



Sfeerovergang in de inkomstenbelasting bij investeren in onroerende zaken

Naam Jurgen Grein

Studierichting Fiscale economie

Administratienummer 925474

Datum November 2012

Examencommissie Drs. J.J.H. Gortzak
Prof. Dr. J.A.G. van der Geld

Begeleider Mr. W.C.M. Martens

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding	3
1.1 Aanleiding	3
1.2 Probleemstelling	4
1.3 Verantwoording van de opzet	4
 Hoofdstuk 2 Resultaat uit overige werkzaamheden (box I)	 5
2.1 Inleiding	5
2.2 Bronvereisten	5
2.2.1 Het verrichten van arbeid	6
2.2.2 Deelnemen aan het economisch verkeer	7
2.2.3 Voordeel beogen / redelijkerwijs te verwachten voordeel	8
2.2.4 Niet zijnde winst uit onderneming of inkomsten uit arbeid bij een dienstbetrekking	10
2.3 Normaal actief vermogensbeheer te buiten	10
2.4 Heffing	14
2.4.1 Schijventarief	14
2.4.2 Het resultaat	15
 Hoofdstuk 3 Vermogensbeheer (box III)	 16
3.1 Inleiding	16
3.2 Rendementsgrondslag	17
3.3 Heffing	18
 Hoofdstuk 4 Sfeerovergang tussen box I en box III	 19
4.1 Inleiding	19
4.2 Sfeerovergang van box III naar box I	20
4.3 Sfeerovergang van box I naar box III	22
4.4 Andere overgangsmogelijkheden	25
4.5 Sfeerovergang onder de Wet IB 1964	26
4.6 Oplossingen	26
4.6.1 Compartimentering	27
4.6.2 De conserverende aanslag	28
 Hoofdstuk 5 Conclusie	 29
 Literatuur- en jurisprudentielijst	 31

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding

In Nederland hebben we sinds de invoering van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) te maken met het zogenaamde boxensysteem. Verschillende soorten inkomens worden in boxen onderverdeeld en op verschillende manieren belast.

In deze thesis ligt de nadruk op investeringen in onroerend goed door natuurlijke personen. Het behaalde voordeel met deze investeringen kan op verschillende manieren belast worden. Op de eerste plaats kunnen de werkzaamheden en aan- en verkopen van onroerend goed vallen onder box III. In deze box worden de inkomsten tegen een relatief gunstig tarief van 30% belast wanneer er sprake is van normaal vermogensbeheer. Als het normale vermogensbeheer overstegen wordt vindt de belastingheffing echter plaats in box I als resultaat uit overige werkzaamheden tegen een progressief tarief oplopend tot 52%.

Het resultaat uit overige werkzaamheden wordt ook wel de ‘prullenbak’ van het inkomensbegrip genoemd.¹ Dit heeft te maken met het feit dat hier pas naar gekeken kan worden wanneer de bron van inkomen geen winst uit onderneming of inkomsten uit arbeid bij een dienstbetrekking is. De winst uit onderneming en de inkomsten uit arbeid bij een dienstbetrekking blijven in deze thesis onbesproken.

Over het algemeen zal het duidelijk zijn of een vermogensbestanddeel in box I of box III in de heffing dient te worden betrokken. Toch zijn er in de praktijk veel gevallen waar de afbakening reden tot discussie geeft. De vraag wanneer normaal vermogensbeheer te buiten wordt gegaan is hiervoor vaak de aanleiding. Wanneer een natuurlijk persoon investeert in onroerend goed en hier voordeel mee behaalt is het van belang te weten op welke manier deze inkomsten gekwalificeerd en belast moeten worden. Onderzocht wordt op grond van welke criteria kan worden vastgesteld of investeren in onroerend goed moet worden belast als resultaat uit overige werkzaamheden in box I of als inkomsten uit sparen en beleggen in box III.

Eenmaal vastgesteld in welke box de belastingheffing plaatsvindt wordt er onderzocht op welke wijze een sfeerovergang kan plaatsvinden van box I naar box III en omgekeerd. Het is immers mogelijk dat gedurende de bezitsperiode de positie van de investering wijzigt en overgaat naar een andere box. De mogelijkheden en gevolgen van een sfeerovergang zullen later in deze thesis worden besproken. De mogelijkheid dat investeren in onroerend goed ondernemingsmatig of via een BV (box II) gebeurt, blijft in deze thesis buiten beschouwing.

¹ F.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, 2002, p. 6.

1.2 Probleemstelling

Voorgaande heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

Kan bij investeren in onroerend goed door natuurlijke personen een sfeerovergang plaatsvinden van box I naar box III en omgekeerd, en wat zijn daar de gevolgen van?

1.3 Verantwoording van de opzet

Zoals gezegd staat in deze thesis het investeren in onroerend goed door natuurlijke personen centraal. Hierbij wordt de nadruk gelegd op een mogelijke sfeerovergang van resultaat uit overige werkzaamheden uit box I naar het inkomen uit sparen en beleggen in box III en omgekeerd. Ook de eventuele gevolgen van deze overgang zullen besproken worden.

Allereerst zal onderzocht worden welke criteria vaststellen of een investering in onroerend goed moet worden belast als resultaat uit overige werkzaamheden in box I of als inkomsten uit sparen en beleggen in box III.

Om de mogelijkheden en gevolgen van een dergelijke sfeerovergang duidelijk te maken wordt in hoofdstuk 2 eerst dieper ingegaan op het resultaat uit overige werkzaamheden als bepaald in artikel 3.90 Wet IB 2001. De terbeschikkingstellingsregeling blijft hierbij buiten beschouwing, evenals de winst uit onderneming en inkomsten uit arbeid bij een dienstbetrekking. In hoofdstuk 3 worden de inkomsten uit sparen en beleggen van box III, en daarmee de vermogensrendementsheffing, nader onderzocht. Als de verschillen tussen box I en box III duidelijk zijn, worden in hoofdstuk 4 de mogelijkheden en gevolgen van een sfeerovergang tussen beide boxen besproken. In het laatste hoofdstuk wordt afgesloten met de conclusie.

Hoofdstuk 2 Resultaat uit overige werkzaamheden (box I)

2.1 Inleiding

In artikel 3.1, lid 2 onderdeel c van de Wet IB 2001 wordt bepaald dat het resultaat uit overige werkzaamheden onderdeel vormt van het belastbaar inkomen in box I. Dit betekent dat het valt onder het progressieve tarief oplopend tot 52%. In dit hoofdstuk wordt duidelijk wat er voor zorgt dat inkomsten beschouwd moeten worden als resultaat uit overige werkzaamheden.

Volgens artikel 3.90 Wet IB 2001 is het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden het gezamenlijke bedrag van het resultaat uit een of meer werkzaamheden die geen belastbare winst of belastbaar loon genereren verminderd met de terbeschikkingstellingsvrijstelling. De terbeschikkingstellingsregeling wordt in deze thesis niet behandeld.

De naam resultaat uit *overige* werkzaamheden impliceert al dat het hier gaat om een restcategorie. Dat het resultaat uit overige werkzaamheden ook wel bekend staat als de restcategorie heeft te maken met de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB 2001. De rangorderegeling is van toepassing wanneer een bron van inkomen onder meerdere inkomenscategorieën zou kunnen vallen. In artikel 2.14 Wet IB 2001 wordt bepaald dat een bron van inkomen volgens de rangorde pas als resultaat uit overige werkzaamheden kan worden beschouwd wanneer het niet behoort tot de bron ‘belastbare winst uit onderneming’ of ‘inkomsten uit arbeid in een dienstbetrekking’. Mocht het resultaat helemaal niet vallen onder de categorieën van box I dan kan het ook toebehoren aan box II (indien er sprake is van een aanmerkelijk belang²). Als dit ook niet het geval is behoort het resultaat toe aan box III en wordt het volgens de vermogensrendementsheffing belast. Deze box komt in hoofdstuk 3 uitgebreid aan bod.

2.2 Bronvereisten

Om vast te stellen of gegenereerd inkomen als resultaat uit overige werkzaamheden moet worden beschouwd zijn verschillende bronvereisten opgesteld. Deze vloeien voort uit het bronnenstelsel zoals we dat onder de Wet IB 1964 al kenden. De bronvereisten die op basis van de voorgangers van artikel 3.90 Wet IB 2001 tot ontwikkeling zijn gekomen blijven ook van betekenis voor de inkomenscategorie ‘resultaat uit overige werkzaamheden’ onder de Wet IB 2001.³

² Artikel 4.6 Wet IB 2001 bepaalt onder andere dat er van een aanmerkelijk belang sprake is indien er ten minste 5% van het geplaatste kapitaal in bezit is.

³ *Kamerstukken II 1998/99, 26727, nr. 3, p.132.*

Om een bron van inkomen te belasten als zijnde resultaat uit overige werkzaamheden dient het aan de volgende voorwaarden te voldoen:

- Er is sprake van het verrichten van enige vorm van arbeid
- Met deelname aan het economisch verkeer
- Waarbij voordeel wordt beoogd
- En dit voordeel redelijkerwijs te verwachten valt
- Niet zijnde winst uit onderneming of loon uit dienstbetrekking.

Deze bronvereisten zullen in de volgende subparagrafen verder worden toegelicht.

2.2.1 Het verrichten van arbeid

Zoals de benaming van dit vereiste al zegt moet er sprake zijn van arbeid, oftewel een werkzaamheid. Een werkzaamheid kan namelijk worden omschreven als *ten minste enige vorm van arbeid die tot resultaat heeft geleid*.⁴ Terugkoppeland aan een investering in onroerend goed valt hierbij te denken aan het verbouwen van een woning met het oog op het behalen van een hoger rendement. In dit geval ben je namelijk bezig met actief vermogensbeheer in plaats van passief vermogensbeheer (wat in box III terechtkomt). Het onderscheid tussen actief- en passief vermogensbeheer wordt in paragraaf 2.3 verder toegelicht.

De verrichte arbeid is van essentieel belang om het inkomen als resultaat uit overige werkzaamheden te bestempelen. In de praktijk levert de naleving van dit kenmerk echter de nodige problemen op. Freudenthal heeft dan ook geprobeerd een meer dynamische kijk op het arbeidsvereiste te geven.⁵ Hij onderscheidt een kwantitatieve en kwalitatieve component. Kwalitatieve arbeid is de specifieke deskundigheid, ervaring en relaties van een belastingplichtige die hem een voorsprong opleveren ten opzichte van anderen om een bepaald voordeel te behalen. Onder arbeid in kwantitatieve zin worden de door de belastingplichtige verrichte handelingen en fysieke inspanningen verstaan.⁶ Door het complementaire karakter van beide componenten kan per geval een geringe hoeveelheid verrichte arbeid voldoende zijn om tot resultaat uit overige werkzaamheden te concluderen. Een voorbeeld is het aankopen van onroerend goed met de nodige voorkennis over een eventuele waardeinstijging. Dit behoeft weinig inspanning ook al kan het resultaat aanzienlijk zijn. In dit geval is de kwantiteit laagwaardig maar de kwaliteit bepalend en dient het voordeel gewoon belast te worden. Wanneer de belastingplichtige met regelmaat en speculatief onroerend goed aan- en verkoopt is hiervoor wel een behoorlijke hoeveelheid arbeid geleverd, waardoor ook in dit geval het behaalde voordeel belast wordt. Hier is de arbeid van laagwaardige kwaliteit maar de kwantiteit juist bepalend.

