

Meer dan normaal, actief vermogensbeheer in de inkomstenbelasting II

het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan

Naam: F.C.H. Verdaasdonk (Nicky)
ANR: 860321
Studierichting: Fiscale economie
Datum: 31 augustus 2016
Begeleidster: Prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken
Examencommissie: Prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken & mr. dr. M.J. Hoogeveen

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1	Inleiding	5
1.1	Aanleiding van het onderzoek	5
1.2	Probleemstelling en deelvragen.....	6
1.3	Plan van aanpak.....	6
Hoofdstuk 2	Kader meer dan normaal (actief) vermogensbeheer	7
2.1	Inleiding.....	7
2.2	Het bronnenstelsel	7
2.2.1	Inleiding	7
2.2.2	Inkomenscategorie ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’	7
2.2.3	Bronvereisten bij inkomsten uit andere arbeid en ROW	8
2.2.3.1	<i>Inleiding.....</i>	8
2.2.3.2	<i>Deelname aan het economisch verkeer</i>	8
2.2.3.3	<i>Voordeel verwachten en voordeel beogen.....</i>	8
2.2.3.4	<i>Het verrichten van arbeid.....</i>	9
2.2.3.5	<i>Niet zijnde winst uit onderneming of loon uit dienstbetrekking.....</i>	9
2.3	Meer dan normaal, actief vermogensbeheer.....	9
2.3.1	Inleiding	9
2.3.2	Het verrichten van arbeid	10
2.3.3	De voordeelsvereisten ‘voordeel verwachten’ en ‘voordeel beogen’	11
2.4	HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, BNB 2010/117.....	11
2.5	Samenvatting en conclusie	12
Hoofdstuk 3	Meer dan normaal vermogensbeheer en de verhuur(onderneming) van onroerend goed	13
3.1	Inleiding.....	13
3.2	De verhuur(onderneming) in de IB/VPB	13
3.2.1	Inleiding	13
3.2.2	HR 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976/860	14
3.2.3	Het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ bij de verhuur(onderneming).....	15
3.2.3.1	<i>Inleiding.....</i>	15
3.2.3.2	<i>HR 7 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9757, BNB 1981/299</i>	15
3.2.3.3	<i>HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, BNB 1994/319</i>	16
3.2.3.4	<i>HR 29 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1845, BNB 1996/232.....</i>	16
3.2.3.5	<i>De toepassing van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’</i>	17
3.2.4	Casuïstische jurisprudentie over de verhuur(onderneming).....	18
3.2.4.1	<i>Inleiding.....</i>	18
3.2.4.2	<i>Hof Den Haag 6 november 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AV9939, V-N 1997/2509.....</i>	18

3.2.4.3	<i>Hof Amsterdam 12 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO6661, NTFR 2004/688</i>	18
3.2.4.4	<i>Hof Arnhem 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY7287, V-N 2006/58.1.5</i>	18
3.2.4.5	<i>Hof Arnhem 15 april 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI3295, V-N 2009/40.10</i>	19
3.2.5	Het onderscheid tussen beleggen en ondernemen in de literatuur	19
3.2.5.1	<i>Inleiding</i>	19
3.2.5.2	<i>Het meerwaardecriterium van Van Dijck</i>	19
3.2.5.3	<i>De omstandighedencatalogus van Te Niet</i>	20
3.2.7	Samenvatting en tussenconclusie	21
3.3	De verhuur(onderneming) en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	22
3.3.1	<i>Inleiding</i>	22
3.3.2	De parlementaire geschiedenis over de BOF	22
3.3.3	De jurisprudentie met betrekking tot de BOF	23
3.3.3.1	<i>Hof Den Bosch 16 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV6837, V-N 2012/22.20</i>	23
3.3.3.2	<i>Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8439</i>	23
3.3.3.3	<i>Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, V-N 2014/8.22</i>	24
3.3.3.4	<i>Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, V-N 2014/19.18</i>	24
3.3.3.5	<i>Hof Den Bosch 25 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1157</i>	25
3.3.3.6	<i>HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633</i>	25
3.3.3.8	<i>Samenvatting en tussenconclusie</i>	26
3.4	Samenvatting en conclusie	26

Hoofdstuk 4 Meer dan normaal vermogensbeheer en de inkomenscategorie

	‘ROW’ na 2009	28
4.1	<i>Inleiding</i>	28
4.2	Casuïstische jurisprudentie	29
4.2.1	<i>Inleiding</i>	29
4.2.2	<i>Hof Arnhem 15 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7235, V-N 2012/43.13</i>	29
4.2.3	<i>Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY3919, V-N 2013/12.15</i>	29
4.2.4	<i>Hof Amsterdam 12 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2952, V-N 2013/61.1.2</i>	30
4.2.5	<i>Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8442</i>	30
4.2.6	<i>Hof Den Bosch 3 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4003, V-N 2014/64.1.4</i>	31
4.2.7	<i>Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9821, V-N 2015/14.11</i>	31
4.2.8	<i>Hof Den Bosch 2 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2524, V-N 2015/53.9</i>	32
4.2.9	Samenvatting en conclusie	32
4.3	Het te verwachten rendement (van een normale vermogensbeheerder te boven gaan) bij de inkomenscategorie ‘ROW’	33
4.3.1	<i>Inleiding</i>	33
4.3.2	De (deel)toets als meerwaardecriterium	33
4.3.3	De (deel)toets als concretisering/objectivering	34
4.3.3.1	<i>Inleiding</i>	34

4.3.3.2	<i>Een vergelijking van de werkzaamheden</i>	34
4.3.3.3	<i>Een cijfermatige benadering van het rendement</i>	34
4.3.4	Samenvatting en conclusie	35
4.4	De forfaitaire rendementsheffing	36
4.5	Samenvatting en conclusie	36
Hoofdstuk 5	Een concretere/objectievere invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’	38
5.1	Inleiding.....	38
5.2	Het Duitse belastingsysteem.....	38
5.2.1	Inleiding	38
5.2.2	Het normale vermogensbeheer te boven gaan.....	38
5.2.3	De meerwaarde-/speculatiebepaling.....	39
5.3	Het Belgische belastingsysteem	39
5.3.1	Inleiding	39
5.3.2	Normaal of meer dan normaal vermogensbeheer.....	40
5.3.3	De meerwaarde-/anti-speculatiebepaling	40
5.4	Het concretiseren/objectiveren van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’	41
5.4.1	Inleiding	41
5.4.2	Het onderscheid tussen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer	41
5.4.2.1	<i>Inleiding</i>	41
5.4.2.2	<i>De Duitse ondernemingsvergelijking</i>	41
5.4.2.3	<i>De ‘Drei-Objekt-Grenze</i>	42
5.4.2.4	<i>De Belgische systematiek</i>	42
5.4.3	De meerwaarde-/anti-speculatiebepaling	42
5.5	Samenvatting en conclusie	43
Hoofdstuk 6	Conclusie en aanbeveling	44
6.1	Inleiding.....	44
6.2	Conclusie.....	44
6.3	Aanbeveling en afsluiting.....	45
Literatuurlijst	46

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding van het onderzoek

In mijn masterscriptie (fiscaal recht) over ‘Meer dan normaal, actief vermogensbeheer in de inkomstenbelasting’ concludeerde ik, dat het arrest ‘HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, *BNB* 2010/117’ zorgde voor de nodige onduidelijkheid.¹ Dit kwam met name door de volgende rechtsoverweging:

“(…) van belastbare arbeidsinkomsten is wel sprake indien de uitponding gepaard gaat met 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. Eveneens is bij uitponding sprake van belastbare arbeidsinkomsten indien bijzondere kennis er in belangrijke mate toe heeft bijgedragen dat de belastingplichtige met die uitponding voordeel heeft kunnen behalen. De vermelding van het uitponden van onroerende zaken in artikel 3.91, lid 1, letter c, van de Wet IB 2001 is slechts bedoeld als voorbeeld. Uit de toelichting bij het amendement waarbij dit voorbeeld aan de wettekst is toegevoegd, blijkt dat daarmee niet is beoogd af te wijken van de jurisprudentie onder de Wet IB 1964 ten aanzien van andere inkomsten uit arbeid. (...).”²

De Hoge Raad gaf hierin enerzijds aan dat er geen wijzigingen zijn beoogd ten opzichte van de oudere jurisprudentie en introduceerde anderzijds een nieuwe (deel)toets ‘het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan’. Deze toets was nieuw bij de inkomenscategorie ‘resultaat uit overige werkzaamheden’ (hierna: ROW) en meer specifiek bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Voorheen lag de nadruk op de aard en omvang van de werkzaamheden en moest ‘slechts’ een positief voordeel worden verwacht. De Hoge Raad lichtte deze nieuwe toets niet toe en dat zorgde voor de nodige onduidelijkheid. Zo is het onduidelijk wat het rendement is van een normale, actieve vermogensbeheerder, hoe dit rendement berekend dient te worden en wanneer boven dit rendement uit wordt gegaan. Deze onduidelijkheid blijkt ook uit de (lagere) rechtspraak, die deze toets op verschillende wijzen toepast.

Toch is deze toets niet nieuw. In de jurisprudentie onder de Wet IB 1964 kwam een soortgelijke toets naar voren bij de verhuur van onroerend goed. Het ging dan om de vraag of er sprake was van gewone verhuur (inkomsten uit vermogen) of een verhuuronderneming (winst uit onderneming). Dit onderscheid was van belang vanwege de gunstige ondernemingsfaciliteiten en werd voornamelijk gemaakt aan de hand van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. Hierbij kwamen een tweetal deeltoetsen naar voren ‘de aard en omvang van de werkzaamheden moeten uitgaan boven normaal vermogensbeheer’ en ‘de werkzaamheden moeten leiden tot een hoger te verwachten rendement dan een normale vermogensbeheerder kan verwachten’. Deze laatste toets komt overeen met de door de Hoge Raad geïntroduceerde toets bij ROW.

Het onderscheid tussen de gewone verhuur en de verhuuronderneming speelt in de inkomstenbelasting niet of nauwelijks meer een rol sinds de invoering van de Wet IB 2001 en de forfaitaire rendementsheffing in box 3. Deze forfaitaire rendementsheffing zorgt er namelijk voor dat verhuurders een relatief lage belastingdruk hebben. Hierdoor zijn de voordelen van de ondernemingsfaciliteiten ‘verdwenen’.

Daarentegen komt het onderscheid tussen de gewone verhuur en de verhuuronderneming de laatste jaren regelmatig naar voren met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (hierna: BOF) uit de Successiewet. Ook hierbij speelt de (deel)toets ‘het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan’ een zekere rol.

¹ Verdaasdonk 2016, p. 59, par. 6.2. Deze scriptie schreef ik eerder voor mijn master fiscaal recht.

² HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, *BNB* 2010/117, r.o. 3.3.

In het vervolg van deze scriptie wordt, aan de hand van de jurisprudentie over de verhuur(onderneming) van onroerend goed, onderzocht wat de Hoge Raad bedoelt met ‘het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan’. Hierdoor moet duidelijk worden hoe deze (deel)toets en, of deze deelttoets toepasbaar is bij de inkomenscategorie ‘ROW’ en meer specifiek bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden.

1.2 Probleemstelling en deelvragen

Probleemstelling

Is de (deel)toets ‘het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan’ toepasbaar bij de inkomenscategorie ‘ROW’ en meer specifiek bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden?

Deelvragen

- Waar komt de (deel)toets ‘het rendement van de normale, actieve vermogensbeheerder te boven gaan’ vandaan?
- Hoe werd deze (deel)toets toegepast in de verhuur(onderneming) jurisprudentie?
 - Wat is het rendement van een normale, actieve, vermogensbeheerder?
 - Gaat het om het netto of bruto rendement?
 - Wordt er onderscheid gemaakt tussen ‘eigen’ of ‘geleend’ vermogen?
 - Welke andere criteria spelen een rol bij deze norm?
- Is deze norm toepasbaar bij de inkomenscategorie ‘ROW’ en meer specifiek bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden?

1.3 Plan van aanpak

In hoofdstuk 2 wordt een kader geschapen voor het verdere onderzoek. De basis van dit onderzoek is de wettelijke grondslag bij de inkomenscategorie ‘ROW’ en de daarbij behorende bronvereisten. Vervolgens wordt er verder ingegaan op het begrip ‘meer dan normaal (actief) vermogensbeheer’. Hierbij komt het arrest ‘HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, *BNB* 2010/117’ aan bod. Dit arrest zorgde voor de nodige onduidelijkheid met betrekking tot (belastbare) onroerendgoedtransacties en vormt de aanleiding van het (verdere) onderzoek.

In hoofdstuk 3 komt de jurisprudentie met betrekking tot de verhuur(onderneming) van onroerend goed aan bod. Hierbij wordt specifiek gekeken naar de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’. Dit moet leiden tot een beter inzicht in de toepassing van deze toets. Bijvoorbeeld wat is het rendement van een normale (actieve) vermogensbeheerder en hoe dient dit getoetst te worden. Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 de jurisprudentie met betrekking tot onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden (ROW) na het arrest ‘HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, *BNB* 2010/117’ behandeld. Ook hierbij wordt specifiek ingegaan op de invulling van de norm ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’. In dit hoofdstuk wordt ook ingegaan op de toepasbaarheid van deze toets.

In hoofdstuk 5 wordt onderzocht of er een mogelijk alternatief bestaat voor het toetsen aan het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. Dit onderzoek vindt plaats aan de hand van het Duitse en Belgische belastingrecht. Tot slot volgen een samenvatting, een conclusie en een aanbeveling in hoofdstuk 6.

Hoofdstuk 2 Kader meer dan normaal (actief) vermogensbeheer

2.1 Inleiding

In de inleiding gaf ik aan dat de onderzoeksvraag uit deze scriptie voortkomt uit mijn masterscriptie fiscaal recht. In deze paragraaf komen onderdelen uit die scriptie aan bod die van belang zijn bij de beantwoording van de onderzoeksvraag: “Is de (deel)toets ‘het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan’ toepasbaar bij de inkomenscategorie ‘ROW’ en meer specifiek bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden?”. Het gaat hierbij voornamelijk om het ontstaan van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ en de daarbij behorende wettelijke achtergrond.

De behandeling van dit hoofdstuk ziet er als volgt uit. In paragraaf 2.2 staat het bronnenstelsel centraal, hierbij wordt aandacht besteed aan de inkomenscategorie ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’ en de daarbij behorende bronvereisten. In paragraaf 2.3 komt het ontstaan van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ aan bod en de bronvereisten die daarbij specifiek een rol spelen. Vervolgens volgt in paragraaf 2.4 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, *BNB* 2010/117. De Hoge Raad introduceerde in dit arrest de (deel)toets ‘het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan’ bij ROW. Tot slot wordt dit hoofdstuk afgesloten met een samenvatting en conclusie.

2.2 Het bronnenstelsel

2.2.1 Inleiding

Het bronnenstelsel ligt ten grondslag aan de Nederlandse inkomstenbelasting.³ Op grond van dit stelsel moet een voordeel (of nadeel) tot een in de wet genoemde inkomenscategorie behoren en voldoen aan de daarbij behorende bronvereisten. Dit geldt dus ook voor (incidentele) inkomsten behaald met meer dan normaal (actief) vermogensbeheer. De inkomenscategorie die daarbij hoort is ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’ en deze komt aan bod in paragraaf 2.2.2. De behandeling van de daarbij behorende bronvereisten volgt in paragraaf 2.2.3.

2.2.2 Inkomenscategorie ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’

Één van de zeven inkomenscategorieën onder de Wet IB 2001 is ROW. Deze inkomenscategorie is opgenomen in afdeling 3.4 Wet IB 2001 en is de opvolger van ‘inkomsten uit andere arbeid’, uit artikel 22, lid 1, onderdeel b Wet IB 1964. De wetgever wijzigde de naam van deze inkomenscategorie, maar gaf aan hiermee geen inhoudelijke wijzigingen te beogen.⁴ Daarnaast kenden de Wet IB 1914 en het Besluit IB 1941 al vergelijkbare bepalingen.⁵ De inkomenscategorie ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’ is dus al meer dan 100 jaar in ontwikkeling.

De wetgever merkte in de parlementaire geschiedenis op dat ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’ een restcategorie vormt.⁶ Het gaat om inkomsten die niet belast zijn als winst uit onderneming of loon uit dienstbetrekking, maar die wel belast horen te zijn. Voorbeelden van deze overige werkzaamheden, die vallen onder het algemene artikel 3.90 Wet IB 2001, zijn werkzaamheden van freelancers, sporters en gekozen politieke functionarissen. Daarnaast geeft artikel 3.91, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001 aan: “mede onder een werkzaamheid wordt verstaan het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat”. Ook inkomsten uit meer dan normaal actief vermogensbeheer vallen dus onder ROW. Om te beoordelen of er daadwerkelijk sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer/ een belastbaar voordeel zijn de bronvereisten van belang, deze komen in de volgende paragraaf aan bod.

³ A.C. Rijkers, in: *Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting*, onderdeel IB.2.2.0.B.

⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26727, nr. 3, p. 132 en *Kamerstukken II* 1999/2000, 26727, 202a, p. 36.

⁵ Artikel 7 Wet IB 1914 en artikel 28 Besluit IB 1941.

⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 26727, nr. 3, p. 132.

2.2.3 Bronvereisten bij inkomsten uit andere arbeid en ROW

2.2.3.1 Inleiding

Een voor- of nadeel is slechts belastbaar als voldaan is aan de bronvereisten die behoren bij een inkomenscategorie. De volgende drie ‘algemene’ bronvereisten gelden voor iedere inkomenscategorie.

- deelname aan het economisch verkeer,
- voordeel verwachten, en
- voordeel beogen.

Daarnaast kent iedere inkomenscategorie specifieke/bijzondere bronvereisten. Dit zijn bronvereisten die (specifiek) behoren bij één inkomenscategorie en deze volgen uit de wet of jurisprudentie. Bij ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’ gaat het om de volgende twee bronvereisten:

- het verrichten van arbeid, en
- niet zijnde winst uit onderneming of loon uit dienstbetrekking.

Deze algemene en bijzondere bronvereisten worden in de volgende paragrafen achtereenvolgens toegelicht.

2.2.3.2 Deelname aan het economisch verkeer

Het uitgangspunt is dat alle inkomensverwervende activiteiten plaatsvinden in het economisch verkeer.⁷ Een uitzondering hierop vormen de activiteiten die liggen in de persoonlijke sfeer van belanghebbende. Meer specifiek gaat het om ‘gebruikelijke werkzaamheden binnen de gezins- en familiesfeer’ en ‘uitgavenbesparende activiteiten’. Voorbeelden van gebruikelijke werkzaamheden binnen de gezins- en familiesfeer zijn het meehelpen in het huishouden, het verzorgen van een ziek familielid en het naar school brengen van de kinderen. Bij uitgavenbesparende activiteiten kan gedacht worden aan het benutten van de persoonlijke capaciteiten binnen de gezinssfeer, zoals een accountant die voor ‘niets’ de boekhouding van zijn vrouw verzorgt. Deze werkzaamheden/activiteiten vinden plaats buiten het economisch verkeer en kunnen niet leiden tot belastbaarheid.

2.2.3.3 Voordeel verwachten en voordeel beogen

De bronvereisten ‘voordeel verwachten’ en ‘voordeel beogen’ worden gezamenlijk behandeld, omdat deze in de literatuur en jurisprudentie veelal samen naar voren komen. Deze bronvereisten worden ook wel de voordeelsvereisten genoemd. Het vereiste ‘voordeel verwachten’ is een objectief vereiste. Het gaat erom dat belanghebbende met zijn activiteiten een redelijke verwachting heeft daarmee duurzaam voordeel te behalen.⁸ Daarentegen is het vereiste ‘voordeel beogen’ een subjectief vereiste.

Belanghebbende moet het voordeel beogen op het moment dat de activiteit aanvangt.

Deze voordeelsvereisten vinden niet in alle gevallen toepassing. De Hoge Raad gaf aan dat deze voordeelsvereisten slechts in de volgende drie gevallen toegepast moeten worden:⁹

- bij activiteiten die zich bevinden op het grensgebied van inkomensverwerving en inkomensbesteding,
- bij de afbakening van belaste transacties in de vermogenssfeer tegenover louter speculatieve transacties, en
- bij behaalde voordelen die buiten het inkomen dienen te blijven, omdat zij in de persoonlijke sfeer liggen.

Daarnaast blijkt uit de jurisprudentie, over de aan- en verkoop van (onroerende) zaken, dat deze vereisten mogelijk ook in andere gevallen toepassing vinden.¹⁰

⁷ A.C. Rijkers, in: *Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting*, onderdeel: IB.3.4.3.B.b3.I.Algemeen.

⁸ R.M. Freudenthal, *Resultaat uit Overige Werkzaamheden*, FM nr. 103, Deventer: Kluwer 2002, p. 49.

⁹ HR 3 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:BH7882, *BNB* 1990/329 en HR 14 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8770, *BNB* 1993/203.

¹⁰ Verdaasdonk 2016, p. 27 en 31, par. 3.2.4 en 3.3.3.

