

Een alternatief voor de bronafbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3?

Auteur:	W.J.M. (Billy) Branje
Administratienummer:	343645
Afstudeerrichting:	Fiscaal Recht
Universiteit:	Universiteit van Tilburg
Datum van afstuderen:	19 april 2012
Examinatoren:	mr. Y.J.M. (Yvonne) Pijpers (begeleider) prof. dr. A.C. Rijkers (examinator)

Inhoudsopgave

Voorwoord	IV
Hoofdstuk 1 Inleiding	5
1.1 Aanleiding.....	5
1.2 Probleemstelling.....	6
1.3 Verantwoording opzet.....	6
Hoofdstuk 2 Een onderscheid in belastingdruk	8
2.1 Inleiding.....	8
2.2 Motieven van de wetgever	10
2.2.1 De motieven voor de invoering van de vermogensrendementsheffing.....	10
2.2.2 De motieven van de wetgever voor een onderscheid in belastingdruk.....	11
2.3 Belastingtheoretici.....	12
2.3.1 Voorstanders van een lagere belastingdruk op kapitaal (de derde denkrichting)	13
2.3.2 Voorstanders van een gelijke belastingdruk op arbeidsinkomen en kapitaalinkomen	15
2.3.2.1 Algemeen	15
2.3.2.2 Weerlegging van argumenten van de wetgever voor lagere belastingdruk op kapitaal.....	16
2.4 Beoordeling van het onderscheid in belastingdruk.....	18
2.4.1 Beoordeling motieven van de wetgever voor het onderscheid.....	18
2.4.2 Beoordeling argumenten belastingtheoretici voor een lagere belastingdruk op kapitaalinkomen ..	21
Hoofdstuk 3 Bronafbakening	23
3.1 De invloed van de bronnentheorie op de Wet IB 2001	24
3.2 Resultaat uit overige werkzaamheden	25
3.2.1 Inleiding.....	25
3.2.2 De bronvereisten.....	27
3.3 Box 3.....	35
3.3.1 Algemeen	35
3.3.2 Kwalificatiecriteria van de vermogensrendementsheffing	38
3.4 Het begrip ‘normaal vermogensbeheer’ als bronafbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 met betrekking tot vastgoed	39
3.4.1 Historie	40
3.4.2 De bronafbakening	40

3.4.2.1 De drie factoren	42
3.4.2.2 De drie kwalificatiemomenten voor vastgoed	44
3.4.2.3 Artikel 3.91, lid 1, sub c Wet IB 2001	46
3.4.3 Gevolgen van (onduidelijke) bronafbakening.....	47
3.5 Conclusie	48
Hoofdstuk 4 Het fenomeen grensgevallen	50
4.1 Inleiding.....	50
4.2 Voorbeelden uit de jurisprudentie	51
4.3 Overige voorbeelden.....	55
4.4 Conclusie	58
Hoofdstuk 5 Alternatieven voor de afbakeningsproblematiek	61
5.1 Alternatieven binnen het bestaande systeem	61
5.1.1 Het dominantie criterium.....	61
5.1.2 Aansluiting zoeken bij de bezitsperiode (wetsfictie).....	62
5.1.3 De omstandighedencatalogus.....	63
5.1.4 Uitzondering van niet-arbeid gerelateerde voordelen.....	64
5.2 Alternatieven met aanpassing van het bestaande systeem.....	65
5.2.1 Een duale inkomstenbelasting?	66
5.2.2 Invoering van een vermogenswinstheffing.....	68
5.4 Conclusie	70
Hoofdstuk 6 Conclusie	71
Literatuurlijst.....	75
Jurisprudentieregister.....	79
Bijlage I.....	81

Voorwoord

Als afsluiting van mijn opleiding Master Fiscaal Recht aan de Universiteit van Tilburg heb ik deze eindscriptie geschreven. Voordat ik echter kon beginnen aan de scriptie diende ik eerst een onderwerp te vinden. Dat ik iets over de inkomstenbelasting wilde gaan schrijven had ik al besloten, echter het exacte onderwerp was voor mij nog niet duidelijk. Het WFR-artikel van Albert en Berkhout 'Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang' vormde daarmee de eerste zet in de richting van het huidige onderwerp.¹ Het uiteindelijke onderwerp is echter afkomstig van R.M. (Ruben) Freudenthal. In het kader van het Deloitte Professorendiner Tax ben ik namelijk onder begeleiding van Freudenthal gedurende ruim vier maanden bezig geweest met het schrijven van een wetenschappelijk artikel. Dit wetenschappelijk artikel heeft de basis gevormd voor deze scriptie.

Via deze weg gaat daarom ook mijn dank uit naar de bijdrage van Freudenthal als mijn begeleider bij het Professorendiner Tax. Naast Freudenthal wil ik vanuit Deloitte ook J.P. (Koos) Boer bedanken voor zijn feedback op het wetenschappelijk artikel. Dit is de basis van deze scriptie zeker ten goede gekomen.

Daarnaast wil ik vanuit de Universiteit van Tilburg Y.J.M. (Yvonne) Pijpers heel erg bedanken voor de vele verhelderende gesprekken, kritische feedback en haar begeleiding gedurende het schrijfproces van de scriptie. Mede dankzij haar mag het eindresultaat er wezen.

Ten slotte wil ik mijn familie, vrienden en speciaal mijn vriendin bedanken voor de steun die ik van hun heb mogen ontvangen.

Helmond, maart 2012

W.J.M. (Billy) Branje

¹ P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, 'Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang', WFR 2010/1363.

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding

In Nederland kennen we sinds de invoering van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) een gedeeltelijk analytisch stelsel, namelijk het boxensysteem. In iedere box geldt een ander regime én een ander tarief. Één van de gevolgen van de invoering van de Wet IB 2001 is een onderscheid in belastingdruk tussen arbeidsinkomen en kapitaalinkomen.² De wetgever is namelijk van mening dat het kapitaalinkomen minder zwaar dient te worden belast dan het arbeidsinkomen. Dit onderscheid in belastingdruk heeft de wetgever ingevoerd als antwoord op de belastingarbitrage die ontstond binnen het oude stelsel, zoals dat gold onder de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 (hierna: Wet IB 1964). In deze scriptie zal nader worden onderzocht of de wetgever met de gegeven argumentatie in de parlementaire behandeling een voldoende sterk fundament heeft gelegd voor dit aangebrachte onderscheid in belastingdruk. In deze bijdrage zal ik mij uitsluitend richten op het onderscheid in belastingdruk tussen box 1, binnen de bron resultaat uit overige werkzaamheden (exclusief de terbeschikkingstellingsregeling) enerzijds, en box 3 anderzijds. Specifieke aandacht is er voor vastgoed. Reden voor de keuze om mij uitsluitend te richten op het onderscheid in belastingdruk tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 is dat de tariefspanning tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 het grootst is binnen de Wet IB 2001. Daarbij is specifiek voor vastgoed gekozen, omdat 1) juist bij vastgoed de belangen vaak groot zijn, 2) de discussie bij vermogenstransacties, zoals vastgoed, veelvuldig voorkomt en 3) de voorbeelden met betrekking tot vastgoed vaak beeldend zijn waardoor de problematiek duidelijker kan worden weergegeven.³

Het is de laatste jaren immers geen onbekend fenomeen meer dat de inspecteur afwijkt van de aangifte inkomstenbelasting, omdat de inspecteur van mening is dat het behaalde rendement met het vastgoed in box 1 belast zou moeten worden en niet in box 3.⁴ In de meeste gevallen zal duidelijk zijn aan welke bron de voordelen behaald met het vastgoed zijn toe te rekenen. Wanneer men zich echter dichterbij de 'grens' tussen box 1 en box 3 begeeft, wordt het verhaal toch anders. Door de soms moeizame toepassing van de bronvereisten en de kloof tussen de theoretische toepassing en de praktische uitwerking als gevolg van de bewijsproblematiek is het in die grenssituaties vaak namelijk helemaal niet zo duidelijk. Wordt het voordeel verkregen ten aanzien van het vastgoed nu in de heffing betrokken als - betrekkelijk zwaar belast - voordeel voortvloeiende uit de inzet van arbeid als productiefactor door de belastingplichtige, of als een - veel gematigder belast - voordeel vanwege de inzet van kapitaal als productiefactor? Een klein feitelijk verschil kan in een bepaalde situatie een zeer aanzienlijk verschil in belastingdruk tot gevolg hebben. Dit aanzienlijk

² Onder de Wet IB 1964 bestond er al een onderscheid in tarief met betrekking tot winst uit aanmerkelijk belang (artikel 57a Wet IB 1964).

³ De afbakeningsproblematiek tussen box 1 en box 3 doet zich met name voor bij de categorie vermogenstransacties en nauwelijks bij diensten. Bij diensten spelen de vermogensbestanddelen veelal een ondergeschikte rol ten opzichte van de verrichte arbeid waardoor de discussie zich niet snel voordoet. In het navolgende komt daarom ook enkel de vermogenstransacties aan bod, omdat de afbakeningsproblematiek daar het vaakst aan de orde komt.

⁴ Uiteraard zijn situaties bedenikbaar waar een belastingplichtige een vermogensbestanddeel in box 1 wil hebben. Hierbij kan gedacht worden aan situaties waarin een belastingplichtige verlies heeft geleden.

verschil in belastingdruk heeft de wetgever ingevoerd op grond van aantal argumenten en doelstellingen. Het feit dat in grenssituaties kleine feitelijke verschillen aanzienlijke fiscale consequenties kunnen hebben, brengt met zich mee dat men van de wetgever mag verwachten dat het fiscaal technische fundament van de rechtvaardiging van dat verschil in belastingdruk zeer solide is en een breed draagvlak kent.

Door een 'toevallige omstandigheid' draait de wind voor de belastingplichtige en vaart het schip in het vaarwater van de bron resultaat uit overige werkzaamheden in plaats van box 3. Als gevolg van de onnauwkeurigheid van de norm, bij toepassing van de bronafbakening, wijzigt het regime en wordt het kapitaalelement getroffen door een belastingdruk van 52%. Het is alles of niets. Het probleem bevindt zich mijn inziens dan ook in de bronafbakening, de grensovergang tussen beide categorieën. De onvoorspelbaarheid in kwalificatie van het voordeel en het extreme verschil in belastingdruk vormen samen een bizar paar.⁵

1.2 Probleemstelling

Naar aanleiding hiervan kom ik tot de volgende probleemstelling:

“Is er voldoende draagvlak voor het verschil in belastingdruk bij grenssituaties tussen resultaat uit overige werkzaamheden (box 1) en box 3 gezien de motieven en doelstellingen van de wetgever met betrekking tot dat verschil?”

Vervolg vragen daarbij zijn:

- 1) Of er wellicht alternatieven zijn te bedenken op het gebied van de bronafbakening die een betere belastingheffing helpen realiseren die aansluit bij de doelstelling van de wetgever?
- 2) Zijn er daarnaast andere alternatieven te bedenken die door aanpassing van het huidige stelsel een rechtvaardigere belastingheffing realiseren en beter aansluiten bij de doelstelling van de wetgever of bij het draagkrachtbeginsel dat ten grondslag ligt aan de inkomstenbelasting?

1.3 Verantwoording opzet

In deze scriptie zal ik mij zoals gezegd beperken tot het bespreken van de vergelijking tussen resultaat uit overige werkzaamheden enerzijds, en box 3 anderzijds. Daarbinnen zal ik gebruik maken van vastgoed als vermogensbestanddeel dat het onderwerp van deze analyse vormt. Hoewel ik mij voornamelijk beperk tot het bespreken van voorbeelden met betrekking tot vastgoed, geldt deze problematiek uiteraard net zo goed voor andere vermogensbestanddelen waarbij door arbeid meer dan normaal vermogensbeheer wordt verricht en waarbij het gaat om niet-speculatieve transacties. Allereerst bespreek ik in hoofdstuk 2 de motieven en doelstellingen van de wetgever die ten grondslag liggen aan het onderscheid in belastingdruk op kapitaalinkomen en arbeidsinkomen. Hierbij zal een aantal belastingtheoretici aan bod komen die pleiten

⁵ A.C. Rijkers, 'Kwalificatie van vermogenstransacties', NTFR 2005/665.

voor een lagere belastingdruk op kapitaal en daarnaast een aantal die pleiten voor een gelijke belastingdruk. Hoofdstuk 2 wordt afgesloten met een beoordeling van de argumenten van de wetgever voor een onderscheid in belastingdruk tussen arbeid en kapitaalkomen en een beoordeling van de argumenten van de belastingtheoretici. In hoofdstuk 3 wordt allereerst kort de bronnentheorie en vervolgens de systemen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 besproken. Aansluitend hierop volgt de bronafbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3. In de laatste paragraaf van hoofdstuk 3 volgt een korte conclusie over de bronafbakening. Vervolgens behandel ik in hoofdstuk 4 kort de gevolgen van het onderscheid in belastingdruk bij de bronafbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3. Hiervoor maak ik gebruik van enkele voorbeelden uit de jurisprudentie die duidelijk maken dat bij grensgevallen fiscaal technisch onwenselijke uitkomsten ontstaan. Daarna schets ik in hoofdstuk 5 een aantal alternatieven bij handhaving van het huidige wettelijke stelsel, en noem ik een aantal alternatieven met aanpassing van het huidige wettelijke stelsel. Ten slotte sluit ik in hoofdstuk 6 deze scriptie af met een conclusie.

Hoofdstuk 2 Een onderscheid in belastingdruk

Als gevolg van de invoering van de Wet IB 2001 is een onderscheid in belastingdruk ontstaan tussen arbeidsinkomen en kapitaalinkomen. De wetgever heeft tijdens de parlementaire behandeling een aantal motieven gegeven om dit onderscheid in belastingdruk tussen arbeidsinkomen en kapitaalinkomen te rechtvaardigen. De vraag die daarbij in dit hoofdstuk gesteld wordt is of deze motieven van de wetgever een voldoende rechtvaardiging vormen voor het onderscheid in belastingdruk. De beoordeling van het door de wetgever aangebrachte onderscheid in belastingdruk vormt het toetsingskader voor de scriptie.

2.1 Inleiding

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet op de Inkomstenbelasting 1914 heeft de wetgever het volgende opgemerkt:

“Vermogen is, naar zijn aard, eene duurzame, den persoon overlevende bron van inkomen, terwijl arbeid en de verdere bronnen van inkomen uiterlijk bij overlijden van den persoon ophouden te bestaan. Op dit verschil is sedert lang in en buiten de wetenschap, vrij algemeen de overtuiging gevestigd, dat de bezitter van vermogen, als zoodanig, zwaarder behoort te worden belast dan de niet-bezitter, en het beginsel heeft toepassing gevonden in verschillende wetgevingen, ook in de Nederlandse.”⁶

De wetgever heeft in deze parlementaire behandeling een rechtvaardiging gegeven om een belastingplichtige die kapitaalinkomen (overlevende (blijvende) bron van inkomen) ontvangt zwaarder te mogen belasten, dan een belastingplichtige die arbeidsinkomen (tijdelijke bron van inkomen) ontvangt. De afgelopen eeuw is de gedachte van de wetgever over de hoogte van de belastingdruk op kapitaalinkomen in verhouding tot arbeidsinkomen nogal veranderd, van een zwaardere gecombineerde belastingdruk op kapitaalinkomen in verhouding tot arbeidsinkomen naar een tegenwoordig lagere belastingdruk op kapitaalinkomen in verhouding tot arbeidsinkomen.⁷

De inkomstenbelasting is gebaseerd op het draagkrachtbeginsel.⁸ Volgens dit beginsel dient bij natuurlijke personen inkomstenbelasting te worden geheven in verhouding tot de individuele financiële draagkracht. Hoe meer financiële draagkracht iemand bezit, hoe meer (inkomsten)belasting een natuurlijk persoon kan dragen. Derhalve dienen de sterkste schouders de zwaarste lasten te dragen van de maatschappij.⁹ Uiteraard zal de natuurlijke persoon eerst zijn eigen last moeten kunnen dragen voordat deze lasten kan dragen van de overheid (lees: de inkomstbelasting). Het deel van het inkomen dat nodig is voor het noodzakelijke levensonderhoud dient daarom te worden uitgezonderd van enige vorm van belastingheffing.

⁶ Kamerstukken II 1911/12, 144, nr. 3, p. 14 (MvT).

⁷ De gecombineerde belastingdruk op kapitaalinkomen bestond uit de enerzijds uit de verschuldigde inkomstenbelasting (Wet op de inkomstenbelasting 1964) en anderzijds uit de vermogensbelasting (Wet op de vermogensbelasting 1964). Bij invoering van de Wet IB 2001 is de inkomstenbelasting omgevoerd tot een verkapte vermogensbelasting en is de Wet op de vermogensbelasting 1964 afgeschaft.

⁸ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 4-5 (MvT); dit beginsel wordt ook wel de grondslag genoemd van de inkomstenbelasting.

⁹ A. Smith, 1776, Book V, Chapter II, Part II, maxim I: “ought to be contribute (...) in proportion of their respective abilities.”

Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt in twee vormen van draagkracht, namelijk:¹⁰

- I. *Objectieve draagkracht*: dit is de individuele draagkracht van een natuurlijk persoon zonder rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden. De objectieve draagkracht vindt zijn weerspiegeling in de progressieve (verticale) tariefsstructuur;
- II. *Subjectieve draagkracht*: dit is de uit de bestedingsruimte blijvende draagkracht van een natuurlijk persoon die resteert na rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden, zoals het hebben van hoge zorgkosten. Door middel van onder meer heffingskortingen wordt met de subjectieve draagkracht rekening gehouden. Deze heffingskortingen staan ook wel bekend als de horizontale tariefsstructuur.

Iedere extra euro aan inkomen levert een extra euro aan draagkracht op die op grond van het gelijkheidsbeginsel ongeacht zijn afkomst onder dezelfde belastingdruk onderhevig dient te zijn. Iedere euro inkomen heeft namelijk dezelfde economische waarde. Ondanks de gelijke economische waarde van iedere euro inkomen heeft de wetgever bij de invoering van Wet IB 2001 een (gedeeltelijk) analytische inkomstenbelasting ingevoerd.¹¹ De Wet IB 2001 kent niet één belastbaar inkomen, maar drie verschillende belastbare inkomens verdeeld over de drie boxen. De wetgever had oorspronkelijk als doel om te komen tot een meer rechtvaardige heffing door middel van de invoering van een vermogensrendementsheffing voor inkomen uit sparen en beleggen en de invoering van een boxenstructuur.¹² Een inkomstenbelasting waarbij door de invoering van de vermogensrendementsheffing nog meer zou worden aangesloten bij de feitelijke draagkracht, dan onder de werking van de Wet IB 1964 het geval was.¹³ Door rekening te houden met persoonlijke omstandigheden van de belastingplichtigen in de (feitelijke) draagkrachtpositie van belastingplichtigen, de subjectieve draagkracht, heeft de wetgever geprobeerd de inkomstenbelasting als draagkrachtheffing te moderniseren. Hierbij dient te worden opgemerkt dat in de literatuur wordt betoogd dat de vermogensrendementsheffing, ondanks de gedachte van de wetgever om beter iets te heffen dan niets te heffen, niet in overeenstemming is met het draagkrachtbeginsel.¹⁴ Deze spanning met de draagkrachtgedachte ontstaat onder andere door de vaststelling van het inkomen door middel van het

¹⁰ D.A. Albrechtse, 2.3.1.B. De tariefstructuur in verband met draagkracht, in: L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, P.H.J. Essers, e.a., *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2012.

¹¹ Er is sprake van een gedeeltelijk analytisch stelsel o.a. doordat, naast de in beginsel strikt gescheiden behandeling in de boxen, toch nog de mogelijkheid bestaat tot een belastingkorting in box 1 wegens definitief verlies uit aanmerkelijk belang (artikel 2.11a juncto 4.53 Wet IB 2001) en de persoonsgebonden aftrek die niet is gebonden aan de boxenstructuur (artikel 3.1 Wet IB 2001, artikel 4.12 Wet IB 2001 en artikel 5.1 Wet IB 2001).

¹² Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 4 (MvT) en Kamerstukken II 1997/1998, 25 810, nr. 2, 'Belastingen in de 21^e eeuw een verkenning', p. 61; een dergelijke boxenstructuur blokkeert de uitholling van de grondslag uit arbeidsinkomen door negatieve inkomsten uit vermogen of aftrekposten in de vermogenssfeer.

¹³ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 4 (MvT): een opmerking die de wetgever naar mijn mening gemaakt heeft omdat deze als gevolg van een gebrekkig fiscaal inkomensbegrip met betrekking tot vermogensinkomsten, in de Wet IB 1964, niet in staat was voldoende belasting te heffen op vermogensinkomsten. Hierdoor werd de belastingheffing aangetast waardoor deze feitelijk niet meer in overeenstemming was met de draagkracht van de belastingplichtigen (belaste reguliere inkomsten werden omgezet in onbelaste vermogenswinsten). De vermogensrendementsheffing heeft hier een einde aan gemaakt waardoor de belastingheffing beter zou moeten aansluiten bij de werkelijkheid.

¹⁴ Dusarduijn, 2010, p. 70 e.v.; Van Eijck, 2005, p. 124, schrijft over de brief 'Belastingherziening 2001' d.d. 17 januari 2000 die S. Gnossen samen met 34 (mede)ondertekenaars naar de Tweede Kamer heeft gestuurd. Hierin staat dat de vermogensrendementsheffing in strijd is met het draagkrachtbeginsel.

fictieve rendement ad 4%. Ook al is het percentage ad 4% over de lange termijn bekeken vanuit macro-economisch perspectief correct, kan dit percentage in een individuele situatie toch afwijken van de werkelijkheid. Juist die individuele benadering is van groot belang voor de op het draagkrachtbeginsel gebaseerde inkomstenbelasting. Naar mate het werkelijke behaalde rendement meer afwijkt van het fictieve rendement neemt de spanning met het draagkrachtbeginsel toe. Daarnaast ontbreekt bij de vermogensrendementsheffing een verliesverrekening en wordt voor de heffing aangesloten bij de aanwezigheid van vermogen op een bepaalde peildatum. Deze elementen samen leiden naar mijn mening tot de conclusie dat de vermogensrendementsheffing strijdig is met het draagkrachtbeginsel.

Één van de gevolgen van het analytisch stelsel dat is ingevoerd bij de Wet IB 2001 is een onderscheid in belastingdruk tussen arbeid en kapitaal. Dit onderscheid zal met het volgende voorbeeld worden toegelicht:

“Een klassieke rentenier, jonger dan 65 jaar, die met een vermogen van € 1 000 000 een economisch rendement van 7% behaalt, heeft *een feitelijk inkomen uit vermogen van € 70 000*. Hij is vóór toepassing van de algemene heffingskorting aan belasting verschuldigd $30\% \times 4\% \times (\text{€ } 1\,000\,000 - \text{€ } 21\,139) = \text{€ } 11\,746,33$. Na toepassing van de algemene heffingskorting ad € 2 033 (2012) resteert € 9 713,33 aan verschuldigde belasting. Iemand, jonger dan 65 jaar zonder vermogen met *inkomsten uit arbeid van € 70 000* en overigens in dezelfde omstandigheden is daarentegen volgens het schijventarief na aftrek van de algemene heffingskorting en de niet-verhoogde arbeidskorting € 25 489,98 verschuldigd, dat is ruim tweeënhalf maal zoveel.”¹⁵

Beide belastingplichtigen hebben een inkomen (draagkrachtvermeerdering) ad € 70 000, echter bedraagt de belastingdruk op inkomen uit arbeid in dit voorbeeld ruim tweeënhalf keer zoveel.

In de volgende paragraaf zal verder worden ingegaan op de invoering van de Wet IB 2001 en de motieven van de wetgever voor een onderscheid in belastingdruk op arbeids- en kapitaalinkomen.

2.2 Motieven van de wetgever

2.2.1 De motieven voor de invoering van de vermogensrendementsheffing

In de nota ‘Belastingen in de 21e eeuw een verkenning’ (hierna: de Verkenning) heeft de wetgever de wenselijke ontwikkeling van belastingheffing op vermogen en vermogensinkomsten voor de 21^e eeuw weergegeven.¹⁶ Volgens de Verkenning vormde de fiscale behandeling van vermogensinkomsten, zoals die plaatsvond in de Wet IB 1964, daarin het tweede element van herziening van het belastingstelsel.¹⁷ De belastingheffing over vermogensinkomsten onder de Wet IB 1964 werd gemakkelijk door belastingplichtigen voorkomen doordat volgens het toen geldende fiscale inkomensbegrip de reguliere opbrengsten wel waren

¹⁵ Voorbeeld ontleend aan: D.A. Albrechtse, 2.3.4. Tarief belastbaar inkomen uit sparen en beleggen (box 3), in: L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, P.H.J. Essers, e.a., *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2012. Hierbij zijn de cijfers, zoals heffingskortingen en heffingvrij vermogen, gebruikt uit 2012.

¹⁶ Kamerstukken II 1997/98, 25 810, nr. 2, ‘Belastingen in de 21^e eeuw een verkenning’.

¹⁷ Kamerstukken II 1997/98, 25 810, nr. 2, ‘Belastingen in de 21^e eeuw een verkenning’, p. 17-18.

belast, maar de vermogenswinsten niet.¹⁸ Het resultaat hiervan was dat veel belastingplichtigen probeerden zoveel mogelijk reguliere opbrengsten te genieten in de vorm van onbelaste vermogenswinsten. Door het beestje een andere naam te geven werd het voor belastingplichtigen mogelijk om de inkomensheffing te omzeilen en het rendement verkregen met het vermogen onbelast te genieten. Denk bijvoorbeeld aan de clickfondsen, die destijds een onbelast rendement opleverde.¹⁹ Om verdere uitholling van de belastinggrondslag tegen te gaan zag de wetgever zich genoodzaakt tot een ingrijpende belastingherziening. De wetgever riep een nieuw systeem in het leven dat onder meer een einde heeft gemaakt aan de verschuiving van belaste inkomsten naar onbelaste waardestijgingen en daarnaast een oplossing kan bieden tegen uitholling van de belastinggrondslag.^{20 21}

2.2.2 De motieven van de wetgever voor een onderscheid in belastingdruk

Binnen de Wet IB 2001 zijn alle inkomsten te herleiden tot het benutten van de twee productiefactoren, arbeid en kapitaal. Het inkomen dat is verkregen met de inzet van de productiefactor arbeid wordt echter anders (lees: zwaarder) belast, dan het inkomen dat is verkregen met de inzet van de productiefactor kapitaal.²² Dit heeft een tariefmatige spanning tot gevolg. De wetgever heeft voor het onderscheid in belastingdruk een aantal motieven c.q. argumenten aangedragen. In het onderstaande zullen deze argumenten worden beschreven.²³

1. Mobiliteit van kapitaal

Als eerste argument voor een onderscheid in belastingdruk geeft de wetgever dat de beweeglijkheid van vermogen noodzaakt tot nieuwe regelgeving met een lagere belastingheffing over kapitaal als gevolg.²⁴ De hoge mobiliteit van kapitaal maakt het voor belastingplichtigen mogelijk om vermogen relatief eenvoudig buiten het zicht van de Nederlandse fiscus in het buitenland onder te brengen en mogelijk te verzwijgen (fraude). Met name de beweeglijkheid van vermogen in een toenemend internationale samenleving noodzaakt tot een gewijzigde regelgeving met betrekking tot de

¹⁸ De wetgever merkt hierover op dat: "Uit de in de Verkenning opgenomen analyse blijkt dat de problematiek van het niet op adequate wijze kunnen belasten van inkomsten uit sparen en beleggen in feite is terug te voeren op twee met elkaar samenhangende factoren. Kort samengevat gaat het daarbij enerzijds om een gebrekkige maatschappelijke acceptatie van het systeem van belastingheffing over vermogensinkomsten en anderzijds om een systeem dat verouderd is en door degenen die dat wensen vrij gemakkelijk kan worden ontgaan." (Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 35 (MvT)).

¹⁹ Een clickfonds is een bijzonder soort garantiebeleggingsfonds. Bij het behalen van een bepaalde koersstand klikt het fonds vast en wordt de koerswinst veiliggesteld. Hierdoor heeft een latere koersdaling geen invloed meer op de winst. De belegger betaalt eenmalig een prijs voor dit product en incasseert het eventuele resultaat. Door deze manier van beleggen werd het resultaat niet meer genoten als reguliere winst, maar als een waardeaanwinst van het fonds.

²⁰ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 35 (MvT), "Tevens zal door dit nieuwe systeem de drang naar emigratie om fiscale redenen verminderen," aldus de wetgever.

²¹ Dit door voor de belastingheffing aansluiten bij de waarde van het vermogensbestanddeel waarbij het inkomen vervolgens forfaitair wordt bepaald. Daardoor heeft het voor de belastingplichtige geen zin meer om de reguliere vermogensinkomsten, zoals rente, om te zetten in onbelaste vermogenswinsten.

²² Ter toelichting op dit onderscheid in belastingdruk op arbeids- en kapitaalinkomen verwijs ik graag naar het voorbeeld uit de inleiding van dit hoofdstuk.

²³ De argumenten zijn opgesomd naar gewicht. Het belangrijkste argument voor een lagere belastingdruk op vermogensinkomsten kan worden gevonden in de hoge mobiliteit van kapitaal. Daarnaast is de maatschappelijke acceptatie de belangrijkste reden geweest voor invoering van de vermogensrendementsheffing met een lagere belastingdruk op kapitaal.

²⁴ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 6 en p. 34 (MvT).

belastingheffing ter zake van inkomen uit sparen en beleggen.²⁵ Volgens de wetgever is het verlagen van het tarief op vermogensinkomsten een oplossing voor de mogelijke verdwijning van het kapitaal voor de Nederlandse fiscus. Vermogen is nu eenmaal minder aan het territorium verbonden dan arbeid. Daarnaast zou een te hoge belastingdruk op vermogen Nederland in een ongunstige positie brengen ten opzichte van het andere landen en mogelijk kapitaalvlucht oproepen.²⁶ Nederland dient te concurreren met het buitenland om de gevolgen van deze kapitaalvlucht, zoals 1) het verplaatsen van het vermogen naar het buitenland uit het zicht van de Nederlandse fiscus (frauderen), 2) het verdwijnen van kapitaal uit de Nederlandse economie en 3) het optreden van emigratie, te voorkomen.²⁷ Door het verhoudingsgewijs invoeren van lagere tarieven zorgt Nederland ervoor dat zij niet uit de pas loopt met het buitenland waardoor een mogelijke kapitaalvlucht wordt voorkomen.²⁸ De invoering van de vermogensrendementsheffing moet verandering brengen in de eind 1994 gemaakte schatting van ca. € 32 miljard (f 71 miljard) van het gevlucht kapitaal.²⁹

2. *Belastingheffing op vermogensinkomsten wordt als onredelijk zwaar ervaren*

Als tweede argument wordt door de wetgever gegeven dat veel belastingplichtigen de belastingheffing op inkomsten uit vermogen als onredelijk zwaar beoordelen. Dit gevoel speelt met name een rol waar het gaat om spaarrente, omdat het voor het gespaarde vermogen benodigde arbeidsinkomen reeds belast is geweest met loon- of inkomstenbelasting.³⁰ Deze belastingheffing op vermogensinkomsten wordt door belastingplichtigen ervaren als een dubbele belasting.

Het onderscheid in belastingdruk is door de wetgever gebaseerd op de bovenstaande argumenten. Het eerste argument van de wetgever over de mogelijke kapitaalvlucht is aannemelijk, echter het is maar de vraag of de wetgever de juiste oplossing voor het probleem heeft gekozen door het tarief op vermogensinkomsten te verlagen. Bij het tweede argument speelt de theoretische juistheid van het argument een grote rol. Het gevoel van belastingplichtigen kan wel terecht zijn, maar er is wel sprake van een draagkrachtvermeerdering. Beide argumenten worden in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk verder beoordeeld.

2.3 Belastingtheoretici

De taak van de wetgever bestaat uit het bedenken en invoeren van nieuwe wetten, maar de taak van de belastingtheoretici bestaat daarentegen uit geheel iets anders. De belastingtheoretici dienen namelijk te

²⁵ Kamerstukken II 1997/98, 25 810, nr. 2, 'Belastingen in de 21e eeuw een verkenning', p. 57

²⁶ In dit kader gaat het om de kapitaalvlucht, waarbij de belastingplichtige zijn geld naar het buitenland brengt en daar belegt zonder daarvan nog melding te maken aan de Nederlandse belastingdienst. Zie voor toelichting: R.E.C.M. Niessen, 'Vermogenswinstbelasting en kapitaalvlucht in de 21e eeuw', <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=24>, p. 6.

²⁷ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 6 en p. 38 (MvT).

