van een voorzienbaar voordeel.

Het gemeenschappelijk kenmerk van categorie 1 en 2 is dat er een meerwaarde gecreëerd wordt. Dit houdt in dat door de arbeid het onroerend goed in een betere marktpositie wordt geplaatst. Bij categorie 3 is de meerwaarde op het moment van aankoop reeds aanwezig. Voor alle drie de categorieën geldt dat de betreffende arbeid normaal vermogensbeheer te buiten moet gaan, om het als resultaat uit overige werkzaamheden aan te merken. Dit onderscheid en de ontwikkeling daarvan zullen worden besproken in hoofdstuk 3.

Handelingen die met betrekking tot een goed verricht worden

Bij de eerste categorie gaat het om arbeid waardoor een meerwaarde wordt gecreëerd op onroerend goed. Hiermee wordt het onroerend goed in een betere marktpositie gebracht en is dus meer waard geworden. Dit kan bijvoorbeeld door fysieke verbeteringen aan te brengen. Een bekend voorbeeld¹⁴ hiervan is een particulier die een stuk land had aangekocht, waarvan een deel was verdrongen, dus in slechte staat was. Het niet verdrongen deel had hij apart doorverkocht. Het gedeelte dat verdrongen was, liet hij

¹¹ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, V-N BP21/1.5, p. 132.

¹² Jurisprudentie bij art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964.

¹³ J.E.A.M. van Dijk, ‘Vermogensbeheer’, *WFR* 1976/141.

¹⁴ HR 12 januari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX3500.

droogmaken. Het drooggemaakte land is daardoor meer waard, omdat het daardoor weer bewerkbaar is. Het drooggemaakte land heeft hij dan ook later met winst doorverkocht.

Handelingen die ten opzichte van derden verricht worden (diensten)

De tweede categorie betreft het verrichten van diensten. Hierbij moet nadrukkelijk vermeld worden dat bij zeer geringe activiteiten al sprake kan zijn van een werkzaamheid als bedoeld in art. 3.90 van de Wet IB 2001. Als voorbeeld kan worden genoemd het 'medische proevenarrest'¹⁵. In dit arrest onderging een vrijwilliger een medische proef tegen betaling. Hij had zijn lichaam beschikbaar gesteld voor het ondergaan van bepaalde medische proeven. Gedacht kan worden aan het verzamelen van urine en het laten afnemen van bloedmonsters. Na afloop ontving hij hiervoor een vergoeding, waarvan de Hoge Raad heeft bepaald dat deze vergoeding voor zijn dienst als resultaat uit overige werkzaamheden kwalificeerde.

Aan- en verkoop van een goed in het licht van een voorzienbaar voordeel

De derde categorie ziet op de aan- en verkoop van een goed in het licht van een voorzienbaar voordeel. Hierbij komt het aan op voorkennis die bij derden ontbreekt. Hierdoor is het behaalde voordeel voorzienbaar.¹⁶ In deze categorie is niet de arbeid bij een aan- en/of verkoop van een onroerend goed de verklarende factor voor het ontstaan van het voordeel, maar vindt het voordeel zijn verklaring in de wetenschap van de koper dat hij tegen een te lage prijs kocht. Een dergelijke informatievoorsprong, bijvoorbeeld bij ervaring, deskundigheid of 'inside information', kan dus als werkzaamheid worden gezien. Wanneer een makelaar een pand aankoopt en vervolgens met winst verkoopt, kan al snel worden gedacht dat er sprake is van informatievoorsprong. De makelaar zou namelijk al op de hoogte kunnen zijn van het feit dat een pand voor een te lage verkoopprijs te koop staat.

Tot slot moet worden opgemerkt dat er een causaal verband dient te zijn tussen het behaalde voordeel en de geleverde arbeid.¹⁷ Dit houdt in dat de door belastingplichtige verrichte arbeid gericht moet zijn geweest op het behaalde voordeel en dat er dus een oorzakelijk verband is tussen de verrichte arbeid en het voordeel.

2.2.2 Deelname aan het economisch verkeer

Het tweede bronvereiste is dat er deelgenomen moet worden aan het economisch verkeer. Dit bronvereiste is niet letterlijk in de wet opgenomen, maar is ontstaan uit de jurisprudentie.¹⁸ Het doel van dit bronvereiste is om activiteiten in de privésfeer buiten het inkomensbegrip te houden. Een particulier kan een woning laten bouwen met twee redenen. Dit kan namelijk voor eigen gebruik, maar ook met het doel om later door te verkopen. In het eerste geval zal de oplevering van de woning binnen de privésfeer blijven en dus niet als resultaat uit overige werkzaamheden worden aangemerkt. In het tweede geval wordt er wel deelgenomen aan het economisch verkeer. Een bekend voorbeeld van dit bronvereiste is het arrest van de Hoge Raad van 19 april 1978.¹⁹ In dit arrest ging het om twee zwagers die van beroep timmerman en metselaar waren. Zij hielpen elkaar met het bouwen van een dubbel woonhuis voor zelfbewoning. Ondanks dat gesteld kan worden dat zij hun arbeid omzetten in een vermogenswaarde, heeft de Hoge Raad beslist dat er geen sprake is van deelname aan het economisch verkeer, omdat de twee zwagers op grond van hun familierelatie hebben samengewerkt. Het vereiste 'deelname aan het economisch verkeer' is geen vereiste dat

¹⁵ HR 3 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:BH7882.

¹⁶ G. Th.Ligthart, *Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden*, Deventer: Kluwer 2012, p. 6.

¹⁷ G. Th.Ligthart, *Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden*, Deventer: Kluwer 2012, p. 8.

¹⁸ Voor de totstandkoming van deze eis wordt verwezen naar R.E.C.M. Niessen, 'Algemene en bijzondere bronkenmerken', *WFR* 1997/6227, p. 6.

¹⁹ HR 19 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2901.

vaak ter discussie staat als het gaat om 'normaal vermogensbeheer' of 'meer dan normaal, actief vermogensbeheer'. Om deze reden wordt dit bronvereiste niet verder behandeld.

2.2.3 Voordeel wordt beoogd en verwacht

De vierde en vijfde bronvereisten zijn het beogen van voordeel met de werkzaamheid door de belastingplichtige en het redelijkerwijs verwachten van dat voordeel. In de huidige kwalificatie zijn deze bronvereisten van doorslaggevend belang geworden. Dit wordt in hoofdstuk 3 behandeld. Bij het beogen van voordeel wordt er gekeken of de belastingplichtige de intentie had om voordelen te behalen. Uiteraard is dit lastig te meten, omdat het hier gaat om een subjectief criterium²⁰. Uit de literatuur en diverse jurisprudentie²¹ blijkt dat de intentie van belastingplichtige veelal van ondergeschikte betekenis is. In het zogenoemde 'nasi- en bamireceptenarrest'²² had belanghebbende een recept ontwikkeld en er werd een prijs uitgereikt aan de persoon met het beste recept. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat deze prijs als resultaat uit overige werkzaamheden kan worden aangemerkt. Hierbij is het niet van enig belang of voordeel wordt beoogd of kan worden verwacht. De deelnemers van deze actie doen namelijk al mee aan het economisch verkeer door slechts deel te nemen. Uit dit arrest is gebleken wanneer het beogen en het redelijkerwijs verwachten van voordeel wel van belang zijn.

Dit is namelijk in de volgende situaties:²³

- ∞ bij de afbakening van activiteiten in de sfeer van de verwerving van inkomsten tegenover activiteiten die, als voorzienbaar blijvend verliesgevend, in de sfeer van de besteding van inkomen moeten worden geplaatst;
- ∞ bij de afbakening van belaste transacties in de vermogenssfeer tegenover louter speculatieve transacties;
- ∞ in de gevallen waarin weliswaar diensten of werkzaamheden in het economische verkeer zijn verricht doordat de belastingplichtige buiten de gezinssfeer is getreden, maar de behaalde voordelen buiten het inkomen dienen te blijven, omdat zij in de persoonlijke sfeer liggen.

Of er in enig jaar redelijkerwijs een voordeel kan worden verwacht, moet in beginsel op basis van feiten en omstandigheden van dat jaar worden beoordeeld.²⁴ Indien het van te voren al duidelijk is dat de kosten hoger zijn dan de bijbehorende baten, kan worden gesteld dat er geen voordeel verwacht kan worden. Een goed voorbeeld van 'te verwachten voordeel' is het arrest van de Hoge Raad van 24 april 1974²⁵. In dit arrest wilde belanghebbende een huis kopen, die in een groepje hoorde met twee andere huizen. De verkoper had aangegeven dat hij verplicht was om de twee naastgelegen huizen ook te kopen. Belanghebbende had echter geen belangstelling voor deze huizen en heeft deze naderhand verkocht. De twee naastgelegen huizen had hij niet aangekocht met het oogmerk daar voordeel mee te behalen, maar slechts omdat hij genoodzaakt was. Het is dus logisch dat hij ernaar streefde om de twee andere huizen zo spoedig mogelijk en voor zo hoog mogelijke prijs weer van de hand te doen.

²⁰ P.H.J. Essers & M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting deel II*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1016.

²¹ Bijvoorbeeld HR 5 mei 1971, ECLI:NL:HR:1971:AX4978; HR 12 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7165; HR 16 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9082; HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7184 en hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:104.

²² HR 14 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8770.

²³ J.P. Boer en B. van der Slik, 'NDFR-commentaar bij artikel 3.90 Wet IB 2001 Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden', 5.3 Voordeel beogen/voordeel verwachten (bijgewerkt tot 31 januari 2015).

²⁴ G. Th.Ligthart, *Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden*, Deventer: Kluwer 2012, p. 11.

²⁵ HR 24 april 1974, ECLI:NL:HR:1974:AX4501.

2.2.4 Meer dan normaal, actief vermogensbeheer

Met de invoering van de Wet IB 2001 heeft de wetgever de reikwijdte van de bron ‘overige arbeid’, het oude art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964, op twee terreinen inhoudelijk nader bepaald.²⁶ Ten eerste zijn een aantal voorbeelden gegeven in art. 3.91 lid 1 onderdeel c van de Wet IB 2001, die als werkzaamheid kunnen worden aangemerkt. Door de aanvaarding van een amendement van de Tweede Kamerleden Bos en Reitsma²⁷ is in art. 3.91 lid 1 onderdeel c namelijk opgenomen dat onder een werkzaamheid mede wordt verstaan ‘het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat, zoals bij het uitponden van onroerende zaken, het in belangrijke mate door de belastingplichtige zelf verrichten van groot onderhoud of andere aanpassingen aan een zaak, of het aanwenden door de belastingplichtige van voorkennis of daarmee vergelijkbare voren van kennis’. Ten tweede is het bedoeld om de meest voor de hand liggende, ongewenste vormen van boxarbitrage uit te sluiten. Als belangrijkste middel daartoe worden diverse beleggingsvormen buiten de reikwijdte van box III gebracht en in box I ondergebracht. Hierdoor worden de voordelen uit deze ‘beleggingen’ progressief belast.²⁸ Over de arbitrageregeling wordt inhoudelijk meer ingegaan in paragraaf 4.1.

Wanneer het rendabel maken van vermogen wordt gedaan op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat, is er dus ook sprake van belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden. Wat de toevoeging van het begrip ‘actief’ inhoudt, werd echter niet toegelicht. Na de invoering van de Wet IB 2001 heeft er een evaluatie plaatsgevonden. Uit deze evaluatie²⁹ blijkt dat uit de advieswereld aanwijzingen komen dat de wettelijke bepaling in box I niet de gewenste helderheid heeft geboden. Van diverse kanten is het bezwaar naar voren gebracht dat de criteria niet goed zijn vast te stellen en tevens lastig zijn te controleren. Ook de toenmalige staatssecretaris van Financiën heeft in deze evaluatie van de Wet IB 2001 onderkend dat de invoering van het begrip ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ in artikel 3.91 lid 1 onderdeel c van de wet IB 2001 niet de gewenste helderheid heeft verschaft.³⁰ Zijn conclusie was als volgt:

“Alles afwegende komt het kabinet tot de conclusie dat de invoering van het begrip ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ kennelijk niet de helderheid heeft verschaft die de indieners van het amendement voor ogen stond. Het schrappen van het desbetreffende artikel heeft volgens het kabinet echter tot gevolg dat er opnieuw onzekerheid zou kunnen ontstaan terwijl er (opnieuw) geen beleidswijziging mee zou worden beoogd. Daarnaast kunnen de in het artikel opgenomen voorbeelden, de rechter aanknopingspunten geven voor de besteding van het beleid. Om die redenen acht het kabinet het wenselijk om het artikel te behouden.”

Dat de voorbeelden in art. 3.91 lid 1 onderdeel c van de Wet IB 2001 slechts als voorbeelden dienen, blijkt uit de uitspraak van de Hoge Raad op 9 oktober 2009.³¹ In dit arrest was in geschil of de activiteiten van belanghebbende normaal vermogensbeheer te buiten gaan. De activiteiten van belanghebbende waren de aankoop van onroerend goed in verhuurde staat, de splitsing daarvan in appartementsrechten en vervolgens de verkoop van deze appartementsrechten in onverhuurde staat, oftewel het zogenoemde ‘uitponden’ zoals genoemd staat in de wet. De Hoge Raad oordeelde dat, ondanks het begrip ‘uitponden’ expliciet in de wet wordt genoemd, dit op zichzelf nog geen resultaat uit overige werkzaamheden oplevert. Het prijsverschil dat bestaat tussen de koop in verhuurde staat en

²⁶ H.A.J.P. te Niet, *Het beleggingsbegrip in de directe belastingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 47.

²⁷ Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 75.

²⁸ H.A.J.P. te Niet, *Het beleggingsbegrip in de directe belastingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 48.

²⁹ Evaluatie van de belastingherziening, Kamerstukken II 2005/2006, 30 375, nr. 2.

³⁰ Evaluatie van de belastingherziening 2001, Kamerstukken II 2005/2006, 30 375, nr. 2, p. 26-27.

³¹ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481.

de koop in vrije staat en het gegeven dat verhuurde woningen op een zeker moment vrijkomen, zijn volgens de Hoge Raad algemeen bekende omstandigheden. Daarmee concludeert de Hoge Raad dat het algemeen bekend is dat een pand meer waard is in onverhuurde staat dan in verhuurde staat. Er is dus geen sprake van bijzondere kennis.

In hoofdstuk 3 zal een verdere invulling worden gegeven van het begrip 'normaal, actief vermogensbeheer'.

2.3 Vastgoed in box III

In art. 5.3 lid 2 van de Wet IB 2001 is te vinden welke bezittingen vallen onder de rendementsgrondslag. In onderdeel a staat genoemd dat onroerende zaken daar ook toebehoren. In paragraaf 2.2 is reeds de rangorderegeling van de Wet IB 2001 aan bod gekomen. Vastgoed kan pas in box III worden belast wanneer het niet in box I thuishoort. Pas wanneer er sprake is van normaal vermogensbeheer, en dus niet meer dan normaal, actief vermogensbeheer, zal vastgoed worden belast in box III.

Box III kent, in tegenstelling tot box I, geen progressief heffingstarief. Er wordt over het inkomen uit sparen en beleggen een forfaitair rendement gesteld van 4% over de waarde op 1 januari van het betreffende jaar.³² Dit wordt vervolgens belast tegen een tarief van 30%. Tevens geldt er een vrijstelling van € 21.330.³³ Hiermee is de heffing in box III dus een stuk lager dan in box I, waar het tarief kan oplopen tot 52%. Doordat de tarieven van box I en box III dermate verschillen, is het noodzakelijk om het onderscheid te kunnen brengen tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal, actief vermogensbeheer. De verschillen in de heffing zullen door middel van een (simpel) voorbeeld toegelicht worden.

Voorbeeld

De heer X heeft twee panden in bezit die worden verhuurd aan derden. De WOZ-waarde van beide panden bedraagt op peildatum 1 januari 2014 € 200.000. Hiervoor ontvangt hij maandelijks totaal € 2.200 aan huur, die hij zelf int. Indien de heer X verder geen werkzaamheden verricht in de verhuurde panden zoals onderhoud, zal het beheer van de panden als normaal vermogensbeheer worden gekwalificeerd en vallen zij onder de vermogensrendementsheffing in box III. In box III is de heffing dan als volgt:

WOZ waarde			€ 400.000
Aangeven in box III	→ Correctie op de WOZ ³⁴	78%	€ 312.000
	Forfaitair rendement	4%	€ 12.480
Verschuldigde IB over box III	→ Heffing	30%	€ 3.744

Zoals in bovenstaande tabel te zien is, worden de ontvangen huuropbrengsten in box III buiten beschouwing gelaten. Zij worden slechts gebruikt om de correctie op de WOZ-waarde te berekenen. De uiteindelijke inkomstenbelasting die over box III verschuldigd is, bedraagt € 3.744. In het geval dat de heer X wel zelf de verhuurde panden voorziet van groot onderhoud, zullen de werkzaamheden normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaan. In dat geval zal het inkomen uit het vermogen belast worden als resultaat uit overige werkzaamheden in box I. De kosten die gemaakt worden voor de werkzaamheden, mogen

³² Voor onroerend goed wordt de waarde gesteld op de WOZ-waarde.

³³ Art. 5.5, Wet IB 2001.

³⁴ De correctie op de WOZ-waarde wordt berekend door de WOZ-waarde te vermenigvuldigen met de leegwaarderatio, zie uitvoeringsbesluit art. 17a lid Wet IB 2001.

wel in aftrek worden gebracht. Voor het gemak worden de totale kosten geraamd op € 5.400. De berekening van de verschuldigde inkomstenbelasting is terug te vinden in figuur 5.

WOZ waarde		€ 400.000
Aangeven in box I	→ Ontvangen huuropbrengsten minus gemaakte kosten	€ 21.000 ³⁵
Verschuldigde IB over box I	→ Heffing 42% ³⁶	€ 8.820

Figuur 5

Zoals in bovenstaande tabel af te lezen is, worden bij de berekening van de verschuldigde inkomstenbelasting van box I, de huuropbrengsten minus de gemaakte kosten in aanmerking genomen. De WOZ-waarde blijft in de berekening buiten beschouwing. De uiteindelijke inkomstenbelasting die over box I verschuldigd is, bedraagt € 8.820.

In bovenstaande voorbeelden bedraagt het verschil tussen de heffing in box I en box III: € 8.820 - € 3.744 = € 5.076. Als het om grotere bedragen gaat, of zelfs om verkoopopbrengsten, zal het verschil groter worden.

2.4 Deelconclusie

Als antwoord op de vraag: *‘Wat is de achtergrond en de strekking van de bepaling in de Wet IB 2001 ten aanzien van resultaat uit overige werkzaamheden met betrekking tot het houden van vastgoed?’*, kan het volgende worden gesteld.

Het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden in de Wet IB 2001 opgenomen in art. 3.90. Door de aanvaarding van een amendement van de Tweede Kamerleden Bos en Reitsma is een toevoeging gedaan op het begrip ‘werkzaamheid’, en wordt hier mede onder verstaan ‘het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat, zoals bij het uitponden van onroerende zaken, het in belangrijke mate door de belastingplichtige zelf verrichten van groot onderhoud of andere aanpassingen aan een zaak, of het aanwenden door de belastingplichtige van voorkennis of daarmee vergelijkbare voren van kennis’. Hiermee is er een nieuw begrip in de wet opgenomen, namelijk ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’. Wat dit begrip inhield, is echter niet toegelicht. De voorganger van deze bepaling artikel was art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964. De jurisprudentie is dan ook grotendeels in stand gebleven. Uit deze jurisprudentie blijkt dat er sprake is van belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, wanneer er aan vijf bronvereisten wordt voldaan. Deze bronvereisten zijn: er moet sprake zijn van arbeid, waarmee in het economisch verkeer, voordeel wordt beoogd, welk voordeel ook redelijkerwijs te verwachten valt, niet zijnde winst uit onderneming of belastbaar loon uit dienstbetrekking. Dit laatste bronvereiste heeft te maken met de rangorderegeling die de Wet IB 2001 kent. Art. 2.14 Wet IB 2001 bepaalt namelijk dat pas sprake kan zijn van resultaat uit overige werkzaamheden wanneer het niet als ‘belastbare winst uit onderneming’ of ‘belastbaar loon’ kan worden aangemerkt.

In art. 3.91 lid 1 onderdeel c staan drie voorbeelden genoemd van situaties waarin er sprake zou kunnen zijn van het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat. Deze voorbeelden zijn in het artikel toegevoegd ter verduidelijking van het soort voordelen waarop dit artikel ziet. Het doel van de invoering van dit artikel was om meer helderheid te verschaffen met betrekking tot het verschil in de

³⁵ € 26.7400 - € 5.400 = € 21.000.

³⁶ Voor het gemak is uitgegaan van een totale heffing tegen het belastingtarief van de tweede schijf.

toerekening van een vastgoedbelegging. Uit de evaluatie blijkt echter dat dit niet is gelukt en dat er nog steeds onduidelijk was over de criteria. Toch is ervoor gekozen om het desbetreffende artikel niet te schrappen. De opgenomen voorbeelden in het artikel zouden voor de rechter aanknopingspunten kunnen geven voor de bestendiging van het beleid.

3. Ontwikkeling in de jurisprudentie

In hoofdstuk 2 zijn reeds de bronvereisten genoemd die van belang zijn om een werkzaamheid aan te merken als resultaat uit overige werkzaamheden. Deze bronvereisten zijn ontstaan door de jurisprudentie behorende bij art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964. Vanaf de invoering van art. 3.91 lid 1 onderdeel c van de Wet IB 2001, is er nieuwe (uiteenlopende) jurisprudentie ontstaan, welke nieuwe invulling geeft aan het begrip 'werkzaamheid'. Er wordt namelijk meer waarde gehecht aan de feiten en omstandigheden die ervoor zorgen of een werkzaamheid kwalificeert als resultaat uit overige werkzaamheden of niet. In dit hoofdstuk zal de ontwikkeling in de jurisprudentie weergegeven worden. De deelvraag in dit hoofdstuk luidt als volgt:

“Welke ontwikkeling in de jurisprudentie is er met betrekking tot de toetsingscriteria van vastgoedbeleggingen, bij de bepaling of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal, actief vermogensbeheer?”

In paragraaf 3.1 zal allereerst worden benoemd welke kwalificatiemomenten er zijn om een voordeel uit een vastgoedbelegging te kwalificeren. Vervolgens zal in paragraaf 3.2 de jurisprudentie uiteen worden gezet. Dit wordt gedaan aan de hand van de meest voorkomende en doorslaggevende factoren in de jurisprudentie. Tot slot zal in paragraaf 3.3 een deelconclusie worden geformuleerd.

3.1 Kwalificatiemomenten voor vastgoed

Voor de toepassing van de bron 'overige werkzaamheden' moet worden onderzocht in welke gevallen de grens van het normale vermogensbeheer wordt overschreden.³⁷ Een factor die een rol speelt bij deze kwalificatie, is de factor arbeid. Er zijn bij vastgoedbeleggingen drie momenten te onderscheiden, waarbij de factor arbeid bepalend kan zijn bij de kwalificatie van het voordeel uit de vastgoedbelegging, namelijk:³⁸

1. de fase van aankoop;
2. de fase van exploitatie;
3. de fase van verkoop.

Deze drie momenten zullen in de volgende subparagrafen nader worden toegelicht.

3.1.1 Fase van aankoop

Bij de aankoop van een onroerend goed, de aankoopfase, kunnen er zich omstandigheden voordoen, waardoor er op een later tijdstip een voordeel kan worden gerealiseerd. Door bijvoorbeeld bij de aankoop van een onroerend goed al diverse activiteiten te verrichten, kan gedacht worden dat deze arbeid ziet op een in de toekomst te behalen voordeel. De arbeid van de belastingplichtige kan in deze fase dus al een belangrijke rol gaan spelen bij de kwalificatie van het uiteindelijke resultaat. Daarbij is het motief van de aankoop eveneens van belang.³⁹ Als het motief is om er een groot voordeel mee te behalen, dan zal het eventuele resultaat al snel in de heffing in box I worden betrokken. Indien het voordeel voortvloeit uit de arbeidsinspanningen van de belastingplichtige, zal deze arbeid van doorslaggevende betekenis zijn voor de uiteindelijke kwalificatie van dit voordeel.

Bij vermogenstransacties kunnen er twee oorzaken zijn met betrekking tot het voordeel:

1. situaties waarin sprake is van een gunstige aankoop of gunstige verkoop;
2. gevallen waarin een onroerende zaak in een betere marktpositie wordt geplaatst (de waarde van een onroerende zaak wordt verhoogd).

³⁷ H.A.J.P. te Niet, *Het beleggingsbegrip in de directe belastingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 47.

³⁸ H.A.J.P. te Niet, *Het beleggingsbegrip in de directe belastingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 48.

³⁹ Dit wordt in de vakliteratuur en jurisprudentie ook wel het oogmerkvereiste genoemd.

Een aankoop kan relatief gunstig worden beschouwd voor de koper als er zich diverse omstandigheden voordoen, zoals:⁴⁰

- onbekendheid van de verkoper met de marktprijs;
- persoonlijke omstandigheden aan de kant van de verkoper;
- voorkennis bij de koper (omtrent de waardeontwikkeling);
- koopopties van de koper;
- vriendendiensten/schenken.