2.2.3.4 Het verrichten van arbeid

Het bronvereiste ‘het verrichten van arbeid’ wordt ook wel het arbeidsvereiste genoemd. Dit aanvullende vereiste behoort specifiek bij de inkomenscategorie ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’ en bestaat uit een tweetal onderdelen.

Het eerste onderdeel gaat over de aard en omvang van de arbeid. Uit de jurisprudentie blijkt dat belanghebbende ‘enige arbeid’ moet verrichten om te komen tot ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’.¹¹ Om te beoordelen of er sprake is van ‘enige arbeid’ spelen zowel de kwaliteit (de aard van de arbeid) als de kwantiteit (de omvang van de arbeid) een rol. Hierbij lijken de kwaliteit en de kwantiteit van de arbeid complementair te zijn.¹² In het geval van kwalitatief hoogwaardige arbeid is de vereiste kwantiteit dus beperkt en vice versa, om te voldoen aan het arbeidsvereiste.

Het tweede onderdeel ziet op de relatie tussen de verrichte arbeid en het behaalde voordeel. Deze relatie wordt aanwezig geacht als het behaalde voordeel zijn verklaring (in belangrijke mate) vindt in de verrichte werkzaamheden.¹³ Dit vereiste leidt zelden tot problemen, hierdoor is het moeilijk aan te geven hoe ‘sterk’ de relatie moet zijn.

2.2.3.5 Niet zijnde winst uit onderneming of loon uit dienstbetrekking

Het vereiste dat de arbeid niet in het kader van een onderneming of dienstbetrekking van de belastingplichtige moet zijn verricht, volgt uit de wettekst.¹⁴ Als belanghebbende arbeid verricht in het kader van een onderneming of dienstbetrekking, wordt niet toegekomen aan inkomsten uit andere arbeid/ROW. In dat opzicht vormt de inkomenscategorie ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’ een ‘restcategorie’.

2.3 Meer dan normaal, actief vermogensbeheer

2.3.1 Inleiding

Het begrip ‘meer dan normaal, actief vermogensbeheer’ ontwikkelde zich in de jurisprudentie bij artikel 22, lid 1, onderdeel b, Wet IB 1964, inkomsten uit andere arbeid. Dit begrip was van belang voor de belastbaarheid van voordelen behaald met de (aan- en) verkoop van onroerend goed. Het uitgangspunt was dat deze voordelen onbelast waren, tenzij belanghebbende werkzaamheden verrichtte die uitgingen boven normaal vermogensbeheer.¹⁵ Het behaalde voordeel was in dat geval belast als inkomsten uit andere arbeid.

Bij de invoering van de Wet IB 2001 werd deze jurisprudentie ‘gecodificeerd’ in artikel 3.91, lid 1, onderdeel c. Dit wetsartikel luidde als volgt:

“Onder werkzaamheid wordt mede verstaan: het rendabel maken van vermogen op een wijze die normaal, actief vermogensbeheer te buiten gaat, zoals bij het uitpenden van onroerende zaken, het in belangrijke mate door de belastingplichtige zelf verrichten van groot onderhoud of andere aanpassingen aan een zaak, of het aanwenden door de belastingplichtige van voorkennis of daarmee vergelijkbare bijzondere vormen van kennis.”

De wetgever gaf aan dat deze voorbeelden onder de Wet IB 1964 ook al vielen onder ‘inkomsten uit andere arbeid’.¹⁶ Opmerkelijk is het laatste voorbeeld ‘voorkennis of daarmee vergelijkbare bijzondere

¹¹ De Kort en Boer, ‘artikel 3.90’, in: *NDFR Inkomstenbelasting*, onderdeel 5.1.

¹² Freudenthal 2012, p. 22.

¹³ HR 26 april 2000, ECLI:NL:HR:2001:BI7855, *BNB* 2001/346.

¹⁴ Zie respectievelijk: artikel 22, lid 1, Wet IB 1964, aanhef: ‘niet als winst uit onderneming aan te merken. voordelen’, en onderdeel b: ‘niet in dienstbetrekking’ en de rangorderegeling uit artikel 2.14 Wet IB 2001.

¹⁵ Hetzelfde gold indien belanghebbende ervaring, deskundigheid of relaties aanwendde waardoor het voordeel voorzienbaar was.

¹⁶ *Kamerstukken II* 1999/2000, 26727, nr. 202a, p. 34-35.

vormen van kennis'. Dit viel onder de Wet IB 1964 onder 'inkomsten uit andere arbeid', maar hield geen verband met het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer'.¹⁷

In het vervolg van deze paragraaf wordt ingegaan op het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' en het verrichten van werkzaamheden aan een onroerende zaak. Hierbij wordt specifiek gekeken naar de bronvereisten die daarbij een rol spelen en hoe deze hun toepassing vinden. In paragraaf 2.3.2 komt het arbeidsvereiste aan bod. Bij dit vereiste ontstond het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer'. Vervolgens worden de voordeelsvereisten behandeld in paragraaf 2.3.3. De overige bronvereisten 'deelname aan het economisch verkeer' en 'niet zijnde winst uit onderneming of loon uit dienstbetrekking' komen in deze paragraaf niet aan bod. Deze vereisten spelen niet of nauwelijks een rol spelen bij het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer'.

2.3.2 Het verrichten van arbeid

Het arbeidsvereiste is onder te verdelen in twee onderdelen: 'de aard en omvang van de werkzaamheid' en 'de relatie tussen de verrichte arbeid en het behaalde voordeel'. Met betrekking tot het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' ligt de nadruk op het onderdeel 'de aard en omvang van de arbeid', omdat dat begrip bij dit onderdeel ontstond. Het andere onderdeel 'de relatie tussen de verrichte arbeid en het behaalde voordeel' komt minder nadrukkelijk naar voren bij 'meer dan normaal vermogensbeheer' en wordt doorgaans aangenomen.

Het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' vormde in het verleden de scheidslijn tussen het belast en onbelast verrichten van werkzaamheden met het oog op verkoop. De Hoge Raad overwoog al onder het Besluit IB 1941 dat er sprake was van een belastbare transactie: "Indien bij den aankoop of den verkoop werkzaamheden zijn verricht, welke het normale kader van werkzaamheden (...) te buiten gaan".¹⁸ In de latere jurisprudentie onder de Wet IB 1964 stonden overwegingen als: "(...) dat activiteiten met betrekking tot de aan- en verkoop van het perceel te boven gingen in omvang de normaal aan vermogensbeheer verbonden activiteiten" en "(...) werkzaamheden met zich brengt welke normaal vermogensbeheer te boven gaan, hangt af van de omvang van die werkzaamheden".¹⁹ De Hoge Raad geeft nadrukkelijk aan dat het gaat om de omvang van de werkzaamheden.

Naast de omvang komt ook aan de aard van de werkzaamheid (kwaliteit) een zekere betekenis toe. Dit blijkt impliciet uit de jurisprudentie. Zo leidden werkzaamheden die een onroerende zaak in een betere marktpositie brachten doorgaans tot meer dan normaal vermogensbeheer onder de Wet IB 1964. Voorbeelden zijn het verkrijgen van een bestemmingswijzing of bouwvergunning en het samenvoegen of splitsen van onroerende zaken.²⁰ De rechter somde de (beperkte) werkzaamheden op en concludeerde dat de werkzaamheden uitgingen boven normaal vermogensbeheer. Deze werkzaamheden werden gezien als kwalitatief hoogwaardig, de benodigde kwantiteit was dan beperkt.

Met betrekking tot de fysieke werkzaamheden aan een onroerende zaak was de jurisprudentie minder 'overzichtelijk'. Een uitzondering daarop is het (op)nieuw realiseren van een onroerende zaak. In dat

¹⁷ Het aanwenden van voorkennis of 'bijzondere' kennis leidde ook onder de Wet IB 1964 tot belastbaarheid. Hierbij speelde de voorzienbaarheid van het voordeel een onderscheidende rol. Het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' werd in de jurisprudentie onder de Wet IB 1964 nooit gebruikt bij deze transacties.

¹⁸ HR 15 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2675, *BNB* 1955/281.

¹⁹ Respectievelijk HR 12 januari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX3500, *BNB* 1977/74 en HR 15 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AW7622, *BNB* 1987/276, r.o. 5.1.

²⁰ Bestemmingswijzigingen en bouwvergunningen: HR 9 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3789, *BNB* 1988/174; HR 18 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4271, *BNB* 1990/159 en HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2260, *BNB* 2002/219. Samenvoegen van onroerende zaken: HR 5 februari 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7660, *BNB* 1964/82 en HR 12 juni 1968, ECLI:NL:HR:1968:AX5959, *BNB* 1968/153; splitsen van onroerende zaken: Hof Arnhem 2 januari 1978, ECLI:NL:GHARN:1978:AX2997, *BNB* 1979/197; HR 26 maart 1980, ECLI:NL:HR:1980:AX0007, *BNB* 1980/161 en HR 17 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4570, *BNB* 1991/153.

geval is er doorgaans sprake van meer dan normaal vermogensbeheer.²¹ Uit de jurisprudentie over renovaties en verbeteringen valt daarentegen geen duidelijke lijn af te leiden.²² Ondanks dat de Hoge Raad het heeft over de ‘omvang’, lijkt de nadruk te liggen op de aard (kwaliteit) van de werkzaamheid. Al speelt de omvang daarbij ook een zekere rol.

2.3.3 De voordeelsvereisten ‘voordeel verwachten’ en ‘voordeel beogen’

Tot de jaren 90 bestond er onduidelijkheid over de toepassing van de voordeelsvereisten.²³ Hierdoor ging de rechtspraak wisselend om met de voordeelsvereisten. In sommige uitspraken werd hieraan geen aandacht besteed,²⁴ in andere enkel aan het beogen van voordeel en in weer andere gevallen aan beide voordeelsvereisten.²⁵ Omdat de rechter doorgaans weinig waarde hechtte aan de verklaringen en standpunten van belanghebbende, stelde deze toetsing doorgaans weinig voor.²⁶ Zo werd het verwachten van voordeel aangenomen op grond van feiten van algemene bekendheid, zoals de gunstige ligging van de onroerende zaak en de grote vraag naar woningen.²⁷ Het voordeelsoogmerk werd aanwezig geacht vanwege: de financieringswijze, de snelle doorverkoop, het oogmerk van de aankoop 20 jaar eerder en het niet weerleggen van het voordeelsoogmerk.²⁸

Begin jaren 90 verschaftte de Hoge Raad meer duidelijkheid over de toepassing van de voordeelsvereisten.²⁹ Deze vereisten dienden in een drietal situaties te worden aangelegd en doen zich in beginsel niet voor bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Zo zal belanghebbende doorgaans inkomensverwervend bezig zijn en ontnemen de aanvullende werkzaamheden het speculatieve karakter van de transactie. De laatste situatie ‘ter afbakening van de persoonlijke sfeer’ doet zich enkel in specifieke gevallen voor.³⁰

2.4 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, BNB 2010/117

Het codificeren van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ zorgde niet voor de gewenste duidelijkheid. Dit kwam (onder meer) doordat de Staatssecretaris aangaf, dat uit de codificatie afgeleid kon worden dat aan ROW een ruimere strekking toekwam dan aan zijn voorganger.³¹ De wetgever merkte later op dat er geen wijziging beoogd was ten opzichte van de jurisprudentie bij artikel 22, lid

²¹ HR 29 april 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0846, BNB 1959/221, Hof Amsterdam 9 januari 1965, ECLI:NL:GHAMS:1965:AX7601, BNB 1965/249, Hof Arnhem 27 december 1984, ECLI:NL:GHARN:1984:AX1473, V-N 1985, p. 2108, HR 24 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AX4975, BNB 1971/86.

²² Vgl. Hof Amsterdam 1 november 1989, ECLI:NL:GHAMS:1989:AW6981, V-N 1990/1206, HR 25 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5676, BNB 1994/212 en Hof Amsterdam 11 mei 1999, ECLI:NL:GHAMS:1999:AA8005, V-N 1999/54.20.

²³ Zie paragraaf 2.3.4.

²⁴ HR 15 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2675, BNB 1955/281 en Hof Arnhem 27 december 1984, ECLI:NL:GHARN:1984:AX1473, V-N 1985/2108.

²⁵ Hof Amsterdam 1 november 1989, ECLI:NL:GHAMS:1989:AW6981, V-N 1990/1206; Hof Amsterdam 9 januari 1965, ECLI:NL:GHAMS:1965:AX7601, BNB 1965/249 en Hof Arnhem 2 januari 1978, ECLI:NL:GHAMS:1978:AX2897, BNB 1979/197.

²⁶ In verschillende zaken lijkt er sprake te zijn van ‘selffulfilling prophecy’.

²⁷ Hof Amsterdam 9 januari 1965, ECLI:NL:GHAMS:1965:AX7601, BNB 1965/249 en HR 12 juni 1968, ECLI:NL:HR:1968:AX5959, BNB 1968/153.

²⁸ Hof Arnhem 27 december 1984, ECLI:NL:GHARN:1984:AX1473, V-N 1985/2108 en Hof Amsterdam 8 november 1978, ECLI:NL:GHAMS:1978:AX2817, BNB 1979/276.

²⁹ Zie paragraaf 2.3.4.2 en 2.3.4.5.

³⁰ Bijvoorbeeld: belanghebbende koopt een onroerende zaak met het oogmerk van zelfbewoning en verbouwt de onroerende zaak in eigen beheer. Na het gereedkomen besluit belanghebbende de onroerende zaak te verkopen, vanwege bepaalde externe omstandigheden.

³¹ Besluit staatssecretaris van Financiën van 30 november 2001, nr. CPP2001/3035M, BNB 2002/50, onderdeel B.3.4.k. Opgemerkt: de toenmalige staatssecretaris (W. Bos) is tevens de indiener van het amendement dat leidde tot de invoering van artikel 3.91, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001.

1, onderdeel b, Wet IB 1964.³² De Hoge Raad benadrukte dit nogmaals in HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, BNB 2010/117.

Maar in diezelfde rechtsoverweging overwoog de Hoge Raad dat van belastbare arbeidsinkomsten sprake is, indien werkzaamheden “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”. De Hoge Raad koppelt hierin het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ aan het (bronvereiste) ‘voordeel verwachten’ en geeft daarbij geen verdere toelichting. Dit is opmerkelijk, omdat in het verleden de nadruk bij onroerendgoedtransacties (met aanvullende werkzaamheden) lag op de aard en omvang van de arbeid. Deze nieuwe (deel)toets zorgt voor onduidelijkheid, want wat is nu het te verwachten rendement van een normale actieve vermogensbeheerder, en wanneer wordt daarboven gegaan?

2.5 Samenvatting en conclusie

In deze paragraaf kwam het ontstaan van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ bij de inkomenscategorie ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’ aan bod. Dit begrip ontwikkelde zich in de jurisprudentie bij het bronvereiste ‘het verrichten van arbeid’ en meer specifiek bij het onderdeel ‘de aard en omvang van de arbeid’. Het onderscheidde bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden normaal vermogensbeheer (onbelast) van meer dan normaal vermogensbeheer (belast). Bij dit onderscheid kwam aan de overige bronvereisten slechts een beperkte rol toe.

Dit veranderde enigszins naar een uitspraak van de Hoge Raad uit 2009. De invoering van de Wet IB 2001 en de codificatie van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ hadden niet de gewenste duidelijkheid gebracht. De Hoge Raad gaf, in navolging van de wetgever, aan dat er geen wijzigingen waren beoogd ten opzichte van de jurisprudentie onder artikel 22, lid 1, onderdeel b, Wet IB 1964. In diezelfde rechtsoverweging overwoog de Hoge Raad dat van belastbare arbeidsinkomsten sprake is, indien werkzaamheden “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”. De Hoge Raad introduceerde hiermee een ‘nieuwe’ (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden, maar lichtte deze niet toe. Dit leidt tot de vraag, hoe dient deze (deel)toets toegepast te worden?

³² *Kamerstukken II 2005/2006, 30375, nr. 2, p. 27-29.*

Hoofdstuk 3 Meer dan normaal vermogensbeheer en de verhuur(onderneming) van onroerend goed

3.1 Inleiding

Zoals in de inleiding naar voren kwam was de (deel)toets ‘het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan’ niet helemaal nieuw. Een soortgelijke toets ontwikkelde zich in de jurisprudentie onder de Wet IB 1964 om onderscheid te maken tussen gewone verhuur (inkomsten uit vermogen) en de verhuuronderneming (winst uit onderneming/VPB). Dit onderscheid wordt gemaakt aan de hand van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ en daarbij horen de (deel)toetsen ‘de aard en omvang van de werkzaamheden moeten uitgaan boven normaal vermogensbeheer’ en ‘de werkzaamheden moeten leiden tot een hoger te verwachten rendement dan een normale vermogensbeheerder kan verwachten’

Het onderscheid tussen gewone verhuur en de verhuuronderneming was van belang, omdat een verhuuronderneming gebruik kon maken van gunstige ondernemingsfaciliteiten in de IB/VPB. Het belang van dit onderscheid verdween door de invoering van de Wet IB 2001. Dit kwam voornamelijk door de forfaitaire vermogensrendementsheffing in box 3, waardoor de voordelen van een verhuuronderneming verdwenen.

Het laatste decennium komt dit onderscheid en de daarbij behorende jurisprudentie opnieuw naar voren. Meer specifiek bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (hierna: BOF) in de Successiewet. Deze faciliteiten werden voor ondernemingsvermogens steeds gunstiger. Momenteel zijn ondernemingsvermogens tot € 1 060 298, onder bepaalde voorwaarden, helemaal vrijgesteld. Boven de € 1 060 298 worden ze voor 83% vrijgesteld.³³ Eén van die voorwaarden is dat er sprake moet zijn van een materiële (verhuur)onderneming.

In het vervolg van dit hoofdstuk staat de jurisprudentie met betrekking tot de ‘verhuur(onderneming)’ centraal. Deze jurisprudentie moet meer duidelijkheid verschaffen over de toepassing van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ en de daarbij horende (deel)toetsen. De nadruk ligt hierbij op de toepassing van de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale, actieve vermogensbeheerder te boven gaan’. De jurisprudentie met betrekking tot de ‘verhuuronderneming’ in de IB/VPB komt als eerste aan bod in paragraaf 3.2. Daarna volgt in paragraaf 3.3 de jurisprudentie met betrekking tot de BOF. Tot slot wordt dit hoofdstuk afgesloten met een samenvatting en een conclusie.

3.2 De verhuur(onderneming) in de IB/VPB

3.2.1 Inleiding

Inkomsten uit de verhuur van onroerend goed waren onder de Wet IB 1964 in beginsel belast op grond van artikel 24, inkomsten uit vermogen. Het belastbaar voordeel was toen gelijk aan de huurpenningen minus de toerekenbare kosten aan de verhuur. Voorbeelden van deze toerekenbare kosten zijn onderhouds- en administratiekosten. Verhuurders van onroerend goed stelden meermaals dat zij een onderneming dreven, zodat zij gebruik konden maken van de gunstige ondernemingsfaciliteiten. Zo had men als ondernemer recht op investeringsaftrek en kon men vervroegd afschrijven.

Onder een onderneming wordt verstaan: een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, die door middel van deelname aan het economisch verkeer voordeel beoogt en dit voordeel ook redelijkerwijs kan verwachten.³⁴ Een verhuurder van vastgoed zal zich doorgaans herkennen in deze omschrijving.³⁵

³³ Hoofdstuk IIIA. Bedrijfsopvolging, Successiewet 1956.

³⁴ M.L.M. van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting*, onderdeel: 3.2.2.A.a.

³⁵ Hoogeveen 2014, p. 3.

Toch blijkt dit niet voldoende te zijn om te komen tot een materiële (verhuur)onderneming. Daarvoor moeten ‘de verhuuractiviteiten uitgaan boven die van een normale vermogensbeheerder’.

Dit aanvullend vereiste ontwikkelde zich in de jurisprudentie en brengt onderscheid tussen de gewone verhuur (beleggen) en de verhuuronderneming. Een voorbeeld hiervan is te vinden in HR 29 mei 1974, ECLI:NL:HR:1974:AX4479, *BNB* 1974/177. Belanghebbende verhuurde gemeubileerde kamers en stelde dat hij een onderneming dreef. Het Hof oordeelde dat de omvang van de werkzaamheden niet meer inhielden dan die van een normale vermogensbeheerder en dat er om die reden geen sprake was van een onderneming. Volgens de Hoge Raad kon het Hof tot dit oordeel komen “zonder schending van enige rechtsregel”. De nadruk lag in dit arrest op de omvang van de werkzaamheden. In de latere jurisprudentie gingen ook de aard van de werkzaamheden en het te verwachten rendement een rol spelen.³⁶

In het vervolg van deze paragraaf wordt bekeken hoe het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ zich ontwikkelde met betrekking tot verhuurondernemingen. In paragraaf 3.2.2 komt een arrest aan bod over een fiscale beleggingsinstelling (hierna: FBI). Hierin kwam de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ voor het eerst naar voren. In paragraaf 3.2.3 wordt gekeken naar de invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ met betrekking tot de verhuur van onroerend goed. Vervolgens wordt in paragraaf 3.2.4 de casuïstische jurisprudentie behandeld. Hierin wordt bekeken hoe de lagere rechtspraak het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ toepast en hoe deze met de daarbij horende (deel)toetsen omgaat. In paragraaf 3.2.5 komt de literatuur met betrekking tot het onderscheid tussen vastgoedbeleggen en –ondernemen aan bod. Meer specifiek gaat het om de benaderingswijzen die Van Dijck en Te Niet hebben aangedragen. Tot slot wordt deze paragraaf afgesloten met een samenvatting en een tussenconclusie.