⁴ A.C. Rijkers e.a., *Cursus Belastingrecht IB 2001*, 3.4.B.b2.1, Het werkzaamheidsvereiste algemeen.

⁵ R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, 2002, p.17.

⁶ J.P. Boer en B. van der Slik, NDFR-Commentaar bij Artikel 3.90 Wet IB 2001, Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, 5. Toetsing aan de bronvoorwaarden, www.ndfr.nl.

In hoeverre een geringe hoeveelheid arbeid al voldoende kan zijn blijkt uit het tipgeld-arrest (BNB 1982/155⁷). Hierin werd door de Hoge Raad besloten dat slechts het geven van een zakelijk tip al voldoende is voor het arbeidsvereiste en deelname aan het economisch verkeer. Ook verdere jurisprudentie wijst uit dat er al snel aan het arbeidsvereiste wordt voldaan. In BNB 1953/116⁸ en BNB 1999/17⁹ bleken respectievelijk het schrijven van een brief en het omwisselen van een vliegticket al voldoende.

Tenslotte is het van belang dat de verrichte arbeid enig voordeel tot gevolg had, er moet dus sprake zijn van een causale relatie tussen de werkzaamheid en het verworven voordeel. De arbeid van de belastingplichtige moet de verklaring vormen voor het behaalde resultaat.¹⁰ Hierbij kan het zich ook voordoen dat door derde verrichte werkzaamheden worden toegerekend aan de belastingplichtige. Zo overwoog het Hof Arnhem toen belanghebbende een aantal woningen liet bouwen en hierbij gebruik maakte van een architect en een aannemer: 'De arbeid die door de andere participanten in het project is verricht, alsmede de arbeid verricht door deskundigen die de participanten hebben ingeschakeld voor de uitvoering van het project, dient voor de toepassing van het onderhavige artikel (artikel 22, lid 1, onderdeel b, Wet IB 1964) te worden aangemerkt als door belanghebbende verrichte arbeid.'¹¹ De Hoge Raad heeft het beroep in cassatie ongegrond verklaard en afgedaan met artikel 81 Wet op de Rechterlijke Organisatie.¹²

2.2.2 Deelnemen aan het economisch verkeer

Het tweede bronvereiste moet er voor zorgen dat activiteiten in de privésfeer buiten het inkomensbegrip blijven.¹³ Het zorgt voor een onderscheid tussen de functionele sfeer en, wat de wetgever noemt, de persoonlijke sfeer. Wanneer er binnen de functionele sfeer een positief voordeel wordt behaald is aan dit vereiste voldaan. Volgens Freudenthal wordt er feitelijke deelname aan het economisch verkeer vereist, of dit gedaan wordt uit liefhebberij maakt geen verschil.¹⁴

Jurisprudentie speelt bij dit vereiste een cruciale rol aangezien de Hoge Raad zich nooit concreet heeft uitgelaten over een vaste omschrijving van deelname aan het economisch verkeer. In BNB 1963/219¹⁵ maakt de Hoge Raad wel een en ander duidelijk: wanneer een natuurlijk persoon een woning bouwt kan dit voor eigen gebruik zijn, maar ook met het oogmerk op latere doorverkoop. In het eerste geval blijft het binnen de privésfeer, maar wanneer de woning bedoeld is om te verkopen neem je deel aan

⁷ HR 23 december 1981, nr. 20904, BNB 1982/155, noot Van Brunschot.

⁸ HR 30 januari 1953, BNB 1953/116.

⁹ HR 30 september 1998, BNB 1999/17.

¹⁰ HR 25 november 1987, nr. 24760, BNB 1988/101, noot Hoogendoorn, punt 2.

¹¹ Hof Arnhem 20 december 2002, nr. 00/1492, NTFR 2003/303.

¹² HR 20 mei 2005, nr. 24/2005, NTFR 2005/766.

¹³ R.E.C.M. Niessen, *Algemene en bijzondere bronkenmerken*, WFR 1997/6227.

¹⁴ R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, 2002, p.33.

¹⁵ HR 10 januari 1963, nr. 196/62, BNB 1963/219.

het economisch verkeer. In BNB 1978/132¹⁶ wordt dit verduidelijkt. De Hoge Raad besliste hier dat wanneer een timmerman en een metselaar op grond van een familierelatie samen een huis bouwen dit niet gerekend wordt tot inkomsten uit arbeid. Het was immers niet gericht op deelname aan het economisch verkeer.

2.2.3 Voordeel beogen / redelijkerwijs te verwachten voordeel

De vereisten voordeel beogen en redelijkerwijs te verwachten voordeel worden vaak in één adem genoemd, desalniettemin zijn het twee verschillende bronvoorwaarden die een eigen bespreking behoeven. Deze voorwaarden dienen er voornamelijk toe de hobbysfeer van de inkomenssfeer te scheiden en hebben vooral in de jurisprudentie vorm gekregen.

Het eerste arrest dat van belang is bij deze vereisten is het medische proefpersonen-arrest.¹⁷ Hierin besliste de Hoge Raad dat voordelen uit in het economisch verkeer verrichte diensten belast zijn, ongeacht of voordeel werd beoogd of redelijkerwijs kon worden verwacht.

In het zogenaamde nasi- en bamirecepten-arrest¹⁸ legde de Hoge Raad uit wanneer de voorwaarden voordeel beogen en redelijkerwijs te verwachten voordeel van belang zijn. In dit arrest speelde het volgende; voor het samenstellen van het beste recept wordt door de winnaar een prijs in ontvangst genomen. Volgens het Hof is deze prijs te beschouwen als een opbrengt van de arbeid die door belanghebbende is verricht bij het ontwikkelen en de verkoop van de recepten. De vraag of het voordeel is beoogd en redelijkerwijs te verwachten was, is niet van belang. Door mee te doen aan deze competitie doen de deelnemers mee aan het economisch verkeer. De Hoge Raad stemde hiermee in en gaf in een uitgebreide overweging aan wanneer de voorwaarden voordeel beogen en voordeel verwachten van belang zijn. Dit is op de eerste plaats bij de afbakening van belaste transacties in de vermogenssfeer tegenover louter speculatieve transacties. Ook wanneer het gaat om de afgrenzing van inkomsten tegenover activiteiten die, als voorzienbaar blijvend verliesgevend, in de sfeer van de besteding van inkomen moeten worden geplaatst. Tot slot is de voorwaarde voordeel beogen van belang wanneer de behaalde voordelen buiten het inkomen dienen te blijven omdat zij in de persoonlijke sfeer liggen, ook al zijn deze diensten of werkzaamheden in het economisch verkeer verricht.¹⁹

De laatste belangrijke arresten zijn de piramidespelen-arresten.²⁰ Onder het piramidespel wordt volgens artikel 1a van de Wet op de kansspelen verstaan: “een gelegenheid waarbij deelnemers een goed afgeven of een verplichting aangaan teneinde daaruit een voordeel te verwerven dat geheel of ten dele afhankelijk is van de afgifte van een goed of het aangaan van een verplichting door latere

¹⁶ HR 19 april 1978, nr. 18805, BNB 1978/132.

¹⁷ HR 3 oktober 1990, nr. 26142, BNB 1990/329.

¹⁸ HR 14 april 1993, nr. 28847, BNB 1993/203.

¹⁹ J.P. Boer en B. van der Slik, NDFR-Commentaar bij Artikel 3.90 Wet IB 2001, Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, 5. Toetsing aan de bronvoorwaarden, www.ndfr.nl.

²⁰ HR 1 februari 2002, NTFR 2002/220, NTFR 2002/221 en NTFR 2002/222.

deelnemers.” De verschillende hoven kwamen, volgens de toen geldende leer, tot de conclusie dat de behaalde voordelen belast waren en de geleden verliezen niet aftrekbaar. De vereisten voordeel beogen en redelijkerwijs te verwachten hoeven immers bij een positief resultaat niet te worden getoetst. Bij een verliesgevende activiteit dient toetsing aan de bronvoorwaarden altijd plaats te vinden. De oplossing van de Hoge Raad sloot hier niet helemaal bij aan. Volgens de Hoge Raad moet er worden getoetst of er sprake is van een ‘voorzienbaar blijvend verliesgevende activiteit’, ook als er een positief voordeel is behaald. Wanneer dat bij een positief resultaat het geval is, blijkt het behaalde voordeel immers tegen alle verwachtingen in tot stand gekomen en behoort het niet tot het inkomensbegrip. Het behaalde voordeel moet dan als een ‘gelukje’ worden beschouwd.²¹

Voordeel beogen

Nu de samenhang tussen beide vereisten en de belangrijkste arresten hieromtrent behandeld zijn worden ze kort apart toegelicht. Volgens Freudenthal beoogt een resultaatgenieter een rendement te behalen dat een reguliere belegger niet nastreeft.²² Het gaat dus om het streven naar ‘extra-rendement’, waardoor het beleggingsmotief van een reguliere belegger afgezonderd wordt van het motief van de resultaatgenieter.

Wanneer een beloning wordt ontvangen terwijl het niet de bedoeling was winst te behalen blijft dit in beginsel buiten de belastingheffing. Dit is echter moeilijk aan te tonen aangezien de beweegredenen van een belastingplichtige vaak niet te achterhalen zijn. Een goed voorbeeld hierbij is het vriendendienst-arrest waarin belanghebbende achteraf een beloning kreeg voor een goede raad.²³

De voorwaarde voordeel beogen is tegenwoordig voornamelijk nog van belang om behaalde voordelen in de familie- of vrienden sfeer buiten de belastingheffing te houden.²⁴

Redelijkerwijs te verwachten voordeel

Naast dat voordeel beoogd moet worden, moet het ook redelijkerwijs te verwachten zijn. De functie van het redelijkerwijs verwachten van voordeel is speculatie buiten de inkomenssfeer houden.²⁵ Als van tevoren vaststaat dat de kosten de baten overtreffen kan dit niet als bron van inkomen worden aangemerkt. Deze stellingsregel werd voor het eerst geformuleerd door de Hoge Raad in 1930.²⁶ De voorwaarde redelijkerwijs te verwachten voordeel sluit aan bij het beogen van voordeel, al geeft de redelijke verwachting vaak de doorslag.²⁷

²¹ J.P. Boer en B. van der Slik, NDFR-Commentaar bij Artikel 3.90 Wet IB 2001, Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, 5. Toetsing aan de bronvoorwaarden, www.ndfr.nl.

²² R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, 2002, p.55-56

²³ HR 25 januari 1933, B. 5365.

²⁴ M.L.M. van Kempen e.a., *Cursus belastingrecht IB 2001*, 3.0.1.B.c.

²⁵ J.P. Boer en B. van der Slik, NDFR-Commentaar bij Artikel 3.90 Wet IB 2001, Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, 5. Toetsing aan de bronvoorwaarden, www.ndfr.nl.