²⁸ A.C. Rijkers, 'Vermogen en vermogensinkomsten in de Nota 'Belastingen 21e eeuw'', WFR 1998/160, merkt in dit verband op: "Deze chanteurs zijn kennelijk zo sterk dat zij een fiscaal privilege kunnen afdwingen: de vermogensrendementsheffing."

²⁹ A.P. Kusters, 'Het zwarte gat van Nederland', Onderzoeksmemorandum nr. 137, Centraal Planbureau, Den Haag 1997, p. 28.

³⁰ Kamerstukken II 1997/98, 25 810, nr. 2, 'Belastingen in de 21e eeuw een verkenning', p. 57

beoordelen of het recht rechtvaardig is vanuit het juridisch perspectief.³¹ Vanuit dit perspectief hebben verschillende belastingtheoretici ook het onderscheid in belastingdruk tussen arbeid en kapitaal onder de loep genomen. Hoe dient kapitaalinkomen te worden belast in verhouding tot arbeidsinkomen? In het navolgende komen de verschillende belastingtheoretici daarover aan bod. Deze worden opgesplitst in voorstanders van een lagere belastingdruk op kapitaal en voorstanders van een gelijke belastingdruk op arbeid en kapitaal.

In het rapport *'Continuïteit en vernieuwing'* van de Studiecommissie Belastingstelsel (hierna: het Rapport) hebben verschillende belastingtheoretici zich de vraag gesteld hoe kapitaalinkomen dient te worden belast in relatie tot arbeidsinkomen. Uit het Rapport zijn drie denkrichtingen te ontleen wat betreft de hoogte van het belastingtarief op kapitaalinkomen (in verhouding tot arbeidsinkomen):

1. Een gelijke behandeling van kapitaalinkomen en arbeidsinkomen. Hierbij wordt uitgegaan van een synthetische inkomstenbelasting;
2. Kapitaalinkomen in zijn geheel niet belasten. De consumptiebelasting geldt bij deze denkrichting als uitgangspunt;
3. Kapitaalinkomen wordt belast tegen een lager tarief dan arbeidsinkomen. De reden hiervoor is dat verstoringen van een belasting op kapitaalinkomen groter zijn dan van de belasting op arbeidsinkomen. Als gevolg van de hoge kapitaalmobiliteit leiden hoge kapitaalbelastingen sneller tot kapitaalvlucht, dan hoge arbeidsbelastingen leiden tot migratie van arbeid. Daarnaast voeren de voorstanders van een lager tarief op kapitaalinkomen nog argumenten aan als het lock-in effect bij realisatie van vermogenswinsten en als correctie voor de geldontwaarding (inflatie).³²

Voor deze scriptie zijn enkel de eerste en de derde denkrichting van het Rapport van belang. Deze hebben namelijk betrekking op zowel de situatie vóór de invoering van de Wet IB 2001 als de situatie na de invoering van de Wet IB 2001. In het navolgende worden de argumenten van de betreffende belastingtheoretici nader onderzocht.

2.3.1 Voorstanders van een lagere belastingdruk op kapitaal (de derde denkrichting)

Zoals in de inleiding van deze paragraaf is beschreven, komt de derde denkrichting in het Rapport overeen met het huidige onderscheid in belastingdruk tussen arbeidsinkomen en kapitaalinkomen in de Wet IB 2001.³³

³¹ J.L.M. Gribnau, 2006, p. 31.

³² CPB-Notitie: *Budgettaire-, koopkracht- en economische effecten van belastinghervormingen*, in: Rapport, 2010, p. 283-284.

³³ Rapport, 2010, p. 82.

Jacobs en Cnossen zijn beiden voorstanders van deze denkrichting en pleiten beiden voor een (dual) systeem, waarbij kapitaalinkomen lager (proportioneel) wordt belast dan arbeidsinkomen (progressief). De (economische) argumenten die zij voor de stelling aandragen zijn als volgt: ³⁴

1. Als gevolg van de hoge kapitaalmobiliteit leiden hoge kapitaalbelastingen sneller tot kapitaalvlucht, dan hoge arbeidsbelastingen leiden tot migratie van arbeid. Kapitaalbelastingen hebben daardoor een grotere verstorende werking wat een lager tarief op kapitaal zou rechtvaardigen;
2. Kapitaalbelastingen kunnen leiden tot lock-in effecten.³⁵ Dergelijke effecten vergroten de verstorende werking op belastingheffing op kapitaal. Het betreft hier enkel kapitaalsbelastingen waarbij de belastingheffing kan worden uitgesteld doordat bij het moment van belastingheffing wordt aangesloten bij het realisatiemoment. Een voorbeeld van een dergelijke kapitaalsbelasting is de vermogenswinstbelasting;
3. Een belasting op het nominale rendement van kapitaal vormt deels een belasting op de inflatie. Omdat inflatiecorrectie ingewikkeld is, kan een lager tarief als compensatie gelden om de belastingheffing op deze inflatie op te heffen.

Cnossen concludeert, op basis van bovenstaande argumenten, een lager en vast tarief voor vermogensinkomsten.³⁶ Hij merkt hierbij op dat: "Zoals de ervaring in de inkomstenbelasting uitwijst, (...) een hoog tarief tot kapitaalvlucht zal leiden."³⁷

Jacobs heeft in het Rapport gebruik gemaakt van de inzichten uit de optimale belastingtheorie.³⁸ Een gescheiden belastingheffing op arbeids- en kapitaalinkomen komt het meest in de buurt van een welvaartsoptimaal belastingstelsel, waarbij kapitaalinkomen lager (proportioneel tarief) dient te worden belast dan arbeidsinkomen (progressief tarief).³⁹ Dit op grond van het argument dat belastingen op kapitaalinkomen als gevolg van de hoge mobiliteit een grotere verstorende werking hebben, dan belastingen op arbeidsinkomen.

Uit het Rapport blijkt dat een duale inkomstenbelasting erkent dat kapitaalinkomen als gevolg van de hogere mobiliteit van kapitaal fundamenteel verschilt van arbeidsinkomen.⁴⁰ Een dergelijke belastingheffing wordt

³⁴ CPB-Notitie: *Budgettaire-, koopkracht- en economische effecten van belastinghervormingen*, in: Rapport, 2010, p.284.

³⁵ Met lock-in effecten worden effecten bedoeld waarbij belastingplichtigen de mogelijkheid hebben om tot in het oneindige vermogenswinst uit te stellen om zolang mogelijk belasting te voorkomen en daarnaast het realiseren van vermogensverliezen zo snel mogelijke laten plaatsvinden.

³⁶ S. Cnossen, *Enkele gedachten over de toekomst van het Nederlandse belastingstelsel*, in: Rapport, 2010, p.155-164 en ook in debat *'Belastingherziening 2001: politiek en wetenschap in debat'* georganiseerd door het Onderzoekscentrum voor Financieel Economisch Beleid, OCFEB, van de EUR op vrijdag 10 december 1999 (zoals is samengevat in: D.A. Albregtse, *'Belastingherziening 2001: politiek en wetenschap in debat'*, WFR 2000/215).

³⁷ Cnossen, 1999, p. 12.

³⁸ B. Jacobs, *'Een economische analyse van een optimaal belastingstelsel voor Nederland'*, in: Rapport, 2010, p.175-212; De optimale belastingtheorie komt er kort gezegd op neer dat de overheid belasting moet heffen zonder daarbij de marktwerking te verstoren. De belastingheffing dient een optimale uitwerking te hebben op de economie.

³⁹ Jacobs, 2010, p. 151-171 en Rapport, 2010, p. 82.

⁴⁰ CPB-Notitie: *Budgettaire-, koopkracht- en economische effecten van belastinghervormingen*, in: Rapport, 2010, p. 284. Hier staat ook een opsomming van de argumenten van economen waarom kapitaalinkomen lager dient te worden belast, dan arbeidsinkomen.

in Scandinavische landen, zoals Noorwegen, toegepast. Een nadeel van een duale inkomstenbelasting is dat belastingplichtigen zullen proberen hun arbeidsinkomen te doen voorkomen als kapitaalinkomen.

2.3.2 Voorstanders van een gelijke belastingdruk op arbeidsinkomen en kapitaalinkomen

2.3.2.1 Algemeen

In deze paragraaf komen de belastingtheoretici aan bod die pleiten voor een gelijke behandeling van inkomen uit arbeid en kapitaal of zelfs een hogere belastingdruk op kapitaal.

Zowel Rijkers en Van Vijfeijken als De Kam en Caminada stellen zich in het Rapport op het standpunt dat kapitaalinkomen hetzelfde moet worden belast als arbeidsinkomen. Deze gelijke behandeling van arbeid en kapitaal sluit aan bij de eerste denkrichting van het Rapport.⁴¹ In de literatuur wordt dit ook wel de synthetische inkomensbenadering genoemd.⁴²

Rijkers en Van Vijfeijken zijn van mening dat kapitaalinkomen tegen een gelijk tarief als arbeidsinkomen dient te worden belast. Deze stelling wordt vooral beargumenteerd op grond van het gelijkheidsbeginsel. Een ieder is volgens de belastingwet gelijk en daarom dienen alle inkomensvormen gelijk behandeld te worden.⁴³ Deze eis van rechtsgelijkheid weegt extra zwaar op het moment dat inkomen elke juridische gedaante kan aannemen. Bovendien bestaat er economisch gezien ook geen onderscheid in de herkomst van iedere euro inkomen. Iedere vorm van draagkracht bevat voor de wetgever een reden om over te gaan tot belastingheffing ongeacht de herkomst. Een boxenstelsel, zoals de wetgever bij de Wet IB 2001 heeft ingevoerd, is daarom onbegrijpelijk en niet te rechtvaardigen.⁴⁴

In de literatuur zijn meerdere auteurs te vinden die zich aansluiten bij de argumentatie van Rijkers en Van Vijfeijken.⁴⁵ Als argumentatie wordt aangevoerd dat iedere euro inkomen eenzelfde (economische) draagkracht oplevert en dus op grond van het gelijkheidsbeginsel aan eenzelfde belastingdruk onderhevig dient te zijn. Albregtse merkt in dit kader op dat een relatief laag tarief voor kapitaalinkomen op gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel (inkomen = inkomen *ongeacht de afkomst*). Zoals de stelregel van Van der Geld ook luidt: "Elke *gulden* inkomen geeft dezelfde draagkracht."⁴⁶ Doordat de Wet IB 2001 is gebaseerd op het draagkrachtbeginsel zorgt iedere euro voor een gelijke draagkrachtvermeerdering die op dezelfde

⁴¹ Rapport, 2010, p. 82.

⁴² Stevens, 2001a, p.61 en B. Jacobs, 'Een economische analyse van een optimaal belastingstelsel voor Nederland', in: Rapport, 2010, p. 194, merkt over de synthetische inkomensbenadering op dat het synthetische inkomensbegrip strijdig is met welvaartseconomische principes voor een optimaal belastingstelsel en dat de wetenschappelijke literatuur geen enkele aanwijzing geeft dat kapitaalinkomen op dezelfde manier moet worden belast als arbeidsinkomen.

⁴³ S. Cnossen, 'WERKEN AAN DE WIG (Dins-rede Erasmus Universiteit Rotterdam, 8 november 1994)', WFR 1994/1669, merkt hierbij op dat bij een inkomstenbelasting gelijke kansen centraal dienen te staan en niet zozeer gelijke uitkomsten. Ieder moet de mogelijkheid hebben om hetzelfde te bereiken.

⁴⁴ A.C. Rijkers en I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Fiscaliteit en vermogensvorming in een inkomensbelasting', in: Rapport, 2010, p. 253-254.

⁴⁵ J.A.G. van der Geld, 'Het einde van het draagkrachtbeginsel', Forfaitair, nr. 97, september 1999, p. 2; L.G.M. Stevens, 'Fiscaal totaalinkomen en draagkrachtbeginsel anno 2011', WFR 2011/1168; D.A. Albregtse, 'Belastingherziening 2001: politiek en wetenschap in debat', WFR 2000/215; R.E.C.M. Niessen, 'Vermogenswinstbelasting en kapitaalvlucht in de 21^e eeuw', <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=24>, p. 6; en Dusarduijn en Gribnau, 2006, p. 511-537.

⁴⁶ J.A.G. van der Geld, 'Het einde van het draagkrachtbeginsel', Forfaitair, nr. 97, september 1999, p. 2.

wijze behandeld dient te worden.⁴⁷ Indien van deze stelregel wordt afgeweken, dan wrikt dat met het rechtvaardigheidsgevoel.⁴⁸

Iedere vorm van inkomen duidt op economische beschikkingmacht wat pleit voor een gelijk belastingtarief. Een boxenstelsel met verschillende heffingssystemen en tarieven doorkruist dit principe. Tariefsmatig wordt kapitaalinkomen namelijk lager belast dan inkomen uit arbeid. Vanuit het oogpunt van draagkracht is dit nauwelijks verdedigbaar.⁴⁹

De Kam en Caminada geven als voorstanders van de eerste denkrichting van het Rapport een aantal andere argumenten.⁵⁰ Deze argumenten zijn de volgende:

- Allereerst ontmoedigt een hoger (progressief) belastingtarief op arbeid werknemers te investeren in zichzelf (verdienvermogen);
- Daarnaast is de factor kapitaal grotendeels in handen van hogere inkomensgroepen wat bij een evenwichtiger belastingtarief op arbeid en kapitaal tegelijk betekent dat ook collectieve lasten zwaarder op de 'sterkste schouders' komen te rusten. Dit is in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel.

2.3.2.2 Weerlegging van argumenten van de wetgever voor lagere belastingdruk op kapitaal

De motivering van de wetgever voor een lagere belastingdruk op kapitaalinkomen zijn door enkele belastingtheoretici als volgt weerlegd.⁵¹

1. Mobiliteit van kapitaal

Ten eerste merkt Rijkers over de mobiliteit van kapitaal op dat de effectieve belastingdruk op vermogensinkomsten in andere landen lager ligt, dan in Nederland.⁵² Doordat de vermogensbelasting is afgeschaft zou Nederland al fors in lijn zijn gebracht met de meeste landen.⁵³ Een verlaging van de belastingdruk op kapitaalinkomen is daardoor wellicht een overbodige handeling geweest van de wetgever.

Daarnaast maakt de hoge mobiliteit van kapitaal fraude mogelijk.⁵⁴ Rijkers schat de omvang, maar ook de gevolgen van kapitaalvlucht en -fraude voor de Nederlandse economie veel minder desastreus in dan in het algemeen gedacht wordt. Een daadwerkelijke onderbouwing van de

⁴⁷ Dusarduijn en Gribnau, 2006, p. 517.

⁴⁸ L.G.M. Stevens, 'Fiscaal totaalinkomen en draagkrachtbeginsel anno 2011', WFR 2011/1168.

⁴⁹ Dusarduijn, 2010, p. 98.

⁵⁰ C.A. de Kam en C.L.J. Caminada, 'Belastingen als instrument voor inkomenspolitiek', in: Rapport, 2010, p. 215.

⁵¹ Deze weerleggingen zijn ontleend aan: A.C. Rijkers, 'Vermogen en vermogensinkomsten in de Nota 'Belastingen in de 21e eeuw'', WFR 1998/160 en Dusarduijn en Gribnau, 2006, p. 518-537.

⁵² Zie hiervoor bijlage I.

⁵³ Bijlage B (Fiscale positionering van Nederland), in: Kamerstukken II 1997/98, 25 810, nr. 2, 'Belastingen in de 21e eeuw een verkenning'.

⁵⁴ A.C. Rijkers, 'HOOFDSTUK III: VERMOGENSWINSTBELASTING VERSUS VERMOGENSRENDEMENTSHEFFING', in: S. Cnossen, 'Vermogensrendementsheffing: vondst of miskleun?', 1999, schrijft: "Het vermogen verdwijnt fiscaal uit beeld. De economische functie ondergaat daardoor niet noodzakelijk wijziging. (...) De enkele mogelijkheid of de voorstelbaarheid van kapitaalvlucht is daarom onvoldoende argument om in box 3 een zozeer van box 1 afwijkend tarief te rechtvaardigen", p. 55

gevreese kapitaalvlucht wordt ook niet gegeven door de wetgever.⁵⁵ De vermogensrendementsheffing is volgens Rijkers vooral gemotiveerd door a) de wens belastingplichtigen met veel vermogen privileges te geven en b) de angst voor de schatkist.⁵⁶ Medeburgers dreigen met fraude waardoor een vijandbeeld verschijnt. Deze burgers chanteren de boel zodat zij een fiscaal privilege kunnen afdwingen: de vermogensrendementsheffing. Verder bestaat de mogelijkheid dat als gevolg van te hoge tarieven op kapitaalinkomen emigratie kan optreden. Dit is echter geen reden om deze potentiële emigranten beter te gaan behandelen. Daar komt nog bij dat een adequate internationale gegevensuitwisseling ontbreekt. Naar de mening van Rijkers (1998) was de regelgeving niet toereikend om tegenwicht te bieden voor de problemen waar het hierom gaat.⁵⁷ Met de invoering van enkele internationale regelingen en de druk van de Europese Unie is hier verandering in gekomen. Nederland beschikt tegenwoordig over de volgende middelen met betrekking tot gegevensuitwisseling: ⁵⁸

- Artikel 26 OESO: het inlichtingen artikel (lid 5 beperkt evenwel de werking van het artikel ingeval sprake is van een bankgeheim);
- Inlichtingenverdragen met andere landen (bijvoorbeeld met Zwitserland en de Kaaimaneilanden);
- De Bijstandsrichtlijn⁵⁹ verplicht lidstaten tot het verstrekken van inlichtingen in bepaalde situaties. In Nederland is deze richtlijn geïmplementeerd in de 'Wet wederzijdse bijstand in de Europese Unie bij de invordering van belastingschulden en enkele andere schuldvorderingen 2012'; en
- De Spaarrenterichtlijn⁶⁰ verplicht lidstaten informatie te verschaffen over rentebetalingen toekomend aan in andere lidstatenwonende burgers. Voor lidstaten met een bankgeheim geldt een bronheffing van 35% vanaf 1 juli 2011. Binnen de systematiek van de vermogensrendementsheffing zijn de verkregen rentegegevens niet bruikbaar.⁶¹ Daarvoor heeft Nederland de saldigegevens nodig en niet de rentegegevens.

Ten slotte voegen Dusarduijn en Gribnau hier nog aan toe dat er door de wetgever geen overtuigend verband is gelegd tussen het investeringsklimaat en de rendementsheffing.⁶² Hierdoor biedt het

⁵⁵ Dusarduijn en Gribnau, 2006, p. 518; Doorgaans vlucht niet het kapitaal, maar de belastingplichtige. Bij deze emigratie blijft het vermogen in Nederland, voor zover het aanmerkelijk belangaandelen of vastgoed betreft. Dit kapitaal behoort nog steeds tot de Nederlandse grondslag. Dit geldt echter niet voor spaartegoeden of beursbeleggingen.

⁵⁶ D.A. Albrechtse, 'Belastingherziening 2001: politiek en wetenschap in debat', WFR 2000/215.

⁵⁷ A.C. Rijkers, 'Vermogen en vermogensinkomsten in de Nota 'Belastingen in de 21e eeuw'', WFR 1998/160.

⁵⁸ Dusarduijn, 2010, p. 324-327.

⁵⁹ Richtlijn van 19 december 1977 nr. 77/799, gewijzigd bij Richtlijn van 16 november 2004 nr. 2004/106/EG en bij Richtlijn van 16 maart 2010 nr. 2010/24/EU.

⁶⁰ Richtlijn van 3 juni 2003 nr. 2003/48/EG, betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling.

⁶¹ Dusarduijn, 2010, p. 325.

⁶² Dusarduijn en Gribnau, 2006, p. 518.

eerste argument van de wetgever geen rechtvaardiging voor een onderscheid in belastingdruk.

2. *Belastingheffing op vermogensinkomsten wordt als onredelijk zwaar ervaren*

Het tweede argument van de wetgever dat veel belastingplichtigen het progressieve tarief voor vermogensinkomsten ervaren als onredelijk zwaar is een slag in de lucht, aldus Rijkers.⁶³

Belastingheffing over rente zou dubbele heffing betekenen in relatie tot belaste arbeidsinkomsten.

Die rente vormt echter nieuwe koopkracht (verminderd met de inflatiecorrectie) en heeft niets te maken met de herkomst van het gespaarde vermogen. Daarnaast wijst een NIPO-enquête zelfs uit dat een meerderheid van de mensen van mening is dat het inkomstenbelastingtarief voor vermogensinkomsten hoger moet zijn dan het tarief voor inkomsten uit arbeid.⁶⁴ Naar mijn mening een logische uitkomst aangezien vrijwel iedereen belasting betaald over arbeidsinkomen en het merendeel van het kapitaal in handen is van de rijkere minderheid van de samenleving.

Concluderend merkt Van Dijck over de argumenten van de wetgever op dat de wetgever zonder een dragende motivering een onderscheid in belastingheffing over arbeid en kapitaal heeft aangebracht.⁶⁵ Enkel de politieke reden dat (grote) vermogensbezitters naar het buitenland kunnen uitwijken, wordt als motivering voor het onderscheid in belastingdruk gegeven door de wetgever.⁶⁶

Volgens Rijkers overtuigen argumenten om kapitaalinkomen lager te belasten pas op het moment dat het gaat om vorming van vermogen dat sociaal en maatschappelijk gewenst is, zoals bij pensioenvermogen.⁶⁷

Albregtse acht meer onderzoek naar de effectiviteit van dat lagere tarief tegen het licht van de internationale mobiliteit van kapitaal noodzakelijk om een laag tarief op kapitaalinkomen te kunnen rechtvaardigen. Om toch de gelijkheid binnen de Wet IB 2001 te kunnen behouden stelt Albregtse voor om de tarieven over de gehele linie drastisch te verlagen. Hierdoor wordt kapitaalvlucht minder attractief, terwijl er meer recht wordt gedaan aan het gelijkheidsbeginsel.⁶⁸

2.4 Beoordeling van het onderscheid in belastingdruk

2.4.1 Beoordeling motieven van de wetgever voor het onderscheid

Uit paragraaf 2.2 blijkt dat de wetgever arbeid en kapitaal anders heeft willen belasten. Om dit onderscheid te rechtvaardigen heeft de wetgever een tweetal argumenten aangevoerd. Deze worden hierna beoordeeld.

⁶³ A.C. Rijkers, *Vermogen en vermogensinkomsten in de Nota 'Belastingen in de 21e eeuw'*, WFR 1998/160, merkt hierbij op dat: "uit niets blijkt dat degenen die arbeidsinkomsten genieten het tabeltarief omarmen. Velen hebben een glazen portemonnee en kunnen daarom geen kant uit. Instemming met het progressieve tarief mag men daaruit niet afleiden."

⁶⁴ Zie vraag 2. van de NIPO-enquête in: Van Eijck, 2005, p.121.

⁶⁵ J.E.A.M van Dijck, *Vermogensrendementsheffing*, WFR 1999/705.

⁶⁶ J.E.A.M. van Dijck, *Waarom boxen*, WFR 2002/1701. Zoals ook uit paragraaf 2.4.1 zal blijken is het tweede argument van de wetgever van weinig fiscaal inhoudelijke waarde en is daarom door Van Dijck naar mijn mening niet als argument genoemd.

⁶⁷ A.C. Rijkers, *Ondernemingsrecht, Kapitaalinkomen in 'Continuïteit en Vernieuwing'*, TFO 2011/13.

⁶⁸ D.A. Albregtse, *Belastingherziening 2001: politiek en wetenschap in debat*, WFR 2000/215.

1. *Mobiliteit van kapitaal*

Het argument dat kapitaal nu eenmaal mobieler is kan over het algemeen wel kloppen, maar dit feit vormt geen afdoende motivering voor het tariefverschil, en de pragmatische argumentatie van de wetgever draagt daar zeker niet aan bij.⁶⁹ De kapitaalvlucht die mogelijk optreedt als gevolg van de hoge mobiliteit van kapitaal wordt in het algemeen wel aangenomen als motivering, echter heeft de wetgever van deze kapitaalvlucht geen cijfermatige onderbouwing gegeven.⁷⁰ Hierdoor wordt de motivering van de wetgever voor een onderscheid in belastingdruk tussen arbeidsinkomen en kapitaalinkomen aangetast. De mobiliteit van kapitaal kan inderdaad tot gevolg hebben dat belastingplichtigen de belastingdruk op vermogensinkomsten proberen te ontwijken. Het is alleen niet duidelijk in hoeverre deze effecten van kapitaalvlucht zich werkelijk voordoen. Daarnaast geldt dit argument niet voor vastgoed. Vastgoed is een immobiel vermogensbestanddeel dat ook voor de belastingheffing is gebonden aan de plaats van ligging. Verplaatsing van een onroerende zaak naar het buitenland is ook niet mogelijk.

Een vraag die naar aanleiding van het bovenstaande gesteld kan worden is of de wetgever door het verlagen van de belastingdruk op kapitaal de juiste oplossing heeft gekozen voor het risico op kapitaalvlucht. Hierover kan worden opgemerkt dat het verlagen van de belastingdruk op kapitaal een immorele en onjuiste stap is om te nemen van de wetgever.⁷¹ Het verlagen van de belastingdruk om attractief te zijn ten opzichte van andere landen is namelijk een oplossing met beperkte waarde. Het belastingtarief kan niet verder zakken dan 0%. Daarnaast zou het vanuit EU-perspectief bezien een zeer nadelige ontwikkeling zijn indien deze landen tegen elkaar zouden gaan opbieden met lage belastingtarieven.⁷² Tegen mogelijke schadelijke belastingconcurrentie bestaat binnen de EU een gedragscode, de Code of Conduct, die ervoor zorgt dat landen elkaar niet kapot mogen concurreren.⁷³ Het (juridisch) afdwingen van nakoming van een gedragscode is echter moeilijk doordat een dergelijke gedragscode 'soft law' is.⁷⁴

Naast het verlagen van het tarief op kapitaalinkomen, als oplossing voor het frauduleus verzwijgen van vermogen, had de wetgever ook de keuze kunnen maken om de belastingtarieven op arbeids- en

⁶⁹ Dusarduijn en Gribnau, 2006, p. 513, merken hierbij het volgende op: 'De argumenten voor invoering [*van de vermogensrendementsheffing (B.B.)*] zijn zuiver pragmatisch'; J.E.A.M van Dijck, 'Vermogensrendementsheffing', WFR 1999/705, zegt: dat de wetgever "op puur pragmatische gronden kiest (...) voor een forfaitaire vermogensrendementsheffing."

⁷⁰ Dusarduijn en Gribnau, 2006, p. 518.

⁷¹ GVB, 1995, p. 46.

⁷² Zie voetnoot 70.

⁷³ Conclusies van de Raad (ECOFIN) van 1 december 1997 inzake het belastingbeleid - Resolutie van de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen der lidstaten, in het kader van de Raad bijeen van 1 december 1997 betreffende een gedragscode inzake de belastingregeling voor ondernemingen - Belastingregeling voor spaargelden, publicatieblad nr. C 002 van 06/01/1998(98/C 2/01), p. 1-6; Zie voor een toelichting op deze belastingmaatregelen: Kamerstukken II 1997/98, 25 810, nr. 2, 'Belastingen in de 21e eeuw een verkenning', p.57 en 58.

⁷⁴ 'Soft law' bevat gedragsnormen die niet juridisch bindend zijn. Dit in tegenstelling tot wetgeving. Zie voor uitgebreidere toelichting: J.L.M. Gribnau, 'The Code of Conduct for Business Taxation als soft law-instrument', Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht, 2008/2, p. 19-27.

kapitaalkomen op gelijk niveau te houden. De mogelijk negatieve gevolgen van kapitaalvlucht dienen in dat geval te worden opgelost door middel van internationale regelgeving met zware sancties om de mogelijke fraude te bestrijden. De Spaartegoedenrichtlijn is de eerste internationale regelgeving die helpt om een mogelijke kapitaalvlucht te voorkomen.⁷⁵ Deze richtlijn draagt door middel van de gegevensuitwisseling bij aan de traceerbaarheid van het vermogen. Doordat het risico op ontdekking, als gevolg van een betere traceerbaarheid van in het buitenland ondergebracht vermogen, groter wordt voor de belastingplichtige, zal daarmee ook de mogelijke kapitaalvlucht afnemen. De enige kapitaalvlucht die dan op kan treden is die als gevolg van emigratie.⁷⁶ Daar zit zeker een risico in, maar het is sterk de vraag of alleen dat risico een voldoende fundament voor het onderscheid in belastingdruk vormt.⁷⁷ In zijn algemeen zal het zo zijn dat emigratie als vrij ingrijpend wordt ervaren, en niet massaal wordt overwogen. Het daadwerkelijk overgaan tot emigratie is een ingrijpende verandering in het leven van een persoon waaraan een uitgebreidere overweging ten grondslag ligt. Dit in tegenstelling tot het eenvoudigere frauduleus verzwijgen of verplaatsen van het vermogen naar het buitenland.⁷⁸ Doordat het emigreren een grote stap is bestaat er ook een kleinere kans dat een belastingplichtige overgaat tot emigratie. Hierbij zou dan niet enkel het tarief van de inkomstenbelasting op het vermogeninkomen een rol spelen, maar uiteraard dienen ook andere belastingen, zoals de erfbelasting, te worden meegewogen.

2. *Belastingheffing op vermogensinkomsten wordt als onredelijk zwaar ervaren*

Dat de belastingheffing over rente zou leiden tot een dubbele heffing in relatie tot belaste arbeidsinkomsten voegt weinig toe aan de kracht van de motivering van de wetgever. Het argument dat de belastingheffing op vermogensinkomsten wordt ervaren als een dubbele belasting klinkt aannemelijk, echter hetgeen de wetgever tracht te belasten is niets anders dan het rendement dat wordt behaald met behulp van het kapitaal. Als voorbeeld kan worden gedacht aan de rente die men ontvangt op een spaarrekening. Die rente is nieuwe koopkracht, of zo men wil 'draagkracht' en brengt niet minder draagkracht met zich mee vanwege de herkomst van het gespaarde vermogen.⁷⁹ Draagkracht is ondeelbaar en manifesteert zich zonder differentiatie naar herkomst. Met andere woorden: iedere euro extra inkomen, levert een extra euro draagkracht op en die draagkracht dient ongeacht de herkomst op grond van het gelijkheidsbeginsel gelijk te worden behandeld. Door middel van een belastingheffing op vermogen beoogt de wetgever de nieuw ontstane (objectieve) draagkracht te belasten. Dit is geheel in lijn met het draagkrachtbeginsel dat ten grondslag ligt aan de

⁷⁵ Spaartegoedenrichtlijn: Richtlijn 2003/48/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetalingen. Deze richtlijn is per 1-1-2005 tot stand gebracht.

⁷⁶ Emigratie heeft namelijk tot gevolg dat de belastingplichtige voor zijn spaartegoeden en beursbeleggingen niet meer onderhavig is aan de Nederlandse inkomstenbelasting (verplaatsing van de woonplaats). Voor zover het vermogen bestaat uit aanmerkelijk belangaandelen of vastgoed blijft de Nederlandse belastingdruk van toepassing (op grond van het situsbeginsel).

⁷⁷ A.C. Rijkers, *Vermogen en vermogensinkomsten in de Nota 'Belastingen 21e eeuw'*, WFR 1998/160, schrijft over deze emigratie dat: "Het (...) echter geen reden is (B.B.) om potentiële emigranten geprivilegieerd te behandelen."

⁷⁸ Bij emigratie spelen een groot aantal factoren een rol, zoals infrastructuur, sociale voorzieningen, gezondheidszorg en onderwijs. De wijze van belastingheffing speelt daarin een vele kleinere rol.

⁷⁹ A.C. Rijkers, *Vermogen en vermogensinkomsten in de Nota 'Belastingen 21e eeuw'*, WFR 1998/160.

inkomstenbelasting.⁸⁰ Het argument van de wetgever voegt daardoor niets toe aan de motivering van de wetgever.

2.4.2 Beoordeling argumenten belastingtheoretici voor een lagere belastingdruk op kapitaalinkomen

Naast de argumenten van de wetgever hebben de voorstanders van een lagere belastingdruk op kapitaalinkomen ook enkele (algemene) argumenten gegeven. Hieronder worden deze argumenten, met uitzondering op het argument van de hoge mobiliteit van kapitaal, kort beoordeeld.⁸¹

1. *Kapitaalbelastingen kunnen bij realisatie leiden tot lock-in effecten*

Het argument met betrekking tot het lock-in effect geldt alleen voor belastingsystemen waarin de belastingplichtige de mogelijkheid heeft om het moment van belastingheffing te bepalen doordat voor de heffing wordt aangesloten bij het moment van realisatie, zoals bij een vermogenswinstbelasting. De belastingplichtige zal bij een winstgevende situatie het betalen van belasting zolang mogelijk uitstellen, terwijl de belastingplichtige bij een verliesgevende situatie het terugvragen van belasting zoveel mogelijk naar voren zal halen. Het argument omtrent het lock-in effect kan wel juist zijn, maar is niet geldig met betrekking tot het huidige systeem voor de heffing op vermogensinkomsten, de vermogensrendementsheffing, doordat de belastingheffing wordt gebaseerd op schattingen en verwachtingen.⁸²

2. *Een belasting op kapitaal vormt deels een belasting op de inflatie*

Het argument over de verdiscontering van de inflatie is mijns inziens volledig terecht. Bij de belastingheffing op vermogensinkomsten kan, in plaats van een ingewikkelde inflatiecorrectie, een lager tarief op kapitaalinkomen ter compensatie van de inflatie worden ingezet.