[3.2.2 HR 1 september 1976, nr. 17 924, V-N 1976/860](#)

De (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale, actieve vermogensbeheerder te boven gaan’ kwam voor het eerst naar voren in HR 1 september 1976, nr. 17 924, *V-N* 1976/860. In dit arrest wilde een FBI als vastgoedbeleggingsfonds aangemerkt worden. De FBI verhuurde 143 woningen en 42 bedrijfsruimtes en had twee werknemers in dienst. Deze werknemers verrichtten het klein onderhoud en hielden toezicht op het groot onderhoud aan de onroerende zaken. Daarnaast beschikte de FBI over enkele auto’s en materialen ten behoeve van de onderhoudswerkzaamheden.

De Hoge Raad overwoog dat van beleggen in onroerende zaken geen sprake is indien: “het rendabel maken van onroerende zaken geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaken verricht of door haar werknemers laat verrichten en deze arbeid naar aard of omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen naast het uit de onroerende zaken genoten rendement dan wel van voordelen uit de onroerende zaken welke het aan een belegger in zodanige goederen normaliter opkomende rendement te boven gaan”. Volgens de Hoge Raad behoorde de werkzaamheden van de beleggingsinstelling tot het normale vermogensbeheer.

Uit dit arrest blijkt dat de relatieve omvang van de arbeid/werkzaamheden bepalend is. De omvang van de arbeid moet worden beoordeeld in verhouding tot het geïnvesteerde vermogen, omdat een groter vermogen eenmaal omvangrijkere arbeid vergt. Toch is het de vraag of deze opvatting ook geldt voor (private) verhuurondernemingen. Zo leidde Te Niet uit de jurisprudentie af dat de inhoud van het beleggingsbegrip bij FBI’s afwijkt van IB/VPB ondernemingen.³⁷ Hierdoor wijkt de invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ mogelijk ook af.

³⁶ HR 1 september 1976, nr. 17 924, *V-N* 1976/860.

³⁷ Te Niet 2008, p. 116-118.

3.2.3 Het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ bij de verhuur(onderneming)

3.2.3.1 Inleiding

Met betrekking tot de verhuur van onroerend goed wordt het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ ingevuld door de overweging: ‘de werkzaamheden moeten naar hun aard of omvang onmiskenbaar ten doel hebben het behalen van voordelen welke het rendement van een belegger in zodanige goederen te boven gaat’. Hieruit vallen een tweetal (deel)toetsen te onderscheiden. Ten eerste moeten ‘de aard en omvang van de werkzaamheden uitgaan boven normaal vermogensbeheer’ en ten tweede moet ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder/belegger te boven worden gegaan’.

In het vervolg van deze paragraaf wordt aan de hand van een drietal arresten gekeken hoe de Hoge Raad deze toetsen invult. Vervolgens wordt samengevat wat deze arresten betekenen voor de toepassing van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ met betrekking tot de verhuur(onderneming).

3.2.3.2 HR 7 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9757, BNB 1981/299

In HR 7 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9757, BNB 1981/299 ging het om de vraag of er sprake was van een (materiële) ‘verhuuronderneming’. Belanghebbende oefende een onderneming uit als handelsagent, importeur en exporteur en richtte daarnaast, samen met een compagnon, een verhuuronderneming op.³⁸ Deze onderneming kocht panden aan en verhuurde deze vervolgens zo snel mogelijk. Hierbij moest één van de panden worden ontruimd en verbouwd, vooraleer verhuur mogelijk was. De compagnon, makelaar en onroerendgoedexploitant, had met de fiscus een afspraak dat alle onroerende zaken die hij verkreeg na 1 januari 1976 tot zijn ondernemingsvermogen behoorden. Hieronder vielen ook de onroerende zaken die hij uitbaatte met belanghebbende.

Het Hof stelde vast dat belanghebbende, gezien zijn loopbaan en beroep, behoorlijke kennis en ervaring bezat op het gebied van ondernemen en zaken doen, daarnaast beschikte hij over een deskundige compagnon. Het Hof merkte op dat er tussen beiden een taakverdeling bestond. Belanghebbende hield zich bezig met de financiële en administratieve kant en zijn compagnon verrichtte werkzaamheden die een specifieke deskundigheid met betrekking tot onroerende goederen vereisten. Vervolgens oordeelde het Hof: “Gelet op de bovenstaande feiten en omstandigheden is het Hof van oordeel dat belanghebbende en zijn compagnon een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid in het leven hebben geroepen welke op meer dan incidentele basis aan het maatschappelijk verkeer deelneemt en waarbij 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 gaan. Een dergelijke organisatie is aan te merken als een onderneming.”; Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het Hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Uit deze uitspraak blijkt wel dat de verhuur van onroerend goed kan leiden tot een materiële onderneming. De aard en omvang van de arbeid moet dan gericht zijn op het behalen van een rendement dat uitgaat boven dat van een normale vermogensbeheerder in ‘zodanige goederen’. Hieruit blijkt dat het rendement vergeleken moet worden met dat van soortgelijke goederen. In dit geval dus met de verhuur van woningen, appartementen en bedrijfsruimtes.

Toch is het de vraag of het feitelijk oordeel uit dit arrest juist is, gelet op de jurisprudentie die later volgde. Uit de genoemde feiten en omstandigheden blijkt namelijk niet welke werkzaamheden leidden tot een hoger te verwachten rendement dan die van een normale vermogensbeheerder in zodanige goederen. In paragraaf 3.2.3.4 wordt hierop teruggekomen.

³⁸ Daarbij brachten beiden f 75 000 in. Het merendeel werd gefinancierd met vreemd vermogen.

3.2.3.3 HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, BNB 1994/319

HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, BNB 1994/319 gaf meer duidelijkheid over ‘het (te verwachten) rendement’. Belanghebbende bezat twee panden, verhuurde daarin 18 kamers en woonde in één van die panden met zijn gezin. Hij verrichtte in deze panden verschillende werkzaamheden. Voorbeelden zijn het schoonmaken van de gemeenschappelijke ruimtes, het verrichten van alle voorkomende onderhoudswerkzaamheden, het innen van de huren en het verzorgen van de administratie. Daarnaast verrichtte belanghebbende administratieve werkzaamheden ten behoeve van derden en verhuurde hij incidenteel gereedschappen.³⁹ Belanghebbende besteedde jaarlijks 1430 uur aan deze werkzaamheden, dat kwam neer op 27.5 uur per week.

Het Hof oordeelde dat er sprake was van normaal vermogensbeheer. De Hoge Raad casseerde dit oordeel en overwoog als volgt: “in een geval als het onderhavige is van normaal vermogensbeheer 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.”⁴⁰ Deze overweging impliceert dat de werkzaamheden gericht moeten zijn op een hoger te behalen netto rendement. Dit valt af te leiden uit de overweging van de Hoge Raad, omdat de werkzaamheden enkel effect hadden op het netto rendement. Belanghebbende bespaarde namelijk op de kosten, daarentegen bleef de opbrengst (het bruto rendement) gelijk. Het verwijzingshof nam aan dat belanghebbende het streven had een hoger rendement te behalen met het zelf verrichten van de werkzaamheden en oordeelde dat deze werkzaamheden uitgingen boven de gebruikelijke werkzaamheden.⁴¹

Dit arrest gaf meer duidelijkheid over ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder’. Meer specifiek moeten de werkzaamheden ertoe leiden dat het (netto) rendement toeneemt, ten opzichte van het (netto) rendement van vergelijkbare beleggingen. Voorbeelden van deze werkzaamheden zijn onderhouds-, administratie- en schoonmaakwerkzaamheden. Het zelf verrichten van deze werkzaamheden leidt ertoe dat het netto rendement toeneemt in vergelijking met een belegger die deze werkzaamheden uitbesteedt. Van Nispen tot Sevenaer kwam naar aanleiding van deze uitspraak tot de conclusie dat iedere ‘doe-het-zelf’ huisbaas ondernemer is.⁴² Hij vond dat de werkzaamheden moesten zien op een extra rendement (toename bruto rendement). Daarentegen was Van Dijck van mening dat de keuze voor het netto rendement juist was.⁴³

3.2.3.4 HR 29 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1845, BNB 1996/232

In HR 29 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1845, BNB 1996/232 stond de relatie tussen de werkzaamheden en het (te verwachten) rendement centraal. Belanghebbende verbouwde in eigen beheer verschillende panden om deze geschikt te maken voor de verhuur van kamers, appartementen en winkels. De aankoopkosten van deze panden bedroegen ongeveer f 600 000 en de verbouwingkosten daaraan ongeveer f 1 475 000, belanghebbende kreeg daarvan f 561 931 terug als subsidie. Na het gereedkomen werden alle panden verhuurd. De werkzaamheden die belanghebbende verrichtte met betrekking tot de verhuur waren het innen van de huren, het oplossen van problemen met huurders en het schoonmaken van de hal, het trappenhuis en de keuken van één van de panden. De onderhouds- en reparatiewerkzaamheden waren uitbesteed.

³⁹ Uit de uitspraak valt niet af te leiden wie deze derden zijn. Het lijkt te gaan om de huurders van de kamers.

⁴⁰ HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, BNB 1994/319, r.o. 3.4.

⁴¹ Hof Den Haag 10 april 1995, ECLI:NL:GHSGR:1995:AW1165, V-N 1995/2799, r.o. 7.2 en 7.3.

⁴² Noot van Nispen tot Sevenaer bij HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, FED 1994/726.

⁴³ Noot Van Dijck bij HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, BNB 1994/319.

Het Hof oordeelde dat er sprake was van een (verhuur)onderneming en kwam voornamelijk door de omvangrijke verbouwingswerkzaamheden tot dit oordeel. De Hoge Raad casseerde dit oordeel en overwoog: “voor de beantwoording van de vraag of de huuropbrengst van de panden voor belanghebbende inkomsten uit vermogen vormde, is slechts van belang of aard en omvang van de door haar ter zake van de verhuur verrichte werkzaamheden, nadat de verbouwing was voltooid, al dan niet meer hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is”.⁴⁴ De verbouwingswerkzaamheden hadden dus geen rol mogen spelen bij het oordeel van het Hof. Het verwijzingshof oordeelde vervolgens dat de werkzaamheden naar hun aard en omvang niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer. Het innen van huren en het oplossen van problemen met huurders waren namelijk gebruikelijke werkzaamheden bij normaal vermogensbeheer en de schoonmaakwerkzaamheden omvatten, gelet op de aard en omvang, niet meer dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is.⁴⁵

In deze uitspraak ging het om de aard en omvang van de arbeid en kwam aan het te verwachten rendement geen enkele waarde toe. Zwemmer merkte daarover op dat hieruit niet direct een koerswijziging van de Hoge Raad valt te destilleren.⁴⁶ Daarentegen scheidt dit arrest wel duidelijkheid over de relatie tussen de werkzaamheden en het te verwachten rendement. Het moet gaan om werkzaamheden die een directe invloed hebben op het (netto)resultaat, zoals onderhouds- en administratiewerkzaamheden. Daarnaast lijken ook aanvullende diensten een rol te kunnen spelen. Voorbeelden zijn schoonmaakwerkzaamheden en aanvullende dienstverlening. Daarbij moet de omvang de werkzaamheden voldoende omvangrijk zijn.

3.2.3.5 De toepassing van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’

De Hoge Raad heeft gekozen voor een abstracte invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. Dit blijkt uit de keuze om zowel ‘de aard en omvang van de werkzaamheden’ als ‘het te verwachten rendement van de normale vermogensbeheer’ te beoordelen aan de hand van de feiten en omstandigheden. De Hoge Raad had ook kunnen kiezen voor een meer concrete invulling. Bijvoorbeeld door aan te geven wat het rendement is van een normale vermogensbeheerder of wanneer de aard en omvang van de werkzaamheden normaal vermogensbeheer te boven gaan. Al vallen er wel enkele aanknopingspunten uit de jurisprudentie af te leiden.

De rechter dient aan de hand van de feiten en omstandigheden te beoordelen of ‘de aard en omvang van de werkzaamheden gericht zijn op het behalen van een rendement dat uitgaat boven dat van een normale vermogensbeheer’. Deze beoordeling is onder te verdelen in een tweetal deeltoetsen.

De eerste (deel)toets houdt in dat belanghebbende ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven moet gaan’. Deze normale vermogensbeheerder wordt in de jurisprudentie doorgaans omschreven als een verhuurder/belegger van soortgelijke goederen. Belanghebbende kan vervolgens een hoger rendement verwachten door zelf werkzaamheden uit te voeren, die een normale vermogensbeheerder doorgaans uitbesteedt, of door aanvullende diensten te leveren. Beiden leiden ertoe dat belanghebbende een hoger (netto) rendement kan verwachten dan een ‘normale vermogensbeheerder’. Deze (deel)toets vindt dus niet zozeer plaats door een vergelijking te maken met een normale vermogensbeheerder, maar door te beoordelen of belanghebbende werkzaamheden verricht die een normale vermogensbeheerder niet zou uitvoeren en die leiden tot een hoger (netto) rendement. Een rendementsvergelijking kan daarbij een indicatie geven.

Vervolgens vindt de tweede deel(toets) ‘De aard en omvang van de werkzaamheden moeten normaal vermogensbeheer te boven gaan’ plaats. De rechter beoordeelt hiervoor de aard en omvang van de

⁴⁴ HR 29 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1845, *BNB* 1996/232, r.o. 3.4.

⁴⁵ Hof Arnhem 22 augustus 1997, ECLI:NL:GHARN:1997:AA1196, *V-N* 1997/4707, r.o. 4.1 en 4.2.

⁴⁶ Noot Zwemmer bij HR 29 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1845, *BNB* 1996/232.

werkzaamheden (die een soortgelijke vermogensbeheerder niet verricht).⁴⁷ Het gaat dan specifiek om werkzaamheden die verband houden met de verhuuractiviteiten. Uit de hiervoor besproken arresten blijkt niet eenduidig wanneer de aard en omvang van de werkzaamheden normaal vermogensbeheer te boven gaan.

3.2.4 Casuïstische jurisprudentie over de verhuur(onderneming)

3.2.4.1 Inleiding

Uit de hiervoor besproken arresten bleek dat de Hoge Raad heeft gekozen voor een abstracte invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ en de daarbij behorende (deel)toetsen. In deze paragraaf komt een viertal hofuitspraken aan bod om te kijken hoe de lagere rechtspraak deze abstracte norm invult.

3.2.4.2 Hof Den Haag 6 november 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AV9939, V-N 1997/2509

In de uitspraak van Hof Den Haag 6 november 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AV9939, V-N 1997/2509 lag de nadruk op ‘het te verwachten rendement’. Belanghebbende was enig aandeelhouder van X BV. Deze BV kocht onroerende zaken, maakte deze geschikt voor de verhuur en verhuurde of verkocht deze onroerende zaken. Hiermee behaalde de BV een bruto rendement van 37.8% en een netto rendement van 6 a 7%. Het Hof gaf aan dat het bruto rendement niet van wezenlijk belang was en oordeelde dat belanghebbende niet beoogde een hoger rendement te realiseren dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk was.⁴⁸ Dat de BV geen hoger rendement nastreefde, bleek volgens het Hof mede uit het feit dat een aanzienlijk deel was uitgeleend aan familieleden van belanghebbende.⁴⁹

3.2.4.3 Hof Amsterdam 12 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO6661, NTFR 2004/688

Hof Amsterdam oordeelde over de omvang van de werkzaamheden met betrekking tot de verhuur. De werkzaamheden bestonden uit het innen van de huur en het bijhouden van de administratie. Het Hof oordeelde dat dergelijke werkzaamheden vallen onder normaal vermogensbeheer. Daarbij maakt het aantal panden niet uit, noch dat andere beleggers in onroerende zaken deze werkzaamheden uitbesteden.⁵⁰

3.2.4.4 Hof Arnhem 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY7287, V-N 2006/58.1.5

In Hof Arnhem 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY7287, V-N 2006/58.1.5 exploiteerde belanghebbende kamers voor raamprostitutie. Belanghebbende verhuurde een drietal kamers aan wisselende huursters. Daarbij maakte zij het weekroosters voor de kamers, waste het beddengoed, hield de gemeenschappelijke ruimtes schoon en verrichte kleine onderhoudswerkzaamheden. Het pand was in 1985 aangekocht voor f 55 000 en de netto opbrengsten bedroegen in 1995, 1996, 1997 en 1998 respectievelijk f 67 000, f 64 000, f 98 000 en f 112 000.

Het Hof oordeelde dat de aard en omvang van de werkzaamheden ter zake van de verhuur meer hebben omvat dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. De ‘extra’ werkzaamheden leidden er namelijk toe dat belanghebbende een hoger netto rendement kon verwachten dan een reguliere kamerverhuurder. Dit hogere netto rendement leidde het Hof af uit de hoogte van de behaalde opbrengsten.⁵¹

⁴⁷ Uit de jurisprudentie blijkt niet duidelijk of het om alle werkzaamheden gaat of slechts de werkzaamheden die uitgaan boven die van een normale vermogensbeheerder.

⁴⁸ Hof Den Haag 6 november 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AV9939, V-N 1997/2509, r.o. 6.7-6.9.

⁴⁹ Hof Den Haag 6 november 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AV9939, V-N 1997/2509, r.o. 6.10.

⁵⁰ Hof Amsterdam 12 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO6661, NTFR 2004/688, r.o. 5.4.

⁵¹ In een vergelijkbare zaak (Hof Amsterdam 12 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO6661, NTFR 2004/688), ging het om de vraag of er sprake was van ROW of box 3 vermogen. De rechtbank oordeelde dat de werkzaamheden ten behoeve van de kamerverhuur aan prostituees als "werkzaamheid" in de zin van artikel 3.90 Wet IB 2001 dient te worden gekwalificeerd en belastte het voordeel. Dus met betrekking tot ROW speelt ‘het te verwachten rendement’ geen rol.

3.2.4.5 Hof Arnhem 15 april 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI3295, V-N 2009/40.10

Hof Arnhem 15 april 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI3295, V-N 2009/40.10 ging over de verhuur van kantoorunits. Belanghebbende bezat een pand met daarin een zestal kantoorunits. Hiervan was gedurende het jaar maximaal de helft verhuurd, waarvan één aan zijn vader om niet. De werkzaamheden van belanghebbende bestonden uit het innen van huur, het verzorgen van de administratie en het onderhouden en schoonmaken van de units. Voor het schoonmaken ontving hij een aparte vergoeding; ongeveer 25 euro per maand per unit. Overigens bleek uit het huurovereenkomst dat het klein onderhoud voor rekening en risico van de huurder kwam. Tot slot realiseerde belanghebbende een negatief resultaat van € 4 973.

Het Hof oordeelde: “belanghebbendes persoonlijk verrichte werkzaamheden ter zake van de verhuur, (...) gaan de werkzaamheden die bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk zijn te boven. Van normaal vermogensbeheer kan derhalve niet worden gesproken.” Dit is een opmerkelijk oordeel. In de uitspraak staat namelijk niets over de omvang van de werkzaamheden of het te verwachten rendement. Daardoor is deze uitspraak niet in lijn met de oudere jurisprudentie en kunnen vraagtekens worden gezet bij de juistheid hiervan.⁵²

3.2.5 Het onderscheid tussen beleggen en ondernemen in de literatuur

3.2.5.1 Inleiding

De zojuist besproken jurisprudentie leidt niet tot een duidelijke invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. Ook in de literatuur kwam men meermaals tot deze conclusie.⁵³ Daarnaast kwamen enkele opvattingen naar voren om het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ in te vullen/te benaderen. De opvattingen van Van Dijck (1976) en Te Niet (2007) staan in het vervolg van deze paragraaf centraal.

3.2.5.2 Het meerwaardecriterium van Van Dijck

Van Dijck gaf aan dat het onderscheid tussen beleggen en ondernemen gezocht moet worden in de meerwaardecreatie. Dit leidde hij af uit het Duitse recht waar dezelfde problematiek speelde. De verhuur van onroerend goed leidt volgens hem nooit tot een belastbare prestatie. Een verhuurder stelt slechts een vermogensbestanddeel ter beschikking en ontvangt daarvoor een vergoeding. Hij creëert dus zelf geen economische meerwaarde en belegt dus. Een ‘ondernemer’ heeft daarentegen wel de intentie om met kapitaal en arbeid een meerwaarde te creëren. Deze biedt namelijk een zelf vervaardigde prestatie aan.⁵⁴

Van Dijck merkte daarnaast op dat bepaalde aanvullende diensten (schoonmaken, bewaking, e.d.) kunnen leiden tot ondernemerschap, maar vermoedelijk slechts voor die aanvullende diensten.⁵⁵ Uit de eerder besproken jurisprudentie bleek dat het ondernemerschap geldt voor de gehele prestatie en niet slechts voor de aanvullende werkzaamheden/diensten. Normaal vermogensbeheer wordt te boven gegaan, “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.”⁵⁶ Van Dijck kon zich hierin vinden.⁵⁷ De arbeid had namelijk als gevolg dat er geen kosten aan derden ontstonden voor onderhouds- en schoonmaakwerkzaamheden, administratie enz., waardoor het netto rendement verbeterde.

