

DE FISCALE BEHANDELING VAN TRANSACTIONEKOSTEN BIJ HET AANTREKKEN VAN VREEMD VERMOGEN

Kunnen transactiekosten die zijn verschuldigd bij het aantrekken van vreemd vermogen als aftrekbare kosten worden aangemerkt en op welke wijze dienen deze kosten vervolgens ten laste van de fiscale jaarwinst te worden gebracht?

Martijn Gremmen
Augustus 2012

Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Tilburg University

DE FISCALE BEHANDELING VAN TRANSACTIONEKOSTEN BIJ HET AANTREKKEN VAN VERMOGEN

Kunnen transactiekosten die zijn verschuldigd bij het aantrekken van vermogen als aftrekbare kosten worden aangemerkt en op welke wijze dienen deze kosten vervolgens ten laste van de fiscale jaarwinst te worden gebracht?

Opleiding: Master Fiscaal Recht
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Tilburg University

Auteur: Martijn Gremmen
ANR: 406639

Examencommissie prof. dr. J.A.G. van der Geld
drs. F.J. Elswelier

Datum: Augustus 2012

VOORWOORD

Na in 1997 de Havo te hebben afgerond, besloot ik de tweejarige voltijdopleiding MBO+ accountancy aan het Koning Willem 1 College in 's-Hertogenbosch te gaan volgen. Tijdens deze opleiding mocht ik gedurende eentiental weken stage lopen bij een klein regionaal accountantskantoor in 's-Hertogenbosch. Dat beviel zowel mijn toenmalige werkgever als mijzelf dusdanig goed dat ik er tot 2005 heb gewerkt. Op 19-jarige leeftijd ben ik zodoende op de arbeidsmarkt terechtgekomen om vervolgens nooit meer in de voltijd studiebanken terug te keren. Wel ben ik altijd in deeltijd blijven studeren. Nadat ik deze studie Fiscaal Recht aan de Tilburg University heb afgerond, heb ik drie voltooide deeltijdstudies op mijn curriculum vitae mogen bijschrijven. Inmiddels ben ik 31 jaar oud, getrouwd en vader van Cas. Een tweede kindje is inmiddels ook op komst en daarom ben ik heel erg toe aan een aantal jaren zonder deeltijdstudies.

Veel dank ben ik verschuldigd aan mijn begeleider, de heer J.A.G. van der Geld, voor zijn deskundige adviezen en enthousiaste doch kritische commentaren op al mijn opinies en uiteenzettingen. Daarnaast wil ik graag mijn ouders bedanken omdat zij mij het doorzettingsvermogen hebben gegeven om te allen tijde af te ronden waar je ooit, misschien naïef en onwetend, aan begonnen bent. Helaas mogen zij er allebei niet meer bij zijn. Daarnaast ben ik heel veel dank verschuldigd aan mijn echtgenote Markell en mijn zoontje Cas voor het vele geduld dat zij steeds weer moesten opbrengen als man/papa weer eens de hele dag zat opgesloten op de zolderkamer. Markell, jij bent diegene die er voor gezorgd heeft dat deze scriptie uiteindelijk is afgerond en daar zal ik je mijn hele leven dankbaar voor zijn.

Voor u ligt mijn scriptie met als onderwerp “de fiscale behandeling van transactiekosten bij het aantrekken van vermogen”. Het is een onderwerp dat op het eerste gezicht maar een klein gedeelte van het fiscale recht bestrijkt, maargedurende de onderzoeksperiode werd de hoeveelheid tekst toch steeds uitgebreider en de materie steeds interessanter. Alhoewel ik mij terdege besef dat fiscaliteit niet het meest “sexy” onderwerp voor u zal zijn, hoop ik dat u na het lezen van deze scriptie toch zult inzien dat er maar weinig wetenschapsterreinen zijn die zo midden in de actualiteit en de maatschappelijke ontwikkelingen staat als de fiscaliteit. Veel leesplezier toegewenst!

Martijn Gremmen
Alphen aan de Maas, augustus 2012

INHOUDSOPGAVE

| | |
|--|----|
| HOOFDSTUK 1 INLEIDING | 1 |
| 1.1 Inleiding | 1 |
| 1.2 Probleemstelling..... | 1 |
| 1.3 Opzet en afbakening..... | 2 |
| HOOFDSTUK 2 TRANSACTIEKOSTEN..... | 3 |
| 2.1 Inleiding..... | 3 |
| 2.2 Onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen..... | 3 |
| 2.3 Fiscaal belang van het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen..... | 5 |
| 2.4 Transactiekosten | 7 |
| 2.5 Samenvatting en conclusie..... | 8 |
| HOOFDSTUK 3 TOTAALWINST | 9 |
| 3.1 Inleiding..... | 9 |
| 3.2 Het begrip “totaalwinst”..... | 9 |
| 3.2.1 Inleiding..... | 9 |
| 3.2.2 De omvang van de totaalwinst..... | 9 |
| 3.2.3 Conclusie | 13 |
| 3.3 Totaalwinst in de vennootschapsbelasting..... | 13 |
| 3.3.1 Inleiding..... | 13 |
| 3.3.2 Fiscaal onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen en de aftrekbeperkingen | 14 |
| 3.3.2.1 Aftrekbeperkingen: artikel 10 lid 1 letter d..... | 14 |
| 3.3.2.2 Aftrekbeperkingen: artikel 10a..... | 16 |
| 3.3.2.3 Aftrekbeperkingen: artikel 10d..... | 17 |
| 3.3.3 Conclusie | 18 |
| 3.4 Samenvatting en conclusie..... | 19 |
| HOOFDSTUK 4 GOED KOOPMANSGEBRUIK | 20 |
| 4.1 Inleiding..... | 20 |
| 4.2 Het begrip goed koopmansgebruik..... | 20 |
| 4.2.1 Inleiding..... | 20 |
| 4.2.2 Open en dynamische norm..... | 21 |
| 4.2.3 Conclusie | 21 |

| | | |
|-----------------------------------|--|----|
| 4.3 | Historie en ontwikkeling van het begrip goed koopmansgebruik..... | 21 |
| 4.3.1 | Inleiding..... | 21 |
| 4.3.2 | Vanaf circa 1900 tot het huidige tijdperk..... | 21 |
| 4.3.3 | Huidig tijdperk..... | 23 |
| 4.3.4 | Internationale ontwikkelingen..... | 24 |
| 4.3.5 | Conclusie..... | 24 |
| 4.4 | De kenmerken van goed koopmansgebruik..... | 25 |
| 4.4.1 | Inleiding..... | 25 |
| 4.4.2 | Het eerste hoofdkenmerk; realiteitszin..... | 25 |
| 4.4.2.1 | Het eerste onderdeel van realiteitszin; het realisatiebeginsel..... | 25 |
| 4.4.2.2 | Het tweede onderdeel van realiteitszin; het matchingbeginsel..... | 27 |
| 4.4.3 | Het tweede hoofdkenmerk; eenvoud..... | 28 |
| 4.4.4 | Het derde hoofdkenmerk; voorzichtigheid..... | 29 |
| 4.4.5 | Conclusie..... | 30 |
| 4.5 | Wettelijke inbreuken..... | 30 |
| | Pensioenen..... | 30 |
| | Wet Werken aan Winst..... | 31 |
| 4.6 | Samenvatting en conclusie..... | 33 |
| HOOFDSTUK 5 MATCHINGBEGINSEL..... | | 34 |
| 5.1 | Inleiding..... | 34 |
| 5.2 | Analyse..... | 34 |
| 5.2.1 | Tijdsaspect..... | 34 |
| 5.2.2 | Criteria..... | 35 |
| 5.2.3 | Categorieën van uitgaven..... | 36 |
| 5.2.3.1 | Uitgaven die verplicht moeten worden geactiveerd..... | 36 |
| 5.2.3.2 | Uitgaven die direct ten laste van de winst van het verslagjaar moeten worden gebracht..... | 39 |
| 5.2.3.3 | Uitgaven die een keuze laten tussen direct ten laste van de winst brengen en activering..... | 39 |
| 5.2.3.4 | De toekomstige uitgaven waarvoor een voorziening kan worden gevormd.... | 41 |
| 5.2.4 | Samenvatting analyse..... | 45 |
| 5.3 | Schema..... | 46 |
| 5.4 | Transactiekosten in het schema..... | 47 |
| 5.5 | Conflict tussen het matchingbeginsel en andere kenmerken en beginselen..... | 48 |
| 5.5.1 | Inleiding..... | 48 |
| 5.5.2 | Conflicten met het voorzichtigheidskenmerk..... | 48 |

| | | |
|--|---|----|
| 5.5.3 | Conflicten met het realiteitsbeginsel..... | 49 |
| 5.5.4 | Conflicten met het eenvoudskenmerk..... | 50 |
| 5.6 | Samenvatting en conclusie..... | 50 |
| HOOFDSTUK 6 EXTERNE VERSLAGGEVING..... | | 52 |
| 6.1 | Inleiding..... | 52 |
| 6.2 | Externe verslaggeving..... | 52 |
| 6.3 | Nederlandse externe verslaggevingsregels..... | 53 |
| 6.3.1 | Inleiding..... | 53 |
| 6.3.2 | Wettelijke regels..... | 53 |
| 6.3.3 | Richtlijnen voor de jaarverslaggeving..... | 54 |
| 6.4 | Internationale externe verslaggevingsregels..... | 54 |
| 6.4.1 | Inleiding..... | 54 |
| 6.4.2 | IFRS..... | 54 |
| 6.5 | Verschillen tussen de Nederlandse en internationale regels..... | 55 |
| 6.5.1 | Inleiding..... | 55 |
| 6.5.2 | Verschillen..... | 55 |
| 6.6 | Samenvatting en conclusie..... | 56 |
| HOOFDSTUK 7 VERGELIJKING VAN METHODEN..... | | 58 |
| 7.1 | Inleiding..... | 58 |
| 7.2 | Vergelijking in het algemeen..... | 58 |
| 7.2.1 | Inleiding..... | 58 |
| 7.2.2 | Enkele specifieke verschillen..... | 59 |
| 7.2.2.1 | De impairmenttest..... | 59 |
| 7.2.2.2 | De componentenbenadering..... | 60 |
| 7.2.2.3 | Pensioenen..... | 60 |
| 7.2.2.4 | Voorzieningen voor groot onderhoud..... | 61 |
| 7.2.3 | Conclusie..... | 61 |
| 7.3 | Vergelijking ten aanzien van transactiekosten..... | 61 |
| 7.3.1 | Inleiding..... | 61 |
| 7.3.2 | Fiscale behandeling transactiekosten: directe koppeling met het aangetrokken vermogen.. | 63 |
| 7.3.2.1 | Eigen vermogen..... | 63 |
| 7.3.2.2 | Vreemd vermogen..... | 63 |
| 7.3.3 | Fiscale behandeling transactiekosten: koppeling met het actief..... | 64 |
| 7.3.3.1 | Nieuw te vervaardigen vast actief..... | 64 |

| | | |
|-----------------------------|---|----|
| 7.3.3.2 | Reeds bestaand vast actief | 65 |
| 7.3.3.3 | Vlottend actief..... | 65 |
| 7.3.3.4 | Conclusie | 66 |
| 7.3.4 | Fiscale behandeling transactiekosten: vergelijking met vooruitbetaalde rente..... | 66 |
| 7.3.5 | Samenvatting en conclusie vergelijking ten aanzien van transactiekosten..... | 67 |
| 7.4 | Samenvatting..... | 68 |
| 7.5 | Algehele conclusie..... | 70 |
| LITERATUURLIJST | | 71 |
| JURISPRUDENTIEREGISTER..... | | 74 |

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

| | |
|------------------|--|
| § | Paragraaf |
| AG | Advocaat-Generaal |
| Art. | Artikel |
| BNB | Beslissingen in Belastingzaken |
| BV | Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid |
| bv | Beginvermogen |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| CCCTB | Common Consolidated Corporate Tax Base |
| C.q. | Casu quo |
| EG | Europese Gemeenschap |
| EU | Europese Unie |
| ev | Eindvermogen |
| HR | Hoge Raad der Nederlanden |
| HvJ | Hof van Justitie |
| IAS | International Accounting Standards |
| IB/Wet IB 2001 | Wet inkomstenbelasting 2001 |
| Ic | In casu |
| IFRS | International Financial Reporting Standards |
| LJN | Landelijk Jurisprudentie Nummer |
| MBB | Maandblad Belasting Beschouwingen |
| MvT | Memorie van Toelichting |
| NV | Naamloze vennootschap |
| Nr. | Nummer |
| NTRF | Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht |
| P. | Pagina |
| RJ | Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving |
| TFO | Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht |
| Tzv | Ter zake van |
| UvA | Universiteit van Amsterdam |
| VPB/Wet VPB 1969 | Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 |
| WFR | Weekblad Fiscaal Recht |

INLEIDING

Hoofdstuk 1

1.1 Inleiding

Als we naar beursberichten luisteren, horen we de nieuwslezer vaak spreken over *de* jaarwinst van een onderneming. Deze is dan gedaald of gestegen en de nieuwslezer geeft meestal een verklaring van de oorzaken van deze ontwikkelingen. Dit bericht heeft nieuwswaarde omdat betrokkenen daaraan kunnen afleiden of het goed of slecht gaat met de onderneming. Vervolgens zullen deze betrokkenen op basis van deze nieuwsberichten beslissingen gaan nemen en deze beslissingen kunnen weer van invloed zijn op de resultaten van de desbetreffende onderneming. Het betreft dus zeer belangrijke informatie. Toch zal de nieuwslezer er meestal niet bij vertellen op basis van welke methode *de* jaarwinst eigenlijk is bepaald. Vaak geeft de nieuwslezer nog wel aan of er sprake is van een eenmalige bate, zoals een belastingmeevaller, of een eenmalige last, zoals een schadeclaim, maar dat is het dan ook. Op basis van welke regels de balansposten zijn gewaardeerd wordt nooit vermeld. Toch is deze informatie van essentieel belang om een goed beeld van de onderneming te kunnen krijgen. Betrokkenen die deze informatie willen verkrijgen zullen een beroep moeten doen op het jaarverslag en de jaarrekening van de onderneming. Met andere woorden; uit het nieuwsbericht waarin enkel het bedrag van *de* jaarwinst wordt genoemd, kan absoluut niet worden afgeleid hoe de onderneming er nu daadwerkelijk voor staat.

1.2 Probleemstelling

Eén van de relevante onderwerpen om te bepalen wat het bedrag van *de* jaarwinst nu eigenlijk betekent, is de wijze waarop de desbetreffende onderneming de kosten in het bepalen van de jaarwinst heeft betrokken. Welke kosten zijn er wel ten laste van de winst gebracht en welke niet en waarom wel of niet? Uit een nader onderzoek blijkt dat daar per methode van jaarwinstbepaling geheel verschillend mee kan worden omgegaan. Dit feit heeft mijn aandacht getrokken.

In deze scriptie zal dit aan de hand van de behandeling van één kostensoort, namelijk de behandeling van transactiekosten bij het aantrekken van vermogen, worden onderzocht. Omdat een complete beschrijving van alle verschillen tussen alle verschillende methoden van winstbepaling een te uitgebreid verslag zou worden, beperk ik mij tot twee methoden, namelijk de behandeling van dergelijke kosten onder de International Financial Reporting Standards en de behandeling van dergelijke kosten onder het Nederlandse fiscale jaarwinstbegrip: het goed koopmansgebruik. Het onderzoek heeft zich toegespitst op de behandeling van de volgende probleemstelling:

Kunnen transactiekosten die zijn verschuldigd bij het aantrekken van vermogen als aftrekbare kosten worden aangemerkt en op welke wijze dienen deze kosten vervolgens ten laste van de fiscale jaarwinst te worden gebracht?

Om tot een juiste eindconclusie te komen kunnen de volgende deelvragen worden gesteld:

- Wat houdt het begrip vreemd vermogen in? Wat is, in het licht van de probleemstelling, het onderscheid met eigen vermogen en op welke wijze wordt dit fiscaal behandeld?
- Wat houdt het begrip transactiekosten in? Zijn er verschillende soorten transactiekosten te onderscheiden?
- Hoe wordt de fiscale totaalwinst in Nederland bepaald? Komen transactiekosten überhaupt voor aftrek in aanmerking?
- Hoe wordt de fiscale jaarwinst in Nederland bepaald? Wat houdt het begrip goed koopmansgebruik in en hoe is dit in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen? Welke kenmerken maken onderdeel uit van dit begrip? Op welke wijze worden deze kenmerken door de rechters in Nederland ingevuld en toegepast?
- Wat is de invloed van het matchingbeginsel op de vaststelling van de fiscale jaarwinst en hoe is dit beginsel in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen? Wat is de verhouding van het matchingbeginsel ten opzichte van de andere kenmerken en beginselen van goed koopmansgebruik? Welke criteria bepalen op welke wijze het matchingbeginsel moet worden toegepast? Kunnen we tot een algemene conclusie komen over hoe het matchingbeginsel moet worden toegepast?
- Hoe wordt de civielrechtelijke jaarwinst in Nederland bepaald? Wat is het onderscheid met de fiscaalrechtelijke methode? Hoe verhouden deze twee methoden zich tot elkaar?
- Hoe worden transactiekosten behandeld bij de civielrechtelijke methoden van jaarwinstbepaling?
- Hoe zijn de verschillende soorten transactiekosten in het verleden in de fiscale rechtspraak behandeld?
- Is er een algemene conclusie mogelijk ten aanzien van de behandeling van alle soorten transactiekosten bij de fiscale jaarwinstbepaling?

1.3 Opzet en afbakening

De scriptie is aan de hand van genoemde deelvragen ingedeeld. In hoofdstuk 2 wordt een beschrijving gegeven van het begrip transactiekosten, de begrippen eigen en vreemd vermogen en het onderscheid daartussen, omdat deze basisbegrippen cruciaal zijn voor het begrijpen van de probleemstelling. Vervolgens worden de verschillende methoden van winstbepaling behandeld omdat de uitgangspunten van de methoden van belang zijn voor het antwoord op de vraag of kosten aftrekbaar zijn van de winst en op welke wijze deze aftrek dan dient te geschieden. Allereerst komt in de hoofdstukken 3 tot en met 5 de methode van fiscale (jaar)winstbepaling aan bod. Achtereenvolgens komen aan bod: het totaalwinstbegrip, het begrip goed koopmansgebruik en het matchingbeginsel. In hoofdstuk 6 wordt de civielrechtelijke methode van winstbepaling behandeld. Ten slotte wordt in hoofdstuk 7 de vergelijking tussen de beide methoden behandeld en geeft dit hoofdstuk een algehele samenvatting en de algehele conclusie als antwoord op de probleemstelling.

Ondernemen kan men in vele verschillende ondernemingsvormen. Alhoewel het meest dat wordt behandeld ook betrekking kan hebben op de natuurlijke persoon-ondernemer, zoals eenmanszaken en vennootschappen onder firma, ligt de nadruk toch op de rechtspersoon-ondernemer, zoals de BV of de NV.

TRANSACTIONEKOSTEN

Hoofdstuk 2

2.1 Inleiding

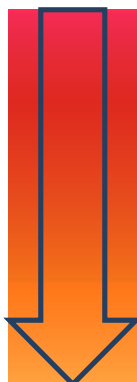
Als een ondernemingvermogen wil aantrekken ten behoeve van toekomstige investeringen of voor de financiering van werkkapitaal, dan kan de onderneming dit vermogen op twee verschillende wijzen aantrekken. Er kan eigen vermogen of vreemd vermogen worden aangetrokken. Met het aantrekken van vermogen zijn kosten gemoeid. De personen en bedrijven die zijn betrokken bij het verwerven van het vermogen moeten immers worden beloofd voor hun werkzaamheden. Voor niets gaat alleen de zon op. Deze kosten worden transactiekosten genoemd.

Dit hoofdstuk gaat in op het begrip “transactiekosten”. In § 2.2 wordt eerst een onderscheid gemaakt tussen de beide vormen van vermogen. Vervolgens wordt in § 2.3 uiteengezet wat het fiscale belang is van dit onderscheid. Om deze vermogens überhaupt in de onderneming te kunnen aanwenden, is het noodzakelijk dat er één of meerdere partijen bereid zijn om vermogen aan de onderneming te verstrekken. Dit gebeurt op basis van onderhandelingen. Aan de verschillende fasen en aspecten van de totstandkoming van de uit deze onderhandelingen voortvloeiende contracten, zijn kosten verbonden. De verschillende vormen van kosten worden beschreven in § 2.4 en daarbij zal ook worden getracht om tot een algemene definitie van het begrip transactiekosten te komen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een korte samenvatting en conclusie (§ 2.5).

2.2 Onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen

De financiering van een onderneming kan plaatsvinden vanuit verschillende bronnen. Alle bronnen zijn te categoriseren onder twee hoofdvormen, namelijk het eigen vermogen en het vreemd vermogen.

Aandelenkapitaal
Reserves
Achtergestelde leningen
Voorzieningen
Obligatieleningen
Overige langlopende schulden
Bancair krediet
Crediteuren
Belastingen
Overige kortlopende schulden



aflopende
duur
van
het
ter
beschikking
staan
aan
de
onderneming

Het eigen vermogen bestaat uit het aandelenkapitaal, de reserves en, zoals later zal blijken, in sommige gevallen de achtergestelde leningen. Het vreemd vermogen bestaat uit alle overige bronnen.

Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen is niet altijd even helder. Indien we een onderscheid willen maken, kan dit met behulp van enige wezenlijke kenmerken van beide hoofdvormen. Het gaat dan om de verschillende rechten die een verstrekker van het vermogen geniet, maar zeker ook om de voorwaarden waaronder dit vermogen wordt verstrekt.

Rechten verstrekker eigen vermogen

Een verstrekker van eigen vermogen stelt dit vermogen in beginsel voor onbepaalde tijd ter beschikking. Er is geen sprake van vaste (termijnen van) aflossingen of van een terugbetalingsverplichting voor de onderneming. Indien de onderneming failliet gaat, ontbonden wordt of anderszins ophoudt te bestaan, zal de verstrekker van eigen vermogen als laatste zijn ter beschikking gestelde geld, al dan niet gedeeltelijk, terugkrijgen.

Voor zijn investering verkrijgt de verstrekker van eigen vermogen een vergoeding en zeggenschap. De vergoeding is in beginsel afhankelijk van de resultaten van de onderneming. Indien er sprake is van een negatief resultaat, dan zal er, normaal gesproken, geen vergoeding worden uitgekeerd. De verstrekker van eigen vermogen verkrijgt zeggenschap over het beleid van de onderneming. Dit kan zich bijvoorbeeld uiten in een beslissing omtrent de winstbestemming of een beslissing inzake het aanstellen van de directie van de onderneming.

Rechten verstrekker vreemd vermogen

Een verstrekker van vreemd vermogen stelt dit vermogen in beginsel voor bepaalde tijd ter beschikking. Er is sprake van een terugbetalingsverplichting van de onderneming. Deze verplichting kan zowel via vaste als via variabele termijnen van aflossingen worden vervuld. De totale verplichting is gelijk aan het verstrekte bedrag. De verstrekker van vreemd vermogen verkrijgt zijn ter beschikking gestelde geld gelijktijdig met andere schuldeisers.

Voor zijn investering verkrijgt de verstrekker van vreemd vermogen een vergoeding. Dit is in beginsel een vast bedrag of een vast percentage van de verstrekte hoofdsom. De vergoeding wordt aangeduid als rente of intrest. De verstrekker van vreemd vermogen verkrijgt geen zeggenschap over de onderneming.

Samenvattend kunnen de belangrijkste kenmerken als volgt in een schema worden weergegeven:

| <i>Kenmerk</i> | <i>Eigen vermogen</i> | <i>Vreemd vermogen</i> |
|----------------------------|-------------------------------|------------------------|
| Looptijd | Onbepaalde tijd | Bepaalde tijd |
| Terugbetalingsverplichting | Nee | Ja |
| Aflossing | Na aflossing overige schulden | Vast of variabel |
| Preferentie | Achtergesteld | Concurrent |
| Vergoeding | Winst en variabel | Rente en vast |
| Zeggenschap | Ja | Nee |

Het is niet zo dat een vermogensverstrekking altijd cumulatief aan alle zes de kenmerken moet voldoen wil er sprake zijn van óf eigen vermogen óf vreemd vermogen. Zo is het heel goed mogelijk om een lening te verstrekken met een winstafhankelijke vergoeding. Deze

voldoet dan aan vijf van de zes kenmerken van vreemd vermogen, maar heeft één kenmerk van eigen vermogen¹.

Een ander voorbeeld is de achtergestelde lening. In de overeenkomst van een dergelijke lening wordt dan afgesproken dat de lening pas wordt afgelost als alle andere schuldeisers van de onderneming zijn terugbetaald. Dit is in feite een kenmerk van eigen vermogen. De achtergestelde lening voldoet verder volledig aan alle andere kenmerken van vreemd vermogen. Een dergelijke lening kan dan zowel als vreemd vermogen als als eigen vermogen fungeren. Indien het als eigen vermogen fungeert, wordt dit vaak als garantievermogen van de onderneming aangemerkt.

In de praktijk komen deze “tussenvormen” heel veel voor. De vraag doet zich dan voor onder welke categorie het verstrekte vermogen is onder te brengen. Daarbij is het van belang om een hoofdcriterium te benoemen. Wat onderscheidt een verstrekker van eigen vermogen nu het meest van een verstrekker van vreemd vermogen? In mijn optiek is het belangrijkste civielrechtelijke criterium de mate waarin en de wijze waarop het verstrekte vermogen “meedeelt” in de resultaten van de onderneming. Daarmee wordt niet de eventuele winstafhankelijke vergoeding die de verstrekker ontvangt bedoeld, maar het meedelen van de verstrekte hoofdsom in de winsten en verliezen van de onderneming. Bovendien moet het daarbij dan gaan om een onvoorwaardelijk meedelen. Een verstrekker van eigen vermogen moet immers maar afwachten of hij ooit nog iets van het verstrekte vermogen zal terugzien. Een andere geldverstrekker zal altijd op enig moment het door hem verstrekte vermogen, geheel of gedeeltelijk, afgelost willen zien.

De aanwezigheid van een terugbetalingsverplichting² en de voorwaarden waaronder deze verplichting moet geschieden kan dus als het meest onderscheidende kenmerk tussen de beide vormen van vermogen worden aangewezen.

2.3 Fiscaal belang van het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen

In de Wet op de Venootschapsbelasting 1969 worden de beide vermogensvormen totaal verschillend behandeld. Deze Wet is gebaseerd op het totaalwinstbegrip³. Over de volgens dit begrip vastgestelde winst wordt uiteindelijk de verschuldigde belasting geheven. Het is derhalve van groot belang om de winst eenduidig te kunnen vaststellen.

Mutaties eigen vermogen

Winst wordt vastgesteld via een vergelijking van het beginvermogen en het eindvermogen.

Voorbeeld

Een BV heeft op 1 januari een vermogen van 100. Aan het einde van het jaar is er een vermogen van 250. De aandeelhouders van de BV hebben in het betreffende jaar een kapitaalstorting van 50 gedaan. Daarnaast is er een dividend van 20 uitgekeerd.

¹ Zie ook J.A.G. van der Geld, ‘Hoofdzaken vennootschapsbelasting’, zesde herziene druk, Kluwer: Deventer 2010, p. 78.

² Zie ook HR 8 september 2006, *BNB* 2007/104 met noot van Daniels, het Oliemaatschappijarrest.

³ Art. 8 Wet VPB 1969 juncto art. 3.8 Wet IB 2001. Zie ook hoofdstuk 3.

Uitwerking

De vermogensvergelijking luidt als volgt: winst is eindvermogen/- beginvermogen, oftewel $ev -/- bv$ oftewel in ons voorbeeld $250 -/- 100 = 150$ winst. Alsdan zouden de aandeelhouders over hun eigen kapitaalstorting van 50 belasting zijn verschuldigd ⁴ zou er geen belasting worden geheven over de uitgekeerde winst, het dividend, van 20. Dat is onjuist en daarom worden kapitaalstortingen en onttrekkingen in de vermogensvergelijking gecorrigeerd. De goede vermogensvergelijking luidt dan ook als volgt:

Winst = $ev -/- bv +/+$ kapitaalonttrekkingen $-/-$ kapitaalstortingen. Als we ons voorbeeld via deze vergelijking uitwerken, dan volgt er een winst van 120.

Zoals uit dit voorbeeld blijkt vormen kapitaalstortingen wel een vermogensvermeerdering maar vormen zij geen winst, net als dat kapitaalonttrekkingen wel een vermogensvermindering vormen maar geen verlies.

Mutaties vreemd vermogen

Door het aantrekken van een financiering neemt het vreemd vermogen toe. Door het aflossen van een financiering neemt het vreemd vermogen af. Een onderneming wordt hier echter niet rijker of armer van. Het eigen vermogen wijzigt immers niet. Het banksaldo neemt evenredig toe of af. Er is geen sprake van een vermeerdering of vermindering van het eigen vermogen. Het aantrekken van en het aflossen op vreemd vermogen heeft dan ook geen invloed op de winst.

Wat wel invloed op de winst kan hebben is de waardering van de financiering. ~~Da~~ wordt een onderneming wel rijker of armer van. Als de onderneming een schuld van 100 op de balans heeft staan en die schuld hoeft vermoedelijk maar voor 50% te worden afgelost, dan is er sprake van een vermeerdering van het eigen vermogen van 50. Immers; de onderneming heeft ooit 100 gekregen en hoeft maar 50 terug te betalen. Het verschil van 50 vormt dan in principe winst voor de onderneming.

Vergoeding eigen vermogen

Dividend of uitgekeerde winst is de vergoeding voor het ter beschikking stellen van eigen vermogen. Deze vergoeding kan in beginsel geen invloed hebben op de hoogte van defiscale winst. Als een bedrijf 100 winst maakt en er wordt besloten om deze winst in zijn geheel uit te keren en deze uitkering zou van de winst aftrekbaar zijn, dan resteert er een winst van 0. Voor de belastingheffing zou er dan geen heffingsgrondslag meer zijn. Het niet aftrekbaar zijn van dividend is als zodanig ook wettelijk vastgelegd. Het niet aftrekbaar zijn van de vergoeding voor eigen vermogen betreft een keuze van de wetgever. De wetgever had ook kunnen kiezen voor andere stelsels, zoals het stelsel van aftrek van primair dividend of het stelsel van volledige integratie⁵.

Vergoeding vreemd vermogen

Rente is de vergoeding voor het ter beschikking stellen van vreemd vermogen. De onderneming verarmt door het uitbetalen van deze vergoeding. Rente kan dan ook in beginsel gewoon in aftrek van de winst worden gebracht⁶.

⁴ Art. 10 lid 1 letter a Wet VPB 1969.

⁵ Zie J.A.G. van der Geld, 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', zesde herziene druk, Kluwer: Deventer, hoofdstuk 2.

⁶ Tenzij er een renteaftrekbeperking geldt, zoals in art. 10 lid 1 letter d, art. 10a en art. 10l Wet VPB 1969.

Conclusie

De mutaties van en de vergoedingen op het eigen vermogen bevinden zich in de kapitaal sfeer en hebben geen invloed op de hoogte van de winst. De waarderingsmutaties van en de vergoedingen op het vreemd vermogen bevinden zich in de winstsfeer en hebben wel invloed op de hoogte van de winst.

Door deze fiscaal totaal verschillende behandeling van de beide vermogensvormen, kan er een prikkel ontstaan om de onderneming overmatig met vreemd vermogen te financieren. Fiscaal is het, door de aftrekbaarheid van de rente en de mogelijke verliesneming als gevolg van het afwaarderen van het verstrekte vreemd vermogen, immers aantrekkelijker om vreemd vermogen aan te trekken⁷. Dat drukt de winst en derhalve ook de verschuldigde belastingen.

In het overmatig financieren van vreemd vermogen bevindt zich bedrijfseconomisch ook een groot risico. Er worden verplichtingen aangegaan als rente en aflossing die bij het aantrekken van eigen vermogen niet spelen. Als de resultaten van de onderneming gaan tegenvallen, dan komen de hoge schulden als een molensteen om de nek te hangen. In de praktijk blijkt dat belastingplichtigen op zoek gaan naar de financieringsvorm die beide voordelen combineert. Belastingplichtigen willende bedrijfseconomische voordelen van eigen vermogen en de fiscaalrechtelijke voordelen van vreemd vermogen zoveel mogelijk combineren. Dat is de reden waarom de tussenvormen populaire financieringsvormen zijn geworden.

2.4 Transactiekosten

Om over vermogen te kunnen beschikken, zal dit moeten worden aangetrokken. Dit kan op allerlei manieren, maar de onderneming zal zich in ieder geval op de geld en kapitaalmarkt moeten richten. Op deze markt zijn veel verschillende partijen actief. Daarbij kan worden gedacht aan banken, private equity maatschappijen, informal investors, verstrekkers van durfkapitaal of venture capital, de overheid, het eigen personeel, de leveranciers, maar ook de eigen aandeelhouders. Om deze partijen te bereiken en te overtuigen om kapitaal ter beschikking te stellen, zal de onderneming zich actief moeten opstellen. De onderneming zal met dergelijke partijen een overeenkomst moeten gaan sluiten.

Een overeenkomst of transactie komt tot stand door onderhandelingen. Het is het spel van vraag en aanbod. Beide partijen zullen informatie moeten vergaren, elkaars betrouwbaarheid en bekwaamheid moeten onderzoeken en zij zullen moeten onderhandelen over de te stellen voorwaarden. Aan dit proces zijn kosten verbonden. In het kader van deze scriptie zijn het deze ex ante kosten die worden verstaan onder het begrip "transactiekosten". Er kunnen ook kosten moeten worden gemaakt om het contract in stand te houden. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan juridische bijstand. Deze ex post kosten laat ik verder buiten beschouwing.

Transactiekosten bij het aantrekken van eigen vermogen

Eigen vermogen in zijn zuiverste vorm kan worden aangetrokken bij de huidige aandeelhouders en bij toekomstige aandeelhouders. Indien een bedrijf toekomstige aandeelhouders wil aantrekken, dan kan zij daarvoor een beroep doen op de beurs. Dit wordt een aandelenemissie genoemd. Transactiekosten van dergelijke emissies zijn bijvoorbeeld het opstellen van een prospectus en de beloning van het begeleidend bankensyndicaat. Deze

⁷ In paragraaf 3.3 zal uitgebreid worden ingegaan op het fiscale onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen.

kosten zijn zonder meer aftrekbaar van de winst⁸. De Hoge Raad heeft dit in BNB 2008/198⁹ ook bevestigd.

Transactiekosten bij het aantrekken van vreemd vermogen

De financiële wereld heeft in de loop der jaren erg veel verschillende kostensoorten met betrekking tot het aantrekken van vreemd vermogen ontwikkeld. Er kan worden gedacht aan:

- interne kosten van de onderneming zoals het salaris van de juridisch medewerker en de financial controller;
- de beloning voor externe adviseurs als advocaten, accountants en notarissen;
- de directe beloning voor de financier, zoals de afsluit en bereidstellingsprovisies;
- kosten van beoordeling van de kredietwaardigheid van de onderneming bijvoorbeeld de kosten van een rating agency;
- kosten van de aanvraag van garanties of borgstelling;
- taxatiekosten van de onderneming of van onroerend goed ten behoeve van het verhaalbaar vermogen.

Directe of indirecte kosten

Om de analyse van het begrip transactiekosten af te ronden is het van belang op te merken dat er bij kosten onderscheid wordt gemaakt tussen de directe en de indirecte kosten. De directe kosten hebben een rechtstreeks verband met het product of de dienst die de onderneming produceert of verricht. Zonder deze kostenposten kan een product eenvoudigweg niet tot stand komen. Een voorbeeld zijn grondstoffen voor de productie van een machine. De indirecte kosten zijn in feite alle overige kosten die een onderneming moet maken.

Transactiekosten kunnen worden aangemerkt als indirecte kosten. Zij kunnen namelijk niet rechtstreeks worden toegerekend aan de productie of dienstverlening van een onderneming. Het is niet van belang voor de productie of de dienstverlening hoe een bepaalde activiteit wordt gefinancierd. Het geld moet eenvoudigweg aanwezig zijn. Hoe dat geld vervolgens wordt aangewend, kan wel van belang zijn voor het onderscheid tussen directe en indirecte kosten.

2.5 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk is in algemene bewoordingen weergegeven hoe een onderneming over vermogen kan komen te beschikken. Er is in hoofdlijnen uiteengezet wat het civielrechtelijke en het fiscaalrechtelijk onderscheid is tussen de twee hoofdvormen van vermogen, te weten eigen vermogen en vreemd vermogen. Het blijkt dat beide hoofdvormen fiscaalrechtelijk totaal verschillend worden behandeld. Vervolgens is uiteengezet wat, in het kader van deze scriptie, onder het begrip transactiekosten moet worden verstaan. Als laatste is beschreven waarom transactiekosten onder de indirecte kosten moeten worden gerubriceerd.

⁸ Art. 9 lid 1 letter d Wet VPB 1969 spreekt van kosten van wijziging van kapitaal.

⁹ HR 9 mei 2008, BNB 2008/198 met noot van Marres.

TOTAALWINST

Hoofdstuk 3

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal het belangrijke fiscale begrip ‘totaalwinst’ worden beschreven. Het is, binnen de ondernemingsfeer, het belangrijkste fiscale begrip omdat met behulp van dit begrip het belastbare bedrag van een onderneming wordt bepaald. De inhoud en werking van het begrip wordt uiteengezet in § 3.2. In § 3.3 worden de totaalwinstbepalingen binnen de Wet op de Vennootschapsbelasting en de relevante jurisprudentie behandeld. In die paragraaf wordt tevens bekeken of transactiekosten als zodanig aftrekbaar zijn van de fiscale winst. Het hoofdstuk wordt afgesloten in § 3.4 met een korte samenvatting en conclusie

3.2 Het begrip “totaalwinst”

3.2.1 Inleiding

Op grond van artikel 3.8 Wet IB 2001 worden in Nederland de gezamenlijke voordelen uit een onderneming, onder welke naam en in welke vorm ook, in de belastingheffing betrokken. Dit is de totaalwinstgedachte. Onder gezamenlijke voordelen worden alle voordelen en alle nadelen, die kunnen voortvloeien uit een onderneming, bedoeld. Dit is een zeer ruime definitie van winst. Het begrip is hoofdzakelijk in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkeld¹⁰. De winst omvat niet alleen de voordelen die voortvloeien uit de reguliere bedrijfsuitoefening, maar ook alle incidentele en nietbeoogde voordelen die in enige mate aan de bedrijfsuitoefening zijn te relateren. Tevens wordt met de definitie aangegeven dat die voordelen moeten worden beoordeeld naar de totale periode waarin de onderneming wordt gedreven.

3.2.2 De omvang van de totaalwinst

Of en in hoeverre voordelen die worden behaald tot de winst behoren, wordt uitsluitend bepaald door het totaalwinstconcept. Nadat aldus de omvang van de winst is bepaald, wordt de winst met toepassing van het jaarwinstbegrip¹¹ toegerekend aan de verschillende jaren. Daarbij wordt de in het jaar genoten winst bepaald volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn. De omvang van de jaarwinst wordt bepaald door het door de belastingplichtige gekozen waarderingstelsel, terwijl de omvang van de totaalwinst naar objectieve maatstaven wordt bepaald en deze in beginsel onafhankelijk is van de wil van de belastingplichtige.

De cruciale vragen met betrekking tot de omvang van de totaalwinst zijn de volgende:

- 1) Welke opbrengsten kunnen als ondernemingswinst worden aangemerkt?
- 2) Welke uitgaven vormen een bedrijfslast?

Door het beantwoorden van deze vragen kunnen we tot een allocatie van de voordelen komen.

¹⁰ Een beslissend arrest is: HR 16 april 1930, B. nr. 4726.

¹¹ Zie hoofdstuk 4.

3.2.2.1 Vermogensetikettering

Bij het beantwoorden van deze vragen speelt de vermogensetikettering een belangrijke rol. Immers; alle verkregen voordelen van zakenc.q. vermogensbestanddelen die voor de uitoefening van een bedrijf worden gebruikt behoren tot de winst of het verlies van de onderneming. Zonder een deugdelijke etikettering van de vermogensbestanddelen kunnen de verkregen voordelen niet worden vastgesteld. Er kunnen drie categorieën worden onderscheiden:

- 1) Vermogensbestanddelen die naar hun functioneel aanwending slechts tot het ondernemingsvermogen kunnen worden gerekend. Dit wordt verplicht ondernemingsvermogen genoemd.
- 2) Vermogensbestanddelen die naar hun functioneel aanwending slechts tot het privévermogen kunnen behoren. Dit wordt verplicht privévermogen genoemd.
- 3) Vermogensbestanddelen waarvan de belanghebbende binnen de grenzen van de redelijkheid kan kiezen tot welk vermogen hij het vermogensbestanddeel wil toerekenen. Dit wordt keuzevermogen genoemd.

Bij de onder 1 en 2 genoemde bestanddelen is de functie vaak direct duidelijk. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan respectievelijk een fabrieksgebouw en een postzegelverzameling¹². Omtrent het genoemde onder 3 zou enige discussie kunnen ontstaan tussen de inspecteur en de belastingplichtige. Dat dit ook steeds weer gebeurt, blijkt wel uit de zeer grote hoeveelheid rechtspraak die is ontstaan omtrent dit onderwerp. De Hoge Raad hanteert het uitgangspunt dat de wil van de belastingplichtige, binnen de grenzen van redelijkheid, bepalend is¹³. Een goed voorbeeld van een vermogensbestanddeel dat vaak als keuzevermogen is aan te merken, is de auto waarvan de ondernemer zowel zakelijk als privé gebruik maakt.

Als, op basis van de vermogensetikettering, de conclusie wordt getrokken dat het vermogensbestanddeel wordt gebruikt voor de uitoefening van het bedrijf vallen alle verkregen voor- en nadelen derhalve in de totaalwinst van dat bedrijf. De meerwaarde van een fabrieksgebouw die wordt gerealiseerd bij de verkoop van het gebouw is dus onderdeel van de totaalwinst van het bedrijf.