Het is gevoelsmatig ook raar dat kapitaal in verhouding tot arbeid minder zwaar wordt belast, terwijl voor kapitaalinkomsten niets hoeft te worden gedaan (enkel wachten op de rente). In feite verricht het kapitaal het werk. Dit 'unearned' karakter van het inkomen zou zelfs pleiten voor een zwaardere belastingdruk op kapitaalinkomen.⁸³ Daarnaast betekent arbeid zwaarder belasten in verhouding tot kapitaal in feite de minst bedeelde zwaarder belasten. Als een individu meer kapitaal kan vergaren als gevolg van een hoger arbeidsinkomen, dan neemt het kapitaal in verhouding tot de arbeid toe. De factor kapitaal is op deze manier voor het merendeel in handen van de hogere inkomensgroepen. Een lagere belastingdruk op

⁸⁰ Van een belast voordeel kan echter alleen sprake zijn indien en voor zover de voordelen voortvloeien uit een in de wet opgesomde bron van inkomen. Deze criteria zullen in hoofdstuk 2 nog aan bod komen.

⁸¹ Zie paragraaf 2.3.1 voor een uitgebreidere opsomming van en toelichting op de argumenten.

⁸² Het argument heeft geen waarde voor kapitaalsbelastingen waarbij voor de belastingheffing wordt aangesloten bij schattingen en verwachtingen, omdat het lock-in effect enkel optreden bij kapitaalsbelastingen waarbij door het realisatiemoment uit te stellen ook de belastingheffing wordt uitgesteld.

⁸³ GVB, 1995, p. 46.

kapitaalkomen is daarmee niet in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel, de sterkste schouders dragen in dit geval niet de zwaarste lasten.

Als men in overweging neemt dat enkel mogelijke kapitaalvlucht voor de wetgever een voldoende rechtvaardiging heeft gevormd voor een onderscheid in belastingheffing op arbeid en kapitaal, dan is naar mijn mening het verschil in tarifiering moeilijk te rechtvaardigen. Zoals blijkt uit het bovenstaande zijn de meningen nogal verdeeld over hoe het kapitaalkomen in tegenstelling tot het arbeidsinkomen dient te worden belast. Een eenduidig antwoord valt daarom niet te geven. Gebleken is wel dat de motivering van de wetgever voor het onderscheid in belastingdruk geen sterke indruk geeft. Het collectief lijkt door de wetgever van hogere waarde te worden geacht, dan de individuele burger.⁸⁴

Ondanks het feit dat de motivering van de wetgever om een onderscheid in belastingdruk aan te brengen tussen arbeid en kapitaal geen sterk fundament vormt voor het onderscheid in belastingdruk, zal ik in het volgende hoofdstukken trachten te analyseren hoe – gegeven die onderbouwing – de bronafbakening thans in de praktijk uitpakt. Als gevolg van het feit dat het onderscheid tussen belastingdruk op arbeid en kapitaal moeilijk te rechtvaardigen is, dient het bij toepassing van de norm helder en duidelijk te zijn waarom het voordeel belast is als arbeidsinkomen of waarom als kapitaalkomen.

⁸⁴ J.A.G. van der Geld, *De evaluatie van de Wet IB 2001: box 3*, WFR 2006/302, merkt hierover op dat de wetgever vooral heeft gekeken naar de macro-economische effecten, zoals de verandering in belastingopbrengst, en niet zo zeer naar de micro-economische effecten op het niveau van de belastingplichtige. Hierdoor valt over de rechtvaardigheid van het lagere tarief moeilijk iets te zeggen.

Hoofdstuk 3 Bronafbakening

Vastgoed kan op verschillende manieren in de belastingheffing worden betrokken. In de inkomstenbelasting zijn er vier kwalificaties mogelijk, namelijk:

1. Inkomen uit sparen en beleggen (box 3);
2. Resultaat uit overige werkzaamheden (box 1);
3. Winst uit onderneming (box 1); en
4. Eigen woning (box 1).

Ieder inkomen vindt zijn oorsprong uit de twee productiefactoren arbeid en kapitaal. De invoering van de Wet IB 2001 heeft, zoals we in het vorige hoofdstuk hebben gezien, tot gevolg gehad dat een nieuw regime is ingevoerd met betrekking tot de vermogensinkomsten. Het nieuwe regime op vermogensinkomsten heeft als nadeel dat inkomsten uit vermogen op een tweetal manieren in de heffing kunnen worden betrokken. Enerzijds bestaat de mogelijkheid om in box 3 de vermogensinkomsten op forfaitaire wijze in de heffing te betrekken. Anderzijds bestaat de mogelijkheid om de daadwerkelijk gerealiseerde vermogensinkomsten in box 1 in de heffing te betrekken.⁸⁵ Enerzijds geldt in box 3 een tarief van 30% en anderzijds in box 1 een tarief van 52%. Het vastgoed kan zich enkel in een van deze twee boxen bevinden. Gezien het verschil in fiscale behandeling is het van belang dat voor de belastingplichtige duidelijk is wanneer het vastgoed zich bevindt in box 1 en wanneer in box 3. In de praktijk blijkt dat deze bronafbakening niet altijd eenvoudig is toe te passen, zodat het voor de belastingplichtige in sommige gevallen niet duidelijk is in welke box het vastgoed in de heffing dient te worden betrokken. Bavinck en Derckx merken in dit kader het volgende op: “de aanzienlijke verschillen in de regimes leveren - niet te rechtvaardigen - spanningen op tussen de boxen. Deze spanningen leiden op hun beurt weer tot arbitrage en tot een ingewikkelde sfeerovergangsproblematiek.”⁸⁶

Uit het vorige hoofdstuk is gebleken dat het moeilijk is om een eenduidig antwoord te geven op de vraag hoe de belastingdruk op het kapitaalinkomen in verhouding tot het arbeidsinkomen dient te worden bepaald. In dit hoofdstuk komt de bronafbakening aan bod voor zover die van belang is om te zien wanneer de grens van box 1 naar box 3 wordt overschreden. Welke factoren zijn van belang of hebben invloed op de ‘weegschaal’, zodat deze doorslaat naar arbeid (box 1) of kapitaal (box 3)? Wanneer is er sprake van actief (meer dan normaal) vermogensbeheer en wanneer van passief (normaal)vermogensbeheer?

Allereerst zullen in dit hoofdstuk de systemen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 afzonderlijk worden behandeld en vervolgens komt de afbakening tussen deze inkomenscategorieën aan bod. Het systeem winst uit onderneming zal in deze scriptie verder niet worden behandeld.

⁸⁵ Het inkomen uit eigen woning wordt forfaitair vastgesteld (verminderd met de hypotheekrenteaftrek) en niet op basis van daadwerkelijk gerealiseerde vermogenswinsten.

⁸⁶ C.B. Bavinck en G.J.W.M. Derckx, *‘Enkele knelpunten in de vermogensrendementsheffing’*, WFR 1999/435.

3.1 De invloed van de bronnentheorie op de Wet IB 2001

Voordat wordt toegekomen aan de bronafbakening, dient eerst te worden vastgesteld of er sprake is van inkomen. Inkomen is namelijk de maatstaf om te bepalen of iemands draagkracht is verhoogd. Om inkomen tot de heffingsgrondslag te kunnen rekenen, dient dit begrip uiteraard eerst gedefinieerd te worden. Nu een wettelijke definitie van het begrip inkomen ontbreekt, bestaat in Nederland daarvoor de bronnentheorie. De bronnentheorie hanteert een opsomming van bronnen waarvan de opbrengsten na aftrek van kosten belast zijn. In de inkomstenbelasting gelden met name bronnen als arbeid (al dan niet in dienstbetrekking), onderneming en vermogensbestanddelen.⁸⁷ Deze brengen vruchten voort en juist die vruchten zijn na afrek van eventuele kosten belast.⁸⁸

Op het moment dat een belastingplichtige een voordeel behaalt, staat nog niet vast dat dit voordeel belast is voor de inkomstenbelasting. Hiervoor dient eerst te worden vastgesteld of er sprake is van een bron van inkomen waaruit het voordeel is verkregen. Om als bron van inkomen te kunnen worden aangemerkt, worden door de Hoge Raad de volgende voorwaarden gesteld:^{89 90}

1. Deelname aan het economische verkeer;
2. Het beogen van voordeel; en
3. Het verwachten van voordeel.

Indien sprake is van een positief voordeel dat is verkregen binnen de functionele sfeer, dan dient enkel te worden voldaan aan de eerste voorwaarde.⁹¹ Bij de afbakening van voorzienbaar verliesgevende transacties, speculatieve transacties en de persoonlijke sfeer dient aan alle cumulatieve voorwaarden te worden voldaan.⁹² Vervolgens dient te worden vastgesteld onder welke inkomenscategorie de bron valt. De inkomenscategorieën zijn de volgende: winst uit onderneming, loon, resultaat uit overige werkzaamheden, periodieke uitkeringen en verstrekkingen, inkomsten uit eigen woning, inkomen uit aanmerkelijk belang en

⁸⁷ A.J.M. Arends, IB.5.0.6.A.a Bron van inkomen of niet?, in: L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen en P.H.J. Essers e.a., *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, schrijft dat voor vermogensbestanddelen in box 3 de vraag of een bron van inkomen aanwezig is niet meer relevant is, aangezien deze inkomsten forfaitair worden vastgesteld.

⁸⁸ Bij box 3 wordt geen rekening gehouden met de aftrek van kosten (zie verder paragraaf 3.3).

⁸⁹ Deze voorwaarden zijn door de Hoge Raad ontwikkeld (zie hiervoor HR 14 januari 1981, nr. 20 195, BNB 1981/99 (Commissielid-arrest) en HR 14 april 1993, nr. 28 847, BNB 1993/203 (m. noot Van Dijck) (bami- & nasi-arrest).

⁹⁰ M.J. Hoogeveen, *'De Hoge Raad is niet omgegaan ten aanzien van de objectieve voordeelverwachting'*, WFR 2002/685, geeft in dit kader als voorbeeld het geven van een gastcollege waarvoor in beginsel geen vergoeding zal worden ontvangen, echter uiteindelijk toch wordt gegeven door de universiteit. Omdat het voordeel is verkregen in de functionele sfeer zijn de voordeelsvereisten niet meer van belang. Deze vereisten hoeven niet meer te worden beoordeeld. Indien de eisen zouden worden gesteld, dan leidt dit tot de verkeerde uitkomst. Er is immers geen voordeel beoogd en ook niet verwacht.

⁹¹ HR 14 januari 1981, nr. 20 195, BNB 1981/99 (Commissielid-arrest) en Doedens, 1967, p. 117.

⁹² HR 14 april 1993, nr. 28 847, BNB 1993/203 (m. noot Van Dijck) (bami- & nasi-arrest), acht de voordeelsvereisten van belang bij de afbakening van voorzienbaar verliesgevende transacties. Zie r.o. 3.3. : 1) "De vraag of een belastingplichtige met door hem verrichte werkzaamheden of diensten een voordeel beoogt, en redelijkerwijs kan verwachten dat deze hem (...) positieve zuivere opbrengsten kunnen opleveren, is wel van belang als het gaat om de afgrenzing van activiteiten in de sfeer van de verwerving van inkomsten tegenover activiteiten die, als voorzienbaar blijvend verliesgevend, in de sfeer van besteding van inkomen moeten worden geplaatst." Daarnaast zijn de voordeelsvereisten volgens de Hoge Raad ook van belang bij, vervolg r.o. 3.3: 2) "de afbakening van belaste transacties in de vermogenssfeer tegenover louter speculatieve transacties" en 3) "gevallen waarin weliswaar diensten of werkzaamheden in het economische verkeer zijn verricht doordat de belastingplichtige buiten de gezinssfeer is getreden, maar de behaalde voordelen niettemin buiten het inkomen dienen te blijven omdat zij in de persoonlijke sfeer liggen." In paragraaf 3.2.1 zal hieraan nog extra aandacht worden besteed.

voordeel uit sparen en beleggen. De indeling is door de invoering van het boxensysteem veranderd. De eerste vijf opgesomde inkomenscategorieën behoren tot box 1, de zesde tot box 2 en de laatste inkomenscategorie tot box 3. Bij de inkomenscategorie voordeel uit sparen en beleggen is door de fictieve vaststelling van het rendement de vraag niet of het vermogensbestanddeel een bron vormt, maar of het vermogensbestanddeel in box 3 wordt belast.⁹³ Indien deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, dan wordt er geacht sprake te zijn van een bron.

Indien een bron van inkomen bij meerdere inkomenscategorieën kan worden ondergebracht, dient op grond van de rangorderegeling (artikel 2.14 Wet IB 2001) de bron te worden toegerekend aan de eerstgenoemde categorie.

In het vervolg van de scriptie wordt ervan uitgegaan dat aan de bronnentheorie is voldaan. In de volgende paragrafen zal derhalve aandacht worden besteed aan het onderbrengen van het voordeel in de juiste inkomenscategorie.

3.2 Resultaat uit overige werkzaamheden

3.2.1 Inleiding

Resultaat uit overige werkzaamheden staat in de inkomstenbelasting bekend als de zogenoemde restcategorie van het inkomen uit werk en woning. Derhalve is deze ook als restcategorie opgenomen in een afzonderlijke afdeling in de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 na de afdelingen winst uit onderneming en belastbaar loon. Ook om die reden wordt het begrip 'overige werkzaamheden' gehanteerd. Bij 'overige werkzaamheden' gaat het om werkzaamheden die niet zijn behaald door middel van een onderneming of een dienstbetrekking. Volgens de wetgever moet onder een 'overige werkzaamheid' het volgende worden 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."⁹⁴

De bron resultaat uit overige werkzaamheden bestaat uit de 'inkomsten uit andere arbeid', zoals bekend van het artikel 22, lid 1, onderdeel b, Wet IB 1964, en de terbeschikkingstellingsregelingen. De terbeschikkingstellingsregelingen zullen verder niet worden behandeld in deze scriptie. De 'inkomsten uit andere arbeid', ook wel de traditionele arbeid genoemd, bestaat uit twee onderdelen, namelijk het verrichten

⁹³ D.A. Albrechtse, 3.0.1.B.a. Inleiding, in: L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen en P.H.J. Essers e.a., *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, schrijft dat de bronvraag niet meer hoeft gesteld te worden voor de vermogensrendementsheffing (box 3).

⁹⁴ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 132 (MvT).

van diensten en het verrichten van vermogenstransacties.⁹⁵ In deze scriptie zal hoofdzakelijk aandacht worden besteed aan het verrichten van vermogenstransacties en dan specifiek met betrekking tot vastgoed.

Het restkarakter van de bron resultaat uit overige werkzaamheden brengt met zich mee, dat de benodigde flexibiliteit aanwezig moet zijn om alle uiteenlopende en moeizaam te onderkennen vormen van arbeid - die maatschappelijk gezien tot belast inkomen zouden moeten leiden - op een adequate wijze in de heffing te betrekken. Dit geldt dus niet alleen ten aanzien van de vier bronvoorwaarden, maar ook voor de inhoud en de wijze van toepassing in iedere situatie. Als gevolg van handhaving van het systeem 'inkomsten uit andere arbeid' en het invoeren van de vermogensrendementsheffing ontstaat er door de grote tariefspanning een 'alles of niets-situatie'.⁹⁶ Indien het vastgoed van de belastingplichtige als gevolg van de bronafbakening binnen de categorie resultaat uit overige werkzaamheden in de heffing dient te worden betrokken, dan is daarop het geldende tarief uit box 1 (52%) en het winstregime van toepassing.

In de parlementaire behandeling van afdeling 3.4 Wet op de Inkomstenbelasting 2001 heeft de wetgever aangegeven:

"(...)aan te sluiten bij het begrip «andere arbeid» zoals dat in de jurisprudentie tot stand is gekomen als verzamelbegrip voor de inkomsten die onder artikel 22, eerste lid, onderdeel b, Wet op de inkomstenbelasting 1964 vallen. Het geldelijk voordeel dient door de belastingplichtige (subjectief) te zijn beoogd en naar maatschappelijke opvattingen redelijkerwijs (objectief) te worden verwacht."⁹⁷

Binnen de bron resultaat uit overige werkzaamheden dient het resultaat per werkzaamheid te worden vastgesteld, waarbij werkzaamheden van dezelfde aard als één werkzaamheid worden aangemerkt.⁹⁸ Vervolgens vormt het resultaat het bedrag van gezamenlijke voordelen die worden behaald met een werkzaamheid.⁹⁹ Dit resultaat wordt ten slotte vastgesteld volgens het begrip 'totaalresultaat'.¹⁰⁰ Het begrip 'totaalresultaat' is gebaseerd op het totaalwinstbegrip dat wordt toegepast bij winst uit onderneming.¹⁰¹ Het 'winst uit onderneming'-systeem is bij de Wet IB 2001 van overeenkomstige toepassing verklaard voor de bepaling van het resultaat uit overige werkzaamheden.¹⁰² De wetgever heeft echter bepaald dat niet alle ondernemingsfaciliteiten van toepassing zijn op het resultaat uit overige werkzaamheden.¹⁰³ Om het totaalresultaat te kunnen vaststellen dient een resultaatsgenieter gelijk aan een ondernemer een

⁹⁵ J.P. Boer en B. van der Slik, NDFR-commentaar bij artikel 3.90 Wet IB 2001 Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, 3. Afbakeningen ten opzichte van inkomen uit sparen en beleggen (box3), www.ndfr.nl.

⁹⁶ Boer en Freudenthal, 2006, p. 412.

⁹⁷ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 132 (MvT).

⁹⁸ Artikel 3.93 lid 2 Wet IB 2001.

⁹⁹ Artikel 3.94 Wet IB 2001.

¹⁰⁰ Voor verdere uitleg: Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Inkomstenbelasting, Aantekening 1 Algemeen bij: Wet inkomstenbelasting 2001, Artikel 3.94, 2012.

¹⁰¹ Artikel 3.8 Wet IB 2001.

¹⁰² Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 30 (MvT).

¹⁰³ Zoals opgenomen artikel 3.95 Wet IB 2001 (voor een opsomming zie: Freudenthal, 2002, p. 168).

openingsbalans op te stellen. Op deze openingsbalans verschijnt het vermogensbestanddeel. Vervolgens dient het resultaat net als winst uit onderneming te worden vastgesteld (met uitzondering van enkele ondernemingsfaciliteiten).

3.2.2 De bronvereisten

Om te kunnen spreken van resultaat uit overige werkzaamheden dient er per geval te zijn voldaan aan de volgende voorwaarden:¹⁰⁴

1. er moet sprake zijn van arbeid,
2. de arbeid moet zijn verricht binnen het economisch verkeer,
3. met de arbeid moet het verkrijgen van enig geldelijk voordeel worden beoogd en volgens de in het maatschappelijk verkeer geldende regelen redelijkerwijs kunnen worden verwacht,
4. de arbeid moet zijn verricht buiten verband met een bedrijf of beroep of dienstbetrekking.

Deze voorwaarden kunnen als volgt kort nader worden toegelicht. De voorwaarden zullen zover dat mogelijk is worden toegespitst op vastgoed. In sommige situaties zullen ook voorbeelden met betrekking tot diensten gebruikt worden om het een en ander te verduidelijken.

1. Er moet sprake zijn van arbeid

Deze voorwaarde wordt ook wel omschreven als 'het' werkzaamheidsvereiste. Om hier aan te voldoen moet er "*ten minste 'enige arbeid'(...) zijn verricht die tot het resultaat heeft geleid.*"¹⁰⁵ Het karakter van het behaalde voordeel wordt gevormd door de verrichte arbeid.¹⁰⁶ Zonder het verrichten van enige arbeid kan er namelijk nooit sprake zijn resultaat uit overige werkzaamheden. De verrichte arbeid dient in een bepaald geval de oorzaak te zijn waarvan het behaalde resultaat het gevolg is. Of anders gezegd het voordeel dient toerekenbaar te zijn aan de verrichte arbeid. Indien dit verband niet aanwezig is, dan kan het resultaat ook niet in de heffing worden betrokken. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het behaalde voordeel zijn verklaring dient te vinden in de verrichte werkzaamheden.¹⁰⁷ Het causaal verband tussen het behaalde voordeel en de verrichte arbeid is dus van cruciaal belang om het resultaat in de heffing te kunnen betrekken.

Van Dijck heeft in het bekende artikel 'Vermogensbeheer' uit het Weekblad met betrekking tot de voorwaarde arbeid drie categorieën onderkend vanuit het oude artikel 22, lid 1, letter b Wet IB 2001, te weten:¹⁰⁸

¹⁰⁴ W. Scholten, 'Inkomstenbelasting; andere opbrengst van arbeid', WFR 1954/357.

¹⁰⁵ A.C. Rijkers, 3.4.3.B.2.1. Algemeen, in: L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, P.H.J. Essers, e.a., *Cursus Belastingrecht, Inkomstenbelasting, Wet inkomstenbelasting 2001*, Deventer: Kluwer 2012.

¹⁰⁶ Volgens Freudenthal, 2002, p. 8, vormt niet het voordeel het inkomensbegrip, maar de arbeid (zie de toevoeging 'van welke aard ook' in artikel 3 Wet op de belasting van bedrijfs- en andere inkomsten 1893).

¹⁰⁷ HR 6 juni 2001, nr. 36 216, BNB 2001/346 (m. noot Van Soest).

¹⁰⁸ J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/141.

- a. Werkzaamheden, waaronder men kan verstaan handelingen die met betrekking tot een goed verricht worden. Bijvoorbeeld het verbouwen van een woning met het oog op een hogere opbrengst bij de verkoop;
- b. Diensten, waaronder men kan verstaan handelingen die ten opzichte van derde verricht worden. Hierbij kan gedacht worden aan het doen van boodschappen voor de buurvrouw tegen een vergoeding;
- c. Niet-speculatieve aan- en verkopen, zoals het kopen van aandelen met de wetenschap van een mogelijkheid tot verkoop tegen een hogere prijs.

Ingeval we het categorieënsysteem van Van Dijk gaan hanteren en het strikt toepassen, is het een beperkt systeem.¹⁰⁹ In de toekomst bestaan er mogelijk dynamischere vormen van arbeid die niet binnen een van deze categorieën zijn onder te brengen, maar wel onder de categorie resultaat uit overige werkzaamheden geschaard moeten worden.¹¹⁰ Om dat te voorkomen heeft Freudenthal getracht het arbeidsvereiste anders te benaderen. Door het vereiste te onderscheiden in een kwantitatieve en kwalitatieve component heeft Freudenthal getracht een dynamischer arbeidsvereiste te realiseren. Deze componenten van arbeid kunnen als volgt worden weergegeven:¹¹¹

- a. Kwantitatief bij laagwaardige arbeid (fors in volume);
- b. Kwalitatief bij hoogwaardige arbeid (bijvoorbeeld het schrijven van (kwalitatief) hoogwaardige brieven).

De belastbaarheid van het voordeel uit vastgoed in resultaat uit overige werkzaamheden kan dus voortvloeien uit het feit dat:¹¹²

- 1) de verrichte werkzaamheden het 'normale kader van werkzaamheden verbonden aan (...) gedane vermogenstransacties, te buiten gaan' (kwantiteit); of
- 2) 'de ervaring en deskundigheid van een of meer van de deelnemers aan een zodanige transactie zomede hun relaties en organisaties daarbij een gewichtige factor hebben gevormd' (kwaliteit).

De twee elementen kwaliteit en kwantiteit van arbeid zijn complementair ten opzichte van elkaar. Hiermee wordt bedoeld dat naarmate de arbeid in kwalitatief opzicht hoogwaardiger is, de kwantiteit die vereist is om tot resultaat uit overige werkzaamheden te concluderen, beperkter mag zijn.¹¹³ Andersom geredeneerd dient de kwantiteit van de arbeid hoger te zijn naarmate de arbeid in kwalitatieve zin lagerwaardiger is om tot

¹⁰⁹ Freudenthal, 2002, p. 17.

¹¹⁰ Als voorbeeld kan worden gedacht aan de situatie rondom de piramidespelen (Freudenthal, 2002, p. 17).

¹¹¹ Freudenthal, 2002, p. 17.

¹¹² Freudenthal, 2002, p. 22; HR 15 juni 1955, nr. 12 411, BNB 1955/281.

¹¹³ Freudenthal, 2002, p. 18.

resultaat uit overige werkzaamheden te concluderen. Om het onderscheid van de twee categorieën te verduidelijken volgen hieronder twee voorbeelden: ¹¹⁴

- Allereerst een belastingplichtige die beschikt over de informatie over een beoogde bestemmingsplanwijziging door de gemeente en vervolgens met die kennis een perceel kan kopen tegen een zeer lage prijs. Hij weet het perceel uiteindelijk door te verkopen met een zeer aanzienlijke winst. De belastingplichtige hoeft in dit geval weinig inspanningen te leveren om zijn winst te behalen. De enkele aan- en verkoop zullen qua urenbesteding niet omvangrijk zijn, maar het effect kan in geld gemeten zeer fors zijn. Derhalve dient het voordeel te worden belast.
- Daar staat tegenover een belastingplichtige die totaal geen informatie heeft, maar regelmatig aandelen aan- en verkoopt. Deze belastingplichtige weet eveneens op jaarbasis een aardige winst te realiseren, alleen dient hiervoor verhoudingsgewijs een zeer aanzienlijke hoeveelheid arbeid te verrichten om die winst belast te zien worden als resultaat uit overige werkzaamheden. De kwaliteit van de arbeid is in dit geval laag, dus de benodigde kwantiteit dient zeer hoog te zijn om tot belastbaarheid van het voordeel te komen. In de regel wordt het voordeel uit de handel in aandelen niet vaak belast als resultaat uit overige werkzaamheden.¹¹⁵

Een conclusie die hierbij kan worden getrokken is dat de activiteiten kwantitatief dan wel kwalitatief een bepaald minimum dienen te overschrijden om te kunnen komen tot een werkzaamheid. Er dient iets te zijn wat arbeid-plus genoemd kan worden.¹¹⁶

Hoe gering kan arbeid, als voordeelveroorzakende activiteit, zijn?

Uit de jurisprudentie zijn enkele beeldende voorbeelden te ontleen over hoe gering de omvang van de verrichte arbeid mag zijn om te voldoen aan het arbeidsvereiste.

Allereerst werd door de Raad van Beroep Zwolle het schrijven van een introductiebrief voor een 'employe' in mei 1949 aangemerkt als arbeid in de zin van artikel 28 Besluit IB 1941.¹¹⁷ Het behaalde voordeel werd echter niet belast omdat de belanghebbende geen geldelijk voordeel beoogde en redelijkerwijs ook geen voordeel kon verwachten. In het licht van het onderscheid van Freudenthal is hier sprake van kwalitatief hoogwaardige arbeid, ook al werd vervolgens niet voldaan aan de voordeelsvereisten. Er is geringe kwantitatieve arbeid verricht, echter van hoogwaardige kwaliteit, die volgens de Raad van Beroep Zwolle kan kwalificeren als voldoende arbeid in de zin van artikel 28 Besluit IB 1941.

Ten tweede kan het zogenoemde tip-arrest als voorbeeld dienen, waarbij enkel het geven van een tip

¹¹⁴ Voorbeelden ontleend aan: Freudenthal, 2002, p. 20.

¹¹⁵ Het voordeel uit de handel in aandelen wordt vaak wel belast als resultaat uit overige werkzaamheden in situaties waarin is gehandeld met voorkennis. In dergelijke situaties is sprake van kwalitatief hoogwaardige arbeid.

¹¹⁶ Hof Arnhem 15 april 2009, nr. 08/00291, VN 2009/40.10. In de aantekening is opgemerkt dat: 'er moet 'iets' meer zijn; iets wat 'arbeid-plus' genoemd zou kunnen worden en deze arbeid-plus moet naar zijn aard en omvang onmiskenbaar ten doel hebben extra rendement te halen.'

¹¹⁷ RvB Zwolle 30 januari 1953, BNB 1953/116.

voldoende arbeid was om de belastbaarheid van het daarmee behaalde voordeel aan te kunnen geven.¹¹⁸ De belastingplichtige hoeft dus niet veel te doen om te voldoen aan het arbeidsvereiste.

Ten slotte heeft de Hoge Raad bepaald dat het indienen van verzoeken tot wijziging van de op een perceel grond rustende bestemming, naar hun strekking en in omvang het normale kader van werkzaamheden verbonden aan particulier vermogensbeheer te buiten gaan.¹¹⁹ Freudenthal nuanceert dat oordeel. Hij merkte tijdens de 21e Fiscale Conferentie "Bouwen van en beleggen in vastgoed" op dat bestemmingsplanwijzigingen (althans de daarmee behaalde voordelen) altijd onbelast zijn.¹²⁰ Het ligt volgens hem niet in de macht van de belastingplichtige om een zodanige wijziging tot stand te brengen vanwege de publiekrechtelijke procedures die eraan vooraf gaan. Een verzoek tot wijziging van het bestemmingsplan kan alleen een dergelijke procedure in gang zetten. Hoewel de uitkomst voor de belastingplichtige altijd onzeker (speculatief) is, blijft de intentie van de belastingplichtige om op deze manier *extra* voordeel te behalen mijns inziens gelijk. De vraag is nu of het enkel schrijven van een briefje naar de gemeente meer dan normaal vermogensbeheer met zich meebrengt. Beoogt de belastingplichtige een voordeel dat in het normale vermogensbeheer niet gebruikelijk is?¹²¹

De conclusie die aan deze voorbeelden kan worden verbonden is dat niet zozeer de hoeveelheid arbeid van belang is om te voldoen aan het arbeidsvereiste (ook geringe arbeid kwalificeert), maar in hoeverre deze arbeid heeft bijgedragen als voordeelveroorzakende activiteit. In het voorbeeld van het tip-arrest was de tip cruciaal om het voordeel te kunnen behalen.

Wiens arbeid kwalificeert?

Een vraag die in het kader van het arbeidsvereiste gesteld kan worden is: kwalificeert de arbeid van derden ook voor het arbeidsvereiste? In beginsel zijn de werkzaamheden van een derde bij de kwalificatie van het inkomen niet toe te rekenen aan de belastingplichtige.¹²² Dat sluit niet uit dat toerekening niet mogelijk is. Ook door de hulp van een deskundige kan er namelijk worden voldaan aan het arbeidsvereiste.¹²³ De arbeid van derden kan dus van invloed zijn op de belastingheffing van de belastingplichtige.

Het minimumvereiste: normaal vermogensbeheer

Over het overschrijden van het minimumvereiste, ook wel het normale vermogensbeheer genoemd, bestaat in de literatuur nogal wat discussie. Volgens Van Dijck kan het aan- en verkopen van vastgoed, indien geen

¹¹⁸ HR 23 december 1981, nr. 20 904, BNB 1982/155 (m. noot Van Brunschot)

¹¹⁹ HR 3 mei 2002, nr. 36 984, BNB 2002/219 (m. noot Van Soest) volgens de Hoge Raad kan een bestemmingsplanwijziging alleen een belastbaar inkomen opleveren indien het behaalde voordeel haar verklaring heeft gevonden in de verrichte arbeid (zie ook: HR 6 juni 2001, nr. 36 216, BNB 2001/346).

¹²⁰ W.A.C. Karreman en W.A.C. Mulder, *Verslag van de 21e Fiscale Conferentie 'Bouwen van en beleggen in vastgoed'*, WFR 2006/379.

¹²¹ Zie voor verdere behandeling paragraaf 4.3.

¹²² Te Niet, 2007, p. 26, verwijst hierbij naar HR 14 november 1934, B 5726 en HR 28 december 1938, B 6832.

¹²³ HR 15 juni 1955, nr. 12 411, BNB 1955/281, overweegt in dit kader dat: "werkzaamheden zijn verricht, welke het normale kader van werkzaamheden, verbonden aan buiten bedrijf of beroep gedane vermogenstransacties, te buiten gaan, dan wel de ervaring en deskundigheid van een of meer van de deelnemers aan een zodanige transactie zomede hun relaties en organisaties daarbij een gewichtige factor hebben gevormd."

andere omstandigheden een rol spelen, nooit leiden tot resultaat uit overige werkzaamheden.¹²⁴ Deze mening deelt Freudenthal niet en hij ziet wel een mogelijkheid dat het vastgoed kan leiden tot resultaat uit overige werkzaamheden.¹²⁵ Wanneer namelijk het aantal aan- en verkopen extreme hoeveelheden aanneemt, kan van enkel speculatie geen sprake meer zijn. Op een bepaald moment zullen andere omstandigheden toch invloed gaan hebben op het voordeel, zoals ervaring en deskundigheid die de belastingplichtige vergaart, zodat het normale vermogensbeheer wordt overschreden en leidt tot resultaat uit overige werkzaamheden.