⁵² Daarbij komt dat het ‘om niet’ verhuren van een unit aan belanghebbendes vader niet gericht lijkt te zijn op het behalen van een rendement, dat uitgaat boven dat van een normale vermogensbeheerder in zodanige goederen.

⁵³ Van Dijck 2006; Te Niet 2007, p. 70, par. 2.3.4 en Berkhout en Hoogeveen 2015, p. 4.

⁵⁴ Van Dijck 1976, p. 6, par. 3.1.

⁵⁵ Van Dijck 1976, p.7, par. 3.1.

⁵⁶ HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, *BNB* 1994/319, r.o. 3.4.

⁵⁷ Noot Van Dijck bij HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, *BNB* 1994/319.

De (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheer te boven gaan’ is naar mijn mening een concretisering van het meerwaardecriterium bij de verhuur van onroerend goed. Dit criterium ligt/lag bij inkomsten uit andere arbeid/ROW besloten in het bronvereiste ‘voordeel verwachten’,⁵⁸ maar ligt bij verhuur(ondernemingen) genuanceerder. Het vermogensbestanddeel creëert zelf voordelen, verhuuropbrengsten en waardeinstijgingen, welke los staan van de arbeid van belanghebbende.

Aan de hand van dit criterium wordt de belegger onderscheiden van de verhuurondernemer. Dit onderscheid wordt gemaakt aan de hand van de vraag of de werkzaamheden van belanghebbende leiden tot een toename van het netto rendement. Vervolgens blijft het onduidelijk wanneer daar nu sprake van is. Daar geven zowel Van Dijck als de bestaande jurisprudentie geen duidelijk antwoord op.

3.2.5.3 De omstandighedencatalogus van Te Niet

Te Niet onderzocht in 2007 het beleggingsbegrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ in de directe belasting. Hij concludeerde dat het beleggingsbegrip geen heldere inhoud kende en dat en duidelijke afbakening ontbrak. Dit kwam doordat bij de Nederlandse rechtsvinding het beantwoorden van de concrete rechtsvraag centraal staat, waardoor rechtsoordelen met een ruimer toepassingsbereik uitzonderingen zijn.⁵⁹ Hij stelde daarom voor om het beleggingsbegrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ te systematiseren aan de hand van een omstandighedencatalogus.⁶⁰

Deze omstandighedencatalogus komt voort uit de bestaande jurisprudentie. Het gaat om omstandigheden die in het verleden een rol speelden bij het onderscheid tussen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer. Te Niet onderscheidt daarbij een activiteiten- en vermogensgerelateerde toets. De rechter blijkt met betrekking tot de activiteitentoets aan de volgende omstandigheden belang te hechten:

- handelingen die niet alleen zijn gericht op het aanhouden van de vermogensbestanddelen en op het behalen van periodieke opbrengsten (Umschichtung);
- de inzet van marktkennis en relaties (kwaliteit van de werkzaamheden);
- de aard van de werkzaamheden;
- de duurzaamheid van de werkzaamheden;
- het aantal bestede uren (kwantiteit van de werkzaamheden);
- de werkzaamheden van ingehuurd personeel.

De rechter vormt zich een beeld van de activiteiten van belanghebbende en onderzoekt vervolgens of de rest van de feiten deze beeldvorming ondersteunen of niet. Meer specifiek komen daarbij de volgende vermogensgerelateerde omstandigheden naar voren:

- de omloopsnelheid van het vermogen;
- de samenstelling van het vermogen;
- de omvang van het vermogen;
- en de wijze van financieren.⁶¹

De rechter wordt hierdoor volgens Te Niet gedwongen om de relevante omstandigheden te benoemen en deze systematisch te toetsen. Dit leidt tot beter gemotiveerde uitspraken, waardoor feitelijke oordelen beter vergelijkbaar worden. Overeenkomsten en verschillen worden namelijk benoemd en expliciet gewogen, waardoor de rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid van het recht volgen Te Niet toenemen.

⁵⁸ Zie paragraaf 2.3.3, p. 11.

⁵⁹ Te Niet 2007, p. 70.

⁶⁰ Te Niet 2007, p. 72.

⁶¹ Te Niet 2007, p. 71.

Volgens Te Niet maakt deze omstandighedencatalogus het meerwaardecriterium overbodig.⁶² Dit betekent naar mijn mening dat de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ verdwijnt, wat ook blijkt uit de omstandighedencatalogus. Hierin is namelijk niets opgenomen dat direct terugverwijst naar deze (deel)toets. Daarnaast is het de vraag of een dergelijke omstandighedencatalogus toepasbaar is met betrekking tot de inkomenscategorie ‘ROW’. Te Niet meent dat dit wel mogelijk is met betrekking tot meer dan incidentele voordelen, maar dat het niet kan bij louter incidentele voordelen. Het voordeel dient in dat geval verklaard te worden aan de hand van de verrichte activiteiten.⁶³

De omstandighedencatalogus van Te Niet is in de latere jurisprudentie niet toegepast. Dit zal ook nog blijken uit de jurisprudentie over de BOF in paragraaf 3.3 Na aanleiding van die jurisprudentie introduceerden Berkhout en Hoogeveen ‘falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten’.⁶⁴ Hiermee hebben zij een aanzet willen geven tot scherpe(re), falsifieerbare normen om de vraag, wanneer er sprake is van beleggings- of ondernemingsvastgoed, te kunnen beantwoorden. Deze falsifieerbare normen zien met name op duurzame vastgoedexploitatie en zijn daardoor naar mijn mening niet toepasbaar op de inkomenscategorie ‘ROW’. Een verdere behandeling hiervan valt dan ook buiten het kader van deze scriptie.

3.2.7 Samenvatting en tussenconclusie

In deze paragraaf werd gekeken naar de invulling en toepassing van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ met betrekking tot de verhuur van onroerend goed. Dit begrip brengt onderscheid tussen de ‘gewone’ verhuurder (belegger) en de verhuuronderneming (winst uit onderneming/VPB). Van meer dan normaal vermogensbeheer is sprake indien ‘de aard en omvang van de werkzaamheden gericht zijn op het behalen van een rendement dat uitgaat boven dat van een normale vermogensbeheer’. Deze overweging bestaat uit een tweetal samenhangende (deel)toetsen.

De eerste (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ staat centraal in deze scriptie. Deze toets kan gezien worden als een concretisering van het meerwaardecriterium bij de verhuur/exploitatie van onroerend goed. Het toetst of de werkzaamheden van belanghebbende gericht zijn op het creëren van een meerwaarde, een hoger (netto) rendement dan een normale vermogensbeheerder kan verwachten. Hiervan is sprake wanneer belanghebbende werkzaamheden verricht die een normale vermogensbeheerder doorgaans niet verricht of uitbesteedt en die leiden tot een hoger (netto) rendement.

Daarnaast moet voldaan worden aan de tweede (deel)toets ‘De aard en omvang van de werkzaamheden moeten normaal vermogensbeheer te boven gaan’. De rechter beoordeelt hiervoor de aard en omvang van de werkzaamheden. Het gaat dan specifiek om werkzaamheden die verband houden met de verhuuractiviteiten.

Net als het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ kennen beide (deel)toetsen geen heldere inhoud en duidelijke afbakening. Dit komt doordat de rechtspraak enkel de concrete rechtsvraag beantwoordt en deze rechtsoordelen slechts summier motiveert. Hierdoor blijft het onduidelijk hoe deze (deel)toetsen precies toegepast moeten worden en welke omstandigheden daarbij een rol spelen. Te Niet introduceerde daarom de omstandighedencatalogus. Deze moest leiden tot systematischere en beter gemotiveerde uitspraken, waardoor de rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid van het recht toeneemt.

⁶² Te Niet 2007, p. 25, noot 53.

⁶³ Te Niet 2007, p.74.

⁶⁴ Berkhout en Hoogeveen 2015.

3.3 De verhuur(onderneming) en bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

3.3.1 Inleiding

Zoals eerder aangegeven zorgden de ruime BOF voor een herleving van de jurisprudentie met betrekking tot ‘verhuurondernemingen’. Deze faciliteiten zijn enkel van toepassing op materiële ondernemingen. Dit betekent voor de verhuur van onroerend goed dat er sprake moet zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. Hierdoor herleeft de zojuist besproken jurisprudentie.

In het vervolg van deze paragraaf staan de invulling en toepassing van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer met betrekking tot de BOF’ centraal. In paragraaf 3.3.2 komt de parlementaire geschiedenis over de wijzigingen per 1 januari aan bod. Vervolgens wordt in paragraaf 3.3.3 de jurisprudentie met betrekking tot verhuur(ondernemingen) en de BOF behandeld aan de hand van een zestal uitspraken. Hierbij wordt gekeken hoe de rechtspraak het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ invult en omgaat met de daarbij behorende (deel)toetsen. De nadruk ligt ook hier weer op de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’. Tot slot volgen een samenvatting en tussenconclusie.

3.3.2 De parlementaire geschiedenis over de BOF

De wetgever wijzigde per 1 januari 2010 bepalingen uit de SW 1956 met betrekking tot de BOF. Het doel van deze wijzigingen was de BOF te vereenvoudigen en deze regeling te beperken tot reële bedrijfsopvolgingen.⁶⁵ In de parlementaire geschiedenis kwam de vraag naar voren: ‘wanneer kwalificeert de exploitatie van vastgoed als onderneming voor de toepassing van de BOF?’⁶⁶

De wetgever gaf aan dat voor het begrip ‘ondernemingsvermogen’ is aangesloten bij het objectieve ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting. Dit betekent voor de exploitatie van onroerend goed dat moet worden getoetst of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer.⁶⁷ Voor de invulling van deze toets werd verwezen naar HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994, BNB 1994/319. Hieruit bleek dat normaal vermogensbeheer te boven werd gegaan; “indien het rendabel maken van de onroerende zaken mede geschiedt door middel van arbeid welke de eigenaar van de onroerende zaak verricht, en deze arbeid naar zijn aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van voordelen uit de onroerende zaak, welke het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat”.⁶⁸

De wetgever merkte daarbij op dat: “De vennootschap zal dus (...) extra arbeid moeten verrichten en die arbeid moet meer omvatten dan bij ROW het geval is.” Deze overweging is opmerkelijk; waarom moet de arbeid meer omvatten dan bij ROW? Dit zou betekenen dat de inhoud van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ verschilt voor de inkomenscategorieën ‘winst uit onderneming’ en ‘ROW’. Er is een verschillende omvang van de werkzaamheden vereist.⁶⁹ Daarnaast merkte de wetgever op dat: ‘de werkzaamheden gericht moeten zijn op het behalen van meer rendement dan bij normaal vermogensbeheer het geval zou zijn. Het zelf verrichten van onderhoud voldoet daar niet snel

⁶⁵ Cursus Belastingrecht: Schenk- en Erfbelasting, onderdeel: 11.0.0.B.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 11, p. 11.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31930, nr. 9, p.95-96 en *Kamerstukken II* 2009-2010 31930, nr. 13, p. 25.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2009-2010 31930, nr. 13, p. 25.

⁶⁹ De wetgever creëert hiermee voor de particuliere verhuurder in onroerend goed een tussencategorie. Het verhuurde onroerend goed zou gerekend kunnen worden tot zijn box 3 vermogens (beleggen), winst uit onderneming (ondernemer) en ROW, als de omvang van de werkzaamheden zich situeert tussen die van een belegger en ondernemer. Dit is volgens mij niet wenselijk en zou leiden tot extra onzekerheid. Naar mijn mening is het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ hetzelfde voor de inkomenscategorieën ‘winst uit onderneming’ en ‘ROW’ en kan de verhuur van onroerend goed nooit tot ROW kan leiden. Bij de verhuur van onroerend goed is er namelijk sprake van een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal, en is het voornamelijk de vraag of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Aan de inkomenscategorie ‘ROW’ wordt vervolgens niet meer toegekomen op grond van de rangorderegeling uit artikel 2.14 Wet IB 2001 en kan er enkel nog sprake zijn van een belegging.

aan, omdat het onderhoud doorgaans is gericht op de instandhouding van de belegging. Fiscale beleggingsinstellingen die zich bezighouden met de verhuur van onroerende zaken en zelf het onderhoud verrichten, drijven immers ook geen onderneming.⁷⁰ Deze overweging zorgt voor onduidelijkheid. De wetgever lijkt aan te geven dat werkzaamheden gericht moeten zijn op een hoger bruto rendement en dat kostenbesparende werkzaamheden (toename netto rendement) niet leiden tot meer dan normaal vermogensbeheer. Daarnaast wordt een vergelijking gemaakt met de FBI. Zoals eerder genoemd, concludeerde Te Niet dat het beleggingsbegrip voor FBI's afweek van dat begrip bij de IB/VPB-ondernemingen.⁷¹ Het is dan ook de vraag hoe de rechtspraak omgaat met deze overwegingen van de wetgever.

3.3.3 De jurisprudentie met betrekking tot de BOF

3.3.3.1 Hof Den Bosch 16 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV6837, V-N 2012/22.20

De eerste uitspraak die wordt behandeld met betrekking tot de BOF van een 'financierings en verhuur bv' is van Hof Den Bosch. In deze uitspraak bestonden de werkzaamheden van de bv uit het verstrekken van achtergestelde geldleningen, het stellen van zekerheden ten behoeve van de financiering en de verhuur van onroerende zaken aan een 'verbonden' onderneming. Daarnaast werd een bedrijfsverzamelgebouw verhuurd aan startende ondernemers en derden.

Het Hof oordeelde dat de verhuuractiviteiten niet leidden tot een materiële onderneming. De risico's die de 'verhuur BV' liep, door mogelijke beëindiging van ondernemingsactiviteiten van de huurders, waren geen ondernemingsrisico's. Daarnaast was de omvang van de beheers- en directiewerkzaamheden onvoldoende.⁷²

3.3.3.2 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8439

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde over de toepassing van de BOF bij een 'verhuur bv'. De bv bezat vijftien verhuurde panden met een gezamenlijke boekwaarde van € 1,6 miljoen. De erflater verrichtte de volgende werkzaamheden voor de bv: het opstellen van huurovereenkomsten, het zoeken van huurders, het onderhouden van contacten met huurders en het spelen van een actieve rol binnen de vve's. Belanghebbende stelde daarnaast dat de bv onroerende zaken van een hoge kwaliteit aankocht, vanwege de zakelijke contacten van de erflater. Deze 'kwaliteit' bleek onder meer uit het behaalde rendement dat 7%-punten hoger lag dan het marktrendement.⁷³

Het Hof gaf aan dat belanghebbende niet aannemelijk had gemaakt dat er een hoger rendement werd behaald dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, omdat de berekeningswijze van het marktrendement verschilde van de berekeningswijze van het behaalde rendement van de bv.⁷⁴ Daarnaast was het Hof van mening dat het onderhouden van contacten met huurders, het opmaken van contracten en het participeren in vve's behoorden tot normaal vermogensbeheer. Het uitbesteden van de onderhouds- en bouwingswerkzaamheden was dan weer niet gericht op het behalen van een hoger rendement dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer. Dit leidde tot het oordeel dat er geen sprake was van een materiële onderneming en de BOF geen toepassing vonden.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2009-2010 31930, nr. 13, p. 25.

⁷¹ Zie paragraaf 3.2.2.

⁷² Hof Den Bosch 16 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV6837, V-N 2012/22.20, r.o. 4.8-4.13.

⁷³ Hierbij zij opgemerkt dat het ging om het rendement ten opzichte van het eigen vermogen. De bv financierde daarnaast een aanzienlijk deel met leningen, hierdoor kwam het rendement ten opzichte van het eigen vermogen hoger uit.

⁷⁴ Belanghebbende had bij zijn berekeningen geen rekening gehouden met de waardeinstijgingen van de onroerende zaken. Dit was bij de marktrendementen wel gebeurd (volgens belanghebbende).

3.3.3.3 Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, V-N 2014/8.22

In de uitspraak van Hof Den Haag ging het om de toepassing van de BOF bij de verhuur van onroerend goed. Het ging om meerdere bv's die onroerend goed verhuurden en een gezamenlijke waarde vertegenwoordigde van ten minste € 15 000 000.⁷⁵ De werkzaamheden werden verricht door de man en zoon van de erflaatster, die daaraan respectievelijk 25 en 50 uur per week besteedden. De werkzaamheden bestonden uit het aankopen van onroerend goed, het zoeken van huurders, het onderhouden van contact met huurders, het beoordelen en uitbesteden van het onderhoud en het lezen van vakliteratuur.⁷⁶ Daarbij stelde belanghebbende dat het goede contact met de huurders ertoe leidde dat er geen huurachterstanden of leegstanden waren. Hierdoor was de cashflowpositie beter dan bij normaal vermogensbeheer.

Het Hof oordeelde dat: “het geheel van werkzaamheden kwantitatief en kwalitatief van dien aard is, gelet ook op de aanzienlijke waarde van de onroerende zaken, dat bij de vennootschappen sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer. Het Hof neemt hierbij in aanmerking dat Y en B jarenlange ervaring en expertise hebben ten aanzien van de werkzaamheden ten behoeve van de onroerendgoedportefeuille. Bovendien stelt het Hof vast dat door hun persoonlijke betrokkenheid bij de huurders een hoger rendement op het vermogen wordt behaald dan anders het geval zou zijn.”⁷⁷

De staatssecretaris ging in cassatie, maar trok later zijn cassatieberoepsschrift in.⁷⁸ In de toelichting gaf hij aan dat het Hof uitging van een juiste rechtsopvatting. Hij kon zich vinden in het oordeel dat de bv een betere cashflowpositie had door omvangrijke werkzaamheden en dat de bv een hoger rendement behaalde door persoonlijke betrokkenheid met de huurders. Daarentegen gaf hij aan dat de andere werkzaamheden, naar zijn mening, niet konden leiden tot meer dan normaal vermogensbeheer. Tot slot gaf hij aan dat aan dit geval geen algemene conclusies mogen worden verbonden.

Het is opmerkelijk dat het Hof de waarde van het onroerend goed zo nadrukkelijk benoemd. Hieruit kan worden afgeleid dat het beheren van onroerende zaken met een aanzienlijke waarde ‘automatisch’ leidt tot meer dan normaal vermogensbeheer. Daarnaast kan men zich afvragen hoe de persoonlijke betrokkenheid met de huurders kan leiden tot een hoger rendement. Datzelfde geldt voor de betere cashflowpositie als gevolg van het verrichten van omvangrijke werkzaamheden. Dat laatste komt naar mijn mening voornamelijk voort uit de hoge eisen die particuliere verhuurbedrijven stellen aan huurders.⁷⁹

3.3.3.4 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, V-N 2014/19.18

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde over de BOF bij een ‘onroerend goed bv’. Deze bv verhuurde een 20/25-tal bedrijfspanden en woonhuizen met een gezamenlijke waarde tussen de € 5 000 000 en 6 000 000. De werkzaamheden met betrekking tot de verhuur bestonden uit onderhandelingen met huurders over de huurprijzen en andere condities, inspecties bij huurders, het regelen van verbouwingen/onderhoud, het innen van de huur, en het verzorgen van de huurcontracten en de administratie. Daarnaast deed de bv nog aan projectontwikkeling. Voorbeelden lopen uiteen van de

⁷⁵ Dit valt af te leiden uit de feiten en omstandigheden.

⁷⁶ In r.o. 7.3 werden deze werkzaamheden uitgebreid opgesomd: “De werkzaamheden die de portefeuille meebrengt zijn het zoeken en selecteren van huurders, het bepalen van huurprijzen van woningen en/of opslagruimten, het voeren van correspondentie met betrekking tot het aangaan van huurovereenkomsten en huurachterstanden, het amandelen van vragen of opmerkingen van huurders, het beoordelen van het benodigde onderhoud, het overleg met de technisch beheerder en de administrateur, het onderhouden van contacten met aannemers, gemeentelijke diensten en nutsbedrijven, het aanvragen van offertes en het verstrekken van opdrachten aan aannemers, de bezichtiging en de beoordeling van eventuele aankopen van onroerende goed, het lezen van vakliteratuur en het onderhouden van kennis aangaande onroerend goed in verband met huurprijzen in de omgeving van de panden in de portefeuille.”

⁷⁷ Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, V-N 2014/8.22, r.o. 7.5.

⁷⁸ Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, V-N 2014/19.17.

⁷⁹ Zo is het gebruikelijk dat een vast arbeidscontract is vereist en een inkomen van 3 of 4 maal de jaarlijkse huurprijs.

verbouwing van een notariskantoor tot een ziekenhuis, een aan- en verkooptransactie en het verzorgen van bestemmingswijziging. Deze werkzaamheden leverden tussen 2009 en 2012 een jaarlijks rendement op tussen de 3 en 6 procent, en de tijd die daar wekelijks aan werd besteed was ongeveer 30 uur.