3.2.2.2 Algemene criteria voor het bepalen van een opbrengst

Alvorens op de specifieke criteria van voordelen in de winstsfeer te kunnen ingaan, volgt eerst een korte uiteenzetting van de algemene criteria die kunnen worden aangelegd om te constateren tot een bron van inkomen. Willen we tot een bron van inkomen en daarmee tot belastbaarheid constateren, dan moet er cumulatief aan drie voorwaarden worden voldaan:

- 1) er moet sprake zijn van deelname aan het economische verkeer;
- 2) er moet sprake zijn van een oogmerk om voordeel te behalen;
- 3) het voordeel moet redelijkerwijs te verwachten zijn.

Ad 1) A contrario kunnen we concluderen dat indien er geen sprake is van deelname aan het economische verkeer er sowieso geen sprake is van een bron van inkomen. Handelingen binnen de privé sfeer blijven buiten aanmerking ook al leveren deze een voordeel op. Dit lijkt een duidelijke eis, maar toch kan deze eis tot discussie leiden. Een goed voorbeeld daarvan is

¹² Tenminste; zolang de verzamelaar in deze maar niet als een ondernemer is aan te merken.

¹³ HR 7 oktober 1953, *BNB* 1953/272 met noot van Smeets.

het Persoonsgebonden budgetarrest¹⁴. Hierbij kreeg een vader een budget van de Sociale Verzekeringsbank om zorg in te kopen voor de verzorging van zijn gehandicapte zoon. De vader kocht deze zorg in bij de moeder en betaalde de moeder uit het budget. De rechtsvraag in kwestie was of de inspecteur terecht het ontvangen budget bij de moeder tot het belastbaar inkomen uit werk en woning had gerekend. In eerste instantie zouden we misschien geneigd zijn om te concluderen dat dit terecht is. Immers de moeder verdient geld met haar zorgtaken. Indien zij dit voor een willekeurige derde had gedaan, was deelname aan het economisch verkeer zonder meer vast te stellen. Zij treedt dan immers uit de privésfeer. Maar in dit geval had zij de zorgtaken voor haar zoon al. Ze is immers de moeder. Wordt dit anders nu ze er geld voor kreeg? De privésfeer wordt in feite niet verlaten.

AG Overgaauw formuleerde het als volgt: *“De grens tussen handelen in het economische verkeer en handelen binnen de familiesfeer zou naar mijn mening in casu ook niet worden overschreden als de zoon (wettelijk vertegenwoordigd door zijn vader) uit eigen middelen een vergoeding aan belanghebbende zou hebben betaald. Nu de vergoeding echter door derden dat wil zeggen uit daarvoor aangeboorde bronnen buiten de familiesfeer, in casu de SVB namens het zorgkantoor, wordt verstrekt, wordt wel buiten de familiesfeer getreden en is aldus sprake van deelname door belanghebbende aan het economische verkeer.”*

Ad 2) Door de jaren heen is dit criterium steeds minder belangrijk geworden. Dat kan gedeeltelijk worden verklaard uit het feit dat dit een subjectief criterium is. Hoëkan worden bepaald dat een belastingplichtige het oogmerk had om voordeel te behalen? Dat moet blijken uit de feiten en omstandigheden van het geval, maar die zijn soms eenvoudig in te kleuren door partijen. Het hebben van een oogmerk is gelegen in de wil van de belastingplichtige. Slechts in uitzonderingssituaties kan er inzake dit criterium twijfel rijzen. Deze uitzonderingen worden beschreven in het Nasi- en bamireceptenarrest¹⁵. In de meeste gevallen wordt dit criterium gehanteerd als vluchtroute indien een voordeel dat is behaald naar maatschappelijke opvattingen echt niet als belastbaar is aan te merken¹⁶.

Ad 3) Dit is het objectieve criterium. Aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval wordt er achteraf getracht te beoordelen of de belanghebbende vooraf het voordeel redelijkerwijs kon verwachten. Uit een puur speculatieve activiteit is redelijkerwijgeen voordeel te verwachten, zoals bleek uit de Piramidespelarresten¹⁷. De deelnemers namen deel aan een kansspel en konden zo goed als geen invloed uitoefenen op de uiteindelijke uitkomsten. De winst uit deze kansspelen kan niet in de (inkomsten)belastingaflfing worden betrokken. Maar wellicht nog belangrijker, de verliezen zijn ook niet aftrekbaar! De organisatoren van dergelijke spelen zullen echter wel aan alle criteria voldoen. Bij hen ou er zelfs sprake kunnen zijn van winst uit onderneming.

3.2.2.3 Specifieke criteria voor het bepalen van de voor- en nadelen in de winstsfeer

Het is niet altijd eenvoudig om enkel met behulp van de algemene criteria en de vermogensetikettering te bepalen welke voor- en nadelen zich in de winstsfeer bevinden. In de jurisprudentie zijn daarom naast deze algemene criteria ook enkele specifieke criteria ten aanzien van de winstsfeer tot ontwikkeling gekomen. Het betreft hier de criteria van causaliteit, finaliteit en sfeer.

¹⁴ HR 8 juni 2007, *BNB* 2007/246 met noot van Freudenthal.

¹⁵ HR 14 april 1993, *BNB* 1993/203.

¹⁶ Hoewel dit op basis van de andere objectieve criteria dus wel belastbaar zou moeten zijn.

¹⁷ HR 1 februari 2002, *BNB* 2002/127 t/m 129, allen met noot van Niessen en HR 26 april 2002, *BNB* 2002/191 tevens met noot van Niessen.

Causaliteit

Bij de causaliteit gaat het om het oorzakelijk verband met de onderneming. De baten en lasten moeten worden veroorzaakt door de ondernemingsuitoefening. De baten en lasten moeten het gevolg zijn van deze ondernemingsuitoefening willen zij als winst of als verlies van de onderneming worden gealloceerd. Dit criterium is met name lastig te hanteren bij activiteiten die niet tot de normale ondernemings sfeer behoren. Bijvoorbeeld een aannemer die voor zichzelf in privé een woning gaat bouwen. Hij heeft specifieke kennis die hij kan aanwenden om de woning goedkoop te kunnen bouwen. Moet het voordeel tussen de kostprijs van de woning en de uiteindelijke waarde van de opgeleverde woning dan als winst van zijn onderneming in de heffing worden betrokken? Nee, aldus de Hoge Raad in BNB 1976/247¹⁸. In de feitelijke situatie in dat arrest hoefde niet te worden aangenomen dat de bouw van de woning in het kader van de door de aannemer uitgeoefende onderneming had plaatsgevonden. Maar wat nu als deze aannemer uiteindelijk niet in de woning gaat wonen, maar deze na oplevering direct met flinke winst doorverkoopt omdat er zich “bevallig” een buitenkansje voordeed? Moet die behaalde winst dan ineens wel in de heffing worden betrokken? Het antwoord op deze vragen is met behulp van het laatste criterium (in welke sfeer vindt de activiteit plaats?) beter te beantwoorden.

Finaliteit

Bij finaliteit gaat het om de beweegredenen van de belanghebbende en de beweegredenen van de betaler. Met welk doel verricht belanghebbende een bepaalde activiteiten om welke reden wordt er een bedrag aan hem betaald? Bij dit criterium moet vooral worden gedacht aan bijzondere opbrengsten, zoals schadeloosstellingen en bepaalde prijzen. In hoofdlijnen blijven deze opbrengsten buiten de heffing indien deze aan de ondernemer zijn verstrekt uit vrijgevigheid zonder zakelijke grondslag of indien de ondernemer geen enkele invloed heeft kunnen uitoefenen. Dit onderscheid doet zich bijvoorbeeld voor bij prijzen. Een kunstenaar die voor zijn gehele oeuvre een prijs ontvangt, zonder dat hij naar deze prijs heeft kunnen meedingen, zal deze prijs niet als belastbare bate van zijn onderneming hoeven aan te merken, aldus de Hoge Raad in BNB 1959/111¹⁹. Het betreft een eerbetoon aan zijn persoon en de prijs vormt dan geen onderdeel van de winst uit onderneming. In een uitspraak van Hof Amsterdam²⁰ kreeg een schrijver een prijs voor een door hem geschreven biografie. Het hof stelde vast dat de biografie tot stand was gekomen in de onderneming van de schrijver. Het onderscheid tussen beide zaken is mijns inziens in welke hoedanigheid de belanghebbende de prijs ontvangt. In het eerste geval verkrijgt hij een prijs in zijn hoedanigheid van artistiek persoon. Dat is een persoonlijke prijs. In het tweede geval verkrijgt belanghebbende een prijs voor een door hem geschreven boek. Dat is een product van de belanghebbende in zijn hoedanigheid van schrijver en dus in de hoedanigheid van ondernemer.

Sfeer

In welke sfeer vindt de activiteit plaats? Is dat in de persoonlijke sfeer van de ondernemer of is dat in de ondernemings sfeer? In het eerste geval zijn de opbrengsten niet belast en de kosten niet aftrekbaar, in het tweede geval zijn de opbrengsten wel belast ende kosten aftrekbaar. Met behulp van dit criterium kan mijns inziens elke casus waarin twijfel heerst over wel of geen heffing over de verkregen voor- en nadelen, worden opgelost. Er moet

¹⁸ HR 8 september 1976, BNB 1976/247.

¹⁹ HR 4 februari 1959, BNB 1959/111.

²⁰ Hof Amsterdam 3 september 1996, nr. 95/2926.

worden vastgesteld of het voor- of nadeel is opgekomen in de sfeer van de onderneming of in de privésfeer. Stevens²¹ verwoordt dit als volgt:

“alle voor- en nadelen, die, rekening houdende met maatschappelijke opvattingen dienaangaande, geacht kunnen worden zakelijk aan de inkomensverwervende activiteit te kunnen worden toegerekend, met uitschakeling derhalve van wat tot de persoonlijke sfeer van de belastingplichtige behoort.”

Een voorbeeld is een uitspraak uit 1994 van Hof Amsterdam²². Een café-eigenaar wint in een loterij op een vakbeurs een motor. Dit voordeel werd door het Hof, terecht, aan de persoonlijke sfeer toegerekend en kon derhalve niet in de heffing worden betrokken. Het voordeel heeft niets met de inkomensverwervende activiteit van de café-eigenaar te maken.

3.2.3 Conclusie

Op grond van artikel 3.8 Wet IB 2001 worden in Nederland de gezamenlijke voordelen uit een onderneming, onder welke naam en in welke vorm ook, in de belastingheffing betrokken. Dit is de totaalwinstgedachte. Deze ruime definitie brengt ook tot uitdrukking dat die voordelen moeten worden beoordeeld naar de totale periode waarin de onderneming wordt gedreven.

Wat de omvang van de totaalwinst betreft, kunnen er twee cruciale vragen worden gesteld:

- 1) Welke opbrengsten kunnen als ondernemingswinst worden aangemerkt?
- 2) Welke uitgaven vormen een bedrijfslast?

Aan de hand van de vermogensetikettering en de algemene en specifieke criteria kunnen deze vragen worden beantwoord en kunnen we tot het vaststellen van de omvang van de totaalwinst van een onderneming komen. Het belangrijkste criterium dat moet worden gehanteerd bij het beantwoorden van deze vragen, is het “sfeer”-criterium.

3.3 Totaalwinst in de vennootschapsbelasting

3.3.1 Inleiding

Via de schakelbepaling van artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969 wordt artikel 3.8 Wet IB 2001 van toepassing verklaard. Dat houdt in dat alle hiervoor behandelde onderwerpen en jurisprudentie inzake het totaalwinstconcept zonder meer van toepassing zijn op de winsten of verliezen van BV's²³. Deze ondernemingsvorm is via artikel 2 Wet VPB 1969 als belastingplichtige onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting. In de Wet VPB 1969 wordt veelvuldig gebruik gemaakt van allerlei aftrekbeperkingen. Dat zijn wettelijke inbreuken, meestal ingegeven door antimisbruikmaatregelen, op het totaalwinstconcept. Daarnaast wordt er via een grote hoeveelheid jurisprudentie inbreuk gemaakt op het totaalwinstconcept. Het betreft hier met name jurisprudentie die ziet op het zeer belangrijke fiscale onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen.

²¹ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Fiscale Hand en Studietoelaten, Kluwer Deventer, eerste druk 2001, p. 91.

²² Hof Amsterdam 3 maart 1994, nr. 92/5006.

²³ En andere ondernemingsvormen als NV's, open commanditaire vennootschappen en coöperaties. Zie art. 2 Wet VPB 1969.

3.3.2 Fiscaal onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen en de aftrekbeperkingen

De Wet VPB 1969 staat bol van de aftrekbeperkingen. Het voert, in het kader van de probleemstelling, te ver om deze allemaal uitgebreid te behandelen. De behandeling is derhalve beperkt tot de aftrekbeperkingen die van toepassing kunnen zijn op de fiscale behandeling van transactiekosten. Dit zijn de bepalingen van de artikel 10lid 1 letter d, artikel 10a en artikel 10d²⁴. Deze artikelen zien in hoofdzaak allemaal op beperkingen van vergoedingen ter zake van schulden. Enkele artikelen spreken echter ook over “overige kosten”. Onder dat begrip zijn transactiekosten te brengen. Transactiekosten betreffen immers kosten voor het aantrekken van vermogen.

3.3.2.1 Aftrekbeperkingen: artikel 10 lid 1 letter d²⁵

Dit artikel behandelt de zogenaamde hybride leningen. Het is bij dit soort transacties niet duidelijk of de verstrekking van de gelden uit hoofde van een lening of uit hoofde van een kapitaalstorting wordt gedaan. De tekst luidt:

“Bij het bepalen van de winst komen niet in aanmerking:

(...)

vergoedingen op een geldlening alsmede waardemutaties van de lening, indien de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijke functioneren als eigen vermogen van de belastingplichtige.”

Een lening is dan onder dusdanige voorwaarden aangegaan dat deze eigenlijk als kapitaalstorting moet worden gekarakteriseerd. Hybride wil zeggen dat de verstrekking zowel kenmerken heeft van vreemd vermogen als van eigen vermogen. Uit de jurisprudentie zijn in chronologische volgorde onder andere de volgende voorbeelden te destilleren.

1) Het eerste voorbeeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad is “de leer van schijn en wezen”²⁶. De Hoge Raad geeft aan dat de civielrechtelijke vorm doorslaggevend is tenzij de partijen in werkelijkheid iets anders bedoelen dan dat zij doen voorkomen.

2) Het tweede voorbeeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad is “verliesfinanciering”. Dit is af te leiden uit het Unilever- of Bodemloze putarrest²⁷. Unilever heeft aan een dochtervennootschap geld verstrekt waarbij het aanstonds (direct bij het verstrekken van de gelden) duidelijk is dat deze dochter nimmer in staat zal zijn de “lening” terug te betalen. De Hoge Raad stelt daarbij dat de gelden het vermogen van Unilever definitief hebben verlaten en dat er derhalve in feite sprake is van een kapitaalverstrekking.

3) Het derde voorbeeld is de deelnemerschapslening. In BNB 1998/208²⁸ formuleert de Hoge Raad enkele criteria op basis waarvan een verstrekking fiscaal als een verstrekking van kapitaal moet worden aangemerkt. In het arrest ging het om een achtergestelde, winstdelende obligatie met een looptijd van vijftig jaar. De kenmerken van de obligatielening waren

²⁴ Feitelijk ook art. 10b, maar dat artikel is buiten beschouwing gelaten omdat dit artikel mijns inziens een overbodig artikel is. In feite zou de bepaling van art. 8b, de at arms length bepaling, voldoende moeten zijn om de te lage of niet verschuldigde vergoeding op de lening te corrigeren. Zie ook het ZweedsGrootmoederarrest, HR 31 mei 1978, *BNB* 1978/252.

²⁵ In feite is dit een “vreemd” artikel. Indien de verstrekking kan worden aangemerkt als eigen vermogen is de vergoeding op de “lening” reeds uit hoofde van het totaalwinstconcept, artikel 3.8 Wet IB 2001, niet aftrekbaar.

²⁶ HR 3 november 1954, *BNB* 1954/357.

²⁷ HR 27 januari 1988, *BNB* 1988/217 met noot van Slot.

²⁸ HR 11 maart 1998, *BNB* 1998/208 met noot van Slot.

- er is sprake van een winstafhankelijke vergoeding;
- er is sprake van een achterstelling bij alle concurrente crediteuren;
- er is geen vaste looptijd. Er vindt slechts aflossingsplaats bij faillissement, uitstel van betaling of liquidatie.

Indien aan deze criteria wordt voldaan, dan neemt de verstrekker van de gelden in feite deel in de onderneming van de ontvanger van de gelden.

4) Het vierde voorbeeld is BNB 1999/176²⁹. In dit arrest ging het over een eeuwigdurende cumulatief achtergestelde obligatiening die door een bank werd uitgegeven. De kenmerken van de lening waren:

- er was sprake van een onbeperkte looptijd. De lening was alleen opeisbaar bij faillissement, uitstel van betaling of liquidatie
- indien die gevallen zich voordeden was er sprake van een achterstelling op andere crediteuren;
- de uitbetaling van de cumulatieve rente was afhankelijk van de betaling van dividend

Door Hof Amsterdam was vastgesteld dat de rente niet winstafhankelijk was. Alleen de betaalbaarstelling van de rente was afhankelijk van de winst (weef geen dividenduitkering). De verschuldigheid van de rente was dus niet afhankelijk van de winst. Omdat dit feitelijke instantie was vastgesteld had de Hoge Raad geen andere keus dan de lening aan te merken als vreemd vermogen omdat er niet cumulatief aan de eisen van BNB 1998/208 was voldaan.

5) Het laatste voorbeeld betreft het Prêt participatif arrest³⁰. Een “prêt participatif” is een in aandelen converteerbare achtergestelde lening, die door een participatiemaatschappij wordt verstrekt aan een onderneming. In dit arrest verstrekte een Nederlandse moedermaatschappij een dergelijke lening aan een Franse dochtermaatschappij. De kenmerken van de lening waren:

- er was sprake van een achterstelling op alle crediteuren;
- de lening had een looptijd van vijftien negentig jaar;
- de vergoeding op de lening was gedeeltelijk vast (1% per jaar) en gedeeltelijk afhankelijk van de winst van de dochtermaatschappij.

De Hoge Raad stelde dat de “prêt participatif” als eigen vermogen moest worden behandeld. Tevens stelde de Hoge Raad dat een looptijd van vijftig jaar of korter als voldoende kort moet worden beschouwd om niet als vast te gelden en dat een bijna geheel winstafhankelijke vergoeding ook voldoende is als een kenmerk van (fiscaal) eigen vermogen.

De conclusie uit de rechtspraak kan zijn dat een geldverstrekking die civielrechtelijk is aan te merken als een lening, ook fiscaal geld als een lening, tenzij:

- partijen in wezen bedoeld hebben eigen vermogen te verstrekken (schijn en wezen), of
- er sprake is van een “bodemloze put”, of
- cumulatief aan de volgende eisen is voldaan:
 - er is sprake van een bijna geheel winstafhankelijke vergoeding. Het gaat daarbij om de verschuldigheid van de rente en niet de uitbetaling;
 - er is sprake van achterstelling bij alle concurrente schuldeisers;
 - de schuld heeft een looptijd langer dan vijftig jaar.

²⁹ HR 17 februari 1999, BNB 1999/176 met noot van Hoogendoorn.

³⁰ HR 25 november 2005, BNB 2006/82 met noot van Juch.

Uitgangspunt is dat de civielrechtelijke vorm beslissend is. Als de verstrekking civielrechtelijk als lening is aan te merken, dan geldt dat ook voor de fiscale behandeling, tenzij er dusdanige kenmerken aan de lening kleven dat deze fiscaal feitelijk als eigen vermogen fungeert.

3.3.2.2 Aftrekbeperkingen: artikel 10a³¹

Dit artikel heeft betrekking op rente en kosten die zijn verschuldigd op een lening aan een verbonden persoon³² van de belastingplichtige indien deze leningverband houdt met een besmette handeling. De tekst van lid 1 luidt (verkort weergegeven):

“Bij het bepalen van de winst komen mede niet in aftrek renten - kosten en valutaresultaten daaronder begrepen - ter zake van schulden (...) verschuldigd aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden (...) verband houden met één van de volgende rechtshandelingen:

- a. een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal (...);*
- b. een kapitaalstorting door de belastingplichtige (...) in een met hem verbonden lichaam;*
- c. de verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige (...) in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met hem verbonden lichaam is.”*

Een belastingplichtige krijgt geen aftrek van rente (en overige kosten) ter zake van schulden aan verbonden personen die verband houden met een aantal besmette transacties.

De cumulatieve criteria van artikel 10a zijn:

- 1) er moet sprake zijn van rente en kosten verschuldigd ter zake van een schuld;
- 2) deze schuld is aangegaan bij een verbonden lichaam;
- 3) er moet sprake zijn van een samenhang tussen deze schuld en de besmette rechtshandeling.

Er zijn twee mogelijkheden voor het leveren van tegenbewijs door de belastingplichtige in het artikel opgenomen³³. Indien de belastingplichtige kan aantonen dat aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling overwegend zakelijke overwegingen³⁴ ten grondslag liggen³⁵ of er sprake is van voldoende compenserende heffing³⁶ bij de ontvanger van de rente, dan wordt de rente niet in aftrek beperkt.