²⁶ HR 26 november 1930 B. 4857

²⁷ Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, 2002, p.49

Wanneer onduidelijk is of een activiteit voordeel zal opleveren (bij speculeren) wordt dit beschouwd als niet redelijkerwijs te verwachten voordeel en hierdoor blijft het buiten de heffing. Dit verandert wanneer de belastingplichtige extra arbeid gaat verrichten om met meer zekerheid voordeel te behalen. Bijvoorbeeld in BNB 2003/306²⁸, waarin de arbeid van de belastingplichtige ‘in zeer belangrijke mate’ had bijgedragen aan de ontwikkeling van een paard zodat het voordeel zijn verklaring vond in de trainingsarbeid. Ook kan hierbij worden gedacht aan het aankopen van onroerend goed tegen een zeer lage prijs waardoor de kans op het behalen van voordeel ineens redelijkerwijs wel te verwachten is.

2.2.4 Niet zijnde winst uit onderneming of inkomsten uit arbeid bij een dienstbetrekking

Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk al werd besproken is de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB 2001 bepalend voor het restkarakter van de bron resultaat uit overige werkzaamheden. De inkomensbronnen ‘belastbare winst uit onderneming’ en ‘inkomsten uit arbeid bij een dienstbetrekking’ moeten eerst worden nagelopen alvorens er sprake kan zijn van resultaat uit overige werkzaamheden. Slechts wanneer het inkomen niet voldoet aan de criteria van de eerste twee inkomenscategorieën in box I kan worden bepaald of het onder de restcategorie resultaat uit overige werkzaamheden komt te vallen.

2.3 Normaal actief vermogensbeheer te buiten

Onder het eerste vereiste ‘verrichten van arbeid’ werd actief- en passief vermogensbeheer al kort aangehaald. Het verschil tussen beide is cruciaal omdat dit een totaal andere belastingheffing tot gevolg kan hebben. Normaal vermogensbeheer (passief) valt namelijk onder de relatief gunstige vermogensrendementsheffing van box III, terwijl meer dan normaal vermogensbeheer (actief) leidt tot resultaat uit overige werkzaamheid in box I.

Volgens artikel 3.91, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001 moet het rendabel maken van vermogen op een wijze gaan die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat om als een werkzaamheid te worden beschouwd. Vervolgens worden in dit artikel de volgende voorbeelden gegeven die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaan: het uitponen van onroerende zaken, het in belangrijke mate door de belastingplichtige zelf verrichten van groot onderhoud of andere aanpassingen aan een zaak en het aanwenden door de belastingplichtige van voorkennis of daarmee vergelijkbare bijzondere vormen van kennis. Deze voorbeelden vinden haar oorsprong in het amendement Bos/Reitsma.²⁹

Op vragen uit de Eerste Kamer antwoordde staatssecretaris Bos het volgende: “Artikel 3.91, lid 1, onderdeel c Wet IB zou duidelijk moeten maken dat het rendabel maken van vermogen op een wijze

²⁸ HR 20 juni 2003, nr. 37974, BNB 2003/306, noot R.M. Freudenthal.

²⁹ Amendement Bos/Reitsma, *kamerstukken II* 1999/2000, 26727, nr.75.

die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat altijd in box I wordt belast. Ook onder de Wet IB 1964 zouden de voorbeelden gelet op de jurisprudentie al kwalificeren als inkomsten uit arbeid buiten dienstbetrekking. De genoemde voorbeelden zijn geen criteria die tot belastingplicht leiden maar een aanknopingspunt voor de rechter in toekomstige rechtsontwikkeling, namelijk welke activiteiten zeker niet in box III thuis horen.”³⁰

Onder de Wet IB 1964 werden vermogenswinsten, behaald door meer dan normaal vermogensbeheer, belast op grond van artikel 22, lid 1, onderdeel b. De huidige wetgeving is explicieter dan de Wet IB 1964. De voorbeelden die genoemd worden in artikel 3.91 Wet IB 2001, lid 1, onderdeel c zijn per amendement toegevoegd ter verduidelijking van het soort voordelen waarop dit artikel ziet.³¹ Artikel 3.91, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001 moet dus niet worden gezien als een uitbreiding van de Wet IB 1964. Uit de kamerstukken blijkt dat er een poging wordt gedaan 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, lid 1, onderdeel b Wet IB 1964 vallen.³²

De bepalingen in het amendement hebben tot dusver echter nog niet het gewenste effect opgeleverd, namelijk verduidelijking van de bronaafbakening. In een uitspraak van de Hoge Raad op 9 oktober 2009³³ werden de bedoelingen van dit artikellid ook meteen genuanceerd. De Hoge Raad oordeelde hierin dat het artikellid slechts als voorbeeld diende te worden opgevat en niet als zelfstandige heffingsgrondslag kan worden gebruikt.

Ondanks de poging ter verduidelijking worden de genoemde voorbeelden in het artikellid voornamelijk gezien als een verruiming van de belastbaarheid. Aangenomen wordt dat deze voorbeelden altijd tot een werkzaamheid leiden indien normaal vermogensbeheer niet te buiten wordt gegaan en indien niet is voldaan aan de bronvereisten. Volgens de Hoge Raad moet echter vooropgesteld worden dat uitponden niet zonder meer tot belastbare inkomsten leidt maar dat daarvoor werkzaamheden nodig zijn die gericht zijn op het behalen van redelijkerwijs te verwachten voordeel die het rendement bij normaal actief vermogensbeheer te boven gaan.

Ondanks dat de voorbeelden uit artikel 3.91, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001 daadwerkelijk als voorbeelden dienen te worden opgevat blijven ze wel een goede richtlijn en een aanknopingspunt voor het bepalen tot resultaat uit overige werkzaamheden. In het vervolg van deze paragraaf zullen de voorbeelden uit het artikellid worden toegelicht.

³⁰ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26727 en 26728, nr. 202a, p. 34-35.

³¹ J.W.J. de Kort, *Het uitponden van onroerende zaken*, NTFR, 2010/05

³² *Kamerstukken II 1998/99*, 26727, nr. 3, p. 132.

³³ HR 9 oktober 2009, nr. 43035, NTFR 2009/2202.

Uitponden

Uitponden is het uitbuiten van een prijsverschil tussen een onroerende zaak in verhuurde staat en in vrije staat. Dit kan door een pand in verhuurde staat te kopen en het, na de huurovereenkomsten te hebben beëindigd, in vrije staat te verkopen. Een andere manier is het opsplitsen van een woning in bijvoorbeeld verschillende appartementen. Een voorbeeld is het arrest van 9 oktober 2009; belanghebbende koopt samen met zijn BV complexen aan in verhuurde staat, splitst het complex in appartementsrechten en verkoopt de appartementen aan derden door nadat de huur was opgezegd.

Ter discussie staat hier of belanghebbende vermogen rendabel maakt op een wijze die normaal actief vermogensbeheer te buiten gaat. De Hoge Raad oordeelde dat het uitponden van onroerende zaken niet zonder meer tot belastbare arbeidsinkomsten leidt. Wanneer het uitponden van onroerende goederen gepaard gaat met werkzaamheden die naar hun aard en omvang duidelijk gericht zijn op het behalen van redelijkerwijs te verwachten voordeel die normaal actief vermogensbeheer te boven gaat, is er sprake van belastbare arbeidsinkomsten. Een andere mogelijkheid is dat het uitponden gepaard gaat met bijzondere kennis die ertoe heeft bijgedragen dat de belastingplichtige voordeel heeft kunnen behalen.³⁴ Een actief huurbeëindigingsbeleid, wat bijvoorbeeld kan inhouden dat er vertrekpremies worden aangeboden of noodzakelijk onderhoud achterwege wordt gelaten om het vertrek van huurders te stimuleren³⁵, is daarbij geen vereiste maar speelt wel een belangrijke rol.

De Hoge Raad herhaalde zijn standpunten uit de uitspraak van 9 oktober 2009 ook bij een vergelijkbaar arrest op 24 december 2010.³⁶ De Hoge Raad gaf hierbij kaders aan voor wat valt onder resultaat uit overige werkzaamheden. Dit is wanneer de uitponding gepaard gaat met werkzaamheden die naar hun aard en omvang onmiskenbaar zijn gericht op het behalen van – redelijkerwijs te verwachten – voordelen die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaan. Ook wanneer bijzondere kennis er in belangrijke mate heeft bijgedragen dat de belastingplichtige met de uitponding voordeel heeft kunnen behalen is er sprake van een belastbaar resultaat. Het arrest ging over een aangekocht pand dat werd gesplitst in verschillende appartementen, waar ook de aanwezigheid van bijzondere kennis een rol speelde. De Hoge Raad verwees hierbij naar eerdergenoemd arrest.³⁷ De verkoop van deze appartementen werd gekwalificeerd als resultaat uit overige werkzaamheden door het Hof Amsterdam.³⁸

In belangrijke mate verrichten van groot onderhoud of aanpassingen

Het tweede voorbeeld dat in artikel 3.91, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001 gegeven wordt is het in belangrijke mate verrichten van groot onderhoud of het doen van andere aanpassingen. ‘In belangrijke mate’ is een fiscale term die gelijk staat aan 30%. Wordt bij het verrichten van groot onderhoud op

³⁴ Vakstudie Inkomstenbelasting, NDFR-Commentaar bij Artikel 3.91 Wet IB 2001, Ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan een onderneming of werkzaamheid, onderwerp 5, www.ndfr.nl.

³⁵ MVA, 1999/2000, 26727, nr. 202a, p. 35.

³⁶ HR 24 december 2010, nr. 09/02964, V-N 2010/66.13.

³⁷ HR 9 oktober 2009, nr. 43035, BNB 2010/117.

³⁸ Hof Amsterdam 8 maart 2012, V-N 2012/34.12.

enig moment de grens van 30% overschreden dan valt het desbetreffende vermogensbestanddeel dus onder het resultaat uit overige werkzaamheid.³⁹

Wanneer een natuurlijk persoon investeert in onroerend goed en hier verder niets mee doet dan het innen van huren en betalen van vaste lasten is er sprake van normaal vermogensbeheer en kan dit niet leiden tot de kwalificatie van resultaat uit overige werkzaamheden. Het onroerend goed komt te vallen onder de vermogensrendementsheffing van box III. Worden er activiteiten verricht die een meerwaarde creëren en een hoger voordeel beogen dan leidt dit wel tot resultaat uit overige werkzaamheden. Als voorbeeld kan hierbij worden gedacht aan het vernieuwen en verbeteren van een pand. Deze activiteiten dienen echter wel te worden verricht met de intentie tot verkoop. Betreft het een eigen woning of verhuurd pand dan kan dit niet leiden tot resultaat uit overige werkzaamheden.⁴⁰ Een woning die zelf bewoond wordt nadat deze aangekocht en opgeknapt is valt onder het regime van de eigen woning. Dit verandert wanneer de woning wordt aangekocht en opgeknapt met de intentie deze door te verkopen.⁴¹ Ook wanneer een pand in verhuurde staat wordt gekocht en in dezelfde hoedanigheid wordt voortgezet kan dit niet leiden tot resultaat uit overige werkzaamheden. Het pand blijft dan immers behoren tot box III, aangezien het groot onderhoud niet is ingegeven met het oogmerk hier voordeel mee te behalen.⁴²

Er bestaat echter ook de mogelijkheid dat vernieuwingen en verbeteringen noodzakelijk zijn om dezelfde situatie in stand te houden.⁴³ In dat geval is er ondanks de verrichte arbeid gewoon sprake van normaal vermogensbeheer omdat er geen verbetering plaatsvindt maar de normale situatie in stand wordt gehouden, om op dezelfde voet verder te kunnen leven.