Echter, in de gevallen waarin een onroerende zaak in een betere marktpositie wordt geplaatst, blijkt de kwalificatie van het voordeel het meest lastig. In deze gevallen spelen namelijk meerdere factoren een belangrijke rol bij de toerekening van dat voordeel. In de jurisprudentie wordt per situatie bekeken aan welke factoren meer waarde wordt gehecht. Dit maakt het dan ook zo lastig om in de gevallen waarin een onroerende zaak in een betere marktpositie wordt geplaatst, een duidelijke lijn te trekken. De factoren die voor de rechter van doorslaggevende betekenis zijn, zullen in paragraaf 3.2 worden behandeld. Tevens is het van belang dat het causale verband tussen het voordeel, de verrichte arbeid en de bijbehorende omstandigheden, aanwezig is. Ook in het geval dat kennis en deskundigheid van derden door belastingplichtige worden gebruikt, dient hierbij het causale verband met het behaalde voordeel aanwezig te zijn.

3.1.2 Fase van exploitatie

Tijdens de fase van exploitatie vloeien er periodieke opbrengsten, zoals huur, voort uit het vermogen van een belastingplichtige. Bij deze periodieke opbrengsten zal in de meeste gevallen geen sprake zijn van meer dan normaal, actief vermogensbeheer. Hiervan is slechts sprake als de verrichte arbeid is toe te wijzen aan de opbrengsten. Zo is er in art. 3.91 lid 1 onderdeel c bewust de bepaling opgenomen *“het in belangrijke mate door de belastingplichtige zelf verrichten van groot onderhoud of andere aanpassingen aan een zaak”*. Het doen van groot onderhoud is echter niet de enige reden voor de rechter om het voordeel aan box I toe te rekenen. In een bekend arrest omtrent een caravanstalling⁴¹ is ook de arbeid bepalend om de periodieke opbrengsten aan te merken als resultaat uit overige werkzaamheden. Belanghebbende gebruikte de bij zijn woning gelegen voormalige varkensstal als caravanstalling. Zodra er een caravan werd binnengebracht ter stalling, zorgde belanghebbende ervoor dat de poort open stond en reed hij de caravan persoonlijk op zijn plek. Wanneer de caravan vervolgens weer werd opgehaald, werd de poort open gezet en zorgde belanghebbende ervoor dat de caravan uit de stalling werd gehaald. Het hof heeft geoordeeld dat er sprake was van het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat. Belanghebbende dient namelijk voor een langere periode, namelijk in de zomermaanden, bereikbaar te zijn om op afroep de hiervoor genoemde werkzaamheden te verrichten voor de ‘klanten’. Het feit dat de werkzaamheden slechts eenvoudig en beperkt van omvang zijn, is volgens het hof niet van belang.

In deze uitspraak kan ik mij niet helemaal vinden. Het causale verband tussen de verrichte arbeid van belanghebbende en het uiteindelijke voordeel, de huuropbrengsten, is in mijn ogen gering. Het is namelijk zo dat de klanten van belanghebbende hoofdzakelijk betalen voor de stalling van hun caravan en niet voor het feit dat belanghebbende deze caravan op en van zijn plek rijdt. De huuropbrengsten zijn in mijn ogen toe te rekenen aan het ter beschikking stellen van de stalling door belanghebbende en niet aan zijn (geringe) arbeid.

Gedurende de exploitatiefase kan een vermogensbestanddeel, door het verrichten van arbeid en door verschillende omstandigheden, overgaan van heffing in box I naar box III en

⁴⁰ Zie R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden (exclusief terbeschikkingstellingregeling)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 81.

⁴¹ Hof 's-Hertogenbosch 18 september 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK5482.

andersom. Situaties waarin een sfeerovergang plaatsvindt en de gevolgen daarvan, worden benoemd in hoofdstuk 4.

3.1.3 Fase van verkoop

Net als in paragraaf 3.1.1 kunnen er zich omstandigheden voordoen bij de verkoop van een onroerend goed, waardoor een voordeel wordt gerealiseerd. De verkoopfase is het laatste moment om een voordeel uit een vastgoedbelegging te kwalificeren. Kenmerkend aan het voordeel dat behaald wordt bij de verkoop van een onroerend goed, is het incidentele karakter van dit voordeel. De belastingplichtige kan door middel van arbeidsinspanningen een extra voordeel creëren bij de verkoop van een onroerend goed. Uiteraard dient dit (extra) voordeel te kunnen worden toegerekend aan de verrichte arbeid van belastingplichtige. Het belang van het causale verband hiertussen wordt duidelijk in onderstaand arrest. In dit arrest is sprake van werkzaamheden ten behoeve van de aan- en verkoop van een woon/winkelpand.

Gerechtshof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2188

Het hof heeft in dit arrest geoordeeld dat de inspecteur onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat belanghebbende ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst het voornemen had om het pand door te verkopen. De intentie van belanghebbende was namelijk om de woning zelf te bewonen en het winkelgedeelte in eigen gebruik te nemen. De activiteiten die belanghebbende daarvoor heeft verricht, bestonden uit het voeren van gesprekken met een bankmedewerker over de financiering van het pand, het benaderen van een makelaar en het bezichtigen van het pand met een aannemer. Deze activiteiten zijn niet ongebruikelijk voor de verwerving van een voor eigen gebruik bestemd woon/winkelpand. Er is niet aannemelijk gemaakt dat belanghebbende streefde naar een vermogenswinst die niet iedere belegger zou willen/kunnen behalen en ook niet dat belanghebbende een vermogenswinst mocht verwachten. In dit geval is er dus geen sprake van belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden.

3.2 Indeling in de jurisprudentie

Bij de afbakening van normaal vermogensbeheer ten opzichte van meer dan normaal, actief vermogensbeheer, toetst de rechter of er wordt voldaan aan een aantal verschillende factoren. Zo onderzoekt de rechter of het voordeel is behaald binnen het kader van normaal vermogensbeheer, of dat de arbeidsinspanning van de belastingplichtige zodanig is geweest dat deze bij de kwalificatie van het voordeel bepalend is geweest.⁴² Bij de invulling van de begrippen 'normaal vermogensbeheer' en 'meer dan normaal, actief vermogensbeheer' zijn er in de jurisprudentie een aantal factoren naar voren gekomen die van doorslaggevende betekenis zijn geweest. Deze factoren zullen in de volgende subparagrafen worden benoemd en toegelicht.

3.2.1 Aard en omvang van de activiteiten

Volgens de jurisprudentie⁴³ is van normaal vermogensbeheer geen sprake indien het rendabel maken van 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 buiten gaan. Er zal dus beoordeeld moeten worden of de belastingplichtige het voordeel heeft kunnen beïnvloeden door arbeid te verrichten, welke arbeid niet overeenkomt met die van een reguliere belegger. De factor arbeid zal op zichzelf nog niet voldoende zijn om een afbakening te vormen. Er zal dus

⁴² H.A.J.P. te Niet, *Het beleggingsbegrip in de directe belastingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 24.

⁴³ Zie bijvoorbeeld HR 17 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA3354, punt F t/m I en hof Amsterdam 8 maart 2012 ECLI:GHAMS:2012:BW3324, r.o. 3.3.1.

alsnog beoordeeld moeten worden welke andere factoren, samen met de factor arbeid, kunnen leiden tot een juiste kwalificatie van de vastgoedbelegging.

Kwalitatieve en kwantitatieve arbeid

Uit de jurisprudentie⁴⁴ blijkt dat niet alleen langdurige of zeer intensieve arbeidsinspanningen een voordeel kunnen verklaren, maar juist ook kortstondige of incidentele handelingen belastbare voordelen ten gevolg kunnen hebben.⁴⁵ Ook is bij langdurige arbeid niet per definitie sprake van resultaat uit overige werkzaamheden, blijkt uit een recent arrest.⁴⁶ In dit arrest had belanghebbende een groot aantal werkzaamheden verricht om appartementen geschikt te maken voor de verhuur. Ondanks de vele werkzaamheden oordeelde het hof dat belanghebbende 'niet meer heeft gedaan dan het aankopen van een pand dat reeds bouwkundig gereed was om in appartementen verhuurd te worden, en dat pand en die appartementen zodanig opgeknapt dat hij die verhuur kon realiseren'. Van het zogenaamde uitponen was hier dus geen sprake, omdat het pand ten tijde van aankoop reeds bouwtechnisch in appartementen was verdeeld.

In de jurisprudentie is een standaardformulering ontwikkeld om al deze soorten handelingen onder het arbeidsbegrip te doen vallen. De rechter toetst naast de verrichte arbeid van de belastingplichtige, ook of het voordeel te verklaren is vanuit de deskundigheid, ervaring of relaties van de belastingplichtige. Hiermee kan het volgende onderscheid worden gemaakt in het soort arbeid:

- kwalitatieve arbeid;
- kwantitatieve arbeid.

Kwalitatieve arbeid drukt de mate van deskundigheid, ervaring en relaties uit die met de handelingen samenhangt. Een voorbeeld hiervan is het geven van een tip aan een potentiële koper⁴⁷. Kwantitatieve arbeid drukt de hoeveelheid handelingen uit, of de mate van inspanning die moet worden geleverd om het resultaat te bewerkstelligen. Deze beide elementen zijn complementair ten aanzien van elkaar. Dit houdt in dat wanneer de arbeid in kwalitatieve zin hoogwaardiger is, de kwantiteit vervolgens beperkter zal zijn om het voordeel te kwalificeren als meer dan normaal, actief vermogensbeheer. Andersom geldt dit ook. Wanneer de arbeid kwalitatief laagwaardiger is, zal de kwantiteit van de arbeid hoger moeten zijn om het voordeel te kwalificeren als meer dan normaal, actief vermogensbeheer. Hieruit kan geconcludeerd worden dat kwantitatieve of kwalitatieve arbeid een bepaald minimum dienen te overschrijden om vervolgens de arbeid als een werkzaamheid te kunnen aanmerken. Er wordt tevens gesproken van 'arbeid-plus'.⁴⁸

Arbeid om onroerend goed in stand te houden of te verbeteren

Bij ieder kwalificatievraagstuk is het van belang om de belastingplichtige te vergelijken met een reguliere belegger. Bij deze vraag is het telkens van belang om na te gaan wat een reguliere belegger wel of niet zou doen. Activiteiten van een reguliere belegger gaan namelijk normaal, actief vermogensbeheer niet te buiten. Een voorbeeld van activiteiten van een reguliere belegger zijn de activiteiten die te maken hebben met het in stand houden van de belegging. Echter, wanneer de activiteiten zich richten op het verbeteren van de vastgoedbelegging, zoals vernieuwing, kan dit een indicatie zijn om het voordeel aan te merken als resultaat uit overige werkzaamheden. Het gaat immers om activiteiten die de

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld RB Gelderland 22 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4492 en HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2260, in beide arresten vormt 'het bewerkstelligen van een bestemmingswijziging' arbeid die naar hun strekking en omvang het normale kader van werkzaamheden verbonden aan particulier vermogensbeheer te buiten gaat.

⁴⁵ H.A.J.P. te Niet, *Het beleggingsbegrip in de directe belastingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 48.

⁴⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9821.

⁴⁷ HR 23 december 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9316.

⁴⁸ In de aantekening van Hof Arnhem 15 april 2009, VN 2009/40.10 wordt ook gesproken van arbeid-plus.

waarde van de vastgoedbelegging doen verhogen. In sommige gevallen kan een belegger echter gedwongen zijn om activiteiten te verrichten die het voordeel in stand houdt en tegelijkertijd wellicht de waarde doen verhogen. De heer Berkhout noemt als voorbeeld het moderniseren van een winkelcentrum.⁴⁹ Ondanks de verrichte arbeid is er in dat geval toch sprake van normaal vermogensbeheer, omdat de arbeid dient om de waarde van het winkelcentrum in stand te houden.

Arbeid verricht door derden

Indien de belastingplichtige niet zelf de arbeid verricht, maar dit laat doen door (willekeurige) derden, kan de vraag worden gesteld of deze arbeid ook wordt meegenomen bij de kwalificatie van het voordeel. In beginsel geldt dat arbeid verricht door derden niet wordt toegerekend aan de belastingplichtige.⁵⁰ Steeds vaker wordt deze arbeid echter wel toegerekend aan de arbeid van belastingplichtige. Dit blijkt uit de volgende overweging van Gerechtshof Arnhem⁵¹:

“Anders dan belanghebbende betoogt is voor het verrichten van arbeid niet vereist dat deze wordt verricht door een belastingplichtige zelf (zie onder andere Hoge Raad 18 maart 1959, nr. 13 815, BNB 1959/176). De arbeid die door de andere participanten in het project is verricht, alsmede de arbeid verricht door deskundigen die de participanten hebben ingeschakeld voor de uitvoering van het project, dient voor de toepassing van het onderhavige artikel te worden aangemerkt als door belanghebbende verrichte arbeid.”

Indien de belastingplichtige een derde in dienst heeft genomen om bepaalde werkzaamheden uit te voeren, kan niet meteen worden bepaald of daarmee het voordeel aan box I of box III toegerekend dient te worden. Wel kan worden gesteld dat het in dienst nemen van een derde een gevolg zou kunnen zijn van de werkzaamheden die de belastingplichtige qua aard en omvang niet meer zelf kan verrichten. Het dienstverband kan dan een aanwijzing zijn om het voordeel aan box I toe te rekenen. In onderstaand arrest zijn andermans werkzaamheden mede bepalend geweest voor de toerekening van het voordeel.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, ECLI:GHARL:2013:BZ2002

Belanghebbende verhuurt meerdere panden waarvoor zij maandelijks huur ontvangt. Eventueel onderhoud en andere werkzaamheden werden uitgevoerd door haar partner. Het hof heeft geoordeeld dat belanghebbende en haar partner in maatschapsverband onroerende zaken exploiteren. Het verrichten van werkzaamheden door de partner van belanghebbende zorgt ervoor dat de voordelen worden aangemerkt als meer dan normaal, actief vermogensbeheer.

3.2.2 Beoogd rendement en risico

De tweede factor die in de jurisprudentie bepalend is bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging, is het beoogde rendement en risico. De tweede factor is echter geen zelfstandige factor en wordt meestal in combinatie met de eerste factor, aard en omvang van de werkzaamheden, getoetst. Dit vloeit voort uit het feit dat er een causaal verband dient te zijn tussen de verrichte werkzaamheden en het behaalde voordeel, oftewel het uiteindelijke rendement. In veel gevallen zal een belastingplichtige namelijk meer arbeid verrichten wanneer duidelijk is dat er veel rendement te behalen valt. Een andere manier om meer rendement uit een vastgoedbelegging te halen, is het lopen van meer risico. Een voorbeeld

⁴⁹ T.M. Berkhout, ‘Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed’, *NTFR* 2010/1225.

⁵⁰ H.A.J.P. te Niet, 2007, p. 26, verwijst hierbij naar Hoge Raad 14 november 1934, B 5726 en Hoge Raad 28 december 1938, B 5508.

⁵¹ Hof Arnhem 20 december 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AF3880, r.o. 4.4.

van het lopen van meer risico is als de belastingplichtige veel vreemd vermogen aanwendt om onroerend goed te kunnen kopen of te verbouwen.⁵²

3.2.3 Samenstelling en omvang van het vermogen

Bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging speelt de samenstelling en omvang van het vermogen slechts voor een klein gedeelte mee. Er zal aan deze factor geen doorslaggevende betekenis worden toegekend, maar het weegt uiteindelijk wel mee in het oordeel. Ook deze factor hangt deels samen met de bijbehorende arbeidsinspanning. Waar in de oudere jurisprudentie nog een zelfstandige waarde werd gehecht aan de omloopsnelheid van het vermogen⁵³, oftewel de tijd die tussen de aan- en verkoop zit, gebeurt dat tegenwoordig niet meer. In de recentere rechtspraak komt de omloopsnelheid van het vermogen meestal terug als indicator van het arbeidscriterium. Daarbij kan de omloopsnelheid ook terugkomen in combinatie met andere omstandigheden. Zo ook in de uitspraak van Rechtbank Noord-Nederland van 9 december 2014.⁵⁴ In deze uitspraak werd het aangekochte pand na twee maanden doorverkocht. De inspecteur was van mening dat belanghebbende het pand had gekocht met het oogmerk het met winst door te verkopen en dus niet als belegging aan te houden. Dit voordeelmerk is echter niet aannemelijk gemaakt en dus is er geen sprake van meer dan normaal, actief vermogensbeheer.

Een klein vermogen zal sneller worden geassocieerd met normaal vermogensbeheer, terwijl een groter vermogen al sneller neigt naar een meer bedrijfsmatige vermogensexploitatie. Een voorbeeld kan worden ontleend aan een particulier die slechts één of twee panden verhuurt en hier verder geen tijd aan kwijt is. In beginsel zal het vastgoed belast zijn in box III, ook wanneer hij de panden eventueel zou verkopen. Wanneer het aantal onroerende goederen in zijn bezit zal stijgen en hij deze op den duur zal vervreemden, zal de vastgoedbelegging niet meer worden gezien als een 'normale' belegging. De opbrengst zou dan verklaard kunnen worden door de arbeidsinzet van de particuliere vastgoedbelegger, mits er uiteraard voldoende aanleiding voor is.⁵⁵ De dagtaak van de belastingplichtige zal op een zeker moment zo ingericht zijn dat het beheer van het vastgoed daarin verweven is. Een groter vermogen vereist namelijk meer beheersactiviteiten.

3.2.4 (Voor)kennis bij de koper

Een factor die bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging regelmatig aan de orde komt, is de (voor)kennis bij de koper. De regel "of het aanwenden door de belastingplichtige van voorkennis of daarmee vergelijkbare bijzondere vormen van kennis" is niet voor niets in art. 3.91 lid 1 onderdeel c van de Wet IB 2001 opgenomen. De rechter zal op dit punt in de beoordeling dan ook extra kritisch zijn. De koper kan op verschillende manieren (voor)kennis aanwenden. In de hierna beschreven arresten was wel of geen sprake van (voor)kennis van de koper.

Gerechtshof Amsterdam 8 maart 2012, ECLI:GHAMS:2012:BW3324
(verwijzing door HR 24-12-2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9252)

In de uitspraak van het hof Amsterdam stonden drie vragen centraal om te kunnen beoordelen of er bij belanghebbende sprake was geweest van "bijzondere kennis", zoals dat het geval was bij HR 9 oktober 2009⁵⁶, en of deze kennis er in belangrijke mate toe heeft bijgedragen dat met de uitponing van het complex voordeel is behaald.

⁵² Zie als voorbeeld RB 's-Gravenhage 6 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:BW3890

⁵³ Zie als voorbeeld HR 24 maart 1937, B 6382.

⁵⁴ RB Noord-Nederland 9 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6223.

⁵⁵ H.A.J.P. te Niet, *Het beleggingsbegrip in de directe belastingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 272-273.

⁵⁶ Dit arrest is eerder behandeld in paragraaf 2.2.4.

1. *Was ten tijde van aankoop van het complex te voorzien dat belanghebbende de appartementen zou kunnen verkopen?*

Het hof acht aannemelijk dat dit het geval was. Ten tijde van aankoop stond er een appartement leeg en de ander zou op korte termijn leeg komen te staan. Het was derhalve ten tijde van aankoop te voorzien dat belanghebbende de appartementen in 2002 zou kunnen verkopen.

2. *Kon belanghebbende ten tijde van aankoop voorzien dat hij met de verkoop van de appartementen een aanmerkelijk (uitpondings)voordeel kon behalen?*

Deze vraag dient bevestigend te worden beantwoord.⁵⁷ Belanghebbende wist dat de gemiddelde kostprijs van een appartement ca. € 34.000 zou bedragen en dat de geschatte verkoopopbrengst in onverhuurde staat ca. € 75.000 bedroeg.

3. *Was er bij belanghebbende bijzondere kennis aanwezig en heeft deze kennis er in belangrijke mate toe bijgedragen dat dit voordeel is behaald?*

Deze vraag dient ook bevestigend te worden beantwoord.⁵⁸ Dit blijkt uit de verklaringen van de makelaar en belanghebbende. De makelaar heeft namelijk aangegeven dat hij in beginsel uitsluitend zaken deed met belanghebbende voor wat betreft dit soort (uitpondings)transacties. Belanghebbende heeft tevens verklaard dat hij dit niet wist, maar dat hij door zaken te doen met de makelaar nooit slechter werd.

Uit de beantwoording van de drie vragen kan worden opgemaakt dat belanghebbende een voordeel beoogde bij de aankoop van het complex. De bijzondere kennis van belanghebbende heeft ervoor bijgedragen dat het voordeel werd belast als resultaat uit overige werkzaamheden.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7821

Belanghebbende participeerde in een vastgoedtransactie. Belanghebbende had al meerdere keren in groepsverband op veilingen onroerende zaken gekocht en deze later weer verkocht. De inspecteur stelde dan ook dat *“belanghebbende door eigen ervaring en deskundigheid, alsook de ervaring en deskundigheid van zijn relaties, er van op de hoogte was dat de door hem betaalde prijs voor de onroerende zaken lager waren dan de prijzen die hij ervoor kon bedingen”*.⁵⁹ De inspecteur is er echter niet in geslaagd om aannemelijk te maken dat belanghebbende voorkennis of daarmee vergelijkbare vormen van kennis heeft aangewend. De algemene kennis van belanghebbende over de ‘vastgoedwereld’ en veilingen, is op zichzelf daarvoor onvoldoende. Ook de samenwerking met vastgoeddeskundigen doet daar niet aan af. Bij deze uitspraak was tevens niet aannemelijk gemaakt dat de intentie van belanghebbende was om de onroerende zaken met winst door te verkopen. In dit geval was er dus geen sprake van bijzondere kennis en is er geen sprake van resultaat uit overige werkzaamheden.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5315

Belanghebbende heeft door een doorslaggevende tip van zijn schoonvader een pand gekocht voor een bijzonder lage aankoopprijs. Van meet af aan bestond de intentie om het pand vervolgens te verkopen voor een hogere marktprijs, omdat bekend was dat het pand een hogere waarde had. Door de tip van schoonvader, was het voor belanghebbende voorzienbaar met de transactie een aanzienlijk voordeel te behalen. In dit geval ging het dus om een belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, door een tip van een derde.⁶⁰

⁵⁷ Zie r.o. 6.2.6.

⁵⁸ Zie r.o. 6.2.8.

⁵⁹ Zie r.o. 2.9.

⁶⁰ Zie r.o. 4.7.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6692

Belanghebbende heeft een boerderij met erf en weiland gekocht van een onafhankelijke derde. De verkoopprijs was in 2002 € 2.700.000, terwijl de boerderij door belanghebbende is aangekocht voor € 1.630.000. De boerderij stond al drie jaar te koop omdat er geen activiteiten in de veehouderij meer werden verricht. Twee dagen na aankoop door belanghebbende, is de boerderij verkocht aan de makelaar die in eerste instantie was benaderd door de eerste eigenaresse voor € 1.800.000. Deze makelaar had al eerder een bod uitgebracht, maar die was lager dan de vraagprijs. Bij de verkoop van de boerderij aan belanghebbende is echter de makelaar niet ingezet. Naar het oordeel van het hof is de inspecteur er niet in geslaagd om aannemelijk te maken dat belanghebbende voorkennis of daarmee vergelijkbare vormen van kennis heeft gehad en deze heeft aangewend. In een verklaring van de makelaar staat genoemd dat belanghebbende niet kon weten dat de makelaar het pand twee dagen later zou overnemen. Daarbij heeft de makelaar verklaard het pand te hebben overgenomen omdat hij zich benadeeld voelde door de eerste verkoopster. De algemene kennis van de waarde van de boerderij en omstandigheid dat het twee dagen na aankoop door belanghebbende weer is verkocht, zijn op zichzelf onvoldoende om te spreken van voorkennis zoals bedoeld in art. 3.91 lid 1 onderdeel c van de Wet IB 2001. Er is dus geen sprake van resultaat uit overige werkzaamheden.

Uit bovenstaande uitspraken kan worden opgemaakt dat (voor)kennis in verschillende vormen terugkomt in de rechtspraak. Als een belastingplichtige regelmatig door een vaste makelaar wordt benaderd om onroerend goed te kopen, kan dit al snel worden bestempeld als voorkennis. Hierbij is het van belang dat de voorgaande transacties ook met een positief resultaat waren afgesloten. Tevens leidt de eigen ervaring en deskundigheid van een belastingplichtige door eerdere vastgoedtransacties en eventueel de ervaring en deskundigheid van relaties, niet tot de conclusie dat er sprake is van (voor)kennis. In het geval er een tip is gegeven aan de koper, wordt het voordeel in de meeste gevallen aangemerkt als meer dan normaal, actief vermogensbeheer. Dit is al eerder teruggekomen in paragraaf 3.2.1. Uiteraard zijn er meer uitspraken te vinden waar (voor)kennis een rol speelde bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging. Zo kan het inschakelen van een eigen B.V. ook worden aangemerkt als bijzondere kennis.⁶¹

(Voor)kennis is een belangrijke en in sommige gevallen doorslaggevende factor voor de rechter bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging. Als met de (voor)kennis voorzienbaar is dat er een voordeel kan worden behaald, zal, wanneer dit voordeel ook beoogd is door de belastingplichtige, dit in combinatie met de arbeidsinspanning worden gezien als meer dan normaal, actief vermogensbeheer. Het voordeel zal dan belast worden als resultaat uit overige werkzaamheden.