Het Hof oordeelde “dat de aard en omvang van de (...) verrichte arbeid onmiskenbaar ten doel heeft dat een hoger rendement behaald zal worden dan een belegger zou nastreven”. Dit oordeel baseerde het Hof voornamelijk op de projectontwikkeling van de bv en de aanwezige connecties van belanghebbendes vader. Over de aard en de omvang van de verhuuractiviteiten en het daarmee te verwachten rendement werd niets gezegd. Wel merkte het Hof op dat een cijfermatige rendementsbenadering beperkt bruikbaar is, omdat sommige voordelen nog niet in het resultaat zijn neergeslagen.⁸⁰

Het oordeel van het Hof over de projectontwikkeling ligt naar mijn mening in de lijn met de jurisprudentie. Daarentegen neemt dat oordeel niet weg dat de verhuur van onroerend goed nog steeds beleggingsvermogen kan zijn. Uit de genoemde feiten en omstandigheden en het oordeel van het Hof blijkt niet dat de verhuurwerkzaamheden uitgingen boven normaal vermogensbeheer.

3.3.3.5 Hof Den Bosch 25 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1157

In de uitspraak van Hof Den Bosch ging het over de toepassing van de BOF bij een ‘verhuur bv’. Deze bv exploiteerde een viertal (complexen van) onroerende zaken, bestaande uit 41 woningen/appartementen, één kantooruimte en 2 winkelruimtes. De exploitatie en het beheer van de onroerende zaken waren uitbesteed aan een vastgoedservicekantoor. Dit kantoor zorgde, naast de gebruikelijke werkzaamheden, voor een optimalisatie van de verhuurpositie en verleende aanvullende diensten aan de huurders, zoals service- en onderhoudsdiensten.

Het Hof rekende de werkzaamheden van het vastgoedservicekantoor toe aan belanghebbende en oordeelde dat deze werkzaamheden normaal vermogensbeheer niet te boven gingen. De renovatie- en (groot)onderhoudswerkzaamheden, de werkzaamheden ten behoeve van het voorkomen van leegstand en het beperken van debiteurenrisico’s zijn slechts gericht op het in stand houden van het vermogen met daarbij een redelijk rendement. De omvang van de vastgoedportefeuille en de concurrentie met commerciële vastgoedondernemers doen daar niets aan af.⁸¹

3.3.3.6 HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633

De Hoge Raad liet zich (kort) uit over de verkrijging van een deelcertificaat in een ‘verhuur bv’. Deze bv bezat (deels middellijk) 350 onroerende zaken, met name verhuurde winkelpanden, met een economische waarde van honderden miljoenen euro’s. De bv verhuurde onroerend goed, had geen personeel in dienst en was 50% aandeelhouder in een dochtervennootschap. Het groot onderhoud werd uitbesteed, voor de overige werkzaamheden werd personeel van de dochter ingeleend. Deze dochter had in totaal 16 personen in dienst voor commerciële, juridische, administratieve en technische afdelingen. Ook verhuurde de dochter onroerende zaken.

Belanghebbende omschreef de activiteiten van de ‘verhuur bv’ als volgt: “het professioneel ondernemingsgewijs beleggen in winkelpanden in Nederland en Duitsland (...) waarbij wordt gestreefd naar groei- en rendementsmaximalisatie”. Als onderbouwing van deze groei- en rendementsmaximalisatie gaf belanghebbende aan dat er tussen 1990 en 2009 een indirect rendement⁸² van ten minste 30% per jaar werd gerealiseerd. De inspecteur betwistte dit percentage niet, maar stelde dat zonder gebruikmaking van herinvesteringsreserves het rendement ongeveer 20% zou zijn.⁸³

⁸⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, V-N 2014/19.18, r.o. 4.8.

⁸¹ Hof Den Bosch 25 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1157, r.o. 4.12.

⁸² Indirect rendement: De waardeverhogingen en huurpenningen van de onroerende zaak afgezet tegen het eigen (begin) vermogen. Het financieren met vreemd vermogen heeft dan ook een positief effect op dit rendement.

⁸³ Het is niet mogelijk dit rendement na te rekenen, omdat daarvoor de benodigde gegevens ontbreken.

Daarnaast valt uit de stukken af te leiden dat het directe bruto rendement uit de verhuur in 2007 lager ligt dan 7%.⁸⁴

Het Hof oordeelde dat een indirect rendement van ten minste 20% het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven ging.⁸⁵ Vervolgens oordeelde het Hof dat de werkzaamheden naar hun aard en omvang uitgingen boven dat wat bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Dit bleek uit “de diverse afdelingen, de kennis en de ervaring van de werknemers, de verbouwingen die weliswaar werden uitbesteed, maar waarop wel toezicht werd gehouden en op het inhuren op projectbasis van externe deskundigen.” Dit oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.⁸⁶

De Hoge Raad lijkt in deze uitspraak ‘om te gaan’ ten opzichte van de jurisprudentie over verhuurondernemingen in de IB/VPB. De nadruk lag daarin op de werkzaamheden die leiden tot dit hoger te verwachten rendement en bleek het behaalde rendement slechts een indicatie te zijn. In deze uitspraak is dat juist andersom. Het Hof somt wel op; “de diverse afdelingen, de kennis en de ervaring van de werknemers, de verbouwingen die weliswaar werden uitbesteed, maar waarop wel toezicht werd gehouden en op het inhuren op projectbasis van externe deskundigen.”, maar geeft niet aan waarom deze omstandigheden leiden tot een hoger te verwachten rendement. Naar mijn mening leiden deze omstandigheden namelijk niet tot extra inkomsten of een kostenbesparing. Het eindoordeel is daardoor voornamelijk te verklaren aan de hand van het (hoge) behaalde rendement.

3.3.3.8 Samenvatting en tussenconclusie

De wetgever gaf aan dat de BOF slechts bedoeld waren voor reële bedrijfsopvolgingen. Dit betekende voor de verhuur van onroerend goed dat er, naast de gebruikelijke voorwaarden voor een materiële onderneming, sprake moet zijn van meer dan normaal vermogensbeheer. De wetgever gaf aan dat de verhuur van onroerend goed daar niet snel aan voldoet en verwees daarbij naar de jurisprudentie over verhuur(ondernemingen) in de IB/VPB. .

De laatste jaren volgden verschillende uitspraken over de BOF met betrekking tot de verhuur en exploitatie van onroerend goed. Deze uitspraken lijken niet in de lijn te liggen met de opvatting van de wetgever en de oudere jurisprudentie. Zo komt in deze recente uitspraken meer waarde toe aan de omvang van de vastgoedportefeuille, het (behaalde bruto) rendement en mist meermaals een duidelijk verband tussen de (verhuur)werkzaamheid en het hoger te verwachten rendement. Toch blijft het lastig hieruit algemene conclusies te trekken. Dit komt voornamelijk door de slecht gemotiveerde uitspraken.

3.4 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk stond het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ met betrekking tot de verhuur(onderneming) centraal. Van meer dan normaal vermogensbeheer is sprake indien ‘de aard en omvang van de werkzaamheden gericht zijn op het behalen van een rendement dat uitgaat boven dat van een normale vermogensbeheer’. Hieruit vallen een tweetal (deel)toetsen te onderscheiden. Ten eerste moet ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven worden gaan’ en tweede ‘de aard en omvang van de werkzaamheden moeten normaal vermogensbeheer te boven gaan’.

⁸⁴ Het bruto rendement is berekend met de reële waarde van de onroerende zaken (ten minste € 225 miljoen) en daarbij behorende huuropbrengst (€ 15 340 773). De mogelijkheid bestaat dat de reële waarde van de onroerende zaken hoger ligt, dat zou dan leiden tot een lager rendement.

⁸⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3505, V-N 2015/34.1.4.

⁸⁶ HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633.

De invulling hiervan met betrekking tot verhuur(ondernemingen) in de IB/VPB stond centraal in paragraaf 3.2. Hierin bleek dat deze (deel)toetsen geen heldere inhoud en duidelijke afbakening kennen. De rechtspraak geeft slechts bepaalde aanknopingspunten. Met betrekking tot de eerste (deel)toets 'het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan' lijkt het te gaan om een concretisering van het meerwaardecriterium. Het toetst of de werkzaamheden van belanghebbende gericht zijn op het creëren van een meerwaarde, een hoger (netto) rendement dan een normale vermogensbeheerder kan verwachten. Hiervan is sprake wanneer belanghebbende werkzaamheden verricht die een normale vermogensbeheerder doorgaans uitbesteedt of niet verricht en die leiden tot een hoger (netto) rendement. De tweede (deel)toets 'de aard en omvang van de werkzaamheden moeten normaal vermogensbeheer te boven gaan' wordt beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden. Het gaat dan specifiek om activiteiten die verband houden met de verhuur.

In paragraaf 3.3 werd de jurisprudentie over de BOF met betrekking tot de verhuur(onderneming) behandeld. Hieruit bleek dat de rechtspraak niet helemaal overeenkomt met de opvatting van de wetgever en de jurisprudentie over verhuur(ondernemingen) in de IB/VPB. De recente rechtspraak lijkt meer waarde toe te dichten aan de omvang van de vastgoedportefeuille, het (behaalde bruto) rendement en mist meermaals een duidelijk verband tussen de (verhuur)werkzaamheid en het hoger te verwachten rendement. Toch blijft het lastig hieruit algemene conclusies te trekken, omdat de uitspraken doorgaans beperkt gemotiveerd zijn.

Het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' kent dus geen heldere inhoud en duidelijke afbakening. Dit geldt dus ook voor (deel)toets 'het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan'. Dit komt onder andere doordat de rechtspraak slechts de concrete rechtsvraag beantwoordt en het rechtsoordeel summier motiveert. Hierdoor blijft het onduidelijk hoe de (deel)toetsen toegepast dienen te worden en welke omstandigheden daarbij een rol spelen. Te Niet introduceerde daarom de omstandighedencatalogus. Deze moest leiden tot systematischere en beter gemotiveerde uitspraken, waardoor de rechtsgelijkheid en de voorspelbaarheid van het recht toenemen.

Hoofdstuk 4 Meer dan normaal vermogensbeheer en de inkomenscategorie ‘ROW’ na 2009

4.1 Inleiding

Het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ ontstond in de jurisprudentie bij de inkomenscategorie ‘inkomsten uit andere arbeid/ROW’ en meer specifiek bij het bronvereiste ‘het verrichten van arbeid’. Op dit bronvereiste lag de nadruk bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. De overige bronvereisten speelden een beperkte rol. Het kwam er doorgaans op neer dat een voordeel belastbaar was indien de aard en de omvang van de werkzaamheden normaal vermogensbeheer te boven gingen.⁸⁷

De wetgever ‘codificeerde’ het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ bij de invoering van de Wet IB 2001 in artikel 3.91, lid 1, onderdeel c. Deze codificatie zorgde voor onduidelijkheid met betrekking tot de toepassing van dit begrip.⁸⁸ De Hoge Raad nam in 2009, in navolging van de wetgever, deze onduidelijk weg, door aan te geven dat er geen wijzigingen waren beoogd ten opzichte van de oudere jurisprudentie. Vervolgens overwoog de Hoge Raad: “van belastbare arbeidsinkomsten is sprake indien (...) werkzaamheden (...) 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”.⁸⁹

De Hoge Raad introduceerde hiermee ‘het te verwachten rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaan’ bij de inkomenscategorie ‘ROW’, maar lichtte deze toevoeging niet toe. Hierdoor ontstaat de vraag of de toepassing van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ nog wel hetzelfde is. De nadruk lag voorheen op de aard en de omvang van de werkzaamheden en belanghebbende moest een positief voordeel kunnen verwachten. De toevoeging van de Hoge Raad geeft aan dat belanghebbende een hoger rendement moet verwachten dan een normale vermogensbeheerder. Dit lijkt een verzwering te zijn van het bronvereiste ‘voordeel verwachten’. Al is het onduidelijk hoe deze ‘toevoeging’ toegepast dient te worden en, of deze überhaupt toepasbaar is bij de inkomenscategorie ‘ROW’.

De toevoeging ‘het te verwachten rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gaan’ lijkt voort te komen uit de in hoofdstuk 3 behandelde jurisprudentie over de verhuur(ondernemingen) van onroerend goed. Daaruit bleek dat het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ bij verhuur(ondernemingen) bestaat uit een tweetal (deel)toetsen. Ten eerste moet ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven worden gegaan’ en ten tweede moeten ‘de aard en omvang van de werkzaamheden normaal vermogensbeheer te boven gaan’. Wanneer aan beide onderdelen is voldaan, is er sprake van meer dan normaal vermogensbeheer. Al bestaat er nog steeds onduidelijkheid over de invulling van deze (deel)toetsen en de inhoud van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’.

In het vervolg van dit hoofdstuk staan de toepassing en toepasbaarheid van de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ bij de inkomenscategorie ‘ROW’ centraal. Het gaat specifiek om onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. In paragraaf 4.2 komt de rechtspraak aan bod die volgde na het arrest uit 2009. Hierin wordt gekeken hoe de rechtspraak omgaat met de invulling en toepassing van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ en in het bijzonder naar de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven worden gaan’. Op deze (deel)toets wordt in paragraaf 4.3 nader ingegaan. Hierin wordt onderzocht of deze toets toepasbaar en toepasselijk is bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden (ROW). In paragraaf 4.4 komt de

⁸⁷ Verdaasdonk 2016, p. 53.

⁸⁸ Verdaasdonk 2016, p. 35.

⁸⁹ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, *BNB* 2010/117, r.o. 3.3.

forfaitaire vermogensrendementsheffing uit box 3 aan bod. Deze heffing was nieuw bij de invoering van de Wet IB 2001 en zorgt ervoor dat vermogenswinsten niet langer (geheel) onbelast blijven. Het gaat er met name om hoe deze heffing zich verhoudt tot de inkomenscategorie 'ROW'. Tot slot eindigt deze paragraaf met een samenvatting en een conclusie.

4.2 Casuïstische jurisprudentie

4.2.1 Inleiding

In deze paragraaf komt de jurisprudentie over onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden, die volgde na het arrest van de Hoge Raad uit 2009, aan bod. Deze aanvullende werkzaamheden kunnen ervoor zorgen dat een onroerendgoedtransactie belastbaar wordt. Bijvoorbeeld door het verzorgen van een bestemmingswijziging of het (op)nieuw ontwikkelen van onroerend goed. Aan de hand van een zevental uitspraken wordt gekeken hoe de rechtspraak de (deel)toetsen bij het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' invult. Tot slot volgen een samenvatting en conclusie.

4.2.2 Hof Arnhem 15 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7235, V-N 2012/43.13

De eerste uitspraak is van Hof Arnhem. Hierin bezat belanghebbende een perceel zonder bebouwing en een perceel met bebouwing, waaronder varkensstallen. Belanghebbende verkreeg na het slopen van de stallen een woningbouwlocatie op het andere perceel,⁹⁰ en verrichtte daarvoor de volgende werkzaamheden: het aanvragen van een sloopvergunning, het verzoek om een subsidie te ontvangen, het inschakelen van een aannemer voor de sloop van de varkensstallen, het overleggen met de gemeente om de woningbouw te vergroten en tot slot het verkopen van het perceel met woningbouwlocatie. Het Hof beoordeelde de voornoemde werkzaamheden naar hun aard en omvang en oordeelde dat deze onmiskenbaar gericht waren op het behalen van voordelen die het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement van de daarbij betrokken onroerende zaken en rechten te boven gingen.

Het Hof oordeelt dat de werkzaamheden gericht zijn op het behalen van een rendement dat uitgaat boven die van een normale vermogensbeheerder, maar onderbouwt dat niet. Het Hof past in deze uitspraak dezelfde methodiek toe als in de oudere jurisprudentie met betrekking tot onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden.⁹¹ Het somt de werkzaamheden op en oordeelt of deze naar hun aard en omvang normaal vermogensbeheer te boven gaan. Vervolgens wordt geconcludeerd dat deze tevens gericht zijn op het behalen van een hoger rendement dan een normale vermogensbeheerder kan verwachten. Uit de feiten en omstandigheden blijkt niet waardoor belanghebbende dit hogere rendement kan verwachten. Het perceel steeg aanzienlijk in waarde, maar daartegenover stond dat belanghebbende zijn onderneming moest beëindigen (fosfaatrechten inleveren) en de opstallen moest afbreken.

4.2.3 Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY3919, V-N 2013/12.15

In de uitspraak van Hof Arnhem huurde belanghebbende een naastgelegen leegstaande boerderij voor € 1,- met een optie tot koop. Belanghebbende kocht na overleg met de gemeente de boerderij en verbouwde deze tot een appartementencomplex voor de huisvesting van buitenlandse werknemers. Deze verbouwing werd uitgevoerd door een architect.

Het Hof rekende de volgende werkzaamheden aan belanghebbende toe: "het onderzoek naar de haalbaarheid van de verbouwing van de boerderij en de verhuur daarvan als appartementencomplex,

⁹⁰ Dit vond plaats in het kader van de ruimte-voor-ruimte-regeling. Deze regeling komt er op neer dat belanghebbende een woningbouwlocatie verkrijgt in ruil voor de sloop van agrarische bebouwing. Deze woningbouwlocatie kan belanghebbende vervolgens 'inzetten' op hetzelfde of op een ander (aangewezen) perceel. De bouwvergunning wordt vervolgens toegekend als belanghebbende voldoet aan de algemene eisen binnen de gemeente (bodemeisen, maximale inhoud, goothoogte enz.).

⁹¹ Zie Verdaasdonk 2016, p. 28-32 en p. 42-47. Hierin kwam deze jurisprudentie uitgebreid aan bod.

de onderhandelingen over de financiering van de aankoop en de verbouwing van de boerderij, de uitoefening van het recht van eerste koop, het geven van een opdracht aan de architect voor de verbouwing van de boerderij en het toezicht houden op de uitvoering daarvan, het aanvragen van vergunningen en subsidie, alsmede de onderhandelingen over de verhuurovereenkomsten van de appartementen.” Daarnaast bedroegen de aankoop- en verbouwingskosten respectievelijk € 408 950 en € 1 327 809. Dit werd voornamelijk gefinancierd met vreemd vermogen, ook ontving belanghebbende een Europese subsidie van € 203 000. De geschatte verhuuropbrengst van de boerderij in onverbouwde staat bedroeg € 15 000 per jaar, dat van de verbouwde boerderij bedroeg € 246 000 per jaar.

Het Hof maakte in zijn oordeel onderscheid tussen de verbouwingswerkzaamheden en de verhuuractiviteiten. De verbouwingswerkzaamheden waren volgens het Hof naar hun aard en omvang onmiskenbaar gericht op het behalen van redelijkerwijs te verwachten voordelen uit de onroerende zaak, die het rendement bij normaal vermogensbeheer te boven gingen. Tot dit oordeel werd gekomen na het opsommen van de eerder genoemde werkzaamheden en de verveelvoudiging van de huuropbrengsten. Het Hof oordeelde vervolgens dat de verhuuractiviteiten normaal vermogensbeheer niet te boven gingen. Het appartementencomplex behoorde na de verbouwing tot het box 3 vermogens van belanghebbende.⁹²

Het Hof leidt uit de verveelvoudiging van de huuropbrengsten af dat de werkzaamheden gericht waren op het behalen van een hoger rendement. Dit is opmerkelijk. De huuropbrengsten zeggen op zichzelf namelijk niets over het rendement, daarvoor zijn ook de verbouwingskosten en de waarde van de onroerende zaak van belang. Daarbij komt dat belanghebbende slechts een voordeel kon ‘realiseren’ dankzij een Europese subsidie. Hierdoor kan men zich afvragen of belanghebbende met deze werkzaamheden wel een hoger rendement kon verwachten dan een normale vermogensbeheerder.

[4.2.4 Hof Amsterdam 12 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2952, V-N 2013/61.1.2](#)

Diezelfde verhoogde huuropbrengsten speelden een voorname rol in een uitspraak van Hof Amsterdam. Belanghebbende kocht samen met zijn compagnons een kantoorpand, nadat de gemeente aan had gegeven mee te werken aan een bestemmingswijziging tot hotelpand. De compagnons schakelden vervolgens een architect in en zochten naar financiering voor de verbouwing. Enige tijd later meldde een potentiële koper zich en werd het pand daaraan verkocht met een aanzienlijke winst.

Hof Amsterdam gaf aan dat de verrichte (en voorgenomen) werkzaamheden normaal actief vermogensbeheer overstegen. Dat de voorgenomen werkzaamheden uiteindelijk niet hebben plaatsgevonden, deed daar niets aan af. Daarnaast kon belanghebbende een hoger rendement verwachten, omdat de bestemmingswijziging, van kantoor- naar hotelpand, tot een verveelvoudiging van de huuropbrengsten en de waarde van het pand leidde. Dit bleek volgens het Hof uit de gedingstukken, zelfs wanneer het voorgespiegelde rendement in de financieringsaanvraag onrealistisch was.⁹³

[4.2.5 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8442](#)

In deze uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden ging het om de herontwikkeling van winkelpanden. Belanghebbende, makelaar van beroep, bezat een tweetal winkelpanden en wilde deze herontwikkelen tot twee winkelappartementen en tien woonappartementen.⁹⁴ Hij gaf een architect de opdracht een plan te ontwerpen, vroeg bouw- en sloopvergunningen aan en onderhandelde over de financiering. Vervolgens stopte belanghebbende met de herontwikkeling vanwege gezondheidsredenen en de

⁹² Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY3919, V-N 2013/12.15, r.o. 4.5.

