



Bewijslast gebruikelijkheidstoets: de ondernemer is aan zet

24 februari 2011

De MKB-ondernemer die samen met zijn partner een onderneming drijft, in de vorm van een firma of een maatschap, moet bij de onderlinge taakverdeling rekening houden met de gebruikelijkheidstoets. Met die toets beoordeelt de inspecteur of de ondersteunende partner als ondernemer in aanmerking komt voor de ondernemersfaciliteiten. De Hoge Raad heeft onlangs beslist dat de bewijslast inzake de gebruikelijkheidstoets volledig op de (ondersteunende) ondernemer rust. Die moet aantonen dat zijn werkzaamheden in de onderneming niet hoofdzakelijk van ondersteunende aard zijn, én dat het samenwerkingsverband waarin hij werkt, de firma of maatschap, ook tussen niet-verbonden personen wordt aangegaan.

Anita Roest exploiteerde met haar man en zoon in firmaverband een handel in antieke bouwmaterialen. In 2002 werkte zij aantoonbaar meer dan 1.225 uren in die onderneming: zij claimde de zelfstandigenaftrek en diverse andere ondernemersfaciliteiten. De inspecteur weigerde die, omdat Roest niet overtuigend had aangetoond dat voldaan werd aan de gebruikelijkheidstoets: zij had niet bewezen dat haar werkzaamheden niet hoofdzakelijk van ondersteunende aard waren, én evenmin dat er geen sprake was van een ongebruikelijk samenwerkingsverband. Voor een nadere toelichting op de gebruikelijkheidstoets: zie BelastingBelangen april 2008: [De gebruikelijkheidstoets: werkzaamheden van ondersteunende aard.](#)

Hof Leeuwarden was het eens met de inspecteur, waarop Roest in cassatie ging.

Bij de Hoge Raad beklagde zij zich over het feit dat het Hof de bewijslast – dat voldaan was aan de gebruikelijkheidstoets – ten onrechte geheel op haar had gelegd.

De Hoge Raad wees dat pleidooi af.

De raad besliste dat uit de wetsgeschiedenis duidelijk blijkt dat de belastingplichtige aannemelijk moet maken dat hij voldoet aan de voorwaarden voor het verkrijgen van de ondernemersfaciliteiten. De belangrijkste voorwaarde daarbij is het uren criterium: de ondernemer moet aantonen dat hij per jaar ten minste 1.225 uur aan werkzaamheden binnen de onderneming besteedt én tevens – als hij geen starter meer is – dat hij meer dan de helft van de voor werkzaamheden beschikbare tijd binnen de onderneming werkt. Voor ondernemers die hun onderneming drijven in een samenwerkingsverband met verbonden personen – zoals belanghebbende – komt daar de gebruikelijkheidstoets bij: de ondernemer moet bewijzen dat er sprake is van werkzaamheden die meetellen voor het uren criterium.

Dat vergt dat de ondernemer aantoont dat hij voor 30% of meer hoofdwerkzaamheden binnen de onderneming verricht (de wet formuleert die voorwaarde negatief: de werkzaamheden in de



onderneming mogen niet hoofdzakelijk van ondersteunende aard zijn) én dat het deelnemen aan het samenwerkingsverband met verbonden personen (directe familieleden of huisgenoten) niet ongebruikelijk is.

De bewijslast voor deze twee toetsen ligt volledig bij de ondernemer. De Hoge Raad erkent dat het bewijs dat het samenwerkingsverband ook tussen derden gebruikelijk is, moeilijk te leveren is, maar dat sluit aan bij de bedoeling van de wetgever om de ondernemersfaciliteiten bij zo'n samenwerkingsverband slechts in uitzonderlijke gevallen toe te staan. De Hoge Raad verklaarde het cassatieberoep ongegrond.

Commentaar

De wetgever heeft het dubbel benutten van de ondernemersfaciliteiten bij een samenwerkingsverband tussen 'verbonden personen' bemoeilijkt door invoering van de gebruikelijkheidstoets. Als de ondernemer binnen het samenwerkingsverband hoofdzakelijk werkzaamheden van ondersteunende aard verricht én het is ongebruikelijk dat derden een dergelijk samenwerkingsverband aangaan, dan tellen de gewerkte uren niet mee voor het urencriterium. De ondernemer moet bewijzen dat dit niet het geval is. Dat bewijs is moeilijk te leveren, maar dat heeft de wetgever willens en wetens zo geregeld. Daar moet de praktijk het mee doen. Zorg ervoor dat u tijdig uw bewijsvoering op orde hebt: met de ondernemersfaciliteiten is jaarlijks een fors fiscaal voordeel gemoeid.