Hoe deze bepaling in de praktijk kan uitpakken blijkt uit een uitspraak van Hof Den Haag.⁴⁴ Hierin werd een woning gekocht met de intentie deze zelf te gaan bewonen. Toen de aanbouw van een garage stuitte op bezwaren van de burens werd van zelfbewoning afgezien en werd de woning met winst verkocht. Toch werd besloten dat hier sprake was van resultaat uit overige werkzaamheden omdat de verbouwing plaatsvond nadat er van zelfbewoning werd afgezien en er met winst werd doorverkocht.

Voorkennis of daarmee vergelijkbare bijzondere vormen van kennis

In het amendement Bos/Reitsma wordt bij deze omschrijving als voorbeeld aangehaald een op handen zijnde wijziging van een bestemmingsplan of koersgevoelige informatie. In een uitspraak van het Hof op 16 december 2011⁴⁵ kwam dit voorbeeld aan de orde. In deze casus kocht belanghebbende een perceel van zijn broer voor een zakelijke prijs. Dit gebeurde met de verwachting dat de agrarische bestemming gewijzigd kon worden. Het perceel werd vanaf de aankoop gerekend tot het

³⁹ D. van den Hoeven en W. Fermont, *Kluwer belastinggids 2009*, p. 156.

⁴⁰ HR 16 juni 1982, nr. 21 053, BNB 1983/29

⁴¹ MVA, 1999/2000, 26727, nr. 202a, p. 128 e.v.

⁴² A.C. Rijkers e.a., *Cursus Belastingrecht IB 2001*, 2012, 3.4.3.B.b6.

⁴³ R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, 2002, p.18.

⁴⁴ Hof Den Haag 16 februari 2000, NTFR 2000/538.

⁴⁵ Het Hof De Bosch 16 december 2011, nr. 09/00696.

resultaatvermogen van belanghebbende en verhuurd aan een derde. Toen bleek dat, na inschakeling van een deskundig advocatenkantoor, wijziging niet mogelijk was werd het perceel met verlies verkocht. De inspecteur weigerde aftrek maar het Hof oordeelde dat de werkzaamheden die belanghebbende heeft verricht het normaal, actief vermogensbeheer te buiten gingen en het verlies aftrekbaar is.

Als duidelijk is dat voorkennis of daarmee vergelijkbare bijzondere vormen van kennis tot voordelen hebben geleid, kan dit een belastingheffing als resultaat uit overige werkzaamheden tot gevolg hebben. In BNB 2012/120 oordeelde de Hoge Raad dat belanghebbende gebruik maakte van zijn positie als directeur en enig aandeelhouder waardoor hij over kennis beschikte die alleen voor hem beschikbaar was. Belanghebbende, en niet zijn BV, trad op als projectontwikkelaar waardoor de waardecreatie en –stijging aan te merken valt als resultaat uit overige werkzaamheden van belanghebbende.⁴⁶

Voorkennis is echter een zeer breed begrip dat letterlijk betekent ‘kennis van iets vóórdat het gebeuren zal of gebeurd is’.⁴⁷ Naast dat dit moeilijk aan te tonen valt, is volgens Freudenthal ook onduidelijk wat de ‘vergelijkbare bijzondere vormen van kennis’ precies inhouden. Het aankopen van onroerend goed tegen een zeer lage prijs, waardoor het behalen van voordeel redelijkerwijs te verwachten valt, wordt al snel belast als resultaat uit overige werkzaamheden.⁴⁸

Met het aanwenden van voorkennis wordt in de meeste gevallen het gebruik van ervaring, deskundigheid of relaties gelijkgesteld⁴⁹. Deze kennis komt in de meeste gevallen ter sprake bij de handel in effecten.

2.4 De heffing

2.4.1 Schijventarief

In het voorgaande zijn de criteria tot vaststelling van resultaat uit overige werkzaamheid besproken. Na deze vaststelling wordt het resultaat, zoals eerder vermeld, belast naar het progressieve tarief van box I. Op de bron resultaat uit overige werkzaamheden is het winstregime van toepassing. Dit gebeurt aan de hand van het zogenaamde schijventarief, vormgegeven in artikel 2.10 Wet IB 2001. In dit artikel worden vier schijven onderscheiden met een oplopend tarief. Doordat de eerste twee schijven uit een gecombineerd tarief bestaan (aangevuld met een percentage voor de premie volksverzekeringen) bedragen deze respectievelijk 33.10% en 41.95%. De derde schijf bedraagt 42% en de vierde schijf 52%.

⁴⁶ HR 24 februari 2012, nr. 09/03137, BNB 2012/120.

⁴⁷ R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, 2002, p.18.

⁴⁸ HR 15 december 1965, nr. 15498, BNB 1966/103.

⁴⁹ HR 4 april 1973, nr. 17065, BNB 1973/133 en HR 22 juni 1983, nr.21602, BNB 1983/286.

2.4.2 Het resultaat

Volgens artikel 3.94 Wet IB 2001 bedraagt het resultaat het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden behaald met een werkzaamheid. Wanneer dit een negatief resultaat bedraagt kan dit in beginsel worden verrekend met een positief resultaat uit de overige inkomenscategorieën in box I. Deze verrekening is bepaald in artikel 3.150 Wet IB 2001.

Voor de berekening van het belastbare resultaat zijn een groot aantal bepalingen voor berekening van de winst van overeenkomstige toepassing verklaard. Hiermee wordt de werkzaamheid behandeld alsof het een onderneming vormt. Artikel 3.95 Wet IB 2001 noemt artikelen die van overeenkomstige toepassing zijn: 3.10, 3.13 tot en met 3.21, 3.25 tot en met 3.30a, 3.55 tot en met 3.58, 3.59 eerste en tweede lid, en 3.60 tot en met 3.62. Dit betekent dat enkele bepalingen niet van toepassing zijn voor het resultaat uit overige werkzaamheden terwijl ze wel gelden voor de berekening van winst uit onderneming. Bijvoorbeeld de investeringsaftrek uit artikel 3.40, de herinvesteringsreserve uit artikel 3.54, de ondernemersaftrek uit artikel 3.74 en de MKB-winstvrijstelling uit artikel 3.79a Wet IB 2001.

In artikel 3.25 Wet IB 2001 wordt bepaald dat de behaalde voordelen volgens goed koopmansgebruik tot de jaarwinst worden gerekend. Een doorschuifregeling voor de overgang van een werkzaamheid naar een andere resultaatgenieter ontbreekt, terwijl dit in de winstsfeer wel bestaat.⁵⁰

Wanneer het onroerend goed wordt verkocht treedt er een staking van de werkzaamheid op. Deze stakingswinst wordt belast volgens artikel 3.95, lid 1 jo. artikel 3.61 Wet IB 2001. De werkzaamheid kan echter ook overgaan naar een andere inkomenscategorie, bijvoorbeeld naar de bron winst uit onderneming. Hiervoor bestaat er wel een doorschuiffaciliteit die geregeld is in artikel 3.99 Wet IB 2001. Voor een overgang naar box III, de zogenaamde sfeerovergang, bestaat geen wettelijke doorschuiffaciliteit. De mogelijkheden en oplossingen rondom de sfeerovergang tussen box I en box III worden in hoofdstuk 4 besproken.

⁵⁰ Artikel 3.63 Wet IB 2001.

Hoofdstuk 3 Vermogensbeheer (box III)

3.1 Inleiding

Sinds de invoering van de Wet IB 2001 hebben we te maken met de vermogensrendementsheffing in box III. De vermogensrendementsheffing is tot stand gekomen met het doel “een grondslagdefinitie te formuleren die er enerzijds voor zorgt dat het fiscale inkomensbegrip weer aansluiting krijgt bij de huidige economische realiteit en anderzijds flexibel is om in de eerste decennia van de 21^e eeuw verwachte (en onverwachte) trends en ontwikkelingen op adequate wijze fiscaal tegenspel te bieden.”⁵¹ Dit heeft verschillende gevolgen met zich meegebracht waarvan het fictieve rendement van artikel 5.2 Wet IB 2001 de meest aansprekende is.

Onder de Wet IB 1964 werden de feitelijk genoten inkomsten uit vermogen belast en was het relatief gemakkelijk belastingheffing te ontlopen door bijvoorbeeld het omzetten van een belaste opbrengst in een onbelaste waardestijging.⁵² Met de invoering van de Wet IB 2001 heeft de wetgever getracht dit te voorkomen door een fictief rendement vast te stellen over de inkomsten uit sparen en beleggen. Deze manier stuitte echter ook op de nodige kritiek. Het zou namelijk niet aansluiten bij het draagkrachtbeginsel, omdat er niet wordt uitgegaan van de feitelijk genoten inkomsten maar van een fictief rendement. Dit zou voornamelijk nadelig zijn voor diegene met een kleiner vermogen omdat zij het vermogen vaak op een rekening zetten met een laag rendement en risico, waardoor niet eens het fictieve rendement van 4% behaald wordt.⁵³ Hierdoor zou er betaald moeten worden voor een rendement dat er feitelijk niet is. Uit de Memorie van Toelichting blijkt echter dat er bewust is gekozen voor dit percentage. Volgens de staatssecretaris moet iedereen in staat zijn dit percentage zonder risico te behalen, zeker indien het rendement over een langere periode wordt gezien. Daarbij geeft het de belastingplichtigen vooraf ook een grote mate van zekerheid.⁵⁴ Bovendien is er samen met de invoering van de vermogensrendementsheffing ook besloten een heffingvrij vermogen in te stellen om de ‘kleinere vermogens’ tegemoet te komen.⁵⁵ Dit wordt in paragraaf 3.3 verder toegelicht. Een ander kritiekpunt is dat het niet mogelijk is verliezen te verrekenen, omdat het in box III namelijk niet mogelijk is een negatieve grondslag te hebben. De rendementsgrondslag bedraagt minimaal nihil aangezien er sprake is van een bij wet vastgesteld voordeel van 4%. Daarnaast kunnen verliezen uit inkomenscategorieën niet worden verrekend met een positief saldo van voorgaande of latere jaren of tussen de verschillende boxen.⁵⁶

⁵¹ *Kamerstukken II 1998/99*, 26727, nr. 3, Bijlage 1, p.291.

⁵² M.L.M. van Kempen e.a., *Cursus belastingrecht IB 2001*, 2012, 0.0.1 Het draagkrachtbeginsel.

⁵³ Artikel 5.2, lid 1 Wet IB 2001: Het voordeel uit sparen en beleggen wordt gesteld op 4% van de grondslag sparen en beleggen.

⁵⁴ *Kamerstukken II 2001/02*, 26727, nr. 7, p. 263-265

⁵⁵ Artikel 5.5 Wet IB 2001: Het heffingvrije vermogen bedraagt €21 139.

⁵⁶ Als uitzondering geldt artikel 4.53 Wet IB 2001: Omzetting verlies bij einde aanmerkelijk belang in belastingkorting.

Hoe dan ook blijft het onderbrengen van behaald voordeel bij onroerende zaken in box III zeer aantrekkelijk wanneer het rendement de 4% overstijgt. Dit komt door het onbelaste heffingvrije vermogen en het relatief lage tarief wat daar op aansluit. In het vervolg van dit hoofdstuk zal de heffing verder worden toegelicht.