⁹³ Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY3919, V-N 2013/12.15, r.o. 4.9.3. Dit betekent dat alleen de verwachte huurinkomsten overblijven. Overigens bleek uit de financieringsaanvraag dat een investering van € 11 500 000 zou leiden tot een voordeel van ten minste € 8 000 000.

⁹⁴ Belanghebbende bezat één winkelpand in privé en het andere pand middellijk via een bv. Van deze bv bezat belanghebbende alle aandelen.

onzekere financiële situatie. Het plan werd overgedragen aan een projectontwikkelaar. Belanghebbende participeerde als passief belegger in het plan en verkreeg daarvoor na de oplevering twee winkelappartementen en één woonappartement.

Het Hof oordeelde, in navolging van de rechtbank, dat de werkzaamheden naar aard en omvang waren gericht op het behalen van voordelen, die het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement van de daarbij betrokken onroerende zaken te boven gingen. Het ging namelijk om het actief ontwikkelen van onroerend goed, waarbij een deel was bestemd voor de verkoop. Het Hof merkte daarnaast op, dat belanghebbende kennis bezat van de lokale onroerendgoedmarkt en de Rabobank bereid was het geheel te financieren. Het leidde hieruit af dat belanghebbende voordeel kon verwachten. Een verdere onderbouwing ontbrak.

[4.2.6 Hof Den Bosch 3 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4003, V-N 2014/64.1.4](#)

Hof Den Bosch oordeelde over de doorverkoop van een pand. Het pand stond al enige tijd leeg en bestond uit 20 woonappartementen en één bedrijfsruimte. Belanghebbende en 5 andere participanten kochten het pand met het oogmerk dit te renoveren, verhuren en vervolgens te verkopen. Maar voor de aanvang van de renovatie meldde zich een potentiële koper, waaraan het pand werd verkocht.

Het Hof overwoog: “Het kopen, renoveren, verhuren en vervolgens zo spoedig mogelijk verkopen van een onroerende zaak is in de regel een activiteit welke normaal, actief vermogensbeheer (...) te buiten gaat en welke derhalve in beginsel een werkzaamheid vormt (...)”. Hierbij maakte het geen verschil dat de werkzaamheden nooit waren uitgevoerd. Het Hof oordeelde aan de hand van belanghebbendes (financierings)berekeningen dat belanghebbende voordeel kon verwachten en belaste het gerealiseerde voordeel vervolgens.

Het Hof neemt als uitgangspunt dat ‘het kopen, renoveren, verhuren en vervolgens verkopen leidt tot meer dan normaal vermogensbeheer, tenzij er sprake is van een uitzondering’. Het is onduidelijk waar het Hof dit op baseert. Hof Amsterdam oordeelde in het verleden (onterecht?) dat het kopen, renoveren, verbeteren, verhuren en verkopen van een kantoorpand qua aard en omvang normaal vermogensbeheer niet te boven ging.⁹⁵ Daarnaast oordeelde de Hoge Raad met betrekking tot uitponden van onroerende zaken, dat uitponden op zichzelf niet leidt tot meer dan normaal vermogensbeheer. Het gaat namelijk om de achterliggende werkzaamheden die leiden tot uitpounding.⁹⁶ Een nadere motivering van Hof Den Bosch was dan ook op zijn plaats geweest.

[4.2.7 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9821, V-N 2015/14.11](#)

In de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden ging het om een omvangrijke verbouwing. Belanghebbende, firmant bij een installatiebedrijf, kocht een appartementencomplex met het oog op langdurige verhuur. Het complex was juridisch gesplitst in een vijftal appartementsrechten en in casco staat. Belanghebbende moest zelf trappen, plafonds en tussenwanden plaatsen, vloeren, muren en plafonds afwerken, installatiewerk uitvoeren, badkamers, keukens en dakgoten plaatsen, schilderen en een berging voor afvalcontainers realiseren. Deze werkzaamheden werden allemaal door belanghebbende zelf verricht.

Het Hof oordeelde dat belanghebbende geen werkzaamheden verrichtte die normaal vermogensbeheer te boven gingen. De bestemming of aanwendingsmogelijkheid wijzigde niet. De werkzaamheden waren gericht op het realiseren van huurpenningen en, volgens het Hof, niet op het behalen van een voordeel dat het rendement bij normaal, actief vermogensbeheer te boven ging. Het maakte hierbij niet uit dat de werkzaamheden omvangrijk waren.

⁹⁵ Hof Amsterdam 11 mei 1999, ECLI:NL:GHAMS:1999:AA8005, V-N 1999/54.20, onderdeel 5.7.

⁹⁶ HR 15 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AW7622, BNB 1987/276, r.o. 5.1-5.2.

Het Hof gaat ervan uit dat belanghebbende geen hoger rendement nastreeft, omdat het oogmerk is gericht op de verhuur van onroerend goed. Daarentegen merkt het Hof niets op over de waardeestijging en de verhoogde huuropbrengst van de onroerende zaak. De werkzaamheden zijn naar mijn mening wel degelijk gericht op het behalen van een ‘hoger rendement’, dan een normale vermogensbeheerder kan verwachten. Belanghebbende verricht namelijk alle werkzaamheden zelf. Het moet vervolgens geen verschil maken of de onroerende zaak wordt verkocht of verhuurd, omdat de waardeestijging al heeft plaatsgevonden.⁹⁷

[4.2.8 Hof Den Bosch 2 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2524, V-N 2015/53.9](#)

Tot slot een uitspraak van Hof Den Bosch over de ruimte-voor-ruimte-regeling. Belanghebbende bezat een perceel waarop deze regeling toegepast kon worden.⁹⁸ Potentiële kopers gaven aan interesse te hebben in een deel van dat perceel, waarop belanghebbende het perceel splitste. Vervolgens werd het perceel verkocht aan een CV van de provincie en tegen een hogere prijs teruggekocht als bouwgrond. Belanghebbende liet enkele onderzoeken verrichten, zoals planschade- en bodemonderzoeken en verkocht daarna het perceel als ‘bouwgrond’.

Het Hof oordeelde dat er geen sprake was van ROW. De werkzaamheden van belanghebbende lagen in de sfeer van de voltooiing van verkoop- en leveringstransacties en waren niet meer dan een verwezenlijking van een bestaand voordeel. De provincie had namelijk de bestemmingswijziging tot stand gebracht, niet belanghebbende zelf. De staatssecretaris ging niet in cassatie, maar gaf aan dat voor meer dan normaal vermogensbeheer aan de volgende twee criteria moet worden voldaan: Ten eerste moeten de werkzaamheden uitstijgen boven normaal vermogensbeheer en ten tweede moeten deze werkzaamheden bijdragen aan het behalen van een hoger (te verwachten) resultaat.

[4.2.9 Samenvatting en conclusie](#)

De hiervoor behandelde uitspraken leiden niet tot een concrete(re) invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. Zo verschilde de toepassing van dit begrip en de daarbij behorende (deel)toetsen tussen verschillende uitspraken. De (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ werd aangenomen op grond van een (financierings)berekening van belanghebbende, de verveelvoudiging van de huuropbrengst en waarde van de onroerende zaak, maar werd ook aangenomen zonder enige onderbouwing. Hierdoor blijft het onduidelijk hoe deze toets toegepast dient te worden en wat de (meer)waarde ervan is. Al lijkt het ‘gemotiveerd’ aannemen van deze (deel)toets ertoe te leiden dat de andere (deel)toets makkelijker wordt aangenomen. De andere (deel)toets ‘de aard en omvang van de werkzaamheden moeten normaal vermogensbeheer te boven gaan’ werd doorgaans hetzelfde toegepast als voor HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, *BNB* 2010/117. De rechter somt de feiten en omstandigheden op en oordeelt of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Een motivering of onderbouwing van dit oordeel ontbreekt in de meeste gevallen.

Het ontbreken van die motivering/onderbouwing zorgt ervoor dat er in de jurisprudentie geen lijn valt te onderkennen. Het is hierdoor onduidelijk welke feiten en omstandigheden de doorslag geven bij de beoordeling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. De jurisprudentie is in dat opzicht niet of nauwelijks veranderd ten opzichte van de jurisprudentie van voor 2009.⁹⁹ De (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ brengt daarin geen verandering. Dit komt mogelijk door het ontbreken van een duidelijke invulling van deze toets, waardoor de rechters hier verschillend mee omgaan.

⁹⁷ Daarbij zij opgemerkt dat het ‘realisatievereiste’ verdween met de invoering van de Wet IB 2001. De Wet IB 1964 kende namelijk in artikel 33 een realisatievereiste. Een voordeel was slechts belastbaar wanneer het daadwerkelijk was gerealiseerd. Een sfeerovergang binnen het ‘eigen vermogen’ van belanghebbende voldeed daar niet aan. Hetzelfde gold wanneer de onroerende zaak werd geschonken.

⁹⁸ Zie ook paragraaf 4.2. Daarin kwam deze regeling aan bod.

⁹⁹ Verdaasdonk 2016, p. 53.

4.3 Het te verwachten rendement (van een normale vermogensbeheerder te boven gaan) bij de inkomenscategorie 'ROW'

4.3.1 Inleiding

De (deel)toets 'het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan' voegt momenteel weinig toe aan de jurisprudentie met betrekking tot onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. In deze paragraaf wordt onderzocht of een concrete(re) invulling van deze (deel)toets daarin verandering brengt. Voor deze concrete(re) invulling wordt teruggevallen op de in hoofdstuk 3 behandelde literatuur en jurisprudentie over de verhuur(onderneming) van onroerend goed. Hierin kwam naar voren dat de (deel)toets kan worden gezien als een concretisering van het meerwaardecriterium. In paragraaf 4.3.2 wordt onderzocht wat dat betekent voor de toepasbaarheid en toepasselijkheid van deze toets bij de inkomenscategorie 'ROW'. Vervolgens wordt in paragraaf 4.3.3 gekeken naar een concrete(re) invulling van de (deel)toets. Dit vindt plaats aan de hand van de aanknopingspunten die volgden uit de jurisprudentie over de verhuur(onderneming) van onroerend goed. Tot slot volgen een samenvatting en tussenconclusie.

4.3.2 De (deel)toets als meerwaardecriterium

In paragraaf 3.2.5.2 kwam het meerwaardecriterium van Van Dijck aan bod. Dit meerwaardecriterium onderscheidt de belegger van de ondernemer. Een ondernemer heeft namelijk de intentie om met arbeid en kapitaal een meerwaarde te creëren, terwijl een belegger slechts een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt waarvoor hij een vergoeding ontvangt. Een belegger creëert dus geen meerwaarde. De (deel)toets 'het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheer te boven gaan' kan dan ook worden gezien als een concretisering van het meerwaardecriterium bij de verhuur van onroerend goed. Het toets of belanghebbende een meerwaarde creëert bovenop het voordeel dat normaliter voortkomt uit de onroerende zaak. Deze meerwaarde kan ontstaan door 'zelf' werkzaamheden te verrichten, die een normale vermogensbeheerder doorgaans uitbesteedt, of door aanvullende diensten te leveren.

Deze benadering van de (deel)toets leidt ertoe dat deze toets overbodig is bij de inkomenscategorie 'ROW'. Het meerwaardecriterium ligt namelijk al besloten in de bronvereisten 'het verrichten van arbeid' en 'het verwachten van voordeel'. Belanghebbende moet met zijn werkzaamheden een positief voordeel kunnen verwachten. Met andere woorden moet belanghebbende een meerwaarde creëren. Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis: "Onder een overige werkzaamheid (ROW) wordt verstaan het verrichten van enige vorm van arbeid in het economische verkeer, die is gericht op het behalen van een geldelijk voordeel (...)"¹⁰⁰

Daarnaast werd in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat met de afdeling 'ROW' is beoogd aan te sluiten bij de 'oudere' jurisprudentie onder de inkomenscategorie 'inkomsten uit andere arbeid'.¹⁰¹ Uit die jurisprudentie blijkt dat belanghebbende 'slechts' een positief voordeel moet verwachten. Hieraan wordt doorgaans voldaan wanneer belanghebbende werkzaamheden verricht die naar hun aard en omvang normaal vermogensbeheer te boven gaan. Het bronvereiste 'voordeel verwachten' speelde een zeer summiere rol in die jurisprudentie.¹⁰² De (deel)toets 'het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan' lijkt dan ook een 'verzwaring', voorheen moest belanghebbende 'slechts' een positief voordeel verwachten, terwijl die tegenwoordig een rendement moet kunnen verwachten dat normaal vermogensbeheer te boven gaat. Al blijft het onduidelijk wat dit rendement bij normaal vermogensbeheer precies inhoudt.

¹⁰⁰ MvT, *Kamerstukken II 1998/99*, 26727, nr. 3, p. 132.

¹⁰¹ MvT, *Kamerstukken II 1998/99*, 26727, nr. 3, p. 132.

¹⁰² Verdaasdonk 2016, p. 54.

4.3.3 De (deel)toets als concretisering/objectivering

4.3.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht of de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ mogelijk een andere functie kan hebben bij de inkomenscategorie ‘ROW’. Meer specifiek wordt gekeken of deze (deel)toets kan leiden tot een objectivering/concretisering van het abstracte begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Hiervoor wordt teruggegrepen naar de aanknopingspunten uit de jurisprudentie met betrekking tot de verhuur(onderneming) van onroerend goed uit hoofdstuk 3. Deze aanknopingspunten zijn onder te verdelen in een tweetal toepassingsvarianten. De eerste is een vergelijking van de werkzaamheden met die van een normale vermogensbeheerder (paragraaf 4.3.3.2) en de tweede een cijfermatige benadering van het rendement (paragraaf 4.3.3.3).

4.3.3.2 Een vergelijking van de werkzaamheden met een normale vermogensbeheerder

De eerste variant is het vergelijken van de werkzaamheden van een belanghebbende met die van een belegger in soortgelijke zaken. Deze variant volgt uit de jurisprudentie over de verhuur(onderneming) van onroerend goed in de IB/VPB. Aan deze toetsingsvariant wordt in de regel voldaan wanneer belanghebbende ‘zelf’ werkzaamheden verricht, die een soortgelijke belegger uitbestedt of niet levert. Hierdoor kan belanghebbende namelijk een hoger (netto) rendement verwachten.

Deze toetsingsvariant voegt naar mijn mening weinig toe, of is het andere geval (bijna) niet toepasbaar op onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Dit komt door het ontbreken van een bruikbaar ijkpunt; een normale vermogensbeheerder.

Ten eerste kan worden gekozen voor een algemene omschrijving van een ‘normale vermogensbeheerder’, zoals een verhuurder/belegger van soortgelijke zaken. Deze normale vermogensbeheerder verricht doorgaans geen aanvullende werkzaamheden, zoals het uitponden van onroerende zaken en het aanvragen/verkrijgen van bestemmingswijzigingen. Daarbij komt dat die werkzaamheden gericht zijn op een (extra) voordeel. Hierdoor leidt het verrichten van aanvullende werkzaamheden in de regel tot het voldoen aan de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’. Deze (deel)toets heeft hierdoor geen onderscheidend vermogen met betrekking tot onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden en voegt dus niets toe aan de bestaande methodiek.

Ten tweede kan ervoor gekozen worden een normale vermogensbeheerder vast te stellen per aanvullende werkzaamheid. Voorbeelden zouden zijn een normale uitponder, een normale bestemmingswijziger of normale ontwikkelaar van onroerend goed. Het vaststellen van deze verschillende normale vermogensbeheerders lijkt onmogelijk, doordat aanvullende werkzaamheden in vele varianten voorkomen. Met betrekking tot de verhuur van onroerend goed bestaat er na al die jaren nog geen duidelijke definitie. Daarbij komt dat het de vraag is of deze werkzaamheden überhaupt thuishoren bij normaal vermogensbeheer. Dit alles leidt ertoe dat deze toetsingsvariant niet of nauwelijks toepasbaar is bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden.

4.3.3.3 Een cijfermatige benadering van het rendement

De tweede toetsingsvariant is een cijfermatige benadering van het rendement en volgde uit HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633. Hierin werd geoordeeld dat het hoge rendement over de afgelopen 20 jaar uitging boven dat van een normale vermogensbeheerder. Een dergelijke toepassing past naar mijn mening niet bij de inkomenscategorie ‘ROW’ en meer specifiek bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Deze toetsingsvariant toetst namelijk het achteraf behaalde rendement en niet het te verwachten rendement. Een dergelijke benadering is met betrekking tot de verhuur mogelijk, omdat het gaat om jaarlijks vergelijkbare inkomsten over een langere periode. Daarentegen gaat het bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden om incidentele

werkzaamheden/transacties. Uit het behaalde rendement/voordeel blijkt dan niet dat belanghebbende dit voordeel kon verwachten bij de aanvang van de werkzaamheid. Deze toetsingsvariant betekent daardoor een extra aanvullende toets, waardoor behaalde verliezen en kleine voordelen, buiten de inkomenscategorie 'ROW' lijken te blijven.¹⁰³

Een cijfermatige benadering ligt daarnaast bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden niet voor de hand. Hiervoor dient namelijk een rendementsvergelijking plaats te vinden tussen het behaalde rendement van belanghebbende en dat van een normale vermogensbeheerder. Om deze rendementen te kunnen vergelijken dient het voordeel afgezet te worden tegen het geïnvesteerde vermogen en de tijdsduur van de werkzaamheid. Met name de tijdsduur kan bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden leiden tot een vertekend beeld. Dezelfde werkzaamheden kunnen, afhankelijk van de beschikbare tijd van belanghebbende, leiden tot verschillende uitkomsten. Bijvoorbeeld een belanghebbende die met zijn werkzaamheden in 3 maanden tijd een voordeel realiseert van € 4 000 op een geïnvesteerd vermogen van € 100 000, geniet een rendement van 17% op jaarbasis. Een belanghebbende die dezelfde werkzaamheden verricht in één jaar tijd, geniet daarentegen een jaarlijks rendement van slechts 4%. Daarbij hebben externe factoren, zoals de conjunctuur en bijzondere omstandigheden, effect op het rendement. Ook blijft het onduidelijk wat het rendement van een normale vermogensbeheerder is. Dit is mogelijk het forfaitaire rendement uit box 3, het marktrendement bij de verhuur of een meer specifieke rendementsvorm bij de aanvullende werkzaamheden. Al deze factoren zorgen ervoor dat een cijfermatige benadering niet thuishoort bij de inkomenscategorie 'ROW'.

4.3.4 Samenvatting en conclusie

De (deel)toets 'het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan' lijkt niet thuis te horen bij de inkomenscategorie 'ROW' en meer specifiek bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Deze toets kwam in de jurisprudentie met betrekking tot de verhuur(onderneming) van onroerend goed naar voren als concretisering van het meerwaardecriterium. Dit meerwaardecriterium ligt bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden namelijk besloten in de bronvereisten 'het verrichten van arbeid' en 'het verwachten van voordeel'. Het toepassen van de (deel)toets lijkt zelfs te leiden tot een verzwaring van het bronvereiste 'voordeel verwachten', omdat in het verleden slechts een positief voordeel benodigd was.

Vervolgens werd onderzocht of de (deel)toets mogelijk gebruikt kan worden om het abstracte begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' te objectiveren/concretiseren. Dit vond plaats aan de hand van de aanknopingspunten die volgden uit de jurisprudentie over de verhuur(onderneming) van onroerend goed. Hierbij werd onderscheid gemaakt tussen een tweetal toetsingsvarianten. Bij de eerste variant worden de werkzaamheden vergeleken met die van een normale vermogensbeheerder. Het probleem van deze toets is dat bepaald moet worden welke werkzaamheden een normale vermogensbeheerder verricht. Wanneer wordt gekozen voor een algemene omschrijving van een normale vermogensbeheerder voegt deze toets niets toe, en indien wordt gekozen voor een specifieke vermogensbeheerder is het bepalen van een definitie (bijna) onmogelijk. De tweede toetsingsvariant is een cijfermatige rendementsvergelijking. Deze variant toetst het behaalde rendement, maar niet het te verwachten rendement. Hierdoor is er sprake van een extra toets ten opzichte van de oudere ROW-jurisprudentie, welke niet thuishoort bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Daarnaast blijkt een cijfermatige rendementsvergelijking afhankelijk van verschillende (externe) factoren, waardoor de objectiviteit van deze toets afneemt. Beide toetsingsvarianten veranderen dus niets aan het abstracte begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer'.

¹⁰³ Vgl. HR 25 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5676, *BNB* 1994/212. De Hoge Raad gaf hierin aan dat behaalde verliezen aftrekbaar waren indien de werkzaamheden normaal vermogensbeheer te boven gaan.

4.4 De forfaitaire rendementsheffing

De deel(toets) ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ blijkt weinig toe te voegen aan de inkomenscategorie ‘ROW’ en meer specifiek aan de jurisprudentie over onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Deze toets zorgt voornamelijk voor onduidelijkheid en dus rechtsonzekerheid. Toch bestaat er mogelijk een andere reden waardoor de Hoge Raad deze ‘toets’ noemde/invoerde, namelijk de forfaitaire vermogensrendementsheffing.

