

WINST

NTFR 2020/3504

Winst

Geen ondernemerschap ten aanzien van activiteiten als kitesurfer en model*Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 november 2020, 19/531, 19/532**ECLI:NL:GHSHE:2020:3499**Belastingjaar/tijdvak: 2015**Wetsartikelen: Art. 3.5, Wet IB 2001***Samenvatting**

Belanghebbende is professioneel kitesurfer en doet daarnaast modellenwerk. In geschil is of de inkomsten uit de kitesurfactiviteiten en/of het modellenwerk genoten zijn als winst uit onderneming en zo ja, of belanghebbende recht heeft op zelfstandigen- en startersaftrek. Het hof oordeelt dat er voldoende samenhang bestaat tussen beide activiteiten gelet op de aard van de activiteiten, de economische/commerciële verbondenheid en de beoogde doelgroep. Belanghebbende maakt echter niet aannemelijk dat voldaan wordt aan de voorwaarden van het ondernemerschap door het ontbreken van voldoende zelfstandigheid en ondernemersrisico's. Tussen partijen is dan niet in geschil dat sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden. Van schending van het gelijkheidsbeginsel is geen sprake. (Hoger beroep ongegrond.)

COMMENTAAR**MOLENAAR¹**

Het verbaast mij enorm dat deze professionele kitesurfer, die tot de wereldtop behoort, geen ondernemer is. Het hof besluit tot 'resultaat uit overige werkzaamheden', en dat komt nogal minachtend over voor zo'n topsporter. Hij doet er alles aan om geld te verdienen met zijn sport, maar omdat die niet op televisie komt, zijn er geen start- en prijzengelden, zoals bij golf en tennis, is er daardoor slechts weinig sponsoring en moet hij het hebben van de spin-offs als fotomodel. Dus heel veel trainen, reizen over de wereld en de competitie aangaan met andere goede kitesurfers, vervolgens dat proberen om te zetten in inkomsten van adverteerders en sponsors, en dan zegt het hof dat er geen ondernemersrisico's zijn en dat het slechts om 'bijverdiensten' gaat. Ik kan me voorstellen dat deze topsporter dat totaal niet begrijpt.

Wel vindt het hof dat het kitesurfen en het modellenwerk voldoende met elkaar te maken hebben om bij elkaar te horen. Maar met de beoordeling van de modellenwereld slaat het hof de plank helaas mis. Een modellenbureau is namelijk slechts een bemiddelaar voor een opdracht van een bedrijf, adverteerder of reclamebureau aan het model en krijgt daarvoor een percentage van de omzet. Het model loopt volledig het inkomensrisico, want of hij nóg eens wordt gevraagd dan wel een andere opdracht krijgt, komt uitsluitend voor zijn rekening. Het bureau garandeert niets, ook niet de betaling als

de opdrachtgever in gebreke blijft, maar zorgt zelfs voor extra concurrentie door ook voor andere modellen te bemiddelen. Hoeveel meer debiteuren- en inkomensrisico kun je als model lopen?

Ook de tekst van het hof dat 'het model zich doorgaans (moet) schicken naar de wensen van de opdrachtgever' is vreemd, want dat lijkt mij nogal logisch bij een fotoshoot voor reclamewerk. Dit geldt voor heel veel zelfstandigen, want die kunnen niet maar doen waar ze zelf zin in hebben, maar dat doet niets af aan hun zelfstandigheid. Het hof lijkt hier te suggereren dat er een gezagsverhouding zou bestaan, maar dat klopt niet volgens HR 18 december 1991, nr. 27.532, BNB 1992/78 over een model, waarin werd beslist dat de enkele grond dat belanghebbende opdrachten en instructies kon geven en de betrokkenen deze moesten opvolgen onvoldoende is voor het aannemen van een gezagsverhouding. Kortom, een model werkt als een zelfstandige.

Verder vindt het hof de sponsorinkomsten van € 8.400 van deze kitesurfer te gering voor ondernemerschap. Daarbij suggereert het hof dat de kitesurfer geen zelfstandigheid heeft ten opzichte van zijn sponsors. Onbegrijpelijk, want die sponsors bemoeien zich niet met de manier van kitesurfen, maar geven hun geld voor de exposure op het shirt, de broek, de surfplank, het zeil, de website en zo meer. Daarbij komt debiteurenrisico voor de betalingen door de sponsors en inkomensrisico voor het verlengen van een sponsorcontract. Bij elkaar volop ondernemerschap.

Maar de klap op de vuurpijl is wel de zin dat het hof niet uitsluit dat in de toekomst wel sprake kan zijn van een onderneming. Wat moet er dan veranderen om zover te komen? De arbeidsverhoudingen blijven gelijk, alleen de bedragen gaan hopelijk omhoog. Maar als dat bepalend is, bestaat er in dit jaar juist al wel een onderneming, in een soort voorfase. Fiscaal is het niet zo dat je begint met resultaat uit overige werkzaamheden en daarna 'promoveert' naar winst uit onderneming, maar ben je gelijk al ondernemer, ook al zijn de inkomsten nog beperkt.

Uiteraard had het kunnen helpen als de kitesurfer zelf meer inbreng had geleverd in deze zaak, maar de conclusie moet vooral zijn dat de rechters (en de belastinginspecteur) helaas niet hebben begrepen in welke economische realiteit deze belanghebbende, kitesurfer annex model, leeft.

¹ Dr. D. Molenaar werkt bij All Arts Belastingadviseurs en is als gastonderzoeker verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.