3.2 Rendementsgrondslag

In artikel 5.3, lid 2 Wet IB 2001 wordt een opsomming gegeven van de bezittingen die vallen onder de rendementsgrondslag. Volgens onderdeel a vallen hier ook onroerende zaken onder, voor zover deze niet al tot box I of box II behoren op grond van de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB 2001. Om een vermogensbestanddeel tot box III te rekenen moet het niet alleen in de limitatieve opsomming van artikel 5.3, lid 2 Wet IB 2001 vallen, maar moet er volgens het eerste lid van artikel 5.19 Wet IB 2001 ook sprake zijn van een waarde in het economisch verkeer. Dit is om de in de privésfeer gelegen factoren uit te sluiten. Tenslotte moet het vermogensbestanddeel voldoen aan het zelfstandigheidsvereiste om te voorkomen dat persoonlijke kwaliteiten en vaardigheden van een persoon als een belastbaar goed worden beschouwd.⁵⁷

Onroerend goed in box III

In de Memorie van Toelichting worden de volgende onroerende zaken als voorbeeld genoemd: woningen (niet zijnde de eigen woning), bedrijfsgebouwen en landgoederen.⁵⁸ Woningen vallen in de rendementsgrondslag wanneer deze niet als eigen woning volgens artikel 3.111 Wet IB 2001 kunnen worden aangemerkt en ook niet tot het ondernemingsvermogen behoren. Het gaat hierbij met name om de zogenoemde tweede woningen en vakantiewoningen, maar ook om woningen die door natuurlijke personen worden verhuurd.⁵⁹ Als de werkzaamheden met betrekking tot deze onroerende zaken normaal, actief vermogensbeheer niet te buiten gaan, behoren ze tot het vermogen van box III. In hoofdstuk 2 is besproken wat er wordt verstaan onder meer dan normaal, actief vermogensbeheer, wat belastingheffing als resultaat uit overige werkzaamheden in box I tot gevolg heeft.

Actief huurbeëindigingsbeleid

Wanneer onroerend goed wordt aangekocht in verhuurde staat kunnen huurders door middel van een actief huurbeëindigingsbeleid worden gestimuleerd te vertrekken om in de toekomst voordeel te behalen. Dit is reeds besproken onder *uitponden* in paragraaf 2.3 en valt onder het resultaat uit overige werkzaamheid.

Een andere manier is wachten op het vertrek van huurders en de woningen verkopen wanneer ze leeg staan. Volgens de Hoge Raad is er hier geen actief beleid gevoerd om de huurders te laten vertrekken

⁵⁷ S.M.H. Dusarduijn, *Vermogenrendementsheffing*, 2010, p. 103-106

⁵⁸ MvT, Tweede Kamer 1998/99, 26727, nr. 3, V-N BP21/17 p.318

⁵⁹ *Kamerstukken II*, 1998/1999, 26727, nr. 3, p. 230.

en is normaal vermogensbeheer niet te buiten gegaan.⁶⁰ In dit geval is er dus sprake van een speculatieve transactie die in box III wordt belast. Transacties zijn speculatief wanneer de uitkomst niet door werkzaamheden of het inzicht van de betrokkene wordt bepaald, maar afhankelijk is van toevallige omstandigheden, die door de belastingplichtige niet kunnen worden beïnvloed.⁶¹

3.3 Heffing

In artikel 5.2 Wet IB 2001 is bepaald dat over de grondslag sparen en beleggen een forfaitair (fictief) rendement berekend wordt. Ongeacht het feitelijk behaalde rendement wordt het inkomen uit sparen en beleggen bij wet vastgesteld op 4%.

Vanaf 2011 geldt voor de rendementsgrondslag 1 januari als enige peildatum, voor zover deze niet meer bedraagt dan het heffingvrije vermogen (artikel 5.2 Wet IB 2001 jo. artikel 5.5 Wet IB 2001).⁶² De rendementsgrondslag bestaat uit het saldo van de bezittingen minus de schulden. Volgens artikel 5.3, lid 3 Wet IB 2001 en artikel 5.19 Wet IB 2001 dienen deze bezittingen en schulden een waarde in het economisch verkeer te hebben. Het gaat dus om een waarde die door derden onderkend zou worden en niet de subjectieve waarde die de belastingplichtige er aan hecht.⁶³

Indien de rendementsgrondslag hoger is dan het heffingvrije vermogen van artikel 5.5 Wet IB 2001 is er in beginsel inkomstenbelasting over dit bedrag verschuldigd. Het heffingvrije vermogen ziet er op toe dat de ‘kleinere vermogens’ ontlast worden doordat een groot aantal belastingplichtigen op de eerste plaats niet eens aangeslagen wordt. Bovendien hebben de kleine vermogens meer profijt van het heffingvrij vermogen omdat relatief een groter percentage van het vermogen in deze vrijstelling valt en dus buiten de heffing blijft.

Van de vastgestelde rendementsgrondslag wordt vervolgens het forfaitaire rendement van 4% genomen. Over dit rendement dient tenslotte 30% belasting te worden betaald volgens artikel 2.13 Wet IB 2001. Dit komt neer op een effectieve belastingdruk van 1,2%, wat aanzienlijk lager is dan het tarief voor resultaat uit overige werkzaamheden in box I.

⁶⁰ HR 15 juli 1983, nr. 21830, BNB 1983/252.

⁶¹ H.J. Doedens, *Voordeel verwachten, voordeel beogen*, 1967, p. 116.

⁶² Wetsvoorstel Fiscale vereenvoudigingswet 2010, MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32130, nr. 3, p. 19-20.

⁶³ HR 10 juni 1953, nr. 11321, BNB 1953/206.

Hoofdstuk 4 Sfeerovergang tussen box I en box III

4.1 Inleiding

In voorgaande hoofdstukken zijn het resultaat uit overige werkzaamheden (box I) en het inkomen uit sparen en beleggen (box III) uitgebreid besproken. Het is nu meer duidelijk op grond van welke criteria kan worden vastgesteld of een investering in onroerend goed door natuurlijke personen belast dient te worden als resultaat uit overige werkzaamheden of als inkomen uit sparen en beleggen. Resultaat uit overige werkzaamheden in box I wordt belast middels een progressief tarief oplopend tot 52%. De voorkeur van de belastingplichtige gaat dan ook vaak uit naar de fiscale behandeling volgens box III, met het relatief gunstige tarief van 30%. Wanneer er echter verliezen worden gemaakt of er een lager rendement dan 4% wordt behaald kan de fiscale behandeling in box I juist voordeliger zijn. Hier kunnen immers verliezen tussen de verschillende inkomenscategorieën wel verrekend worden. De verschillen in fiscale behandeling tussen box III en box I hebben tot gevolg dat er een zogenaamde sfeerovergang mogelijk is. Bovendien nodigen deze verschillen ook uit tot verschillende vormen van belastingarbitrage.

Arbitrage

Arbitrage omvat alle belastingbesparende activiteiten. Deze activiteiten kunnen zowel gewenst als ongewenst zijn en ontstaan door het verschil in belastingdruk tussen de verschillende boxen. Ook verschillen in bijvoorbeeld de heffingsgrondslag en het betalingsmoment spelen hierbij een rol. Met name de momentopname die de peildatum voor de rendementsgrondslag in box III is, nodigt uit tot arbitrage. Een tijdelijke verlaging van deze rendementsgrondslag, waarbij het werkelijke vermogen gelijk blijft, zou een aanzienlijke belastingbesparing kunnen opleveren. In de wet zijn verschillende artikelen opgenomen die er op toe zien belastingarbitrage zo veel mogelijk te verminderen. Artikel 2.14, lid 3, onderdeel b en c Wet IB 2001 zien op de mogelijkheid tot verschuiven van vermogen uit box III. Het zou immers gunstig zijn vermogen uit box III (tijdelijk) te verschuiven naar een andere box om ten tijde van de peildatum een lager vermogen en dus een lagere belastingheffing te hebben. In artikel 2.14, lid 3, onderdeel b Wet IB 2001 wordt bepaald dat vermogensbestanddelen die niet langer dan drie maanden inkomen generen in box I of box II toch in de rendementsgrondslag van box III moeten worden opgenomen. Onderdeel c is van overeenkomstige aard en ziet op de periode langer dan drie maanden, maar minder dan zes maanden. Door dit artikel wordt het de belastingplichtige onmogelijk gemaakt vermogen te verschuiven om dit rond de peildatum buiten de rendementsgrondslag van box III te houden.

In onderdeel c van artikel 2.14, lid 3 Wet IB is voor de belastingplichtige wel de mogelijkheid opgenomen aannemelijk te maken dat aan de handelingen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen die de verschuivingen rechtvaardigen.

4.2 Sfeerovergang van box III naar box I

Inleiding

Naast arbitrage zorgen de verschillende fiscale behandelingen ook tot een mogelijke sfeerovergang van box III naar box I. Onder de Wet IB 1964 kon er al een sfeerovergang plaatsvinden van de bron inkomsten uit vermogen naar inkomsten uit andere arbeid of winst uit onderneming indien er geen sprake meer was van normaal vermogensbeheer. Dit gebeurde wanneer een onroerendgoedexploitatie arbeidswerkzaamheden ging omvatten en het gerealiseerde voordeel oorzakelijk samenhang met de verrichte arbeid.⁶⁴ Met de invoering van de Wet IB 2001 is voor het resultaat uit overige werkzaamheden het winstregime van overeenkomstige toepassing verklaard en de omvang van de bron 'resultaat uit overige werkzaamheden' verruimd. Een causale relatie tussen de verrichte arbeid en het behaalde voordeel is niet langer doorslaggevend, maar nog wel van belang bij de bronvoorwaarden van het resultaat uit overige werkzaamheden. In artikel 3.91, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001 wordt nu gesproken over het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat.

*BNB 1983/29*⁶⁵

Een voorbeeld waaruit blijkt dat gedurende de bezitsperiode van de belastingplichtige een sfeerovergang kan plaatsvinden van box III naar box I is BNB 1983/29. Belanghebbende kocht in 1963 een perceel grond van 1100 m² voor f 5500,-. Algemeen bekend was dat het bestemmingsplan zou wijzigen waardoor het perceel bouwgrond zou worden. In 1977 verkocht belanghebbende een deel van het perceel in twee delen aan twee kopers, 420 m² voor f 21000,- en 330 m² voor f 16500,-. Het Hof oordeelde dat de grond gekocht was met het oogmerk deze te zijner tijd met winst te verkopen en was het eens met de inspecteur, die het resultaat belastte als opbrengst van niet in dienstbetrekking verrichte arbeid. De Hoge Raad was het hier echter niet mee eens en vond dat de waardeestijging niet mocht worden belast: "De verwachting dat de grond na de aankoop ten gevolge van algemeen bekende omstandigheden nog in waarde zal stijgen levert onvoldoende reden op om de waardeestijging welke in 1977 werd gerealiseerd tot de inkomsten uit arbeid in de zin van artikel 22, lid 1, onderdeel b Wet IB 1964 te rekenen aangezien die op algemeen bekende omstandigheden gebaseerde verwachting in 1963 niet meer kon zijn dan een louter speculatief uitzicht op waardeestijging." Bovendien deed volgens de Hoge Raad het feit dat belanghebbende enige kennis van bouwbedrijvigheid had, door zijn werkzaamheden als metselaar in dienst van een bouwbedrijf, hier niets aan af. Nadat belanghebbende in 1977 activiteiten ten aanzien van het perceel grond ging verrichten mochten de waardeestijgingen wel belast worden: "het in 1977 behaalde voordeel, voor zover bestaande uit het verschil tussen de behaalde verkoopopbrengst en de waarde van de grond ten tijde dat evenbedoelde activiteiten aanvingen, wel als inkomsten uit arbeid in meerbedoelde zin moet worden aangemerkt."