De gedachte achter dit artikel is dat het de uitholling van de grondslag voor de heffing van vennootschapsbelasting moet tegengaan. Dit kan voorkomen bij concerns. Als een dochtermaatschappij 100 dividend uitkeert aan de moedermaatschappij en deze moeder leent dat geld vervolgens weer terug aan de dochter, dan worden er binnen de dochter, in beginsel, aftrekbare rentelasten gecreëerd. Als de dochter gevestigd is in een land met een hoog

³¹ De concrete aanleiding voor het invoeren van dit artikel was het Pleaarrrest, HR 20 september 1995, *BNB* 1996/5 met noot van Hoogendoorn.

³² Art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.

³³ Art. 10a lid 3 Wet VPB 1969.

³⁴ Het artikel is erg ruim opgezet. Het sluit bijvoorbeeld rente en kosten van schulden die bij een verbonden persoon voor een externe acquisitie worden aangegaan niet uit. Indien de zakelijkheid van een dergelijke transactie niet ter discussie staat, zal de belastingplichtige een beroep op de tegenbewijsregeling moeten doen.

³⁵ Zie bijvoorbeeld HR 17 december 2004, *BNB* 2005/169 met noot van Van der Geld waarin de belastingplichtige slaagt in het leveren van het tegenbewijs.

³⁶ Een voldoende compenserende heffing is blijkens art. 10a lid 3 letter b Wet VPB 1969 10% over de naar Nederlandse maatstaven te bepalen belastbare winst.

belastingtarieven de moeder is gevestigd in een land met een laag belastingtarief dan kunnen er behoorlijke tariefvoordelen worden behaald. Dit wordt winstdrainage genoemd. Artikel 10a is ingevoerd om dit zoveel mogelijk tegen te gaan. Het betreft in belangrijke mate antimisbruikwetgeving.

Het moge duidelijk zijn dat artikel 10a niet alleen de rentekosten in aftrek beperkt, maar dat ook alle andere kosten van dergelijke schuld door dit artikel worden getroffen. Het gaat daarbij met name om valutaresultaten. Nu is het heel goed mogelijk dat valutaresultaten op een dergelijke schuld positief zijn. Als het negatieve valutaresultaat in aftrek wordt beperkt, is het positieve valutaresultaat dan ook niet belast? Enkele lagere rechters hebben enige richting gegeven. Rechtbank Haarlem³⁷ heeft geoordeeld dat een valutawinst op een artikel 10a-schuld vrijgesteld is. In feite is er dan sprake van een objectvrijstelling. Een valutaresultaat op een dergelijke schuld wordt niet in de heffing betrokken. Dat is echter niet de ratio van artikel 10a. Het betreft een aftrekbeperking van kosten. Ook Hof Amsterdam³⁸ heeft zich uitgelaten over deze kwestie. Zij gaf aan dat een redelijke uitleg van artikel 10a zou inhouden dat daarbij ook met een positief valutaresultaat rekening wordt gehouden, voor zover dit in het desbetreffende jaar niet hoger is dan de verschuldigde rente en/of een negatief valutaresultaat ter zake van de desbetreffende lening. Het Hof saldeert als het ware alle kosten en de positieve valutaresultaten. In casu was de valutawinst lager dan de overige “10a-kosten” zodat er nog steeds sprake was van een aftrekbeperking. De vraag hoe een en ander uitwerkt als de saldering uiteindelijk resulteert in een positief bedrag, is inmiddels beantwoord door de Hoge Raad³⁹. De Hoge Raad oordeelde dat valutawinsten op geldleningen die onderartikel 10a vallen dienen te worden gesaldeerd met de renten en kosten van en met eventueel geleden valutaverliezen op dergelijke leningen. Indien het gezamenlijke bedrag van valutawinsten hoger is dan het gezamenlijke bedrag van renten, kosten en valutaverliezen is vervolgens het resterende gedeelte niet belast. De Hoge Raad volgt daarmee het eerdere oordeel van Rechtbank Haarlem⁴⁰.

3.3.2.3 Aftrekbeperkingen: artikel 10d⁴¹

De laatste aftrekbeperking die wordt behandeld is de beperking van artikel 10d. Deze aftrekbeperking wordt “thin capitalisation” genoemd. De tekst van lid 1 luidt:

“Indien bij een belastingplichtige in een jaar sprake is van een teveel aan vreemd vermogen, komt bij het bepalen van de winst van dat jaar niet in aftrek een gedeelte van de rente ter zake van geldleningen - kosten van geldleningen daaronder begrepen - dat evenredig is aan de verhouding tussen het teveel aan vreemd vermogen en het gemiddeld vreemd vermogen.”

Een belastingplichtige krijgt geen aftrek van rente (en overige kosten) ter zake van schulden aan verbonden personen indien er sprake is van een teveel aan vreemd vermogen. De gedachte achter dit artikel is het beperken van al te grote financiering met vreemd vermogen met name als dat binnen een concern wordt verkregen. Dat dit antimisbruikwetgeving betreft blijkt uit het feit dat het slechts gaat om de bestrijding van “verdachte” leningen. De renteaftrekbeperking is gemaximeerd op het bedrag van de gesaldeerde rente en kosten betaald aan verbonden lichamen⁴².

³⁷ Rechtbank Haarlem 9 december 2008, nr. 08/3162, gepubliceerd in V-N 2009/2.14.

³⁸ Hof Amsterdam 1 juli 2010, nr. 08/01339.

³⁹ HR 24 februari 2012, LJV BQ1248, V-N 2012/14.17.

⁴⁰ Zie ook F.J. Elswier en J. van Strien, ‘Valutawinsten en renteaftrekbeperkingen; de gevolgen van HR 24 februari 2012’, *WFR* 2012/628.

⁴¹ De aanleiding voor het invoeren van dit artikel was het Bosalarrest, HvJ 18 september 2003, nr. G168/01.

⁴² Art. 10d lid 3 Wet VPB 1969.

De cumulatieve criteria van artikel 10d zijn:

- 1) er moet sprake zijn van rente en kosten verschuldigd ter zake van een schuld;
- 2) deze schuld is aangegaan bij een verbonden lichaam;
- 3) er moet sprake zijn van een “teveel” aan vreemd vermogen;
- 4) de belastingplichtige moet met andere lichamen in een groep zijn verbonden⁴³.

Er is sprake van een teveel aan vreemd vermogen als de verhouding tussen het gemiddeld vreemd vermogen en het gemiddeld eigen vermogen groter is dan 3:1 en dit meerdere een bedrag van € 500.000 te boven gaat⁴⁴. Uiteraard gaat het daarbij om de vermogens volgens de fiscale balans.

Indien aan alle criteria van dit artikel wordt voldaan, dan kan de belastingplichtige toch nog “ontsnappen” aan de renteaftrekbeperking. Hij kan een beroep doen op de concernratio-toets⁴⁵. Deze toets houdt in dat de belastingplichtige alsnog niet wordt getroffen door de aftrekbeperking indien hij niet slechter is gefinancierd dan de groep als geheel. Dit wordt bepaald aan de hand van de jaarrekeningen van de groep opgesteld overeenkomstig de civielrechtelijke bepalingen van Boek 2 BW⁴⁶. De gedachte achter deze bepaling is dat indien de verhouding vreemd vermogen/eigen vermogen van de belastingplichtige overeenkomt met de verhouding vreemd vermogen/eigen vermogen van de groep als geheel er geen fiscale reden is geweest om de belastingplichtige met teveel vreemd vermogen te financieren. Er wordt dan geacht van misbruik geen sprake te zijn.

3.3.3 Conclusie

Bij de aftrekbeperkingen van de artikelen 10a en 10d worden rente én kosten genoemd. Tevens moet er bij beide bepalingen telkens een verbonden persoon of verbonden lichaam zijn betrokken wil de aftrekbeperking werking hebben. Indien aan de voorwaarden van de bepalingen wordt voldaan, dan worden de verschuldigde transactiekosten, evenals de rentevergoedingen, op dergelijke leningen in aftrek beperkt.

Anders is het bij de behandeling van transactiekosten indien artikel 10 lid 1 letter d of de jurisprudentie met betrekking tot de hybride leningen van toepassing zijn. De gerechtvaardigde vraag is dan of de fiscale behandeling van transactiekosten bij artikel 10 lid 1 letter d-leningen⁴⁷ en de hybride leningen anders is dan bij de overige aftrekbeperkingen. Transactiekosten zijn, in beginsel, vergoedingen voor geleverde arbeid bij het tot stand komen van de verstrekking van de gelden. Het zijn, uitzonderingsgevallen daar gelaten, geen vergoedingen voor het beschikbaar stellen van kapitaal. Anderzijds; zonder de behoefte aan kapitaal zou de onderneming de transactiekosten niet hebben gemaakt. Er is een duidelijk verband tussen de gemaakte kosten en het verkregen kapitaal.

Voor de uiteindelijke aftrekbaarheid van de kosten op grond van het totaalwinstconcept zou het mijns inziens niet mogen uitmaken of het beschikbaar gestelde kapitaal op een later moment als eigen vermogen of als vreemd vermogen moet worden gekarakteriseerd. Als op een later moment het beschikbaar gestelde kapitaal alsnog moet worden behandeld als eigen vermogen kan worden gewezen op artikel 9 lid 1 letter d Wet VPB 1969. Daar staat expliciet

⁴³ Verbonden in de zin van art. 24b boek 2 BW.

⁴⁴ Art. 10d lid 4 Wet VPB 1969.

⁴⁵ Art. 10d lid 5 en 6 Wet VPB 1969.

⁴⁶ Of vergelijkbare buitenlandse regelingen.

⁴⁷ Dit artikel spreekt immers niet over kosten maar over vergoedingen op een geldlening.

genoemd dat kosten van wijziging van kapitaal⁴⁸ als aftrekbare kostenpost kan worden opgevoerd.

De transactiekosten die bij het aangaan van dergelijke kapitaalverstrekkingen verschuldigd zijn, zijn en blijven op grond van het totaalwinstconcept of de bepaling van artikel 9 lid 1 letter d Wet VPB 1969 aftrekbaar van de belastbare winst.

3.4 Samenvatting en conclusie

Op grond van artikel 3.8 Wet IB 2001 worden de gezamenlijke voordelen uit een onderneming, onder welke naam en in welke vorm ook, in de belastingheffing betrokken. Dit is het totaalwinstconcept. Via de schakelbepaling van artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969 is het totaalwinstconcept ook van toepassing in de vennootschapsbelasting. Onder gezamenlijke voordelen worden behalve alle voordelen ook alle nadelen, die kunnen voortvloeien uit een onderneming, bedoeld.

De totaalwinst wordt bepaald aan de hand van de algemene criteria die worden gesteld aan een bron van inkomen, de specifieke criteria inzake de winstsfeer en de etikettering van vermogensbestanddelen

Binnen het totaalwinstconcept zijn transactiekosten die zijn verschuldigd bij het aantrekken van vreemd vermogen normaal gesproken aftrekbaar. Alleen indien er in een concreet geval sprake is van een wettelijke aftrekbeperking conform artikel 10a of artikel 10d van de Wet VPB 1969 kunnen transactiekosten in aftrek worden beperkt. Transactiekosten kunnen niet in aftrek worden beperkt als artikel 10 lid 1 letter d of de jurisprudentie inzake de hybride leningen van toepassing is, omdat kosten van wijziging van kapitaal conform artikel 9 lid 1 letter d Wet VPB 1969 eveneens aftrekbaar zijn.

⁴⁸ In de zin van eigen vermogen.

GOED KOOPMANSGEBRUIK

Hoofdstuk 4

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal het uitermate belangrijke begrip “goed koopmansgebruik” worden beschreven. Het is een belangrijk fiscaal begrip omdat met behulp van dit begrip de totaalwinst van een onderneming kan worden gesplitst in tebelasten jaarwinsten. Voor de heffing van belastingen is dit van essentieel belang. De inhoud en werking van het begrip wordt uiteengezet in § 4.2. Het begrip kent een zeer lang historie die al is aangevangen eind 19^{de} eeuw. Deze historie zal in een notendop worden beschreven in § 4.3. Het begrip “goed koopmansgebruik” kan worden ontleed door middel van een drietal hoofdkenmerken, namelijk realiteitszin, eenvoud en voorzichtigheid. In § 4.4 zullen deze kenmerken globaal worden beschreven. Zoals in § 4.3 zal worden beschreven is het begrip “goed koopmansgebruik” vooral in de rechtspraak ontwikkeld. Toch heeft de wetgever enkele malen gemeend een inbreuk op dit begrip te moeten maken. Enkele voorbeelden hiervan zullen worden gegeven in § 4.5. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een korte samenvatting en conclusie (§ 4.6).

4.2 Het begrip goed koopmansgebruik

4.2.1 Inleiding

Onderdeel van de totaalwinst zijn alle afzonderlijke jaarwinsten⁴⁹. De vaststelling en berekening van jaarwinsten van ondernemingen geschiedt in Nederland volgens het “goed koopmansgebruik”. Dit begrip is ontwikkeld in de rechtspraak en is inmiddels gecodificeerd en opgenomen in artikel 3.25 Wet IB 2001. Maar wat is goed koopmansgebruik eigenlijk? Bestaat er ook zoiets als goed fabrikantgebruik of goed timmermansgebruik?

Als we het begrip grammaticaal interpreteren dan kunnen we drie bestanddelen ontleden, namelijk de bestanddelen “goed”, “koopman” en “gebruik”. Drie bestanddelen met elk een betekenis, maar welke betekenis dan? Het zijn vage termen die nadere invulling behoeven. Deze invulling wordt hoofdzakelijk gegeven door de rechter. De rechter doet dat telkens door de verschillende bestanddelen in hun onderlinge verband te interpreteren.

Het goed koopmansgebruik schrijft geen verplichte methode van winstbepaling voor, maar laat een bepaalde ruimte aan de ondernemer om zelf zijn eigen systeem te kiezen. Er is uiteindelijk geen sprake van één methode van winstbepaling, maar er zijn er velen. Zelfs bij één en dezelfde ondernemer kan er, bijvoorbeeld naar aanleiding van het wijzigen van inzichten, binnen één jaarsprake zijn van verschillende methoden⁵⁰.

⁴⁹ Deze twee begrippen vullen elkaar overigens niet alleen aan, ze komen soms ook met elkaar in confrontatie. Zie bijvoorbeeld A.O. Lubbers en R. van Scharrenburg, ‘Confrontaties tussen de totaalwinsten jaarwinst’, *WFR* 2007/1007.

⁵⁰ Een belastingplichtige kan binnen de grenzen van goed koopmansgebruik zelfs wisselen van winstbepalingsstelsel. Zie bijvoorbeeld HR 10 juni 1970 *BNB* 1970/177 met noot van Hofstra.

4.2.2 Open en dynamische norm

Goed koopmansgebruik is een open norm. Een open norm wil zeggen dat de wetgever de invulling van het begrip overlaat aan de rechter. In de verschillende belastingwetten is er geen definitie van het begrip goed koopmansgebruik terug te vinden. Aan het hanteren van een open norm zijn vanzelfsprekend voor- en nadelen verbonden.

Een groot voordeel van een open en dynamische norm is dat de invulling er van kan worden aangepast aan de maatschappelijke ontwikkelingen. Indien bedrijfseconomische inzichten wijzigen, kan de rechter deze nieuwe inzichten direct toepassen in zijn uitspraken. Een tijdsverslindende procedure omde wijziging door te voeren in wetgeving is dat niet nodig.

Een nadeel van een open norm is de verminderde rechtszekerheid voor partijen. Aan een moeilijk te wijzigen wet is nu eenmaal meer zekerheid te ontleen, dan aan de opvattingen van de rechter. Soms lijken uitspraken van rechters over hetzelfde onderwerp elkaar ook tegen te spreken⁵¹. Bovendien verstrijkt er vaak veel tijd voordat een nieuw wettelijk begrip door de rechter wordt uitgelegd. Gedurende die periode is het voor een belastingplichtige onzeker hoe het begrip in zijn concrete geval zal worden uitgelegd.

4.2.3 Conclusie

Concluderend kan worden opgemerkt dat goed koopmansgebruik een autonoom fiscaal begrip is dat zijn inhoud ontleent aan het doel en de strekking van de belastingwet. De bedrijfseconomie is een hulpmiddel bij het zoeken naar de contouren van het begrip, maar het goed koopmansgebruik zal toch steeds op zijn eigen, fiscaalrechtelijke inhoud moeten worden getoetst⁵².

4.3 Historie en ontwikkeling van het begrip goed koopmansgebruik

4.3.1 Inleiding

In deze paragraaf zal kort worden ingegaan op de ontstaansgeschiedenis en met name de chronologische ontwikkeling van het begrip goed koopmansgebruik. Dit is van belang omdat de historie voor een belangrijk gedeelte bepaalt hoe vandaag de dag met het begrip wordt omgegaan. Waar komt de term goed koopmansgebruik eigenlijk vandaan? Zoals zovele begrippen, gewoonten en gebruiken zal blijken dat “wij” dit begrip hebben ontleend aan de wetgeving van Duitsland. Dat een begrip als goed koopmansgebruik is ontleend aan de Duitse wetgeving is een logisch gevolg van de sterke bedrijfseconomische band die Nederland al van oudsher heeft met Duitsland. Tot op de dag van vandaag is Duitsland onze belangrijkste handelspartner⁵³.

4.3.2 Vanaf circa 1900 tot het huidige tijdperk

De Pruisische Wet op de inkomstenbelasting van 1891 is de directe basis voor “onze” Wet tot heffing van een belasting op bedrijfs- en andere inkomsten van 1893. Bij de Pruisische wet werd de winst bepaald conform de bepalingen van het Handelsgesetzbuch en als dat Wetboek

⁵¹ Zie bijvoorbeeld de arresten inzake het ijzeren voorraadstelsel, HR 6 mei 1998, *BNB* 1998/289 met noot van Essers en HR 13 oktober 1999, *BNB* 2000/20 met noot van Slot.

⁵² Zie tevens punt 7 van de conclusie van AG Verburg bij HR 4 juli 1990, *BNB* 1990/326 met noot van Slot. “Goed koopmansgebruik is een ruimhartig en tolerant begrip, dat gradaties kent, zodat niet ieder manco fataal behoeft te zijn voor de verwerving van het predicaat”.

⁵³ Zie Centraal bureau voor de Statistiek, www.cbs.nl, thema’s, internationale handel, belangrijkste handelspartners van Nederland.

tekortschoot of moest worden aangevuld dan had het “gebrauch eines ordentlichen kaufmannes” gelding⁵⁴.

Volgens Fray⁵⁵ wordt het begrip voor het eerst gehanteerd in het toenmalige artikel 10 van de Wet op de Inkomstenbelasting 1914. Het werd gehanteerd in het artikel dat over afschrijvingen ging. Het toenmalige artikel 7 van diezelfde wet ging over de winst van ondernemingen en in dat artikel kwam de term goed koopmansgebruik in zijn geheel niet voor.

Wat hier dan onder goed koopmansgebruik moet worden verstaan werd verder nergens toegelicht. We zullen deze bepaling moeten interpreteren. De grammaticale interpretatie ligt dan het meest voor de hand. Een goed koopman zal rekening willen houden met de waardeontwikkeling, en met name de waardevermindering, van de door hem gebruikte bedrijfsmiddelen. Indien de koopman in 1900 bijvoorbeeld een stoommachine had gekocht, dan zou deze door de komst van de verbrandingsmotor ineens sterk verouderd zijn. De stoommachine zou dan weinig economische waarde meer hebben en een goedkoopman zal dit verlies vertaald willen zien in zijn winstberekening. De koopman wordt immers armer doordat de machine minder waard is dan het bedrag dat hij er ooit voor heeft betaald. Maar ook met normale waardedalingen die ontstaan door het gebruik van de machine dient een goed koopman rekening te houden. Om dit in de winstberekening tot uitdrukking te brengen, zal de goede koopman een jaarlijkse afschrijvingspost willen opvoeren. Deze post is in beginsel gebaseerd op de ervaring van de koopman. Hij weet immers als geen ander wat de levensduur is van een door hem gebruikt bedrijfsmiddel. Aldus zal de jaarlijkse afschrijvingspost een, door meerdere goede koopmannen gehanteerd, gebruik worden.

In 1940 wordt het Besluit op de Winstbelasting ingevoerd. Artikel 5 bepaalde dat ‘*de waardering van activa en passiva*⁵⁶ naar goed koopmansgebruik moet geschieden’. Tijdens de parlementaire behandeling van de bij dit besluit horende Wet op de Winstbelasting werd de vraag gesteld of het begrip goed koopmansgebruik geen nadere, wettelijke omschrijving vereist. De Minister gaf in duidelijke bewoordingen aan dat een algemene codificatie onmogelijk is, omdat er een enorme verscheidenheid bestaat tussen bedrijven onderling. Wat voor het ene bedrijf een goed toepasbare formule voor de winstbepaling kan zijn, kan voor het andere bedrijf totaal niet blijken te werken. De Minister stelt onomwonden dat de uitleg van het begrip goed koopmansgebruik in concrete gevallen aan de rechter moet worden overgelaten. Het is rechtersrecht.