3.2.5 Algemeen bekende omstandigheden

Om een vermogenstransactie aan te merken als meer dan normaal, actief vermogensbeheer, is het van belang dat ten tijde van de aankoop of verkoop van de onroerende zaak een voordeel redelijkerwijs te verwachten is. Dit sluit aan bij het bronvereiste om een voordeel als werkzaamheid te belasten als resultaat uit overige werkzaamheden. Om dit voordeel uiteindelijk te realiseren, is enkel nog enige arbeidsinspanning van de belastingplichtige benodigd. Zoals in paragraaf 2.2.4 al is genoemd, dient een voordeel meer in te houden dan een algemeen bekende omstandigheid. Dat panden in vrije staat meer opleveren dan in verhuurde staat, is algemeen bekend. Als bij de aankoop van een verhuurd pand de intentie bestaat om dit pand later in vrije staat te verkopen, zal het voordeel dat behaald wordt bij vervreemding niet belast zijn. Bij vertrek van de huurder zal een waardeinstijging plaatsvinden, die al reeds in de verkoopprijs was verwerkt. In dit geval is de waardeinstijging dus een algemeen bekende omstandigheid. Indien het pand

⁶¹ HR 24 februari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BN3467.

in verhuurde staat voor de marktwaarde zou zijn aangekocht en de huurders vroegtijdig het pand verlaten (bijvoorbeeld als gevolg van actief beleid), dan zou niet de aankoop gunstig zijn, maar is het pand in een betere marktpositie geplaatst.

In de jurisprudentie wordt kennis op het gebied van vastgoed regelmatig aangeduid als algemeen bekende omstandigheid. Ook in bovenstaand voorbeeld wordt er van uitgegaan dat het algemeen bekend is dat panden in vrije staat meer opleveren dan in verhuurde staat. Het algemene kennisniveau op het gebied van vastgoed is dus langzaam gestegen. Dit heeft tot gevolg dat er dus sneller sprake zal zijn van een algemeen bekende omstandigheid, waardoor de grens van het normale vermogensbeheer zal opschuiven. Wat voorheen in de jurisprudentie als bijzondere kennis werd aangemerkt, zal tegenwoordig dus sneller aangemerkt kunnen worden als een feit van algemene bekendheid. Uiteraard kan dit tot de nodige discussies leiden. Ondanks het feit dat er wordt gesteld dat iets 'algemeen bekend' is, betekent dit niet dat dit inderdaad bij een ieder bekend is. In de rechtspraak dient goed rekening te worden gehouden met alle vormen van kennis. Door een beroep te doen op het feit dat 'kennis' valt onder een algemeen bekende omstandigheid, kunnen belastingplichtigen heffing in box I voorkomen. In sommige gevallen is deze kennis echter wel aan te merken als voorkennis en wordt er wel degelijk een voordeel beoogd, maar wordt dit verzwegen. Dit is een lastig criterium en verdient dus de nodige aandacht om eventuele voorkennis te kunnen uitsluiten.

3.3 Deelconclusie

Als antwoord op de vraag: *'Welke ontwikkeling in de jurisprudentie is er met betrekking tot de toetsingscriteria van vastgoedbeleggingen, bij de bepaling of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal, actief vermogensbeheer?'*, kan het volgende worden gesteld.

Er zijn ontzettend veel uitspraken te vinden over de kwalificatie van een vastgoedbelegging. Hierdoor is het niet mogelijk om alle jurisprudentie te bespreken in dit hoofdstuk. Wel zijn de hoofdlijnen in de beoordeling van de rechters in dit hoofdstuk opgenomen. In de loop der tijd zijn er steeds meer feiten en omstandigheden in de jurisprudentie opgenomen die bepalend zijn geweest voor de beoordeling. De factoren zijn:

- de aard en omvang van de activiteiten;
- het beoogd rendement en risico;
- de samenstelling en omvang van het vermogen;
- de (voor)kennis bij de koper;
- de algemeen bekende omstandigheden.

Bij de factor arbeid zijn er verschillende arbeidsvarianten te bedenken. Er wordt namelijk onderscheid gemaakt in kwalitatieve en kwantitatieve arbeid, arbeid om onroerend goed in stand te houden of te verbeteren en arbeid die verricht wordt door derden. Bij elk van deze vormen van arbeid is er een andere uitkomst bij de kwalificatie. Het beoogd rendement en risico geen op zichzelf staande bepalende factor. Deze factor wordt namelijk in combinatie gezien met de arbeidsinspanning(en). Ook de derde factor hangt deels samen met de bijbehorende arbeidsinspanning. In de ontwikkeling van de jurisprudentie kunnen we zien dat de omloopsnelheid van het vermogen niet meer wordt gezien gerefereerd aan de samenstelling en omloop van het vermogen, maar dat het als indicator dient van het arbeidscriterium. Een factor waarop de jurisprudentie regelmatig vastloopt is de (voor)kennis bij de koper. Het is soms lastig te beoordelen wanneer de koper beschikt over bijzondere kennis, waardoor hij het voordeel heeft kunnen behalen. In sommige gevallen is er geen sprake meer van (voor)kennis, maar gaat het om een algemeen bekende omstandigheid, wat tevens de laatste factor is. Doordat de rechter steeds individuele gevallen dient te beoordelen, is het gewicht dat aan iedere factor toekomt afhankelijk van het specifieke geval en de omstandigheden.

De ontwikkeling in de jurisprudentie kan dus als volgt worden beschreven. In de jurisprudentie zijn de toetsingscriteria steeds verder uitgebreid. Onder andere de factoren (voor)kennis en algemeen bekende omstandigheden zijn belangrijker geworden bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging. Tevens is een duidelijke ontwikkeling te zien in de factor samenstelling en omvang van het vermogen. De omloopsnelheid van het vermogen is tegenwoordig niet meer op zichzelf bepalend bij de kwalificatie. Tevens is de arbeid van derden een belangrijkere rol gaan spelen. In de oudere jurisprudentie werd arbeid dat werd verricht door derden, niet toegerekend aan de belastingplichtige. Tegenwoordig wordt arbeid dat verricht is door derden wel toegerekend aan de belastingplichtige. Belangrijk hierbij is dat erop gelet wordt of de arbeid door een ander wordt verricht in de (directe) omgeving, of dat de arbeid feitelijk geheel wordt uitbesteed, bijvoorbeeld aan een onafhankelijk bureau.

4. Sfeerovergang van een vastgoedbelegging

Nadat een vastgoedbelegging na de kwalificatie wordt toegerekend aan een box, rijst de vraag of deze toerekening van definitieve aard is, of dat er overgang plaats kan vinden tussen de belastingcategorieën. Zoals reeds in hoofdstuk 3 kort toegelicht is, kan een vermogensbestanddeel overgaan van heffing in box I naar box III en andersom. Dit wordt ook wel een sfeerovergang genoemd. In dit hoofdstuk zullen situaties waarin een sfeerovergang plaatsvindt worden toegelicht. Tevens zullen de bijbehorende consequenties ook worden benoemd. De deelvraag in dit hoofdstuk luidt als volgt:

“Wat zijn de consequenties van een sfeerovergang van normaal vermogensbeheer naar meer dan normaal, actief vermogensbeheer en omgekeerd?”

In paragraaf 4.1 zal allereerst de arbitrageregeling die terug te vinden is in de Wet IB 2001 worden toegelicht. In paragraaf 4.2 zal worden ingegaan op situaties waarin een sfeerovergang plaatsvindt van box III naar box I. In paragraaf 4.3 zal vervolgens worden benoemd wanneer er een sfeerovergang plaatsvindt van box I naar box III. Hierbij wordt tevens apart aandacht besteedt aan het moment van de overgang. In paragraaf 4.4 zullen andere mogelijkheden van sfeerovergangen worden behandeld. Paragraaf 4.5 staat in het teken van de consequenties die gepaard gaan met een sfeerovergang. In paragraaf 4.5 zal tot slot een deelconclusie worden geformuleerd.

4.1 Arbitrageregeling in de inkomstenbelasting

In de voorgaande hoofdstukken zijn reeds de situaties behandeld waarin er sprake is van een belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden (box I) en wat er valt onder de vermogensrendementsheffing van box III. Tevens is nu ook duidelijk wat de doorslaggevende factoren zijn van de rechter bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging. Indien een vastgoedbelegging kwalificeert als normaal vermogensbeheer, zal er een forfaitair rendement van 4% vastgesteld worden dat vervolgens belast is tegen een belastingtarief van 30%. Wanneer een vastgoedbelegging echter kwalificeert als meer dan normaal, actief vermogensbeheer zal het resultaat uit de vastgoedbelegging in box I worden belast tegen een progressief tarief dat kan oplopen tot 52%. Het is dan ook logisch dat de voorkeur van een belastingplichtige uitgaat naar heffing in box III, aangezien het belastingtarief dan een stuk gunstiger is. Slechts in een enkel geval zal de belastingplichtige wensen dat zijn vastgoedbelegging in box I wordt belast. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien er een verlies is geleden. In box I kunnen verliezen namelijk verrekend worden.⁶² Een dergelijke verliesverrekening kan in box III niet toegepast worden. Door het feit dat een vastgoedbelegging fiscaal gezien op twee verschillende manieren gekwalificeerd kan worden, namelijk als box III vermogen of als resultaat uit overige werkzaamheden, kan het zo zijn dat er een sfeerovergang plaatsvindt op een bepaald moment. De sfeerovergang en het verschil in de belastingtarieven kan een belastingplichtige uitnodigen tot verschillende vormen van belastingarbitrage.

Belastingarbitrage omvat alle activiteiten om belasting te besparen. Dit kan bijvoorbeeld door het investeringsgedrag aan de verschillen in belastingdruk aan te passen. In het geval van een vastgoedbelegging zal met name de peildatum van box III een belangrijk argument zijn om de activiteiten dusdanig aan te passen. Hierdoor wordt op het moment van de peildatum de rendementsgrondslag verlaagd, terwijl het werkelijke vermogen gelijk blijft. Dit heeft een aanzienlijke belastingbesparing tot gevolg. Echter, in de Wet IB 2001 zijn bepalingen opgenomen die deze vorm van belastingarbitrage, ook wel ‘boxhopping’ genoemd, zo veel mogelijk voorkomen. Art. 2.14 lid 3 onderdeel b en c zien op de mogelijkheid om

⁶² Op grond van art. 3.150, Wet IB 2001.

vermogensbestanddelen te verschuiven. Zoals hiervoor reeds is genoemd, is het namelijk gunstig om een vastgoedbelegging ten tijde van de peildatum tijdelijk te verschuiven naar box I, zodat er een lager vermogen wordt belast. In art. 2.14 lid 3 onderdeel b staat genoemd dat indien een vermogensbestanddeel niet langer dan drie achtereenvolgende maanden waarin de peildatum is gelegen inkomen genereert in box I (of box II) en voorafgaand aan deze periode en daaropvolgend inkomen uit sparen en beleggen genereert, tevens in aanmerking wordt genomen bij de rendementsgrondslag van box III. In onderdeel c staat dezelfde arbitrageregeling als in onderdeel b, echter ziet onderdeel c op de periode van meer dan drie, maar minder dan zes maanden waarin de peildatum is gelegen. Tevens is in onderdeel c wel de regel opgenomen dat een belastingplichtige aannemelijk kan maken dat aan zijn handelingen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Op de term zakelijke overwegingen is in een toelichting opgenomen dat in dit verband moet worden verstaan 'niet-fiscale' overwegingen.⁶³ Een belastingplichtige moet dus aannemelijk kunnen maken dat niet-fiscale overwegingen van doorslaggevende betekenis zijn geweest bij de tijdelijke vermogensverschuiving naar box I. Door deze bepalingen in de Wet IB 2001 is het voor de belastingplichtige onmogelijk om zonder gegronde redenen een vastgoedbelegging buiten de rendementsgrondslag te houden.

4.2 Sfeerovergang van box III naar box I

Gedurende een bezitsperiode kan een vastgoedbelegging overgaan van heffing in box III naar heffing in box I. Dit blijkt uit BNB 1983/29⁶⁴. In dit arrest kocht belanghebbende in 1963 een perceel grond van 1100 m². voor f 5.500. Dit perceel had ten tijde van de aankoop een agrarische bestemming, maar zou in de toekomst kunnen dienen als bouwperceel. In 1977, veertien jaar later, werd het perceel als bouwperceel aangewezen en belanghebbende verkocht een deel van dit perceel aan twee verschillende kopers. De opbrengst van deze verkoop bedroeg f 21.000 respectievelijk f 16.500. De hieraan toe te rekenen kostprijs bedroeg f 3.750. Het resultaat dat met de verkoop werd behaald, ad f 33.750, werd door de inspecteur belast als opbrengst van niet in dienstbetrekking verrichte arbeid (het huidige resultaat uit overige werkzaamheden. Volgens het hof had belanghebbende de grond gekocht met het oogmerk deze te zijner tijd met winst te verkopen en keurde de toerekening van de inspecteur goed. De Hoge Raad was het daarmee echter niet eens. De waardeestijging tussen het moment van aanschaf in 1963 en het moment van verkoop in 1977 mocht niet worden belast. Slechts de waardeestijging die was opgetreden nadat belanghebbende in 1977 activiteiten ten aanzien van het perceel ging verrichten, mocht worden belast. De Hoge Raad overwoog daarbij:

“dat - al had belanghebbende, toen hij de grond kocht met de bedoeling deze te zijner tijd voor een hogere prijs van de hand te doen, door zijn werkzaamheden als metselaar in dienst van een bouwbedrijf enige kennis van bouwbedrijvigheid - de verwachting dat de voor een normale prijs aangekochte grond ten gevolge van evenbedoelde algemeen bekende omstandigheden nog in waarde zou stijgen, onvoldoende reden opleverde om die waardeestijging, toen zij werd gerealiseerd, als een voordeel uit arbeid in voormelde zin aan te merken, aangezien die op algemeen bekende omstandigheden gebaseerde verwachting in 1963 niet meer kon zijn dan een louter speculatief uitzicht op waardeestijging. [...] dat dit oordeel meebrengt, dat het bij de verkoop in 1977 behaalde voordeel, voor zover bestaande uit het verschil tussen de behaalde verkoopopbrengst en de waarde van de grond ten tijde dat evenbedoelde activiteiten aanvingen, wel als een inkomste uit arbeid in meerbedoelde zin moet worden aangemerkt.”

⁶³ Deze toelichting is gegeven in het besluit van 13 februari 2001, nr. CPP2000/3210M, vraag B.2.4.b en B.2.4.c.

⁶⁴ HR 16 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AW9125.

Het voordeel dat uiteindelijk belast mocht worden, bestond uit de verkoopopbrengst minus de waarde van de grond ten tijde dat de werkzaamheden aanvingen. Hierbij wordt de waardevermeerdering tussen 1963 en 1977 niet meegenomen in het behaalde voordeel en is dus sprake van een sfeerovergang.

Toerekening box I, zonder voorperiode in box III

Een vastgoedbelegging die kwalificeert als normaal vermogensbeheer, zal na aanschaf in box III terecht komen en onder de rendementsgrondslag vallen. Tevens zal in de meeste gevallen een vastgoedbelegging pas in box I terechtkomen, nadat deze eerst aan box III werd toegerekend. Pas nadat de belastingplichtige normaal, actief vermogensbeheer te buiten is gegaan, zal de vastgoedbelegging aan box I worden toegerekend. Indien de belastingplichtige echter op het moment van aanschaf van het onroerend goed al de intentie heeft om werkzaamheden te verrichten waardoor de waarde van het goed zal stijgen, kan de vastgoedbelegging direct na aanschaf al in box I worden geplaatst.⁶⁵ Een voorwaarde hiervoor is dat de werkzaamheden niet te lang na aanschaf worden verricht. Uit het eerder genoemde voorbeeld (BNB 1983/29) blijkt dat de intentie alleen niet voldoende is om het resultaat te belasting als resultaat uit overige werkzaamheden. Naast het hebben van een intentie, dient er ook een uitvoering te worden gegeven aan deze intentie. Indien dit laatste niet gebeurt, blijft de intentie fiscaal zonder gevolgen.

4.3 Sfeerovergang van box I naar box III

Net zoals er een sfeerovergang kan zijn van box III naar box I, kan dit ook van box I naar box III. Deze opvatting wordt bevestigd door het arrest van de Hoge Raad van 24 februari 2012.⁶⁶ In dit arrest kocht belanghebbende in 2000 een perceel grond en liet in de twee daaropvolgende jaren twee kantoorpanden bouwen. Nadat ze gereed waren gekomen, ging belanghebbende deze verhuren. In de bouwfase verrichtte belanghebbende, die architect van beroep was, verschillende werkzaamheden waaronder: het aanvragen van een bouwvergunning, de aannemersselectie, de prijs- en contractvorming en directie van en toezicht op de bouw. Belanghebbende kon en mocht redelijkerwijs voordeel verwachten, gelet op de kennis en kunde die hij als architect en bouwkundige in zou zetten. Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat belanghebbende zich in alle fasen, vanaf de oriënterende gesprekken over de aankoop van de grond tot en met de bouw en de oplevering van de kantoorpanden, zodanig met het bouwproject heeft bemoeid en de directie daarover heeft gevoerd. De grond diende dan ook van aankoop af voor de waarde in het economische verkeer op de ROW-balans van belanghebbende te worden opgenomen en zou na realisatie van de panden voor de waarde in het economische verkeer op dat moment naar het box 3-vermogen overgaan. De daarbij gerealiseerde waardevermeerdering behoort tot de inkomsten uit overige werkzaamheden.

Uit bovenstaand arrest blijkt dat een sfeerovergang van box I naar box III heel goed mogelijk is. Vanaf de aankoop van het perceel had belanghebbende door kennis en zijn kunde de mogelijkheid om het voordeel, dat redelijkerwijs te verwachten was, te realiseren. Hierdoor dienen de resultaten vanaf het moment van aankoop van het perceel als belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden te worden aangegeven. Omdat vanaf het begin af aan al de intentie van belanghebbende was om de kantoorpanden te gaan verhuren, vindt er een overgang van het vermogen plaats naar box III op het moment dat de kantoorpanden worden opgeleverd.

⁶⁵ P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, 'Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang', *WFR* 2010/1363, onderdeel 5.

⁶⁶ HR 24 februari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BN3467.

Moment van de overgang

Het moment van de sfeerovergang is van belang voor de toerekening van een gerealiseerd voordeel. Over dit daadwerkelijke moment bestond tot voor kort nog onduidelijkheid. Zwemmer⁶⁷ had een voorbeeld genoemd en daarin gesteld dat het moment van sfeerovergang plaatsvindt zodra de intentie van een belastingplichtige is gewijzigd. Uit het zogenoemde ‘supermarktarrest’⁶⁸ is echter pas duidelijk geworden wat het daadwerkelijke moment is van de overgang en wanneer een vastgoedbelegging dus het regime van box I verlaat en in box III wordt opgenomen. In dit arrest was het geschil tot welk moment een werkzaamheid doorloopt, alvorens deze overgaat naar box III. Belanghebbende had een winkelcentrum aangekocht met de intentie om deze met winst door te verkopen. Deze winst zou gerealiseerd worden door het afsluiten van een gunstig huurcontract. Nadat dit gunstige huurcontract was afgesloten, steeg de waarde van het winkelcentrum aanzienlijk. Tevens steeg het pand tot aan het moment van verkoop, welke twee jaar later plaatsvond, nog verder in waarde. De inspecteur was van mening dat zowel de huurinkomsten als de waardestijging aangemerkt moesten worden als resultaat uit overige werkzaamheden. Belanghebbende stelde echter dat de werkzaamheid was beëindigd op het moment dat de huurcontracten waren afgesloten en dat de waardestijging die later plaatsvond niet belast mocht worden. De Hoge Raad was het hier echter niet mee eens en oordeelde dat de werkzaamheid in beginsel voortduurde tot het moment van wederverkoop en dat het aandeel in het winkelcentrum tot dat moment tot belanghebbendes werkzaamheidvermogen bleef behoren. Alle inkomsten, inclusief de waardestijging, werden dus belast als resultaat uit overige werkzaamheden.

Tevens heeft de Hoge Raad een aanvulling gegeven op de hiervoor genoemde uitspraak. In het geval dat niet langer wordt voldaan aan de voorwaarden voor het bestaan van een werkzaamheid, loopt de werkzaamheid niet door totdat de laatste activiteit die de werkzaamheid kenmerkt, is voltrokken. Dit kan bijvoorbeeld doordat de belastingplichtige de bestemming van het vermogensbestanddeel heeft gewijzigd in duurzaam aanhouden ter belegging. Het is dus niet de intentiewijziging die het moment van de sfeerovergang bepaalt, maar pas het daadwerkelijke moment van realisatie van het voordeel. In een zeer recent arrest⁶⁹ heeft de Hoge Raad dit nogmaals bevestigd. De Hoge Raad overwoog hierin:⁷⁰

“Indien een werkzaamheid van een belastingplichtige bestaat in een project ter realisering van een complex van appartementen, teneinde deze te gaan verkopen dan wel te verhuren, heeft te gelden dat deze werkzaamheid voortduurt zolang het beoogde resultaat – de verkoop of de aanwending ter belegging van de binnen het project voortgebrachte onroerende zaken – niet is bereikt. Bij de beëindiging van de werkzaamheid moeten de vermogensbestanddelen die ter belegging worden aangewend tegen de waarde in het economische verkeer worden overgebracht naar het privévermogen van de belastingplichtige.”

4.4 Andere mogelijkheden van een sfeerovergang

In de vorige twee paragrafen zijn sfeerovergangen besproken van box III naar box I en vice versa. Het is echter ook mogelijk dat er een ander soort overgang plaatsvindt. Zo bestaat er de mogelijkheid dat een vastgoedbelegging voor een bepaalde periode als resultaat uit overige werkzaamheden wordt aangehouden, maar dat het onroerend goed uiteindelijk wordt gebruikt voor zelfbewoning. In dat geval blijft het vastgoed in box I, maar verandert het van belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden naar een eigen woning die valt onder het

⁶⁷ J.W. Zwemmer, ‘Inkomsten uit overige werkzaamheden met betrekking tot vermogen in Box 3’, *NtFR* 2001/1001.

⁶⁸ Hoge Raad 16 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4808.

⁶⁹ HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:220.

⁷⁰ Zie r.o. 4.2.

belastbaar inkomen uit werk en woning. Indien een dergelijke situatie zich voordoet, vindt er een staking van de werkzaamheden plaats. Er wordt namelijk niet meer voldaan aan de bronvereisten. Bij staking wordt er afgerekend over de waardestijging en de stille reserves op grond van art. 3.95 lid 1 jo. art. 3.61 Wet IB 2001. Meer over de afrekening bij staking wordt behandeld in paragraaf 4.5.2.

Tevens kan het ook voorkomen dat een pand in box III niet meer als vastgoedbelegging wordt aangehouden, maar dat er wordt gekozen voor zelfbewoning van dat pand. In dat geval zal het pand niet meer in box III thuishoren, maar overgaan naar box I onder de inkomenscategorie 'belastbaar inkomen uit werk en woning'. In dat geval zijn er verder geen fiscale gevolgen.

4.5 Consequenties van een sfeerovergang

Uit voorgaande paragrafen blijkt dat een vastgoedbelegging een sfeerovergang kan ondergaan. Dit kan van box I naar box III, maar ook van box III naar box I. De bijbehorende consequenties verschillen per situatie en het is dan ook van belang dat de sfeerovergang duidelijk in beeld wordt gebracht. Belangrijk daarbij is om een indeling te maken in tijdvakken. De vermogenswinsten en -inkomsten dienen over de tijdvakken verdeeld te worden. Tevens dient per tijdvak aangegeven te worden in welk regime de vastgoedbelegging thuishoort. Deze indeling wordt aangeduid met de term 'compartimentering'. Compartimentering houdt in dat vermogenswinsten- en inkomsten over tijdvakken met een verschillend fiscaal regime worden verdeeld.⁷¹ Zodra dit duidelijk in beeld is gebracht, kunnen de consequenties nader worden bekeken.