⁶⁴ L.G.M. Stevens, *Elementaire belastingrecht: voor economen en bedrijfsjuristen*, 2009/2010, p. 292

⁶⁵ HR 16 juni 1982, nr. 21053, BNB 1983/29.

Alleen de intentie om het onroerend goed ooit te verkopen is dus geen reden om het object als resultaat uit overige werkzaamheden te belasten. Naast deze intentie moet er ook daadwerkelijk meer dan normaal, actief vermogensbeheer worden verricht. Wanneer belastingplichtige op een gegeven moment de grens van normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat vindt er een sfeerovergang van box III naar box I plaats. Ook is uit dit arrest gebleken dat het onroerend goed niet tegen de oorspronkelijke aankoopwaarde, maar tegen de waarde in het economisch verkeer ten tijde van de sfeerovergang box I binnenkomt.

Naar box I zonder voorperiode in box III

Onroerend goed dat normaal, actief beheerd wordt komt na aanschaf in box III terecht. Normaal gesproken zal het onroerend goed pas in box I terecht komen nadat het in box III heeft gezeten en de belastingplichtige normaal, actief vermogensbeheer te buiten is gegaan. Als de belastingplichtige op het moment van aankoop echter al de intentie heeft werkzaamheden te verrichten die tot een waardestijging van het goed zullen leiden zal het goed na aanschaf direct in box I terechtkomen zonder voorperiode in box III. Voorwaarde hier is dat die werkzaamheden niet al te lang op zich laten wachten.⁶⁶ De intentie alleen kan dus niet de grondslag vormen voor een belastingheffing als resultaat uit overige werkzaamheden, maar er moet binnen afzienbare tijd uitvoering worden gegeven aan deze intentie. Voorbeelden die kunnen leiden tot meer dan normaal actief vermogensbeheer zijn reeds besproken in hoofdstuk 2: uitponden, in belangrijke mate verrichten van groot onderhoud of aanpassingen, of het aanwenden van voorkennis of daarmee vergelijkbare bijzondere vormen van kennis.

Intentie belastingplichtige

Uit het besproken arrest is gebleken dat de intentie van de belastingplichtige bij de sfeerovergang een belangrijk punt is. De intentie bepaalt namelijk in grote mate de fiscale behandeling van het onroerend goed. Wanneer een belastingplichtige onroerend goed aanschaf valt dit in beginsel onder de rendementsgrondslag van box III. Een latere intentiewijziging doet hier niets aan af aangezien de intentie op het moment van aankoop bepalend is. Op het moment van aankoop bestond namelijk niet het voor het resultaat uit overige werkzaamheden vereiste voordeelsoogmerk.⁶⁷ Als op het moment van aankoop het oogmerk niet ligt op het behalen van voordeel dan kan er geen sprake zijn van resultaat uit overige werkzaamheden. Uit HR 16 juni 1982 blijkt dat er pas een sfeerovergang naar box I kan plaatsvinden wanneer er naast deze intentiewijziging daadwerkelijk meer dan normaal, actief vermogensbeheer wordt verricht.

⁶⁶ P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, *Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang*, WFR 2010/1363.

⁶⁷ J.P. Boer en B. van der Slik, NDFR-Commentaar bij Artikel 3.90 Wet IB 2001, Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, 3. Afbakening ten opzichte van inkomen uit sparen en beleggen (box 3), www.ndfr.nl.

4.3 Sfeerovergang van box I naar box III

Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht wat de mogelijkheden en gevolgen zijn van een sfeerovergang van box I naar box III. Met de bespreking van de volgende arresten zal duidelijk moeten worden wanneer een werkzaamheid precies eindigt alvorens er een daadwerkelijke sfeerovergang kan plaatsvinden. Dit is namelijk belangrijk om te bepalen wanneer de belastingplichtige te maken heeft met belastingheffing in box I, en wanneer in box III. Ook wordt onderzocht of een intentiewijziging wel voldoende is voor een sfeerovergang naar box III, waar dat bij een sfeerovergang van box III naar box I niet het geval was.

*BNB 2012/166*⁶⁸

In een uitspraak van de Hoge Raad op 16 maart 2012 ging het over de vraag tot welk moment een werkzaamheid doorloopt alvorens deze overgaat naar box III. Doordat belanghebbende de huurwaarde van een winkelcentrum na aankoop eigenhandig had verhoogd werd voldaan aan het arbeidsvereiste en was er sprake van resultaat uit overige werkzaamheden. Na het moment van de verhoging van die huurwaarde (in het jaar 2002) verstreken twee jaren voordat deze meerwaarde door verkoop werd gerealiseerd. In de tussenliggende periode genoot belanghebbende niet alleen van twee jaar huur, maar ook van een autonome waardeestijging. Belanghebbende wilde de werkzaamheid meteen in 2002 laten eindigen omdat zo beide voordelen naar het gunstige tarief van box III belast zouden worden. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat de werkzaamheid verplicht doorloopt tot realisatie door verkoop heeft plaatsgevonden.

De mening van Freudenthal is in overeenstemming met de uitspraak van de Hoge Raad. Wanneer een werkzaamheid is begonnen in de zin van een aankoop tot wederverkoop, en die werkzaamheid is nog niet afgerond, eindigt deze dus niet op basis van het feit dat de kwalificerende arbeid is afgerond. Het vermogensbestanddeel blijft in box I tot de afronding van de wederverkoop een feit is. Mocht de belastingplichtige van intentie veranderen, en niet langer een doorverkoop nastreven, dan vindt er wel een sfeerovergang plaats met afrekening, maar de belastingplichtige zal die intentiewijziging wel moeten stellen en bewijzen.⁶⁹

*BNB 2012/120*⁷⁰

Het vorige arrest kan niet geheel los worden gezien van HR 24 februari 2012. Het feit dat er een sfeerovergang kan plaatsvinden van box I naar box III, zelfs zonder feitelijke verkoop, werd bevestigd door het Hof 's-Gravenhage op 30 juni 2009.⁷¹ Belanghebbende, architect van beroep, kocht in deze casus een perceel grond en liet daar twee kantoorpanden op bouwen die na gereedkomen werden

⁶⁸ HR 16 maart 2012, nr. 11/01089, BNB 2012/166.

⁶⁹ HR 16 maart 2012, nr. 11/01089, BNB 2012/166, noot R.M. Freudenthal.

⁷⁰ HR 24 februari 2012, nr. 09/03137, BNB 2012/120.

⁷¹ Hof 's-Gravenhage 30 juni 2009, NTFR 2009/2204

verhuurd. In de bouwfase verrichte belanghebbende een behoorlijk aantal werkzaamheden. Volgens het Hof dient de grond vanaf het moment van aankoop voor de waarde in het economisch verkeer op de ROW-balans te worden opgenomen. Er is sprake van resultaat uit overige werkzaamheden dat na realisatie voor de waarde in het economisch verkeer overgaat naar box III. De gerealiseerde waardestijging, die optreedt bij de realisatie, dient tot het resultaat uit overige werkzaamheden te worden gerekend. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het Hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op juistheid worden getoetst.

Voorbeeld Zwemmer

Andere belangrijke informatie omtrent de sfeerovergang van box I naar box III volgt uit een voorbeeld van Zwemmer betreffende deze sfeerovergang.⁷² Belanghebbende koopt, door middel van bepaalde voorkennis, in 2001 een pand voor f900000 terwijl de vrije marktwaarde f1000000 bedraagt. Wanneer het pand na een verhuurperiode drie jaar later in 2004 verkocht wordt voor f1500000 valt er f100000 onder het resultaat uit overige werkzaamheden. Dit voordeel van f100000 is namelijk behaald door het aanwenden van bepaalde voorkennis. Volgens artikel 3.95 Wet IB 2001 is hierop het winstregime van toepassing en volgens artikel 3.25 Wet IB 2001 wordt dit resultaat genoten in het jaar 2001. Het voordeel is immers gehaald in 2001, ook al vind de realisatie pas plaats in 2004. Het behaalde voordeel uit de tussenliggende jaren valt onder de vermogensrendementsheffing van box III. Het pand is namelijk niet blijven behoren tot het vermogen waarmee resultaten uit overige werkzaamheden worden behaald omdat het in deze tussenperiode uitsluitend verhuurd is geweest.

Het pand verplaatst zich in dit voorbeeld van box I naar box III op het moment dat het met voorkennis aangekochte pand duurzaam wordt verhuurd, aangezien verhuren onder normaal vermogensbeheer valt. Volgens artikel 3.95 jo. 3.61 Wet IB 2001 dient belastingplichtige af te rekenen over de vermogenswinst behaald door de gunstige aankoopprijs. Dat deze stille reserves niet zijn gerealiseerd doet hier niets aan af. Het winstregime voorziet immers in een realisatie op het moment van de sfeerovergang.⁷³

Samen met de eerdergenoemde arresten maakt dit voorbeeld duidelijk dat een pand over kan gaan van resultaat uit overige werkzaamheden naar box III. Niet in overeenstemming met de eerdergenoemde arresten is echter het moment van de daadwerkelijke sfeerovergang. Waar dat in het voorbeeld van Zwemmer op het moment van de intentiewijziging is, blijkt uit de arresten dat juist op het daadwerkelijke moment van realisatie de sfeerovergang plaatsvindt.

⁷² J.W. Zwemmer, *Inkomsten uit overige werkzaamheden met betrekking tot vermogen in Box 3*, NTFR 2001/1001.

⁷³ J.P. Boer en B. van der Slik, NDFR-Commentaar bij Artikel 3.90 Wet IB 2001, Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, 5. Toetsing aan de bronvoorwaarden, www.ndfr.nl.

*Reactie Freudenthal*⁷⁴

Freudenthal vindt het voorbeeld van Zwemmer daarom ook aanvechtbaar. Volgens hem is er in het voorbeeld geen sprake van een sfeerovergang en lopen de werkzaamheden door tot 2004 waardoor alle voordelen (dus f600000) in box I belast moeten worden op het moment van realisatie. Doordat het pand is aangekocht met het oogmerk van doorverkoop met winst belandt het volgens Freudenthal verplicht in resultaat uit overige werkzaamheden op het moment van aankoop. Dit is een verplichte etikettering. Zoals uit het arrest van 16 maart 2012 ook blijkt loopt de werkzaamheid verplicht door tot het moment van realisatie door verkoop.