In 1950 werd de Wet Belastingherziening 1950 ingevoerd. Deze wet was cruciaal voor de wettelijke ontwikkeling van het begrip goed koopmansgebruik. In artikel 7 werd bepaald op welke wijze de jaarlijkse winstbepaling diende plaats te vinden. Dit artikel luidde als volgt;

De jaarlijkse winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn, welke onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst en welke slecht gewijzigd kan worden, indien bijzondere omstandigheden dit rechtvaardigen.

⁵⁴ J. Hoogendoorn, ‘Fiscale winstbepaling en vennootschappelijke jaarrekening’, dissertatie UvA, 2000, p. 3.

⁵⁵ J.F. Fray, ‘Goed koopmansgebruik’, *WFR* 1955/1071.

⁵⁶ Een voorbeeld van het waarderen van passiva is HR 23 januari 2004, *BNB* 2004/163 met noot van Essers. Het betreft hier de waardering van een stamrechtverplichting bij wijziging van de marktrente.

In de jaren vanaf 1950 tot circa 1960 maakt het goed koopmansgebruik een stormachtige ontwikkeling door⁵⁷. Deze ontwikkeling vindt niet zo zeer wettelijk plaats, maar veel meer in de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Het belangrijkste arrest in deze periode is BNB 1957/208⁵⁸. In dit arrest ging het over zogenaamde “intercompany-winsten”. De casus was als volgt;

Belanghebbende levert goederen aan haar in het buitenland gevestigde dochtermaatschappijen. Hij stelt zich op het standpunt dat ter zake van deze leveringen binnen het concern, niet het moment van ontstaan van de vordering op de dochters, maar het moment waarop die dochters de goederen aan een derde doorverkoopt, van belang is voor de winstbepaling. Aldus stelt belanghebbende dat hij pas winst behoeft te nemen als de dochter de goederen heeft verkocht. Belanghebbende en haar dochters vormen namelijk een organisatorisch en economisch geheel.

Bedrijfseconomisch mag deze bewering juist zijn, immers de winst voor het concern als geheel wordt inderdaad feitelijk pas behaald als de goederen aan derden zijn verkocht. Toch haalde de Hoge Raad voor fiscale toepassingen een streep door deze argumentatie. De Hoge Raad betoogde;

‘dat weliswaar als regel kan worden aangenomen, dat een stelsel van jaarlijkse winstberekening voor de belastingheffing als strokende met goed koopmansgebruik behoort te worden aanvaard, indien dat stelsel is gegrond op hetgeen de bedrijfseconomie omtrent de juiste wijze van winstbepaling leert, doch deze regel uitzondering moet lijden niet alleen ingeval het volgen van het bedrijfseconomische inzicht tot strijd met enig voorschrift der belastingwetgeving zou voeren, maar evenzeer indien daardoor aan den algemenen opzet of een beginsel van de belastingwet om welke toepassing het gaat te kort zou worden gedaan’.

Uit deze argumentatie kan worden afgeleid dat een uit bedrijfseconomisch oogpunt juist stelsel van winstberekening kan worden aanvaard, tenzij dit stelsel strijdig is met de strekking of beginselen van de belastingwetgeving. Dit laatste is het geval indien het stelsel strijdig is met de tekst van de belastingwet, de algemene opzet van de belastingwet of met een beginsel van de belastingwet⁵⁹.

Onder andere Hoogendoorn⁶⁰ noemt de jaren na 1960 de ‘jaren van consolidatie’. Na 1960 vindt in de jurisprudentie een nadere precisering, afbakening en aanpassing aan intussen gewijzigde economische en maatschappelijke omstandigheden plaats

4.3.3 Huidig tijdperk

Zoals eerder beschreven gaf de Minister rond 1940 aan dat het absoluut onmogelijk is een algemene codificatie van het begrip goed koopmansgebruik te gaan hanteren. Erg interessant is nu dat in het huidige tijdperk de roep om codificatie van het begrip steeds luider wordt. Dit is met name ingegeven door het feit dat de rol van de wetgever en de rol van de rechter steeds meer in elkaar overvloeien. De wetgever heeft inmiddels de rechter een aantal malen

⁵⁷ J. Hoogendoorn, ‘Fiscale winstbepaling en vennootschappelijke jaarrekening’, dissertatie UvA, 2000, p. 38.

⁵⁸ HR 8 mei 1957, BNB 1957/208 met noot van Smeets.

⁵⁹ L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, *Cursus belastingrecht; Inkomstenbelasting*, Kluwer: Deventer 2010/2011, p. 196.

⁶⁰ J. Hoogendoorn, ‘Fiscale winstbepaling en vennootschappelijke jaarrekening’, dissertatie UvA, 2000.

“teruggefloten”⁶¹. Dit is met name het geval geweest als bleek dat een uitspraak van een rechter te grote budgettaire gevolgen zou gaan hebben.

Ook de rol van de rechter roept inmiddels vraagtekens op. Hij treedt steeds meer op als medewetgever. Nu is dit bij een open norm als goed koopmansgebruik ook de bedoeling⁶², maar de vraag kan worden gesteld of de grenzen van zijn bevoegdheid inmiddels niet zijn overschreden. Binnen de Trias Politica is er in beginsel nu eenmaal een strikte scheiding van machten. De wetgever is democratisch gelegitimeerd. Hij wordt gekozen door het volk. En alhoewel er aan de goede bedoelingen van de rechter niet zal worden getwijfeld, is hij niet democratisch gelegitimeerd. Zijn rol als (mede)wetgever moet zoveel mogelijk beperkt blijven.

Onder andere Essers⁶³ is een hartstochtelijk bepleiter van codificatie. Hij pleit voor een dynamisch interactief fiscaal winstbegrip. Daarmee bedoeld hij dat goed koopmansgebruik in ieder geval op hoofdlijnen wordt gecodificeerd, dat het fiscale winstbegrip enigszins losstaat van het vennootschappelijke winstbegrip en dat er aan het begrip inhoud wordt gegeven door een continue dialoog⁶⁴ tussen het bedrijfsleven, de fiscale adviseurs en de belastingadministratie als uitvoeringsorgaan van de overheid.

4.3.4 Internationale ontwikkelingen

De komst van de International Financial Reporting Standards, of IFRS, zorgt voor steeds meer verschuiving richting één materieel winstbegrip en dus automatisch voor meer codificatie. Deze voorschriften c.q. grondslagen zijn per 1 januari 2005 verplicht geworden voor de geconsolideerde jaarrekening van beursgenoteerde ondernemingen⁶⁵.

De International Accounting Standards, of IAS, schrijven een jaarrekening voor die een “true and fair view” van het vermogen van de vennootschap geeft. De jaarrekening wordt opgesteld op basis van “fair value accounting”. Dat impliceert dat er ook zoveel mogelijk met toekomstige winstontwikkelingen rekening wordt gehouden. Immers; een onderneming met een hogere winstverwachting heeft een hogere marktwaarde dan een onderneming met een lagere winstverwachting. Door dit rekening houden met de toekomst, wordt er minder rekening gehouden met de daadwerkelijke realiteit. De realiteitszin wordt steeds minder belangrijk. En het is nu net dit hoofdenmerk dat het hart van het begrip goed koopmansgebruik vormt! De internationale ontwikkelingen en de steeds globalere economieën zorgen ervoor dat goed koopmansgebruik aan importantie inboet. Maar geldt dat ook voor de fiscale jaarrekening?

4.3.5 Conclusie

Het begrip goed koopmansgebruik kent een lange geschiedenis. Door de vele jurisprudentie die op dit gebied is verschenen is het voor de praktijk een goed hanteerbaar begrip geworden. Telkens bleek weer dat goed koopmansgebruik in staat was om zich aan te passen aan de maatschappelijk relevante ontwikkelingen. Eén van deze ontwikkelingen is de

⁶¹ Zie paragraaf 4.5.

⁶² R.P.C. Cornelisse en A.O. Lubbers, ‘De ontwikkeling van goed koopmansgebruik door de Hoge Raad’, *WFR* 2004/1214.

⁶³ P.H.J. Essers, ‘Goed koopmansgebruik: quo Vadis?’ *TFO* 2003/157. In dezelfde zin J. Doornebal ‘Invulling van goed koopmansgebruik’, *NtFR* 2003/469. Anders; J.J.M. Jansen, ‘Is codificatie van goed koopmansgebruik gewenst?’ *WFR* 2005/915.

⁶⁴ Essers pleit voor vastlegging van deze dialogen in convenanten.

⁶⁵ Verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen

internationalisering van de economie. Onze nationale economie is steeds meer op Europa en de rest van de wereld gericht. Binnen Europa is de tendens richting een geharmoniseerde belastinggrondslag niet meer te stuiten⁶⁶. Binnen een open economie, wat de Europese Unie pretendeert te zijn, kan het niet zo zijn dat belastingplichtigen telkens weer met andere belastingregels worden geconfronteerd en, feitelijk nog erger, dat enkel de plaats van vestiging uiteindelijk bepaalt hoeveel winstbelasting de desbetreffende belastingplichtige moet betalen. Uiteindelijk is de verwachting dat goed koopmansgebruik langzaam maar zeker onder steeds grotere invloed van de internationale ontwikkelingen komt te staan. De vraag doet zich dan voor of het nationale begrip goed koopmansgebruik zich niet langzaam maar zeker moet laten vervangen door een eenduidig internationaal winstbegrip.

4.4 De kenmerken van goed koopmansgebruik

4.4.1 Inleiding

Zoals uiteengezet is goed koopmansgebruik een vaag, veelomvattend begrip. Om de praktijk toch enkele handvatten te geven om mee te werken, wordt in de literatuur getracht om algemene kenmerken te ontleen aan uitspraken van de Hoge Raad ten aanzien van het begrip goed koopmansgebruik⁶⁷. In de literatuur worden de volgende hoofdkenmerken van goed koopmansgebruik onderkend: realiteitszin, eenvoud en voorzichtigheid.

4.4.2 Het eerste hoofdkenmerk; realiteitszin

Realiteitszin houdt in dat een ondernemer zich bij zijn winstbepalingsmethode baseert op de feitelijke situatie⁶⁸. Niet de formeel-juridische vormgeving is van belang, maar de feitelijke materieel economische werkelijkheid is beslissend. Daarom wordt bijvoorbeeld bij financial lease van een auto, hoewel de ondernemer alleen de economische eigendom bezit, de auto geactiveerd en afgeschreven⁶⁹. De juridische eigendom ligt nog bij de leasemaatschappij, maar dat doet voor de activering van het bedrijfsmiddel niet ter zake. De economische eigendom van de auto ligt bij de ondernemer. De waardeontwikkeling van de auto gaat alleen de ondernemer aan en daarom strookt het met de economische realiteit dat de ondernemer de waardeverminderingen via afschrijvingen in zijn winst tot uitdrukking brengt⁷⁰.

Een recent voorbeeld van realiteitszin is BNB 2010/273⁷¹. De Hoge Raad oordeelde dat het niet in overeenstemming is met goed koopmansgebruik dat kosten, waarvan vaststaat dat deze zo goed als zeker nooit meer worden betaald, als passiefpost op de balans tot uitdrukking komen.

4.4.2.1 Het eerste onderdeel van realiteitszin; het realisatiebeginsel

Het realisatiebeginsel is het belangrijkste onderdeel van het hoofdkenmerk realiteitszin. De definitie van dit beginsel luidt; *‘aan elk jaar dienen te worden toegerekend de voordelen en*

⁶⁶ Rapport van de Europese Commissie, ‘Towards an Internal Market without Tax Obstacles’ van 23 oktober 2001.

⁶⁷ Zo maakt bijvoorbeeld Doornebal onderscheid tussen primaire en secundaire beginselen. In zijn optiek zijn het realisatiebeginsel, het matchingbeginsel en het voorzichtigheidsbeginsel de primaire beginselen en zijn het realiteitsbeginselen het eenvoudbeginsel de secundaire beginselen. Zie J. Doornebal, ‘Invulling van goed koopmansgebruik’, *NTFR* 2003/469.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld HR 8 september 1993, *BNB* 1994/92 met noot van Aardema inzake jaarwinsten bij leasecontracten.

⁶⁹ Zie het besluit van de Staatssecretaris van 15 november 1999, ‘Leasecontracten. Eigendom. Investeringsfaciliteiten. Bodemrecht’, nr. AFZ99/3262M, *BNB* 2000/66.

⁷⁰ HR 8 mei 1985, *BNB* 1986/75 met noot van Bartel.

⁷¹ HR 25 juni 2010, *BNB* 2010/273 met noot van Lubbers.

de lasten die op dat jaar betrekking hebben”. Winsten die in het jaar worden gerealiseerd, moeten aan dat jaar worden toegerekend en in de jaarwinst worden opgenomen⁷². Kosten mogen alleen ten laste van een bepaald jaar worden gebracht als zij in dat jaar zijn veroorzaakt⁷³.

Doornebal⁷⁴ geeft de volgende definitie:

“In het algemeen is een bate pas gerealiseerd uiterlijk op het tijdstip waarop het verrichten van een dienst of de levering van een goed plaatsvindt en waarop de ondernemer recht verkrijgt op de overeengekomen vergoeding, tenzij aan deze vergoeding onzekerheden van wezenlijke aard zijn verbonden”.

In de jurisprudentie kan worden gewezen op het Huurkooparrest⁷⁵. Ook hier is een formulering te vinden wanneer er sprake is van winstrealisatie⁷⁶. Voor de werking van dit beginsel is het dan zeer belangrijk om te weten wanneer een bate volledig is gerealiseerd. Maar wanneer is een bate gerealiseerd⁷⁷? Is dit wanneer een goed is geleverd, is dit wanneer een opdracht wordt overeengekomen of is dit pas als de volledige prijs van het goed door de koper is voldaan? Met andere woorden; wat wordt in dit verband verstaan onder “gerealiseerd”?

Hoogendoorn⁷⁸ geeft aan dat winstrealisatie niet een eenvormig begrip is. Daarmee bedoelt hij dat winst en de realisatie van winst op meerdere momenten kan worden vastgesteld. Hij onderscheidt drie vormen van realisatie:

- 1) Tijdstip van realisatie is het tijdstip van voltooiing van de transactie
De transactie tussen beiden partijen is volledig voltooid. De ene partij heeft het goed geleverd en de andere partij heeft de koopsom van het goed voldaan. Bij de verkoper van het goed is zekerheid ontstaan omtrent de hoogte van de winst en deze winst is door de ontvangst van de koopsom gerealiseerd. Het kasstelsel is hierop gebaseerd.
- 2) Tijdstip van realisatie is het tijdstip van de levering krachtens geldige titel
De transactie is nog niet voltooid, want de koper van het goed heeft de koopsom nog niet voldaan. Toch kan er van een zekere realisatie worden gesproken, omdat door de geldige levering het goed deel is gaan uitmaken van het vermogen van de koper. De verkoper verkrijgt een recht op betaling. Er is sprake van een vermogensmutatie bij beide partijen en de winst wordt zichtbaar hoewel slechts één van de partijen heeft gepresteerd. Daarbij moet sprake zijn van een redelijke zekerheid dat de koopsom binnen redelijke termijn zal worden voldaan. Voor het moment van winstrealisatie is het in beginsel niet van belang wanneer de koopsom zal worden ontvangen en of deze volledig zal worden ontvangen. Dat is een waarderingsvraagstuk ten aanzien van de vordering. De winst is gerealiseerd door een geldige overdracht van het goed. Deze vorm is het uitgangspunt van het factureringstelsel, zoals daar in de praktijk mee wordt gewerkt.

⁷² HR 7 juni 1961, *BNB* 1961/314 met noot van Den Boer en HR 5 september 1979, *BNB* 1980/230.

⁷³ HR 8 april 1953, *BNB* 1953/146 met noot van Hellema.

⁷⁴ Zie J. Doornebal, ‘Invulling van goed koopmansgebruik’, *NTFR* 2003/469.

⁷⁵ HR 18 december 1991, *BNB* 1992/181 met noot van Slot.

⁷⁶ Tevens HR 24 juni 1953, *BNB* 1953/256 met noot van Doedens en HR 30 mei 1956, *BNB* 1956/222 met noot van Tekenbroek.

⁷⁷ Zie tevens S.F.M. Nickel, ‘De grenzen van het realisatiebeginsel afgetast’, *WFR* 2004/1119.

⁷⁸ J. Hoogendoorn, ‘Winstrealisatie’, *FED* 2000/585.

3) Tijdstip van realisatie is het tijdstip van overeengekomen ruil

Volgens deze zienswijze doet het niet ter zake of het goed al is geleverd. Er is sprake van een overgang van een prijsrisico.

In 1974⁷⁹ gaf Hof 's-Gravenhage aan dat het uiterste moment van winstrealisatie, het tijdstip van de vermogensmutatie betreft. Enkel bijzondere omstandigheden rechtvaardigen afwijking van dit algemene standpunt⁸⁰.

Tot nu toe hebben we gekeken naar de actiefzijde van de balans en wanneer er dan sprake is van winstrealisatie. Maar ook aan de passiefzijde, door het vrijvallen of kwijtschelden van schulden, kunnen er winsten worden gerealiseerd. De onderneming wordt dan tenslotte rijker doordat zij een schuld niet meer behoeft af te lossen. Ook dan kan er worden geconcludeerd dat er sprake is van een vermogensmutatie.

Hier werpt zich de vraag op, op welk moment er dan winst moet worden genomen. Of belangrijker in het licht van goed koopmansgebruik; wat is het uiterste moment dat er door de schuldenaar winst moet worden genomen? Volgens BNB 2003/139⁸¹ ontstaat er winst indien zo goed als zeker is dat een ondernemer bepaalde schulden niet of niet volledig meer behoeft te voldoen. Wanneer is dit nu zo goed als zeker? Dat zal het geval zijn als de schuldeiser, al dan niet gedeeltelijk, definitief afziet van zijn invorderingsrechten. Het moment van definitief afzien van invorderingsrechten is bijvoorbeeld niet het moment dat de schuldenaar in staat van faillissement wordt gesteld en ook niet als de slotuitdelingslijst in het faillissement verbindend wordt verklaard, aldus de Hoge Raad in het Fokker II-arrest⁸². Ook als de vordering civielrechtelijk is verjaard, is er niet zonder meer sprake van het prijsgeven van invorderingsrechten door een schuldeiser⁸³.

Het uiterste moment van vrijvallen van een schuld en dus opname in de jaarwinst is feitelijk nooit eerder dan het moment dat de schuldeiser op enigerlei wijze duidelijk maakt dat hij definitief afziet van zijn invorderingsrechten. Het enkel, gedurende langere tijd, niets meer van zich laten horen, is niet voldoende om tot definitief afzien van de invorderingsrechten te kunnen concluderen. Als uiteindelijk is vastgesteld dat de schuld door de schuldenaar niet of niet meer geheel behoeft te worden voldaan, moet, aldus de Hoge Raad in het Fokker I-arrest⁸⁴, eerst de omvang van het verkregen voordeel komen vast te staan om uiteindelijk tot winstopname in de jaarwinst te kunnen concluderen⁸⁵.

4.4.2.2 Het tweede onderdeel van realiteitszin; het matchingbeginsel

De definitie van het matchingbeginsel luidt: *Uitgaven dienen zo veel mogelijk ten laste te komen van de periode waarin de opbrengsten, met het oog waarop de uitgaven worden gedaan, worden verantwoord*. Kosten dienen in de tijd te worden gerelateerd aan de opbrengsten.

⁷⁹ Hof 's-Gravenhage 17 december 1974, BNB 1975/208.

⁸⁰ Zie paragraaf 3.5 voor een voorbeeld; 'het tijdstip van winstrealisatie bij onderhanden werken'.

⁸¹ HR 17 januari 2003, BNB 2003/139 met noot van Zwemmer.

⁸² HR 18 oktober 2002, BNB 2003/44 met noot van Meussen, het Fokker II-arrest.

⁸³ Aldus de Staatssecretaris in navolging van het Fokker II-arrest in zijn besluit van 13 oktober 2004,

'Kwijtscheldingswinst en verjaring', nr. CPP2004-1616M, BNB 2005-34.

⁸⁴ HR 14 juni 2000, BNB 2000/269 met noot van Meussen, het Fokker I-arrest.

⁸⁵ Zie voor een bespreking van beide Fokkerarresten o.a. M. Mees, 'Het komt niet voor, een poes is geen hond en de Fokkerarresten', WFR 2003/171 en H.P.W. Snijders, 'Over Fokker, dubbele aftrek van verliezen en het terugdraaien van belastingvoordelen', WFR 2003/1239.

Als kosten in een eerder jaar worden betaald (of verschuldigd zijn), dan het jaar waarin de gerelateerde opbrengst wordt behaald, dan zal de belastingplichtige voor deze kosten in het jaar van betaling een actiefpost op de balans moeten opnemen en vervolgens, in het jaar dat de opbrengst wordt behaald, de actiefpost in de kosten moeten opnemen.

Als kosten in een later jaar worden betaald (of verschuldigd zijn), dan het jaar waarin de gerelateerde opbrengst wordt behaald, dan zal de belastingplichtige voor deze kosten in het jaar van betaling een passiefpost op de balans moeten opnemen en vervolgens, in het jaar dat de opbrengst wordt behaald, de passiefpost moeten laten vrijvallen in de winst.