4.5.1 Sfeerovergang van box III naar box I

Een vastgoedbelegging die op enig moment meer dan normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat, zal verplaatsen van box III naar box I. In het desbetreffende jaar dat dit gebeurt, kan de vastgoedbelegging in box III en in box I terug te vinden zijn in de aangifte inkomstenbelasting. Box III kent namelijk een waardepeildatum op 1 januari van dat jaar en wanneer de sfeerovergang plaatsvindt, zal de vastgoedbelegging in box I worden opgenomen. In dat geval zal het vanaf dat moment als resultaat uit overige werkzaamheden worden beschouwd. In box I dient de vastgoedbelegging tegen waarde in het economische verkeer te worden opgenomen die op dat moment geldt.⁷² De Hoge Raad overweegt daarbij: *"bij de bepaling van de waarde in het economische verkeer van het pand, welke waarde gelijk is aan de prijs die op de datum van de overbrenging naar het prive-vermogen bij aanbidding van het pand ten verkoop op de meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meest biedende gegadigde daarvoor zou zijn besteed, dienen de overdrachtskosten - die immers voor rekening van de koper plegen te komen - buiten beschouwing te blijven".*⁷³

Bij de bepaling van het resultaat uit overige werkzaamheden heeft de wetgever ervoor gekozen om aansluiting te zoeken bij de systematiek van de categorie 'winst uit onderneming'. Dit is terug te vinden in art. 3.95 van de Wet IB 2001, waar staat genoemd dat bepaalde artikelen overeenkomstig van toepassing zijn, alsof de werkzaamheid een onderneming vormt. In art. 3.95 van de Wet IB 2001 wordt dus de bepaling van het resultaat benoemd en wordt verwezen naar artikelen die eveneens van toepassing zijn bij winst uit onderneming. Een vastgoedbelegging dient in box I in de ROW-balans te worden opgenomen tegen de waarde in het economische verkeer die op dat moment geldt. Tevens dient ook het resultaat aangegeven te worden. Het resultaat dat behaald is met de

⁷¹ P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, 'Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang', *WFR* 2010/1363, onderdeel 7.

⁷² Dit blijkt uit HR 17 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4423.

⁷³ HR 17 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4423, r.o. 4.4.

vastgoedbelegging, dient op grond van art. 3.95 lid 1 jo. art. 3.25 van de Wet IB 2001 te worden belast in de jaarwinst. Op deze manier worden bijvoorbeeld huuropbrengsten of verkoopwinsten belast in box I.

4.5.2 Sfeerovergang van box I naar box III

Indien een vastgoedbelegging overgaat van box I naar box III, is er sprake van een (fictieve) staking van de werkzaamheid. Bij staking wordt er afgerekend over de waardestijging en de stille reserves op grond van art. 3.95 lid 1 jo. art. 3.61 Wet IB 2001. Dit is al eerder genoemd in paragraaf 4.4. Het feit dat er op het moment van staking afgerekend dient te worden over de waardestijging en de stille reserves van het onroerend goed, is niet het enige probleem waar de belastingplichtige tegenaan loopt bij deze vorm van sfeerovergang. Door de sfeerovergang krijgt de belastingplichtige te maken met een fictieve staking, waardoor er werkelijk geen liquide middelen vrijkomen, aangezien de vastgoedbelegging in het bezit blijft en in box III terechtkomt. Door deze fictieve staking ontstaat er bij de belastingplichtige een belastingclaim over het ongerealiseerde resultaat. In de parlementaire behandeling van de Wet IB 2001 is de belastingheffing over het ongerealiseerde resultaat nog niet gesignaleerd. De afrekening over het ongerealiseerde resultaat is dan ook een mogelijk onbedoeld gevolg van de overgang van het kasstelsel naar het winstregime (overgang Wet IB 1964 naar Wet IB 2001). Onder de Wet IB 1964 zou een dergelijk voordeel namelijk niet worden belast en onder de Wet IB 2001 wel, terwijl art. 3.90 van de Wet IB 2001 beoogt aan te sluiten bij art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964. De Hoge Raad heeft zich nog niet expliciet uitgelaten over deze kwestie.⁷⁴ Boer en Van der Slik⁷⁵ zijn van mening dat de afrekening over ongerealiseerde voordelen geen uitbereiding ten opzicht van de Wet IB 1964 betekent, maar een onbedoelde reparatie van het heffingslek dat onder de Wet IB 1964 bestond bij de afwezigheid van een daadwerkelijk realisatiemoment. Zij zijn dan ook van mening dat indien voornoemde conclusie wordt bevestigd in de rechtspraak, de wetgever dient te voorzien in een doorschuif- of betalingsfaciliteit.

Als mogelijke oplossing voor dit probleem noemen Albert en Berkhout⁷⁶ dat het logisch zou zijn dat de belastingplichtige gebruik zou kunnen maken van de uitstel-van-betalingsfaciliteit die genoemd staat in art. 25 lid 14 van de IW 1990. Dit artikel geldt vooralsnog slechts voor vastgoed in de terbeschikkingstellingregeling. In dit artikel wordt de uitstel van betaling bepaald voor de duur van ten hoogste tien jaar. Voorwaarde daarbij is dat er voldoende zekerheid is gesteld door de belastingplichtige. Tevens stopt het uitstel wanneer de onroerende zaak na tien jaar nog niet is vervreemd, wanneer de onroerende zaak binnen die tien jaar wel wordt vervreemd, wanneer de onroerende zaak wordt geschonken of op het moment dat de belastingplichtige overlijdt.

4.6 Deelconclusie

Als antwoord op de vraag: *‘Wat zijn de consequenties van een sfeerovergang van normaal vermogensbeheer naar meer dan normaal, actief vermogensbeheer en omgekeerd?’*, kan het volgende worden gesteld.

Vastgoed kan niet zonder meer in box I worden geplaatst, om heffing in box III ten tijde van de peildatum te voorkomen. Hiertegen zijn in de Wet IB 2001 bepalingen opgenomen die het zogenoemde ‘boxhoppen’ doen voorkomen. Uit paragraaf 4.2 en 4.3 blijkt dat een

⁷⁴ J.P. Boer en B. van der Slik, ‘NDFR-commentaar bij artikel 3.90 Wet IB 2001 Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden’, 5.3.1 Voordeel beogen – realisatie (bijgewerkt tot 31 januari 2015).

⁷⁵ J.P. Boer en B. van der Slik, ‘NDFR-commentaar bij artikel 3.90 Wet IB 2001 Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden’, 5.3.1 Voordeel beogen – realisatie (bijgewerkt tot 31 januari 2015).

⁷⁶ P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, ‘Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang’, *WFR* 2010/1363, noot 37.

sfeerovergang van box III naar box I en andersom mogelijk is. Ook andere vormen van een sfeerovergang zijn mogelijk. Een voorbeeld hiervan is een pand in box I of box III die op den duur voor zelfbewoning wordt gebruikt. Indien er vastgesteld is dat er sprake is van een sfeerovergang, dient er gecompartmenteerd te worden. De vermogenswinsten en -inkomsten dienen over de tijdvakken verdeeld te worden. Tevens dient per tijdvak aangegeven te worden in welk regime de vastgoedbelegging thuishoort.

In geval van een sfeerovergang van een vastgoedbelegging van box III naar box I, dient de vastgoedbelegging op de ROW-balans opgenomen te worden tegen de waarde in het economische verkeer. Eventuele waardeinstijgingen tot het moment van de sfeerovergang worden niet belast. Ook periodieke opbrengsten uit de vastgoedbelegging, bijvoorbeeld huuropbrengsten, dienen ook aangegeven te worden als resultaat uit overige werkzaamheden. Op het moment dat een vastgoedbelegging overgaat van box I naar box III, zijn de consequenties van grotere omvang. In dat geval zal er sprake zijn van een fictieve staking. Bij een (fictieve) staking dient er afgetrokken te worden over waardeinstijgingen en eventuele stille reserves die rusten op de vastgoedbelegging. Uit deze fictieve staking vloeit een belastingclaim voort. De vastgoedbelegging blijft immers in bezit van de belastingplichtige, dus er wordt geen werkelijk resultaat genoten. Hoe de rechtspraak met deze belastingclaim en de heffing daarvan omgaat, is vooralsnog niet duidelijk. Boer en Van der Slik stellen dat hiervoor in de wet een doorschuif- of betalingsfaciliteit dient te worden opgenomen. Op die manier wordt de betaling uitgesteld tot het moment van de daadwerkelijke realisatie, bijvoorbeeld bij vervreemding.

5. Kwalificatie van een vastgoedbelegging in de praktijk

Reeds is verschillende rechtspraak over het grensgebied tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal, actief vermogensbeheer behandeld. Hierbij is het tevens interessant om te achterhalen hoe een vastgoedbelegging in de praktijk wordt gekwalificeerd. Om dit te realiseren, zijn interviews gehouden met verschillende personen. De uitkomsten van deze interviews zullen in dit hoofdstuk worden uitgewerkt en vergeleken met informatie uit voorgaande hoofdstukken. De deelvraag in dit hoofdstuk luidt als volgt:

“Op welke manier wordt een vastgoedbelegging gekwalificeerd in de praktijk door zowel fiscalisten, als de fiscus?”

In paragraaf 5.1 wordt de kwalificatie door fiscalisten behandeld. Hierin is een indeling gemaakt naar de verschillende onderwerpen in de interview. In paragraaf 5.2 wordt de kwalificatie door de fiscus behandeld. Paragraaf 5.3 gaat vervolgens in op een genoemd onderwerp in een interview, namelijk het pleitbaar standpunt. Tot slot zal in paragraaf 5.4 een deelconclusie worden gevormd.

5.1 Kwalificatie door fiscalisten

Een aantal verschillende, onafhankelijke fiscalisten – onder andere uit de adviespraktijk – is geïnterviewd om onder andere te achterhalen hoe een vastgoedbelegging in de praktijk gekwalificeerd wordt. Van deze mogelijkheid is tevens gebruik gemaakt om andere van belang zijnde aandachtspunten met betrekking tot dit onderwerp aan het licht te brengen bij de respondenten. Aan de verschillende respondenten is uitgelegd dat het onderzoek in deze scriptie alleen ziet op het onderscheid tussen normaal vermogensbeheer (box III) en meer dan normaal, actief vermogensbeheer (ROW). De interviewverslagen behorende bij de interviews zijn terug te vinden in bijlagen A tot en met F. In de volgende subparagrafen zal per subonderwerp van het interview aandacht worden geschonken. Hierbij zal worden ingegaan op de verschillende optieken van de verschillende respondenten. Tevens zal er waar nodig worden teruggeblikt naar informatie uit de voorgaande hoofdstukken.

5.1.1 Probleem in de praktijk

Om een inzicht te krijgen in de grootte van het probleem in de (advies)praktijk, is aan de respondenten de vraag gesteld of de toerekeningproblematiek met betrekking tot een vastgoedbelegging regelmatig voorkomt binnen het cliëntenbestand van het kantoor waar zij werkzaam zijn. Iedere respondent heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Ieder van hen heeft tevens verschillende voorbeelden geschetst van situaties die zich voordoen en die denkbaar zijn. Veel van deze voorbeelden zien op de particuliere vastgoedbelegger die een pand aan- en/of verkoopt of deze ter belegging aanhoudt. In iedere beschrijving van een voorbeeld worden verschillende feiten en omstandigheden genoemd. Dit benadrukt nogmaals de complexiteit van deze problematiek, juist omdat de toerekening afhankelijk is van deze verschillende feiten en omstandigheden.

5.1.2 Begrip ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’

Bij de invoering van de Wet IB 2001 is tevens art. 3.91 lid 1 onderdeel c in de wet opgenomen. In dit artikel is toen de term ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ opgenomen met daarbij een drietal voorbeelden wanneer hiervan sprake zou zijn. Wat ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ precies inhield, is echter nooit duidelijk geworden. Dit is tevens al behandeld in paragraaf 2.2.4. Met betrekking tot dit begrip in de Wet IB 2001, zijn aan de respondenten de volgende twee vragen gesteld:

1. Hoe denkt u dat het komt dat er nooit een toelichting op dit begrip is gegeven?
2. Vindt u het terecht dat er geen toelichting op begrip is gegeven?

Over de antwoorden op de eerste vraag is het volgende te zeggen. De heer Van Gijlswijk (zie bijlage A) vertelt dat er wel degelijk een toelichting is gegeven op dit ‘nieuwe’ begrip in de wet, maar dat dit nog steeds onduidelijk was en erg vaag. Hij vertelt daarbij dat de term ‘normaal vermogensbeheer’ eigenlijk niet bestaat, omdat vermogensmutaties in de inkomstenbelasting niet worden belast. De theorie hierachter is de bronnentheorie, die ook in de Wet IB 1964 al werd toegepast. De heer Den Otter en mevrouw X (zie bijlage D en bijlage F) vertellen echter dat zij denken dat deze ‘open norm’ in de wetgeving nieuwe jurisprudentie uitlokt. Juist door dit onduidelijke begrip kunnen verschillende specifieke gevallen in de heffing worden betrokken. Dit biedt ruimte voor een ruime interpretatie. Ook de heer Ashkir kan zich in deze mogelijke verklaring vinden (zie bijlage E). De heer Berkhout (zie bijlage B) noemt het een ‘foefje’ van de wetgever om het woord ‘actief’ erbij te betrekken. Uit de jurisprudentie behorende bij art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964 is al gebleken dat er slechts sprake kan zijn van belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, indien er bij de aan- en verkoop van een pand meer komt kijken en dat “een voordeel niet met de handen over elkaar kan worden gerealiseerd”. De heer Boer (zie bijlage C) vertelt dat het de bedoeling was om door middel van dit artikel richting te geven aan de jurisprudentie, maar dat het tegelijkertijd ook dient als een soort kwalificatie. Volgens de heer Boer gaan deze twee dingen niet samen. Hij licht daarbij toe: “of je zegt wat het is of wat het zou moeten zijn, of je zegt wat je vindt dat het moet worden”. Dit laatste is het volgens hem in ieder geval niet, want de voorbeelden bieden geen houvast voor de rechtspraak. Ook de heer Van Gijlswijk en de heer Berkhout noemden dit in het interview. Dat de voorbeelden geen houvast bieden, blijkt uit het arrest van 9 oktober 2009, welke reeds besproken is in paragraaf 2.2.4. De voorbeelden kunnen alleen in de heffing van box I worden betrokken, indien ook aan de bronvoorwaarden van art. 3.90 van de Wet IB 2001 wordt voldaan.⁷⁷ Art. 3.91 lid 1 onderdeel c biedt dus volgens de heer Boer geen heffingsbasis en is dus eigenlijk overbodig. Om dit te verduidelijken zegt hij: “artikel 3.91 lid 1c, weg ermee!”.

De tweede vraag, of de respondenten het terecht vinden dat er geen toelichting op het nieuwe begrip is gegeven, blijkt lastig te beantwoorden. Dit komt door het feit dat de situatie van twee kanten wordt bekeken. Enerzijds is er begrip voor de wetgever. Door een ‘open norm’ op te nemen kunnen meerdere specifieke en individuele situaties in de heffing worden betrokken. Echter, het feit dat er hierdoor rechtsonzekerheid en onduidelijkheid ontstaat is onwenselijk. De heer Ashkir toont enigszins begrip voor de wetgever, maar ook hij vindt het feit dat het begrip open wordt gelaten zonder toelichting, onterecht. Hij is dan ook van mening dat de wetgever nu aan zet is om op enige manier dit begrip toch nog te verduidelijken.

Het is opmerkelijk dat er een nieuw begrip in de wet wordt geplaatst, dat niets toevoegt ten opzichte van de oude wetgeving en de daarbij behorende jurisprudentie. Ook in de evaluatie van de belastingherziening 2001⁷⁸ is de suggestie gedaan om art. 3.91 lid 1 onderdeel c van de Wet IB 2001 te schrappen. Hierover is toen het volgende gezegd:

“Alles afwegende komt het kabinet tot de conclusie dat de invoering van het begrip «meer dan normaal, actief vermogensbeheer» kennelijk niet de helderheid heeft verschaft die de indieners van het amendement voor ogen stond. Het schrappen van het desbetreffende artikel heeft volgens het kabinet echter tot gevolg dat er opnieuw onzekerheid zou kunnen ontstaan terwijl er (opnieuw) geen beleidswijziging mee zou worden beoogd. Daarnaast kunnen de in het artikel opgenomen voorbeelden, de rechter aanknopingspunten geven voor de besteding van het beleid. Om die redenen acht het kabinet het wenselijk om het artikel te behouden.”

⁷⁷ Deze bronvoorwaarden zijn reeds behandeld in paragraaf 2.2.

⁷⁸ Evaluatie van de belastingherziening, Kamerstukken II 2005/2006, 30 375, nr. 2.

Opvallend is dat, na bijna vijftien jaar na de invoering van de Wet IB 2001, enkele respondenten nog steeds van mening zijn dat het artikel geschrapt kan worden. Het feit dat het betreffende artikel geen heffingsbasis biedt, maakt het artikel onnodig.

Het argument dat 'de in het artikel genoemde voorbeelden de rechter aanknopingspunten kunnen geven voor de besteding van het beleid', is naar mijn mening ontkracht. Deze voorbeelden vloeien voort uit de jurisprudentie behorende bij art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964. Het zou voor minder verwarring hebben gezorgd als dit een feilloze overgang geweest zou zijn van de categorie 'inkomsten uit andere arbeid' uit de Wet IB 1964, naar 'resultaat uit overige werkzaamheden' in de Wet IB 2001, zonder toevoeging aan het begrip 'werkzaamheid' door middel van art. 3.91 lid 1 onderdeel c. Dit schetst namelijk het beeld dat art. 3.91 lid 1 onderdeel c niet hoort bij het ROW-artikel, terwijl dit juist wel het geval is. Als er geen kwantitatieve normen worden gesteld (bijvoorbeeld aantal panden of het minimaal aantal uren arbeid), blijft het onduidelijk.

5.1.3 Beoordeling in de praktijk

Belangrijker dan de vraag of het probleem zich in de praktijk voordoet, is de vraag hoe de praktijk beoordeelt of er sprake is van belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden of box III vermogen. De heer Van Gijlswijk vertelt dat hij het belangrijk vindt dat er gekeken wordt naar de geschiedenis van de Wet IB 2001. De rangorderegeling vindt hij hierin een belangrijke rol in spelen. Vermogensmutaties worden in beginsel niet belast, ook onder de Wet IB 2001 niet. Ook de heer Boer komt hier in zijn interview op terug. Een vastgoedtransactie wordt niet belast omdat het een vermogenswinst is, maar omdat het een arbeidsinkomst is. Hij vertelt dat het er in dat geval wel uitziet als een vermogenswinst, maar dat dit feitelijk onmaskerd wordt door aan de vier bronvoorwaarden van het ROW-regime te toetsen.

De heer Van Gijlswijk noemt dat zijn belangrijkste overweging ziet op de vraag of de verrichte arbeid erop gericht (is geweest) om meer voordeel te behalen dan een passieve belegger. Tevens geven de respondenten aan dat zij van te voren veel gerichte vragen stellen aan de cliënten. Hierbij is het natuurlijk van belang of de adviseur vooraf is ingelicht, zodat vooraf geadviseerd kan worden. Indien de situatie pas achteraf wordt voorgelegd, is het van belang om aan de hand van de gerichte vragen te beoordelen of de vastgoedbelegging van de cliënt thuishoort in box I of box III. Zowel de heer Ashkir als mevrouw X hebben aangegeven dat zij bij twijfel, of als zij meedoen aan Horizontaal Toezicht, de situatie eerst voorleggen aan de Belastingdienst.

5.1.4 Zwaartepunt bij de kwalificatie

In de jurisprudentie wordt een eigen richting gegeven aan de bronnentheorie en de wijze waarop een vastgoedbelegging wordt gekwalificeerd. Ondanks dat de respondenten geen inspraak hierop hebben, is het toch interessant om te weten waar zij vinden dat het zwaartepunt moet liggen bij de kwalificatie van een dergelijke vastgoedbelegging. Deze meningen zijn grotendeels gevormd door de kennis die de respondenten hebben met betrekking tot dit onderwerp.

Iedere respondent noemt de factor 'arbeid' als belangrijkste voorwaarde. Het behaalde of het te behalen voordeel dient namelijk gerelateerd te zijn aan deze arbeid. Deze factoren sluiten daarbij aan bij de bronvoorwaarden die gelden voor het resultaat uit overige werkzaamheden. De arbeid dient er dus op gericht te zijn om meer voordeel te behalen. De heer Berkhout vertelt daarbij dat de volgende vraag gesteld moet worden: "Is het resultaat beïnvloedbaar?". Als het resultaat niet beïnvloedbaar is, zal de belastingplichtige ook niet zo snel de verrichte arbeid meer verrichten.

Bij drie van de zes respondenten kwam de factor 'voorkennis' ook aan de orde. De conclusie die zij alle drie trekken, is dat wanneer er sprake is van een kennisvoorsprong en dit ook bekend is, er eigenlijk altijd sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden. De factor

‘voorkennis’ vertegenwoordigt de bronvoorwaarde ‘voordeel beogen/voordeel verwachten’. Uiteraard dient er naar aanleiding van de voorkennis nog wel de nodige ‘arbeid’ verricht te zijn, voordat het voordeel aan box I kan worden toegerekend.

De heer Den Otter ging nog een stuk dieper in op de factor ‘voorkennis’. Hij vertelt dat hij van mening is dat in dergelijke situaties waarin er sprake is van voorkennis, alleen het hogere voordeel belast dient te worden in box I. Met hoger voordeel doelt hij op het verschil tussen het voordeel van een belegger zonder voorkennis en het voordeel van een belegger met voorkennis. Het is echter lastig vast te stellen wat het voordeel geweest zou zijn van een belegger zonder voorkennis. Een vergelijking is in dergelijke situaties enorm lastig te maken. Dit onderscheid in het behaalde voordeel is dus in de praktijk niet goed toe te passen.

5.1.5 Duidelijke grens of andere mogelijke oplossing

Aan de respondenten is de vraag gesteld of zij vinden dat er alsnog een duidelijke ‘grens’ in de wet opgenomen dient te worden voor wat betreft het onderscheid in ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’. Indien deze vraag ontkennend beantwoord werd, is de vraag gesteld of zij een andere mogelijke oplossing voor ogen hebben. Het merendeel van de respondenten beantwoordt deze vraag ontkennend. Zij zijn dus van mening dat er geen duidelijke grens (meer) gesteld dient te worden in de wet. Hierbij geven zij verschillende argumenten.

De heer Van Gijlswijk vertelt bijvoorbeeld dat de grens in de loop der tijd wel duidelijker is geworden. Hierdoor is het opnemen van een duidelijke bepaling in de wet achterhaald. De heer Boer en de heer Berkhout stellen ook dat er geen grens in de wet opgenomen dient te worden en dat dit verder aan de jurisprudentie moet worden overgelaten. Het is inmiddels al zo lang aan de rechtspraak overgelaten, dat het volgens de heer Boer geen zin heeft om dit nog specifiek in de wetgeving te regelen. In zijn optiek leidt zou dat eerder leiden tot onduidelijkheid dan tot verheldering. Uiteraard kunnen er verschillende mogelijkheden bedacht worden, zoals termijnen waarbinnen wordt overgegaan tot verkoop of bewijsvermoedens. Echter, de heer Boer stelt hierbij de vraag welk probleem hiermee wordt opgelost. De heer Berkhout vertelt tevens dat hij in het verleden heeft voorgesteld aan de wetgever om de Duitse regeling met betrekking tot deze problematiek ook in Nederland toe te passen. In dat geval zou het voordeel dat behaald is met de verkoop van vastgoed belast zijn, indien de verkoop binnen tien jaar plaatsvindt na de aankoop. Na tien jaar zou dit dat onbelast zijn. Deze regeling is echter niet geaccepteerd door de wetgever. Als andere optie noemt de heer Berkhout een forfaitaire regeling. Volgens hem is dit echter erg kwetsbaar en lastig, omdat elke grens die gesteld wordt, dichtgetimmerd moet worden. Ook de heer Den Otter, de heer Ashkir en mevrouw X zijn van mening dat een duidelijke grens lastig te stellen is. De heer den Otter ziet wel mogelijkheden om de grens op zijn minst te verduidelijken. Hierbij is het belangrijk om vooraf duidelijk vast te stellen wie de wetgever met deze regeling wil treffen. Er zullen concrete situaties en voorbeelden benoemd moeten worden. De heer Den Otter merkt echter wel terecht op dat het gevolg hiervan zou zijn dat het een onleesbare en onduidelijke wetsbepaling wordt, wat ook onwenselijk is. De heer Ashkir is van mening dat de toekomst van het inkomensbegrip in de handen ligt van de wetgever. De politiek dient volgens hem hierin een actieve rol te spelen door aan te dringen op een herzien van de Wet IB 2001. Mevrouw X Ziet als een mogelijke grens dat een bepaald percentage rendement het onderscheid maakt. Ze vertelt dat de grens lastig te stellen is, omdat er veel verschillende situaties denkbaar zijn die niet in een ‘vaste wetgeving’ zijn te ondervangen. Ze vindt dit echter geen probleem, omdat juist dit grijze gebied in de wetgeving haar wel leuk en uitdagend houdt.

Enkele respondenten geven aan dat indien er echt onduidelijkheid bestaat, dat de situatie vooraf besproken kan worden met de Belastingdienst. Ook is het een optie om bij meerdere

grote beleggingen ervoor te kiezen om de beleggingen onder te brengen, of te participeren in een FBI⁷⁹.

5.1.6 Overige aandachtspunten

In hoofdstuk 4 zijn mogelijke sfeerovergangen van box III naar box I en van box I naar box III behandeld. Met name de sfeerovergang van box I naar box III is interessant, omdat er een belastingclaim ontstaat terwijl er feitelijk geen liquide middelen vrijkomen. Het pand gaat in dat geval namelijk over van box I naar box III en blijft in eigen beheer. De heer Berkhout en de heer Boer hebben in verschillende artikelen hierover geschreven. Ik heb van de gelegenheid gebruik gemaakt om in het interview met deze personen ook gerichte vragen met betrekking tot deze problematiek te stellen.