Reguliere activiteiten van een belegger in vastgoed, zoals het innen van huren en het betalen van lasten overschrijden niet het minimumvereiste (normaal vermogensbeheer) en kunnen daardoor ook niet leiden tot resultaat uit overige werkzaamheden. Deze activiteiten vallen onder het normale vermogensbeheer en behoren tot de vermogensrendementsheffing (box 3).

In stand houden en verbeteren

Er bestaat een onderscheid tussen de arbeid die wordt verricht om het voordeel uit de belegging in stand te houden en de arbeid die wordt verricht om dit voordeel te verbeteren. Met beheersactiviteiten wordt geprobeerd het voordeel in stand te houden, terwijl door vernieuwing en verbetering een hoger voordeel wordt beoogd. Een dergelijke vernieuwing of verbetering kan een indicatie zijn voor het bestaan van resultaat uit overige werkzaamheden, echter een belegger kan in sommige gevallen gedwongen worden om zijn winkelcentrum te moderniseren om te bereiken dat zijn voordeel in stand blijft.¹²⁶ In dat geval is er toch sprake van normaal vermogensbeheer ondanks de verrichte arbeid.

Professionalisering van de markt

De ontwikkeling van de samenleving waarmee een verhoging van het algemene kennisniveau gepaard gaat heeft tot gevolg dat de grens van het normaal vermogensbeheer opschuift, ook wel de professionalisering van de markt genoemd. Wat voorheen als bijzondere kennis werd gezien, wordt als gevolg van professionalisering van de markt niet meer gezien als bijzonder maar als een feit van algemene bekendheid. Er is geen sprake meer van een informatievoorsprong van de belastingplichtige. Hierdoor verschuift de grens omhoog waardoor minder snel tot resultaat uit overige werkzaamheden zal worden geconcludeerd. Dit ondanks het feit dat deze er wel aan heeft kunnen bijdragen dat voordeel werd behaald.

Het criterium 'normaal vermogensbeheer', zoals dit in de jurisprudentie wordt gehanteerd om de kwantiteit van arbeid aan te geven, zal verder aan bod komen in de paragraaf 3.4.

¹²⁴ J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/141.

¹²⁵ Freudenthal, 2002, p. 18.

¹²⁶ T.M. Berkhout, 'Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed', NTFR 2010/1225.

2. De arbeid moet zijn verricht binnen het economische verkeer

De eis dat de activiteit, de werkzaamheid, zich in het economische verkeer moet hebben afgespeeld, is een algemeen bronkenmerk, bedoeld om de strikt in de privésfeer gelegen activiteiten buiten het inkomensbegrip te houden.¹²⁷ Het begrip ‘in het economische verkeer’ is echter niet in de wet vastgelegd. Het is een begrip dat in de jurisprudentie tot ontwikkeling is gekomen. De rechter geeft steeds per situatie aan of de handeling zich in het economische verkeer manifesteert. In ieder geval omvat het economische verkeer niet een concrete markt of ruilverkeer.¹²⁸ Naar de mening van de Cursus Belastingrecht betreft het economische verkeer de sfeer waarin men zich ten opzichte van anderen inkomensbestedend of inkomensverwervend manifesteert.¹²⁹ Uitgavenbesparende werkzaamheden en familiegerelateerde activiteiten in de gezinssfeer vallen daar niet onder. De Hoge Raad heeft in het zogenoemde PGB-arrest een uitzonderlijke uitspraak gedaan en een nuancering aangebracht aan de gezinssfeer.¹³⁰ In dit arrest heeft de Hoge Raad namelijk geoordeeld dat het binnen de gezinssfeer toch mogelijk is om activiteiten te verrichten in het economische verkeer. In het arrest verzorgde een moeder haar verstandelijk gehandicapte zoon. Het bedrag aan PGB dat de moeder voor die verzorging had ontvangen, moest aan haar worden toegerekend en worden belast als resultaat uit overige werkzaamheden. Het inkopen van zorg middels een PGB geschiedt naar het oordeel van de Hoge Raad altijd in het economische verkeer.

Ter verduidelijking van het vereiste ‘in het economische verkeer’ kan het volgende voorbeeld worden gegeven. Dit voorbeeld is ontleend aan de jurisprudentie. Een belastingplichtige kan een woning met twee redenen bouwen, namelijk voor zichzelf of voor de verkoop. Indien het oogmerk van de bouw van een woning is gericht op eigen bewoning, dan wordt de privésfeer niet verlaten.¹³¹ Is het oogmerk gericht op vervreemding van het pand na voltooiing, dan is er wel sprake van deelname aan het economisch verkeer.¹³² In tegenstelling tot het eerste geval wordt het tweede geval wel voldaan aan het vereiste.

3. Voordeel beogen en voordeel verwachten

De criteria voordeel beogen (subjectief criterium) en voordeel verwachten (objectief criterium) vormen samen de voordeelvereisten. Deze voordeelvereisten dienen echter niet alle situaties gehanteerd te worden. Dit heeft de Hoge Raad in het medische proeven-arrest en vervolgens in het bami- & nasi-arrest

¹²⁷ Freudenthal, 2002, p. 29.

¹²⁸ HR 24 juni 1992, nr. 27 327, BNB 1993/18, “3.5. Het oordeel van het Hof (...) steunt klaarblijkelijk op de (...) opvatting dat in het economische verkeer behaalde voordelen niet op de voet van artikel 22, lid 1, aanhef en letter b, belastbaar zijn als zij niet de vergoeding vormen voor een jegens een ander verrichte prestatie. 3.6. Die opvatting kan niet als juist worden aanvaard.”

¹²⁹ A.C. Rijkers, 3.4.3.B,b3.I. Algemeen, in: L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, P.H.J. Essers, e.a., Cursus Belastingrecht, Inkomstenbelasting, Wet inkomstenbelasting 2001, Deventer: Kluwer 2012.

¹³⁰ HR 8 juni 2007, nr. 42 044, BNB 2007/246, “Belanghebbende (*moeder B.B.*) verzorgt haar verstandelijk gehandicapte zoon. Ter inkoop van zorg is aan de vader als wettelijke vertegenwoordiger van de zoon een persoonsgebonden budget toegekend. Het toegekende bedrag wordt aan belanghebbende betaald.” Deze werkzaamheden bevinden zich toch in het economische verkeer, aldus het oordeel van de Hoge Raad.

¹³¹ HR 8 juni 1949, B. 8655 en HR 19 april 1978, nr. 18 805, BNB 1978/132

¹³² Hof Amsterdam 10 januari 1963, nr. 196/92, BNB 1963/219

aangegeven.¹³³ Dit in lijn met de door Doedens gemaakte opmerking dat de voordeelkanstoets als hulpmiddel dient.¹³⁴

De vraag of een belastingplichtige met door hem verrichte werkzaamheden of diensten een *voordeel beoogt*, en *redelijkerwijs kan verwachten* dat deze hem - zij het in de toekomst - positieve opbrengsten kunnen opleveren, is van belang als het gaat om:

- a. de afgrenzing van activiteiten in de sfeer van de inkomensverwerving tegenover activiteiten die, als voorzienbaar blijvend verliesgevend, in de sfeer van inkomensbesteding moeten worden geplaatst;
- b. de afbakening van belaste transacties in de vermogenssfeer tegenover louter speculatieve transacties (of speculatieve praktijken).¹³⁵ Dit enkel door middel van het redelijkerwijs verwachten van voordeel;
- c. situaties waarin weliswaar diensten of werkzaamheden in het economische verkeer zijn verricht doordat de belastingplichtige buiten de gezinssfeer is getreden, maar de behaalde voordelen niettemin buiten het inkomen dienen te blijven omdat zij in de persoonlijke sfeer liggen. De Hoge Raad heeft het hier over activiteiten waar het voordeelsoogmerk niet de verklaring vormt voor het voordeel.¹³⁶ Een voorbeeld hiervan is het vriendendienst-arrest, waarin de belanghebbende hulp verleende aan een door de nazi's bedreigde vriend en daarvoor achteraf een niet bedongen vergoeding ontving.¹³⁷

In iedere situatie dient dus gekeken te worden of de voordeelsvereisten als algemene voorwaarden moeten worden toegepast. Indien de belastingplichtige deelneemt aan een commissie en een beloning (een positief voordeel) ontvangt, terwijl er aanvankelijk geen uitzicht op een beloning was, dan bevindt de belastingplichtige zich in de functionele sfeer en zijn de voordeelsvereisten niet van belang.¹³⁸

Bij het criterium *voordeel beogen* gaat het om de intentie van de belastingplichtige. Wat is het doel of motief van de belastingplichtige? Wat heeft deze voor ogen? Zijn de handelingen gericht op het behalen van voordeel in het economische verkeer, dan wordt in principe voldaan aan dit vereiste. Overigens wordt aan het criterium voordeel beogen in het algemeen weinig betekenis toegekend.¹³⁹ Enkel in situaties die in de persoonlijke sfeer liggen van de belastingplichtige dient men het criterium *voordeel beogen* in ogenschouw te

¹³³ HR 3 oktober 1990, nr. 26 142, BNB 1990/329 (medische-proevenarrest) en HR 14 april 1993, nr. 28 847, BNB 1993/203 (m. noot Van Dijck) (bami- & nasi-arrest).

¹³⁴ Doedens, 1967, p. 117.

¹³⁵ Speculatieve transacties zijn transacties waarvan de uitkomst niet in enig opzicht door de werkzaamheden of het inzicht van de betrokkene wordt bepaald, maar afhankelijk is van toevallige omstandigheden, die door de werkzaamheden van de belastingplichtige niet kunnen worden beïnvloed (zie: Doedens, 1967, p. 116).

¹³⁶ A.C. Rijkers, 3.4.3.B.b5.I Het standpunt van de Hoge Raad, in: L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, P.H.J. Essers, e.a., *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2012.

¹³⁷ HR 15 juni 1960, nr. 14 292, BNB 1960/200.

¹³⁸ HR 14 januari 1981, nr. 20 195, BNB 1981/99 (Commissielid-arrest).

¹³⁹ Doedens, 1967, p. 126, "het criterium (...) winstdoel is (...) van ondergeschikte betekenis."

nemen. Indien een belastingplichtige bijvoorbeeld een woning bouwt is het steeds maar de vraag of de bouw gericht is op eigen bewoning of met het doel de woning te verkopen. Ondanks dat deze subjectieve intentie van de belastingplichtige direct bepalend is voor het karakter van het voordeel is deze intentie moeilijk vast te stellen bij de belastingplichtige.¹⁴⁰ Een resultaat belegger zal zich voornamelijk richten op de te behalen vermogenswinst en tracht het vermogensbestanddeel te verkopen. Echter, ondanks dat een normale belegger zich voornamelijk richt op een duurzame exploitatie, zal een normale belegger een te behalen vermogenswinst niet aan zijn neus voorbij laten gaan. Daarbij is het ook niet verwonderlijk als het oogmerk van de belastingplichtige gedurende de looptijd wijzigt. Belastingplichtigen zullen (indien hun oogmerk wijzigt) doorgaans de indruk proberen te wekken dat hun intentie bij aankoop was gericht op duurzame exploitatie. De problemen die hierdoor ontstaan liggen vrijwel zonder uitzondering in de bewijs sfeer.¹⁴¹ Hij die de bewijslast heeft, heeft daarmee in de praktijk ook vaak de grootste problemen.

Daarnaast blijkt uit de jurisprudentie dat in het merendeel van de gevallen ook geen doorslaggevende betekenis wordt toegekend aan het voordeel beogen, maar aan het voordeel verwachten.¹⁴² Van Dijck acht zelfs het criterium 'voordeel beogen' niet van belang bij toepassing van de afbakening van belasting transacties tegenover louter speculatieve transacties.¹⁴³ Als voorbeeld geeft Van Dijck dat iemand die een staatslot koopt (speculatieve transactie) ook voordeel beoogt. Dit is inderdaad correct, alleen van belang is welk voordeel wordt door de belastingplichtige beoogd. De vraag hierbij is volgens Freudenthal of het de belastingplichtige gaat om een speculatief voordeel, een voorzienbaar voordelig transactievoordeel, een privévoordeel of een voordeel zoals een normale belegger deze nastreeft. Bij de vraag *'of een voordeel zoals een normale belegger deze nastreeft'* dient te worden vastgesteld of dat deze belegger gericht is op het normale voordeel, door het verrichten van de reguliere beleggingshandelingen, of dat deze gericht is op het behalen van een *extra* rendement, door het verrichten van *extra* inspanningen om dat voordeel te bereiken.¹⁴⁴

Het criterium *voordeel verwachten* omvat daarentegen het objectieve bestanddeel van de voordeelvereisten. Hierin wordt het oogmerk van de belastingplichtige, het subjectieve element, geobjectiveerd. De belastingplichtige kan wel voordeel beogen, maar het is maar de vraag of dit voordeel wel te verwachten is. Bij bronnen van inkomen dient het te gaan om inkomen en niet om uitgaven. Het elimineren van verliesgevende activiteiten, zoals hobby's, is een van de functies van de voordeelkanstoets. Daarnaast bestaat er bij zuiver speculatieve transacties geen zekerheid op voordeel, althans dat dit voordeel zich in de regel zal blijven voordoen. Er bestaat in dat geval geen redelijke verwachting van voordeel. Wil een belastingplichtige voldoen aan de voordeelkanstoets, dan dient de belastingplichtige naast de speculatie extra arbeid te verrichten. Denk hierbij aan het aankopen van een vermogensbestanddeel tegen een te lage prijs. In

¹⁴⁰ Uiteraard dient steeds van geval tot geval te worden bekeken of de voordeelsvereisten gesteld dienen te worden.

¹⁴¹ Freudenthal, 2002, p. 56.

¹⁴² Freudenthal, 2002, p. 49.

¹⁴³ HR 14 april 1993, nr. 28 847, BNB 1993/203 (m. noot Van Dijck), punt 2.b.

¹⁴⁴ Freudenthal, 2002, p. 55-56

dergelijke gevallen bestaat er een redelijke kans op voordeel. De voordeelkanstoets heeft bij al dan niet speculatieve vermogenstransacties een dubbele functie. Indien er namelijk een kans op voordeel bestaat (ex ante), dan dient de verrichte arbeid ook de adequate verklaring te zijn voor het voordeel (ex post).¹⁴⁵ Het causale verband tussen het voordeel en de verrichte arbeid dient aanwezig te zijn om aan de voordeelkanstoets te kunnen voldoen.

4. De arbeid moet zijn verricht buiten verband met een bedrijf of beroep of dienstbetrekking

Zoals al eerder opgemerkt in deze paragraaf dient het te gaan om arbeid welke niet is verricht door middel van een onderneming of een dienstbetrekking. De rangorderegeling in artikel 2.14 Wet IB 2001 zorgt dat voordelen behaald met een onderneming of door middel van een dienstbetrekking worden belast in de eerdere afdelingen, namelijk afdeling 3.2 (winst uit onderneming) en afdeling 3.3 (loon) van de Wet IB 2001.

Voordat het voordeel uit vastgoed kan worden gekwalificeerd als resultaat uit overige werkzaamheden dient het voordeel te voldoen aan de bronvereisten. Als een belastingplichtige meer dan normaal vermogensbeheer verricht, dan zal het voordeel in box 1 worden belast. Alle voordelen, zowel gegenereerd door de productiefactoren arbeid als kapitaal, worden op dat moment conform de winstbepalinggedachte in de heffing van box 1 betrokken. Hierdoor behoort de onroerende zaak tot de arbeidsfeer (box 1) waarbij naast de arbeidsbeloning ook de normale beleggingswinst aan de arbeid wordt toegerekend.¹⁴⁶ Het volledige voordeel, niet splitsbaar in twee elementen, wordt in één van twee boxen belast. Deze scheidslijn tussen box 1 en box 3 zal verder worden uitgewerkt in paragraaf 3.4.

3.3 Box 3

3.3.1 Algemeen

Bij de invoering van de Wet IB 2001 is de geheel nieuwe vermogensrendementsheffing tot stand gekomen met als primaire doel:

“een grondslagdefinitie te formuleren die er enerzijds voor zorgt dat het fiscale inkomensbegrip weer aansluiting krijgt bij de huidige economische realiteit (...) en anderzijds voldoende flexibel is om de in de eerste decennia van de 21e eeuw verwachte (en onverwachte) trends en ontwikkelingen op adequate wijze fiscaal tegenspel te bieden.”¹⁴⁷

Het oude heffingssysteem waarin de daadwerkelijke genoten inkomsten uit vermogen werden belast, behoorde daarmee tot de verleden tijd. Zoals uit het vorige hoofdstuk is gebleken, is bij invoering van de Wet

¹⁴⁵ HR 20 juni 2003, nr. 37 974, BNB 2003/306 (m. noot Freudenthal), in r.o. 3.4 overwoog de Hoge Raad dat: “het behaalde voordeel zijn verklaring vindt in de trainingsarbeid van belanghebbende.”

¹⁴⁶ W.A. Schot, *'Is de gulden altijd wel een gulden'*, WFR 1985/468.

¹⁴⁷ Bijlage 1: *AFWEGINGEN INZAKE DE BELASTINGHEFFING OVER INKOMSTEN UIT VERMOGEN*, in: Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 291 (MvT).

IB 2001 het nieuwe systeem voor vermogensinkomsten ontstaan. Aan dit systeem wordt in deze paragraaf verder aandacht besteed.

De vermogensrendementsheffing heeft een groot aantal fiscale gevolgen met zich meegebracht voor de belastingplichtigen. Per 1 januari 2001 wordt namelijk een fictief rendement van 4% berekend over de grondslag sparen en beleggen.¹⁴⁸ Het inkomen, dan wel het nettorendement wordt bij wetsfictie vastgesteld ongeacht het werkelijk behaalde rendement.¹⁴⁹ De grondslag sparen en beleggen bestaat uit de rendementsgrondslag aan het begin van het kalenderjaar (peildatum) voor zover die rendementsgrondslag meer bedraagt dan het heffingsvrije vermogen (€ 21 139 in 2012). De rendementsgrondslag bestaat uit het saldo van de waarde van de bezittingen verminderd met de waarde van de schulden. Overtreft de rendementsgrondslag het heffingsvrij vermogen, dan is er in beginsel inkomensbelasting over de rendementsgrondslag verschuldigd. Het doel van het heffingsvrij vermogen als algemene vrijstelling is het ontzien van de kleine vermogens. Het heffingsvrij vermogen draagt zowel bij aan de doelmatigheid, omdat een groot aantal belastingplichtige als gevolg van de algemene vrijstelling niet in de aanslagregeling hoeft te worden betrokken, als aan het draagkrachtbeginsel (door middel van de Benthamse progressie), omdat kleine spaarders relatief meer voordeel hebben van het heffingsvrij vermogen.¹⁵⁰ Ten slotte wordt over de netto rendementsgrondslag het tarief van 30% geheven. Voor een uitwerking van box 3 verwijs ik graag naar het voorbeeld in de inleiding van hoofdstuk 2.

De vaststelling van het inkomen in box 3 geschiedt zonder rekening te houden met het werkelijk behaalde rendement. In feite is de uitwerking van de vermogensrendementsheffing niets anders dan een verkapte vermogensbelasting met een tarief van 1,2%.¹⁵¹ De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat de vermogensrendementsheffing als een inkomstenbelasting dient worden aangemerkt en niet als een vermogensbelasting.¹⁵²

In de literatuur is nogal wat kritiek geuit tegen het systeem van box 3. De vermogensrendementsheffing tast het fundament van ons reële inkomensbegrip aan en komt op die manier in strijd met het gelijkheids- en draagkrachtbeginsel.¹⁵³ De vermogensrendementsheffing heeft de werkelijkheid losgelaten en daarvoor een fictief rendement ad 4% in de plaats gezet. Indien een belastingplichtige een rendement van minder dan 4%

¹⁴⁸ Forfaitair rendement wordt hier vervangen door het minder verhullende begrip 'fictief rendement' (zie Dusarduijn, 2010, p. 69).

¹⁴⁹ Zie hiervoor artikel 5.2 Wet IB 2001, "Het voordeel uit sparen en beleggen wordt gesteld op 4% (forfaitair rendement) van de grondslag sparen en beleggen". Uitgangspunt van het systeem is dat iedere belastingplichtige geacht wordt een rendement van 4% te kunnen behalen (gedurende een langere periode) zonder daarbij al te veel risico te hoeven nemen (Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 37(MvT)).

¹⁵⁰ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 237-238 (MvT) en Dusarduijn, 2010, p. 121-124, merkt in dit kader op dat de progressie in Box 3 (heffingsvrij vermogen) niet als Benthamse progressie genoemd mag worden: "noch de doelstelling, noch de uitwerking daarvan kan immers gerelateerd worden aan het onbelast laten van het bestaansminimum, hoe arbitrair dit begrip ook moge zijn."

¹⁵¹ S. Cnossen en A.L. Bovenberg, *Vermogensrendementsheffing: vondst of misleun?*, WFR 2000/4, merken op dat: "De nieuwe, partiële vermogensbelasting op spaartegoeden, effecten en onroerende zaken wordt forfaitaire vermogensrendementsheffing genoemd; het tarief van 1,2% over de waarde van het vermogen wordt namelijk bepaald als het product van een forfaitair rendement van 4% en een proportioneel tarief van 30% over dat rendement."

¹⁵² HR 1 december 2006, nr. 42 211, BNB 2007/68 (concl. Overgaaauw, m. noot P.H.G. Albert); Albert merkt in zijn noot het volgende op: "box 3 vormt alleen een fictie wanneer men box 3 als een inkomstenbelasting ziet."

¹⁵³ A.C. Rijkers, *Vermogen en vermogensinkomsten in de Nota 'Belastingen 21e eeuw'*, WFR 1998/160.

behaalt of indien er zelfs sprake is van vermogensverliezen, bestaat er voor de belastingplichtige geen mogelijkheid tot tegenbewijs. Ook is er voor belastingplichtigen binnen box 3 geen mogelijkheid tot een negatieve grondslag. Het voordeel uit sparen en beleggen wordt gesteld op 4% van de rendementsgrondslag, de waarde van de bezittingen verminderd met de schulden, voor zover de rendementsgrondslag meer bedraagt dan het heffingsvrij vermogen.¹⁵⁴ De rendementsgrondslag kan hierdoor minimaal nihil bedragen. Daarnaast bestaat tegenwoordig geen mogelijkheid meer tot aftrek voor onderhoudskosten etc., zoals deze bestond onder de Wet IB 1964.¹⁵⁵ Ook kunnen mogelijke verliezen uit de ene inkomstencategorie niet worden verrekend met inkomsten uit een andere inkomstencategorie, enkele uitzonderingen daargelaten.¹⁵⁶

Een proportioneel tarief van 30% levert in beginsel geen strijdigheid op met het draagkrachtbeginsel. Naarmate een belastingplichtige meer vermogen bezit c.q. inkomen heeft dient de belastingplichtige naar evenredigheid meer belasting betalen. Ieder levert op deze manier een redelijke bijdrage aan de overheid. Door vervolgens het proportioneel tarief te relateren aan het reële inkomen blijkt het een degressieve uitwerking te hebben. Enerzijds doordat het rendement voor de belastingplichtige wordt vastgesteld op 4% en anderzijds doordat het rendement niet minder dan nihil kan bedragen. Dusarduijn bespreekt deze degressieve werking als volgt:

“Bij rendementen die uiteenlopen van 0,5% tot 10% varieert het effectieve tarief van maar liefst 240% tot slechts 12%. Belastingplichtigen die het fictieve rendement niet (kunnen) behalen worden daardoor afgestraft met een effectief hoog tarief, terwijl degene die hogere rendement realiseren een fiscale premie krijgen. Dat wringt te meer als wordt bedacht dat vooral kleinere vermogens risicovrij worden belegd in laagrentende spaartegoeden, terwijl grotere vermogens in staat zijn tot risicospreiding en dus tot het behalen van hogere, in box 3 laag belaste, rendementen. Geld maakt geld, volgens de wijsbegeerte van het volk en de huidige fiscale behandeling versterkt dit effect. Ook in dat opzicht staat de heffingstechniek ver verwijderd van de draagkrachtgedachte.”¹⁵⁷

Dus wanneer de waardeinstijging bij vermogensbestanddelen (veel) hoger is dan 4% per jaar (denk ook aan speculatiewinsten) dan is het onderbrengen in box 3 heel aantrekkelijk: een deel van de waardeinstijging blijft onbelast en de heffing geschiedt tegen een matig tarief.¹⁵⁸

Bij de invoering van de Wet IB 2001 heeft de wetgever het tarief van box 3 toch in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel geacht.¹⁵⁹ De reden hiervoor is dat onder de Wet IB 1964, als gevolg van gebruik constructies, vrijwel geen inkomstenbelasting werd betaald over vermogensinkomsten, maar onder het

¹⁵⁴ Artikel 5.2 lid 1 Wet IB 2001.

¹⁵⁵ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 230 (MvT).

¹⁵⁶ Artikel 4.53 Wet IB 2001; Omzetting verlies in aanmerkelijk belang (box 2) in een belastingkorting in box 1.

¹⁵⁷ Dusarduijn, 2010, p. 100.

¹⁵⁸ A.J.M. Arends, 5.0.7.B Beoordeling van de vermogensrendementsheffing, in: L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, P.H.J. Essers, e.a., *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2012, merkt hierover op dat in box 3 blijft een deel van de waardeinstijging, boven de 4%, ook nog onbelast blijft, waardoor het tariefsverschil in sommige gevallen nog groter is.

¹⁵⁹ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 6 (MvT).

huidige regime wel.¹⁶⁰ In vergelijking met de oude wetgeving betalen belastingplichtigen (macro-economisch gezien) nu meer dan vroeger wat volgens de wetgever in overeenstemming is met het draagkrachtbeginsel.¹⁶¹ Hierover kan worden opgemerkt dat het systeem vanuit macro-economisch perspectief bezien wellicht in overeenstemming is met het draagkrachtbeginsel, maar de individuele benadering, waar de draagkrachtvermeerdering juist wordt gemeten, wordt buiten beschouwing gelaten.¹⁶²

3.3.2 Kwalificatiecriteria van de vermogensrendementsheffing

De bronvraag hoeft niet gesteld te worden bij box 3 als gevolg van het forfaitair vastgestelde rendement.¹⁶³ Enkel de vraag of het vermogensbestanddeel tot box 3 kan worden gerekend dient te worden gesteld. Hiervoor bestaan binnen de vermogensrendementsheffing een drietal cumulatieve vereisten:¹⁶⁴

1. Het vermogensbestanddeel dient te voldoen aan het zelfstandigheidsvereiste;
2. Het vermogensbestanddeel dient een waarde in het economische verkeer te bevatten;
3. Een bezitting moet in de limitatieve opsomming van artikel 5.3 lid 2 Wet IB 2001 passen, terwijl een schuld niet mag worden uitgesloten door lid 3 van datzelfde artikel.

Deze criteria worden hieronder toegelicht.

1. Zelfstandigheidsvereiste

Dit vereiste voorkomt dat elke maatschappelijke voorsprongsituatie in de heffing wordt betrokken.

Persoonlijke kwaliteiten en vaardigheden van een persoon dienen bijvoorbeeld niet als een belastbaar goed te worden beschouwd.¹⁶⁵ Aan de hand van een rechtsverhouding dienen aanknopingspunten te worden gezocht voor de zelfstandigheid. Een voorsprongsituatie die niet voortkomt uit een rechtsverhouding kan niet in box 3 worden belast. Er dient een (afdwingbaar) recht te ontstaan, wil sprake zijn van zelfstandigheid.

2. Waarde in het economische verkeer

Dit vereiste brengt een scheiding aan om de in de privésfeer gelegen factoren uit te sluiten. Om tot de rendementsgrondslag te behoren dient er aan een vermogensbestanddeel een waarde in het economische verkeer te kunnen worden toegekend. Aan een vermogensbestanddeel kan een waarde in het economische verkeer worden toegekend, als dit vermogen:

- een bron van toekomstige inkomsten is of kan zijn; of

¹⁶⁰ D.A. Albregtse, 2.3.4. Tarief belastbaar inkomen uit sparen en beleggen (box 3), in: L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, P.H.J. Essers, e.a., *Cursus Belastingrecht, Inkomstenbelasting, Wet inkomstenbelasting 2001*, Deventer: Kluwer 2012.

¹⁶¹ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 6-7 (MvT).

¹⁶² J.A.G. van der Geld, 'De evaluatie van de Wet IB 2001: box 3', WFR 2006/302, merkt op dat enkel het kijken naar de macrovergelijkingen niets zeggen over de microrechtvaardigheid. Het feit dat de totale belastingopbrengsten over vermogensinkomsten zijn toegenomen, zegt namelijk niets over de individuele uitwerking en rechtvaardigheid van het systeem waaraan juist bij de inkomstenbelasting als individuele belasting zoveel belang wordt geacht.

¹⁶³ D.A. Albregtse, 3.0.1.B.a. Inleiding, in: L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen en P.H.J. Essers e.a., *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2012.

¹⁶⁴ Dusarduijn, 2010, p. 103-116.

¹⁶⁵ HR 5 juni 1929, B4520

- het bezit ervan de bezitter anders noodzakelijke uitgaven bespaart; of
- het vermogensbestanddeel bij een eventuele overdracht voordelen kan generen; of
- het een schuld betreft die voor een van deze vermogensvarianten is aangegaan.

3. Limitatieve opsomming

Om tot de rendementsgrondslag te behoren, dient het vermogensbestanddeel vervolgens onder een van de categorieën van artikel 5.3 lid 3 Wet IB 2001 te kunnen worden gebracht.

Deze opsomming is als volgt:

- a. onroerende zaken;
- b. rechten die direct of indirect op onroerende zaken betrekking hebben;
- c. roerende zaken die door de belastingplichtige en personen die behoren tot zijn huishouden niet voor persoonlijke doeleinden worden gebruikt of verbruikt alsmede roerende zaken die voor persoonlijke doeleinden worden gebruikt of verbruikt doch hoofdzakelijk als belegging dienen;
- d. rechten op roerende zaken;
- e. rechten die niet op zaken betrekking hebben, waaronder geld; en
- f. overige vermogensrechten, met waarde in het economische verkeer.

Voldoet een vermogensbestanddeel aan de drie bovenstaande cumulatieve vereisten, dan kan deze kwalificeren als bezitting in de rendementsgrondslag van box 3.

Voordat het vermogensbestanddeel tot de rendementsgrondslag kan worden gerekend, dient eerst duidelijk te zijn binnen welke inkomenscategorie het vastgoed in de heffing moet te worden betrokken. De wetgever heeft door middel van het begrip 'normaal vermogensbeheer' materieel invulling proberen te geven aan de afbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3. Indien de inkomsten uit vastgoed worden gekwalificeerd als inkomsten uit resultaat uit overige werkzaamheden dienen deze te worden belast in box 1. Ingeval de inkomsten uit vastgoed kwalificeren als inkomsten uit vermogen, dan behoren deze tot de grondslag van box 3. In de volgende paragraaf wordt getracht deze scheidingslijn, specifiek voor resultaat uit overige werkzaamheden en box 3, uiteen te zetten.

3.4 Het begrip 'normaal vermogensbeheer' als bronafbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 met betrekking tot vastgoed

In deze paragraaf zal met behulp van de literatuur en jurisprudentie de werking van de bronafbakening als grens tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 met betrekking tot vastgoed worden besproken. Welke factoren zijn van belang voor deze beoordeling? Op welke moment kan het behaalde voordeel worden gekwalificeerd? Wat zijn de gevolgen van de toepassing van de bronafbakening?

3.4.1 Historie

Al sinds de invoering van de Wet op de Vermogensbelasting 1892 is het begrip 'vermogensbeheer' in ontwikkeling en is dit begrip van belang voor de inkomstenbelasting.¹⁶⁶ Sprenger van Eyk gaf, als eerste auteur die het onderscheid tussen ondernemen en beleggen fiscaalwetenschappelijk uiteenzette, in het kader van de Wet tot heffing eener belasting op bedrijfs- en andere inkomsten 1893 te kennen dat het heffen van belasting niet enkel afhankelijk kan zijn van de mate van arbeid van de belastingplichtige.¹⁶⁷ Sprenger van Eyk schrijft:

“Het getal van woningen en de huurprijzen kunnen in twee gevallen gelijk zijn, en toch kan de eene verhuurder veel meer werk doen dan de ander. Er is dan alleen verschil in *mate van vlijt*, en van zulk verschil kan het al dan niet heffen van belasting toch niet afhankelijk zijn.”