Deze forfaitaire wijze van heffen was nieuw bij de invoering van de Wet IB 2001. Onder de Wet IB 1964 waren inkomsten uit het privévermogen namelijk belast naar het werkelijk ontvangen bedrag.¹⁰⁴ Hieronder vielen onder andere de inkomsten uit de verhuur van onroerend goed. Daarentegen was het behaalde voordeel met de aan- en verkoop van onroerend goed in beginsel onbelast. Dit was anders wanneer belanghebbende werkzaamheden verrichtte die normaal vermogensbeheer te boven gingen.¹⁰⁵ Daarbij diende belanghebbende slechts een positief voordeel te verwachten (en te beogen).

De huidige forfaitaire vermogensrendementsheffing belast niet langer de reële inkomsten, maar het forfaitair rendement. Dit forfaitaire rendement wordt gesteld op 4% van (de waarde in het economisch verkeer) het privévermogen. Hierdoor zijn ook waardeveranderingen van onroerende zaken ‘belast’. Een waardestijging van een onroerende zaak zorgt ervoor dat het vermogen toeneemt en daarmee ook het forfaitaire rendement. Datzelfde geldt met betrekking tot een waardevermindering van een onroerende zaak, dan neemt het forfaitaire rendement af. Hierdoor zijn voordelen behaald met de aan- en verkoop van onroerend goed (met aanvullende werkzaamheden) niet langer onbelast onder de Wet IB 2001. Dit leidt tot de vraag of het nog noodzakelijk is dat onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden onder het ROW-regime moeten vallen. Een verdere behandeling van deze vraag valt echter buiten het kader van deze scriptie.

4.5 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk stond de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ centraal met betrekking tot de inkomenscategorie ‘ROW’, meer specifiek ging het om onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. De Hoge Raad introduceerde deze (deel)toets in 2009, maar lichtte deze niet toe. Hierdoor is het onduidelijk hoe deze (deel)toets toegepast dient te worden.

Deze onduidelijkheid kwam naar voren in paragraaf 4.2. Hierin bleek dat de (lagere) rechtspraak verschillend omging met deze (deel)toets. Zo werd deze (deel)toets aangenomen op grond van (financierings)berekeningen, de verveelvoudiging van de huuropbrengst en waarde van de onroerende zaak, maar werd deze ook aangenomen zonder enige onderbouwing. Door deze verschillende toepassingen is het onduidelijk hoe deze toets toegepast dient te worden en wat de (meer)waarde ervan is. Dit komt mede door het ontbreken van een deugdelijke motivering of onderbouwing. De rechter somt de feiten en omstandigheden op en oordeelt of er sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer, maar onderbouwt dat oordeel doorgaans niet. Hierdoor blijft het onduidelijk welke feiten en omstandigheden de doorslag geven bij het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’.

In paragraaf 4.3 stond de toepasbaarheid en toepasselijkheid van de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ centraal. Hiervoor werd teruggevallen op de in hoofdstuk 3 behandelde literatuur en jurisprudentie over de verhuur(onderneming) van onroerend goed. Daarin bleek de (deel)toets te fungeren als een concretisering van het meerwaardecriterium. In dat opzicht is deze (deel)toets overbodig bij de inkomenscategorie ‘ROW’. Het meerwaardecriterium ligt namelijk besloten in de bronvereisten en lijkt tot een verzwaring van het bronvereiste ‘voordeel verwachten’ te leiden. Vervolgens werd

¹⁰⁴ Artikel 24 Wet IB 1964.

¹⁰⁵ Hetzelfde gold wanneer belanghebbende bijzondere kennis (voorkennis, ervaring, deskundigheid en relaties) aanwendde.

onderzocht of de (deel)toets kan leiden tot een objectivering/concretisering van het abstracte begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. Hierbij kwamen een tweetal toetsingsvarianten van de (deel)toets naar voren. Geen van beide leidde echter tot een objectivering/concretisering van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’.

In paragraaf 4.4 kwam de forfaitaire vermogensrendementsheffing aan bod. Onder de Wet IB 1964 waren vermogensmutaties in het privévermogen in beginsel onbelast. Hieronder viel het aan- en verkopen van onroerend goed. Dit was anders wanneer belanghebbende werkzaamheden verrichtte die normaal vermogensbeheer te boven gingen of bijzondere kennis aanwendde. In die gevallen werd het voordeel belast als inkomsten uit andere arbeid. De invoering van de forfaitaire vermogensrendementsheffing zorgde ervoor dat vermogensmutaties in het privévermogen altijd worden belast. Het is daarom de vraag in hoeverre het noodzakelijk is om onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden onder het ROW-regime te laten vallen, waarbij ook de onduidelijkheid en abstractie van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ een rol speelt.

Alles in aanmerking nemend voegt de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ weinig tot niets toe aan het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ met betrekking tot onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ is daardoor nog even ‘abstract’ als voor HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, *BNB* 2010/117.

Hoofdstuk 5 Een concretere/objectievere invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’

5.1 Inleiding

In mijn eerdere scriptie (fiscaal recht) kwam naar voren dat het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ geen concrete/objectieve invulling kent, waardoor rechtsonzekerheid bestaat.¹⁰⁶ Ik hoopte dat de (deel)toets ‘het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan’ daarin verandering zou brengen. In het voorgaande hoofdstuk bleek echter dat dit niet het geval was. De (deel)toets voegde niets toe aan de bestaande methodiek en jurisprudentie met betrekking tot onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden.

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of een concretere/objectievere invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ mogelijk is. Hiervoor wordt gekeken naar het Duitse en Belgische belastingrecht. Beide belastingstelsels hebben de nodige overeenkomsten met het Nederlandse stelsel en kennen de problematiek met betrekking tot het onderscheid tussen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer. Mogelijk volgen hieruit aanknopingspunten die leiden tot een objectievere/concretere invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’.

De behandeling van dit hoofdstuk ziet er als volgt uit. In paragraaf 5.2 en 5.3 komen respectievelijk het Duitse en Belgische belastingrecht aan bod met betrekking tot het onderscheid tussen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer. Vervolgens wordt in paragraaf 5.4 gekeken naar een alternatieve/concretere invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ in het Nederlandse belastingrecht. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en een conclusie.

5.2 Het Duitse belastingsysteem

5.2.1 Inleiding

Het Nederlandse belastingsysteem vertoont de nodige overeenkomsten met het Duitse systeem. De oorzaak hiervan ligt (deels) in de Duitse bezetting tijdens de tweede wereldoorlog. De bezetters voerden verschillende belastingen in, die hun grondslag vonden in het Duitse belastingrecht. Na de oorlog ontwikkelden beide belastingstelsels zich afzonderlijk van elkaar, maar bleven veel grondslagen hetzelfde.¹⁰⁷

Met betrekking tot de verhuur van onroerend goed komt het Duitse systeem overeen met het Nederlandse systeem onder de Wet IB 1964, het belast de reële huurinkomsten.¹⁰⁸ Daarnaast zijn de (aan- en) verkoop van onroerend goed in beginsel onbelast. Dit is anders wanneer het normale vermogensbeheer te boven wordt gegaan (paragraaf 5.2.2) of de meerwaarde-/speculatiebepaling van toepassing is (paragraaf 5.2.3).

5.2.2 Het normale vermogensbeheer te boven gaan

Van normaal vermogensbeheer is in het Duitse recht sprake, wanneer werkzaamheden gericht zijn op het in stand houden van het vermogen. Een voorbeeld hiervan is de verhuur van onroerend goed. Ook het (aan- en) verkopen van onroerend goed valt in beginsel onder normaal vermogensbeheer. Deze aan- en verkooptransacties kunnen op een tweetal wijzen normaal vermogensbeheer te boven gaan. De eerste manier is wanneer de (primaire) intentie is gericht op het realiseren van overwaardes, de tweede wijze is het verrichten van bepaalde werkzaamheden. Daarnaast kan ook het verhuren van onroerend goed normaal vermogensbeheer te boven gaan, maar dat onderwerp valt buiten het doel van dit hoofdstuk.

¹⁰⁶ Verdaasdonk 2016, p. 59.

¹⁰⁷ Te Niet 2007, p. 6.

¹⁰⁸ § 21 Einkommensteuergesetz.

Het aantonen dat de primaire intentie gericht is op het behalen van een overwaarde is niet eenvoudig. Het Bundesfinanzhof (hierna: BFH) ontwikkelde hiervoor een objectieve toets, de ‘Drei-Objekt-Grenze’.¹⁰⁹ Deze toets houdt in dat het normale vermogensbeheer te boven wordt gegaan, wanneer meer dan drie woningen of (onbebouwde) percelen worden aan- en verkocht binnen een periode van vijf jaar. Hiermee heeft het BFH rechtszekerheid willen verschaffen.¹¹⁰ Deze toets vindt overigens geen toepassing wanneer het perceel is omgezet naar bouwgrond of wanneer erop gebouwd wordt naar de wensen van de (toekomstige) koper. Het voordeel is in die gevallen direct belastbaar.¹¹¹ Daarnaast werkt de Drei-Objekt-Grenze ook omgekeerd. Als de onroerende zaak langer dan 5 jaar verhuurd is, wordt aangenomen dat er geen verband meer bestaat tussen de aanschaffing/werkzaamheden en wordt het normale vermogensbeheer niet te boven gegaan.¹¹²

Daarnaast kan het verrichten van bepaalde werkzaamheden ertoe leiden dat het normale vermogensbeheer te boven wordt gegaan. Hierbij kan gedacht worden aan het ontwikkelen of exploiteren van onroerend goed. Het hanteren van een objectief criterium, zoals de Drei-Objekt-Grenze, leidt dan tot rechtsongelijkheid ten opzichte van ondernemers.¹¹³ Het onderscheid tussen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer wordt in die gevallen gemaakt aan de hand van de materiële waardering van de feiten en omstandigheden. De rechter ontleedt de activiteiten van belanghebbende en vergelijkt deze per onderdeel met de werkzaamheden van een vergelijkbaar type ondernemer. Dit vergelijkbaar type ondernemer is bij onroerendgoedtransacties (met aanvullende werkzaamheden) doorgaans een bouwondernemer of vastgoedexploitant. De rechter motiveert per onderdeel van de werkzaamheid of het gaat om een ondernemingsactiviteit of om normaal vermogensbeheer en oordeelt vervolgens of er sprake is van normaal of meer dan normaal vermogensbeheer. Zo oordeelde het BFH dat (het actief meewerken aan) het opsplitsen van vastgoed, het bouwrijp maken en het planmatig ontsluiten van percelen typische ondernemingsactiviteiten zijn en om die reden het normale vermogensbeheer te boven gaan.¹¹⁴

5.2.3 De meerwaarde-/speculatiebepaling

Het Duitse belastingrecht kent daarnaast een ‘meerwaarde-/speculatiebelasting’.¹¹⁵ Deze belasting is verschuldigd, wanneer een onroerende zaak binnen 10 jaar na aankoop wordt verkocht. Hierop bestaan een tweetal uitzonderingen. De eerste uitzondering is de verkoop van de eigen woning en de tweede wanneer het normale vermogensbeheer wordt overschreden. In alle andere gevallen vindt deze bepaling toepassing, hierbij geldt het ‘Halbeinkunfteverfahren’. Dit houdt in dat slechts de helft van het belastbaar voordeel in aanmerking wordt genomen.¹¹⁶

5.3 Het Belgische belastingsysteem

5.3.1 Inleiding

Het Belgische belastingsysteem kent, net als het Duitse systeem, geen vermogensbelasting, maar wel een belasting op (huur)inkomsten uit onroerende zaken. Daarnaast is de aan- en verkoop van onroerende zaken (met aanvullende werkzaamheden) in bepaalde gevallen belast.

Deze mogelijke belastbaarheid vindt plaats op grond van de inkomenscategorie ‘diverse werkzaamheden’ uit artikel 90 Wetboek van de Inkomstenbelasting 1992 (hierna: WIB 92). Lid 1 van dit artikel luidt: “winst of baten, hoe ook genaamd, die zelfs occasioneel of toevallig, buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid, voortkomen uit enige prestatie, verrichting of speculatie of

¹⁰⁹ BFH I 29 maart 1973, *BStBL* 1973/661.

¹¹⁰ Fisher 1995, p. 812-813.

¹¹¹ Tipke en Lang 2010, par. 9 aant. 517.

¹¹² BFH GrS 7 februari 2002, *BStBl.* 2002/294.

¹¹³ Blümich 1943, par. 15 aant.151.

¹¹⁴ Blümich 1943, par. 15 aant. 163-172.

¹¹⁵ § 23 van de Einkommensteuergesetz.

¹¹⁶ Schönfeld 2004, p.119-128 en § 3, nr. 40 van de Einkommensteuergesetz.

uit diensten bewezen aan derden, daaronder niet begrepen normale verrichtingen van beheer van een privévermogen bestaande uit onroerende goederen, portefeuillewaarden en roerende voorwerpen”.¹¹⁷ Het uitgangspunt is dat alle voordelen belast zijn als ‘diverse werkzaamheden’, tenzij er sprake is van voordelen uit beroepsinkomen of normaal vermogensbeheer (paragraaf 5.3.2). Daarnaast is in de artikel 90 lid 8 en lid 10 een ‘meerwaarde-/anti-speculatiebepaling’ opgenomen, die specifiek ziet op de aan- en verkoop van onroerend goed (paragraaf 5.3.3).

5.3.2 Normaal of meer dan normaal vermogensbeheer

Alle niet beroepsinkomsten zijn belast als ‘diverse werkzaamheden’, tenzij er sprake is van normaal vermogensbeheer. Het Belgische belastingrecht kent, net als het Nederlandse en Duitse, geen omschrijving van het begrip ‘normaal vermogensbeheer’. Dit begrip wordt in de literatuur en jurisprudentie doorgaans omschreven als: ‘handelingen die een goede huisvader gewoonlijk stelt om het privévermogen te doen aangroeien of alleszins te behouden’.¹¹⁸ Het komt erop neer dat het beheer niet mag geschieden met een (werkelijk) speculatieve bedoeling of neerkomen op een winstgevende bezigheid (meer dan normaal vermogensbeheer).

De Belgische rechtspraak maakt in de regel geen onderscheid tussen speculatieve transacties en werkzaamheden die normaal vermogensbeheer te boven gaan, omdat beide vallen onder de inkomenscategorie ‘diverse werkzaamheden’. De rechter oordeelt doorgaans enkel of er sprake is van normaal vermogensbeheer of niet. Hiervoor wordt voornamelijk gekeken naar de omvang van het geleende geld, maar ook het gelopen risico en de opgeofferde tijd kunnen een rol spelen.¹¹⁹ In deze uitspraken ontbreekt doorgaans een deugdelijke motivering/onderbouwing. Niemegeers merkte op dat er eenvoudigweg geen grens valt te trekken bij het onderscheid tussen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer, omdat de feiten in veel gevallen elkaar tegenspreken.¹²⁰ Uit de jurisprudentie blijkt wel dat het verkavelen, het juridisch splitsen, het (op)nieuw bouwen en het omvangrijk verbouwen van onroerend goed gevolgd door verkoop doorgaans niet vallen onder normaal vermogensbeheer.¹²¹

5.3.3 De meerwaarde-/anti-speculatiebepaling

Het speculeren (met onroerend goed) is belast op grond artikel 90, lid 1, WIB 92. Daarnaast kent het Belgische belastingrecht nog een tweetal bepalingen die de meerwaarde behaald met onroerendgoedtransacties belasten. Het gaat om onroerendgoedtransacties die vallen onder ‘normaal vermogensbeheer’. In andere gevallen is het onroerend goed ‘zwaarder’ belast op grond van artikel 90, lid 1, WIB 92.

De meerwaardebepalingen zijn opgenomen in lid 8 en lid 10 van artikel 90 WIB 92. Lid 8 ziet op onbebouwde percelen en hanteert een aan- en verkooptermijn van 8 jaar. Op bebouwde percelen is lid 10 van toepassing. Hierbij geldt een termijn van 5 jaar en bedraagt de hoogte van het belastingtarief slechts de helft van het volle belastingtarief (16.5% in plaats van 33%).¹²² Daarnaast bestaat er nog een ‘ingewikkelde’ regeling met betrekking tot nieuwbouw.¹²³ Artikel 101 WIB 92 geeft vervolgens duidelijke regels met betrekking tot het bepalen van het belastbaar voordeel. Zo mag belanghebbende de aankoopkosten ophogen met een forfaitair bedrag van 25%, jaarlijks rekening houden met een waardeestijging van 5% en verbouwingkosten van geregistreerde aannemers in aftrek brengen.

¹¹⁷ Artikel 90, lid 1, WIB 92.

¹¹⁸ Andre 1992, p. 2365-2366.

¹¹⁹ Tiberghien 2011, onderdeel 1299, p. 292-297.

¹²⁰ Niemegeers 2000, p.162.

¹²¹ Cass. 15 mei 1987, *F.J.F.*, No. 88/8, p. 13; Hof Gent 12 januari 1988, *F.J.F.*, No. 89/33, p. 66; Hof Gent 30 januari 1990, *Fisc. Koer.* 1990, p. 594 en Hof Antwerpen 15 januari 2002, *Fisc. Act.* 2002 afl. 14, p. 10.

¹²² Artikel 173 lid 4 WIB.92.

¹²³ Artikel 90, lid 10, onderdeel c, WIB 92.

5.4 Het concretiseren/objectiveren van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’

5.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht of een concretere/objectievere invulling van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ mogelijk is met betrekking tot onroerendgoedtransacties (met aanvullende werkzaamheden). Dit vindt plaats aan de hand van de hiervoor behandelde Duitse en Belgische methodes. In paragraaf 5.4.2 komt het onderscheid tussen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer aan bod. Vervolgens volgt in paragraaf 5.4.3 een behandeling van de meerwaarde-/anti-speculatiebepaling.

5.4.2 Het onderscheid tussen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer.

5.4.2.1 Inleiding

Het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ kent in het Nederlandse belastingrecht geen concrete/objectieve invulling. Dit kwam ook naar voren in de jurisprudentie over onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. De rechter somt de feiten en omstandigheden op en oordeelt of ‘de werkzaamheden naar hun aard en omvang zijn gericht op het behalen van een rendement dat uitgaat boven dat van een normale vermogensbeheerder’. Een deugdelijke motivering/onderbouwing ontbreekt doorgaans. Hierdoor is het onduidelijk op welke specifieke feiten en omstandigheden de rechter zijn oordeel baseert. Dit leidt tot rechtsonzekerheid, belanghebbende weet (vooraf) niet waar die aan toe is.

In deze paragraaf wordt onderzocht of de Duitse of Belgische methodes deze (rechts)onzekerheid weg kunnen nemen. Als eerste komt in paragraaf 5.4.2.2 de Duitse methode aan bod om onderscheid te maken tussen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer. Daarna volgt in paragraaf 5.4.2.3 de Duitse ‘Drei-Objekt-Grenze’ en tot slot wordt in paragraaf 5.4.2.4 de Belgische methodiek besproken.

5.4.2.2 *De Duitse ondernemingsvergelijking*

Het onderscheid tussen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer wordt in het Duitse belastingrecht gemaakt aan de hand van een vergelijking. Hiervoor wordt de ‘werkzaamheid’ van belanghebbende gesplitst in verschillende onderdelen van die werkzaamheid. Deze onderdelen worden vervolgens vergeleken met de werkzaamheden van een ‘vergelijkbare’ ondernemer. De rechter dient hierbij per onderdeel gemotiveerd aan te geven of het gaat om ondernemingsactiviteiten of normaal vermogensbeheer. Tot slot oordeelt de rechter of er sprake is van normaal of meer dan normaal vermogensbeheer.

Deze methode gaat een stap verder dan de Nederlandse. In Nederland mist doorgaans een duidelijke motivering/onderbouwing. De Nederlandse rechter somt de feiten en omstandigheden op en oordeelt of de werkzaamheden al dan niet normaal vermogensbeheer te boven gaan. De Duitse rechter motiveert daarnaast per onderdeel van de (ontlede) ‘werkzaamheid’ of er sprake is van een ondernemingsactiviteit of van normaal vermogensbeheer. Een voorbeeld is het uitponden van onroerende zaken. Eén van de werkzaamheidsonderdelen is doorgaans het (juridisch) splitsen van onroerend goed. Dat is volgens Duitse jurisprudentie een typische ondernemingsactiviteit en de rechter zal dan oordelen dat het geheel van de werkzaamheden normaal vermogensbeheer te boven gaat.¹²⁴

Deze Duitse methode zorgt ervoor dat de rechter zijn oordeel duidelijk moet motiveren (per onderdeel van de werkzaamheid). Hierdoor worden de feitelijke oordelen van rechters beter vergelijkbaar en wordt duidelijker welke specifieke werkzaamheden leiden tot het constateren van meer dan normaal vermogensbeheer. Dit zorgt ervoor dat de rechtszekerheid met betrekking tot het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden toeneemt.

¹²⁴ Blümich, par. 15 aant. 151.