Het matchingbeginsel is in theorie een goede definitie maar in de praktijk is de vraag wanneer en welke kosten aan welke opbrengsten zijn toe te rekenen niet altijd eenvoudig te beantwoorden. Dit doet zich met name voor bij de indirecte kosten zoals financieringskosten, administratiekosten en huisvestingskosten, omdat daar niet direct opbrengsten aan zijn te relateren. De Hoge Raad heeft zich in verschillende arresten⁸⁶ uitgesproken over in hoeverre de indirecte kosten als onderdeel van de kostprijs van de voortgebrachte goederen zijn toe te rekenen aan de opbrengsten van die goederen. Dat dit sterk feitelijke en op de concrete situatie gebaseerde aangelegenheden zijn geweest, behoeft mijns inziens geen verdere toelichting.

Ook de vraag omtrent het toerekenen van kosten aan onzekere toekomstige baten is niet eenvoudig te beantwoorden. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij onderzoek- en ontwikkelingskosten. Omdat de opbrengsten van het ontwikkelde goed nog ongewis zijn, doet zich de vraag voor of de belastingplichtige de kosten reeds ten laste van zijn fiscale jaarwinst mag brengen of dat hij deze kosten moet activeren om deze aan de toekomstige baten te relateren.

Een goed voorbeeld is BNB 1995/180⁸⁷. In dit arrest ging het om de behandeling van kosten inzake exploitatieboringen. In 1982 deed belanghebbende proefboringen naar winbare olie en gasreserves. Na een evaluatieboring in 1984 bleek dat er inderdaad winbare aardolie aanwezig was. Op dat moment waren de opbrengsten door middel van winning pas voorzienbaar. Belanghebbende had de kosten van de boringen in 1982 geheel ten laste van zijn jaarwinst gebracht, de inspecteur was het hier niet mee eens en stelde dat deze kosten moesten worden geactiveerd. De Hoge Raad stelt vervolgens dat;

“Zolang niet kan worden aangenomen dat een boring zal worden gevolgd door de daadwerkelijke winning van gas of olie uit het desbetreffende reservoir, goed koopmansgebruik niet verplicht voorschrijft de kosten van de proefboringen te activeren en deze toe te rekenen aan de opbrengsten van de winning in latere jaren.”

Met andere woorden; bij onzekere toekomstige opbrengsten moeten de kosten niet worden geactiveerd, maar mogen de kosten worden geactiveerd.

4.4.3 Het tweede hoofdkenmerk; eenvoud

Dit hoofdkenmerk houdt in dat een winstbepalingsmethode, rekening houdend met de aard en omvang van de desbetreffende onderneming, niet nodeloos gecompliceerd behoeft te zijn. De

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld HR 30 mei 1956, BNB 1956/222 met noot van Tekenbroek, HR 21 juni 1961, BNB 1961/273 met noot van Smeets en HR 4 maart 1964, BNB 1964/138 met noot van Smeets.

⁸⁷ HR 12 april 1995, BNB 1995/180 met noot van Zwemmer.

methode moet praktisch hanteerbaar zijn. Uit dit hoofdkenmerk vloeit bijvoorbeeld voort dat (zeer) kleine ondernemers het kasstebel mogen hanteren⁸⁸.

Een voorbeeld van het eenvoudkenmerk in samenhang met het voorzichtigheidskenmerk is te vinden in een BNB 1958/352⁸⁹. Daar werd bepaald dat de waardering van vorderingen niet per openstaande vordering hoeft plaats te vinden, maar dat er op basis van ervaringscijferseen algemene afwaardering mag plaatsvinden. Indien op basis van het verleden blijkt dat bijvoorbeeld gemiddeld 2,5% van de uitgeschreven rekeningen niet wordt voldaan, is het in overeenstemming met goed koopmansgebruik om dit percentage als algemeen ervaringscijfer voor toekomstige jaren te hanteren.

4.4.4 Het derde hoofdkenmerk; voorzichtigheid

Het laatste hoofdkenmerk van goed koopmansgebruik is het kenmerk voorzichtigheid. De definitie luidt; *“Verliezen mogen worden afgetrokken ook al zijn ze nog niet gerealiseerd en winsten behoeven pas te worden verantwoord, nadat deze werkelijk zijn behaald”*. De ondernemer behoeft zich niet rijker te rekenen dan dat hij is.

Een onderdeel van het hoofdkenmerk realiteitszin geeft in feite de grenzen van het voorzichtigheidskenmerk aan. Het realisatiebeginsel schetst namelijk het uiterste tijdstip wanneer winsten in de jaarwinst moeten worden opgenomen en het matchingbeginsel schetst het eerste tijdstip wanneer kosten in de jaarwinst mogen worden opgenomen.

In de vorige paragraaf werd al beschreven dat een vordering op de koper moet worden gewaardeerd. Dat is een klassiek voorbeeld van het voorzichtigheidskenmerk. De ondernemer maakt op basis van zijn ervaringen een afweging van de zekerheid dat de vordering geheel zal worden voldaan. Komt hij op basis van een reële afweging tot de conclusie dat het voorzienbaar is dat een gedeelte van de vordering niet zal worden voldaan, dan mag hij de vordering reeds naar rato afwaarderen. Het verlies is nog niet daadwerkelijk gerealiseerd, maar toch mag een ondernemer daar reeds rekening mee houden⁹⁰.

Een ander goed voorbeeld van het voorzichtigheidskenmerk is de waardering van bedrijfsmiddelen. Dit geschiedt in beginsel op basis van de historische kostprijs of op basis van de lagere bedrijfswaarde⁹¹. Uit de jurisprudentie is af te leiden dat elk bedrijfsmiddel afzonderlijk moet worden gewaardeerd⁹². Toch kunnen we ons afvragen of we bij het waarderen van sommige activa en passiva niet beter naar het samenstel van de zaken moeten kijken. Sommige activa en passiva zijn nu eenmaal zo sterk met elkaar verbonden, bijvoorbeeld omdat ze betrekking hebben op één en dezelfde handelstransactie, dat gezien de uitgangspunten van het voorzichtigheidskenmerk, afzonderlijke waardering eigenlijk minder op zijn plaats is dan gezamenlijke waardering⁹³. Het kan bij afzonderlijke waardering namelijk zo zijn dat er al verliezen in aanmerking worden genomen die nog niet of misschien wel nooit, zullen worden geleden. De Hoge Raad heeft in 2004 in het ‘Hedge-arrest’⁹⁴, alsmede in arresten van latere datum⁹⁵, geoordeeld dat dergelijke sterk samenhangende activa

⁸⁸ HR 24 februari 1960, BNB 1960/84.

⁸⁹ HR 8 oktober 1958, BNB 1958/352 met noot van Smeets.

⁹⁰ HR 17 januari 1990, BNB 1990/75.

⁹¹ Dit is gebaseerd op het aan de Duitse wetgeving ontlede beginsel; het niederstwertprinzip.

⁹² Zie bijvoorbeeld HR 3 december 1952, BNB 1953/19 en HR 5 september 1980, BNB, 1980/215.

⁹³ Zie bijvoorbeeld J.A.G. van der Geld, ‘Goed koopmansgebruik en risicobeleersinstrumenten’, TFO 2003/151.

⁹⁴ HR 23 januari 2004, BNB 2004/214.

⁹⁵ HR 16 november 2007, BNB 2008/26 en HR 10 april 2009, BNB 2009/271 met noot van Van der Geld, het Cacaobonenarrest.

en passiva die zijn genoteerd in dezelfde vreemde valuta gezamenlijk moeten worden gewaardeerd⁹⁶. Deze gezamenlijke waardering doet ook meer recht aan het hiervoor beschreven kenmerk van realiteitszin want alleen als we naar het samenstel van deze zeer sterk samenhangende activa en passiva kijken, kunnen we op reële basis concluderen of er winst of verlies moet c.q. mag worden genomen⁹⁷. Er is dan een betere aansluiting met de economische werkelijkheid⁹⁸.

4.4.5 Conclusie

In deze paragraaf zijn de verschillende kenmerken als onderdeel van goed koopmansgebruik uiteengezet. De belangrijkste kenmerken zijn realiteitszin, eenvoud en voorzichtigheid. Het realisatiebeginsel en het matchingbeginsel zijn onderdelen van realiteitszin. Door middel van voorbeelden en jurisprudentie is getracht deze kenmerken te concretiseren. Alhoewel het begrip in de rechtspraak al gedurende tientallen jaren is uitgekristalliseerd, blijkt er in de praktijk nog steeds grote behoefte te bestaan aan de feitelijke en concrete invulling door de rechter. In dit verband hoeft er alleen maar te worden gewezen op de vele geschillen van de laatste jaren, inzake de fiscale jaarwinstbepalingen⁹⁹, tussen belastingadviseurs en -inspecteurs en de daaropvolgende uitspraken die worden gedaan door de Hoge Raad.

Omdat de inhoud van het matchingbeginsel voor mijn probleemstelling van cruciaal belang is, zal ik dit beginsel in hoofdstuk 5 verder behandelen.

4.5 Wettelijke inbreuken

Hoewel goed koopmansgebruik voornamelijk tot ontwikkeling komt in de rechtspraak, zijn er inmiddels ook enkele wettelijke bepalingen ingevoerd die de werking van goed koopmansgebruik beperken of aanvullen. In deze paragraaf zullen enkel de hoofdlijnen worden genoemd. Telkens weer zal blijken dat als de rechter een uitspraak doet die de wetgever niet bevalt, de wetgever met reparatiewetgeving komt.

Pensioenen

De vele uitspraken en daaropvolgende nieuwe of gewijzigde wettelijke bepalingen ter zake van pensioenen zijn sprekende voorbeelden van dit ingrijpen van de wetgever. Gewezen kan worden op:

- Loon- en prijsstijgingen

In BNB 1972/26¹⁰⁰ gaf de Hoge Raad aan dat er bij waarderingen van pensioenverplichtingen rekening mocht worden gehouden met toekomstige loon- en prijswijzigingen. De wetgever reageerde vervolgens met het invoeren van artikel 9a Wet IB 1964¹⁰¹. Daarin wordt

⁹⁶ Zie voor een bespreking van dit arrest; H.P.W. Sniijders, 'Salderen, salderen en nog eens salderen', *WFR* 2004/1735 en E.M.A. van der Linden en J.M.A. Schmitz, 'Terug naar het afzonderlijke winststelsel: een reactie op het artikel van H.P.W. Sniijders', *WFR* 2005/860.

⁹⁷ Zie voor een vergelijking met de IFRS-standaarden; S.F.M. Nickel, 'Fiscale hedge accounting in het IFRS tijdperk', *TFO* 2005/115.

⁹⁸ Zie ook W. Bruins Slot, 'Samen werken, samen leven, samen... waarden?', *WFR* 2007/195 en J. Doornebal, 'Samenhangende waardering van vermogensbestanddelen', *NTFR* 2008/13.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld HR 28 januari 2011, *BNB* 2011/85, HR 23 september 2011, *BNB* 2011/264 en HR 11 november 2011, *BNB* 2012/17.

¹⁰⁰ HR 8 december 1971, *BNB* 1972/26 met noot van Hofstra.

¹⁰¹ Thans art. 3.26 Wet IB 2001.

eenvoudigweg bepaald dat er geen rekening mag worden gehouden met toekomstige loon- en prijsstijgingen¹⁰².

- *Lineaire opbouw van de verplichting*

Dit betekent dat er elk jaar een evenredig gedeelte van het benodigde doelkapitaal ten laste van de winst wordt gebracht. In BNB 1970/61¹⁰³ gaf de Hoge Raad aan dat de lineaire opbouwmethode van een pensioenverplichting niet in strijd is met goed koopmansgebruik. De wetgever voerde op 1 januari 1995 artikel 9b Wet IB 1964¹⁰⁴ in. Daarin wordt bepaald dat de waardering moet plaatsvinden volgens actuariële grondslagen endat er rekening moet worden gehouden met een minimale rekenrente van 4%. Lineaire opbouw was niet langer toegestaan. De invoering van artikel 9b was niet zo zeer het terugdraaien van de gevolgen van het arrest van de Hoge Raad in 1970, maar was met name ingegeven voor budgettaire dekking in verband met het schrappen van andere belastingen¹⁰⁵.

- *Methode van bepalen van de hoogte van de verplichting*

In zijn arresten van 9 augustus 2002¹⁰⁶ gaf de Hoge Raad aan dat de premie-bij-indiensttreding-methode bij waarderingen van pensioenverplichtingen in eigen beheer, in het licht van goed koopmansgebruik, was toegestaan. Wederom reageerde de wetgever met het invoeren van een wetsbepaling. Per 1 januari 2004 werd lid 6 van artikel 8 Wet VPB 1969 ingevoerd waarin werd bepaald dat de hoogte van de pensioenverplichting in eigen beheer situaties niet hoger mag zijn dan dat de hoogte van de verplichting bij een verzekeringsmaatschappij zou zijn geweest. Deze laatste hanteert de koopsommenmethode en zodoende was de premie-bij-indiensttreding-methode niet langer meer toegestaan¹⁰⁷.

Wet Werken aan Winst

Op 1 januari 2007 werd de “Wet Werken aan Winst¹⁰⁸” ingevoerd. Hierbij werd veelvuldig een inbreuk gemaakt op het begrip goed koopmansgebruik. Dit werd vooral ingegeven door budgettaire redenen. De overheid wilde destijds het fiscale vestigingsklimaat in Nederland stimuleren en vond dat daarbij een tariefsverlaging van de vennootschapsbelasting op zijn plaats was. Immers; de destijds heersende opvatting van de politiek¹⁰⁹ was dat een bedrijf dat zich in Europa wil vestigen eersten vooral het tarief voor de winstbelastingen van een land beoordeelt¹¹⁰. Deze verlaging moest op een of andere manier worden gefinancierd en die financiering vondde wetgever onder andere in een verbreding van de heffingsgrondslag.

- *Aanpassing van de termijnen van verliesverrekening*

Voor de Wet Werken aan Winst was de termijn van voorwaartse verliesverrekening binnen de vennootschapsbelasting onbeperkt¹¹¹. Met de introductie van deze Wet werd deze verliesverrekening beperkt tot negenjaar. Onder andere Kampschöer¹¹² wijst op het daardoor

¹⁰² Zie ook HR 19 november 1975, BNB 1976/210 met noot van Verburg.

¹⁰³ HR 7 januari 1970, BNB 1970/61 met noot van Van Dijk.

¹⁰⁴ Thans art. 3.29 Wet IB 2001.

¹⁰⁵ D.A. Albregtse en P. Kavelaars, *Maatschappelijk heffen*, p. 221, J. Doornebal, ‘De (dreigende) uitholling van goed koopmansgebruik’, Kluwer: Deventer 2006.

¹⁰⁶ HR 9 augustus 2002, BNB 2003/25 en 2003/26 beide met noot van Slot.

¹⁰⁷ P.H.J. Essers en anderen, *Fiscaal commentaar*, Vennootschapsbelasting, Kluwer: Deventer 2008.

¹⁰⁸ Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstellingen uit de nota “Werken aan winst”, Staatsblad jaargang 2006 nr. 631.

¹⁰⁹ MvT Nota Wet Werken aan Winst, nr. 30.572.

¹¹⁰ Ik mag toch hopen dat dit een ernstige onderschatting van de beslissingscapaciteiten binnen het internationale bedrijfsleven is

¹¹¹ Art. 20 lid 2 Wet VPB 1969.

¹¹² G.W.J.M. Kampschöer, ‘De beperking van de verliesverrekeningstermijn’, *WFR* 2006/785.

toenemende belang van goed koopmansgebruik. Immers; goed koopmansgebruik wordt gehanteerd om de belastbare jaarwinsten te kunnen bepalen. En door de beperking van de termijnen van verliesverrekening is de totale belastbare winst¹¹³ van een bedrijf niet meer gelijk aan de som van alle belastbare jaarwinsten. Door een verstandige toerekening van kosten en opbrengsten kan de totale belastingdruk op de totaalwinst worden beïnvloed.

- *Aanpassing van de termijnen van afschrijving op gebouwen en goodwill en overige bedrijfsmiddelen*

Afschrijvingen hebben als doel de waardevermindering van activa in de fiscale jaarwinst tot uitdrukking te brengen¹¹⁴. Er wordt op basis van een schatting van de economische levensduur en de restwaarde van het bedrijfsmiddel jaarlijks een bedrag ten laste van de fiscale jaarwinst gebracht. De uiteindelijke methoden van afschrijving¹¹⁵ kunnen verschillend zijn. Met de introductie van de Wet Werken aan Winst is dit niet veranderd. De jaarlijkse afschrijvingskosten moeten gewoon volgens goed koopmansgebruik worden bepaald. Er is alleen een begrenzing van het jaarlijkse afschrijvingsbedrag in de wet opgenomen¹¹⁶. Voor 2007 mocht op basis van goed koopmansgebruik bijvoorbeeld gekochte goodwill jaarlijks met 20% van de aanschafwaarde worden afgeschreven¹¹⁷. Dit mag na 2007 nog steeds¹¹⁸, alleen is het jaarbedrag begrensd op 10% van de aanschafwaarde¹¹⁹.

- *Een andere waardering van onderhanden werken*

De waardering van onderhanden werken kan op twee verschillende manieren gebeuren. Er kan winst worden genomen bij de oplevering van het volledige project en er kan winst worden genomen gedurende het project. De eerste wordt aangeduid als “Completed Contract Method of CC-methode” en de tweede als “Percentage of Completion Method of POC-methode”. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 26 februari 1997¹²⁰ de CC-methode in overeenstemming met goed koopmansgebruik geacht. Dat houdt in dat alle winst op een project pas hoeft te worden verantwoord in het jaar van volledige oplevering van dat project. Met de introductie van de Wet Werken aan Winst sluit de wetgever aan bij de “percentage of completion method”¹²¹. Er is dan sprake van voortschrijdend winstnemen op onderhanden werken. Door het feit dat een belastingplichtige nu jaarlijks winst moet nemen, zal hij jaarlijks op een hogere belastbare winst (of minder verlies) uitkomen. In beginsel is de belastingplichtige dan meerbelasting verschuldigd. De overheid haalt zodoende de uiteindelijke belastingopbrengsten¹²² naar voren in de tijd.

In deze paragraaf zijn enkele voorbeelden gegeven van de invloeden die de wetgever op de regels van de fiscale jaarwinstbepaling wenst uit te oefenen. Helaas blijkt dat vele wettelijke inbreuken op dit begrip vanuit budgettaire overwegingen worden gedaan. Het is de wetenschap vaak een doorn in het oog als de wetgever besluit om arresten van de Hoge Raad

¹¹³ Art. 3.8 Wet IB 2001.

¹¹⁴ HR 2 januari 1958, *BNB* 1958/56.

¹¹⁵ Voorbeelden van methoden zijn: degressief, progressief, lineair en een percentage van de aanschafwaarde.

¹¹⁶ Art. 3.30 en art. 3.30a Wet IB 2001.

¹¹⁷ Zie bijvoorbeeld HR 9 november 2001, *BNB* 2002/67 met noot van Essers.

¹¹⁸ Art. 3.30 lid 1 Wet IB 2001.

¹¹⁹ Art. 3.30 lid 2 Wet IB 2001.

¹²⁰ HR 26 februari 1997, *BNB* 1997/145 met noot van Van der Geld.

¹²¹ Art. 3.29b Wet IB 2001.

¹²² Die, afgezien van renteaspecten, uiteindelijk hetzelfde zal zijn als bij de CC-methode.

enkel om deze redenen “terug te draaien”. In de literatuur¹²³ wordt kritisch gereageerd op dit soort wettelijke aanpassingen. De gevolgen van een rechtelijke uitspraak zijn nu eenmaal inherent aan het hanteren van open normen in een wet. Het moet niet zo zijn dat de wetgever telkens weer ingrijpt als de rechter een uitspraak doet die hem niet bevalt. Dan wordt een dergelijk belangrijk begrip geregeerd door de waan van de dag en is de rechtszekerheid ver te zoeken.

4.6 Samenvatting en conclusie

Gedurende de lange historie van ontwikkeling is de methode van fiscale jaarwinstbepaling vaak een dispuut gebleken tussen de overheid en de belastingplichtige. De uiteindelijke uitkomst is in feite het resultaat van jarenlang touwtrekken tussen het overheidsbelang en het ondernemersbelang, met de rechter als scheidsrechter. Dit is inherent aan het hanteren van een open norm in de wet. De ontwikkeling zal met name door rechterlijke uitspraken moeten worden ingevuld. Via deze rechtspraak is een aantal kenmerken en beginselen ontwikkeld die van belang zijn voor het invullen van het begrip goed koopmansgebruik. De belangrijkste basisgedachte is tot uitdrukking gekomen in het hoofdkenmerk realiteitszin. Dit kenmerk brengt onder andere tot uitdrukking dat een goed koopman zich niet rijker hoeft te rekenen dan hij feitelijk is. Oftewel; “men moet de huid niet verkopen voor de beer geschoten is”. Met andere woorden; winstverwachtingen zijn mooi, maar laten we de winsten eerst maar eens realiseren.