Bij de invoering van Wet IB 1914 werd het bronnenstelsel geïntroduceerd en werd onderscheid aangebracht tussen de verschillende soorten inkomstenbronnen, zoals onderneming, arbeid en onroerende zaken. Hiermee werd getracht duidelijk te maken dat verschillende inkomens een verschillende draagkracht met zich meebrengen. Het bronnenstelsel heeft een lange tijd gediend in het Nederlandse belastingstelsel. Sinds de invoering van de Wet IB 2001 heeft het synthetische inkomensbegrip echter plaats moeten maken voor het gedeeltelijk analytisch inkomensbegrip. Als gevolg van het ontstane onderscheid in belastingdruk bij de invoering van de Wet IB 2001 heeft de bronafbakening zijn belang behouden. Ook het begrip 'normaal vermogensbeheer', zoals dat onder de Wet IB 1964 tot ontwikkeling is gekomen, is overgenomen in de Wet IB 2001.¹⁶⁸ In beginsel valt 'normaal vermogensbeheer' in box 3, echter naarmate meer arbeid wordt verricht zal de grens van normaal vermogensbeheer worden overschreden waardoor heffing in box 1 plaatsvindt. Binnen de Wet IB 2001 dient voor inkomen uit vastgoed allereerst te worden gekeken of er sprake is van 'actieve' inkomsten, zoals winst uit onderneming (box 1) en resultaat uit overige werkzaamheden (box 1), voordat er sprake kan zijn van 'passieve' inkomsten, zoals het inkomen uit sparen en beleggen (box 3).¹⁶⁹ De afbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 1 is door de wetgever materieel ingevuld door middel van het begrip 'normaal vermogensbeheer'.¹⁷⁰ Helaas bestaat er ondanks een ontwikkeling van ruim 100 jaar nog steeds onduidelijkheid omtrent dit begrip.¹⁷¹

3.4.2 De bronafbakening

In iedere box 1 (resultaat uit overige werkzaamheden) versus box 3-casus waarbij vastgoed is betrokken dient steeds een onderscheid te worden gemaakt tussen het normale vermogensbeheer, dat zich kenmerkt

¹⁶⁶ De Wet op de Vermogensbelasting 1892 was de eerste wettelijke regeling in Nederland waarbij voor het object van heffing werd aangesloten bij het inkomen van natuurlijke personen.

¹⁶⁷ Sprenger van Eyk, 1894, p. 52.

¹⁶⁸ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 132 (MvT).

¹⁶⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 375, nr. 2, p. 239-240; De rangorderegeling is in de Wet IB 2001 opgenomen in artikel 2.14.

¹⁷⁰ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 132 (MvT).

¹⁷¹ J.E.A.M. van Dijck, 'Vermogensbeheer', WFR 1976/141, heeft in zijn artikel deze onduidelijkheid proberen weer te geven.

door hetgeen een passieve belegger aan normaal rendement zal willen behalen, en voordelen uit een werkzaamheid, waar arbeid wordt ingezet voor het verhogen van het rendement. Inkomen kan enkel worden behaald met de productiefactoren arbeid en kapitaal, meer smaken zijn er niet.¹⁷² Bij resultaat uit overige werkzaamheden is de factor arbeid overheersend (het kapitaal is daarbij slechts een hulpmiddel) en bij box 3 is het juist de factor kapitaal die leidend is (de inzet van arbeid heeft het normaal vermogensbeheer niet overschreden).¹⁷³ Als gevolg van het onderscheid in behandeling van beiden productiefactoren dient ergens de ene inkomenscategorie te stoppen en de andere te beginnen.

Uit de parlementaire behandeling is gebleken dat de wetgever door middel van het begrip 'normaal vermogensbeheer' de afbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 heeft willen aanbrengen. De wetgever verwijst voor de invulling van dit begrip naar algemene, maatschappelijke opvattingen. Een exacte definitie wordt echter niet gegeven.¹⁷⁴ Wanneer spreekt men van beleggingsinkomen en wanneer over arbeidsinkomen? Indien een burger handelingen verricht als belegger, dan dienen deze ook als dergelijke handelingen in de heffing te worden betrokken. Over het algemeen zal deze norm te rijmen zijn met de werkelijkheid, echter in complexere situaties zal de kwalificatie van het inkomen moeilijker te definiëren zijn. Bij toepassing van de bronafbakening kunnen belastingplichtigen, die vanuit objectief oogpunt in vergelijkbare situaties verkeren, kunnen als gevolg van de onnauwkeurigheid van de bronafbakening, verschillend worden belast.¹⁷⁵ Dergelijke afbakeningsproblematiek zal zich met name voordoen bij de vermogenstransacties.

Binnen het onderdeel vermogenstransacties zijn twee categorieën te onderscheiden, namelijk:

- situaties waarbij voordeel wordt behaald door middel van een gunstige aankoop gevolgd door een gunstige verkoop;
- het verrichten van werkzaamheden buiten het normale vermogensbeheer waardoor het vermogensbestanddeel in een betere marktpositie wordt geplaatst.

In de praktijk blijkt dat de afbakeningsproblematiek zich veelal voordoet bij die gevallen waarin de belastingplichtige tracht het vermogensbestanddeel in een betere positie te plaatsen door middel van het verrichten van 'meer dan normaal vermogensbeheer'. Het criterium 'meer dan normaal vermogensbeheer' is in wezen het omslagpunt dat zich bevindt op de glijdende schaal tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3.¹⁷⁶ Als men denkt aan een vastgoedbelegger die in kort tijdsbestek een aantal (opgeknapte) panden

¹⁷² J.P. Boer en R.M. Freudenthal, *'Succes naar arbeid, de interactie tussen het arbeidsvereiste en de algemene bronvoorwaarden gedemonstreerd aan de hand van drie recente hofuitspraken'*, FED 2004/341.

¹⁷³ Deze arbeid kan zowel arbeid in kwalitatieve zin als arbeid in kwantitatieve zin omvatten, zoals ook in paragraaf 3.2.2 is besproken.

¹⁷⁴ Te Niet, 2007, p.81-82, zegt dat hiervan: "Het gevolg is dat de invulling van het beleggingsbegrip wederom primair aan de praktijk is overgelaten en daardoor zijn casuïstische invulling heeft behouden."

¹⁷⁵ Te Niet, 2007, p. 2.

¹⁷⁶ J.P. Boer en B. van der Slik, NDFR-commentaar bij artikel 3.90 Wet IB 2001 Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, 3. Afbakeningen ten opzichte van inkomen uit sparen en beleggen (box3), www.ndfr.nl.

vervreemdt en daarbij een mooie winst behaalt, is duidelijk dat hier in de praktijk discussie over zal ontstaan of sprake is van box 3 of box 1.

Anders dan bij een resultaatsgenieter overheerst bij een normale belegger het kapitaalselement. De verrichte arbeid is minder bepalend voor het voordeel. Dit voordeel wordt voornamelijk gegenereerd doordat bijvoorbeeld het vastgoed is verhuurd. Indien de verrichte arbeid in een bepaald geval uitstijgt boven de grens van het normale vermogensbeheer, dan verplaatst het vermogensbestanddeel zich naar box 1 en wordt het voordeel toegerekend aan de arbeid.¹⁷⁷ De verrichte arbeid, waaruit het voordeel direct voortvloeit, is bepalend voor de kwalificatie van het voordeel. Primair toetst de rechter of een belegger dergelijke activiteiten ook had verricht en of de activiteiten het 'normale' hebben overschreden.¹⁷⁸ Hierbij dienen alle relevante factoren door de rechter te worden belicht om te komen tot een conclusie.¹⁷⁹

3.4.2.1 De drie factoren

In het navolgende staat een aantal factoren opgesomd, ontleend aan de jurisprudentie, waar de rechter in het verleden doorslaggevende betekenis aan heeft toegekend bij het begrip 'normaal vermogensbeheer'.¹⁸⁰

1. Aard en omvang van de activiteiten (kwantiteit versus kwaliteit)

In eerste instantie beoordeelt de rechter de activiteiten van de belastingplichtige. Komen deze activiteiten overeenkomen met wat een reguliere belegger doet of overschrijden deze activiteiten het normale vermogensbeheer? Allereerst dient hierbij te worden beoordeeld of de belastingplichtige het voordeel heeft kunnen beïnvloeden en vervolgens in hoeverre de inzet van arbeid van de belastingplichtige heeft kunnen bijgedragen aan het voordeel. Indien het minimumvereiste niet wordt overschreden kan niet tot een werkzaamheid worden geconcludeerd.¹⁸¹ Enkel de beoordeling van de aard en omvang van de werkzaamheden zal in de regel niet voldoende zijn om een afbakening te vormen. Hiervoor is het criterium niet 'hard' genoeg.¹⁸² Alleen in de meest voor de hand liggende gevallen kan aan het criterium een zelfstandige betekenis worden toegekend aan.^{183 184}

¹⁷⁷ De Hoge Raad gebruikt deze grens als volgt: "van normaal vermogensbeheer is (B.B.) geen sprake, indien het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht en deze arbeid naar haar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit de onroerende zaken, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaan." (HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319, r.o. 3.4 en ook HR 9 oktober 2009, nr. 43 035, BNB 2010/117, r.o. 3.3.)

¹⁷⁸ Te Niet, 2007, p. 20, merkt hierover op dat: "Door uit te gaan van het normale vermogensbeheer kiest de rechter voor het aanleggen van een ondergrens."

¹⁷⁹ Te Niet, 2007, p. 71.

¹⁸⁰ Te Niet, 2007, p. 24-29.

¹⁸¹ Deze minimaal benodigde arbeid kan zowel door activiteiten met een lage kwaliteit en hoge kwantiteit als door activiteiten met een hoge kwalitatief en een lage kwantiteit worden overschreden (complementaire karakter van arbeidselementen).

¹⁸² Er is nog steeds geen exact minimum geformuleerd. Hierdoor dient het minimum nog steeds aan de hand van de andere factoren te worden beoordeeld.

¹⁸³ Te Niet, 2007, p. 25, verwijst hierbij als voorbeeld naar HR 26 november 1970 (BNB 1972/171) waarin het Hof de verrichte arbeid als doorslaggevend achtte.

¹⁸⁴ Voor een uitgebreidere behandeling van het arbeidsvereiste verwijs ik graag naar punt 1 van 3.1.1.

2. Beoogd rendement en risico (intentie van de belastingplichtige)

De 'beoogd rendement en risico'- toets wordt vaak gecombineerd met de voorgaande arbeidstoets. Een wezenlijk onderscheid tussen waarmee een willekeurige belegger zich bezighoudt, en een belastingplichtige die een werkzaamheid uitoefent, is de intentie van de koop ten behoeve van de doorverkoop van de onroerende zaken.¹⁸⁵ Garssen merkt in dit kader op dat een normale belegger zich met name richt op de vruchten en niet op de mutatievoordelen.¹⁸⁶ Met behulp van de meerwaardetoets en de risicotoets beoordeelt de rechter of de belastingplichtige het oogmerk heeft gehad om het rendement op het vermogensbestanddeel te verhogen.¹⁸⁷

De *meerwaardetoets* ziet op het oogmerk van de belastingplichtige om door extra arbeid een groter voordeel te behalen dan bij normaal vermogensbeheer. Indien uit de werkzaamheden blijkt dat de belastingplichtige het oogmerk heeft gehad om rendement te behalen wat hoger is dan bij normaal vermogensbeheer zou zijn behaald, dan valt het voordeel namelijk niet meer binnen de vermogenssfeer en wordt het in box 1 belast.¹⁸⁸ Hieruit blijkt ook nog steeds het belang van de arbeidstoets.

De *risicotoets* ziet op het oogmerk van de belastingplichtige om door extra risico te nemen een groter voordeel te behalen dan bij normaal vermogensbeheer. Het enkel aantrekken van (extra) vreemd vermogen, waarmee extra risico wordt gelopen, om (extra) activiteiten te gaan ontplooien is onvoldoende om het meer dan normale vermogensbeheer te overschrijden.¹⁸⁹ Enkel wanneer deze middelen worden ingezet om een extra voordeel te behalen, zal aan de risicotoets worden voldaan.

3. Samenstelling en omvang van het vermogen

Ook de samenstelling en omvang van het vermogen wordt door de rechter in ogenschouw genomen om te komen tot de juiste inkomens kwalificatie van het vermogen. In beginsel zal aan deze 'omvangtoets' geen doorslaggevende betekenis worden toegekend, maar weegt wel mee in het oordeel. Een groter vermogen zal over het algemeen eerder naar een bedrijfsmatige exploitatie neigen, dan een klein vermogen. Hierdoor zal eerder sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. In oudere jurisprudentie werden omstandigheden zoals omloopsnelheid van het vermogen¹⁹⁰ en de functie van het specifieke vermogensbestanddeel binnen het totale vermogen van de belastingplichtige¹⁹¹ als doorslaggevend geacht voor de kwalificatie van het inkomen.¹⁹²

¹⁸⁵ Freudenthal, 2002, p. 56.

¹⁸⁶ W. Garssen, 'Een samenhangend beeld van artikel 22 lid 1 b Wet IB 1964', MBB 1986/291.

¹⁸⁷ Te Niet, 2007, p. 27, deze toetsen zijn volgens Te Niet de twee manieren om het rendement te verhogen (door middel van meer arbeid of meer risico).

¹⁸⁸ HR 7 oktober 1981, nr. 20 974, BNB 1981/299, in dit arrest legde de Hoge Raad een dergelijke toets aan. Hierbij overwoog de Hoge Raad dat: "de factor arbeid qua aard en omvang van zodanig belang is dat deze geacht kan worden ten doel te hebben het behalen van voordelen uit onroerende goederen, welke het aan een belegger in zodanige goederen normaliter opkomende rendement te boven gaat."

¹⁸⁹ De wijze van financieren kan nooit als zelfstandige eis worden gebruikt om over te gaan tot het kwalificeren van het voordeel tot resultaat uit overige werkzaamheden (zie hiervoor bijvoorbeeld HR 2 mei 1934, B 5615 en HR 8 januari 1941, B 7289).

¹⁹⁰ HR 24 maart 1937, B 6832, de arts met groot huizenbezit had geen onderneming.

¹⁹¹ RvB Rotterdam 9 april 1938, B 6964, oordeelde dat de panden van de belastingplichtige deel uit maakte van een grotere beleggingsportefeuille en dus de spreiding van het vermogen wees op normaal vermogensbeheer.

¹⁹² Te Niet, 2007, p. 29.

3.4.2.2 De drie kwalificatiemomenten voor vastgoed

De kwalificatie van het voordeel uit vastgoed kan plaatsvinden op één van de volgende drie momenten:

1. Aankoopfase;
2. Exploitatiefase;
3. Verkoopfase.

Deze drie mogelijke kwalificatiemomenten zullen hieronder kort worden besproken en waar nodig toegelicht.

1. Aankoopfase

Bij de aankoopfase kunnen zich gunstige omstandigheden voordoen waardoor later een voordeel wordt gerealiseerd. De aankoopfase is het eerste moment waarbij de arbeid van de belastingplichtige een rol kan gaan spelen in de kwalificatie van het inkomen. De verrichte arbeid kan van doorslaggevende betekenis zijn voor de wijze van kwalificatie van het voordeel mits deze arbeid kan worden toegerekend aan het voordeel.

In de aankoopfase kunnen zich de volgende gunstige omstandigheden voordoen:¹⁹³

- onbekendheid van de verkoper met de marktprijs;
- persoonlijke omstandigheden aan de kant van de verkoper;
- voorkennis bij de koper omtrent de waarde(ontwikkeling);
- eerdere rechten tot aankoop berustende bij de koper (opties);
- vriendendiensten/schenken;
- bevoordelingen door (eigen) vennootschap: loon of dividend.

De rechter toetst in feite of *deskundigheid, ervaring of relaties* van de belastingplichtige een verklaring vormen voor het ontstaan van het voordeel.¹⁹⁴ Heeft de belastingplichtige als gevolg van een voorsprongsituatie een voordeel kunnen behalen die zijn verklaring vindt in de verrichte (kwalitatieve of kwantitatieve) arbeid? Ingeval bijvoorbeeld een pand met voorkennis tegen een lage prijs is gekocht, zal het behaalde voordeel zijn verklaring vinden in de geringe inzet van de factor (hoogwaardige) arbeid. Ook indien deze voorkennis van derden is verkregen en is toe te rekenen aan de belastingplichtige, zal het behaalde voordeel in die arbeid zijn verklaring moeten vinden.

2. Exploitatiefase

Gedurende de exploitatie van het vermogensbestanddeel kan vastgoed van de belastingplichtige van box 3 overgaan naar box 1.¹⁹⁵ Alle handelingen die bij vermogensbeheer horen, kunnen door de belastingplichtige worden verricht zonder dat sfeerovergang plaatsvindt van box 3 naar box 1. Alleen in specifieke gevallen zal

¹⁹³ Voorbeelden ontleend aan: Freudenthal, 2002, p. 75.

¹⁹⁴ Te Niet, 2007, p. 48.

¹⁹⁵ HR 16 juni 1982, nr. 21 053, BNB 1983/29, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de waardevermindering alleen mocht worden belast vanaf het moment dat de belastingplichtige activiteiten ging ontplooiën. De voorgaande jaren werden daarin niet in de (*huidige box 1*) heffing betrokken.

de arbeid zo bepalend zijn voor het voordeel dat deze invloed heeft op de kwalificatie van het voordeel.¹⁹⁶ In dat geval dient opnieuw te worden bekeken of er geen sprake is van sfeerovergang. Het indienen van een verzoek tot wijziging van het bestemmingsplan van de belastingplichtige kan hierbij als voorbeeld dienen.¹⁹⁷

Dat vastgoed als gevolg van sfeerovergang van box 3 naar box 1 overgaat, betekent niet zonder meer dat een vermogensbestanddeel gedurende de bezitsperiode over kan van box 1 naar box 3.¹⁹⁸ In de praktijk is omtrent deze overgang nogal wat discussie. Ter toelichting op deze discussie volgt het voorbeeld van Zwemmer:

“A koopt in 2001 een pand waarvoor hij op basis van een bepaalde voorkennis f 900.000 betaalt. Op de vrije markt zou dat pand f 1 miljoen hebben gekost. Vervolgens gaat hij het pand verhuren. In 2004 wordt het pand voor f 1,5 miljoen verkocht. Het resultaat uit overige werkzaamheden bedraagt f 100.000. Daarop is ingevolge art. 3.95 Wet IB 2001 het winstregime van toepassing. Op basis van art. 3.25 Wet IB 2001 wordt dat resultaat genoten in 2001. Weliswaar vindt realisatie pas plaats in 2004, maar dat neemt niet weg dat het voordeel behaald is in 2001. De resultaten uit de verhuur en de waardeestijging in de jaren 2001 t/m 2004 vallen onder de vermogensrendementsheffing. Het pand is immers niet gaan behoren tot het vermogen waarmee resultaten uit overige werkzaamheden worden behaald.”¹⁹⁹

In Zwemmers voorbeeld verplaatst het pand zich van resultaat uit overige werkzaamheden naar box 3 op het moment dat het met voorkennis aangekochte pand vervolgens duurzaam wordt verhuurd (normaal vermogensbeer). Het gevolg hierbij is dat A (kort na aankoop) moet afrekenen over de vermogenswinst van f 100 000.²⁰⁰ Beëindiging van de werkzaamheid kan volgens Zwemmer plaatsvinden als niet meer wordt voldaan aan de wettelijke omschrijving.²⁰¹ Volgens Albert en Berkhout lijkt uit de overgang van het kaststelsel (voor artikel 22, lid 1, onderdeel b juncto artikel 33 Wet IB 1964) naar goedkoopmansgebruik (huidige wetgeving) de conclusie te moeten worden getrokken dat verkoop (realisatie) geen noodzakelijke voorwaarde is voor resultaat uit overige werkzaamheden.²⁰² Hierdoor wijzigt het regime als geen sprake meer is van een werkzaamheid en het pand niet wordt aangehouden aan vervreemding, analoog aan de vermogensetiketteringsregels bij winst uit onderneming. Deze redenering van Albert en Berkhout volgt de mening van Zwemmer. Freudenthal deelt deze mening niet en beargumenteert dat geen sprake is van een sfeerovergang waardoor de gehele f 600 000 in box 1 dient te worden belast op moment van realisatie in 2004.²⁰³ Het pand belandt naar mening van Freudenthal bij aankoop verplicht in resultaat uit overige werkzaamheden, een verplichte etikettering. Het pand is namelijk gekocht met het oogmerk van doorverkoop met winst. Er zijn enkel twee redenen die ervoor kunnen zorgen dat het pand verplaatst van box 1 naar box 3. Die twee redenen zijn een staking van de werkzaamheid (door tussentijdse realisatie) of een heretikettering

¹⁹⁶ Te Niet, 2007, p. 51.

¹⁹⁷ Verwezen kan hierbij worden naar het voorbeeld omtrent verzoek tot wijziging van het bestemmingsplan in 3.1.1.

¹⁹⁸ P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, *Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang*, WFR 2010/1363.

¹⁹⁹ J.W. Zwemmer, *Inkomsten uit overige werkzaamheden met betrekking tot vermogen in box 3*, NTFR 2001/1001.

²⁰⁰ Artikel 3.95 juncto 3.61 Wet IB 2001.

²⁰¹ Aankoop van het pand met gebruik van voorkennis tegen een te lage prijs is aangekocht en vervolgens en onder normale condities aan een derde wordt verhuurd, is de werkzaamheid volgens Zwemmer beëindigd (in: NTFR 2001/1393).

²⁰² P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, *Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang*, WFR 2010/1363.

²⁰³ R.M. Freudenthal, *De onbestaanbaarheid van 'inkomsten uit overige werkzaamheden met betrekking tot vermogen in box 3'*, NTFR 2001/1393, met in hetzelfde artikel een reactie van J.W. Zwemmer.

vanwege een bijzonder omstandigheid.²⁰⁴ Heretikettering kan namelijk niet zonder een bijzondere omstandigheid plaatsvinden. Het pand blijft in deze situatie verplicht binnen resultaat uit overige werkzaamheden en verhuist niet naar box 3 vanwege het feit dat de belastingplichtige het pand aanhoudt in afwachting van een geschikt moment om de bij aankoop ontstane meerwaarde te realiseren. Dit is geen bijzondere omstandigheid waardoor een overgang van box 1 naar box 3 in deze situatie niet mogelijk is. Enkel wanneer de werkzaamheid door de belastingplichtige wordt beëindigd (staking), voorkomt de belastingplichtige dat de autonome waardestijging niet in de heffing in box 1 wordt betrokken. Dit is in overeenstemming met een recent arrest van de Hoge Raad.²⁰⁵ In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien de intentie van de belastingplichtige erop gericht blijft het pand met winst te verkopen, het pand tot het moment van vervreemding tot de werkzaamheid blijft behoren. Hier komt enkel verandering in indien de belanghebbende bijvoorbeeld de bestemming van het pand heeft gewijzigd in het duurzaam aanhouden ter belegging en niet meer aanhoudt in afwachting van een geschikt moment om het pand te verkopen.

3. Verkoopfase

Het laatste moment om te kwalificeren of het voordeel is toe te rekenen aan box 1 of box 3 is het moment van de verkoop van het vastgoed. Gelijk aan de situatie bij de aankoop kunnen ook in dit geval zich zogenoemde gunstige omstandigheden voordoen waardoor belastingplichtige een extra voordeel heeft kunnen realiseren. Een informatievoorsprong van de belastingplichtige, in de vorm van ervaring, deskundigheid en relaties, kan een in box 1 belast voordeel in de hand werken. Door middel van het verrichten van activiteiten kan de belastingplichtige een voorsprongsituatie creëren en hierdoor mogelijk extra voordeel te behalen. Het vervreemdingsvoordeel dat door de belastingplichtige wordt behaald, dient vervolgens altijd te kunnen worden verklaard vanuit de verrichte arbeid van de belastingplichtige. Dit causale verband tussen de arbeidscomponent en de opbrengst is van cruciaal belang om te kunnen spreken van een belastbaar voordeel in box 1. Kenmerkend aan deze voordelen bij verkoop is het incidentele karakter.

3.4.2.3 Artikel 3.91, lid 1, sub c Wet IB 2001

Of een activiteit nu wel of niet uitgaat boven hetgeen is aan te merken als meer dan normaal vermogensbeheer kan, ondanks de omvangrijke hoeveelheid jurisprudentie op dit punt, niet eenvoudig worden aangegeven.²⁰⁶ Met de invoering van artikel 3.91, lid 1, sub c, Wet IB 2001 heeft de wetgever deze afbakeningsproblematiek proberen te verduidelijken met behulp van de enkele voorbeelden, waarbij normaal (actief) vermogensbeheer te buiten wordt gegaan. Dit zijn enkel voorbeelden ter verduidelijking en het betreft geen uitputtende opsomming.²⁰⁷ Artikel 3.91, lid 1, sub c, Wet IB 2001 heeft een plek in de Wet IB

²⁰⁴ Freudenthal, 2002, p. 161-162, Een bijzondere omstandigheid kan zich voordoen als gevolg van een ander gebruik van het vermogensbestanddeel.

²⁰⁵ HR 16 maart 2012, nr. 11/01089.

²⁰⁶ J.P.Boer en B. van der Slik, NDFR-commentaar bij artikel 3.90 Wet IB 2001 Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, 3. Afbakeningen ten opzichte van inkomen uit sparen en beleggen (box3), www.ndfr.nl.

²⁰⁷ HR 9 oktober 2009, nr. 43 035, BNB 2010/117 (m. noot Freudenthal). Het gevolg van de uitspraak is dat per geval moet worden bekeken of wordt voldaan aan de bronvereisten: (i) het verrichten van arbeid, (ii) in het economische verkeer, (iii) waarbij voordeel is beoogd, (iv) welk voordeel redelijkerwijs ook kon worden verwacht.

2001 gekregen zonder dat er een zelfstandige betekenis aan kan worden toegekend. Boer en Freudenthal hebben over artikel 3.91, lid 1, sub c, Wet IB 2001 het volgende opgemerkt: “Deze bepaling kan in het kader van de rechtszekerheid (...) het beste uit de Wet IB 2001 worden gehaald.”²⁰⁸ De bepaling heeft niet bereikt wat de wetgever ermee voor ogen had, namelijk een duidelijkere bronafbakening.

3.4.3 Gevolgen van (onduidelijke) bronafbakening

Door het door de wetgever aangebrachte onderscheid in belastingdruk blijft de, soms onduidelijke, bronafbakening niet zonder fiscale gevolgen. Het behaalde voordeel uit vastgoed kan enkel als arbeidsinkomen of kapitaalinkomen in de heffing worden betrokken. In deze scriptie zijn deze twee inkomenstypen beperkt tot resultaat uit overige werkzaamheden of box 3. Het behaalde voordeel uit vastgoed kan als gevolg van de bronafbakening enerzijds in box 3 in de heffing wordt betrokken tegen een proportioneel tarief ad 30% en anderzijds onder het regime resultaat uit overige werkzaamheden tegen een progressief tarief ad maximaal 52%.

Zoals in de voorgaande paragrafen duidelijk is geworden, is de scheidingslijn tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 materieel ingevuld door de wetgever door middel van het minimumvereiste: normaal vermogensbeheer. Indien uiteindelijk blijkt dat er een voordeel uit het vastgoed wordt behaald zonder dat daarbij normaal vermogensbeheer te buiten wordt gegaan, is er geen sprake van resultaat uit overige werkzaamheden. Het desbetreffende vastgoed bevindt zich in box 3. Het arbeidselement dat verscholen zit in de overheersende factor kapitaal wordt in dit geval laag belast. Overschrijdt de arbeid echter het normale vermogensbeheer, dan is vanaf het moment van aanvang van de werkzaamheden, sprake van resultaat uit overige werkzaamheden waardoor het volledige resultaat wordt belast in box 1. Dus ook het gedeelte, dat niet aan de arbeid kan worden toegerekend, wordt in box 1 belast. Als voorbeeld kan men denken aan de autonome waardestijging van het vastgoed. Een dergelijk voordeel staat volledig los van de arbeid en zou eigenlijk moeten worden toegerekend aan box 3. Dit in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever om een onderscheid in belastingdruk aan te brengen. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat een dergelijke splitsing van het voordeel niet mogelijk is.²⁰⁹ Op het moment dat het voordeel onder het regime van resultaat uit overige werkzaamheden valt, is niet meer van belang of de uiteindelijke omvang van het behaalde voordeel is beïnvloed door andere omstandigheden dan arbeid.²¹⁰ Ook het kapitaalselement, dat ondergeschikt is aan de arbeid, wordt dus volledig in de heffing betrokken tegen 52%.

Over het algemeen zal het duidelijk zijn waar het vermogensbestanddeel in de heffing dient te worden betrokken. Bij dergelijke duidelijke gevallen kan de verklaring van het voordeel eenvoudig worden gevonden in de deskundigheid of de voorkennis van de belastingplichtige. Bij sommige situaties blijkt de

²⁰⁸ Boer en Freudenthal, 2006, p. 426.

²⁰⁹ HR 16 juli 1984, nr. 22 585, BNB 1984/247.

²¹⁰ Zie hiervoor HR 11 november 2005, nr. 40 246, BNB 2006/39, r.o. 5.2 en HR 20 juni 2003, nr. 37 974, BNB 2003/306 (noot R.M. Freudenthal), r.o. 3.4.

bronaftakening minder eenvoudig toe te passen, omdat de situatie zich op de grens bevindt tussen box 1 en box 3.²¹¹ Het is voor de belastingplichtige in een dergelijk geval niet duidelijk waar het vastgoed dient te worden ondergebracht, in box 1 of box 3. Indien het vastgoed vervolgens als gevolg van de onduidelijke bronaftakening in box 1 wordt getrokken, wordt de zware belastingdruk op het kapitaalelement, het zogenoemde opslokeffect, door de belastingplichtige als onrechtvaardig ervaren.²¹²

3.5 Conclusie

Uit de in dit hoofdstuk behandelde literatuur, jurisprudentie en de toepassing van de bronaftakening in de praktijk blijkt dat omtrent de bronaftakening de volgende conclusies kunnen worden getrokken:

- a. De factor *arbeid* neemt een cruciale plaats in binnen de bronaftakening, omdat de arbeidsfactor ook het karakter vormt van het voordeel. Het is dan ook die arbeid (in kwalitatieve of kwantitatieve zin), welke de belastingplichtige over de grens tussen box 1 en box 3 trekt en welke in de praktijk moeilijk te bewijzen althans te 'vatten' blijkt, en welke lastig onder woorden te brengen en te traceren valt. Het cruciale element is daarmee meteen ook het moeilijkste element;
- b. Een groot belang komt toe aan de *bewijslast*. Hij die de bewijslast heeft, heeft over het algemeen ook de grootste problemen.²¹³ Soms worden procedures die gewonnen zouden moeten worden, verloren, of men nu inspecteur is of belastingplichtige, omdat men het recht wel aan zijn kant heeft, maar de feiten niet te bewijzen vallen;
- c. Het *opslokeffect* van de vermogenscomponent door de arbeidscomponent is het pijnlijke neveneffect van de overschrijding van de norm van het 'normaal vermogensbeheer'. Het vastgoed bevindt zich daarna immers voor wat betreft alle voordelen in de heffingsgrondslag van box 1, waardoor ook de normale voordelen die een box 3-belegger zou genieten onder de verzwaarde belastingdruk van box 1 vallen. De soms onvoorspelbare kwalificatie van het vastgoed maakt deze pijn voor de belastingplichtige des te groter.

Uit het bovenstaande blijkt dat de sferovergang van box 3 naar box 1 veelal afhangt van min of meer toevallige en soms niet eens echt fiscale gebeurtenissen, namelijk de aard en inhoud van de arbeid en de bewijsbaarheid daarvan. Deze arbeidscomponent vormt de trigger, die in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever de oorzaak dient te zijn, om tot de conclusie te kunnen komen dat een rechtvaardige belastingopbrengst volgt. Als gevolg van de onnauwkeurigheid van de bronaftakening kunnen belastingplichtigen, die in objectief dezelfde situatie verkeren, bij toepassing van de bronaftakening verschillend worden belast.²¹⁴ Het vastgoed balanceert als het ware op de grens tussen de zwaarbelaste

²¹¹ Zie het volgende hoofdstuk, hoofdstuk 4, voor een uitgebreidere behandeling van deze grensgevallen.

²¹² De andere kant op geredeneerd kan de bronaftakening ook een lage belastingdruk op het arbeidselement tot gevolg hebben. Namelijk als het arbeidselement wordt 'opgeslokt' door de factor kapitaal. Echter wordt dit 'opslokken' van het arbeidselement naar mijn mening niet als 'pijn' ervaren door de belastingplichtige.