5.4.2.3 De 'Drei-Objekt-Grenze'

De Drei-Objekt-Grenze valt relatief eenvoudig in het Nederlandse belastingrecht in te passen. Op grond van deze regel is van meer dan normaal vermogensbeheer sprake, wanneer belanghebbende meer dan 3 woningen of percelen verkoopt binnen een termijn van 5 jaar. Deze methode leidt hierdoor tot een objectivering van het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' met betrekking tot de hoeveelheid transacties.

Toch past deze methode naar mijn mening niet bij de inkomenscategorie 'ROW', omdat het verrichten van aan- en verkooptransacties in beginsel een speculatieve aangelegenheid is. Dit speculatieve karakter wordt niet weggenomen door het verrichten van een bepaald aantal transacties, daar is meer voor nodig. Belanghebbende moet namelijk het voordeel kunnen verwachten. Dit kan door het verrichten van aanvullende werkzaamheden of door het aanwenden van bijzondere kennis.¹²⁵ In paragraaf 5.4.3 wordt nader aangegeven waarom speculatieve transacties naar mijn mening buiten de inkomenscategorie 'ROW' dienen te blijven.

5.4.2.4 De Belgische systematiek

De Belgische methode om normaal vermogensbeheer te onderscheiden van meer dan normaal vermogensbeheer past naar mijn mening niet bij de inkomenscategorie 'ROW'. Deze methode zou betekenen dat alle niet beroeps- en bedrijfsvoordelen behoren tot de inkomenscategorie 'ROW', tenzij er sprake is van normaal vermogensbeheer. Hierdoor vallen speculatieve voordelen, net als bij de 'Drei-Objekt-Grenze', onder de inkomenscategorie 'ROW'. Daarnaast zorgt de Belgische methode ervoor dat verliezen beperkt aftrekbaar zijn en blijft het onduidelijk wanneer er sprake is van normaal vermogensbeheer.¹²⁶ Deze methode zou zorgen voor een verandering van de inkomenscategorie 'ROW', maar niet voor een objectivering/concretisering van het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' met betrekking tot onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden.

5.4.3 De meerwaarde-/anti-speculatiebepaling

Het Duitse en Belgische belastingrecht kennen beide een 'meerwaarde-/anti-speculatiebepaling'. Ook Nederland kende tussen 1941 en 1953 een soortgelijke bepaling.¹²⁷ De reden waarom deze werd afgeschaft, heb ik niet kunnen achterhalen. De staatssecretaris maakte wel duidelijk dat dergelijke speculatieve voordelen niet thuishoren onder de inkomenscategorie 'inkomsten uit andere arbeid/ROW'.¹²⁸ Dit geldt ook nu nog. Het bronvereiste 'voordeel verwachten' houdt dergelijke speculatieve voordelen buiten de inkomenscategorie 'ROW'.¹²⁹ Het invoeren van een speculatiebepaling past dan ook niet in de huidige grondslag/systematiek van deze inkomenscategorie.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid om een meerwaarde-/anti-speculatiebepaling 'apart' op te nemen in de Wet. Ook dat past naar mijn mening niet binnen het (huidige) Nederlandse belastingstelsel. De wetgever koos bij de invoering van de Wet IB 2001 namelijk voor een forfaitaire rendementsheffing met een brede grondslag. Deze brede grondslag houdt in dat alle vermogensbestanddelen onder de reikwijdte vallen. Hieronder behoren dus ook onroerende zaken en de waardevermeerdering daarvan.¹³⁰ Diezelfde meerwaarde wordt ook belast door een meerwaarde-/anti-speculatiebelasting. Deze belastingvariant is een vermogenswinstbelasting en kwam ook naar voren in de parlementaire geschiedenis bij de invoering van de Wet IB 2001. Deze variant zou volgens de wetgever leiden tot een ingewikkelde regelgeving, gecompliceerde uitvoering, administratieve rompslomp en tot een geringe en instabiele opbrengst. Hierdoor viel de vermogenswinstbelasting af. Kortom leidt het

¹²⁵ Zie paragraaf 2.3.3.

¹²⁶ Verliezen zijn op grond van artikel 103 WIB 92 enkel verrekenbaar met voordelen uit de inkomenscategorie 'diverse werkzaamheden'.

¹²⁷ Artikel 35 Besluit IB 1941.

¹²⁸ Besluit staatssecretaris van Financiën van 7 juni 1956, *BNB* 1956/289.

¹²⁹ Freudenthal 2012, p. 65.

¹³⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, bijlage 1, onderdeel 4, p. 297.

invoeren van een meerwaarde-/anti-speculatiebelasting momenteel tot een dubbele heffing op vermogen(swinsten).

5.5 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk werd gezocht naar een concretisering/objectivering van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Dit vond plaats aan de hand van het Duitse en Belgische belastingrecht. Meer specifiek werd gekeken hoe deze omgaan met onroerendgoedtransacties (met aanvullende werkzaamheden). Hieruit bleek dat er de nodige overeenkomsten bestaan met het Nederlandse stelsel, maar ook verschillen.

Eén van die overeenkomsten is te vinden bij het onderscheid tussen normaal en meer dan normaal vermogensbeheer. Dit vindt in het Nederlandse belastingrecht plaats aan de hand van het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’. In Duitsland en België bestaat een vergelijkbare methode, al bleek de Belgische methode niet toepasbaar in Nederland, omdat hierdoor ook speculatieve voordelen onder de inkomenscategorie ‘ROW’ zouden vallen. Daarentegen biedt de Duitse (vergelijkings)methode een aanvulling op de Nederlandse.

Deze Duitse methode zorgt ervoor dat de rechter zijn oordeel duidelijk moet motiveren (per onderdeel van de werkzaamheid. De rechter ontleedt de activiteiten van belanghebbende en vergelijkt deze gemotiveerd met de werkzaamheden van een vergelijkbaar type ondernemer. Hierdoor worden de feitelijke oordelen van rechters beter vergelijkbaar en wordt duidelijk(er) welke specifieke werkzaamheden leiden tot het constateren van meer dan normaal vermogensbeheer. Dit leidt ertoe dat de rechtszekerheid met betrekking tot het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden toeneemt.

Daarnaast kwam de meerwaarde-/anti-speculatiebepaling uit het Duitse en Belgische belastingrecht aan bod. Beide stelsels kennen een belasting op meerwaarde indien de onroerende zaak binnen een bepaalde termijn wordt aan- en verkocht. Een dergelijke bepaling past niet binnen het huidige Nederlandse stelsel. Ten eerste past het belasten van speculatieve transacties niet binnen de inkomenscategorie ‘ROW’ en ten tweede leidt het tot een dubbele heffing ten opzichte van de forfaitaire vermogensrendementsheffing.

Hoofdstuk 6 Conclusie en aanbeveling

6.1 Inleiding

Mijn masterscriptie (fiscaal recht) ‘Meer dan normaal, actief vermogensbeheer in de inkomstenbelasting’ vormde de aanleiding van dit onderzoek. In deze scriptie concludeerde ik dat het arrest ‘HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, *BNB* 2010/117’ voor de nodige onduidelijkheid zorgde. Dit kwam door de volgende overweging:

“(…) van belastbare arbeidsinkomsten is wel sprake indien de uitponding gepaard gaat met 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(…)”.¹³¹

Het gaat met name om het gedeelte ‘die het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan’. Dit was namelijk nieuw bij de inkomenscategorie ‘ROW’ en meer specifiek bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. De Hoge Raad lijkt hiermee een nieuwe (deel)toets te introduceren, maar lichtte deze niet toe. Een soortgelijke (deel)toets bestaat in de jurisprudentie over de verhuur(onderneming) van onroerend goed. Al kan de vraag worden gesteld of deze toets op dezelfde wijze toepasbaar is op de inkomenscategorie ‘ROW’ en meer specifiek bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden.

Dit leidde tot de volgende probleemstelling: ‘Is de (deel)toets ‘het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan’ toepasbaar bij de inkomenscategorie ‘ROW’ en meer specifiek bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden?’.

6.2 Conclusie

De (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ komt voort uit de jurisprudentie over de verhuur(onderneming) van onroerend goed. Deze toets geeft naast de (deel)toets ‘de aard en omvang van de werkzaamheden moeten normaal vermogensbeheer te boven gaan’ invulling aan het begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’, dat onderscheidt brengt tussen beleggen en ondernemen (in onroerend goed).

Uit de jurisprudentie over de verhuur(onderneming) van onroerend goed bleek dat de (deel)toets ‘het te verwachten rendement van een normale vermogensbeheerder te boven gaan’ kan worden gezien als concretisering van het meerwaardecriterium. Het toetst of belanghebbende een meerwaarde creëert bovenop het voordeel dat normaliter voortkomt uit de onroerende zaak. Op grond van deze benadering is de (deel)toets overbodig bij de inkomenscategorie ‘ROW’. Het meerwaardecriterium ligt namelijk al besloten in de daarbij behorende bronvereisten ‘het verrichten van arbeid’ en ‘het verwachten van voordeel’. Belanghebbende moet met zijn werkzaamheden namelijk een positief voordeel kunnen verwachten.

Vervolgens was het de vraag of deze (deel)toets mogelijk een andere invulling kent met betrekking tot de inkomenscategorie ‘ROW’. Meer specifiek werd gekeken of deze (deel)toets kan leiden tot een objectivering/concretisering van het abstracte begrip ‘meer dan normaal vermogensbeheer’ bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Al bleek deze objectivering/concretisering niet uit de jurisprudentie over onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Dit kwam deels door het ontbreken van een goede onderbouwing/motivering van het oordeel.

De jurisprudentie over de verhuur(onderneming) van onroerend goed gaf daarentegen wel enkele aanknopingspunten. Hierin kwamen een tweetal toetsingsvarianten naar voren. De eerste toetsingsvariant is een vergelijking met de normale vermogensbeheerder en de werkzaamheden die

¹³¹ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, *BNB* 2010/117, r.o. 3.3.

deze verricht. Hieraan wordt voldaan indien belanghebbende werkzaamheden verricht, die een normale vermogensbeheerder doorgaans niet verricht en die leiden tot een extra opbrengst. Het probleem van deze toetsingsvariant bleek het bepalen van een normale vermogensbeheerder en welke werkzaamheden die deze verricht. Hierdoor is deze toetsingsvariant niet toepasbaar en/of voegt niets toe aan de bestaande methode.

De tweede toetsingsvariant is een cijfermatige rendementsvergelijking. Deze variant toetst enkel het behaalde rendement en niet het te verwachten rendement. Een dergelijke toets past naar mijn mening niet bij de inkomenscategorie 'ROW' en voegt ook weinig toe. Zo is een cijfermatige rendementsvergelijking afhankelijk van verschillende (externe) factoren, waardoor de objectiviteit van deze toets afneemt. Daarbij komt dat het onduidelijk is wat het rendement van een normale vermogensbeheerder is.

Tot slot leidt dit alles tot de volgende conclusie. De (deel)toets 'het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan' is niet toepasbaar bij de inkomenscategorie 'ROW' en meer specifiek bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden.

6.3 Aanbeveling en afsluiting

De (deel)toets 'het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan' blijkt niets toe te voegen aan het abstracte begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden. Hierdoor blijft de nadruk liggen op de aard en omvang van de 'werkzaamheid', deze moeten namelijk normaal vermogensbeheer te boven gaan.

Aan de hand van het Duitse en Belgische belastingrecht werd gezocht naar een objectievere/concretere invulling van het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer'. Hieruit bleek een deel niet toepasbaar, omdat daardoor speculatieve transacties onder de inkomenscategorie 'ROW' zouden vallen. Daarentegen gaf het Duitse belastingrecht wel een aanvulling op de Nederlandse systematiek.

Deze Duitse aanvulling ziet met name op de motivering/onderbouwing van uitspraken. In deze scriptie kwam meermaals naar voren dat de beperkte motivering/onderbouwing van een uitspraak ertoe leidt dat het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' abstract blijft. De Duitse methode zorgt ervoor dat de rechter zijn oordeel duidelijk moet motiveren. De 'werkzaamheid' van belanghebbende wordt ontleed en vervolgens per onderdeel van de werkzaamheid vergeleken met een vergelijkbaar type ondernemer (bouwondernemer/vastgoedexploitant). De rechter motiveert hierbij per onderdeel van de werkzaamheid of het gaat om een ondernemingsactiviteit of om normaal vermogensbeheer en oordeelt vervolgens of er sprake is van normaal of meer dan normaal vermogensbeheer.

Deze aanvulling is eenvoudig toepasbaar in het Nederlandse belastingrecht en geeft een zekere meerwaarde. Het wordt duidelijk(er) welke specifieke activiteiten/werkzaamheden leiden tot het constateren van meer dan normaal vermogensbeheer en feitelijke oordelen van rechters worden beter vergelijkbaar. Dit leidt tot een concretere invulling van het begrip 'meer dan normaal vermogensbeheer' bij onroerendgoedtransacties met aanvullende werkzaamheden en dus tot een toename van de rechtszekerheid.

Literatuurlijst

Artikelen:

Adriaansens & Rozendal 2014

O.P.M. Adriaansens, A. Rozendal, 'Bedrijfsopvolging en vastgoed', *WFR* 2014/1215.

Andre 1992

M. Andre, 'De begrenzing op fiscaal vlak van het normale beheer van een privaat vermogen', *Bull. Bel.* 1992/719.

Berkhout & van der Heijden 2008

T.M. Berkhout, J.M. van der Heijden, 'Projectontwikkeling door fiscale beleggingsinstellingen', *WFR* 2008/491.

Berkhout 2010

T.M. Berkhout, Ondernemen en niet-ondernemen in vastgoed. *NTFR* 2010/1225, blz. 1-4.

Berkhout 2014

T.M. Berkhout, 'Arbeid+, rendement+. Bedrijfsopvolgingsregeling vastgoedbeleggers', *KWEP* 2014/18.

Berkhout 2014

T.M. Berkhout, 'Fiscale orakeltaal', *NTFR* 2014/1376.

Berkhout & Hoogeveen 2014

T.M. Berkhout, M.J. Hoogeveen, 'Falsifieerbare normen en omstandighedencatalogus voor vastgoedexploitanten', *WFR* 2015/4.

Van Dijck, 1976

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

Van Dijck 2006

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

Freudenthal 2001

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

Freudenthal 2007

R.M. freudenthal, Uitponden mag!, *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2007/05.

Hoogeveen 2002

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

Hoogeveen 2013

M.J. Hoogeveen, 'Verhuur van vastgoed: Een onderneming?', *PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2013/2, p. 8-13.

Hoogeveen 2014

M.J. Hoogeveen, 'Recente uitspraken over meer dan normaal vermogensbeheer bij vastgoed', *FBN* 2014/46.

Kerkhof & Belzer 2013

S. van den Kerkhof, P.L.C. Belzer, 'Verslag 35^e fiscale conferentie: Bedrijfsopvolging', *WFR* 2013/667.

Niemegeers 2000

W. Niemegeers, 'Beurswinsten op aandelen kunnen toch belastbaar zijn! Biedt het bankgeheim voldoende bescherming?', *A.F.T.* 2000/4, p. 162.

Romyn 1978

M. Romyn, 'Het begrip beleggen in art. 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (II)', *WFR* 1978/113.

Boek:**Blümich 1943**

W Blümich, *Einkommensteuergesetz*, Berlijn: Verlag Franz Vahlen 1943.

Creusen 1981

E.M.G. Creusen, *Inkomsten uit andere arbeid*, Gouda: Gouda Quint 1981.

Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting

M.L.M. van Kempen, A.C. Rijkers en S.A.W.J. Strik (red.), *Cursus Belastingrecht: Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer (online).

Cursus Belastingrecht: Schenk- en Erfbelasting

I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht: Schenk- en Erfbelasting*, Deventer: Kluwer (online).

Freudenthal 2012

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

De Kort en Boer, NDFR Inkomstenbelasting

J.W.J. de Kort en J.P. Boer, 'artikel 3.90', in: J.W. van den Berge e.a., *Inkomstenbelasting* (artikelsgewijs commentaar NDFR), NDFR (online).

Ligthart 2012

G.Th. Ligthart, *Fed fiscale brochures: Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden*, Deventer: Kluwer 2012.

Schönfeld 2004

J. Schönfeld, *Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht* (diss. Bonn Friedrich-Wilhelms-Universit:it), Keulen: Verlag Dr. Otto Schmidt 2004.

Te Niet 2007

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

Tiberghien: Handboek voor Fiscaal Recht 2011-2012

A. Rasschaert, V. van Nieuwenhuysen en W. Putzeys(red.), *Tiberghien: Handboek voor Fiscaal Recht 2011-2012*, Mechelen: Kluwer 2011.

Tipke en Lang 2010

K. Tipke en J. Lang, *Steuerrecht*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2010.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1988/89, 20 701, nr. 6.
Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3.
Kamerstukken II 1999/2000, 26727, 202a
Kamerstukken II 2005/2006, 30375, 2.
Kamerstukken II 2005/06, 30 689, nr. 3.
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3.
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9.
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 11.
Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13.
Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3.
Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr. 3.

Besluiten

Besluit staatssecretaris van Financiën van 7 juni 1956, *BNB* 1956/289.
Besluit staatssecretaris van Financiën van 30 november 2001, nr. CPP2001/3035M, *BNB* 2002/50.

Overige

Verdaasdonk 2016

F.C.H. Verdaasdonk, *Meer dan normaal, actief vermogensbeheer in de inkomstenbelasting* (masterscriptie Tilburg), 2016.

Jurisprudentieoverzicht

HR 15 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2675, *BNB* 1955/281.
HR 29 april 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0846, *BNB* 1959/221.
HR 5 februari 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7660, *BNB* 1964/82.
HR 12 juni 1968, ECLI:NL:HR:1968:AX5959, *BNB* 1968/153.
HR 24 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AX4975, *BNB* 1971/86.
HR 1 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AY4504, *BNB* 1972/171.
HR 29 mei 1974, ECLI:NL:HR:1974:AX4479, *BNB* 1974/177.
HR 1 september 1976, nr. 17 924, *V-N* 1976/860.
HR 29 mei 1974, ECLI:NL:HR:1974:AX4479, *BNB* 1974/177.
HR 12 januari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX3500, *BNB* 1977/74.
HR 26 maart 1980, ECLI:NL:HR:1980:AX0007, *BNB* 1980/161.
HR 7 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9757, *BNB* 1981/299.
HR 15 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AW7622, *BNB* 1987/276.
HR 9 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3789, *BNB* 1988/174.
HR 8 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4143, *BNB* 1990/73.
HR 18 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4271, *BNB* 1990/159.

HR 3 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:BH7882, *BNB* 1990/329.
HR 17 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4570, *BNB* 1991/153.
HR 14 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8770, *BNB* 1993/203.
HR 25 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5676, *BNB* 1994/212.
HR 17 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5731, *BNB* 1994/319.
HR 29 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1845, *BNB* 1996/232.
HR 26 april 2000, ECLI:NL:HR:2001:BI7855, *BNB* 2001/346.
HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2260, *BNB* 2002/219.
HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0481, *BNB* 2010/117.
HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9252, *BNB* 2012/21.
HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:633.

Hof Amsterdam 9 januari 1965, ECLI:NL:GHAMS:1965:AX7601, *BNB* 1965/249.
Hof Arnhem 2 januari 1978, ECLI:NL:GHARN:1978:AX2997, *BNB* 1979/197.
Hof Arnhem 27 december 1984, ECLI:NL:GHARN:1984:AX1473, *V-N* 1985, p. 2108.
Hof Amsterdam 1 november 1989, ECLI:NL:GHAMS:1989:AW6981, *V-N* 1990/1206.
Hof Den Haag 10 april 1995, ECLI:NL:GHSGR:1995:AW1165, *V-N* 1995/2799, 7.
Hof Den Haag 6 november 1996, ECLI:NL:GHSGR:1996:AV9939, *V-N* 1997/2509.
Hof Arnhem 22 augustus 1997, ECLI:NL:GHARN:1997:AA1196, *V-N* 1997/4707, 12.
Hof Amsterdam 11 mei 1999, ECLI:NL:GHAMS:1999:AA8005, *V-N* 1999/54.20.
Hof Arnhem 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY7287, *V-N* 2006/58.1.
Hof Arnhem 15 april 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI3295, *V-N* 2009/40.10.
Hof Den Bosch 16 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV6837, *V-N* 2012/22.20.
Hof Amsterdam 8 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW3324, *V-N* 2012/34.12.
Hof Arnhem 15 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7235, *V-N* 2012/43.13.
Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY3919, *V-N* 2013/12.15.
Hof Amsterdam 12 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2952, *V-N* 2013/61.1.2.
Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8442.
Hof Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5083, *V-N* 2014/8.22.
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2901, *NTR* 2014/1393.
Hof Den Bosch 3 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4003, *V-N* 2014/64.1.4.
Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9821, *V-N* 2015/14.11.
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3505, *V-N* 2015/34.1.4.
Hof Den Bosch 2 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2524, *V-N* 2015/53.9.
Hof Den Bosch 25 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1157.

Rb. Den Haag 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:30329.
Rb. Arnhem 1 november 2012, nr. ECLI:NL:RBARN:2012:BY2093, *V-N* 2012/62.15.
Rb. Oost-Nederland 5 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ4028, *V-N* 2013/20.18.
Rb. Breda 6 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7977, *V-N* 2015/4.2.3.