De heer Berkhout schreef eerder in een artikel⁸⁰ dat het wellicht een mogelijke oplossing is om aanspraak te kunnen maken op de uitstel van betalings-faciliteit zoals genoemd in art. 25 lid 14 van de IW 1990. Omdat dit artikel inmiddels al verouderd is, is de vraag gesteld of de heer Berkhout deze mening nog steeds deelt. Deze vraag beantwoordt hij ontkennend. Zijn mening is ongewijzigd gebleven. Een mogelijke andere oplossing hiervoor heeft de heer Berkhout niet. Een mogelijkheid tot doorschuiven of uitstel van betaling zijn de meest passende oplossingen voor dit probleem.

Ook de heer Boer schreef eerder in een artikel⁸¹ dat de Hoge Raad zich tot op heden nog niet expliciet heeft uitgelaten over deze kwestie. Op de vraag hoe het kan dat hier nog (steeds) geen uitspraak over is gedaan, antwoordt de heer Boer dat dit volgens hem niet lang meer kan duren en dat het probleem opgelost moet worden. In ditzelfde artikel schreef de heer Boer ook over een mogelijke oplossing voor deze problematiek. Net als de heer Berkhout is de heer Boer van mening dat een doorschuif- of betalingsfaciliteit als oplossing kan dienen. Er zou een bepaling opgenomen kunnen worden waarbij het voordeel wordt doorgeschoven tot het moment van verkoop. Een betalingsfaciliteit kan in de vorm van een conserverende aanslag volgens de heer Boer. Op de vraag of er een termijn verbonden moet worden aan de verkoop vanaf het moment van sfeerovergang, antwoordt de heer Boer ontkennend. Hij is van mening dat, ongeacht de periode, er in ieder geval afgerekend dient te worden over het vervreemdingsvoordeel. Praktisch is dit wellicht lastig te volgen, bijvoorbeeld als het over een periode van 30 jaar gaat, maar in dat geval is volgens de heer Boer een betalingsfaciliteit dan de beste oplossing hiervoor.

Naast het feit dat aan de heer Berkhout en de heer Boer extra vragen zijn gesteld met betrekking tot een sfeerovergang, was er voor de respondenten in het interview ruimte voor eigen inbreng. Eigen inbreng met betrekking tot de vraagstelling is reeds vermeld bij de het desbetreffende onderwerp. De heer Van Gijlswijk heeft echter nog twee andere aandachtspunten die hij graag verbeterd zou zien.

Het eerste aandachtspunt betreft een duidelijke een stapsgewijze opzet in de rechtspraak. De heer Van Gijlswijk is van mening dat de achtergrond van het wetsartikel en de rangorderegeling in de Wet IB 2001 vaak wordt vergeten. In de rechtspraak wordt dit namelijk niet duidelijk naar voren gebracht. Indien het geschil in een casus is of er sprake is van een onderneming of resultaat uit overige werkzaamheden, worden alleen deze twee categorieën overwogen. De heer Van Gijlswijk zou liever zien dat alle inkomenscategorieën

⁷⁹ Een fiscale beleggingsinstelling is vennootschap waarvan het doel en de feitelijke werkzaamheden bestaan uit het beleggen van vermogen.

⁸⁰ P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, 'Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang', *WFR* 2010/1363.

⁸¹ J.P. Boer en B. van der Slik, 'NDFR-commentaar bij artikel 3.90 Wet IB 2001 Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden (bijgewerkt tot 31 januari 2015)'.

af worden gegaan en wordt gekeken of het daar thuishoort. Pas als een inkomensbestanddeel niet onder een bepaalde categorie valt, kan worden gekeken naar een andere inkomenscategorie. Op het moment dat de vraag is of er sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden, moet dus eerst inkomen uit dienstbetrekking of winst uit onderneming worden uitgesloten. Door deze volgorde consequent toe te passen in de rechtspraak, kan een hoop meer duidelijkheid worden verschaft en zijn grenzen makkelijker te benoemen.

De heer Van Gijlswijk heeft tevens aangegeven dat er geen grens opgenomen dient te worden in de wet. Hij zou daarentegen liever zien dat de grens tussen resultaat uit overige werkzaamheden en winst uit onderneming duidelijker wordt, omdat hier veel meer van afhangt. Als voorbeeld noemt hij diverse faciliteiten, zoals de ondernemersaftrek en de bedrijfsopvolgingsregeling⁸². Het begrip 'onderneming' zou dus beter gedefinieerd moeten worden. Dit is het punt waar de heer Boer ook op doelde bij de beantwoording op de vraag of er een duidelijke grens in de wet opgenomen dient te worden. Hij stelde daarbij de vraag welk probleem hiermee wordt opgelost. Indien gekwalificeerd wordt voor WUO, kan gebruik worden gemaakt van verschillende ondernemersfaciliteiten. Indien daarentegen geen sprake is van winst uit onderneming maar van resultaat uit overige werkzaamheden, kunnen deze ondernemersfaciliteiten niet worden toegepast. Het belang van dit onderscheid gaat daarbij een stuk verder. Ondanks het feit dat aan het onderscheid tussen resultaat uit overige werkzaamheden of box III vermogen minder gevolgen gepaard gaan, betekent niet dat dit geen aandacht verdiend. Alleen al het verschil in heffing, is in mijn ogen voldoende om het onderscheid te verduidelijken.

5.2 Kwalificatie door de fiscus

Naast de fiscalisten, is ook de fiscus betrokken bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging. De rol van de fiscus is erop toezien dat de wetgeving juist wordt nageleefd. Indien in een aangifte inkomstenbelasting een vastgoedbelegging in box III wordt geplaatst, kan de fiscus een tegengesteld standpunt innemen. In dat geval wordt afgeweken van de aangifte en kan belastingplichtige op dat moment bezwaar maken. Ook kan het zijn dat een pand juist niet in de aangifte wordt opgenomen, omdat de peildatum van box III 1 januari van het betreffende jaar is. De fiscus heeft echter toegang tot verschillende registers en databanken. Zij zijn dus van een eventuele aan- en/of verkoop van een pand op de hoogte. In het geval dat er een verkoop van een pand heeft plaatsgevonden in privé en dit niet is vermeld in de aangifte, zal de inspecteur de transactie nader bekijken. Zoals reeds bekend is, spelen hierbij diverse feiten en omstandigheden een rol. Van belang kan zijn of het pand eerder in box III werd aangegeven, of het pand voor de verkoop werd verhuurd, wie onderhoud verrichtte aan het pand, of bijvoorbeeld of er sprake is van voorkennis dat leidde tot een hogere verkoopopbrengst. Het is aan de fiscus om deze vragen te stellen, dan wel zelf uit te zoeken. Indien er een hoge verkoopopbrengst mee gepaard gaat, zal de fiscus meer moeite doen om alle feiten en omstandigheden uit te zoeken. Een mogelijke heffing over een vermogensmutatie die als resultaat uit overige werkzaamheden kan worden aangemerkt, leidt tot hogere overheidsinkomsten. Ook in het geval er zich een 'nieuwe situatie' voordoet, zal de fiscus waarschijnlijk eerder besluiten om het tegendeel te bewijzen. Nieuwe situaties waarbij andere combinaties van feiten en omstandigheden zich voordoen, kunnen leiden tot een heffingsbasis in de toekomst worden voor de fiscus. Het is ook voor de fiscus wenselijk om een duidelijk beeld te hebben van situaties en combinaties van feiten en omstandigheden die leiden tot deze heffingsbasis. Voor de belastingplichtige zal in de meeste gevallen heffing in box III het gunstigst zijn. Dit geldt natuurlijk niet in alle gevallen. In

⁸² De bedrijfsopvolgingsfaciliteit (BOF), de voorganger was de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR), is een (gedeeltelijke) vrijstelling bij de vererving van ondernemingsvermogen. Bij het schenken van een onderneming of aanmerkelijk belang aandelen kan de BOF ook worden toegepast.

gevallen waarin een verlies is geleden of wanneer er hoge onderhoudskosten⁸³ gemaakt zijn, zal de belastingplichtige heffing in box I juist wenselijk achten. De fiscus zal in die gevallen echter pleiten om de vastgoedbelegging slechts in box III, waar alleen de waarde op peildatum 1 januari van het betreffende jaar van belang is, op te nemen.

5.3 Pleitbaar standpunt

Wanneer er voldoende sterke argumenten zijn aan te voeren voor het feit dat een belastingplichtige een onjuist standpunt heeft ingenomen in zijn aangifte, is er sprake van een pleitbaar standpunt. Indien de aangifte onjuist wordt ingediend, kan de inspecteur van de fiscus het aannemelijk achten dat er sprake is van opzet of grove schuld. Het gevolg hiervan kan zijn dat er boeten worden opgelegd of zelfs strafvervolgning plaatsvindt. Het pleitbaar standpunt is terug te vinden in het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (BBBB), meer specifiek in paragraaf 4. In lid 1 van paragraaf 4 van het BBBB staat het volgende:

“In geval van een pleitbaar standpunt of bij afwezigheid van alle schuld (hierna te noemen: avas) legt de inspecteur geen boete op. Indien bij bezwaar blijkt dat sprake is van een pleitbaar standpunt of avas, vernietigt de inspecteur de boete. Bij avas wordt geacht dat belanghebbende niet in verzuim is geweest.”

De inspecteur zal dus in geval er sprake is van een pleitbaar standpunt, geen boete opleggen. Wanneer er sprake is van een pleitbaar standpunt, is terug te vinden in lid 2:

“Van een pleitbaar standpunt is sprake als een door belanghebbende ingenomen standpunt, gelet op de stand van de jurisprudentie en de heersende leer, in die mate juridisch pleitbaar of verdedigbaar is dat belanghebbende redelijkerwijs kan menen juist te handelen. Is er sprake van een pleitbaar standpunt, dan kan de belanghebbende er geen verwijt van worden gemaakt dat er aanvankelijk geen of te weinig belasting is geheven. Een pleitbaar standpunt sluit het opleggen van zowel een verzuimboete als een vergrijpboete uit.”

Indien de belastingplichtige op basis van verdedigbare of pleitbare standpunten redelijkerwijs kon menen correct te hebben gehandeld, zal geen straf (in de vorm van een boete) volgen indien later blijkt dat dit standpunt onjuist is.⁸⁴ Om een pleitbaar standpunt aannemelijk te maken, is het verstandig voor een belastingplichtige om een deskundige in te schakelen. Bovendien wordt van de belastingplichtige in een dergelijke situatie verwacht dat de deskundige, in dit geval een belastingadviseur, op de hoogte is van alle relevante feiten en omstandigheden. In een arrest van de Rechtbank van 13 augustus 2013⁸⁵ was door belastingplichtige geen deskundige ingeschakeld, maar een collega. Deze collega wees belastingplichtige erop dat hij een kleine kans van slagen had, omdat hij in voorgaande jaren de beleggingen in box III had opgenomen. Pas wanneer ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ gewenst was, koos hij ervoor om het naar box I over te hevelen. In dit geval was er dan ook geen sprake van een pleitbaar standpunt.

Mevrouw X verwijst in haar interview ook naar het innemen van een pleitbaar standpunt. In het interview vertelt mevrouw X dat in het geval cliënten niet deelnemen aan Horizontaal Toezicht, er altijd wordt bekeken of er sprake is of kan zijn van een pleitbaar standpunt. Om hier zeker van te zijn, wordt het interne dossier opgevuld met de nodige informatie en literatuur die het pleitbaar standpunt onderbouwen. Bij vragen achteraf van de inspecteur, kunnen de ingenomen standpunten onderbouwd worden met het volledige dossier. Een belangrijk leerstuk uit deze paragraaf is dat het vastleggen van alle relevante gegevens in

⁸³ Onderhoudskosten zijn in box III niet aftrekbaar, alleen de waarde op peildatum 1 januari van het betreffende jaar wordt forfaitair belast.

⁸⁴ R.W.J. Kerckhoffs, ‘Recente ontwikkelingen rondom het pleitbare standpunt’, i.s.m. met Kluwer Opleidingen, 27 juni 2012.

⁸⁵ RB Oost-Brabant 13 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4422

een dossier erg belangrijk kan zijn. Door deze relevante gegevens, stukken en informatie vast te leggen, kan een pleitbaar standpunt worden ingenomen. Hiermee kan een boete worden voorkomen die kan oplopen tot 300% van de verschuldigde belasting zoals deze bij de navorderingsaanslag is vastgesteld.⁸⁶

5.4 Fiscale beleggingsinstelling

In de Wet VPB 1969 is in art. 28 opgenomen dat de voordelen behaald door een fiscale beleggingstelling onbelast blijven. Het VPB-tarief is in dat geval 0%. Een voorwaarde hiervoor is wel dat de door een FBI behaalde winst wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders of participanten. Dit wordt ook wel de doorstootverplichting genoemd. De FBI is verplicht om (een gedeelte van de) winst niet later dan acht maanden na afloop van het jaar uit te keren.⁸⁷ Het uitgekeerde dividend is voor de aandeelhouder/participant belast in box III in de inkomstenbelasting. Het 0%-tarief vindt hierin zijn rechtvaardiging. Indien de FBI zich niet aan de doorstootverplichting houdt, verliest het zijn 'FBI-status', waardoor het 0%-tarief voor de vennootschapsbelasting niet meer van toepassing is.⁸⁸ Een andere voorwaarde voor de FBI is dat een natuurlijk persoon niet meer dan 5% van de aandelen in zijn bezit mag hebben. In geval van een beursgenoteerde FBI ligt de grens op 25%. Voordelen van een FBI zijn bijvoorbeeld dat zij haar beleggingen mag financieren met vreemd vermogen tot 60% van de fiscale boekwaarde van de onroerende zaken, plus 20% van de boekwaarde van de overige beleggingen en dat zij faciliteiten kennen die gewone vennootschappen niet kennen, zoals de herbeleggingreserve en de afrondingsreserve.

Tot slot is een belangrijke voorwaarde dat het doel en de feitelijke werkzaamheid van een FBI moet bestaan uit het beleggen van vermogen. Als een lichaam zich wel feitelijk, maar statutair niet uitsluitend met beleggen bezighoudt, is het geen FBI in de zin van art. 28 Wet VPB 1969. De feitelijke activiteiten van een FBI moeten zich beperken tot beleggen. Onder beleggen wordt verstaan het verrichten van activiteiten die zijn gericht op het verkrijgen van een rendement op beleggingen dat mag worden verwacht bij normaal vermogensbeheer.⁸⁹ Het belang van het onderscheid tussen de begrippen 'normaal vermogensbeheer' en 'meer dan normaal, actief vermogensbeheer' beperkt zich derhalve niet alleen tot de inkomstenbelasting, maar tevens tot de vennootschapsbelasting. Meer dan normaal, actief vermogensbeheer door een FBI heeft namelijk tot gevolg dat het 0%-tarief niet (meer) van toepassing is.

5.5 Deelconclusie

Als antwoord op de vraag: *'Op welke manier wordt een vastgoedbelegging gekwalificeerd in de praktijk door zowel fiscalisten, als de fiscus?'*, kan het volgende worden gesteld.

Een vastgoedbelegging kan in box I, als resultaat uit overige werkzaamheden, of in box III worden geplaatst. Bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging, zijn twee partijen betrokken, namelijk fiscalisten en de fiscus. Uit de interviews met verschillende fiscalisten blijkt dat er met betrekking tot de vastgoedbelegging en de feiten daaromheen, gerichte vragen worden gesteld aan de cliënten. Door gerichte vragen te stellen met betrekking tot de situatie, kan een beeld worden geschetst van de gehele situatie. Als dit duidelijk is, kan een vergelijking worden gemaakt met de jurisprudentie. Op basis van de richtlijnen uit de jurisprudentie, voor zover die worden gegeven, zal uiteindelijk worden bepaald of de vastgoedbelegging in box I of box III thuishoort. Hierbij is het van belang of de fiscalist vanaf het begin af aan is ingelicht over een mogelijke aan- en/of verkoop. Indien de fiscalist pas later in het proces is ingeschakeld, kan vooraf niet meer altijd duidelijk geadviseerd worden.

⁸⁶ Art. 67d t/m f AWR

⁸⁷ Art. 28 lid 2, jo. art. 2 BBI

⁸⁸ Art. 10 lid 3, BBI

⁸⁹ J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU, p. 858.

Bij twijfel wordt er in de praktijk ook vooraf overlegd met de fiscus. Overleg vooraf met de fiscus kan een discussie achteraf voorkomen. Fiscalisten zijn van mening dat het zwaartepunt bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging zou moeten liggen bij de factor 'arbeid' in combinatie met het beoogde rendement. Indien er sprake is van voorkennis, noemen de fiscalisten dat in dat geval altijd sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden. De factor 'voorkennis' vertegenwoordigt de bronvoorwaarde 'voordeel beogen/voordeel verwachten'. Uiteraard dient er naar aanleiding van de voorkennis nog wel de nodige 'arbeid' verricht te zijn, voordat het voordeel aan box I kan worden toegerekend.

De rol van de fiscus is erop toezien dat de wetgeving juist wordt nageleefd. Een inspecteur heeft dus het recht om af te wijken van een aangifte. De fiscus heeft toegang tot diverse registers en databanken en is dus op de hoogte van een aan- en/of verkoop van een pand. De inspecteur zal transacties met betrekking tot panden altijd nader bekijken, als deze niet zijn opgenomen in de aangifte. Van belang voor de uiteindelijke boordeling door de fiscus kan zijn of het pand eerder in box III werd aangegeven, of het pand voor de verkoop werd verhuurd, wie onderhoud verrichtte aan het pand, of bijvoorbeeld of er sprake is van voorkennis dat leidde tot een hogere verkoopopbrengst. Een mogelijke heffing over een vermogensmutatie die als resultaat uit overige werkzaamheden kan worden aangemerkt, leidt tot hogere overheidsinkomsten. Ook in het geval er zich een 'nieuwe situatie' voordoet, zal de fiscus waarschijnlijk eerder besluiten om het tegendeel te bewijzen. Nieuwe situaties waarbij andere combinaties van feiten en omstandigheden zich voordoen, kunnen leiden tot een heffingsbasis in de toekomst worden voor de fiscus. Het is ook voor de fiscus wenselijk om een duidelijk beeld te hebben van situaties en combinaties van feiten en omstandigheden die leiden tot een heffingsbasis in box I.

6. Conclusie

In dit laatste hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de centrale vraag van het onderzoek. De centrale vraag is reeds in de inleiding vermeld en luidt: *“Welke toetsingscriteria moeten doorlopen worden om de grens tussen de begrippen ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ in de inkomstenbelasting op adequate wijze te kunnen bepalen bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging?”*. Voordat er antwoord gegeven kan worden op deze vraag, zullen eerst de deelvragen worden beantwoord.

6.1 Beantwoording van de deelvragen

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden, zijn er reeds deelvragen opgesteld. Deze deelvragen zijn in de verschillende hoofdstukken beantwoord. De deelconclusies leiden uiteindelijk tot het antwoord op de centrale vraag.

Deelvraag 1

“Wat is de achtergrond en de strekking van de bepaling in de Wet IB 2001 ten aanzien van resultaat uit overige werkzaamheden met betrekking tot het houden van vastgoed?”

Het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden is in de Wet IB 2001 opgenomen in art. 3.90. Door de aanvaarding van een amendement van de Tweede Kamerleden Bos en Reitsma is een toevoeging gedaan op het begrip ‘werkzaamheid’, en wordt hier mede onder verstaan ‘het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat, zoals bij het uitponden van onroerende zaken, het in belangrijke mate door de belastingplichtige zelf verrichten van groot onderhoud of andere aanpassingen aan een zaak, of het aanwenden door de belastingplichtige van voorkennis of daarmee vergelijkbare voren van kennis’. Hiermee is er een nieuw begrip in de wet opgenomen, namelijk ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’. Wat dit begrip inhield, is echter niet toegelicht. De voorganger van deze bepaling artikel was art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964. De jurisprudentie is dan ook grotendeels in stand gebleven. Uit deze jurisprudentie blijkt dat er sprake is van belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, wanneer er aan vijf bronvereisten wordt voldaan. Deze bronvereisten zijn: er moet sprake zijn van arbeid, waarmee in het economisch verkeer, voordeel wordt beoogd, welk voordeel ook redelijkerwijs te verwachten valt, niet zijnde winst uit onderneming of belastbaar loon uit dienstbetrekking. Dit laatste bronvereiste heeft te maken met de rangorderegeling die de Wet IB 2001 kent. Art. 2.14 Wet IB 2001 bepaalt namelijk dat pas sprake kan zijn van resultaat uit overige werkzaamheden wanneer het niet als ‘belastbare winst uit onderneming’ of ‘belastbaar loon’ kan worden aangemerkt.

In art. 3.91 lid 1 onderdeel c staan drie voorbeelden genoemd van situaties waarin en sprake zou kunnen zijn van het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat. Deze voorbeelden zijn in het artikel toegevoegd ter verduidelijking van het soort voordelen waarop dit artikel ziet. Het doel van de invoering van dit artikel was om meer helderheid te verschaffen met betrekking tot het verschil in de toerekening van een vastgoedbelegging. Uit de evaluatie blijkt dat het echter meer vraagtekens opwekte. Er is echter toch voor gekozen om het desbetreffende artikel niet te schrappen. De opgenomen voorbeelden in het artikel zouden voor de rechter aanknopingspunten kunnen geven voor de bestending van het beleid.

Deelvraag 2

“Welke ontwikkeling in de jurisprudentie is er met betrekking tot de toetsingscriteria van vastgoedbeleggingen, bij de bepaling of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal, actief vermogensbeheer?”

Er zijn ontzettend veel uitspraken te vinden over de kwalificatie van een vastgoedbelegging. Hierdoor is het onmogelijk om alle jurisprudentie te behandelen. Om deze reden is ervoor gekozen om de hoofdlijnen in de beoordeling van de rechters na te gaan. In de loop der tijd zijn er steeds meer feiten en omstandigheden in de jurisprudentie opgenomen die bepalend zijn geweest voor de beoordeling. De factoren zijn:

- de aard en omvang van de activiteiten;
- het beoogd rendement en risico;
- de samenstelling en omvang van het vermogen;
- de (voor)kennis bij de koper;
- de algemeen bekende omstandigheden.

Bij de factor arbeid zijn er verschillende arbeidsvarianten te bedenken. Er wordt namelijk onderscheid gemaakt in kwalitatieve en kwantitatieve arbeid, arbeid om onroerend goed in stand te houden of te verbeteren en arbeid die verricht wordt door derden. Bij elk van deze vormen van arbeid is er een andere uitkomst bij de kwalificatie. Het beoogd rendement en risico geen op zichzelf staande bepalende factor. Deze factor wordt namelijk in combinatie gezien met de arbeidsinspanning(en). Ook de derde factor hangt deels samen met de bijbehorende arbeidsinspanning. In de ontwikkeling van de jurisprudentie kunnen we zien dat de omloopsnelheid van het vermogen niet meer wordt gezien gerefereerd aan de samenstelling en omloop van het vermogen, maar dat het als indicator dient van het arbeidscriterium. Een factor waarop de jurisprudentie regelmatig vastloopt is de (voor)kennis bij de koper. Het is soms lastig te beoordelen wanneer de koper beschikt over bijzondere kennis waardoor hij het voordeel heeft kunnen behalen. In sommige gevallen is er geen sprake meer van (voor)kennis, maar gaat het om een algemeen bekende omstandigheid, wat tevens de laatste factor is. Doordat de rechter steeds individuele gevallen dient te beoordelen, is het gewicht dat aan iedere factor toekomt afhankelijk van het specifieke geval en de omstandigheden.

De ontwikkeling in de jurisprudentie kan dus als volgt worden beschreven. In de jurisprudentie zijn de toetsingscriteria steeds verder uitgebreid. Onder andere de factoren (voor)kennis en algemeen bekende omstandigheden zijn belangrijker geworden bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging. Tevens is een duidelijke ontwikkeling te zien in de factor samenstelling en omvang van het vermogen. De omloopsnelheid van het vermogen is tegenwoordig niet meer op zichzelf bepalend bij de kwalificatie. Tevens is de arbeid van derden een belangrijkere rol gaan spelen. In de oudere jurisprudentie werd arbeid dat werd verricht door derden, niet toegerekend aan de belastingplichtige. Tegenwoordig wordt arbeid dat verricht is door derden wel toegerekend aan de belastingplichtige. Belangrijk hierbij is dat erop gelet wordt of de arbeid door een ander wordt verricht in de (directe) omgeving, of dat de arbeid feitelijk geheel wordt uitbesteed, bijvoorbeeld aan een onafhankelijk bureau.

Deelvraag 3

“Wat zijn de consequenties van een sfeerovergang van normaal vermogensbeheer naar meer dan normaal, actief vermogensbeheer en omgekeerd?”