²¹³ Dit ziet met name op het oogmerk van de belastingplichtige, zoals ook in paragraaf 3.1.1 is behandeld.

²¹⁴ Te Niet, 2007, p. 2.

arbeidsfactor en de matig belaste kapitaalfactor.²¹⁵ Een fenomeen wat ik in het volgende hoofdstuk aan de hand van een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie zal proberen aan te tonen.

²¹⁵ A.C. Rijkers, *'Kwalificatie van vermogenstransacties'*, NTFR 2005/665, p. 1.

Hoofdstuk 4 Het fenomeen grensgevallen

4.1 Inleiding

De bronafbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 vindt plaats door middel van feitelijke toetsing. In sommige situaties bevinden belastingplichtigen zich objectief gezien in vrijwel dezelfde situaties, die echter als gevolg van de in het voorgaande hoofdstuk beschreven omstandigheden verschillend worden belast.²¹⁶ Dergelijke gevallen kunnen worden omschreven als 'grensgevallen'. Bij grensgevallen laten de feiten geen enkele prognose toe over welke kwalificatie de rechter aan het voordeel zal gaan geven. Dit leidt tot een onzekere uitkomst met als gevolg een laag belast voordeel of een zwaar belast voordeel. In bijna hetzelfde geval is de uitkomst totaal anders. Een kleine afwijking kan in een bepaalde feitelijke situatie dus grote fiscale gevolgen hebben.

In de voorgaande hoofdstukken heb ik getracht een toetsingskader en een theoretisch kader te schetsen voor mijn scriptie. In hoofdstuk 2 heb ik de motieven van de wetgever besproken die ten grondslag liggen aan het onderscheid in belastingdruk. Deze motieven dienen de rechtvaardiging te vormen voor het onderscheid in belastingdruk. De motivering van de wetgever geeft echter geen sterke indruk. Het onderscheid in belastingdruk is daarom moeilijk te rechtvaardigen. In hoofdstuk 3 heb ik het theoretische deel besproken van de bronafbakening, de grens tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3. Met behulp van het begrip 'normaal vermogensbeheer' is de afbakening in de loop der tijd vormgegeven. Ondanks het feit dat het begrip al ruim 100 jaar in ontwikkeling is, valt in sommige gevallen niet eenvoudig aan te geven wat de fiscale kwalificatie van het behaalde voordeel is. Deze soms moeilijke toepassing van de bronafbakening zal ik dit hoofdstuk proberen te verduidelijken aan de hand van een aantal voorbeelden.

Uit de volgende voorbeelden zal blijken dat soms in praktisch opzicht ogenschijnlijk onbeduidende handelingen, zoals het openen van een deur of het neerleggen van een handdoekje, al van voldoende gewicht kunnen zijn die de weegschaal laten doorslaan van de kapitaalsfeer naar de resultaatsfeer. Het objectieve toeval vormt dan de aanleiding voor een soms financieel pijnlijke uitkomst voor de belastingplichtige.

In ons belastingstelsel zijn twee beginselen te ontdekken die bij dergelijke grensgevallen aan de orde komen, het *gelijkheidsbeginsel* en het *rechtszekerheidsbeginsel*. Het gelijkheidsbeginsel is te onderscheiden in twee vormen, namelijk de horizontale gelijkheid en de verticale gelijkheid. Horizontale gelijkheid betekent dat twee gevallen die in een economische gelijke situatie verkeren eenzelfde belastingdruk moeten hebben. Verticale gelijkheid betekent daarentegen dat de behandeling van ongelijke gevallen naar evenredigheid (de mate van ongelijkheid) dient plaats te vinden. Bij grensgevallen (gevallen die heel erg op elkaar lijken) is het verschil in belastingdruk als gevolg van de bronafbakening soms groot, wellicht te groot. Levert dat een strijdigheid op met de verticale gelijkheid als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel? Daarnaast eist het

²¹⁶ Te Niet, 2007, p. 2, omschrijft het als een gevolg onnauwkeurigheid in de norm.

rechtszekerheidsbeginsel van de wetgever dat deze zijn wetgeving zo formuleert dat een belastingplichtige weet waar hij of zij aan toe is. Bij grensgevallen is het voor de belastingplichtige als gevolg van de onduidelijke bronafbakening niet duidelijk met welk belastingtarief hij of zij wordt geconfronteerd. Zijn dergelijke grensgevallen daarmee in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel?

4.2 Voorbeelden uit de jurisprudentie

*Hof Den Bosch 18 september 2009 (Caravanstallingsarrest)*²¹⁷

De belanghebbende heeft een voormalige halfopen varkensstal gebruikt als stalling voor ca. 30 caravans van derden. Op het moment dat caravanbezitters hun caravan willen ophalen of terugbrengen moeten zij dit telefonisch kenbaar maken aan de belanghebbende. Is de belanghebbende thuis dan opent hij de poort en begeleidt de caravan naar de standplaats. Is dit niet het geval, dan plaats de caravanbezitter zijn caravan voor de poort. De belanghebbende verplaatst vervolgens de caravan naar de standplaats. Het ophalen of terugbrengen van een caravan neemt gemiddeld ongeveer 5 minuten in beslag voor belanghebbende. Hierbij kan vanuit het feitencomplex nog worden opgemerkt dat de belanghebbende andere werkzaamheden, zoals schoonmaken van een caravan of het verrichten van onderhoud daaraan, niet verricht. Ondanks de geringe omvang van de werkzaamheid luidde het oordeel van het Hof dat het voordeel behoort tot het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden. Volgens het Hof gaan de werkzaamheden die belanghebbende heeft verricht het normale vermogensbeheer te buiten. Om tot deze conclusie te komen overwoog het Hof het volgende:

“omdat hij of zijn echtgenote gedurende langere periode, in het bijzonder de maanden juni tot en met augustus, bereikbaar moet zijn om op afroep werkzaamheden ten behoeve van een bepaalde klantenkring te verrichten. De omstandigheid dat de werkzaamheden eenvoudig en beperkt van omvang zijn, is hierbij niet van belang.”²¹⁸

Deze uitspraak is in de literatuur niet onopgemerkt gebleven.²¹⁹ Het Hof kent in haar uitspraak een zwaarder gewicht toe aan de factor arbeid dan de factor kapitaal. Mijn inziens is dat zeer onbegrijpelijk. Het causale verband ontbreekt in die zin dat de verrichte arbeid van belanghebbende niet heeft bijgedragen aan het behaalde resultaat. Toch kent het Hof daar geen waarde aan toe.²²⁰ Het arbeidsvereiste wordt, doordat hieraan wordt voorbijgegaan, in deze uitspraak naar mijn mening incorrect toegepast. In deze casus is sprake van kwalitatief laagwaardige arbeid met een geringe omvang waardoor de conclusie van het Hof naar mijn mening anders had moeten luiden. Aan kwalitatief laagwaardige arbeid zal een grote hoeveelheid arbeid moeten zijn gekoppeld, wil er sprake kunnen zijn van resultaat uit overige werkzaamheden.²²¹ Het complementaire karakter van het arbeidsvereiste is naar mijn mening onjuist toegepast.

²¹⁷ Hof 's-Hertogenbosch 18 september 2009, nr. 08/00103, NTFR 2009/2716 (m. commentaar J.P. Boer).

²¹⁸ Overweging 4.3 van de uitspraak.

²¹⁹ J.P. Boer, in: NTFR 2009/2716, wijst erop dat het Hof is voorbijgegaan aan de relatie tussen het behaalde voordeel en de verrichte arbeid. Naar zijn mening staat de verrichte arbeid niet in verhouding tot het behaalde resultaat. De verrichte arbeid overschrijdt niet het normale vermogensbeheer waardoor het voordeel in box 3 in de heffing dient te worden betrokken.

²²⁰ Overweging 4.3 van de uitspraak.

²²¹ Freudenthal, 2002, p. 18

Daarnaast is het causale verband tussen de verrichte arbeid en het voordeel niet duidelijk aan bod gekomen. Het openstellen van de varkensstal voor caravans creëert in principe het voordeel. De verrichte arbeid van belanghebbende voegt daar weinig aan toe en geeft naar mijn mening in deze casus een onvoldoende verklaring van het behaalde voordeel. Voordat een voordeel kan gaan behoren tot resultaat uit overige werkzaamheden dient het juist de *extra* arbeid te zijn die een *extra* rendement met zich meebrengt.²²² In principe verricht de belanghebbende twee prestaties, enerzijds een arbeidsprestatie (het openen en sluiten van de poort) en anderzijds een kapitaalsprestatie (het verhuren van zijn vermogensbestanddeel).²²³ Als gevolg van het regime van resultaat uit overige werkzaamheden is splitsing niet mogelijk.²²⁴ Het overheersende kapitaalselement wordt volledig als arbeid belast. De ondergeschikte (kwalitatief laagwaardige) arbeidsprestatie van geringe omvang heeft onterecht geprevaleerd.

Aan de hand van bovenstaande valt op te merken dat sommige arbeidshandelingen worden geacht in de (huur)prijs te zijn verdisconteerd. Zij verhogen daarmee niet het voordeel wat de belastingplichtige behaalt. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het kopen van een paar schoenen in de winkel, waarbij je de verkoper vraagt om een andere maat schoenen te pakken. In casus verandert de prijs van de schoenen niet van € 99 naar € 105, omdat de verkoper 'arbeid' heeft moeten verrichten voor het pakken van de juiste maat schoenen. In dit geval wordt een prijs van € 99 gehanteerd, waarbij het 'meerwerk' wordt geacht geen extra vergoeding met zich mee te brengen. Deze arbeidshandelingen zijn misschien wel arbeid, maar voegen niets toe en zijn ondergeschikt aan het kapitaalselement. Het causale verband tussen de verrichte arbeid van verkoper en het behaalde resultaat met de verkoop van de schoenen ontbreekt in die zin dat deze geen verklaring vormt voor het voordeel. Deze redenering lijkt mij ook van toepassing op de voorgaande uitspraak van het Hof met als gevolg dat de verhuur van de caravanstalling niet meer omvat dan normaal vermogensbeheer. De caravanstalling is onterecht belast als resultaat uit overige werkzaamheden.

In de jurisprudentie is nog een vergelijkbaar geval bekend van het verhuren van een schuur voor de stalling van caravans.²²⁵ De belanghebbende, een leraar, gebruikte zijn schuur, silo en garage voor de stalling van caravans van derden. De werkzaamheden bestonden uit: 1) het onderhouden van contacten met degenen die stallen; 2) het indien nodig openen en sluiten van de deuren; 3) het plaatsen van advertenties; 4) het voeren van de administratie, voornamelijk bestaande uit een aantal kaarten per huurder, waarop de verschuldigde bedragen en de betalingen worden bijgehouden; en 5) het regelen dat de caravans in de schuur achter elkaar staan. In tegenstelling tot de voorgaande uitspraak besliste het Hof echter dat de werkzaamheden niet uitgingen boven hetgeen in het kader van het vermogensbeheer gebruikelijk is en dat deze werkzaamheden niet zo omvangrijk zijn, dat deze worden beschouwd als (het huidige) resultaat uit overige werkzaamheden. Het is volgens het Hof binnen het normaal vermogensbeheer namelijk niet ongebruikelijk om de oorspronkelijke

²²² HR 9 juni 2001, nr. 36 216, BNB 2001/346 (m. noot Van Soest).

²²³ Zonder het openen van de poort (de arbeidsprestatie) is het stallen van de caravans (de kapitaalsprestatie) niet mogelijk. Beide prestaties zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.

²²⁴ HR 11 november 2005, nr. 40 246, NTFR 2005/1509.

²²⁵ Hof Leeuwarden 25 mei 1979, nr. 572/78, BNB 1980/253.

bedrijfsruimten van de boerderij op een zo goed mogelijke wijze rendabel te maken. Naar oordeel van het Hof past het verhuren van leegstaande stallen binnen het normale vermogensbeheer.

Beide uitspraken zijn vergelijkbaar, echter in het laatste geval gingen de werkzaamheden het normale vermogensbeheer niet te boven. Naar de mening van het Hof wordt in het eerste geval de flinterdunne grens tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 toch overschreden door de toevallige omstandigheid van het openen van de deur.²²⁶ Aan deze twee bijna identieke gevallen heeft de rechter toch een andere conclusie verbonden. Naar mijn mening geven deze twee voorbeelden uit de jurisprudentie duidelijk de uitwerking van de onduidelijke bronafbakening weer. De toepassing van de onduidelijke norm heeft in objectief vergelijkbare gevallen een totaal andere uitkomst tot gevolg.

*Hof Arnhem 9 augustus 2006 (Exploitatie van raamprostitutie)*²²⁷

Belanghebbende verricht diverse werkzaamheden in verband met de verhuur van ramen aan prostituees. De inspecteur is van mening dat de belanghebbende meer dan normaal vermogensbeheer verricht. Het Hof deelt de mening van de inspecteur en overweegt hierbij dat de aard en omvang van de door belanghebbende in verband met de verhuur van ramen aan prostituees verrichte werkzaamheden meer omvatten dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.²²⁸ Volgens het Hof behaalt belanghebbende, mede door de arbeid die wordt verricht, een voordeel dat hoger is dan het zou zijn geweest als er slechts sprake zou zijn geweest van normaal vermogensbeheer.

Indien de belanghebbende enkel handelingen had verricht die niet uitgaan boven hetgeen gebruikelijk is in het normaal vermogensbeheer, zoals het innen van de huren, het voeren van de administratie en het verrichten van 'noodzakelijk' onderhoud, dan was de grens niet overschreden en behoorde het vastgoed in de heffingsgrondslag van box 3 te worden betrokken.²²⁹ Echter doordat de belanghebbende ook de verzorging van het beddengoed en handdoeken op zich heeft genomen en moest voldoen aan de door de gemeente gestelde eisen van hygiëne, werd in casus de grens overschreden. Iedere willekeurige belegger kan te kampen krijgen met eisen van de gemeente. Het gevolg dat door deze eisen (verplicht) meer arbeid moet worden verricht, kan naar mijn mening niet leiden tot meer dan normaal vermogensbeheer. Het nettorendement van

²²⁶ Enkel het feit dat de belanghebbende de poort opent en de caravanbezitters begeleidt, dan wel gedurende een paar minuten helpt bij het stallen of ophalen van hun caravan is naar mening van het Hof voldoende om aan te nemen dat er sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden.

²²⁷ Hof Arnhem, MK II, 9 augustus 2006, nr. 04/0249, V-N 2006/58.1.5.

²²⁸ De door belanghebbende gekozen manier van exploiteren - verhuur per dagdeel aan wisselende huursters voor prostitutie, het door haar daarop gehouden toezicht, de verzorging van beddengoed en eventueel handdoeken, het zelf verrichten van klein onderhoud - en het benodigde toezicht op en de eigen inzet ter zake van de daaraan door de gemeente gestelde eisen van hygiëne brengen voor belanghebbende extra werkzaamheden met zich mee waartegenover - naar het Hof mede afleidt uit de hoogte van de genoemde opbrengsten - extra voordelen ontstaan in de vorm van een hoger netto rendement dan bij bijvoorbeeld reguliere kamerverhuur zou zijn behaald (zie grond 4 van de uitspraak).

²²⁹ Deze handelingen vallen m.i. onder de reguliere beleggingshandelingen en hebben niet tot gevolg dat het criterium meer dan normaal vermogensbeheer wordt overschreden.

het voordeel verandert namelijk niet.²³⁰ De extra kosten worden gecompenseerd door een hogere huurprijs die de verhuurder als gevolg van de eisen van de gemeente dient te vragen om haar rendement te behouden.

Ook dit is een voorbeeld van een merkwaardig 'grensgeval'. De toevallige handeling van de belastingplichtige, het neerleggen van een handdoekje, heeft een zware belastingdruk als resultaatgenieter tot gevolg.

*Hof 's-Gravenhage 22 oktober 1982 (Verhuur van recreatiewoningen)*²³¹

Belanghebbende, die in dienstbetrekking werkzaam was en als zodanig een volle dagtaak had, bezat drie recreatiewoningen die hij verhuurde. Het Hof overwoog:

“dat die arbeid immers omvat het leggen van contacten en het maken van afspraken met huurders, het - na vertrek van huurders - (doen) schoonmaken van de bungalow en het - mogelijk - aanwezig zijn van belanghebbende of zijn echtgenote bij aankomst en vertrek van huurders;

dat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat de arbeid in noemenswaardige mate meer omvat dan in de voorgaande overweging is vermeld, en met name niet dat zijn dienstverlening is te vergelijken met die welke in een hotel geboden wordt, waar immers permanent personeel aanwezig is voor het verlenen van service, het dagelijks schoonhouden van kamers en de verzorging van bedden en linnengoed.”

De arbeid, gemoeid met deze verhuur, gaat naar het oordeel van het Hof niet uit boven de werkzaamheden die zijn verbonden aan meer dan normaal vermogensbeheer.

Dit oordeel van het Hof had naar mijn mening net zo goed de andere kant op kunnen vallen. Het Hof heeft de arbeid aan de hand van het brutorendement beoordeeld en is hierbij naar mijn mening voorbij gegaan aan het nettorendement.²³² De arbeid heeft namelijk tot gevolg dat geen kosten worden gemaakt voor de schoonmaak van de woning, zodat het nettorendement verbetert. Weer een voorbeeld uit de jurisprudentie waaruit soms onbeduidende handelingen net wel of net niet tot overschrijding van de grens leiden.

*Hof Den Bosch 17 februari 2003*²³³

In deze procedure kocht belanghebbende een boerderij, waarvan de huur op korte termijn zou eindigen. Voordat de boerderij (vrij van huur) werd verkocht verrichtte belanghebbende enkele noodzakelijke reparaties, knapte de tuin op, haalde de gierkelder en ondergrondse tanks leeg en gaf een makelaar de opdracht de boerderij te verkopen. Volgens het Hof behoorde het behaalde voordeel thuis in de kapitaalsfeer, nu de activiteiten van belanghebbende niet uitgingen boven normaal vermogensbeheer.

Hoeveel handelingen had de belanghebbende nog meer kunnen verrichten voordat de activiteiten van belanghebbende wel uitgingen boven normaal vermogensbeheer? Zoals hierboven al is aangegeven hebben

²³⁰ HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319 (m. noot Van Dijck).

²³¹ Hof 's-Gravenhage 22 oktober 1982, nr. 106/82, V-N 1983, p. 837.

²³² HR 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319 (m. noot Van Dijck).

²³³ Voorbeeld ontleend aan: Hof Den Bosch 17 februari 2003, nr. 00/02735, NTFR 2003/900, in: NDFR-commentaar bij artikel 3.90 Wet IB 2001 Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, 3. Afbakeningen ten opzichte van inkomen uit sparen en beleggen (box3), www.ndfr.nl.

situaties in het grijze gebied door toepassing van de bronafbakening niet altijd de meest wenselijke uitkomst. Dergelijke situaties wringen met het rechtvaardigheidsgevoel vanwege het feit dat de wetgever toch duidelijk een onderscheid heeft aangebracht bij invoering van de Wet inkomstenbelasting 2001.

4.3 Overige voorbeelden

Op deze lijn voortbordurend zijn er uiteraard nog andere situaties te bedenken. In het navolgende worden hiervan nog een aantal voorbeelden gegeven.

Verzoek om splitsing of verzoek om wijziging bestemmingsplan

In de parlementaire behandeling van artikel 3.91, lid 1, sub c, Wet IB 2001 heeft de wetgever een voorbeeld gegeven dat:

“bij (...) het uitponden van onroerende zaken gedacht kan worden aan het kopen van een complex van onroerende zaken of het splitsen van een onroerende zaak in appartementsrechten, teneinde de afzonderlijke delen voor een hogere prijs te verkopen.”²³⁴

Hieruit lijkt men af te kunnen leiden dat de wetgever van mening is dat dergelijke activiteiten altijd tot meer dan normaal vermogensbeheer leiden.²³⁵ Het kopen van een appartementencomplex en vervolgens door splitsing de mogelijkheid creëren om het in aparte delen te kunnen verkopen, *kan* echter meer dan normaal vermogensbeheer opleveren maar dat hoeft niet zo te zijn. Voordat sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer bestaat de eis dat de omvang van de werkzaamheden, die noodzakelijk zijn bij een splitsing, meer arbeid met zich meebrengen dan wat in het normale vermogensbeheergebruikelijk is.²³⁶ Naast het oogmerk van de belastingplichtige op moment van aankoop kunnen deze werkzaamheden uiteraard niet los worden gezien van het voordeel (causale verband). In hoeverre levert de arbeid in de vorm van de splitsing extra (beoogd) voordeel op? Indien de aankoopprijs voor splitsing niet veel lager ligt, dan de verkoopprijs na splitsing (de mogelijkheid tot splitsing is verdisconteerd in de aankoopprijs), is een latere verkoop niet belast als resultaat uit overige werkzaamheden. Het behaalde voordeel kan namelijk niet worden verklaard door de splitsingsactiviteiten.

Het schrijven van een brief met een verzoek tot wijziging van het bestemmingsplan kan ook meer dan normaal vermogensbeheer opleveren. Dat het schrijven van een brief als voldoende arbeid in kwalitatieve zin kan worden aangemerkt, is wel gebleken uit de jurisprudentie.²³⁷ Wanneer de arbeid enkel bij het schrijven van een brief blijft, kan men zich afvragen of dit zonder meer leidt tot meer dan normaal vermogensbeheer. Dit in tegenstelling tot wat de Hoge Raad heeft overwogen, namelijk:

²³⁴ Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 75.

²³⁵ Deze benadering kan ook worden gevonden in: Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 202a, p. 34-35. De wetgever merkt over het voorbeeld met betrekking tot uitponden van onroerende zaken op dat gelet op de jurisprudentie onder de Wet IB 1964 zouden kwalificeren als inkomsten uit arbeid buiten dienstbetrekking (resultaat uit overige werkzaamheden).

²³⁶ HR 15 juli 1987, nr. 24 706, BNB 1987/276, r.o. 5.1: “Het antwoord op de vraag of de splitsing van het recht op een gebouw in appartementsrechten werkzaamheden met zich brengt welke normaal vermogensbeheer te boven gaan, hangt af van de omvang van die werkzaamheden.”

²³⁷ RvB Zwolle 30 januari 1953, BNB 1953/116.

“Het indienen van verzoeken tot wijziging van de op een perceel grond rustende bestemming, gaan naar hun strekking en in omvang het normale kader van werkzaamheden verbonden aan particulier vermogensbeheer te buiten.”²³⁸

Door deze overweging suggereert de Hoge Raad dat het schrijven van een brief met een verzoek tot wijziging van het bestemmingsplan niet past binnen het in het normale vermogensbeheer. Naar mijn mening tracht iedere belastingplichtige namelijk een zo groot mogelijk voordeel te behalen, waarbij enkel het schrijven van een briefje naar de gemeente met het verzoek tot wijziging van het bestemmingsplan niet zal worden nagelaten. Enkel het schrijven van een briefje naar de gemeente kan een gemiddelde belegger toch niet worden aangerekend.²³⁹ De uitkomst is voor de belegger iedere keer onzeker (speculatief) waarbij de kans dat het verzoek wordt toegekend zal zijn verdisconteerd in de aankoopprijs.²⁴⁰ Indien het verzoek van de belastingplichtige direct wordt goedgekeurd door gemeente, kan namelijk worden betoogd dat het voordeel al aanwezig was voorafgaand aan het schrijven van de brief.²⁴¹ Wanneer het verzoek wordt geweigerd en de belastingplichtige na lang aandringen alsnog zijn gelijk krijgt, kan de situatie wijzigen en kunnen de activiteiten kwalificeren als meer dan normaal vermogensbeheer. In het ene geval komt de ambtenaar direct toe aan het verzoek en in het andere geval gaat er een langdurige juridische procedure aan vooraf voordat uiteindelijk toch een goedkeuring volgt. In dit laatste geval bestaat een kans dat de arbeid het in het normaal vermogensbeheer gebruikelijke overtreft.

Het aantal onroerende zaken

Een klassieker is de situatie waarin een belastingplichtige één of een paar onroerende zaken verhuurt, maar na verloop van tijd over meerdere onroerende zaken in zijn vastgoedportefeuille beschikt. In beginsel bevindt het vastgoed zich waarschijnlijk in box 3, echter na hoeveel onroerende zaken wordt de grens van het normale vermogensbeheer overschreden? Na 10, 25, 50, 100, 200 of 10.000 panden? Na verloop van tijd zal geen sprake meer zijn van een normale belegging, omdat het voordeel in meer of minder mate wordt verklaard door de arbeidsinzet van de belastingplichtige.²⁴² Naar mijn mening is dit te verklaren, omdat de inkomstenbelasting een subject gebonden belasting is. Er wordt gekeken vanuit de belastingplichtige die op een zeker moment een dagtaak heeft aan het beheer van het vastgoed. Wanneer de grens van een reguliere belegging naar resultaatsgenieter wordt overschreden, dient te worden bepaald aan de hand van alle feiten en omstandigheden in een bepaald geval. Grotere vastgoedportefeuilles vragen meer beheersactiviteiten dan kleinere vastgoedportefeuilles, maar als het aan- en verkopen extreme vormen aanneemt, kan men op den duur niet zeggen dat alleen speculatie een rol speelt. Ergens wordt een grens overschreden.²⁴³

²³⁸ HR 3 mei 2002, nr. 36 894, BNB 2002/219, r.o. 3.3.

²³⁹ Freudenthal, 2002, p. 96.

²⁴⁰ Freudenthal stelt dat het niet in de macht van de belastingplichtige ligt om hier invloed op uit te oefenen en het voordeel daardoor dus ook niet kan beïnvloeden (zie hiervoor: W.A.C. Karreman en W.A.C. Mulder, *Verlag van de 21e Fiscale Conferentie 'Bouwen van en beleggen in vastgoed'*, WFR 2006/379, zoals reeds besproken in 3.1.1).

²⁴¹ Freudenthal, 2002, p. 95-96, schrijft dat in dit geval het voordeel niet haar verklaring vindt in de werkzaamheden, maar al aanwezig was bij de aankoop.

²⁴² Te Niet, 2007, p. 272-273.

²⁴³ Freudenthal, 2002, p. 18, geeft aan dat op een zeker moment vrijwel automatisch bijzondere omstandigheden invloed gaan hebben op het behalen van het voordeel, zoals de zich ontwikkelde ervaring en deskundigheid.

Een vraag die hierbij kan worden gesteld is of de volledige vastgoedportefeuille over gaat naar box 1 zodra de grens van het normale vermogensbeheer wordt overschreden. In het kader van een dergelijke splitsing van de vastgoedactiviteiten kan naar aanleiding van een voorbeeld van Zwemmer een kanttekening worden geplaatst.²⁴⁴ In dit verband ging het om een door de belastingplichtige aangekocht appartementencomplex waarin 5 van de 50 appartementen in 2001 vrij van huur zijn gekomen en vervolgens zijn verkocht. De belastingplichtige had het appartementencomplex gekocht met het oogmerk tot uitponden. De vraag is nu of het gehele appartementencomplex of dat enkel het verkochte deel tot de grondslag behoort van resultaat uit overige werkzaamheden. Zwemmer betoogt dat het mogelijk is dat de overgebleven 45 appartementen niet verplicht tot het resultaatvermogen dienen te worden gerekend. Freudenthal deelt deze mening niet.²⁴⁵ Als het gehele appartementencomplex is gekocht met het oogmerk van uitpounding dan dienen alle appartementen tot het resultaatvermogen te worden gerekend. Een keuzevrijheid voor de belastingplichtige om het appartementencomplex te etiketteren bestaat er naar zijn mening niet. Alle voordelen vallen in box 1 of in box 3. Het is dus niet en-en, maar of-of. Het winstregime is ingevoerd om een mogelijk heffingslek bij sfeerovergang te voorkomen.²⁴⁶ Mij lijkt het daarom niet logisch als de belastingplichtige een keuzevrijheid heeft om gesplitst te etiketteren.

Piramidespelen

Weliswaar heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het deelnemen aan een piramidespel geen bron van inkomen vormt, omdat de aard van het piramidespel met zich meebrengt dat redelijkerwijs geen voordeel kan worden verwacht van de door een deelnemer te verrichten werkzaamheden en het resultaat speculatief is.²⁴⁷ Vanuit de systematiek van de piramidespelen kan worden betoogd dat sommige deelnemers zo dicht bij de punt van de piramide zitten dat in dergelijke situaties wel sprake is van een bron van inkomen, aangezien deze deelnemers wel degelijk de omvang van het voordeel kunnen beïnvloeden. In iedere situatie zal aan de hand van feiten en omstandigheden getoetst moeten worden of er sprake is van winst uit onderneming (de bedenker), resultaat uit overige werkzaamheden (de deelnemers die het voordeel hebben kunnen beïnvloeden) of box 3 (de onbenullige deelnemer die zijn verlies niet in aftrek kan brengen). Feitelijk ontstaat er een soort glijdende schaal tussen de fiscale behandeling van de onbenullige deelnemer die wel inlegt, maar zijn geld kwijt is, en de slimme bedenker die helemaal aan de top staat van de organisatie. In beide uitersten zal het duidelijk zijn in welke bron het voordeel dient te worden belast, maar waar op de grens van die glijdende schaal wordt een fiscale brongrens overschreden?²⁴⁸

²⁴⁴ J.W. Zwemmer, *'Inkomsten uit overige werkzaamheden met betrekking tot vermogen in box 3'*, NTFR 2001/1001.

²⁴⁵ R.M. Freudenthal, *'De onbestaanbaarheid van 'inkomsten uit overige werkzaamheden met betrekking tot vermogen in box 3'*, NTFR 2001/1393.

²⁴⁶ Onder het kasstelsel 1964 bestond namelijk een heffingslek bij sfeerovergang (zie voor verdere uitleg omtrent de invoering van het winstregime Freudenthal, 2002, p. 163-165).

²⁴⁷ HR 1 februari 2002, nrs. 35 848, 36 238 en 36 668, BNB 2002/127-129, r.o. 3.5.3: "Weliswaar wordt het resultaat dat een deelnemer aan het piramidespel behaalt, mede bepaald door zijn activiteiten gericht op het werven van nieuwe deelnemers, maar óf een deelnemer anderen voor deelname aan het spel zal weten te interesseren alsmede óf een door hem geïntroduceerde potentiële deelnemer zich bereid zal verklaren om daadwerkelijk aan het spel deel te nemen en zijn inleg voldoet, hangt in zodanige mate af van onvoorspelbare factoren die zich bovendien aan beïnvloeding door de deelnemer onttrekken, dat een eventueel gunstig resultaat speculatief is."

²⁴⁸ T.A. Gladpootjes, *'Het geheim van de piramide'*, WFR 2002/679 en Freudenthal, 2002, p. 101-102, merkt op: "Die personen realiseren een voordeel dat belast is indien het voorzienbaar is, en derhalve niet onder de speculatieve transacties valt."

Uitbesteding van werk

In het besluit van 29 april 2004²⁴⁹ heeft de staatssecretaris antwoord gegeven op vragen over de afbakening resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 bij het zelf verrichten van arbeid.²⁵⁰

De situatie is als volgt omschreven.

X verhuurt al geruime tijd land dat zaaiklaar wordt verhuurd aan willekeurige derden middels kortlopende contracten.²⁵¹ Het land wordt zaaiklaar verhuurd. X verricht al de handelingen met betrekking tot het zaaiklaar maken zelf. De huurprijs van zaaiklaar verhuurde grond ligt hoger dan die van 'kale' grond.

1. *Behoren de huurbaten tot het resultaat uit overige werkzaamheden?*

Ja, de huurbaten behoren tot het resultaat uit overige werkzaamheden. De activiteiten van de belastingplichtige gaan verder, dan enkel het verhuren van de grond en brengen *extra* voordeel met zich mee.

2. *Wijzigt het antwoord als X de werkzaamheden uitbesteedt aan een loonwerker?*

Ja, want X verricht enkel arbeid die gebruikelijk is bij het beheren van een onroerende zaak. Er is dan geen arbeid verricht waarmee voordeel wordt behaald. De grond behoort tot rendementsgrondslag van box 3.

Doordat de belastingplichtige het voorbereidend werk laat lopen via een loonwerker is geen sprake van resultaat uit overige werkzaamheden. Dit lijkt naar mijn mening op een onrechtvaardigheid in het systeem. In feite verricht de loonwerker voor rekening en risico van de belastingplichtige arbeid. De arbeid die de loonwerker verricht zou daarom moeten toegerekend aan de belastingplichtige alsof deze de arbeid zelf heeft verricht.²⁵² Door inschakeling van een derde lijkt het oogmerk van de belastingplichtige te zijn gericht op het behalen van extra voordeel. Indien door middel van de inzet extra arbeid van een loonwerker een extra voordeel wordt behaald, dan dient het voordeel te worden belast als resultaat uit overige werkzaamheden. De beide situaties verschillen enkel doordat de arbeid wordt verricht middels een derde. Beide gevallen zijn vergelijkbaar, echter door een andere kwalificatie van het voordeel hebben zij een andere fiscale behandeling tot gevolg.