Volgens Freudenthal zijn er slechts twee redenen die voor een overgang van box I naar box III kunnen zorgen. Dit is door een staking van de werkzaamheid (realisatie) of een heretikettering vanwege een bijzondere omstandigheid.⁷⁵ In het voorbeeld van Zwemmer blijft het pand dus verplicht in box I omdat het wordt aangehouden in afwachting van het juiste moment om de bij aankoop ontstane overwaarde te realiseren. De enige reden om dit te voorkomen is het forceren van een beëindiging van de werkzaamheid, bijvoorbeeld door vervreemding van het pand direct na aankoop. De reactie van Freudenthal werd bevestigd door de zojuist besproken uitspraak van de Hoge Raad op 16 maart 2012. Hierin werd bepaald dat de werkzaamheid in de zin van artikel 3.90 in beginsel voortduurde tot het moment van wederverkoop. Dit is alleen anders indien op enig moment voor dat tijdstip niet meer voldaan wordt aan de voorwaarden voor het bestaan van een werkzaamheid, bijvoorbeeld omdat de belastingplichtige de bestemming van het vermogensbestanddeel heeft gewijzigd in duurzaam aanhouden ter belegging.

Sfeerovergang zonder feitelijke realisatie

Indien er een sfeerovergang plaatsvindt is er geen sprake van een feitelijke realisatie. De belastingplichtige krijgt immers nooit daadwerkelijk geld in handen voor de realisatie. Ligthart en Plat gaan dieper in op de sfeerovergang zonder daadwerkelijke realisatie.⁷⁶ Zij betogen dat er met de invoering van de Wet IB 2001 niet is bedoeld een wijziging aan te brengen ten aanzien van het regime voor inkomsten uit andere arbeid. ‘De arbeid’ dient echter te zijn gericht op de verkoop van het desbetreffende vermogensbestanddeel teneinde daarmee een (voorzienbaar) voordeel te realiseren. Het heffingslek, zoals dat onder de Wet IB 1964 kon bestaan vanwege het ontbreken van een genietingsmoment, is onder de Wet IB 2001 niet langer mogelijk. Een feitelijk genietingsmoment, zoals de verkoop van het vermogensbestanddeel, is niet nodig om tot belastbaarheid van het voordeel

⁷⁴ R.M. Freudenthal, *De onbestaanbaarheid van ‘inkomsten uit overige werkzaamheden met betrekking tot vermogen in box 3’*, NTFR 2001/1393.

⁷⁵ R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, 2002, p.161-162.

⁷⁶ N.M. Ligthart en E.T.N.P. Plat, *Artikel 3.91, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 in spagaat*. WFR 2005/1665.

te concluderen.⁷⁷ De belastingplichtige krijgt geen daadwerkelijk geld in handen, maar er ontstaat wel een belastingclaim.

Conclusie

De omstandigheden in besproken arresten waren anders, en dus leidde dit tot andere uitkomsten. In het eerste arrest over het winkelcentrum stond de verkoop vanaf het begin van de activiteiten voorop. In het tweede arrest was verkoop nimmer het motief, maar ging het om de ontwikkeling van de panden die daarmee het vermogen van belastingplichtige in box III zouden verhogen. In het eerste geval dient de werkzaamheid pas afgesloten te worden wanneer aan de intentie voldaan wordt, dus wanneer het winkelcentrum verkocht wordt. In het tweede geval wordt de werkzaamheid afgesloten wanneer de panden ontwikkeld zijn en er met verhuur gestart wordt.

Het voorbeeld van Zwemmer is naar mening onjuist omdat de intentie van de belastingplichtige erop gericht blijft winst te behalen en het pand hiervoor in afwachting wordt aangehouden. De periode van 2001 tot 2004 waarin het pand verhuurd wordt zorgt niet voor een verandering in de uiteindelijke intentie van de belastingplichtige. Na de realisatie door middel van verkoop kan er pas een sfeerovergang plaatsvinden naar box III. Daadwerkelijk geld krijgt de belastingplichtige bij de sfeerovergang zoals gezegd niet in handen, in plaats daarvan ontstaat er een belastingclaim. Hiervoor worden in paragraaf 4.6 mogelijke oplossingen aangedragen.

4.4 Andere overgangsmogelijkheden

Uit voorgaande paragraaf is gebleken dat er een sfeerovergang kan plaatsvinden van het resultaat uit overige werkzaamheden naar box III. De mogelijkheid bestaat echter ook dat er na een periode van meer dan normaal, actief vermogensbeheer wordt gekozen voor zelfbewoning. Hierdoor vindt er een sfeerovergang plaats naar een andere inkomenscategorie, maar niet naar een andere box. Ook wanneer besloten wordt tot zelfbewoning vindt er namelijk staking van de werkzaamheden plaats die belast wordt volgens artikel 3.95, lid 1 jo. Artikel 3.61 Wet IB 2001. In een dergelijk geval wordt immers niet langer voldaan aan de bronvereisten behandeld in hoofdstuk 2. Het onroerend goed blijft in dit geval wel in box I maar valt nu onder de belastbare inkomsten uit eigen woning als bepaald in artikel 3.110 Wet IB 2001.

Doordat er in deze situatie ook sprake is van het staken van een werkzaamheid vindt er een sfeerovergang plaats en moet er worden afgerekend over de waarde in het economisch verkeer van het onroerend goed op dat moment.⁷⁸

⁷⁷ J.P. Boer en B. van der Slik, NDFR-Commentaar bij Artikel 3.90 Wet IB 2001, Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, 5. Toetsing aan de bronvoorwaarden, www.ndfr.nl.

⁷⁸ N.M. Ligthart en E.T.N.P. Plat, *Artikel 3.91, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 in spagaat*. WFR 2005/1665.

4.5 Sfeerovergang onder de Wet IB 1964

Onder de Wet IB 1964 kwam onroerend goed de sfeer van artikel 22, eerste lid, onderdeel b binnen op het moment dat er voldaan werd aan de bronvoorwaarden. Dit gebeurde in beginsel voor de aanschaffings- of voortbrengingswaarde.

Een met voorkennis aangekocht en voor verkoop met winst bestemd vermogensbestanddeel kwam direct in de arbeidssfeer terecht. Wanneer een verhuurder met het oog op een toekomstige verkoop aan een reeds in het bezit zijnde beleggingspand zelf groot onderhoud ging verrichten en daarmee redelijkerwijs te verwachten voordeel beoogde, onderging het pand op dat moment een overgang naar de arbeidssfeer. Doordat de Hoge Raad voorzag in een zogenaamde step-upregeling, waarbij de onroerende zaak de arbeidssfeer binnenkwam tegen de waarde in het economisch verkeer op het moment direct voorafgaand aan de sfeerovergang, diende de oorspronkelijke verkrijgingsprijs niet in aanmerking te worden genomen.⁷⁹ Het realisatie- cq. genietingsmoment werd bepaald op grond van artikel 33 Wet IB 1964, en voorzag alleen in heffing op het moment waarop de inkomsten ontvangen of verrekend waren, ter beschikking van belastingplichtige gesteld, rentedragend waren geworden, danwel vorderbaar en tevens inbaar waren geworden. Dit betekent dat een met voorkennis aangekocht pand overgaat naar de vermogenssfeer wanneer het wordt geëxploiteerd zonder normaal, actief vermogensbeheer te buiten te gaan. Dit ging onder het regime van de Wet IB 1964 in beginsel geruisloos.⁸⁰

Onder de Wet IB 1964 vormde het arbeidsvereiste de scheidslijn tussen box III en box I. Met de invoering van de Wet IB 2001 moest de belastingplichtige echter ook enige vorm van arbeid hebben verricht, die normaal, actief vermogensbeheer te boven ging en die had bijgedragen aan het behaalde resultaat om tot de bron resultaat uit overige werkzaamheden te behoren. Een ander verschil met de Wet IB 1964 is dat er onder de huidige wetgeving een belastingclaim ontstaat bij het overgaan vanuit box I, ongeacht of deze inkomsten zijn gerealiseerd. In de volgende paragraaf worden mogelijke oplossingen voor dit probleem besproken.

4.6 Oplossingen

In beginsel dient er te worden afgerekend over een sfeerovergang van box I naar box III volgens artikel 3.95, lid 1 jo. artikel 3.61 Wet IB 2001. Hierbij treedt echter het probleem op dat belastingplichtige op dat moment niet daadwerkelijk het geld in handen krijgt. In de wet wordt hiervoor geen oplossing aangedragen. In deze paragraaf zullen mogelijke oplossingen besproken worden.

⁷⁹ HR 16 juni 1982, nr. 21053, BNB 1983/29.

⁸⁰ N.M. Ligthart en E.T.N.P. Plat, *Artikel 3.91, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 in spagaat*. WFR 2005/1665.

4.6.1 Compartimentering

De eerste mogelijke oplossing is compartimentering. Compartimenteren houdt in dat de vermogenswinsten en inkomsten over tijdvakken met een verschillend fiscaal regime moeten worden verdeeld.⁸¹

Sfeerovergang van box I naar box III bij de deelnemingsvrijstelling

Een overgang van een tijdvak waarin de deelnemingsvrijstelling van toepassing is naar een tijdvak waarin deze niet van toepassing is, of omgekeerd, is ook een overgang waarbij feitelijk geen inkomsten worden gerealiseerd, maar waar toch een belastingclaim ontstaat. In een besluit van de staatssecretaris van financiën is besloten: “Indien de belastingplichtige aandelen bezit, waarop gedurende enig tijdvak de deelnemingsvrijstelling van toepassing is en gedurende een volgend tijdvak niet, of omgekeerd, keur ik goed dat de belastingplichtige bij het einde van het eerstbedoelde tijdvak de kostprijs van de aandelen handhaaft onder de voorwaarde dat de belastingplichtige schriftelijk verklaart wat de waarde in het economisch verkeer op dat moment is en tevens verklaart zich niet later op het standpunt te zullen stellen dat de kostprijs had moeten worden herzien bij het einde van het eerstbedoelde tijdvak en dat het resultaat uit dien hoofde eerder in de heffing had moeten worden betrokken.”⁸² Door dit besluit werd het mogelijk de belastingclaim vooruit te schuiven door de oude kostprijs te blijven hanteren. Een gedwongen winstneming zou hierdoor voorkomen worden. Inmiddels is dit besluit van de staatssecretaris ingetrokken.⁸³ Dit neemt mijns inziens echter niet weg dat deze overgang grote overeenkomsten met die van de sfeerovergang van box I naar box III vertoont, waardoor ook in dat geval de belastingclaim vooruitgeschoven zou moeten kunnen worden.

Sfeerovergang van box III naar box I

Uit HR 16 juni 1982 blijkt dat het onroerend goed tegen de waarde in het economisch verkeer ten tijde van de sfeerovergang box I binnenkomt. Wanneer er een sfeerovergang van box III naar box I plaatsvindt voor de waarde in het economisch verkeer kunnen er in deze waarde bepaalde waardeinstijgingen zijn inbegrepen die buiten de invloedssfeer van de belastingplichtige zijn ontstaan. Bijvoorbeeld het toenemen van de potentie en de ontwikkelingsmogelijkheden van het onroerend goed. Tot aan de sfeerovergang zijn deze stijgingen belast volgens het fictieve rendement in box III, maar na de overgang zijn op grond van artikel 3.95 Wet IB 2001 veel bepalingen uit het winstregime van overeenkomstige toepassing.⁸⁴

⁸¹ HR 12 mei 2006, nr. 41105, BNB 2006/269, conclusie A-G Van Ballegooijen, punt 6.2 en 6.3.

⁸² Besluit 3 december 1999, nr. DB99/3318M, V-N 1999/57.24.