Vastgoed kan niet zonder meer in box I worden geplaatst, om heffing in box III ten tijde van de peildatum te voorkomen. Hiertegen zijn in de Wet IB 2001 bepalingen opgenomen die het zogenoemde ‘boxhopperen’ doen voorkomen. Uit paragraaf 4.2 en 4.3 blijkt dat een sfeerovergang van box III naar box I en andersom mogelijk is. Ook andere vormen van een sfeerovergang zijn mogelijk. Een voorbeeld hiervan is een pand in box I of box III dat op den duur voor zelfbewoning wordt gebruikt. Indien er vastgesteld is dat er sprake is van een sfeerovergang, dient er gecompartmenteerd te worden. De vermogenswinsten en -inkomsten dienen over de tijdvakken verdeeld te worden. Tevens dient per tijdvak aangegeven te worden in welk regime de vastgoedbelegging thuishoort.

In geval van een sfeerovergang van een vastgoedbelegging van box III naar box I dient de vastgoedbelegging op de ROW-balans opgenomen te worden tegen de waarde in het economische verkeer. Eventuele waardeinstijgingen tot het moment van de sfeerovergang worden niet belast. Ook periodieke opbrengsten uit de vastgoedbelegging, bijvoorbeeld huuropbrengsten, dienen ook aangegeven te worden als resultaat uit overige werkzaamheden. Op het moment dat een vastgoedbelegging overgaat van box I naar box III, zijn de consequenties van grotere omvang. In dat geval zal er sprake zijn van een fictieve staking. Bij een (fictieve) staking dient er afgetrokken te worden over waardeinstijgingen en eventuele stille reserves die rusten op de vastgoedbelegging. Uit deze fictieve staking vloeit een belastingclaim voort. De vastgoedbelegging blijft immers in bezit van de belastingplichtige, dus er wordt geen werkelijk resultaat genoten. Hoe de rechtspraak met deze belastingclaim en de heffing daarvan omgaat, is vooralsnog niet duidelijk. De heer J.P. Boer en B. van der Slik stellen dat hiervoor in de wet een doorschuif- of betalingsfaciliteit dient te worden opgenomen. Op die manier wordt de betaling uitgesteld tot het moment van de daadwerkelijke realisatie, bijvoorbeeld bij vervreemding.

Deelvraag 4

“Op welke manier wordt een vastgoedbelegging gekwalificeerd in de praktijk door zowel fiscalisten, als de fiscus?”

Een vastgoedbelegging kan in box I, als resultaat uit overige werkzaamheden, of in box III worden geplaatst. Bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging, zijn twee partijen betrokken, namelijk fiscalisten en de fiscus. Uit de interviews met verschillende fiscalisten blijkt dat er met betrekking tot de vastgoedbelegging en de feiten daaromheen, gerichte vragen worden gesteld aan de cliënten. Door gerichte vragen te stellen met betrekking tot de situatie, kan een beeld worden geschetst van de gehele situatie. Als dit duidelijk is, kan een vergelijking worden gemaakt met de huidige jurisprudentie. Op basis van de richtlijnen uit de jurisprudentie, voor zover die worden gegeven, zal uiteindelijk worden bepaald of de vastgoedbelegging in box I of box III thuishoort. Hierbij is het van belang of de fiscalist vanaf het begin af aan is ingelicht over een mogelijke aan- en/of verkoop. Indien de fiscalist pas later in het proces is ingeschakeld, kan vooraf niet meer altijd duidelijk geadviseerd worden. Bij twijfel wordt er in de praktijk ook vooraf overlegd met de fiscus. Overleg vooraf met de fiscus kan een discussie achteraf voorkomen. Indien er sprake is van voorkennis, noemen de fiscalisten dat in dat geval altijd sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden. De factor ‘voorkennis’ vertegenwoordigt de bronvoorwaarde ‘voordeel beogen/voordeel verwachten’. Uiteraard dient er naar aanleiding van de voorkennis nog wel de nodige ‘arbeid’ verricht te zijn, voordat het voordeel aan box I kan worden toegerekend.

De rol van de fiscus is erop toezien dat de wetgeving juist wordt nageleefd. Een inspecteur heeft dus het recht om af te wijken van een aangifte. De fiscus heeft toegang tot diverse registers en databanken en is dus op de hoogte van een aan- en/of verkoop van een pand. De inspecteur zal transacties met betrekking tot panden altijd nader bekijken, als deze niet zijn opgenomen in de aangifte. Van belang voor de uiteindelijke boordeling door de fiscus kan zijn of het pand eerder in box III werd aangegeven, of het pand voor de verkoop werd verhuurd, wie onderhoud verrichtte aan het pand, of bijvoorbeeld of er sprake is van voorkennis die leidde tot een hogere verkoopopbrengst. Een mogelijke heffing over een vermogensmutatie die als resultaat uit overige werkzaamheden kan worden aangemerkt, leidt tot hogere overheidsinkomsten. Ook in het geval er zich een ‘nieuwe situatie’ voordoet, zal de fiscus waarschijnlijk eerder besluiten om het tegendeel te bewijzen. Nieuwe situaties waarbij zich andere combinaties van feiten en omstandigheden voordoen, kunnen leiden tot een heffingsbasis in de toekomst voor de fiscus. Het is ook voor de fiscus wenselijk om een duidelijk beeld te hebben van situaties en combinaties van feiten en omstandigheden die leiden tot een heffingsbasis in box I.

6.2 Algehele conclusie en aanbeveling

“Welke toetsingscriteria moeten doorlopen worden om de grens tussen de begrippen ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ in de inkomstenbelasting op adequate wijze te kunnen bepalen bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging?”.

Om de bovenstaande vraag te kunnen beantwoorden, is er gekeken naar de vele jurisprudentie die er is met betrekking tot dit onderwerp. Het begrip ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ is namelijk bij de invoering van de Wet IB 2001 in de wet opgenomen in art. 3.91 lid 1 onderdeel c, maar hierop is geen toelichting of uitwerking gegeven. Art 3.91 lid 1 onderdeel c is ontstaan uit de jurisprudentie behorende bij de voorganger van dit artikel en van de Wet IB 2001. In de Wet IB 1964 werden inkomsten uit andere arbeid namelijk belast op grond van art. 22 lid 1 onderdeel b. Art. 3.91 lid 1 onderdeel c biedt echter geen heffingsbasis. Er staan slechts voorbeelden in opgenomen van situaties waarin er sprake zou kunnen zijn van het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat.

Door deze onduidelijke wetsbepaling is het onderscheid en de nadere invulling tussen ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ verder overgelaten aan de jurisprudentie. De jurisprudentie met betrekking tot de kwalificatie van vastgoed is erg uiteenlopend. Uit het onderzoek is gebleken dat bij de invulling van de begrippen ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ er in de jurisprudentie een aantal factoren naar voren zijn gekomen, die van doorslaggevende betekenis zijn geweest. Deze factoren zijn:

- aard en omvang van de activiteiten;
- beoogd rendement en risico;
- samenstelling en omvang van het vermogen;
- (voor)kennis bij de koper;
- algemeen bekende omstandigheden.

In geval de rechter beslist heeft dat het gaat om een algemeen bekende omstandigheid, zal een vastgoedbelegging thuishoren in box III. Tevens blijkt uit de ontwikkeling in de jurisprudentie dat de samenstelling en omvang van het vermogen van ondergeschikt belang zijn geworden. De belangrijkste toetsingscriteria die een *doorslaggevende* betekenis hebben in de jurisprudentie bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging, zijn dus slechts de volgende drie factoren:

- aard en omvang van de activiteiten;
- beoogd rendement en risico;
- (voor)kennis bij de koper.

Indien de arbeid erop gericht is om een voordeel te behalen en dit voordeel ook daadwerkelijk wordt behaald, is er al snel sprake van meer dan normaal, actief vermogensbeheer. Er dient dus een causaal verband te zijn tussen het behaalde voordeel en de verrichte arbeid. Hoe meer activiteiten een belastingplichtige verricht, des te aannemelijker het is dat er een hoger voordeel wordt beoogd. Indien een belastingplichtige een informatievoorsprong heeft en er daardoor een voordeel wordt behaald door middel van arbeid, is dit ook aan te merken als resultaat uit overige werkzaamheden. De toetsingscriteria die doorlopen moeten worden om de grens tussen de begrippen ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ in de inkomstenbelasting op adequate wijze te bepalen bij de kwalificatie van vastgoedbeheer, zijn de volgende:

1. aard en omvang van de activiteiten;

- *Hierbij zijn de volgende vragen van belang:*

Is er arbeid verricht?

Hoeveel arbeid is er verricht?

Is of wordt de arbeid uitbesteed aan derden, en zo ja welke arbeid?

Zijn er andere partijen betrokken bij de aan- en/of verkoop van vastgoed?

Is de belastingplichtige, naast de vastgoedbelegging en beleggingsactiviteiten, in loondienst?

2. beoogd rendement en risico;

- *Hierbij zijn de volgende vragen van belang:*

Is of wordt er door de belastingplichtige een voordeel beoogd?

Is of wordt dit voordeel door middel van der verrichte arbeid behaald?

Is er een causaal verband tussen de verrichte arbeid en het behaalde voordeel?

Is het vastgoed gefinancierd met (veel) vreemd vermogen?

3. (voor)kennis bij de koper;

- *Hierbij zijn de volgende vragen van belang:*

Was de belastingplichtige op de hoogte van kennis die anderen niet (konden) weten?

Is gebruik gemaakt van voorkennis om het voordeel te behalen?

4. algemeen bekende omstandigheden.

- *Hierbij zijn de volgende vragen van belang:*

Wat is het doel van de aan- en/of verkoop van een pand?

Is er sprake van een algemeen bekende omstandigheid?

Door stapsgewijs de bovenstaande criteria na te lopen en de bijbehorende vragen te beantwoorden, kan in grote lijnen worden bepaald hoe een vastgoedbelegging gekwalificeerd dient te worden. Het is van belang dat de betrokken fiscalist op de hoogte is van eventuele aan- en/of verkopen van panden en de bijbehorende feiten en omstandigheden, om correct te kunnen adviseren. Zeker bij de aankoop van een pand is het verstandig als hij direct betrokken wordt. Op deze manier kunnen alle scenario's doorgelopen worden en zijn risico's bij de cliënt bekend. Uiteraard zijn de feiten en omstandigheden per situatie verschillend. Om deze reden is het dan ook lastig om een duidelijke grens te trekken. Ter ondersteuning en verduidelijking is een stroomschema opgesteld. Dit stroomschema is terug te vinden in bijlage G. De kwalificatie van een vastgoedbelegging is lastig vanwege het feit dat het erg casuïstisch is. Aan het stroomschema kunnen derhalve geen rechten worden ontleend, het dient slechts ter indicatie. Bij twijfel wordt aangeraden om vooraf te overleggen met de Belastingdienst. Dit voorkomt discussies achteraf en kan ook tijdsbesparing opleveren. Een andere optie is om bij grotere particuliere beleggers te adviseren om de beleggingen onder te brengen in een FBI. Het nadeel hiervan is dat hier veel aandeelhouders voor benodigd zijn, in verband met het feit dat je in de meeste gevallen geen aanmerkelijkbelanghouders mag hebben. Op die manier is de B.V. verantwoordelijk voor het feit dat de B.V. de FBI status behoudt. De belastingplichtige weet tevens waar hij aan toe is als het gaat om de belastingheffing, namelijk heffing van het dividend in box III.

Een andere interessante uitkomst van het onderzoek is het feit dat er een belastingclaim ontstaat op het moment van een sfeerovergang van box I naar box III. Op het moment van schrijven heeft de Hoge Raad zich nog niet expliciet uitgelaten over deze kwestie. Hoe de rechtspraak met deze belastingclaim en de heffing daarvan omgaat, is dus vooralsnog niet duidelijk. Mogelijke oplossingen voor deze problematiek zijn een doorschuif- of betalingsfaciliteit. De toekomst zal dit echter moeten uitwijzen.

Literatuurlijst

Albert & Berkhout 2010

P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, 'Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang', *WFR* 2010/1363.

Amendement van de leden Bos en Reitsma, Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 75.

Berkhout 2010

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

Besluit van 13 februari 2001, nr. CPP2000/3210M.

Boer 2015

J.P. Boer, 'Bron van inkomen. Een onderzoek naar de invulling van het bronbegrip door de Hoge Raad', *NTFR* 2015/759.

Boer & Lubbers 2015

J.P. Boer en A.O. Lubbers, 'Einde van een werkzaamheid; einde van een discussie?', *WFR* 2015/565.

Boer & Van der Slik 2015

J.P. Boer en B. van der Slik, 'NDFR-commentaar bij artikel 3.90 Wet IB 2001 Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden (bijgewerkt tot 31 januari 2015)'.

Bouwman 2013

J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: SDU 2013.

Van Dijck 1976

J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', *WFR* 1976/141.

Van Dijck 2006

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

Essers & Van Kempen 2013

P.H.J. Essers & M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht. Inkomstenbelasting deel I, II en III*, Deventer: Kluwer 2013.

Evaluatie van de belastingherziening 2001, Kamerstukken II 2005/2006, 30 375, nr. 2.

Freudenthal 2012

R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden (exclusief terbeschikkingstellingsregeling)*, Deventer: Kluwer 2012.

De Kort 2010

J.W.J. de Kort, 'Het uitponden van onroerende zaken', *NTFR-B* 2010/05.

Kerckhoffs 2012

R.W.J. Kerckhoffs, 'Recente ontwikkelingen rondom het pleitbare standpunt', i.s.m. met Kluwer Opleidingen, 27 juni 2012.

Ligthart 2012

G.th. Ligthart, *Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden*, Deventer: Kluwer 2012.

Memorie van toelichting, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3.

Meussen 2013

G.T.K. Meussen, *Rangorde in de Wet IB*, Deventer: Kluwer 2013.

Niessen 1997

R.E.C.M. Niessen, 'Algemene en bijzondere bronkenmerken', *WFR* 1997/6227.

Meussen 2013

G.T.K. Meussen, *Rangorde in de Wet IB*, Deventer: Kluwer 2013.

Zwemmer 2001

J.W. Zwemmer, 'Inkomsten uit overige werkzaamheden met betrekking tot vermogen in Box 3', *NTFR* 2001/1001.

Bijlage A – Interview met de heer drs. M.J.A.M. van Gijlswijk

NAAM INTERVIEWER:	S. van Stekelenburg
NAAM GEÏNTERVIEWDE:	drs. M.J.A.M. van Gijlswijk
DUUR INTERVIEW:	± 90 min
DATUM:	vrijdag 10 april 2015 (16:15 – 17:45)
PLAATS:	Tilburg (BDO)

Vraag 1

Kunt u mij meer vertellen over uw achtergrond als fiscalist, het kantoor waar u werkzaam bent en uw relatie met dit onderwerp?

De heer Van Gijlswijk is bijna acht jaar hoofd van het Bureau Vaktechniek Fiscaal bij BDO in Tilburg. Voorheen heeft hij een tot anderhalf jaar gewerkt bij EY en daarvoor was hij ook al werkzaam bij BDO. De heer Van Gijlswijk geeft tevens cursussen bij de NOB en is verder actief in het geven van voorlichtingen en het verzorgen van opleidingen.

BDO heeft veel multinationals in zijn portefeuille en richt zich met name op de grotere ondernemingen. De heer Van Gijlswijk vertelt daarbij: “de bakker om de hoek doen wij niet meer”. BDO richt zich op de diverse soorten rechtsgebieden, van vennootschapsbelasting tot de omzetbelasting, de werkzaamheden zijn erg uitgebreid. Bij BDO is er relatief veel klantcontact aanwezig, wat de heer Van Gijlswijk tevens erg belangrijk vindt. Cliënten hebben namelijk een aanspreekpunt en moeten het gevoel hebben dat er naar hen wordt geluisterd.

De relatie met het onderwerp normaal vermogensbeheer en meer dan normaal, actief vermogensbeheer is ontstaan uit interesse. Het is en blijft een interessant vraagstuk en de heer Van Gijlswijk heeft tevens veel ervaring met de BOF. Hier komt dit onderwerp ook grotendeels in terug. Er komen veel vragen over dit onderwerp, dus voldoende verdieping komt vooral uit deze vragen en de cursussen.

Vraag 2

Komt dit probleem regelmatig voor in het cliëntenbestand binnen het kantoor waar u werkzaam bent?

Ja, dit komt veel voor. Vooral bij vermogende particulieren, vastgoedhandelaren en in situaties waar de BOF bij komt kijken.

Vraag 3

Kunt u voorbeelden geven van situaties die zich voordoen?

De heer Van Gijlswijk heeft vijf verschillende voorbeelden genoemd. Deze voorbeelden zullen hieronder komt worden benoemd.

Voorbeeld 1: *Diverse situaties waarbij onroerend goed de basis is, maar waarbij verschillende andere zaken bij komen kijken, zoals: onderhoud, administratie, actief huurbeleid, verzekeringen, makelaardij en bouwwerkzaamheden.*

Voorbeeld 2: *Een situatie waarin een projectontwikkelaar drie verschillende panden heeft. Twee daarvan heeft hij verkocht en het derde pand verhuurt hij tot een geschikt moment voor verkoop. In geval de verhuur één jaar duurt en daarna wordt verkocht, zal dit niet als een belegging worden gezien. Maar wat als de verhuur het twintig jaar duurt en pas daarna het pand wordt verkocht. Kan het dan alsnog op enig moment als belegging worden aangemerkt?*

Voorbeeld 3: *Een situatie waarin verschillende beleggers middels een CV participeren in de exploitatie van een camping, strandtenten, vakantiewoningen e.d. Kan dit dan als belegging worden aangemerkt?*

Voorbeeld 4: *Situaties waarin een belegger een stuk grond reeds in bezit heeft en hierbij een ander stuk (aanliggend) grond aankoopt.*

Voorbeeld 5: Situaties waarin uitponden van toepassing is. Dus kort gezegd het aankopen, opsplitsen en verkopen van onroerend goed.

Vraag 4

In art. 3.91 lid 1 c is de term opgenomen 'normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat'. Er is echter nooit een toelichting/uitwerking op dit begrip gegeven. Vindt u dit terecht en hoe denkt u dat dit komt?

De heer Van Gijlswijk vertelt dat er wel een toelichting is gegeven, maar dat die ook nog steeds onduidelijk was en erg vaag. Het huidige art. 3.91 lid 1 onderdeel c van de Wet IB 2001 stamt af van de jurisprudentie behorende bij art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964. De voorbeelden in dit artikel voegen eigenlijk niets toe, dus dit artikel kan volgens de heer Van Gijlswijk gewoon worden geschrapt. De heer Van Gijlswijk is tevens van mening dat de term 'normaal vermogensbeheer' eigenlijk niet bestaat. Om dit te verduidelijken gaat de heer Van Gijlswijk terug naar de Wet IB 1964. Onder de Wet IB 1964 gold, net zoals nu, de bronnentheorie. Het uitgangspunt hierbij is dat niet iedere opbrengst in de inkomstenbelasting als inkomen wordt beschouwd. Er moet gekeken worden naar de bronnen en de inkomsten uit deze verschillende bronnen waren vervolgens belast. Zo werden inkomsten uit de bron 'arbeid uit dienstbetrekking' belast, maar ook 'inkomsten uit andere arbeid of kapitaal' (het voormalig ROW-artikel). Onder de Wet IB 1964 werden mutaties van de bron niet belast. Een waardemutatie van onroerend goed werd dus niet belast in de inkomstenbelasting en zag je dus niet terug in de aangifte. Pas als de waardemutatie van het onroerend goed te wijten is aan de verrichte arbeid, kan deze mutatie worden belast als resultaat uit overige werkzaamheden.

IB 1964	Bron 1	Bron 2	Bron 3	Inkomen uit aanmerkelijk belang	Div. vermogensbestanddelen
IB 2001	Box I Inkomen uit werk en woning		Box II Inkomen uit aanmerkelijk belang		Box III Inkomen uit sparen en beleggen



Het huidige box III zoals wij die nu kennen in de Wet IB 2001 was er nog niet in de Wet IB 1964. Dit is in bovenstaande illustratie aangemerkt met de kleur zwart. Bij de invoering van de Wet IB 2001 is het boxenstelsel in het leven geroepen. De verschillende inkomenscategorieën zijn toen in een 'box' geplaatst. Ook vermogen kwam nu terug in de aangifte inkomstenbelasting, namelijk in box III.

De heer van Gijlswijk is van mening dat de achtergrond van het wetsartikel en de bijbehorende rangorderegeling in de Wet IB 2001 vaak wordt vergeten. Ook in de rechtspraak wordt dit niet duidelijk naar voren gebracht. Indien het geschil is in een casus of er sprake is van een onderneming of resultaat uit overige werkzaamheden, worden alleen deze twee categorieën overwogen. De heer Van Gijlswijk zou liever zien dat alle inkomenscategorieën af worden gegaan en wordt gekeken of het daar thuishoort. Pas als een inkomensbestanddeel niet onder een bepaalde categorie valt, kan worden gekeken naar een andere inkomenscategorie. Op het moment dat de vraag is of het resultaat uit overige werkzaamheden is, moet dus eerst inkomen uit dienstbetrekking of winst uit onderneming worden uitgesloten. Door deze volgorde consequent toe te passen in de rechtspraak, kan een hoop meer duidelijkheid worden gecreëerd en zijn grenzen makkelijker te benoemen.

Vraag 5

Hoe beoordeelt u in de praktijk of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal vermogensbeheer?

De heer Van Gijlswijk verwijst hierbij naar het hiervoor genoemde antwoord en bijbehorend stramien (de illustratie). Tevens merkt de heer Van Gijlswijk op dat het altijd afhangt van alle verschillende omstandigheden. De belangrijkste overweging is daarbij volgens hem: is de arbeid erop gericht om meer voordeel te behalen dan een passieve belegger? Oftewel: Is de transactie beïnvloedbaar door de arbeid? Daarbij maakt arbeid van derden geen verschil.

Vraag 6

Er zijn een aantal factoren die een doorslaggevende betekenis hebben in de jurisprudentie. De factoren arbeid, het beoogde rendement en het hebben van voorkennis zijn voorbeelden hiervan. Waar vindt u dat het zwaartepunt ligt of zou moeten liggen bij de kwalificatie van vastgoedbeheer?

De heer Van Gijlswijk vertelt dat het altijd afhangt van alle verschillende omstandigheden. De belangrijkste overweging is daarbij volgens hem: is de arbeid erop gericht om meer voordeel te behalen dan een passieve belegger? Oftewel: Is de transactie beïnvloedbaar door de arbeid?

Vraag 7

Vindt u dat er een duidelijke grens moet komen, bijvoorbeeld vastgelegd in de wet? Zo nee, wat zou dan een (praktische) oplossing kunnen zijn?

Nee, zoals eerder al gezegd is, mag het artikel volgens de heer Van Gijlswijk geschrapt worden, omdat het simpelweg geen toegevoegde waarde heeft (zie bijvoorbeeld BNB 2010/117). Hij is tevens van mening dat in de loop der tijd de grens tussen box III en resultaat uit overige werkzaamheden steeds duidelijker is geworden. Daarbij merkt hij op dat het aan de adviseur en de fiscus is om vooraf goed af te stemmen, om dit soort discussies te voorkomen. Indien er veel onduidelijkheid is, geeft hij tevens mee dat het dan wellicht handig is om de belegging via een B.V. te doen (FBI).

De heer Van Gijlswijk zou liever zien dat de grens tussen resultaat uit overige werkzaamheden en winst uit onderneming duidelijker wordt, omdat hier veel meer van afhangt. Als voorbeeld noemt hij diverse faciliteiten, waaronder de BOF. Het begrip 'onderneming' zou dus beter gedefinieerd moeten worden.

Bijlage B – Interview met de heer prof. dr. T.M. Berkhout MRE MRICS

NAAM INTERVIEWER:	S. van Stekelenburg
NAAM GEÏNTERVIEWDE:	prof. dr. T.M. Berkhout MRE MRICS
DUUR INTERVIEW:	± 30 min
DATUM:	vrijdag 17 april 2015 (14:00 – 14:30)
PLAATS:	Capelle aan den IJssel (telefonische afspraak)

Vraag 1

Kunt u mij meer vertellen over uw achtergrond als fiscalist (zoals studies en uw loopbaan)?
De heer Berkhout heeft Fiscaal Recht gestudeerd aan de Universiteit van Amsterdam. Hij is momenteel 30 jaar in het vak werkzaam en is zich sinds 1995 permanent gaan richten op de fiscaliteit rondom vastgoed. Daarnaast is hij hoogleraar vastgoed aan de Nyenrode Business Universiteit en geeft veel lessen aan verschillende postacademische opleidingen.

Vraag 2

U bent al geruime tijd actief in de discussie wanneer een werkzaamheid of vastgoedbelegging wordt bestempeld als normaal vermogensbeheer en in welke gevallen het meer dan normaal, actief vermogensbeheer is. Kunt u mij meer vertellen over uw relatie met dit onderwerp?

In het verleden is de heer Berkhout als inspecteur werkzaam geweest bij de Belastingdienst. Op een gegeven moment is hij met een taxateur van de Belastingdienst mee geweest en deze taxateur kon erg beeldend en met veel passie vertellen over vastgoed, waardoor de heer Berkhout vanaf dat moment eigenlijk om was. Vanaf dat moment is de interesse in vastgoed eigenlijk altijd zo gebleven. De heer Berkhout noemt vastgoed een heel interessant vakgebied.

Vraag 3

In art. 3.91 lid 1 c is de term opgenomen 'normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat'. Er is echter nooit een duidelijke toelichting/uitwerking op dit begrip gegeven.