4.4 Conclusie

Uit de bovenstaande voorbeelden is gebleken dat in sommige gevallen het geheel van feiten geen duidelijkheid geeft over welke inkomens kwalificatie, resultaat uit overige werkzaamheden of box 3, rechters er aan zullen toekennen. Het systeem wringt in dergelijke (grens)gevallen met het rechtvaardigheidsgevoel doordat de wetgever een onderscheid in belastingdruk heeft aangebracht dat zwak is gemotiveerd en waarbij

²⁴⁹ Besluit van 29 april 2004, nr. CPP2003/2360M, BNB 2004/242 - vraag 2 Afbakening resultaat en box 3 bij zelf verrichten arbeid.

²⁵⁰ Zie ook het antwoord op vraag B.3.4.f. in: Besluit van 30 november 2001, nr. CPP2001/3035M, BNB 2002/50.

²⁵¹ De grond behoort niet tot enig ondernemingsvermogen.

²⁵² Zie punt 2 in de noot van Hoogendoorn bij HR 25 november 1987, nr. 24 760, BNB 1988/101, dat er sprake moet zijn van toerekenbaar verband tussen de arbeid en het voordeel.

het kapitaal-element als gevolg van een onvoorspelbare kwalificatie binnen het zwaarder belaste resultaat uit overige werkzaamheden in de heffing wordt betrokken. De wetgever heeft uiteraard ergens een grens moeten trekken om de bronnen van elkaar te scheiden, maar als gevolg van de onvoorspelbare kwalificatie ontstaat er een onrechtvaardig groot verschil in effectieve belastingdruk tussen belastingplichtige a, die de poort opende, en belastingplichtige b, die de poort heeft laten openen. Dit onrechtvaardig grote verschil is naar mijn mening in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Op grond van de verticale gelijkheid als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel dienen namelijk ongelijke gevallen naar mate van hun ongelijkheid anders te worden behandeld.

Op het moment dat de belastingplichtige net die ene handeling, zoals het neerleggen van een handdoekje of het openen van de poort, niet had verricht, was er geen sprake geweest van resultaat uit overige werkzaamheden en was het voordeel in box 3 belast. De glijdende schaal tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 zal in de uitersten duidelijk zijn toe te passen, echter naar mate de grens in zicht komt valt het niet mee eenvoudig vast te stellen aan welke bron het voordeel dient te worden toegerekend. Een onbenullige handeling blijkt in sommige gevallen voldoende voor de rechter om te concluderen dat sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden. Als gevolg van de onvoorspelbare uitkomst heerst er bij een belastingplichtige in sommige gevallen onzekerheid over uitkomst. Het dient voor een belastingplichtige duidelijk te zijn wat de fiscale gevolgen zijn in een bepaalde situatie. De wetgever legt namelijk middels een belastingwet verplichtingen op aan burgers jegens de overheid. Van die overheid mag juist worden verwacht dat zij deze verplichtingen duidelijk omschrijven, zodat de belastingplichtige niet te maken krijgt met onverwachte uitkomsten. Indien een belastingplichtige als gevolg van de onduidelijke bronafbakening wordt geconfronteerd met een nadelige uitwerking van de wetgeving, dan is het risico van de wet voor rekening gekomen van de belastingplichtige. Naar mijn mening dient dit risico van de wet voor rekening te komen van de wetgever en niet van de belastingplichtige.²⁵³

De wetgever heeft bij de invoering van de Wet IB 2001 een onderscheid in belastingdruk willen aanbrengen tussen arbeidsinkomen en kapitaalinkomen, echter bij grensgevallen wordt de rechtvaardiging van de ongelijke behandeling zwakker.²⁵⁴ Zoals uit dit hoofdstuk is gebleken kan een kleine afwijking in de feitelijke situatie bij grensgevallen grote fiscale gevolgen hebben voor de belastingplichtige. Het toeval speelt bij de grensgevallen een te grote rol om nog van een rechtvaardige belastingheffing te kunnen spreken. Wat in beginsel niet erg is, kan in dergelijke situaties wel heel erg zijn.²⁵⁵ Een sterk vergroot verschil in fiscaal gevolg tussen belastingheffing in één van beide inkomenscategorieën dat door de wetgever op grond van een

²⁵³ J.E.A.M. van Dijk, *'Onduidelijke wettelijke begrippen'*, WFR 2006/1129, zegt hierover: "Het risico van vage termen behoort niet ten laste van de burgers te komen maar van de overheid die deze begrippen zelf maakt."

²⁵⁴ Als de belastingplichtige zich steeds meer verenigt met het gedrag van een belegger en handelingen verricht als een belegger, dan kan worden opgemerkt dat de rechtvaardigheidsgrond van de ongelijke behandeling zwakker wordt naarmate deze sterke overeenkomsten vertoond met het normale vermogensbeheer.

²⁵⁵ Op zichzelf bezien is het feit dat er een verschil in fiscale behandeling bestaat tussen de belastingplichtige die net wel en net niet aan de bronvoorwaarden voldoet is niet zo heel erg. Ook het feit dat de wetgever niet overal over nadenkt, is ook nog wel te rechtvaardigen. Echter de combinatie van deze factoren maakt het moeilijk te rechtvaardigen.

pragmatische motivering is ingevoerd zonder vooraf duidelijk na te denken over de gevolgen daarvan voor de praktijk.²⁵⁶

Onduidelijke jurisprudentie en verschillende opvattingen van belastinginspecteurs waardoor het heel moeilijk is om rechters te overtuigen in combinatie met hele grote tariefsverschillen, die de wetgever heeft ingevoerd op grond van een moeilijk te rechtvaardigen motivering, maakt het systeem onbevredigend bij grenssituaties. Kortom een constatering die vraagt om een heroverweging van de wetgever. Zoals Rijkers ook schrijft dient de wetgever een oplossing te bedenken voor de bij vermogenstransacties soms flinterdunne grens tussen box 1 en box 3.²⁵⁷ Het is namelijk voor de maatschappelijke aanvaardbaarheid van het systeem een 'must' dat terecht een *juist tarief wordt toegepast bij een juist inkomen*.

In het volgende hoofdstuk zal ik een oplossing zoeken voor een rechtvaardiger systeem wat aansluit bij het doel van de wetgever, namelijk een onderscheid in belastingdruk tussen arbeid in kapitaal. Deze oplossing zal zowel worden gezocht binnen het bestaande systeem als met aanpassing van het huidige systeem.

²⁵⁶ Boer en Freudenthal, 2006, p. 422.

²⁵⁷ A.C. Rijkers, in: noot bij HR 8 oktober 2004, nr. 39 563, BNB 2005/182.

Hoofdstuk 5 Alternatieven voor de afbakeningsproblematiek

In het navolgende zal ik een aantal alternatieven aandragen die er op zijn gericht de afbakeningsproblematiek rondom grensgevallen te beperken, zodat de uitwerking van de bronafbakening in de praktijk beter aansluit bij het doel van de wetgever om een onderscheid in belastingdruk aan te brengen tussen arbeid en kapitaal.²⁵⁸ Hiervoor heb ik gezocht naar zowel alternatieven binnen het bestaande systeem, als alternatieven welke een aanpassing vragen van het bestaande systeem.

5.1 Alternatieven binnen het bestaande systeem

5.1.1 Het dominantie criterium

Allereerst bestaat de mogelijkheid om naast de vier bronvereisten een extra wettelijk criterium in te voegen, namelijk een dominantie criterium. Zoals reeds besproken kunnen voordelen voor belastingplichtigen enkel voortvloeien uit de productiefactoren arbeid en kapitaal. Doordat geen splitsing van het voordeel mogelijk is, kan het voordeel enkel worden toegerekend aan één van deze productiefactoren. In sommige situaties blijkt echter dat als gevolg van een *toevallige* omstandigheid het voordeel verkregen uit vastgoed niet altijd in de juiste sfeer in de heffing wordt betrokken. In deze grensgevallen waarin de uitkomst onbevredigend is, kan een dominantie criterium als aanvulling op de bestaande bronafbakening worden toegepast. Net als bij de omzetbelasting het hoofdelement van de vergoeding soms bepalend wordt geacht voor de belastbaarheid van de totale vergoeding, dient het behaalde voordeel te worden belast in de sfeer van de dominerende factor.²⁵⁹ Het dominantie criterium kan als extra criterium worden ingezet om te bepalen in welke inkomenscategorie het behaalde voordeel dient te worden belast. Hoe is het voordeel tot stand gekomen en welke productiefactor heeft daaraan het meest bijgedragen? Welke factor creëerde de meeste meerwaarde, de factor arbeid of de factor kapitaal?²⁶⁰ In welke gevallen is het beleggingselement ondergeschikt aan het arbeidselement? En waar ligt hier het onderscheidend karakter, zodat er duidelijker een onderscheid kan worden gemaakt bij dergelijke grensgevallen?

Het invoeren van een dominantie criterium stelt de praktijk in staat om van geval tot geval een rechtvaardiger oordeel te kunnen vellen. Indien een productiefactor in een bepaalde situatie voor meer dan 50% heeft bijgedragen aan het voordeel, dient ook het behaalde voordeel als deze dominerende productiefactor te worden belast.

Bij voordelen verkregen uit vastgoed is het mogelijk om vast te stellen hoeveel de extra arbeid heeft opgeleverd. Dit als gevolg van aanwezigheid van vergelijkingsobjecten waarmee kan worden vastgesteld hoeveel de normaal te achten beleggingswinst bedraagt. Hierdoor kan worden bepaald wat het 'surplus' is dat is ontstaan als gevolg van de extra arbeid.

²⁵⁸ Dit ondanks het feit dat het onderscheid in tarief tussen kapitaalinkomsten en arbeidsinkomsten weinig steun vindt in de maatschappelijke draagkrachtopvattingen, zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen.

²⁵⁹ W.A. Schot, *'Is de gulden altijd wel een gulden'*, WFR 1985/468.

²⁶⁰ J. E. A. M. van Dijck, *'Vermogensbeheer'*, WFR 1976/141, schrijft: "Een belegger stelt uitsluitend zijn vermogensbestanddelen ter beschikking van derden (aandelen, obligaties, onroerend goed) en ontvangt daarvoor een vergoeding. Hij creëert zelf geen meerwaarde; hij ontvangt alleen een vergoeding, omdat het vermogensbestanddeel zelf een vruchtdrager is."

Hieronder volgt een voorbeeld ter verduidelijking van het dominantiecriterium.

Stel een belastingplichtige verhuurt een pand met de zakelijke verhuuropbrengst van € 6.000 per jaar.²⁶¹ Echter door extra werkzaamheden, zoals het verrichten van kleinschalig onderhoud, is er dat jaar € 1.000 meer huur geïncasseerd. In deze casus heeft de factor kapitaal voor meer dan 50% bijgedragen. De kapitaalfactor is dominant en het behaalde voordeel dient in de kapitaalsfeer in de heffing te worden betrokken.²⁶²

De ondergeschiktheid van de arbeidsfactor zorgt dat het voordeel in wordt belast in de kapitaalsfeer. In sommige gevallen wordt de verrichte arbeid geacht te zijn verdisconteerd in de (huur)prijs. Net als het voorbeeld in het voorgaande hoofdstuk over de verkoop van schoenen waarin het pakken van de andere maat schoenen de prijs van de schoenen niet verhoogt.

Het opslokeffect wordt door het dominantiecriterium niet opgelost en blijft voortbestaan waardoor in sommige gevallen de autonome waardeinstijging in de heffing van box 1 wordt betrokken. Wel wordt er door gebruik te maken van het dominantiecriterium naar mijn mening voor gezorgd dat een rechtvaardigere uitkomst volgt. Door invoering van dit extra criterium kan het enkel openen van de deur mijn inziens niet meer leiden tot plaatsing van het vastgoed binnen resultaat uit overige werkzaamheden, omdat het voordeel in een dergelijke situatie voor het merendeel is toe te rekenen aan de factor kapitaal of de verrichte arbeid wordt geacht te zijn verdisconteerd in de (huur)prijs.

5.1.2 Aansluiting zoeken bij de bezitsperiode (wetsfictie)

Op de tweede plaats is een mogelijk alternatief om een *wetsfictie* in de wet op te nemen die inhoudt dat indien een vermogensbestanddeel binnen een bepaalde bezitsperiode (stel drie of vier jaar) wordt vervreemd dit altijd tot resultaat uit overige werkzaamheden leidt. Vervreemdt de belastingplichtige het vermogensbestanddeel echter buiten de termijn, dan leidt dit in beginsel niet tot resultaat uit overige werkzaamheden, tenzij de inspecteur het tegendeel aannemelijk weet te maken. Hierdoor wordt de bewijsproblematiek opgelost en heeft de belastingplichtige zekerheid over het te belaste voordeel. Uiteraard is het hanteren van dergelijke ficties bijzonder arbitrair en hebben deze een calculerende burger tot gevolg.²⁶³ Hierbij kan worden opgemerkt dat de snelheid van het verkopen van het vastgoed slechts een aanwijzing kan vormen voor de intentie van de belastingplichtige.²⁶⁴ Het aansluiten bij de bezitsperiode van een onroerende zaak is daardoor naar mijn mening fiscaal theoretisch niet correct. Vastgoed kan namelijk niet enkel op basis van de intentie van de belastingplichtige in de categorie resultaat uit overige werkzaamheden belanden.²⁶⁵

²⁶¹ Dit beleggingsvoordeel kan dus worden vastgesteld aan de hand van vergelijkingsobjecten.

²⁶² Het kapitaalelement creëert in het voorbeeld het merendeel van het voordeel en vormt daarmee het hoofdelement.

²⁶³ Freudenthal, 2002, p. 220-221.

²⁶⁴ Freudenthal, 2002, p. 57.

²⁶⁵ HR 16 juni 1982, nr. 21 053, BNB 1983/29.

Als de intentie niet wordt omgezet in activiteiten, dan blijft het bij een intentie en blijft het vastgoed dus in box 3.²⁶⁶

5.1.3 De omstandighedencatalogus

In de jurisprudentie zijn veel verschillende feiten en omstandigheden de revue gepasseerd op grond waarvan de rechter het voordeel belast als arbeidsinkomen of juist als kapitaalinkomen. Iedere situatie is anders, waarbij steeds andere feiten en omstandigheden de doorslag geven. Deze feitelijke benadering komt de rechtszekerheid voor de belastingplichtige en de voorspelbaarheid van de uitkomst niet altijd ten goede.

Te Niet stelt als hulpmiddel van deze soms onduidelijke bronafbakening een omstandighedencatalogus voor.²⁶⁷ In een dergelijke catalogus kunnen omstandigheden worden opgenomen waar de rechter in de jurisprudentie belang aan hecht. Uiteraard bevat een dergelijke omstandighedencatalogus geen uitputtende opsomming van de omstandigheden en daarnaast worden vage normen er niet minder vaag door.²⁶⁸ Ondanks dat feit draagt een dergelijke omstandighedencatalogus naar mijn mening bij aan een verbetering van de huidige onduidelijkheid van de bronafbakening. Het doel van de omstandighedencatalogus is om de invulling van het normale vermogensbeheer te gaan systematiseren. Door het gebruik van een omstandighedencatalogus wordt de rechter namelijk gedwongen om in een bepaalde situatie alle relevante omstandigheden te benoemen en te beoordelen. Hierdoor kan de kenbaarheid en de voorspelbaarheid van de uitkomst van de bronafbakening verbeteren. Daarentegen staat het de rechter steeds vrij om een bepaald gewicht toe te kennen aan de omstandigheid waardoor de case-by-case benadering van de bronafbakening niet verloren gaat. De belastingplichtige en de inspecteur verkrijgen meer duidelijkheid over de omstandigheden waar de rechter waarde aan hecht. De omstandighedencatalogus draagt hierdoor bij aan een kenbaardere en voorspelbare uitkomst van de bronafbakening.

De opsomming van deze omstandighedencatalogus kan als volgt worden weergegeven:

- Handelingen die niet alleen zijn gericht op het aanhouden van de vermogensbestanddelen en op het behalen van periodieke opbrengsten. Is er *extra* arbeid verricht waarmee beoogd is *extra* voordeel te behalen?;
- De aard van de werkzaamheden.²⁶⁹ Heeft de verrichte arbeid een passief, enkel aanhouden van het vastgoed, of een actief karakter, het voeren van een actief huurbeëindigingsbeleid?;
- De inzet van marktkennis en relaties (kwaliteit van de arbeid). Heeft de verrichte arbeid, door middel van de inzet van marktkennis en relaties, *extra* voordeel opgeleverd?;

²⁶⁶ P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, 'Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang', WFR 2010/1363, onderdeel 5.

²⁶⁷ Te Niet, p. 71 e.v., heeft deze omstandighedencatalogus ontleend aan de jurisprudentie.

²⁶⁸ Barendrecht, 1992, p. 53.

²⁶⁹ HR 9 november 2009, nr. 43 035, BNB 2010/117 (m. noot Freudenthal), r.o. 3.4: "werkzaamheden die naar hun aard en omvang onmiskenbaar zijn gericht op het behalen van - redelijkerwijs te verwachten - voordelen die het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan."

- Het aantal bestede uren (kwantiteit van de arbeid). Bedraagt de verrichte arbeid, qua omvang, meer dan normaal en kan deze arbeid worden toegerekend aan het voordeel (causaal verband)?;
- De werkzaamheden van ingehuurd personeel. Zijn de verrichte werkzaamheden van het ingehuurd personeel normaal, zoals het verrichten van klein onderhoud, of niet en zijn deze werkzaamheden toe te rekenen aan de belastingplichtige?

Bij vermogenstransacties kan de rechter ook kijken naar de volgende omstandigheden:

- Omloopsnelheid van het vermogen;
- Samenstelling van het vermogen;
- Omvang van het vermogen; en
- De wijze van financieren.

De omstandighedencatalogus kan naar mijn mening als aanvullend hulpmiddel, als gevolg van de systematische weergave van rechterlijke beslissingen, een verhelderende werking hebben waardoor in de grensgevallen sneller duidelijk is binnen welke inkomenscategorie het voordeel verkregen uit vastgoed dient te worden belast. Een voorbeeld van een wettelijke opsomming kan worden gevonden in het derde lid van artikel 5b Algemene wet inzake rijksbelastingen. Dit artikel bevat een limitatieve opsomming van doelen die voor de instellingen en de activiteiten van de instellingen als algemeen nuttig worden aangemerkt. Deze opsomming is een aanvulling op de bestaande regeling waardoor eenvoudiger kan worden beslist wat als algemeen nut wordt beschouwd. Indien de invoering van een dergelijke opsomming met zich meebrengt dat het aantal procedures afneemt, betekent dit dat de voorgestelde opsommingcatalogus eenzelfde effect kan hebben.

5.1.4 Uitzondering van niet-arbeid gerelateerde voordelen

Binnen het huidige systeem bestaat er geen mogelijkheid tot splitsing van het behaalde voordeel in een deel wat toerekenbaar is aan de factor kapitaal en een deel wat toerekenbaar is aan de factor arbeid. Als gevolg van het opslokeffect, zoals in paragraaf 3.4.3 is beschreven, wordt het kapitaalelement belast als zijnde een arbeidselement. Om dit mogelijke opslokeffect te voorkomen is een alternatief om in de wet vast te leggen dat *niet-arbeid gerelateerde voordelen* binnen de inkomenscategorie resultaat uit overige werkzaamheden uitgezonderd zijn van heffing. Daardoor wordt enkel het arbeidselement getroffen door het progressieve tarief en dat is ook precies de bedoeling van de wetgever geweest.²⁷⁰ Door het voordeel te splitsen in een deel dat is toe te rekenen aan de inzet van arbeid (resultaat uit overige werkzaamheden), betreffende de bovenmatige voordelen, en een deel dat is toe te rekenen aan de inzet van kapitaal (box 3), betreffende de reguliere voordelen, kunnen beide inkomenscomponenten op de juiste plek in de heffing worden

²⁷⁰ Aangezien de wetgever bij de invoering van de Wet IB 2001 een duidelijk onderscheid in belastingdruk heeft willen aanbrengen, zou mogen worden verwacht dat het inkomen dat ontstaat uit het vastgoed – de autonome en niet aan arbeid toe te rekenen waardeontwikkeling – wordt gesplitst bij de berekening van het voordeel uit een werkzaamheid en wordt toegerekend aan de grondslag van box 3 (Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 6, p. 113 (Verslag)).

betrokken.²⁷¹ Dit vereist uiteraard wel een zorgvuldige wettelijke compartimentering.

Het kapitaalselement van het voordeel kan bij vastgoed worden vastgesteld door gebruik te maken van vergelijkingsobjecten. Het arbeidselement kan vervolgens worden berekend door het behaalde voordeel te verminderen met het kapitaalselement. Het kapitaalselement wordt door het vermogensbestanddeel in box 3 in de heffing te betrekken naar mijn mening juist belast. Box 3 beoogt namelijk enkel het risicovrije rendement in de heffing te betrekken.²⁷²

Als gevolg van het winstregime is het niet mogelijk om het vermogensbestanddeel zowel in box 3 als in box 1 (op de werkzaamhedenbalans) in de heffing te betrekken. Het kasstelsel dient daarom te worden gehanteerd om het extra rendement, als gevolg van de extra arbeid, in de heffing te betrekken. Ook wel het risicorendement genoemd.²⁷³

Uiteraard dienen kosten aftrekbaar te zijn. Dit kan door middel van verhoudingsgewijs de kosten toe te rekenen aan de inkomenscategorie resultaat uit overige werkzaamheden.²⁷⁴

Hierbij dient te worden opgemerkt dat het objectief vaststellen van beide inkomenscomponenten niet eenvoudig zal zijn. De belastingplichtige ziet bij winstgevende situaties het liefst een groter kapitaalscomponent en een inspecteur daarentegen een groter arbeidscomponent. In de praktijk zal de rechter er waarschijnlijk aan te pas moeten komen om de discussie tussen belastingplichtige en inspecteur op te lossen. Het elimineren van dergelijke kapitaalsvoordelen uit resultaat uit overige werkzaamheden is naar mijn mening moeilijk uit te voeren als gevolg van de zorgvuldige wettelijke compartimentering. Daarnaast dient de werking van de rangorderegeling, zoals opgenomen in artikel 2.14 Wet IB 2001, te worden voorkomen. Het gevolg van de rangorderegeling is namelijk dat:

“het voordeel uitsluitend op grond van het als eerste opgenomen hoofdstuk of de als eerste opgenomen afdeling of paragraaf aangemerkt als bestanddeel van het desbetreffende belastbare inkomen.”

Hierdoor kan het voordeel (vermogensbestanddeel) niet dubbel in de heffing worden betrokken. In de rangorderegeling dient hiervoor nog een uitzondering te worden gemaakt, zodat compartimentering van beide componenten mogelijk is binnen de Wet IB 2001.

5.2 Alternatieven met aanpassing van het bestaande systeem

Er zijn ook alternatieven bedenikbaar waarbij het bestaande systeem wordt verlaten. In het navolgende komen de alternatieven aan bod, die door aanpassing van het bestaande systeem, beter aansluiten bij het door de wetgever aangebrachte onderscheid in belastingdruk tussen arbeid en kapitaal en waarmee getracht

²⁷¹ Hierbij dient te worden opgemerkt dat de uitvoerbaarheid van een dergelijke splitsing binnen het huidige systeem complex is, omdat bij zowel box 3 (rendementsgrondslag) als bij resultaat uit overige werkzaamheden (werkzaamhedenbalans) aansluiting wordt gezocht bij de waarde van het vermogensbestanddeel.

²⁷² R.P. van den Dool, 2009, p. 67.

²⁷³ R.P. van den Dool, 2009, p. 67, noemt het de risicopremie en de economic rent (pure winst).

²⁷⁴ Arbeidselement van het voordeel / totale voordeel * totale kosten = arbeidsdeel van de kosten.

wordt de onduidelijke bronafbakening op te lossen. Naast aansluiting te zoeken bij het doel van de wetgever arbeid en kapitaal anders te belasten, is er ook gezocht naar alternatieven die beter aansluiten bij het draagkrachtbeginsel als grondslag van de inkomstenbelasting, zodat een rechtvaardige belastingdruk volgt.

5.2.1 Een duale inkomstenbelasting?

De splitsing van het arbeids- en kapitaalelement binnen het bestaande systeem is moeilijk uit te voeren als gevolg van de zorgvuldige compartimentering die steeds opnieuw plaats dient te vinden. Door de splitsing breder door te trekken naar de overige inkomstenbronnen is naar mijn mening sprake van een rechtvaardigere belastingheffing.²⁷⁵ Daarnaast kan Nederland door een volledige scheiding van beide componenten beter inspelen op de internationale ontwikkelingen op de kapitaalmarkt. Een duale inkomstenbelasting, zoals voorgesteld door Cnossen²⁷⁶, zou een mogelijke oplossing kunnen bieden voor een splitsing van beide productiefactoren binnen de inkomstenbelasting. De arbeids- en kapitaalcomponent worden in het nieuwe systeem volledig gecompartmenteerd. Naast de compartimentering van beide componenten zorgt een duale inkomstenbelasting ook voor een belasting van de persoonlijke risicopremie en een evenwichtigere belasting van alle kapitaalinkomen.²⁷⁷ Deze risicopremie wordt in de huidige situatie niet belast bij de vermogensrendementsheffing. Een duale inkomstenbelasting is een variant van een analytisch belastingstelsel. Door een dergelijk systeem in te voeren wordt beter aangesloten bij de wens van de wetgever om arbeid en kapitaal fiscaal anders te belasten. Voor beide componenten kan binnen een duale inkomstenbelasting een eigen tarief worden vastgesteld. In de literatuur wordt betoogd dat het tarief op het kapitaalinkomen ca. 30-35% dient te bedragen en dat het tarief gekoppeld dient te zijn aan het tarief op het arbeidsinkomen.²⁷⁸

Een zuiver duaal stelsel bestaat volgens Cnossen uit de volgende elementen: ²⁷⁹

1. Al het inkomen wordt verdeeld in twee componenten: een arbeidsinkomenscomponent en een kapitaalinkomenscomponent, ook wel 'earned income and unearned income' genoemd:
 - kapitaalinkomen is inclusief het deel van de winst uit onderneming dat correspondeert met de vergoeding voor het ingebrachte kapitaal (of de 'return on investment'), dividenden, vermogenswinsten, rente, huren, etc.;

²⁷⁵ Hierdoor wordt namelijk nog beter aangesloten, namelijk voor alle inkomstencategorieën, bij de doelstelling van de wetgever om een onderscheid aan te brengen tussen arbeidsinkomen en kapitaalinkomen.

²⁷⁶ S. Cnossen, 'Enkele gedachten over de toekomst van het Nederlandse belastingstelsel', in: Rapport, 2010, p. 155 e.v.

²⁷⁷ S. Cnossen, 'Enkele gedachten over de toekomst van het Nederlandse belastingstelsel', in: Rapport, 2010, p. 161.

²⁷⁸ B. Jacobs, 'Een economische analyse van een optimaal belastingstelsel voor Nederland', in: Rapport, 2010, p. 193. Jacobs merkt over de koppeling tussen het kapitaaltarief en het arbeidstarief op dat: "belastingen op kapitaalinkomen worden geheven om verstoringen op arbeidsinkomen, zoals het sparen onaantrekkelijk maken zodat het arbeidsaanbod gestimuleerd wordt en mensen niet eerder met pensioen te gaan of als prikkel om meer te investeren in het menselijk kapitaal.(B.B.) te compenseren en de heffing op arbeidsinkomen te completeren bij het realiseren van herverdelingsdoelstellingen."

²⁷⁹ Deze opsomming is ontleend aan: Van Eijck, 2005, p. 73 (Van Eijck heeft deze elementen ontleend aan: S. Cnossen, 'Dual income taxation: The Nordic Experience', Research Memorandum 9710, Erasmus University Rotterdam, OCFEB Research Centre for Economic Policy, 1997, p. 2-3).

- arbeidsinkomen bestaat uit lonen, salaris (inclusief hetgeen een ondernemer in zijn eigen onderneming door inbreng van zijn arbeid verdient), pensioeninkomen, socialezekerheidsuitkeringen, etc.;
2. Kapitaalinkomen wordt in de belastingheffing betrokken tegen een proportioneel tarief. Het arbeidsinkomen daarentegen wordt doorgaans belast tegen een progressieve tariefstructuur, waarvan het laagste marginale tarief bij voorkeur gelijk is aan het proportionele tarief, geheven over kapitaalinkomens. Een en ander om ongewenste belastingarbitrage te voorkomen;
 3. Dubbele belastingheffing van uitgekeerde ondernemingswinsten (in de vorm van dividend) kan worden voorkomen door een volledig verrekeningsstelsel. Dit geldt eveneens ten aanzien van gerealiseerde vermogenswinsten door een soort 'setupregeling' in te voeren. Denk verder aan de mogelijkheid van een bronbelasting op het niveau van de onderneming.

Cnossen pleit voor het belasten van de persoonlijke risicopremie (die nu als gevolg van de forfaitair vastgestelde vermogensrendementsheffing de dans ontspringt).²⁸⁰ Daarnaast worden alle kapitaalinkomen als gevolg van een duale inkomstenbelasting evenwichtiger belast waardoor sprake is van een grotere neutraliteit.²⁸¹

Stevens heeft kritiek geuit op een duaal stelsel als oplossingrichting.²⁸² Naast de eisen van rechtvaardigheid dient een dergelijk stelsel ook te voldoen aan de eisen van uitvoerbaarheid. Het splitsen van winst uit onderneming in een arbeidscomponent en een kapitaalbestand vereist namelijk een zorgvuldige compartimentering. Een strakke scheidingslijn tussen beide componenten zal niet eenvoudig aan te brengen zijn. Mogelijke twijfels en grijze plekken dienen door de wetgever te worden voorkomen, zodat bij de duale inkomstenbelasting niet een eenzelfde onduidelijkheid ontstaat als bij de huidige bronafbakening (het grijze grensgebied).

Van Eijck schrijft in zijn proefschrift over twee mogelijke onderscheidingsmethodieken voor deze splitsingsproblematiek.²⁸³

1. Bij het *Fence-model* wordt een onderscheid gemaakt tussen winst die wordt aangewend voor investeringen binnen de onderneming en winst die aan de onderneming wordt onttrokken voor privé-doeleinden (er wordt dus met andere woorden een onderscheid gemaakt tussen uitgedeelde en ingehouden winst);

²⁸⁰ Het verdient de voorkeur om in plaats van belasting te heffen op grond van schattingen, zoals de huidige vermogensrendementsheffing, aan te sluiten bij de werkelijke behaalde inkomsten, dus inclusief de risicopremie.

²⁸¹ S. Cnossen, 'Enkele gedachten over de toekomst van het Nederlandse belastingstelsel', in: Rapport, 2010, p. 161.

²⁸² Stevens, 2001b.

²⁸³ Van Eijck, 2005, p.74.

2. Bij het *Source-model* wordt de winst opgesplitst in een geschatte kapitaal- en arbeidscomponent. Hierdoor kunnen zelfstandigen ten opzichte van werknemers zo gelijk mogelijk in de belastingheffing worden betrokken.

Het idee van een duale inkomstenbelasting sluit uitstekend aan bij de bedoeling van de wetgever om kapitaalinkomen anders te belasten dan arbeidsinkomen. Naast deze aansluiting bij de rechtvaardigheid dient het systeem ook uitvoerbaar te zijn. Naar aanleiding van het bovenstaande korte literatuuronderzoek lijkt de conclusie te moeten worden getrokken dat de invoering van een duale inkomstenbelasting niet eenvoudig is uit te voeren, maar wel in overeenstemming is met het doel van de wetgever om kapitaalinkomen lager te belasten dan arbeidsinkomen.

5.2.2 Invoering van een vermogenswinstheffing

In de literatuur wordt vooral kritiek geuit op het boxenstelsel, omdat met de invoering van box 3 betere alternatieven ongemotiveerd zijn gepasseerd.²⁸⁴ De vermogenswinstheffing is, als een van deze betere alternatieven, in de literatuur als meest rechtvaardige systeem beoordeeld.²⁸⁵ De vermogenswinstheffing sluit namelijk beter aan bij het draagkrachtbeginsel, omdat alle draagkrachtverhogende vermogensbestanddelen onder één inkomensbegrip, één heffing en één tarief worden begrepen.²⁸⁶ Dit in overeenstemming met de gedachte van een synthetisch inkomensbegrip waarvoor ook gepleit wordt in de literatuur.²⁸⁷

Daarnaast is de vermogenswinstbelasting een verbetering ten opzichte van de huidige vermogensrendementsheffing, omdat de vermogensrendementsheffing het reële inkomen los laat en enkel het risicovrije rendement belast. De belastingheffing is bij de vermogensrendementsheffing gebaseerd op schattingen en verwachtingen, het fictieve rendement ad 4% per jaar (*ex-ante*). Een vermogenswinstheffing daarentegen sluit voor de belastingheffing aan bij de realisatie van het voordeel en belast daardoor de *daadwerkelijk* gerealiseerde voordelen (*ex-post*). Hierdoor wordt ook de risicopremie mee in de heffing betrokken en deelt de wetgever mee in het geluk en het ongeluk van de belastingplichtige.