Door alle internationale maatschappelijke ontwikkelingen zouden we kunnen stellen dat goed koopmansgebruik aan erosie onderhevig is. De komst van IFRS zal deze ontwikkeling doen versnellen. We kunnen ons afvragen of het nationale begrip goed koopmansgebruik zich niet langzaam maar zeker moet laten vervangen door een eenduidig internationaal winstbegrip.

¹²³ Zie onder andere P.H.J. Essers, ‘Goed koopmansgebruik Quo Vadis?’, *TFO* 2003/157 en D.A. Albrechtse en P. Kavelaars, *Maatschappelijk heffen*, p. 221, J. Doornebal, ‘De (dreigende) uitholling van goed koopmansgebruik’, Kluwer: Deventer 2006.

MATCHINGBEGINSEL

Hoofdstuk 5

5.1 Inleiding

Het matchingbeginsel is een zeer belangrijk onderdeel van het hoofdkenmerk realiteitszin. Dit beginsel bevat het belangrijkste kader ten aanzien van de behandeling van kosten in het licht van de fiscale jaarwinstbepaling. In dit hoofdstuk wordt het beginsel eerst aan de hand van jurisprudentie en vakliteratuur verder geanalyseerd (§ 5.2). Op basis van deze analyse is er een schema opgesteld waaruit kan worden afgeleid hoe de werking van het beginsel bij bepaalde kosten verloopt. Dit schema is opgenomen in § 5.3. De werking van het schema wordt aan de hand van het begrip “transactiekosten” uiteengezet in § 5.4. In § 5.5 worden vervolgens de vaak optredende conflicten tussen het matchingbeginsel en enkele andere kenmerken en beginselen als onderdeel van goed koopmansgebruik beschreven. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en conclusie (§ 5.6).

5.2 Analyse

De definitie van het matchingbeginsel¹²⁴ luidt: *“Uitgaven dienen zo veel mogelijk ten laste te komen van de periode waarin de opbrengsten, met het oog waarop de uitgaven worden gedaan, worden verantwoord”*.

5.2.1 Tijdsaspect

Uit de definitie is af te leiden dat kosten in de tijd dienen te worden gerelateerd aan de opbrengsten. Uitgaven die worden gedaan kunnen aan drie verschillende perioden worden gerelateerd. De uitgaven kunnen voorafgaand aan het verslagjaar, tijdens het verslagjaar en na afloop van het verslagjaar, waarin zij zijn gedaan als kosten in aanmerking worden genomen. Als de uitgaven voorafgaand aan het verslagjaar, waaraan zij moeten worden gerelateerd, worden gedaan, dan schrijft het matchingbeginsel voor dat deze uitgaven worden geactiveerd¹²⁵. Als de uitgaven na afloop van het verslagjaar, waaraan zij moeten worden gerelateerd, worden gedaan, dan schrijft het matchingbeginsel voor dat er voor deze uitgaven in het verslagjaar een passiefpost, hetzij een schuld, hetzij een voorziening wordt opgenomen¹²⁶.

Een even eenvoudig als alledaags voorbeeld ter verduidelijking:

Het verslagjaar is 2010. In 2009 is er een abonnement op een vakblad voor het jaar 2010 bij vooruitbetaling voldaan. In 2011 is de accountant betaald die de jaarrekening over 2010 heeft opgesteld. Het matchingbeginsel schrijft nu voor dat beide uitgaven in 2010 als kosten in aanmerking moeten worden genomen. In de jaarrekening over 2009 worden er geen kosten in aanmerking genomen en wordt de betaling voor het abonnement als actiefpost per

¹²⁴ Zie voor de civielrechtelijke definitie art. 2:362 lid 5 BW.

¹²⁵ HR 12 oktober 1955, *BNB* 1955/357.

¹²⁶ HR 4 maart 1981, *BNB* 1981/183 met noot van Verburg.

balansdatum opgenomen (activering). In de jaarrekening over 2011 worden er ook geen kosten in aanmerking genomen en wordt de betaling van de accountantskosten als passiefpost opgenomen. Deze betaling saldeert dan met de post nog te betalen kosten die per balansdatum 2010 was opgenomen.

5.2.2 Criteria

In het voorbeeld van § 5.2.1 hebben we eigenlijk op basis van een logische redeneerwijze de kosten aan het verslagjaar 2010 toegerekend. Maar op basis van welke criteria hebben we dan nu gedaan? Met andere woorden; wanneer is het matchingbeginselen aanzien van activering nu van toepassing? Wanneer schrijft het beginsel voor dat kosten niet of niet geheel in het jaar van uitgaven mogen worden genomen? Op basis van de definitie van het beginsel kunnen we tot enkele criteria komen. Er moet sprake zijn van uitgaven, er moet sprake zijn van opbrengsten en er moet sprake zijn van een verband tussen deze uitgaven en deze opbrengsten. Lubbers¹²⁷ komt tot de volgende *cumulatieve* criteria:

- 1) Er moet sprake zijn van duidelijk aanwijsbare uitgaven;
- 2) Er moet een nauw verband bestaan tussen de uitgaven en bepaalde opbrengsten;
- 3) Het moet waarschijnlijk zijn dat die opbrengsten zullen worden gegenereerd.

Ad 1) In een enkel geval is het niet duidelijk wat de aanwijsbare uitgave is. Dit is bijvoorbeeld het geval bij zelfgekwekte goodwill. In de loop van de tijd kan het zijn dat de onderneming een bepaalde meerwaarde ontwikkelt. De waarde van het bedrijf is dan hoger dan de som der delen. Dit kan komen door bijvoorbeeld synergievoordelen. Alsdan is het onduidelijk welke uitgaven nu tot deze meerwaarde hebben geleid. Omdat deze niet duidelijk aanwijsbaar zijn is activering op grond van het matchingbeginsel niet aan de orde.

Ad 2) Er moet sprake zijn van *een* verband tussen de uitgave en de opbrengst. De vraag is dan wat voor een verband? Een rechtstreeks verband¹²⁸, een sterk sprekend verband¹²⁹ of een direct verband¹³⁰? Volgens Lubbers is een *nauw* verband een goede uitdrukking om zowel een direct als een sterk verband tot uitdrukking te brengen.

Ad 3) De opbrengsten moeten waarschijnlijk zijn. Volgens Hof^{d31} gaat het hierbij om enige zekerheid en moet er vooral voorzichtigheid worden betracht. Ook de Hoge Raad laat zich op deze wijze uit. Uit BNB 1995/180¹³² volgt; indien het onzeker is dat de uitgaven tot opbrengsten zullen leiden, dan kan het matchingbeginsel niet verplicht worden toegepast. Zouden we dan op basis van dit arrest 'a fortiori' kunnen zeggen dat de opbrengsten zich zeker moeten voordoen wil het matchingbeginsel verplicht worden toegepast? Er is toch bijna altijd wel enige mate van onzekerheid? Zo ver lijkt BNB 1995/180 inderdaad niet te gaan. De Hoge Raad zal tot uitdrukking hebben willen brengen dat de opbrengsten *redelijkerwijs te verwachten* moeten zijn wil het matchingbeginsel verplichte activering voorschrijven.

Als aan al deze criteria cumulatief is voldaan dan schrijft het matchingbeginsel verplichte activering van de uitgavenpost voor.

¹²⁷ A.O. Lubbers, 'De rol van het matchingbeginsel bij de toerekening van uitgaven', *WFR* 2002/111.

¹²⁸ Conclusie AG Van Soest bij HR 8 november 1978, *BNB* 1978/326.

¹²⁹ Conclusie AG Kalmthout bij HR 11 april 2001, *BNB* 2001/259.

¹³⁰ HR 11 maart 1992, *BNB* 1992/170 met noot van Den Boer.

¹³¹ J.J. Hof, 'Vorderingen, verplichtingen, transitoria, tijdstip verlies en winstneming', *FED Fiscale brochures IB*: 3.44, 1996, p. 28.

¹³² HR 12 april 1995, *BNB* 1995/180 met noot van Zwemmer.

5.2.3 Categorieën van uitgaven

Op basis van het tijdsaspect en de criteria van Lubbers kunnen we in het kader van het matchingbeginsel tot vier categorieën van uitgaven komen. Dit zijn:

- 1) de uitgaven die verplicht moeten worden geactiveerd;
- 2) de uitgaven die direct ten laste van de winst van het verslagjaar moeten worden gebracht;
- 3) de uitgaven die een keuze laten tussen activering en opname in de winst van het verslagjaar;
- 4) de toekomstige uitgaven waarvoor een voorziening kan worden gevormd.

Omdat het categoriseren van uitgaven een sterk feitelijk gekleurd karakter heeft, volgt hier een overzicht van de relevante jurisprudentie en de literatuur. De feitelijke situatie in elk arrest wordt zeer kort beschreven en vervolgens wordt de rechtsregel, zoals deze door de Hoge Raad is geformuleerd, van het arrest genoemd.

5.2.3.1 Uitgaven die verplicht moeten worden geactiveerd

Van de uitgaven die verplicht moeten worden geactiveerd zijn in de jurisprudentie onder andere de volgende voorbeelden te vinden.

Uitgaven (aanschaf en bijkomende) voor een bedrijfsmiddel

HR 19 november 1958, BNB 1959/6

Feiten: belanghebbende oefent reeds jaren een veehoudersbedrijf uit op een gepachte hofstede. In 1954 koopt hij de hofstede voor circa f 3.000 en hij verricht in hetzelfde jaar grote werkzaamheden aan de hofstede. Hij brengt een nieuwe stalvloer aan, voert schilderwerk uit en trekt een afscheidingsmuur op. De totale kosten bedragen circa f 3.500.
Rechtsregel: in deze situatie moeten de onderhoudskosten van het pand in het jaar van aanschaf van dat pand worden geactiveerd. Dit zijn bijkomende uitgaven voor een bedrijfsmiddel¹³³.

HR 30 september 1964, BNB 1966/52

Feiten: belanghebbende bouwt en ontwerpt in eigen beheer en met eigen personeel een nieuw fabrieksgebouw. Hij doet dit op eenzelfde wijze als dat hij, overeenkomstig het bedrijfsdoel, dat voor derden doet. De bedoeling is om dit gebouw als bedrijfsmiddel ten behoeve van zijn bedrijf te gebruiken. Het ontwerpen en bouwen kost de belanghebbende circa f 2 miljoen. In dit bedrag zijn begrepen de directe materiaal- en loonkosten en de variabele indirecte kosten. Daarnaast kan een bedrag van circa f 175.000 worden toegerekend aan het aandeel in het constante deel van de indirecte kosten.
Rechtsregel: in deze situatie is activering van het constante deel van de algemene kosten als onderdeel van de voortbrengingskosten van een bedrijfsmiddel geboden.

HR 2 april 1969, BNB 1969/108

Feiten: belanghebbende is aannemer en bouwt voor eigen exploitatie met behulp van een onder hypothecair verband verleend krediet een aantal flats en loodsen. De verschuldigde rente is tijdens de bouw opgenomen naar gelang deze vorderde.
Rechtsregel: de gedurende de bouw verschuldigde rente behoort tot de voortbrengingskosten en moet worden geactiveerd. De Hoge Raad hanteert de term: bepaaldelijke samenhang¹³⁴.

¹³³ Zie ook HR 30 maart 1955 BNB 1957/16.

HR 11 maart 1992, BNB 1992/170

Feiten: belanghebbende belegt feitelijk alleen maar in hypothecaire vorderingen. Hij koopt deze niet voor de nominale waarde aan, maar moet meestal een meerwaarde, of agio, betalen.
Rechtsregel: uitgaven ten aanzien van agio- en aankoopkosten van vorderingen moeten worden toegerekend aan de jaren waarin de verwachte opbrengsten uit de vorderingen worden genoten.

Uitgaven voor een economisch goed

HR 23 juni 1954, BNB 1954/253

Feiten: belanghebbende pacht een terrein. In de erfpachtsvoorwaarden is opgenomen dat belanghebbende verplicht is om langs de erfgrans een damwand te plaatsen.
Rechtsregel: volgens de Hoge Raad kan de damwand niet als een bedrijfsmiddel worden beschouwd. De Hoge Raad hanteert de term profijtbeginsel¹³⁵. Goed koopmansgebruik schrijft verplichte activering voor want het bedrijf wordt geacht meerdere jaren profijt van de kosten te trekken¹³⁶. In zijn noot geeft Smeets aan dat goed koopmansgebruik juist voorschrijft om deze uitgaven ineens in het verslagjaar op te nemen. Hij stelt dat er in deze feitelijke situatie sprake is van onderhoudskosten en niet van een uitgave voor een economisch goed.

HR 12 oktober 1955, BNB 1955/357

Feiten: door een landbouwer is entreegeld aan een zaaizaadvereniging betaald. Door het betalen van het entreegeld is de landbouwer gedurende meerdere jaren verzekerd van een regelmatige afzet.
Rechtsregel: de Hoge Raad merkt deze uitgave aan als een kapitaaluitgave en niet als bedrijfskosten. Goed koopmansgebruik schrijft derhalve verplichte activering voor.

Uitgaven die direct kunnen worden gerelateerd aan voortgebrachte goederen als voorraad en onderhanden werken

Bij al deze arresten maakt de Hoge Raad onderscheid tussen het constante deel van de algemene kosten enerzijds en de overige algemene kosten en de bijzondere kosten anderzijds. Deze laatste genoemde uitgavensoorten worden bepaaldelijk opgeroepen door de productie van die goederen. Voor de productie zijn zij essentieel en zij hangen onmiddellijk met de productie samen. De eerstgenoemde kosten worden onafhankelijk van de productie gemaakt.

HR 30 mei 1956, BNB 1956/222

Feiten: belanghebbende wenst zijn grondstoffen en halffabricaten op een bepaalde wijze te waarderen. Hij wil daarbij rekening houden met een gedeelte van het constante deel van de algemene kosten. Dit doet hij door middel van een vaste opslag.
Rechtsregel: welke uitgaven zijn bij halffabricaten als voortbrengingskosten aan te merken en dienen diensgevolge te worden geactiveerd? Onder voortbrengingskosten van eigen producten en halffabricaten dient te worden verstaan; de kosten die bepaaldelijk door de

¹³⁴ Zie ook in dezelfde zin HR 23 maart 1955, BNB 1955/169 met noot van Hellema en HR 24 januari 1990, BNB 1990/103 met noot van Slot en anders HR 3 maart 1982, BNB 1982/169 met noot van Slot en HR 7 februari 2001, BNB 2001/158 met noot van Meussen.

¹³⁵ In het hedendaagse fiscale spraakgebruik wordt er onder “profijtbeginsel” iets anders verstaan. De Hoge Raad probeerde destijds met deze term het hedendaagse kenmerk van realiteitszin tot uitdrukking te brengen.

¹³⁶ Zie ook HR 10 april 1957, BNB 1957/174.

vervaardiging zijn opgeroepen. Daartoe behoort niet het constante deel van de algemene kosten omdat deze onafhankelijk van de productie moeten worden uitgegeven¹³⁷.

HR 10 december 1958, BNB 1959/51

Feiten: de schoonvader van belanghebbende werkt mee aan de bouw van bedrijfspercelen van belanghebbende. Hij doet dit tegen een abnormaal laag loon.

Rechtsregel: de Hoge Raad geeft aan dat dit lage loon, en dus niet het normale gebruikelijke loon, tot de voortbrengingskosten behoort.

HR 13 oktober 1976, BNB 1977/37

Feiten: belanghebbende oefent een scheepvaartmaatschappij uit. Hij onderhoudt een lijndienst van zeevrachtschepen. De winst van de verrichte vervoersdiensten worden door belanghebbende toegerekend aan het jaar waarin een schip zijn reis heeft voltooid. Een schip heeft zijn reis voltooid als het schip in de thuishaven is teruggekeerd. Een dergelijke reis duurt gemiddeld 4 à 5 maanden.

Rechtsregel: de Hoge Raad stelt dat tot de kosten, welke moeten worden geactiveerd voor op de balansdatum lopende reizen, ook de afschrijvingen op de schepen behoren. Dit zijn uitgaven die rechtstreeks aan de productie dienstbaar zijn¹³⁸.

Uitgaven die op andere gronden moeten worden toegerekend

HR 19 maart 1975, BNB 1976/120

Feiten: belanghebbende geeft in de jaren 1970 tot en met 1972 een reeks onderling samenhangende grammofoonplaten uit. Er worden daarvoor in 1970 hoge reclamekosten gemaakt. Deze kosten hebben betrekking op de uitgave van de grammofoonplaten in 1970 en de twee daaropvolgende jaren.

Rechtsregel: de Hoge Raad alsmede annotator Slot stellen dat deze kosten in het jaar van betaling gedeeltelijk moeten worden geactiveerd. De onderneming wordt geacht in de latere jaren profijt te hebben van deze uitgaven. De Hoge Raad stelt; “*een onzekerheid of de kosten zouden leiden tot (verhoging van de) winst in de latere jaren doet daaraan niet af*”. Volgens de criteria van Lubbers is dit wel van groot belang. De opbrengsten moeten redelijkerwijs te verwachten zijn. Het gaat er hier immers om of goed koopmansgebruik verplichte activering voorschrijft. Het voorzichtigheidskenmerk gaat bij onzekere opbrengsten voor op het matchingbeginselen leidt tot directe opname in de kosten in het jaar van betaling van de uitgaven¹³⁹.

Nuttige uitgaven

Lubbers¹⁴⁰ komt nog tot een andere methode om te beoordelen of uitgaven verplicht moeten worden geactiveerd. Hij komt met de term “nuttige uitgaven”. Daarmee bedoelt hij dat ten tijde van het doen van de uitgaven moet worden beoordeeld of met die uitgaven vermogensbestanddelen worden verkregen die voor de onderneming waarde hebben. Indien dat zo is, dan moeten deze uitgaven worden geactiveerd. De uitgaven mogen niet direct ten laste van de winst worden gebracht omdat dan een verlies in aanmerking wordt genomen dat nog niet is geleden. De onderneming is immers niet verarmd. In feite heeft de onderneming

¹³⁷ Zie ook HR 21 juni 1961, *BNB* 1961/272, HR 4 juli 1961, *BNB* 1961/274 met noot van Smeets en HR 4 maart 1964, *BNB* 1964/138 eveneens met noot van Smeets.

¹³⁸ Zie ook HR 21 juni 1961, *BNB* 1961/273 met noot van Smeets.

¹³⁹ Zie § 5.5 voor verdere uitwerking.

¹⁴⁰ A.O. Lubbers, ‘De behandeling van nutteloze uitgaven in het kader van de fiscale jaarwinstbepaling’ *WFR* 2011/400.

het ene vermogensbestanddeel, geld, geruild tegen een ander vermogensbestanddeel met dezelfde waarde. Indien er geen vermogensbestanddeel wordt verkregen, maar het wel redelijkerwijs te verwachten is dat de onderneming dankzij de uitgaven in de toekomstige jaren opbrengsten zal gaan behalen, schrijft goed koopmansgebruik, ookverplichte activering voor.

5.2.3.2 Uitgaven die direct ten laste van de winst van het verslagjaar moeten worden gebracht

Van de uitgaven die direct ten laste van de winst van het verslagjaar moeten worden gebracht zijn in de jurisprudentie en de literatuur onder andere de volgende voorbeelden te vinden.

Het veroorzakingsbeginsel

Uitgaven dienen in het jaar waarin zij zijn gedaan ten laste van de winst te worden gebracht, indien het niet mogelijk is die uitgaven op enigerlei wijze aan een toekomstig jaar toe te rekenen. Maar hoe bepalen we op welk jaar de uitgaven als kosten betrekking hebben? Dit hoeft niet per se in het jaar van betaling te zijn. Het gaat daarbij om het jaar waarin zij worden opgeroepen door de bedrijfsuitoefening aldus de Hoge Raad in het beruchte “Baksteenarrest”¹⁴¹. De beoordeling van het feit of de uitgaven door de bedrijfsuitoefening zijn opgeroepen is een bedrijfseconomisch vraagstuk aldus de Hoge Raad in BNB 2003/76¹⁴².

Uitgaven inzake eenmalige gebeurtenissen die niet in een eerder jaar door de bedrijfsuitoefening worden opgeroepen

HR 2 februari 1955, BNB 1955/83¹⁴³

Feiten: belanghebbende wenst de kosten van een toekomstige verhuizing reeds toe te rekenen aan eerdere jaren.

Rechtsregel: de Hoge Raad stelt dat de uitgaven voor een verhuizing niet aan de bedrijfsuitoefening in eerdere jaren kunnen worden toegerekend. Een verhuizing vindt plaats ter wille van de bedrijfsuitoefening in toekomstige jaren. Nietverplichte activering van dergelijke kosten zou derhalve wel tot de mogelijkheden behoren. De uitgaven moeten in het jaar van feitelijk plaatsvinden van de verhuizing ten laste van de winst worden gebracht.