3a. Hoe denkt u dat dit komt?

De heer Berkhout denkt dat dit eigenlijk een 'foefje' is geweest voor de wetgever om toch het woord 'actief' erbij te betrekken en om duidelijk te maken dat er bij de aan- en verkoop van een pand meer komt kijken. Het kan dus niet alleen met de handen over elkaar worden gerealiseerd. Tevens vindt de heer Berkhout dat de voorbeelden in art. 3.91 lid 1 c niks toevoegen. "Bijvoorbeeld passief uitponen; dat is geen ROW-activiteit en actief uitponen weer wel. Ook voorkennis en zelf arbeid verrichten was al bekend uit de jurisprudentie van art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964, de vraag is nu nog: hoever gaat dat?"

3b. Vindt u het terecht dat er geen toelichting op begrip is gegeven?

"Het is moeilijk te vangen in wetgeving überhaupt. In de rechtspraak dienen knopen doorgemaakt te worden. Iedere keer wordt een bepaalde casus voorgelegd met allemaal feiten en omstandigheden, de ene keer gaat de rechter linksaf en de andere keer rechtsaf. Daar kunnen we ons helemaal suf op interpreteren wat ze nou eigenlijk allemaal bedoelen, maar dat weten die rechters vaak ook helemaal niet hoor. Het is erg casuïstisch, daar kun je weinig rode draden uithalen."

Vraag 4

Er zijn een aantal factoren die een doorslaggevende betekenis hebben in de jurisprudentie. De factoren arbeid, het beoogde rendement en het hebben van voorkennis zijn voorbeelden

hiervan. Waar vindt u dat het zwaartepunt ligt of zou moeten liggen bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging?

De heer Berkhout verwijst naar zijn artikel met de heer prof. mr. dr. P.G.H. Albert⁹⁰. Daar wordt begonnen met de situatie dat er een pand wordt aangekocht en meteen wordt doorverkocht en dat dit vrijwel automatisch onder resultaat uit overige werkzaamheden wordt ondergebracht, wat natuurlijk raar is. "Stel jij koopt een pand voor € 100.000 en er komt iemand langs die 10% meer voor wilt betalen en als je dan doorverkoopt bij wijze van spreken, dan ben je al meteen belasting verschuldigd." Hij is geeft de volgende criteria meestal mee aan mensen:

- Is het resultaat beïnvloedbaar, met andere woorden; kan ik het resultaat naar mij toehalen en wordt dit ook gedaan?*
- Is er een kennisvoorsprong op de anderen, oftewel kan het resultaat zich worden toegeëigend voordat anderen dat kunnen doen?*

Tevens verwijst de heer Berkhout naar de Monografie van de heer Freudenthal⁹¹. Hierin legt de heer Freudenthal de criteria heel goed uit wanneer iets een onderneming is en wanneer is iets nou resultaat uit overige werkzaamheden. Ik heb de heer Berkhout echter uitgelegd dat ik in mijn afstudeeronderzoek specifiek onderzoek wanneer een vastgoedbelegging onder resultaat uit overige werkzaamheden of box III vermogen valt. Winst uit onderneming laat ik hierin buiten beschouwing.

Als voorbeeld op de criteria 'kennisvoorsprong' noemt de heer Berkhout het volgende: Als een pand op een veiling wordt gekocht, heeft iedereen als het goed is dezelfde informatie en is er geen sprake van een kennisvoorsprong. Wanneer een persoon echter een kennis heeft die een pand wil verkopen voor € 100.000 en als jij weet dat het pand minstens € 200.000 waard en het pand koopt (terwijl het niet op de markt is), dan is er wel sprake van resultaat uit overige werkzaamheden er is namelijk een voorsprong van kennis op de markt.

Vraag 5

Vindt u dat er een duidelijke grens moet komen, bijvoorbeeld vastgelegd in de wet? Zo nee, wat zou dan een (praktische) oplossing kunnen zijn?

De heer Berkhout denkt van niet. De grens is vrijwel niet te geven. De heer Berkhout heeft in het verleden wel eens voorgesteld aan de wetgever om de Duitse regeling ook in Nederland introduceren. Die regeling houdt in dat wanneer vastgoed wordt gekocht en dit binnen tien jaar wordt vervreemd, dat dan belast is. Na tien jaar is het dan onbelast. Daar wilde men echter niet aan. Er zou een forfaitaire regeling kunnen komen, maar dat is erg kwetsbaar, want elke grens die gesteld wordt, moet goed dichtgetimmerd worden en dat is lastig. De heer Berkhout denkt persoonlijk dat wanneer er naar de jurisprudentie gekeken wordt, dat er eigenlijk wel bruikbare lijnen uitkomen. Hij denkt niet dat een ingreep door de wetgever nodig is. Hij vermeldt daarbij dat een beetje slimme adviseur en inspecteur dit met zijn tweeën oplossen, bijvoorbeeld door overleg vooraf. Dit is iets wat je in de praktijk moet oplossen en als je uiteindelijk bij de rechter komt, dan kan het een plus of een min zijn.

Vraag 6

In geval van een sfeerovergang van box I naar box III, vindt er een fictieve staking plaats. Hierdoor ontstaat er een belastingclaim over een ongerealiseerd resultaat. Tot op heden is nog niet expliciet benoemd hoe hier mee om moet worden gegaan in de praktijk als de belastingplichtige onvoldoende vermogend is om deze claim direct af te rekenen. In uw bijdrage in het artikel "Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en

⁹⁰ P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, *Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang*, WFR 2010/1363.

⁹¹ R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden (exclusief terbeschikkingstellingregeling)*, Deventer: Kluwer 2012.

sfeerovergang" (WFR 2010/1363) schrijft u dat het wellicht een mogelijke oplossing is om aanspraak te kunnen maken op de uitstel van betalings-faciliteit zoals genoemd in art. 25 lid 14 van de IW 1990.

6a. Dit artikel is echter al van 5 jaar geleden. Hoe kijkt u hier nu tegenaan?

De mening van de heer Berkhout is ongewijzigd gebleven. Hij vindt het raar dat wanneer je een object aanhoudt en er geen liquiditeit is, dat je toch moet afrekenen. Hij heeft dit echter niet tot op de naad uitgezocht, maar vindt wel dat hier iets mee gedaan moet worden.

6b. Heeft u eventueel een andere mogelijke oplossing hiervoor in gedachten?

Een mogelijkheid tot doorschuiven/uitstel van betaling.

De heer Berkhout voegt tevens hieraan toe:

Als je de jurisprudentie van de laatste vijf á tien jaar, met name op de ROW –regeling van vroeger (art. 22 lid 1 onderdeel b van de Wet IB 1964) vergelijkt met de huidige ROW-regeling, die inmiddels ook al bijna vijftien jaar bestaat, dan is dit wel echt een verrijking geweest ten aanzien van het verleden. Er worden nu duidelijke schotten aangebracht, bijvoorbeeld als je meer doet dan passief beleggen, dan schuif je het ROW-regime binnen voor de waarde in het economisch verkeer. En als je eindigt dan stap je er ook uit. Hij vindt dit een eerlijk systeem. Vroeger had met art. 22 lid 1, onderdeel b van de Wet IB 1964 kon je alleen maar tot belastingheffing overgaan wanneer er iets verkocht werd. Dat betekend dat wanneer er een pand ontwikkeld was en je had van € 100.000 vervolgens € 500.000 gemaakt, was dit niet belast. Later bij verkoop voor bijvoorbeeld € 3.000.000, dan was het verschil tussen € 3.000.000 en € 100.000 belast. In zoverre vindt de heer Berkhout het huidige ROW-regime eerlijker, omdat het echt alleen probeert te treffen wanneer er daadwerkelijk wat met het vastgoed wordt gedaan.

Bijlage C – Interview met de heer prof. dr. J.P. Boer

NAAM INTERVIEWER:	S. van Stekelenburg
NAAM GEÏNTERVIEWDE:	prof. dr. J.P. Boer
DUUR INTERVIEW:	± 30 min
DATUM:	maandag 20 april 2015 (13:00 – 13:30)
PLAATS:	Capelle aan den IJssel (telefonische afspraak)

Vraag 1

Kunt u mij meer vertellen over uw achtergrond als fiscalist (studies, loopbaan)?

De heer Boer heeft zowel Nederlands Recht (civiel recht) als Fiscaal recht gestudeerd aan de Universiteit Leiden. Deze opleidingen heeft hij beiden in 2002 cum laude afgerond. Na zijn studie is hij in de praktijk gaan werken bij Deloitte als belastingadviseur en aan de Universiteit verbonden gebleven als docent onderzoeker. In 2011 is hij gepromoveerd door middel van zijn onderzoek naar de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel. In 2013 is de heer Boer hoogleraar Belastingrecht geworden aan de Universiteit Leiden en is gestopt met zijn werkzaamheden voor Deloitte. Hij is tevens nog wel rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Haarlem. Samen met collega de heer Lubbers heeft hij nog een eigen bedrijf, genaamd Lubbers & Boer B.V. Lubbers & Boer B.V. verzorgt assessments voor fiscalisten die bij andere kantoren worden aangenomen. Op het moment dat een fiscalist een sollicitatieronde heeft doorstaan, kan het zo zijn dat het desbetreffende kantoor graag nog een assessment wil laten afnemen. Dit assessment kan een psychologische test zijn, maar ook vakinhoudelijk.

Vraag 2

U bent al geruime tijd actief in de discussie wanneer een werkzaamheid of vastgoedbelegging wordt bestempeld als normaal vermogensbeheer en in welke gevallen het meer dan normaal, actief vermogensbeheer is. Kunt u mij meer vertellen over uw relatie met dit onderwerp?

De heer Boer is in de praktijk regelmatig met dit onderwerp geconfronteerd. Deze discussie noemt hij een multi-factor weging, omdat het niet zomaar een op een bepaald kan worden. Als adviseur is het interessant om te kijken welke argumenten de 'goede' kant opwijzen, maar ook andersom. Gaandeweg is de heer Boer hier ongeveer vanaf 2003 over gaan schrijven. De heer Boer heeft hierdoor vele annotaties, artikelen en publicaties op zijn naam staan. Daarbij noemt de heer Boer dat het een heel leuk en interessant onderwerp is, het is alleen wel een heel lastig onderwerp om daar uiteindelijk iets beslissend over te zeggen.

Vraag 3

In art. 3.91 lid 1 c is de term opgenomen 'normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat'. Er is echter nooit een duidelijke toelichting/uitwerking op dit begrip gegeven.

3a Hoe denkt u dat dit komt?

De bedoeling was om door middel van dit artikel richting te geven aan de jurisprudentie, tegelijkertijd is het een soort kwalificatie. Die twee dingen gaan niet samen. Óf je zegt wat het is of wat het moet zijn, óf je zegt wat je vindt dat het moet worden. Dat laatste is het in ieder geval niet zegt de Hoge raad. Het is dus eigenlijk een opsomming van voorbeelden die in de rechtspraak onder voorwaarden, als je gewoon keurig voldoet aan de vier bronvoorwaarden, belast kunnen zijn. Daar heb je eigenlijk art. 3.91 lid 1c niet voor nodig, dit biedt namelijk geen heffingsbasis. Dit heeft de heer Boer eigenlijk altijd al gevonden en 9 oktober 2009 zei de Hoge Raad eigenlijk hetzelfde. Overtuigend zegt de heer Boer daarover: "artikel 3.91 lid 1c, weg ermeel!"

3b Vindt u dit terecht?

De heer Boer noemt dit artikel een zinloze bepaling en vertelt dat de Hoge Raad dit ook heeft uitgesproken. Hij vindt dus dat art. 3.91 lid onderdeel c inmiddels wel doorgestreept kan worden.

Vraag 4

Er zijn een aantal factoren die een doorslaggevende betekenis hebben in de jurisprudentie. De factoren arbeid, het beoogde rendement en het hebben van voorkennis zijn voorbeelden hiervan. Waar vindt u dat het zwaartepunt ligt of zou moeten liggen bij de kwalificatie van een vastgoedbelegging?

“De voorzienbaarheid van het voordeel in relatie met de arbeid. Eigenlijk is artikel 3.90 iets anders dan het opzoeken van arbeidsinkomen. Het arbeidsinkomen is inkomen veroorzaakt door arbeid. In de bronnenbenadering is het nooit de bedoeling geweest om vermogenswinsten te heffen. Dus als je een vastgoedtransactie belast, dan belast je die niet omdat het een vermogenswinst is, maar omdat het een arbeidsinkomst is. Dit ziet er dan toevallig uit als een vermogenswinst. Dit probeer je feitelijk te ontmaskeren door de vier bronvoorwaarden te toetsen. Hierbij ligt het zwaartepunt dan toch wel tussen de relatie arbeid en de voorzienbaarheid van het voordeel.”

Vraag 5

Vindt u dat er een duidelijke grens moet komen, bijvoorbeeld vastgelegd in de wet? Zo nee, wat zou dan een (praktische) oplossing kunnen zijn?

De heer Boer is van mening dat dit verder aan de jurisprudentie overgelaten zal moeten worden. Het is inmiddels al zo lang aan de rechtspraak overgelaten, dat het geen zin heeft om dit specifiek in de wetgeving te regelen. Dit leidt volgens de heer Boer eerder tot onduidelijkheid dan tot verheldering. “Het is allemaal zo feitelijk dat het helemaal geen zin heeft voor een regelgever om dit op basis van algemene bepalingen verder in te kleuren, de praktijk vindt zijn weg wel”, vertelt de heer Boer. Daarbij vult de heer Boer aan dat ‘hier en daar’ onzekerheid bestaat, maar dat dit niet veel gevolgen heeft in deze discussie en dat daar op zichzelf geen wetgeving voor benodigd is. Er kunnen verschillende dingen bedacht worden, zoals termijnen waarbinnen je wel of niet tot verkoop overgaat, bewijsvermoedens en je kunt eindeloos doorgaan. De heer Boer stelt hierbij echter de vraag welk probleem hiermee wordt opgelost.

In geval van een sfeerovergang van box I naar box III, vindt er een fictieve staking plaats. Hierdoor ontstaat er een belastingclaim over een ongerealiseerd resultaat. In uw bijdrage in het NDFR-commentaar bij artikel 3.90 van de Wet IB 2001 schrijft u dat de Hoge Raad zich tot op heden nog niet expliciet heeft uitgelaten over deze kwestie.

Vraag 6

Hoe kan het dat hier nog (steeds) geen uitspraak over is gedaan?

De heer Boer vindt dat dit probleem opgelost moet worden. Dit kan volgens de heer Boer niet al te lang meer duren.

Tevens schrijft u dat u van mening bent dat de afrekening over ongerealiseerde voordelen een onbedoelde reparatie is van het heffingslek dat onder de Wet IB 1964 bestond bij de afwezigheid van een daadwerkelijk realisatiemoment. U ziet als mogelijke oplossing hiervoor een doorschuif- of betalingsfaciliteit.

Vraag 7

Kunt u toelichten hoe u dit terug zou willen zien in de wet of hoe dit gerealiseerd kan worden?

Er kan een bepaling opgenomen worden waarbij het voordeel wordt doorgeschoven tot het moment van verkoop. Een soort compartimentering noemt de heer Boer het. Een

betalingsfaciliteit kan in de vorm van een conserverende aanslag. Het liquiditeitsprobleem dient gewoon verholpen te worden. Op de vraag of er een termijn verbonden moet worden aan de verkoop vanaf het moment van sfeerovergang, antwoordt de heer Boer ontkennend. Hij is van mening dat, ongeacht de periode, er in ieder geval afgerekend dient te worden over het vervreemdingsvoordeel. Praktisch is dit wellicht lastig te volgen, bijvoorbeeld als het over een periode van 30 jaar gaat, maar in dat geval is een betalingsfaciliteit dan de beste oplossing hiervoor.

Bijlage D – Interview met de heer A. den Otter RB

NAAM INTERVIEWER:	S. van Stekelenburg
NAAM GEÏNTERVIEWDE:	A. den Otter RB
DUUR INTERVIEW:	± 90 min
DATUM:	Woensdag 22 april 2015 (15:00 – 16:30)
PLAATS:	Capelle aan den IJssel (WVH)

Vraag 1

Kunt u mij meer vertellen over uw achtergrond als fiscalist, het kantoor waar u werkzaam bent en de relatie met dit onderwerp?

De heer Den Otter heeft op het HEAO de opleiding Management Economie en Recht afgerond. Gedurende zijn studie heeft de heer Den Otter stage gelopen bij de FIOD⁹². Pas toen is hij, naast een aantal basisvakken, met 'belasting' in contact gekomen. De heer Den Otter heeft na zijn stage graag willen werken bij de Belastingdienst, maar dit is toentertijd niet gelukt. Hij is uiteindelijk bij een MKB-kantoor gaan werken voor ongeveer vier jaar. Na deze vier jaar is hij bij Wolfsbergen Van Haarlem terecht gekomen, waar hij inmiddels bijna dertien jaar werkzaam is. Wolfsbergen Van Haarlem is een MKB-kantoor met ongeveer 35 personeelsleden, waaronder accountants en belastingadviseurs. Wolfsbergen Van Haarlem heeft een divers cliëntenbestand en is gespecialiseerd op het gebied van vastgoed. De heer Den Otter verzorgt tevens al ruim tien jaar lessen voor het NVM⁹³. Het feit dat WVH gespecialiseerd is op het gebied van vastgoed en vastgoedadvisering, plus het feit dat de heer Den Otter zelf lessen verzorgt voor het NVM, verklaart de relatie met het vastgoed en dit onderwerp.

Vraag 2

Komt dit probleem regelmatig voor in het cliëntenbestand binnen het kantoor waar u werkzaam bent?

Wolfsbergen Van Haarlem heeft veel cliënten met een vastgoedportefeuille in privé. Momenteel zijn er niet veel situaties met betrekking tot deze specifieke afbakening (resultaat uit overige werkzaamheden of box III). De heer Den Otter geeft wel aan dat de cliënten die een vastgoedbelegging hebben, vooraf zijn geïnformeerd en geadviseerd. Hierbij is bijvoorbeeld verteld dat de cliënt moet letten op de arbeid die hij verricht en wat de mogelijke gevolgen anders zijn. Tevens zijn hierover nog geen vragen gesteld door de fiscus, dus lijkt dit goed te gaan.

Vraag 3

Kunt u voorbeelden geven van situaties die zich voordoen?

De heer Den Otter noemt enkele voorbeelden van situaties die zich voordoen. Zo zijn er diverse makelaars met een vastgoedbelegging waar dit vraagstuk zou kunnen spelen. Tevens noemt de heer Den Otter een ander interessante casus⁹⁴ die zich momenteel aan de orde is. In dit geval is belastingplichtige in het bezit van een stuk grond, samen met een aantal anderen (waaronder enkele burens en zijn moeder). Belastingplichtige zelf is een architect en heeft een architectenbureau. De grond die belastingplichtige in bezit heeft, voormalig landbouwgrond, heeft een bestemmingswijziging gekregen van de gemeente. De gemeente wil namelijk een woonwijk op deze grond realiseren. Het architectenbureau van

⁹² FIOD staat voor Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst. De FIOD is onderdeel van de Belastingdienst en zij voorkomen en bestrijden fiscale financiële fraude.

⁹³ NVM staat voor Nederlandse Vereniging van Makelaars. De NVM is Nederlands grootste vereniging voor makelaars en vastgoeddeskundigen.

⁹⁴ Het is wellicht een mogelijkheid om deze cliënt naar aanleiding van de uitkomst van dit onderzoek verder te informeren. Dit zal nader worden bepaald.

belastingplichtige zorgt voor de ontwikkeling en realisatie hiervan. Hiervoor worden zakelijke tarieven gehanteerd. Na realisatie van de woonwijk houdt iedere grondbezitter een pand of een woning eraan over.

Vraag 4

Hoe beoordeelt u in de praktijk of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal vermogensbeheer?

De heer Den Otter wordt meestal door cliënten vooraf ingelicht als zij een pand willen kopen. Hij geeft dan met betrekking tot deze aankoop verschillende adviezen aan de hand van de op dat moment bekende jurisprudentie. Hiermee waarschuwt hij de cliënt van te voren voor eventuele risico's in de belastingheffing. Op het moment dat de heer Den Otter niet op de hoogte is van een aan- of verkoop, kwalificeert hij de vastgoedbelegging aan de hand van een aantal gerichte vragen die hij aan de cliënt stelt. Wat doet de cliënt zelf om zijn portefeuille te beheren? Doet hij dit zelf of besteedt hij dit uit? Hierbij staan tevens het aankoopmoment, de aankoopprijs (en eventuele verkoopprijs) en het doel van de aankoop centraal.

Vraag 5

In art. 3.91 lid 1 c is de term opgenomen 'normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat'. Er is echter nooit een toelichting/uitwerking op dit begrip gegeven.

5a Hoe denkt u dat dit komt?

De heer Den Otter denkt dat deze 'open norm' in de wetgeving jurisprudentie uitlokt. Door deze open norm kunnen meerdere situaties in de heffing worden betrokken. Als er een duidelijke omschrijving of grens zou worden vermeld, wordt het makkelijker voor de belastingplichtige om dit te omzeilen. De open norm houdt dus ruimte over en zorgt ervoor dat er meer belasting kan worden geheven.

5b Vindt u dit terecht?

Dit is lastig te beantwoorden. De heer den Otter geeft aan dat hij de situatie van twee kanten af wel kan begrijpen. In de ogen van de wetgever biedt dit ruimte voor een ruime interpretatie om zo meerdere situaties en omstandigheden in de heffing te kunnen betrekking. Maar voor de belastingplichtige geeft dit rechtsonzekerheid en onduidelijkheid.

Vraag 6

Er zijn een aantal factoren die een doorslaggevende betekenis hebben in de jurisprudentie. De factoren arbeid, het beoogde rendement en het hebben van voorkennis zijn voorbeelden hiervan. Waar vindt u dat het zwaartepunt ligt of zou moeten liggen bij de kwalificatie van vastgoedbeheer?

De heer Den Otter beschouwt de factor arbeid als het belangrijkste. Daarbij noemt hij terecht dat het beoogde rendement op twee manieren gerealiseerd kan worden. Het uiteindelijke voordeel kan namelijk worden behaald door hiervoor gericht arbeid te verrichten, maar ook door de kosten zo laag mogelijk te houden. Hoe lager de kosten zijn, hoe hoger het behaalde voordeel dan ook uiteindelijk is. De vraag die hij hierbij stelt is of in dit laatste geval dan ook kan worden gesproken van resultaat uit overige werkzaamheden? Hoe dan ook, de factoren arbeid in combinatie met het bijbehorende oogmerk zou de doorslag moeten geven. Met betrekking tot de factor voorkennis vertelt de heer Den Otter dat het hogere voordeel terecht hoger belast dient te worden. Hij noemt uitdrukkelijk het 'hogere voordeel'. Om dit te verduidelijken schetst hij een voorbeeld: Stel X koopt zonder voorkennis een pand voor € 125.000, welke hij uiteindelijk voor € 175.000 verkoopt. Het voordeel van € 50.000 wordt niet in de heffing betrokken (ervan uitgaande dat er verder geen arbeid o.i.d. zelf is verricht).

Indien X het pand met voorkennis zou kopen voor € 100.000 en dit pand vervolgens zou verkopen voor € 200.000, wordt het verschil van € 100.000 in de heffing betrokken. Dit is namelijk het gerealiseerde voordeel. Hier is de heer Den Otter het niet mee eens. Hij is van

mening dat in dergelijke situaties een vergelijking gemaakt zou moeten worden met een voordeel dat door een belastingplichtige zonder voorkennis behaald zou zijn. In dit geval levert dat een verschil op van € 50.000, namelijk de winst met voorkennis minus de winst zonder voorkennis. Alleen het hogere behaalde voordeel van € 50.000 zou volgens hem belast mogen worden, omdat dit eerlijker is. Uiteraard is hier wat over te zeggen. Ik kan mij zeker vinden in zijn voorbeeld en zijn mening. Echter, na hierover door te hebben gepraat, zijn wij tot de conclusie gekomen dat dit verschil lastig is vast te stellen. Het is namelijk moeilijk te achterhalen wat het voordeel geweest zou zijn in een normale situatie en ook dit weet je dan niet helemaal zeker. Maar het is zeker een interessante gedachtegang.

Vraag 7

Vindt u dat er een duidelijke grens moet komen, bijvoorbeeld vastgelegd in de wet?

Zo ja, hoe zou dit dan eruit kunnen gaan zien?

Volgens de heer Den Otter is het wel mogelijk om de bepaling te verduidelijken in de wet. Er zal dan vooraf duidelijk vastgesteld moeten worden wie de wetgever met deze regeling wil treffen. Er zullen concrete situaties benoemd moeten worden om zo duidelijkheid te creëren. Het zal niet gemakkelijk zijn, maar onmogelijk is het dus niet. Het gevolg kan echter wel zijn dat het bij de uitwerking een onleesbare wetsbepaling wordt, juist omdat er zoveel in dient te worden opgenomen om duidelijkheid te verschaffen.