Door het invoeren van een vermogenswinstheffing voor vermogenstransacties en het in stand laten van het resultaat uit overige werkzaamheden, maar dan beperkt tot diensten en met een herinvoering van het kasstelsel, kan zorgen voor een verbetering van de wettelijke structuur. De twee verschillende categorieën voordelen zoals deze binnen de huidige inkomenscategorie resultaat uit overige werkzaamheden bestaan, namelijk diensten en vermogenstransacties, worden op deze manier gesplitst waardoor de op beide zo verschillende typen voordelen ook verschillende heffingen worden toegepast. Zoals Freudenthal heeft

²⁸⁴ L.G.M. Stevens, in: S. Cnossen, *Vermogensrendementsheffing: vondst of misleun?*, 1999, p.42, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=4686>.

²⁸⁵ L.G.M. Stevens, *Fiscale beleidsnotities 2000*, WFR 1999/1225.

²⁸⁶ Iedere euro inkomen wordt geacht een eenzelfde draagkracht met zich mee te brengen die op grond van het gelijkheidsbeginsel hetzelfde dient te worden belast (zie voor uitgebreidere toelichting paragraaf 2.3.2.1).

²⁸⁷ Zie onder andere C.A. de Kam, C.L.J. Caminada, A.C. Rijkers en I.J.F.A. van Vijeijken, in: Rapport, 2010.

opgemerkt, bevatten beiden totaal verschillende kenmerken en eigenschappen waardoor een splitsing van beide categorieën zijn inziens ook een aanzienlijke verbetering van de wettelijke structuur oplevert.²⁸⁸

De vermogenswinstheffing kan worden gebaseerd op het huidige box 2 systeem. Zowel de vermogenswinsten (vervreemdingsvoordelen) als de reguliere voordelen die worden behaald met vermogenstransacties worden in de heffing betrokken. Op moment dat voordeel wordt behaald door middel van bijvoorbeeld vervreemding van de onroerende zaak (realisatie), wordt de vermogenswinst belast. Ook de tussentijds ontvangen reguliere voordelen, zoals huuropbrengsten van de vermogensbestanddelen, worden belast. Hierdoor wordt zowel de risicovrije rente als het extra rendement dat is verkregen als gevolg van beleggingsinzicht (in feite de beloning voor de inzet van menselijk kapitaal) en informatievoordelen belast.

De invoering van een vermogenswinstheffing heeft tot gevolg dat de bronvereisten, zoals deze nu wordt toegepast, gedeeltelijk kunnen komen te vervallen voor vermogenstransacties. De voordeelvereisten hoeven namelijk niet te worden gesteld. Alle vermogenswinsten en reguliere voordelen zijn immers belast. Hierdoor komen de problemen als gevolg van de onduidelijke bronafbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 te vervallen.

Het nadeel van een vermogenswinstheffing is dat het tijdstip van heffing in belangrijke mate door de belastingplichtige zelf kan worden bepaald (lock-in effect). Door bij overlijden een fictief afrekenmoment in te bouwen kan dit nadeel gedeeltelijk worden beperkt.²⁸⁹ Aanvullende regelingen bij emigratie, zoals artikel 4.46 Wet IB 2001 bij het huidige box 2, dienen daaraan te worden toegevoegd om de fiscale claim te behouden. Ook zal een inflatiecorrectie moeten worden verdisconteerd in de vermogenswinstheffing om de belastingheffing aan te laten sluiten bij de reële draagkrachtvermeerdering. Uiteraard zullen niet alle problemen met de bovenstaande uitwerking van systeem zijn verholpen. Dit zou namelijk het doel van deze scriptie te buiten gaan.

Met behulp van bovenstaande uitwerking is getracht een oplossingsrichting aan te dragen die in overeenstemming is met het draagkrachtbeginsel, zoals betoogd in de literatuur.²⁹⁰ De vermogenswinstheffing sluit hiermee niet aan bij de overtuiging van de wetgever om arbeid en kapitaal anders te belasten, maar vormt wel een oplossing van de huidige bronafbakeningproblematiek. Ook sluit de vermogenswinstheffing beter aan bij de draagkrachtgedachte die ten grondslag ligt aan de inkomstenbelasting. De splitsing van de diensten en vermogenstransacties levert daarnaast een verbetering op van de wettelijke structuur, zodat verschillende typen inkomsten ook verschillend worden behandeld.

²⁸⁸ Freudenthal, 2002, p. 221 e.v.

²⁸⁹ S. Cnossen, *'Enkele gedachten over de toekomst van het Nederlandse belastingstelsel'*, in: Rapport, 2010, p. 160.

²⁹⁰ Zie paragraaf 2.3.2.1.

5.4 Conclusie

Vele oplossingen zijn er te bedenken om ons belastingstelsel beter aan te laten sluiten bij het doel van de wetgever om kapitaal en arbeid anders te belasten. In het bovenstaande is een poging gedaan om een aantal oplossingen aan te dragen en deze vervolgens kort toe te lichten. Het is niet eenvoudig om na een relatief korte onderzoeksperiode al een conclusie te trekken over welk alternatief nu het 'beste' is, maar ondanks dat feit zal ik hier toch een poging tot doen. Daarbij zal ik motiveren waarom nu juist dat alternatief naar mijn mening het 'beste' is. Hierbij kan worden opgemerkt dat niet enkel de rechtvaardigheid, maar ook de uitvoerbaarheid van het systeem in overweging dient te worden genomen.

Naar mijn mening gelden het *dominantie criterium*, het hanteren van een bezitsperiode (*wetsfictie*) en een *omstandighedencatalogus* als goede aanvulling op het huidige systeem. Een rechtvaardigere belastingopbrengst kan als gevolg van deze alternatieven worden gerealiseerd, echter wordt het arbeidselement en kapitaalselement niet in overeenstemming met de doelstelling van de wetgever fiscaal anders behandeld. Het uitzonderen van de niet-arbeidsgerelateerde voordelen uit resultaat uit overige werkzaamheden lijkt mij in tegenstelling tot een duale inkomstenbelasting niet optimaal. Een duale inkomstenbelasting zorgt namelijk voor een volledige splitsing van beide productiefactoren wat geheel in lijn is met de doelstelling van de wetgever om arbeid en kapitaal anders te belasten. Uiteraard vereist dit een zorgvuldige compartimentering en dient nader te worden onderzocht hoe deze splitsing tot stand komt. Ondanks dit feit lijkt mij een duale inkomstenbelasting de beste oplossing die past binnen het door de wetgever aangebrachte onderscheid in belastingdruk en een rechtvaardigere belastingheffing met zich meebrengt.

Naast de alternatieven die aansluiting zoeken bij de doelstelling van de wetgever om arbeid en kapitaal anders te belasten, is ook gezocht naar alternatieven die een rechtvaardige belastingheffing helpen realiseren en aansluiten bij de draagkrachtgedachte. Vanuit de optiek van de literatuur kan namelijk worden betoogd dat het draagkrachtbeginsel als maatstaf van de inkomstenbelasting iedere euro nieuwe koopkracht (draagkrachtvermeerdering) op grond van het gelijkheidsbeginsel gelijk dient te worden belast, ongeacht de herkomst.²⁹¹ De vermogenswinstheffing zorgt voor een oplossing van de huidige bronafbakingsproblematiek, sluit beter aan bij de draagkrachtgedachte en levert door splitsing van diensten en vermogenstransacties een verbetering op de wettelijke structuur. Dit zorgt voor een systeem dat vanuit de draagkrachtgedachte het meest rechtvaardige is en naar mijn mening ook het beste is.

Uiteraard is en blijft het een kwestie van smaak (lees: politieke voorkeur) voor welke oplossing wordt gekozen. Dat er in ieder geval een oplossing nodig is moge duidelijk zijn.

²⁹¹ Zie paragraaf 2.3.2.1.

Hoofdstuk 6 Conclusie

Bij de invoering van de Wet IB 2001 heeft de wetgever een onderscheid in belastingdruk aangebracht tussen arbeidsinkomen (box 1) en kapitaalinkomen (box3). Naar de mening van de wetgever dient het kapitaalinkomen minder zwaar te worden belast dan het arbeidsinkomen, dit als antwoord op de belastingarbitrage die ontstond binnen het oude stelsel zoals dat gold onder de Wet IB 1964. In deze scriptie is nader onderzocht of de wetgever met de argumentatie gegeven in de parlementaire behandeling een voldoende sterk fundament heeft gelegd voor dit onderscheid in belastingdruk.

Het onderscheid in belastingdruk heeft ook gevolgen gehad voor de bronafbakening tussen resultaat uit overige werkzaamheden en box 3 met vastgoed. In de meeste gevallen zal duidelijk zijn aan welke bron de voordelen behaald met het vastgoed zijn toe te rekenen. Wanneer men zich echter dichterbij de 'grens' tussen box 1 (resultaat uit overige werkzaamheden) en box 3 begeeft, wordt het verhaal toch anders. Door de soms moeizame toepassing van de bronvereisten en de kloof tussen de theoretische toepassing en de praktische uitwerking als gevolg van de bewijsproblematiek is het in die grenssituaties vaak namelijk helemaal niet zo duidelijk voor de belastingplichtige. Een klein feitelijk verschil kan in een bepaalde situatie een zeer aanzienlijk verschil in belastingdruk tot gevolg hebben. Dit grote verschil in belastingdruk heeft de wetgever ingevoerd op grond van aantal argumenten en doelstellingen. Het feit dat in grenssituaties kleine feitelijke verschillen aanzienlijke fiscale consequenties hebben, brengt met zich mee dat men van de wetgever eens te meer mag eisen dat het fiscaal technische fundament van de rechtvaardiging van dat verschil in belastingdruk zeer solide is en een breed draagvlak kent.

Aan deze scriptie ligt de volgende probleemstelling ten grondslag:

"Is er voldoende draagvlak voor het verschil in belastingdruk bij grenssituaties tussen resultaat uit overige werkzaamheden (box 1) en box 3 gezien de motieven en doelstellingen van de wetgever met betrekking tot dat verschil?"

Vervolgvragen daarbij zijn:

- 1) Of er wellicht alternatieven zijn te bedenken op het gebied van de bronafbakening die een betere belastingheffing helpen realiseren die aansluit bij de doelstelling van de wetgever?
- 2) Zijn er daarnaast andere alternatieven te bedenken die door aanpassing van het huidige stelsel een rechtvaardigere belastingheffing realiseren en beter aansluiten bij de doelstelling van de wetgever of bij het draagkrachtbeginsel dat ten grondslag ligt aan de inkomstenbelasting?

Om het onderscheid in belastingdruk te kunnen rechtvaardigen heeft de wetgever een tweetal argumenten aangevoerd, namelijk 1) de mobiliteit van kapitaal en 2) de belastingheffing op vermogensinkomsten die als onredelijk wordt ervaren.

De mobiliteit van kapitaal is hoger, dan die van arbeid. Door een hoge belastingdruk op kapitaal kan mogelijk kapitaalvlucht optreden. Deze angst voor kapitaalvlucht wordt in het algemeen aangenomen als motivering, echter vormt dit een afdoende motivering voor het onderscheid? De wetgever heeft hiervan namelijk geen cijfermatige onderbouwing gegeven. Hierdoor wordt de motivering van de wetgever aangetast. Daarnaast geldt het argument niet voor alle vermogensbestanddelen. Vastgoed is bijvoorbeeld een immobiel vermogensbestanddeel dat voor de belastingheffing is gebonden aan de plaats van ligging. Verplaatsing van een onroerende zaak naar het buitenland is ook niet mogelijk.

Het argument dat de belastingheffing op vermogensinkomsten wordt ervaren als een dubbele belasting klinkt aannemelijk, echter hetgeen de wetgever tracht te belasten is niets anders dan het rendement, de nieuwe koopkracht, die wordt behaald met behulp van het kapitaal.

Als men in overweging neemt dat enkel mogelijke kapitaalvlucht voor de wetgever een voldoende rechtvaardiging heeft gevormd voor een onderscheid in belastingheffing op arbeid en kapitaal, dan is naar mijn mening het verschil in tarifiering moeilijk te rechtvaardigen. Deze moeilijk te rechtvaardigen motieven van de wetgever vormen het toetsingskader van deze scriptie. Ondanks dit feit is vervolgens de bronafbakening onder de loep genomen.

Uit de in hoofdstuk 3 behandelde literatuur, jurisprudentie en de toepassing van de bronafbakening in de praktijk blijkt dat omtrent de bronafbakening de volgende conclusies kunnen worden getrokken:

- a. De factor *arbeid* neemt een cruciale plaats in binnen de bronafbakening, omdat de arbeidsfactor ook het karakter vormt van het voordeel. Het is dan ook die arbeid, welke de belastingplichtige over de grens trekt en welke in de praktijk moeilijk te bewijzen althans te 'vatten' blijkt, en welke lastig onder woorden te brengen en te traceren valt. Het cruciale element is daarmee meteen ook het moeilijkste element;
- b. Een groot belang komt toe aan de *bewijslast*. Hij die de bewijslast heeft, heeft over het algemeen ook de grootste problemen. Soms worden procedures die gewonnen zouden moeten worden, verloren, of men nu inspecteur is of belastingplichtige, omdat men het recht wel aan zijn kant heeft, maar de feiten niet te bewijzen vallen;
- c. Het *opslokeffect* van de vermogenscomponent door de arbeidscomponent is het pijnlijke neveneffect van de overschrijding van de norm van het 'normaal vermogensbeheer'. Het vastgoed bevindt zich daarna immers voor wat betreft alle voordelen in de heffingsgrondslag van Box 1, waardoor ook de normale voordelen die een box 3-belegger zou genieten onder de verzwaarde belastingdruk van box 1 vallen. De soms onvoorspelbare kwalificatie van het vastgoed maakt deze pijn voor de belastingplichtige des te groter.

Hieruit blijkt dat de sfeerovergang van box 3 naar box 1 veelal afhangt van min of meer toevallige en soms niet eens echt fiscale gebeurtenissen, namelijk de aard en inhoud van de arbeid en de bewijsbaarheid daarvan. Deze arbeidscomponent vormt de trigger, die in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever de oorzaak dient te zijn, om tot de conclusie te kunnen komen dat een rechtvaardige belastingopbrengst volgt. Als gevolg van de onnauwkeurigheid van de bronafbakening kunnen belastingplichtigen, die in objectief dezelfde situatie verkeren, bij toepassing van de bronafbakening verschillend worden belast. Een fenomeen wat ik in hoofdstuk 4 aan de hand van een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie heb geprobeerd aan te tonen.

Uit de voorbeelden uit hoofdstuk 4 is gebleken dat in sommige gevallen het geheel van feiten geen duidelijkheid geeft over welke inkomens kwalificatie, resultaat uit overige werkzaamheden of box 3, rechters er aan zullen toekennen. Het systeem wringt in dergelijke (grens)gevallen met het rechtvaardigheidsgevoel doordat de wetgever een onderscheid in belastingdruk heeft aangebracht dat zwak is gemotiveerd en waarbij het kapitaal element als gevolg van een onvoorspelbare kwalificatie binnen het zwaarder belaste resultaat uit overige werkzaamheden in de heffing wordt betrokken. De wetgever heeft uiteraard ergens een grens moeten trekken om de bronnen van elkaar te scheiden, maar als gevolg van de onvoorspelbare kwalificatie ontstaat er een onrechtvaardig groot verschil in effectieve belastingdruk tussen belastingplichtige a, die de poort opende, en belastingplichtige b, die de poort heeft laten openen. Dit onrechtvaardig grote verschil is naar mijn mening in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Ongelijke gevallen dienen namelijk naar mate van hun ongelijkheid anders te worden behandeld.

Als gevolg van de onduidelijke bronafbakening heerst er bij een belastingplichtige in sommige gevallen onzekerheid over uitkomst. Voor een belastingplichtige dient het door de toepassing van de bronafbakening duidelijk te zijn wat de fiscale gevolgen zijn in een bepaalde situatie. De wetgever legt namelijk middels een belastingwet verplichtingen op aan burgers jegens de overheid. Van die overheid mag juist worden verwacht dat zij deze verplichtingen duidelijk omschrijven, zodat de belastingplichtige niet te maken krijgt met onverwachte uitkomsten. Indien een belastingplichtige als gevolg van de onduidelijke bronafbakening wordt geconfronteerd met een nadelige uitwerking van de wetgeving, dan is het risico van de wet voor rekening gekomen van de belastingplichtige. Naar mijn mening dient dit risico van de wet voor rekening te komen van de wetgever en niet van de belastingplichtige.

De rechtvaardiging voor het onderscheid in belastingdruk wordt zwakker naar mate de resultaatsgenieter zich steeds meer verenigt met het gedrag van een belegger. Zoals uit hoofdstuk 4 is gebleken kan een minimale afwijking in de feitelijke situatie bij grensgevallen grote fiscale gevolgen hebben voor de belastingplichtige. Het toeval speelt bij de grensgevallen een te grote rol om nog van een rechtvaardige belastingheffing te kunnen spreken. Wat in beginsel niet erg is, kan in dergelijke situaties wel heel erg zijn. Onduidelijke jurisprudentie en verschillende opvattingen van belastinginspecteurs waardoor het heel

moeilijk is om rechters te overtuigen in combinatie met hele grote tariefsverschillen, die de wetgever heeft ingevoerd op grond van een moeilijk te rechtvaardigen motivering, maakt het systeem onbevredigend bij grenssituaties. Kortom een constatering die vraagt om een heroverweging van de wetgever.

In hoofdstuk 5 is een aantal alternatieven aangedragen die de problematiek, zoals die is gebleken uit voorgaande hoofdstukken, te verhelpen. Naar mijn mening gelden het *dominantiecriterium*, het hanteren van een bezitsperiode (*wetsfictie*) en een *omstandighedencatalogus* als goede aanvulling op het huidige systeem. Het uitzonderen van de niet-arbeidsgerelateerde voordelen uit resultaat uit overige werkzaamheden lijkt mij in tegenstelling tot een duale inkomstenbelasting niet optimaal. Een duale inkomstenbelasting zorgt namelijk voor een volledige splitsing van beide productiefactoren wat geheel in lijn is met de doelstelling van de wetgever om arbeid en kapitaal anders te belasten. Uiteraard vereist dit een zorgvuldige compartimentering en dient nader te worden onderzocht hoe deze splitsing tot stand komt. Ondanks dit feit lijkt mij een duale inkomstenbelasting de beste oplossing die past binnen het door de wetgever aangebrachte onderscheid in belastingdruk en een rechtvaardigere belastingheffing met zich meebrengt.

Naast de alternatieven die aansluiting zoeken bij de doelstelling van de wetgever om arbeid en kapitaal anders te belasten, is ook gezocht naar alternatieven die een rechtvaardige belastingheffing helpen realiseren die aansluit bij de draagkrachtgedachte. De vermogenswinstheffing zorgt voor een oplossing van de huidige bronafbakingsproblematiek, sluit beter aan bij de draagkrachtgedachte en levert door splitsing van diensten en vermogenstransacties een verbetering op de wettelijke structuur. Dit zorgt voor een systeem dat vanuit de draagkrachtgedachte het meest rechtvaardige is en naar mijn mening ook het beste alternatief is.

Uiteraard is en blijft het een kwestie van smaak (lees: politieke voorkeur) voor welke oplossing wordt gekozen. Dat er een oplossing nodig is moge duidelijk zijn.

Hoewel de daadwerkelijke oplossing voor het probleem van de onjuiste praktische uitwerking van de grote verschillen in heffing tussen box 1 en box 3 ten aanzien van vastgoed nog niet is gekozen, hoop ik in deze scriptie wel duidelijk te hebben gemaakt dat de problemen met betrekking tot het huidige systeem vraagt om een oplossing. De onvoorspelbare kwalificatie bij grensgevallen en het extreme verschil in fiscale gevolgen tussen box 1 (resultaat uit overige werkzaamheden) en box 3 vormen een onwerkbaar combinatie. Het is en blijft een lastig probleem waarover de wetgever reeds bij de invoering van de Wet IB 2001 langer had moeten nadenken. Men zou toch op moeten passen met situaties waarbij het toeval een te belangrijke factor wordt in de belastingheffing met als gevolg dat enorme tariefsverschillen ontstaan. Een onduidelijkheid in de wet waarvan het risico behoort te rusten bij de wetgever en niet bij de belastingplichtige. Als we liever een gokje willen wagen, dan hebben daarvoor nog altijd de kansspelbelasting en niet de inkomstenbelasting.

Literatuurlijst

Boeken

Smith, 1776:

A. Smith, *'An inquiry into the nature and causes of the Wealth of nations'*, London 1776.

Sprenger van Eyk, 1894:

J.P. Sprenger van Eyk, *'De wet ter belasting van bedrijfs- en andere inkomsten'*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1894.

Doedens, 1967:

H.J. Doedens, *'Voordeel verwachten, voordeel beogen'*, in: Smeetsbundel, Deventer: Kluwer 1967.

Barendrecht, 1992:

J.M. Barendrecht, *'Recht als model van rechtvaardigheid'*, Kluwer Deventer 1992.

GVB, 1995:

Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, *'Beschouwingen over het begrip analytische inkomstenbelasting'*, nr. 197, Deventer: Kluwer 1995.

Cnossen, 1999:

S. Cnossen, *'Hoe moet kapitaalinkomen worden belast?'* in: S. Cnossen, *'Vermogensrendementsheffing: 'Vondst of miskleun?'*, Erasmus Universiteit Rotterdam: 1999.

Stevens, 2001a:

L.G.M. Stevens, *'Inkomstenbelasting 2001'*, Deventer: Kluwer 2001.

Stevens, 2001b:

L.G.M. Stevens, *'Duaal verhaal'*, in: 'Er zal geheven worden! Opstellen op 19 oktober 2001 aangeboden aan Prof. dr. S. Cnossen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam', Deventer: Kluwer 2001.

Freudenthal, 2002:

R.M. Freudenthal, *'Resultaat overige werkzaamheden (exclusief terbeschikkingstelling)'*, Fiscale monografie nr. 103, Deventer: Kluwer 2002.

Van Eijck, 2005:

S.R.A. van Eijck, *'Het vermogen te dragen'*, Deventer: Kluwer 2005.

Gribnau, 2006:

J.L.M. Gribnau, *'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving'*, in: A.C. Rijkers, H. Vording, 'Vijf jaar Wet IB 2001', Deventer: Kluwer 2006.

Dusarduijn en Gribnau, 2006:

S.M.H. Dusarduijn en J.L.M. Gribnau, *'Vermogensrendementsheffing'*, in: A.C. Rijkers, H. Vording, 'Vijf jaar Wet IB 2001', Deventer: Kluwer 2006.

Boer en Freudenthal, 2006:

J.P.Boer en R.M. Freudenthal, *'Resultaat uit overige werkzaamheden (exclusief terbeschikkingstellingen)'*, in: A.C. Rijkers, H. Vording, 'Vijf jaar Wet IB 2001', Deventer: Kluwer 2006.

Te Niet, 2007:

H.A.J.P. te Niet, *'Het beleggingsbegrip in de directe belastingen'*, Fiscale monografie nr. 125, Deventer: Kluwer 2007.

Dusarduijn, 2010:

S.M.H. Dusarduijn, *'Vermogensrendementsheffing'*, FED fiscale brochures, Deventer: Kluwer 2010.

Jacobs, 2010:

B. Jacobs, *'Moet Kapitaalinkomen Worden Belast?'*, in: D.A. Albrechtse en P. Kavelaars, *'Naar een Europese Winstbelasting?'*, Deventer: Kluwer 2010.

Rapport, 2010:

Bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 32 140, nr. 4, Rapport *'Continuïteit en vernieuwing. Een visie op het belastingstelsel'* van de Studiecommissie belastingstelsel, 2010.

Artikelen

W. Scholten, *'Inkomstenbelasting; andere opbrengst van arbeid'*, WFR 1954/357.

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

W.A. Schot, *'Is de gulden altijd wel een gulden'*, WFR 1985/468.

W. Garssen, *'Een samenhangend beeld van artikel 22 lid 1 b Wet IB 1964'*, MBB 1986/291.

S. Cnossen, *'WERKEN AAN DE WIG (Dies-rede Erasmus Universiteit Rotterdam, 8 november 1994)'*, WFR 1994/1669.

R.E.C.M. Niessen, *'Vermogenswinstbelasting en kapitaalvlucht in de 21e eeuw'*,

<http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=24>.

A.P. Kusters, *'Het zwarte gat van Nederland'*, Onderzoeksmemorandum nr. 137, Centraal Planbureau, Den Haag 1997, <http://www.cpb.nl/publicatie/het-zwarte-gat-van-nederland>.

A.C. Rijkers, *'Vermogen en vermogensinkomsten in de Nota 'Belastingen 21e eeuw''*, WFR 1998/160.

J.A.G. van der Geld, *'Het einde van het draagkrachtbeginsel'*, Forfaitair, nr. 97, september 1999.

S. Cnossen, *'Vermogensrendementsheffing: vondst of miskleun?'*, 1999, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=4686>.

C.B. Bavinck en G.J.W.M. Derckx, *'Enkele knelpunten in de vermogensrendementsheffing'*, WFR 1999/435.

J.E.A.M. van Dijck, *'Vermogensrendementsheffing'*, WFR 1999/705.

L.G.M. Stevens, *'Fiscale beleidsnotities 2000'*, WFR 1999/1225.

S. Cnossen en A.L. Bovenberg, *'Vermogensrendementsheffing: vondst of miskleun?'*, WFR 2000/4.

D.A. Albrechtse, *'Belastingherziening 2001: politiek en wetenschap in debat'*, WFR 2000/215.

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

R.M. Freudenthal, *'De onbestaanbaarheid van 'inkomsten uit overige werkzaamheden met betrekking tot vermogen in box 3'*, NTFR 2001/1393.

T.A. Gladpootjes, *'Het geheim van de piramide'*, WFR 2002/679.

M.J. Hoogeveen, *'De Hoge Raad is niet omgegaan ten aanzien van de objectieve voordeelverwachting'*, WFR 2002/685.

J.E.A.M. van Dijck, *'Waarom boxen'*, WFR 2002/1701.

J.P. Boer en R.M. Freudenthal, *'Succes naar arbeid, de interactie tussen het arbeidsvereiste en de algemene bronvoorwaarden gedemonstreerd aan de hand van drie recente hofuitspraken'*, FED 2004/341.

A.C. Rijkers, *'Kwalificatie van vermogenstransacties'*, NTFR 2005/665.

J.A.G. van der Geld, *'De evaluatie van de Wet IB 2001: box 3'*, WFR 2006/302.

W.A.C. Karreman en W.A.C. Mulder, *'Verslag van de 21e Fiscale Conferentie 'Bouwen van en beleggen in vastgoed''*, WFR 2006/379.

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

J.L.M. Gribnau, *'The Code of Conduct for Business Taxation als soft law-instrument'*, Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht, 2008/2.

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

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

A.C. Rijkers, *'Ondernemingsrecht, Kapitaalinkomen in 'Continuïteit en Vernieuwing''*, TFO 2011/13.

L.G.M. Stevens, *'Fiscaal totaalinkomen en draagkrachtbeginsel anno 2011'*, WFR 2011/1168.

Elektronische bronnen

Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting, Deventer: Kluwer 2012,
<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>.

NDFR-commentaar, www.ndfr.nl.

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Inkomstenbelasting, <http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>.

Kamerstukken:

Kamerstukken II 1911/1912, 144, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1997/1998, 25 810, nr. 2, 'Belastingen in de 21e eeuw een verkenning'.

Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 6 (Verslag).

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

Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 202a

Kamerstukken II 2005/2006, 30 375, nr. 2.

Overige:

Besluit van 29 april 2004, nr. CPP2003/2360M, BNB 2004/242.

Besluit van 30 november 2001, nr. CPP2001/3035M, BNB 2002/50.

Bijstandsrichtlijn: Richtlijn van 19 december 1977 nr. 77/799 (gewijzigd bij Richtlijn van 16 november 2004 nr. 2004/106/EG en bij Richtlijn van 16 maart 2010 nr. 2010/24/EU).

Spaartegoedenrichtlijn: Richtlijn van 3 juni 2003 nr. 2003/48/EG.

Conclusies van de Raad (ECOFIN) van 1 december 1997 inzake het belastingbeleid (98/C 2/01).

Jurisprudentieregister

Jurisprudentie

Hoge Raad 5 juni 1929, B4520.

Hoge Raad 2 mei 1934, B 5615.

Hoge Raad 24 maart 1937, B 6832.

Hoge Raad 8 januari 1941, B 7289.

Hoge Raad 8 juni 1949, B. 8655.

Hoge Raad 15 juni 1955, nr. 12 411, BNB 1955/281.

Hoge Raad 15 juni 1960, nr. 14 292, BNB 1960/200.

Hoge Raad 19 april 1978, nr. 18 805, BNB 1978/132.

Hoge Raad 14 januari 1981, nr. 20 195, BNB 1981/99 (Commissielid-arrest).

Hoge Raad 7 oktober 1981, nr. 20 974, BNB 1981/299.

Hoge Raad 16 juni 1982, nr. 21 053, BNB 1983/29.

Hoge Raad 23 december 1981, nr. 20 904, BNB 1982/155 (m. noot Van Brunschot).

Hoge Raad 16 juli 1984, nr. 22 585, BNB 1984/247.

Hoge Raad 15 juli 1987, nr. 24 706, BNB 1987/276.

Hoge Raad 25 november 1987, nr. 24 760, BNB 1988/101.

Hoge Raad 3 oktober 1990, nr. 26 142, BNB 1990/329.

Hoge Raad 24 juni 1992, nr. 27 327, BNB 1993/18.

Hoge Raad 14 april 1993, nr. 28 847, BNB 1993/203 (m. noot Van Dijck).

Hoge Raad 17 augustus 1994, nr. 29 755, BNB 1994/319 (m. noot Van Dijck).

Hoge Raad 6 juni 2001, nr. 36 216, BNB 2001/346 (m. noot Van Soest).

Hoge Raad 1 februari 2002, nrs. 35 848, 36 238 en 36 668, BNB 2002/127-129.

Hoge Raad 3 mei 2002, nr. 36 984, BNB 2002/219.

Hoge Raad 20 juni 2003, nr. 37 974, BNB 2003/306 (m. noot Freudenthal).

Hoge Raad 8 oktober 2004, nr. 39 563, BNB 2005/182 (m. noot Rijkers).

Hoge Raad 11 november 2005, nr. 40 246, NTFR 2005/1509 en BNB 2006/39.

Hoge Raad 1 december 2006, nr. 42 211, BNB 2007/68 (concl. Overgaauw, m. noot P.H.G. Albert).

Hoge Raad 8 juni 2007, nr. 42 044, BNB 2007/246.

Hoge Raad 9 oktober 2009, nr. 43 035, BNB 2010/117 (m. noot Freudenthal).

Hoge Raad 16 maart 2012, nr. 11/01089.

Hof Amsterdam 10 januari 1963, nr. 196/92, BNB 1963/219.

Hof Leeuwarden 25 mei 1979, nr. 572/78, BNB 1980/253.

Hof 's-Gravenhage 22 oktober 1982, nr. 106/82, V-N 1983, p. 837.

Hof Den Bosch 17 februari 2003, nr. 00/02735, NTFR 2003/900.

Hof Arnhem, MK II, 9 augustus 2006, nr. 04/0249, V-N 2006/58.1.5.

Hof Arnhem 15 april 2009, nr. 08/00291, VN 2009/40.10.

Hof 's-Hertogenbosch 18 september 2009, nr. 08/00103, NTFR 2009/2716 (m. commentaar van J.P. Boer).

RvB Rotterdam 9 april 1938, B 6964.

RvB Zwolle 30 januari 1953, BNB 1953/116.

Bijlage I

TABEL. FISCALEBEHANDELING VAN KAPITAALINKOMEN (in percenten)²⁹²

<i>Landen</i>	<i>Top-ib op rente</i>
België	10,3
Duitsland	53
Frankrijk	18,1
Nederland	60
Verenigd Koninkrijk	40
Verenigde Staten	44,6

Bron: S. Cnossen, *'What kind of corporation tax?'*, Bulletin for International Fiscal Documentation, januari 1993.

²⁹² Tabel ontleent aan: A.L. Bovenberg, *'NAAR LAGERE EN NEUTRALERE BELASTINGEN OP ARBEID EN KAPITAAL'*, WFR 1994/1515.