⁸³ Besluit 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, BNB 2008/121.

⁸⁴ P.G.H. Albert en T.M. Berkhout, *Vastgoed: box 3, resultaat uit overige werkzaamheden en sfeerovergang*, WFR, 2010/1363.

4.6.2 De conserverende aanslag

Een andere mogelijke oplossing is het heffen bij wege van een conserverende aanslag. De mogelijke oplossing waarbij er gecompartmenteerd wordt zorgt ervoor dat de oorspronkelijke kostprijs gehanteerd blijft worden en de belastingclaim vooruitgeschoven wordt. Bij een conserverende aanslag wordt de feitelijke heffing geconserveerd en de fiscus behoudt haar claim. Artikel 9.1 Wet IB 2001 ziet op de oplossing van de conserverende aanslag, waarbij belasting wordt geheven over het te conserveren inkomen. Dit is bijvoorbeeld mogelijk bij stakingswinst na overheidsingrijpen bepaald in artikel 3.64, eerste lid Wet IB 2001. Net als bij de sfeerovergang van box I naar box III ontstaat er een belastingclaim, maar wordt er niet afgerekend omdat er geen feitelijke inkomsten zijn die de belastingplichtige in handen krijgt. Naar mijn mening vormt de conserverende aanslag ook voor de sfeerovergang van box I naar box III een mogelijke oplossing. Een daadwerkelijk moment van betaling van de conserverende aanslag ontbreekt echter in de wet.

Uitstel van betalingsfaciliteit

Een mogelijke oplossing voor het moment van betalen wordt geboden in artikel 25 van de Invorderingswet 1990. Het veertiende lid van dit artikel biedt een betalingsfaciliteit voor het einde van de terbeschikkingstellingregeling. In dit artikel wordt bepaald dat er bij ministeriële regeling regels worden gesteld met betrekking tot het verlenen van uitstel van betaling voor de duur van ten hoogste tien jaar, mits voldoende zekerheid is gesteld, voor belastingaanslagen voor zover daarin is begrepen inkomstenbelasting die is verschuldigd wegens het beëindigen van een terbeschikkingstelling van een zaak in de zin van artikel 3.91 of artikel 3.92 Wet IB 2001. Deze regelgeving ook laten gelden voor de betaling van de conserverende aanslag van onroerend goed volgens artikel 3.91, eerste lid, onderdeel c Wet IB 2001 zou naar mijn mening een mogelijke oplossing zijn.

Hoofdstuk 5 Conclusie

In deze thesis werden de mogelijkheden van een sfeerovergang van resultaat uit overige werkzaamheden in box I naar het inkomen uit sparen en beleggen in box III (en omgekeerd) onderzocht. De nadruk lag hierbij op investeringen in onroerend goed door natuurlijke personen. Alvorens de probleemstelling kon worden beantwoord is er eerst onderzocht op grond van welke criteria kan worden vastgesteld of investeren in onroerend goed moet worden belast als resultaat uit overige werkzaamheden in box I of als inkomen uit sparen en beleggen in box III.

Het ‘resultaat uit overige werkzaamheden’ uit box I is in hoofdstuk 2 nader toegelicht. Een investering in onroerend goed belasten als zijnde resultaat uit overige werkzaamheden is mogelijk wanneer aan de vijf bronvereisten voldaan wordt. Er moet sprake zijn van enige vorm van arbeid, waarbij voordeel wordt beoogd en ook redelijkerwijs te verwachten valt. Bovendien moet er worden deelgenomen aan het economisch verkeer en mag er geen sprake zijn van winst uit onderneming of loon uit dienstbetrekking. Wanneer duidelijk is dat het bestanddeel tot de bron resultaat uit overige werkzaamheden behoort heeft dit een relatief hoge belastingheffing, naar een progressief oplopend tot 52%, tot gevolg. Bovendien is het van belang gebleken dat normaal, actief vermogensbeheer te buiten wordt gegaan om een dergelijke belastingheffing tot gevolg te hebben. Hierbij zijn de achterliggende gedachte en gevolgen van artikel 3.91, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001 besproken. De voorbeelden ‘uitponden’, ‘voorkennis’ en ‘het verrichten van groot onderhoud’ zijn door middel van jurisprudentie verduidelijkt. Geconcludeerd kan worden dat de voorbeelden uit dit artikel geen zelfstandige heffingsgrondslag vormen, maar een aanknopingspunt voor de rechter zijn in toekomstige rechtsontwikkeling.

In hoofdstuk 3 is vervolgens het inkomen uit sparen en beleggen uit box III besproken. Als de werkzaamheden met betrekking tot onroerende zaken normaal, actief vermogensbeheer niet te buiten gaan, behoren ze tot het vermogen van box III. Het gaat hier met name om de zogenoemde tweede woningen en vakantiewoningen, maar ook om woningen die door natuurlijke personen worden verhuurd. In deze box vindt belastingheffing plaats tegen het lagere tarief van 30%. Hierbij wordt gebruik gemaakt van een fictief tarief van 4%. Belangrijk is dat de bezittingen en schulden naar waarde in het economisch verkeer in de rendementsgrondslag worden opgenomen.

In het vierde hoofdstuk zijn de mogelijkheden tot een overgang tussen beide boxen onderzocht, de zogenaamde sfeerovergang. Uit jurisprudentie is duidelijk geworden dat er een sfeerovergang kan plaatsvinden van box III naar box I. Alleen de intentie van de belastingplichtige om het onroerend goed ooit te verkopen is niet genoeg om het object als resultaat uit overige werkzaamheden te belasten. Naast deze intentie moet er ook daadwerkelijk meer dan normaal, actief vermogensbeheer worden

verricht, waardoor er een sfeerovergang van box III naar box I optreedt. Waar dit voorheen niet het geval was, wordt er dan namelijk wel voldaan aan de vereisten die in hoofdstuk 2 zijn genoemd.

Uit de literatuur en jurisprudentie is gebleken dat er ook een sfeerovergang kan plaatsvinden van box I naar box III. Met name het daadwerkelijke moment van de sfeerovergang zorgt echter voor de nodige discussie. Waar dat in het voorbeeld van Zwemmer op het moment van de intentiewijziging is, blijkt uit de besproken arresten dat juist op het daadwerkelijke moment van realisatie de sfeerovergang plaatsvindt. Ik sluit mij aan bij de uitspraak van de Hoge Raad op 16 maart 2012 en de mening van Freudenthal. Wanneer een werkzaamheid is begonnen in de zin van een aankoop tot wederverkoop, en die werkzaamheid is nog niet afgerond, eindigt deze niet op basis van het feit dat de kwalificerende arbeid is afgerond. Het vermogensbestanddeel blijft in box I tot de afronding van de wederverkoop een feit is.

Daadwerkelijk geld krijgt de belastingplichtige bij de sfeerovergang niet in handen, in plaats daarvan ontstaat er een belastingclaim. Hiervoor werden in paragraaf 4.6 met compartimentering en de conserverende aanslag mogelijke oplossingen aangedragen.

Literatuur- en jurisprudentielijst

Boeken

Doedens 1967

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

Dusarduijn 2010

S.M.H. Dusarduijn, *Vermogensrendementsheffing*, Deventer: Kluwer, 2010.

Essers e.a. 2012

P.H.J. Essers, M.L.M. van Kempen, D.A. Albrechtse, A.J.M. Arends, J. Doornebal, M.J. Hoogeveen, F.P.G. Pötgens, A.C. Rijkers, G.W.B. van Westen, A.C. Rijkers, *Cursus Belastingrecht IB 2001*, Editie 2012-2013, Deventer: Kluwer 2012.

Freudenthal 2002

R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, Deventer: Kluwer 2002.

Van den Hoeven/Fermont 2009

W. Fermont en D. van den Hoeven, *Kluwer Belastinggids*, Deventer: Kluwer 2009.
2001, Deventer: Kluwer 2001

Stevens 2009

L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht: voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2009.

Artikelen

Albert/Berkhout 2010

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

Boer/Van der Slik

J.P. Boer en B. van der Slik, NDFR-Commentaar bij Artikel 3.90 Wet IB 2001, Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, www.ndfr.nl.

Freudenthal 2001

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

De Kort 2010

J.W.J. de Kort, *Het uitponen van onroerende zaken*, Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht, 2010/05.

Ligthart/Plat 2005

N.M. Ligthart en E.T.N.P. Plat, *Artikel 3.91, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 in spagaat*, Weekblad Fiscaal Recht 2005/1665.

Niessen 1997

R.E.C.M. Niessen, *Algemene en bijzondere bronkenmerken*, Weekblad Fiscaal Recht 1997/6227.

Zwemmer 2001

J.W. Zwemmer, *Inkomsten uit overige werkzaamheden met betrekking tot vermogen in Box 3*, Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht 2001/1001.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1998/99, 26727, nr. 3.

Kamerstukken II 1998/99, 26727, nr. 3, Bijlage 1.

Kamerstukken II 1999/2000, 26727, nr. 7, p. 263-265.

Amendement Bos/Reitsma, kamerstukken II 1999/2000, 26727, nr. 75.

MVA, Eerste Kamer, 1999/2000, 26727, nr. 202a.

MvT, Tweede Kamer 1998/99, 26727, nr. 3, V-N BP21/17 p.318.

Besluit 3 december 1999, nr. DB99/3318M, V-N 1999/57.24.

Besluit 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, BNB 2008/121.

Jurisprudentielijst

HR 26 november 1930 B. 4857.

HR 25 januari 1933, B. 5365.

HR 30 januari 1953 BNB 1953/116.

HR 10 januari 1963, nr. 196/92, BNB 1963/219.

HR 15 december 1965, nr. 15498, BNB 1966/103.

HR 19 april 1978, nr. 18805, BNB 1978/132.

HR 23 december 1981, nr. 20904, BNB 1982/155.

HR 16 juni 1982, nr. 21053, BNB 1983/29.

HR 4 april 1973, nr. 17065, BNB 1973/133.

HR 15 juli 1983, nr. 21830, BNB 1983/252.

HR 25 november 1987, nr. 24760, BNB 1988/101.

HR 3 oktober 1990, nr. 26142, BNB 1990/329.

HR 14 april 1993, nr. 28847, BNB 1993/203.

HR 30 september 1998, BNB 1999/17.

HR 16 maart 2012, nr. 11/01089, BNB 2012/166.

HR 24 februari 2012, nr. 09/03137, BNB 2012/120.

HR 1 februari 2002, NTFR 2002/220, NTFR 2002/221 en NTFR 2002/222.

HR 20 juni 2003, nr. 37974, BNB 2003/306.

HR 12 mei 2006, nr. 41105, BNB 2006/269.

HR 9 oktober 2009, nr. 43035, NTFR 2009/2202.

HR 24 december 2010, nr. 09/02964, V-N 2010/66.13.

HR 20 mei 2005, nr. 24/2005, NTFR 2005/766.

Hof Arnhem 20 december 2002, nr. 00/1492, NTFR 2003/303.

Hof De Bosch 16 december 2011, nr. 09/00696.

Hof 's-Gravenhage 30 juni 2009, NTFR 2009/2204.

Hof Den Haag 16 februari 2000, NTFR 2000/538.

Hof Amsterdam 8 maart 2012, V-N 2012/34.12.