Nogmaals geeft de heer Den Otter aan dat de bepaling zoals die nu is, wel de mogelijkheid biedt om onzekere situaties in de heffing te betrekken. Indien dat de bedoeling is van de wetgever, dan is dat zo. Wanneer de onzekerheid er is, is het dus verstandig om er volledig voor te zorgen dat de vastgoedbelegging in box III thuishoort, of indien er toch twijfel is, ervoor te zorgen dat het wordt ingericht als een onderneming, zodat de ondernemersfaciliteiten ook toegepast kan worden. Participatie in een FBI is ook nog een optie.

Bijlage E – Interview met de heer A.H. Ashkir MSc

NAAM INTERVIEWER:	S. van Stekelenburg
NAAM GEÏNTERVIEWDE:	A.H. Ashkir MSc
DUUR INTERVIEW:	n.v.t.
DATUM:	vrijdag 24 april 2015
PLAATS:	Dordrecht (vragen zijn per e-mail beantwoord)

Vraag 1

Kunt u mij meer vertellen over uw achtergrond als fiscalist, het kantoor waar u werkzaam bent en de relatie met dit onderwerp?

De heer Ashkir heeft zijn opleiding Fiscale Economie afgerond aan de Universiteit van Tilburg. Zijn loopbaan als belastingadviseur is in 2008 gestart bij Wolfsbergen Van Haarlem (WVH) in Capelle aan den IJssel. De heer Ashkir schrijft dat hij zichzelf bij WVH heeft ontwikkeld tot allround adviseur voor de MKB praktijk. Sinds februari 2015 is hij in dienst getreden bij BDO in Dordrecht. Hij werkt daar binnen het Corporate Clients segment. Hij houdt zich voornamelijk bezig met de fiscale advisering van grote, vaak internationale bedrijven. Tevens adviseert hij velen MKB- en familiebedrijven. Door de verschillende vraagstukken bij WVH en BDO heeft de heer Ashkir zich regelmatig met dit onderwerp bezig gehouden.

Vraag 2

Komt dit probleem regelmatig voor in het cliëntenbestand binnen het kantoor waar u werkzaam bent?

De kwestie ten aanzien van de grens tussen normaal vermogensbeheer en meer dan normaal, actief vermogensbeheer is een rechtsvraag die regelmatig in het cliëntenbestand binnen BDO wordt gebezigd. In de praktijk wordt deze kwestie op basis van feiten en omstandigheden beoordeeld.

Vraag 3

Kunt u voorbeelden geven van situaties die zich voordoen?

De heer Ashkir schetst de volgende casus:

De heer X wist dat zijn buurvrouw in financiële nood verkeerde. Hij kocht daarom in 2011 de vakantiewoning van zijn buurvrouw in Rijswijk voor een bedrag van € 300.000. De waarde in het economische verkeer van deze vakantiewoning bedroeg € 400.000. De heer X had het voornemen om de woning te verkopen. Hij huurde in 2012 een makelaar in. De makelaar vroeg een provisie van € 7.500, welke onmiddellijk betaald moest worden en de woning werd uiteindelijk in 2013 verkocht voor een bedrag van € 450.000. De makelaar kreeg bij de verkoop zijn provisie.

De inspecteur stelt zich op het standpunt dat de winst van € 142.000 in 2013 belast diende te worden als resultaat uit overige werkzaamheden. De heer X stelde zich op het standpunt dat de vakantiewoning een bezitting in box III is en vroeg de heer Ashkir om zijn mening hierover. De vraag die in deze casus centraal stond, was of het voorzienbaar was dat de heer X met de transactie een aanzienlijk voordeel zou kunnen behalen? Uiteindelijk heeft de heer Ashkir, zonder rechtsgang, met de inspecteur een compromis kunnen bereiken: 50% box I en 50% box III.

Vraag 4

Hoe beoordeelt u in de praktijk of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal vermogensbeheer?

In de praktijk beoordeelt de heer Ashkir of er sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden of box III vermogen door de feiten en omstandigheden te toetsen aan de

rechtsontwikkeling behorende bij de bronvereisten 'deelname aan het economische verkeer' en 'voordeel beogen/voordeel verwachten'.

Vraag 5

In art. 3.91 lid 1 c is de term opgenomen 'normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat'. Er is echter nooit een toelichting/uitwerking op dit begrip gegeven. Hoe denkt u dat dit komt en vindt u dit terecht?

De heer Ashkir is van mening dat indien de wetgever kiest voor een open norm, zoals die nu is, de rechtspraak duidelijkheid zal moeten bieden. Terecht vindt hij dit niet helemaal. Hij noemt dat de wetgever nu aan zet is om dit te verduidelijken.

Vraag 6

Er zijn een aantal factoren die een doorslaggevende betekenis hebben in de jurisprudentie. De factoren arbeid, het beoogde rendement en het hebben van voorkennis zijn voorbeelden hiervan. Waar vindt u dat het zwaartepunt ligt of zou moeten liggen bij de kwalificatie van vastgoedbeheer?

De Hoge Raad heeft in de afgelopen 100 jaar diverse rechtspraak gewezen ten aanzien van het bronbegrip. Het lijkt volgens de heer Ashkir dat de rechtspraak het zwaartepunt op de factor arbeid legt. Het arbeidsvereiste geldt daarmee als een bijzondere bronvoorwaarde.

Vraag 7

Vindt u dat er een duidelijke grens moet komen, bijvoorbeeld vastgelegd in de wet? Zo nee, wat zou dan een (praktische) oplossing kunnen zijn?

Ja zeker, de vraag naar de toekomst van het inkomensbegrip ligt naar mijn mening nu in handen van de wetgever. Tevens dient de politiek hierin een rol te spelen door aan te dringen op een herziening van de inkomstenbelasting en daarmee is de vraag actueel of het bronbegrip kan worden gehandhaafd.

Bijlage F – Interview met mevrouw X

NAAM INTERVIEWER:	S. van Stekelenburg
NAAM GEÏNTERVIEWDE:	mevrouw X ⁹⁵
DUUR INTERVIEW:	± 45 min
DATUM:	zaterdag 25 april 2015
PLAATS:	Rossum

Vraag 1

Kunt u mij meer vertellen over uw achtergrond als fiscalist, het kantoor waar u werkzaam bent en de relatie met dit onderwerp?

Mevrouw X heeft in 2008 haar studie Fiscale Economie afgerond aan de Universiteit van Tilburg. Gedurende haar studie heeft zij als werkstudent gewerkt bij Loyens & Loeff. Sinds 2008 is zij werkzaam als fiscalist op een MKB-kantoor in Zaltbommel en houdt zij zich voornamelijk bezig met de algemene praktijk. Het cliëntenbestand van het kantoor waar zij werkzaam is, is erg gevarieerd. Zij noemt daarbij dat het grootste gedeelte toch wel uit de DGA's en winstgenieters bestaat. Haar relatie met dit onderwerp is al tijdens haar studie ontstaan. Hier kreeg zij te maken met de belastingregeling voor particulieren binnen de inkomstenbelasting. Verdere verdieping in dit onderwerp is ontstaan sinds zij als fiscalist werkzaam is.

Vraag 2

Komt dit probleem regelmatig voor in het cliëntenbestand binnen het kantoor waar u werkzaam bent?

Op deze vraag antwoord mevrouw X bevestigend. Ze geeft aan dat dit met enige regelmaat voorkomt.

Vraag 3

Kunt u voorbeelden geven van situaties die zich voordoen?

Mevrouw X geeft drie denkbare situaties:

- 1. De DGA die in privé een aantal panden bezit en deze aan derden verhuurt.*
- 2. De particuliere belegger die 'leeft' van de huurinkomsten en verder geen of weinig ander werk heeft.*
- 3. De particuliere belegger die panden aankoopt en deze binnen een korte termijn weer verkoopt met winst.*

Vraag 4

Hoe beoordeelt u in de praktijk of er sprake is van normaal vermogensbeheer of meer dan normaal vermogensbeheer?

Mevrouw X geeft aan dat ze natuurlijk al veel te weten komen door te praten met de cliënt, ondanks het feit dat zij niet altijd direct openheid van zaken verschaffen. Dit kan twee redenen hebben; ze zijn zich van geen kwaad bewust of ze zijn zich wel bewust van de consequenties.

Een cliënt die tal van panden bezit en zich bezighoudt met de verhuur, onderhoud en dergelijke, snijdt zich al snel aan het mes van artikel 3.91 lid 1 onderdeel c van de Wet IB 2001. Hiervan is volgens mevrouw X eerder sprake als er meerdere panden in het spel zijn, want als iemand die 'gewoon' in loondienst is één of twee panden bezit die bestemd zijn voor verhuur, zal hier dan weer minder snel sprake van zijn.

⁹⁵ Op verzoek blijft mevrouw X liever anoniem. Op aanvraag kunnen de persoonsgegevens bekend gemaakt worden.

Er zijn bepaalde situaties die ook in de rechtspraak zijn behandeld, denkbaar. “Een cliënt die een pand koopt, opkoopt en verkoopt en daarbij een positief resultaat genereert, dient nader onder de loep te worden genomen en dat zeker als dat binnen korte tijd gebeurt.” Ondanks dat voor box III de peildatum van 1 januari van het betreffende jaar van belang is voor de aangifte, noemt mevrouw X dat alsnog gekeken dient te worden naar de stijging van het vermogen in de loop van het jaar. Een stijging van het box III vermogen kan duiden op iets wat zich in dat jaar heeft voorgedaan, bijvoorbeeld de aan- en/of verkoop van een pand. Nogmaals benadrukt mevrouw X dat cliënten hier niet altijd direct openheid van zaken geven. Door hier toch direct op in te spelen, dus door direct de juiste vragen te stellen, kan een heffing in box I wellicht worden voorkomen.

Mevrouw X is zich ervan bewust dat het voorbeeld van de aan- en verkoop van een pand binnen hetzelfde jaar wel het extreme is. Maar juist om die reden zal dit tot de nodige vragen leiden die dan ook gesteld zullen worden aan de cliënt. Ze noemt tevens dat naarmate er méér tijd gelegen is tussen aan- en verkoop, dat het risico daalt omdat het op dat moment ook marktontwikkelingen meer een rol kunnen gaan spelen. Tot slot is het van belang om te kijken hoe de aankoop gefinancierd is en aan wie het pand eventueel is verkocht. De financiering duidt op een eventueel risico dat door de koper is genomen. Aan wie het pand is verkocht kan belang voor de betrokkenheid. Bijvoorbeeld een vader die grond verkoopt aan zijn zoon voor € 50 per meter. Dit is in principe grond zonder bouwbestemming, maar op korte termijn wordt een bouwvergunning afgegeven en zoon verkoopt de grond het daarop volgende jaar voor € 200 per meter. In een dergelijke situatie kan een tipgeving meespelen, maar ook het belang van vader, omdat hij het aan zijn zoon doorverkoopt.

In de praktijk waar mevrouw X werkzaam is, is het tevens van belang of de cliënt deelneemt aan Horizontaal Toezicht⁹⁶. Het kantoor waar zij werkzaam is, heeft namelijk een convenant met de belastingdienst gesloten. Als de cliënt deelneemt aan Horizontaal Toezicht en er is sprake van een situatie die pleitbaar is voor box III, dan zal de situatie alsnog van te voren worden voorgelegd aan de Belastingdienst. Het kan namelijk alsnog zo zijn dat de Belastingdienst de neiging heeft om het voordeel alsnog in aanmerking te willen nemen in box I. Door dit van te voren voor te leggen aan de Belastingdienst, kan overeenstemming worden bereikt en wordt controle achteraf overbodig. Dit is ook het doel van Horizontaal Toezicht. Bij de cliënten die niet deelnemen aan Horizontaal Toezicht zal altijd worden bekeken of er sprake is van een pleitbaar standpunt. Het interne dossier zal dan worden opgevuld met de nodige informatie en literatuur. Ook bespreekverslagen worden hierin opgenomen. Door dit goed vast te leggen, kan bij controle door de Belastingdienst altijd het standpunt opnieuw worden verdedigd.

Vraag 5

In art. 3.91 lid 1 c is de term opgenomen ‘normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat’. Er is echter nooit een toelichting/uitwerking op dit begrip gegeven. Vindt u dit terecht? En eventueel: Hoe denkt u dat dit komt?

Mevrouw X is van mening dat ‘normaal, actief vermogensbeheer’ niet duidelijk te formuleren is. Juist door de vele rechtspraak is gebleken dat het afhankelijk is van verschillende omstandigheden en van het individuele geval. Mevrouw X begrijpt het dan ook dat de wetgever voor deze aanpak heeft gekozen. Juist door dit ‘onduidelijke’ begrip kunnen verschillende individuele gevallen in de heffing worden betrokken.

⁹⁶ De Belastingdienst hanteert een nieuwe controleaanpak dat Horizontaal Toezicht heet. Deze nieuwe aanpak gaat uit van begrip, transparantie en wederzijds vertrouwen tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige. Het omvat meer dan het alleen voldoen aan de wet- en regelgeving.

Vraag 6

Er zijn een aantal factoren die een doorslaggevende betekenis hebben in de jurisprudentie. De factoren arbeid, het beoogde rendement en het hebben van voorkennis zijn voorbeelden hiervan. Waar vindt u dat het zwaartepunt ligt of zou moeten liggen bij de kwalificatie van vastgoedbeheer?

Het is lastig voor mevrouw X om een duidelijk zwaartepunt aan te moeten geven. Het zelf verrichten van arbeid dient volgens haar wel een zwaarder gewicht te worden gegeven dan aan het beoogde rendement. Hierbij vertelt ze wel dat het natuurlijk samenhangt met elkaar. Ook het hebben van voorkennis vindt mevrouw X een belangrijke factor. Als voorbeeld noemt zij een makelaar die in privé een pand koopt. In zulke situaties is het voordeel dat behaald wordt hoger dan wanneer een ander dit pand zou aan- en verkopen. De voorkennis zorgt in dit geval voor het hogere rendement.

Vraag 7

Vindt u dat er een duidelijke grens moet komen, bijvoorbeeld vastgelegd in de wet? Zo nee, wat zou dan een (praktische) oplossing kunnen zijn?

Mevrouw X denkt bij een duidelijke grens aan een bepaald percentage rendement die het onderscheid tussen box I en box III zou moeten aanduiden. Zij denkt dat dit er niet zo snel zal komen, omdat er veel verschillende situaties denkbaar zijn die niet in 'vaste wetgeving' kunnen worden opgenomen. Tevens vertelt ze hierbij dat juist een dergelijk fiscaal, grijs grensgebied haar werk leuk en uitdagend houdt. Niet alles dient in een wetgeving te worden bepaald. Als dit wel het geval zou zijn, wordt er toch wel weer een manier gevonden om hier onderuit te komen.

Bijlage G – Memo “Beleggingen in vastgoed: ROW of box III?”

Auteur: S. van Stekelenburg
Datum: 18 mei 2015
Onderwerp: Normaal vermogensbeheer en meer dan normaal, actief vermogensbeheer bij beleggingen in vastgoed

Beleggen kan op verschillende manieren, zo is er passief beleggen en actief beleggen. Een ‘passieve’ belegger geeft zijn belegging(en) aan in zijn aangifte inkomstenbelasting in box III tegen de waarde in het economische verkeer. Eventuele onderhoudskosten zijn niet aftrekbaar en inkomsten uit het onroerend, zoals huur, zijn niet belast. Dit wordt ook wel ‘normaal vermogensbeheer’ genoemd. Een ‘actieve’ belegger geeft daarentegen de *inkomsten* uit de belegging aan in box I in zijn aangifte inkomstenbelasting. In dat geval zijn diverse kosten die zien op de belegging wel aftrekbaar. Wanneer de belegging in box I wordt aangegeven, valt het onder ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’.

Wat het verschil is tussen ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ is echter nooit verduidelijkt. Tot op de dag van vandaag wordt dit onderscheid bepaald door de rechtspraak. In art. 3.91 lid 1 onderdeel c van de Wet IB 2001 staan drie situaties genoemd waarin er sprake zou kunnen zijn van het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat. Deze situaties dienen echter slechts als voorbeeld, zo blijkt uit HR 9 oktober 2009.⁹⁷

Door de kennelijk onduidelijke wetsbepaling is het onderscheid en de nadere invulling tussen ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ verder overgelaten aan de jurisprudentie. De jurisprudentie met betrekking tot de kwalificatie van vastgoed is erg uiteenlopend. Uit mijn afstudeeronderzoek is gebleken dat bij de invulling van de begrippen ‘normaal vermogensbeheer’ en ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ er in de jurisprudentie een aantal factoren naar voren zijn gekomen, die van doorslaggevende betekenis zijn geweest. Deze factoren zijn:

- aard en omvang van de activiteiten;
- beoogd rendement en risico;
- samenstelling en omvang van het vermogen;
- (voor)kennis bij de koper;
- algemeen bekende omstandigheden.

In geval de rechter beslist heeft dat het gaat om een algemeen bekende omstandigheid, zal een vastgoedbelegging thuishoren in box III. Tevens blijkt uit de ontwikkeling in de jurisprudentie dat de samenstelling en omvang van het vermogen van ondergeschikt belang zijn geworden. De belangrijkste toetsingscriteria die een doorslaggevende betekenis hebben in de jurisprudentie, zijn dus slechts de volgende drie factoren:

- aard en omvang van de activiteiten;
- beoogd rendement en risico;
- (voor)kennis bij de koper.

⁹⁷ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481

Indien de arbeid erop gericht is om een voordeel te behalen en dit voordeel ook daadwerkelijk wordt behaald, is er al snel sprake van meer dan normaal, actief vermogensbeheer. Er dient dus een causaal verband te zijn tussen het behaalde voordeel en de verrichte arbeid. Hoe meer activiteiten een belastingplichtige verricht, des te aannemelijker het is dat er een hoger voordeel wordt beoogd.

Indien een belastingplichtige een informatievoorsprong heeft en er daardoor een voordeel wordt behaald door middel van arbeid, is dit ook aan te merken als resultaat uit overige werkzaamheden. De toetsingscriteria die doorlopen moeten worden om de grens tussen de begrippen 'normaal vermogensbeheer' en 'meer dan normaal, actief vermogensbeheer' in de inkomstenbelasting te bepalen, zijn de volgende:

1. aard en omvang van de activiteiten;

- *Hierbij zijn de volgende vragen van belang:
Is er arbeid verricht?
Hoeveel arbeid is er verricht?
Is of wordt de arbeid uitbesteed aan derden, en zo ja welke arbeid?
Zijn er andere partijen betrokken bij de aan- en/of verkoop van vastgoed?
Is de belastingplichtige, naast de vastgoedbelegging en beleggingsactiviteiten, in loondienst?*

2. beoogd rendement en risico;

- *Hierbij zijn de volgende vragen van belang:
Is of wordt er door de belastingplichtige een voordeel beoogd?
Is of wordt dit voordeel door middel van de verrichte arbeid behaald?
Is er een causaal verband tussen de verrichte arbeid en het behaalde voordeel?
Is het vastgoed gefinancierd met (veel) vreemd vermogen?*

3. (voor)kennis bij de koper;

- *Hierbij zijn de volgende vragen van belang:
Was de belastingplichtige op de hoogte van kennis die anderen niet (konden) weten?
Is gebruik gemaakt van voorkennis om het voordeel te behalen?*

4. algemeen bekende omstandigheden.

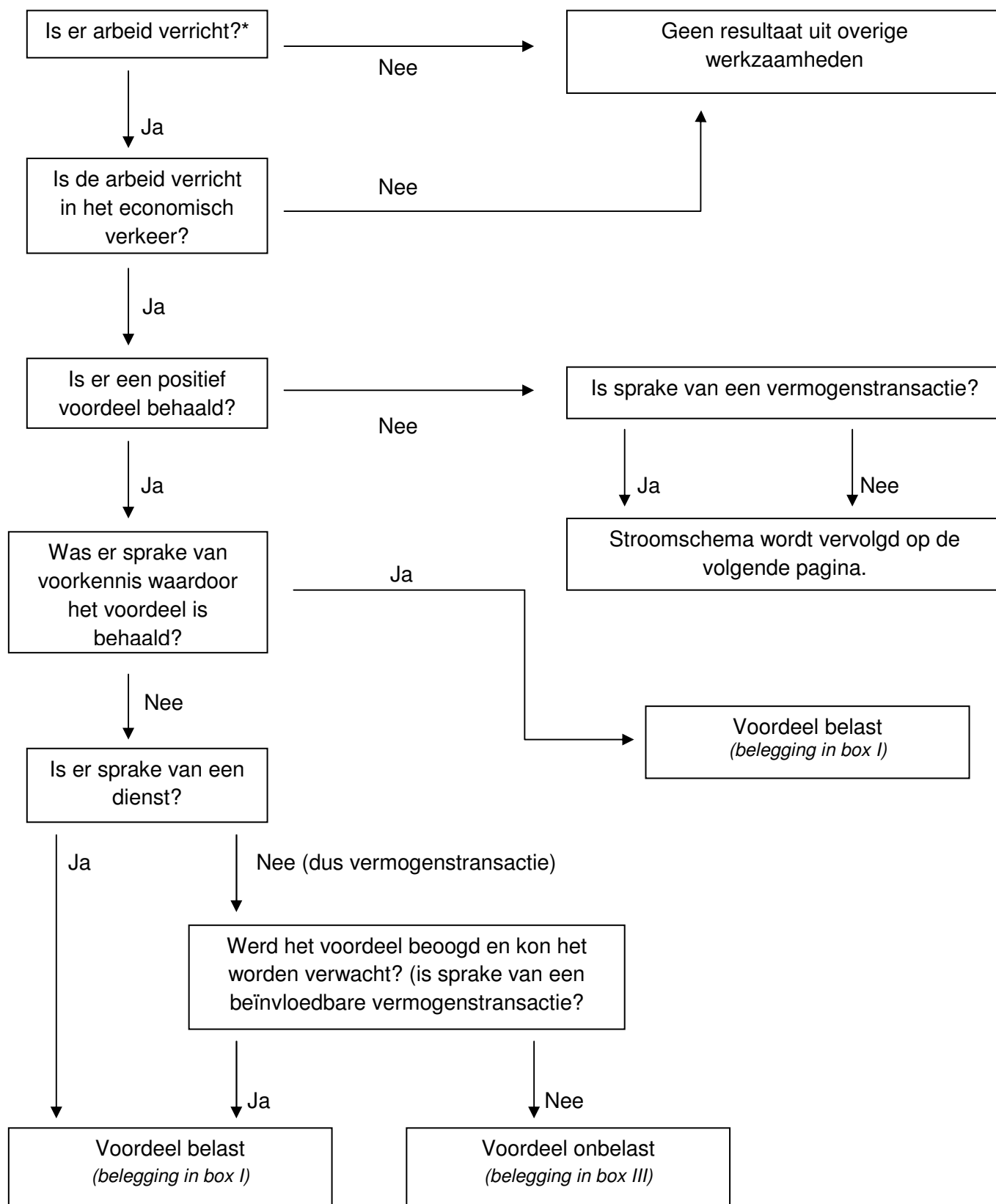
- *Hierbij zijn de volgende vragen van belang:
Wat is het doel van de aan- en/of verkoop van een pand?
Is er sprake van een algemeen bekende omstandigheid?*

Door stapsgewijs de criteria na te lopen en de bijbehorende vragen te beantwoorden, kan in grote lijnen worden bepaald hoe een vastgoedbelegging gekwalificeerd dient te worden. Het is van belang dat de betrokken fiscalist op de hoogte is van eventuele aan- en/of verkopen van panden en de bijbehorende feiten en omstandigheden, om correct te kunnen adviseren. Zeker bij de aankoop van een pand is het verstandig als hij vooraf bij de situatie betrokken wordt. Op deze manier kunnen alle scenario's doorgelopen worden en zijn eventuele risico's bij de cliënt bekend. Uiteraard zijn de feiten en omstandigheden per situatie verschillend. Om deze reden is het dan ook lastig om een duidelijke grens te trekken. Ter ondersteuning en

verduidelijking is een stroomschema opgesteld.⁹⁸ Dit stroomschema is terug te vinden op de achterste twee pagina's.

De kwalificatie van een vastgoedbelegging is lastig vanwege het feit dat het erg casuïstisch is. Aan het stroomschema kunnen derhalve geen rechten worden ontleend, het dient slechts ter indicatie. Bij twijfel wordt aangeraden om vooraf te overleggen met de Belastingdienst. Dit voorkomt discussies achteraf en kan ook tijdsbesparing opleveren. Een andere optie is om bij grotere particuliere beleggers de belegging onder te brengen in een FBI. Dit vraagt de nodige tijd en advisering, maar hierdoor is er wel meteen duidelijkheid. Het is natuurlijk afhankelijk van de wensen van de cliënt in welke richting geadviseerd wordt. Indien de wens is om de belegging in box III op te nemen, dient de betrokken fiscalist bijvoorbeeld duidelijk te maken dat de cliënt zoveel mogelijk werk dient uit te besteden. Voorbeelden hiervan zijn het uitbesteden van onderhoudswerkzaamheden en het innen van de huur.

⁹⁸ Bij het opstellen van dit stroomschema is tevens gebruik gemaakt van een reeds bestaand stroomschema, opgesteld door de heer Freudenthal. Zie R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden (exclusief terbeschikkingstellingregeling)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 48.



* Arbeid verricht door betrokken partijen wordt ook toegerekend aan die van belastingplichtige.