Nutteloze uitgaven

In tegenstelling tot de nuttige uitgaven van Lubbers zijn er ook vele uitgaven die kunnen worden aangemerkt als nutteloos. Dit is het geval als er uitgaven worden gedaan die niet de aanschaf van een bedrijfsmiddel betreffen of het, ten tijde van het doen van die uitgaven, onzeker is of die uitgaven tot toekomstige opbrengsten zullen leiden. De uitgaven hebben dan geen waarde meer voor de onderneming en de onderneming is daardoor verarmd. Deze uitgaven worden in het jaar waarin ze zijn gedaan ten laste van de winst gebracht. De toerekening vindt dan plaats op grond van het veroorzakingsbeginsel.

5.2.3.3 Uitgaven die een keuze laten tussen direct ten laste van de winst brengen en activering

Van de uitgaven die een keuze laten tussen direct ten laste van de winst brengen en activering zijn in de jurisprudentie onder andere de volgende voorbeelden te vinden.

¹⁴¹ HR 26 augustus 1998, BNB 1998/409 met noot van De Vries.

¹⁴² HR 6 december 2002, BNB 2003/76.

¹⁴³ Zie ook HR 28 maart 1956, BNB 1956/146 inzake de kosten voor een jubileum.

Constance deel van de algemene bedrijfskosten

HR 4 juli 1961, BNB 1961/274

Feiten: de inspecteur stelt dat belanghebbende zijn onderhanden werken moet waarderen inclusief een opslag voor het constante deel van de algemene kosten.

Rechtsregel: bij de waardering van onderhanden werken staat goed koopmansgebruik toe dat het constante deel van de algemene kosten buiten beschouwing wordt gelaten. Dit zijn uitgaven die onafhankelijk van de omvang van inkoop en productie moeten worden gedaan. De uitgaven mogen wel worden geactiveerd¹⁴⁴.

Financieringskosten

Ten aanzien van financieringskosten is het niet altijd even duidelijk of activering nu geboden is of niet. Dit komt doordat er bij dit soort kosten vaak wel enig verband aanwezig is tussen de uitgaven en toekomstige opbrengsten, maar geen nauw verband. In verband hiermee lijkt het dat enkele arresten van de Hoge Raad elkaar tegenspreken. Bij nadere bestudering blijkt dit toch niet het geval te zijn. De Hoge Raad maakt een onderscheid tussen bedrijfsmiddelen of vaste activa enerzijds en voorraad, vorderingen en onderhanden werken of vlottende activa anderzijds. Bij vaste activa schrijft goed koopmansgebruik meestal verplichte activering van financieringskosten voor, bij vlottende activa laat goed koopmansgebruik ruimte voor keuze tussen activering en het direct ten laste van de winst brengen. Dit onderscheid door de Hoge Raad is wellicht te verklaren doordat het bij vaste activa meestal eenvoudiger is om de financieringskosten toe te rekenen dan bij vlottende activa. Dit heeft wellicht te maken met de snelheid waarmee een vermogensbestanddeel tot stand komt. De bouw van een onroerende zaak duurt nu eenmaal langer dan de productie van een handelsgoed. Toch ben ik van mening dat het onderscheid op deze basis niet is vol te houden. Dit blijkt ook uit het volgende arrest uit 2001.

HR 7 februari 2001, BNB 2001/158

Feiten: belanghebbende is een leasemaatschappij die zich bezighoudt met operationele leasing van personenauto's. De hoogte van de maandelijkse leasetermijnen blijft gelijk. Belanghebbende wenst degressieve afschrijving op de auto's.

Rechtsregel: de Hoge Raad kiest in dit arrest voor de benadering ten aanzien van het nut van de uitgaven. Degressieve afschrijving is toegestaan indien de kosten van een bedrijfsmiddel in de toekomst toenemen, terwijl de bruto-opbrengsten gelijk blijven. Voor het bepalen van het nettorendement van een bedrijfsmiddel zijn in dit verband onder de kosten slechts te begrijpen de kosten die door de voortbrenging van de nutseenheden van dat bedrijfsmiddel worden veroorzaakt. De Hoge Raad oordeelt dat financieringskosten niet behoeven te worden geactiveerd omdat zij geen invloed hebben op het nut van het bedrijfsmiddel voor de toekomstige jaren. Het nut, als in toekomstige opbrengsten, is niet afhankelijk van de wijze van financieren¹⁴⁵.

HR 3 maart 1982, BNB 1982/169

Feiten: belanghebbende oefent een bouwbedrijf uit. Ten behoeve van de aankoop van grond en de daarop te ontwikkelen bouwprojecten gaat belanghebbende enkele financieringen aan. De inspecteur stelt zich op het standpunt dat de betaalde rente, als financieringskosten die

¹⁴⁴ Zie ook HR 30 mei 1956, BNB 1956/222 met noot van Tekenbroek en HR 17 juni 1959, BNB 1959/304 met noot van Smeets.

¹⁴⁵ Zie ook Hof Arnhem 13 april 1964, BNB 1964/302, HR 2 april 1969, BNB 1969/108 en HR 24 januari 1990, BNB 1990/103 met noot van Slot.

duidelijk aanwijsbaar samenhangen met bouwprojecten in uitvoering, moet worden geactiveerd.

Rechtsregel: volgens de Hoge Raad behoren de financieringskosten niet tot de te activeren kosten omdat deze niet bepaaldelijk door de productie worden opgeroepen. Dat wil zeggen dat deze kosten voor de productie in ieder geval nodig zijn en daarmee onmiddellijk samenhangen. Er is dus wel enig verband maar geen nauw verband¹⁴⁶.

Minder nuttige uitgaven

Dit doet zich met name voor als ten tijde van de uitgaven wel bekend is dat opbrengsten zich zullen voordoen, maar dat onduidelijk is wat de hoogte van deze opbrengsten zal worden. De ondernemer heeft dan de keuze om de uitgaven te activeren zolang deze nog niet als verloren hoeven te worden beschouwd. Een voorbeeld is te vinden in BNB 1995/180¹⁴⁷.

5.2.3.4 De toekomstige uitgaven waarvoor een voorziening kan worden gevormd

In de paragrafen 5.2.3.1 tot en met 5.2.3.3 is er steeds gesproken over de activering van kosten. Dit doet zich voor als er in een bepaald jaar uitgaven worden gedaan die moeten worden toegerekend aan toekomstige jaren. Het gaat dan om de actiefzijde van de balans. Het tegenovergestelde, aan de passiefzijde van de balans, doet zich ook voor. Er wordt verwacht dat er in de toekomst uitgaven moeten worden gedaan die reeds in het huidige jaar worden opgeroepen. Om deze uitgaven toe te rekenen of te matchen aan de juiste jaren, is het noodzakelijk dat er in het verslagjaar een voorziening kan worden gevormd. De kosten worden dan al in het verslagjaar ten laste van de winst gebracht.

Ten aanzien van het vormen van een voorziening kunnen er twee belangrijke vragen worden gesteld. Ten eerste; wanneer mag een voorziening worden gevormd? En ten tweede; als een voorziening mag worden gevormd, hoe moet deze dan worden gewaardeerd?

Wanneer mag er een voorziening worden gevormd?

Voor het geruchtmakende “Baksteenarrest¹⁴⁸” mocht er een voorziening worden opgevoerd als er aan de volgende criteria werd voldaan:

- 1) er is sprake van een passiefpost die geen schuld karakter heeft en ook niet anderszins als transitoire post kan worden aangemerkt. Het onderscheid tussen een schuld/transitoire post en een voorziening is met name het aanwezig zijn van een juridisch afdwingbare verplichting;
- 2) er moet sprake zijn van een toekomstige verplichting;
- 3) er moet een behoorlijke kans aanwezig zijn dat de verplichting in de toekomst zal ontstaan¹⁴⁹;
- 4) er moet op de balansdatum een rechtsverhouding bestaan waaruit de toekomstige kosten kunnen voortvloeien¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Slot stelt zich in zijn noot op een ander standpunt dan de Hoge Raad. Volgens hem had het Hof als feitelijke instantie al aangegeven dat er tussen de bedoelde financieringskosten en de onderhanden werken wel degelijk een rechtstreeks en feitelijk verband bestond. Hij vond dit kennelijk een voldoende nauw verband en pleit derhalve voor verplichte activering van de financieringskosten.

¹⁴⁷ HR 12 april 1995, BNB 1995/180. Andere voorbeelden die een keuze laten tussen activering en het direct ten laste van de winst brengen zijn HR 28 september 1966, BNB 1967/1 met noot van Smeets waarbij het ging over uitgaven voor oprichting van een vennootschap, Hof Leeuwarden 14 mei 1962, BNB 1963/64 waarbij het ging over uitgaven ten aanzien van een aandelenemissie, HR 11 maart 1992, BNB 1992/170 met noot van Den Boer en HR 2 maart 1994, BNB 1994/164 met noot van Zwemmer waarbij het in beide gevallen ging om uitgaven ten aanzien van de kapitaalbelasting.

¹⁴⁸ HR 26 augustus 1998, BNB 1998/409 met noot van De Vries.

¹⁴⁹ HR 7 december 1983, BNB 1984/37.

¹⁵⁰ HR 26 maart 1986, BNB 1986/245 en HR 22 december 1993, BNB 1994/121 beide met noot van Slot.

Een voorbeeld van uitgaven die tot het vormen van een voorziening aanleiding kunnen geven zijn de uitgaven voor een toekomstige reorganisatie. Als aan alle criteria wordt voldaan mag daar een voorziening voor worden opgevoerd. Een uitstekend voorbeeld is BNB 1998/4¹⁵¹ alwaar de belastingplichtige een voorziening voor een reorganisatie wenste op te voeren¹⁵². Het Hof verwierp de opgevoerde voorziening omdat weliswaar aan de eerste drie criteria werd voldaan, maar er volgens het Hof op de balansdatum geen sprake was van een rechtsverhouding waaruit de toekomstige kosten kunnen voortvloeien. De Hoge Raad verwierp het betoog van het Hof en stelde dat een rechtsverhouding wel degelijk aanwezig was. Deze verhouding vloeit namelijk voort uit het aanwezig zijn van arbeidsovereenkomsten. Deze overeenkomsten kunnen kosten ter zake van ontbinding en schadevergoeding met zich meebrengen. Deze toekomstige uitgaven mogen naar goed koopmansgebruik ten laste worden gebracht van het jaar waarin die omstandigheden zich hebben voorgedaan. Het vormen van een voorziening is dus toegestaan.

Een ander sprekend voorbeeld van de mogelijkheden om een voorziening te mogen vormen is het Boorplatformontmantelingsarrest¹⁵³. De belanghebbende indit arrest hield zich bezig met de opsporing en winning van aardolie en aardgas. Daartoe bouwde hij enkele installaties en legde hij boorputten aan. Voor deze activiteiten had hij een winningsvergunning van de overheid gekregen. Deze vergunning werd verleend voor veertig jaar. Voor het verkrijgen van de vergunning moest belanghebbende ook de verplichting aangaan om na afloop van het winningsproces, de installatieste ontmantelen en de putten af te sluiten. De belanghebbende wilde in het jaar 1984 een voorziening voor deze kosten opvoeren. Deze voorziening zou volgens belanghebbende moeten worden gesteld op de contante waarde van de geschatte kosten.

Aldus wist belanghebbende al bij de start van de activiteiten dat hij aan het einde van de periode, in casu na veertig jaar, kosten voor ontmanteling zou moeten gaan maken. De enige onduidelijkheid was wat de hoogte van deze kosten zou gaan zijn. Belanghebbende voldeed aan alle criteria die aan het vormen van een voorziening worden gesteld. Sterker nog; er was niet alleen een behoorlijke kans dat de verplichting in de toekomst zou ontstaan. Er was voorafgaand al zekerheid dat deze verplichting zich zou voordoen.

Toch stelde Hof 's-Gravenhage zich op het standpunt, op basis van de hoofdregel van goed koopmansgebruik¹⁵⁴, dat de lasten die worden aanvaard met het oog op de winning van gas en olie moeten worden toegerekend aan de jaren waarin de winning ook daadwerkelijk zal plaatsvinden. Volgens het Hof worden de ontmantelingskosten opgeroepen door de bedrijfsuitoefening in de winningsperiode. Hieruit volgt dat belanghebbende niet de geschatte kosten van ontmanteling van de installaties ten laste van de winst van het jaar 1984 mag brengen.

De Hoge Raad haalde vervolgens in cassatie een dikke streep door de redenering van het Hof. In casu was er sprake van enerzijds een winningsvergunning en anderzijds een uit overheidsvoorschriften voortvloeiende verplichting die gewaardeerd moest worden. Fiscaal zijn dat twee afzonderlijke posten. Er kan, volgens de Hoge Raad, geen andere conclusie

¹⁵¹ HR 29 augustus 1997, *BNB* 1998/4 met noot van Slot.

¹⁵² Zie ook R. van Minnen, 'De reorganisatievoorziening: fiscaal eerder te vormen dan commercieel' *WFR* 2009/347.

¹⁵³ HR 16 september 1992, *BNB* 1992/356.

¹⁵⁴ De hoofdregel is dat baten en lasten zo goed mogelijk moeten worden toegerekend aan de jaren waarop ze betrekking hebben.

worden getrokken dan dat de ontmantelingskosten zodanig verband houden met de bedrijfsvoering van de per eind 1984 verstreken jaren dat goed koopmansgebruik, met name op grond van het voorzichtigheidskenmerk, toestaat voor deze kosten op de balans per 31 december 1984 een voorziening op te voeren ter grootte van de contante waarde van de geschatte kosten. Aan een ander hoofdbestanddeel van goed koopmansgebruik, de realiteitszin, werd ook voldaan omdat de geschatte kosten niet voor de nominale waarde maar voor de contante waarde op de balans werden opgenomen. Deze waarde was berekend over de hele looptijd van het winningsproces. Verder stelde de Hoge Raad dat het in deze casus niet relevant was of belanghebbende de ontmantelingskosten al dan niet heeft aanvaard met het oog op de toekomstige productie. Relevant is het feitelijk gegeven dat de ontmantelingskosten zijn ontstaan in het jaar van stichten van de installaties en boorputten en dat deze kosten onafhankelijk zijn van eventuele in de toekomst beoogde productie.

In 1998 werd het “Baksteenarrest” gewezen¹⁵⁵. In dit arrest werd het criterium van de bestaande rechtsverhouding op balansdatum losgelaten. De Hoge Raad ging zagezegd “om” en formuleerde de criteria¹⁵⁶ voor het vormen van een voorziening¹⁵⁷ als volgt:

- 1) **oorsprongeis**¹⁵⁸, de uitgaven waarvoor de voorziening wordt getroffen, vinden hun oorsprong in feiten en omstandigheden die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan;
- 2) **toerekeningseis**¹⁵⁹, de uitgaven kunnen ook overigens aan die periode worden toegerekend;
- 3) **zekerheidseis**, ter zake van deze uitgaven bestaat een redelijke mate van zekerheid dat zij zich zullen voordoen.

Naast het loslaten van het criterium inzake de bestaande rechtsverhouding, scherpte de Hoge Raad ook het criterium van de behoorlijke kans op verwezenlijking aan. De Hoge Raad introduceerde de term ‘redelijke mate van zekerheid’. Dit criterium lijkt zwaarder dan het behoorlijke kans criterium. Overigens spreekt de Hoge Raad in 2004¹⁶⁰ weer van een “behoorlijke kans” op verwezenlijking.

Hoe moet een voorziening worden gewaardeerd?

Als aan alle “Baksteencriteria” voor het vormen van een voorziening wordt voldaan, is het van belang om de hoogte van de voorziening te gaan bepalen. Er zal een inschatting moeten worden gemaakt van de toekomstige uitgaven die hun oorsprong in feiten en omstandigheden voorafgaande aan de balansdatum vinden. Uit BNB 1994/33¹⁶¹ blijkt dat het gaat om de toestand per balansdatum en de op dat moment bekende feiten en omstandigheden¹⁶². In deze zaak wilde de belastingplichtige per de balansdatum van het boekjaar 1987 een voorziening vormen ter zake van een ontslag van een werknemer. Deze voorziening bleek hoger te zijn dan het bedrag van de werkelijke ontslagkosten zoals deze in 1988 vast komen te staan. De vaststelling van deze kosten had plaatsgevonden voor het opstellen van de fiscale balans over 1987.

¹⁵⁵ Tevens uitgewerkt in het besluit van de Staatssecretaris van 6 augustus 2010, ‘Inkomstenbelasting. Vennootschapsbelasting. Goed koopmansgebruik: Passiefpost; Voorziening’, nr. DGB2010/3706M.

¹⁵⁶ Deze criteria zijn naderhand nog bevestigd in HR 23 december 1998, BNB 1999/79.

¹⁵⁷ Zie voor een herhaling van deze criteria bijvoorbeeld A.O. Lubbers, ‘Winstbepalingsregels voor resultaattoerekening onbelaste/belaste periode’, NTFR 2009/1.

¹⁵⁸ Zie HR 26 april 2002, BNB 2002/214 met noot van Meussen. Hier werd niet voldaan aan de oorsprongeis.

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld HR 18 december 1991, BNB 1992/79.

¹⁶⁰ HR 17 december 2004, BNB 2005/95 met noot van Cornelisse.

¹⁶¹ HR 22 september 1993, BNB 1994/33 met noot van Slot.

¹⁶² Vergelijk HR 18 december 1968, BNB 1969/49 met noot van Smeets ten aanzien van anticipatieposten.

De Hoge Raad achtte de hoogte van de voorziening echter toch niet in strijd met goed koopmansgebruik omdat;

“de later in 1988 bekend geworden feiten en omstandigheden omtrent de ontslagkosten, waaronder met name de uitspraak van de Kantonrechter, zijn geen feiten en omstandigheden die zich ultimo 1987 reeds hadden voorgedaan.”

Dat de fiscale balans pas later wordt opgemaakt en dat er dan eventueel andere feiten en omstandigheden bekend zijn, lijkt in beginsel niet van belang. De balansdatum is uiteindelijk het uiterste moment van het bepalen van de omvang van de voorziening.

In een arrest uit 2008¹⁶³ lijkt het er op dat de Hoge Raad echter heeft geoordeeld dat zich toch een (veel) later moment, van beoordeling van de op dat latere moment bekende feiten en omstandigheden, kan voordoen. In deze zaak ging het om een voorziening ten behoeve van een naheffing loonbelasting over 1999. De inspecteur had deze naheffingsaanslag opgelegd. De belastingplichtige bestreed de naheffingsaanslag echter en het geschil kwam voor de rechter. Het Hof verminderde uiteindelijk de naheffingsaanslag. De belastingplichtige had ter zake van de in de toekomst te betalen loonbelasting per balansdatum van het boekjaar 1999 een voorziening gevormd. Op dat moment was de uitspraak van het Hof nog niet bekend. De omvang van deze voorziening wordt bepaald door de op balansdatum bekende feiten en omstandigheden¹⁶⁴. Toch oordeelde de Hoge Raad in dit geval anders;

“Bij de bepaling van de omvang van een ter zake van de over 1999 verschuldigde loonbelasting te vormen voorziening dient rekening te worden gehouden met alle feiten en omstandigheden die een licht werpen op die materieel verschuldigde loonbelasting, ook indien deze feiten en omstandigheden na het opmaken van de fiscale balans over 1999 maar voor het definitief vaststaan van de aanslag vennootschapsbelasting over 1999 bekend worden.”

In dit geval is niet de balansdatum bepalend, maar het definitief vaststaan van de aanslag vennootschapsbelasting over het desbetreffende jaar. Dit duidt op een tendens richting realiteitszin¹⁶⁵. Welk bedrag moet er daadwerkelijk worden betaald?

Ook BNB 2010/273¹⁶⁶ duidt op een tendens richting realiteitszin. In dat arrest oordeelt de Hoge Raad:

“Dat het niet in overeenstemming is met het aan goed koopmansgebruik ten grondslag liggende realiteitsbeginsel om door middel van het opvoeren van een passiefpost kosten tot uitdrukking te brengen waarvan vaststaat of zo goed als zeker is dat deze nooit zullen worden betaald.”

In dit arrest ging het realiteitsbeginsel voor op het matchingbeginsel¹⁶⁷. In alle gevallen blijft het waarden van een voorziening een kwestie van zo goed mogelijk inschatten van de feiten en omstandigheden die zich kunnen voordoen na de balansdatum. Dit moet worden gedaan

¹⁶³ HR 11 april 2008, BNB 2008/168.

¹⁶⁴ Conform HR 22 september 1993, BNB 1994/33.

¹⁶⁵ Zie N.M. Ligthart en A.O. Lubbers, ‘Welke feiten en omstandigheden zijn van belang in het kader van de fiscale jaarwinstbepaling’, WFR 2011/420.

¹⁶⁶ HR 25 juni 2010, BNB 2010/273 met noot van Lubbers.

¹⁶⁷ Zie ook paragraaf 5.5.3.

met de kennis van de feiten en omstandigheden diende ondernemer voorafgaande aan de balansdatum heeft. Het blijft een continue strijd tussen aan de ene zijde het voorzichtigheidskenmerk en het matchingbeginsel, waarbij de belastingplichtige de voorziening zo hoog mogelijk wil waarderen teneinde een zo hoog mogelijke kostenpost in het desbetreffende jaar te kunnen opvoeren en aan de andere zijde het realiteitsbeginsel dat de bovengrens bepaalt van de hoogte van de voorziening¹⁶⁸.

5.2.4 Samenvatting analyse

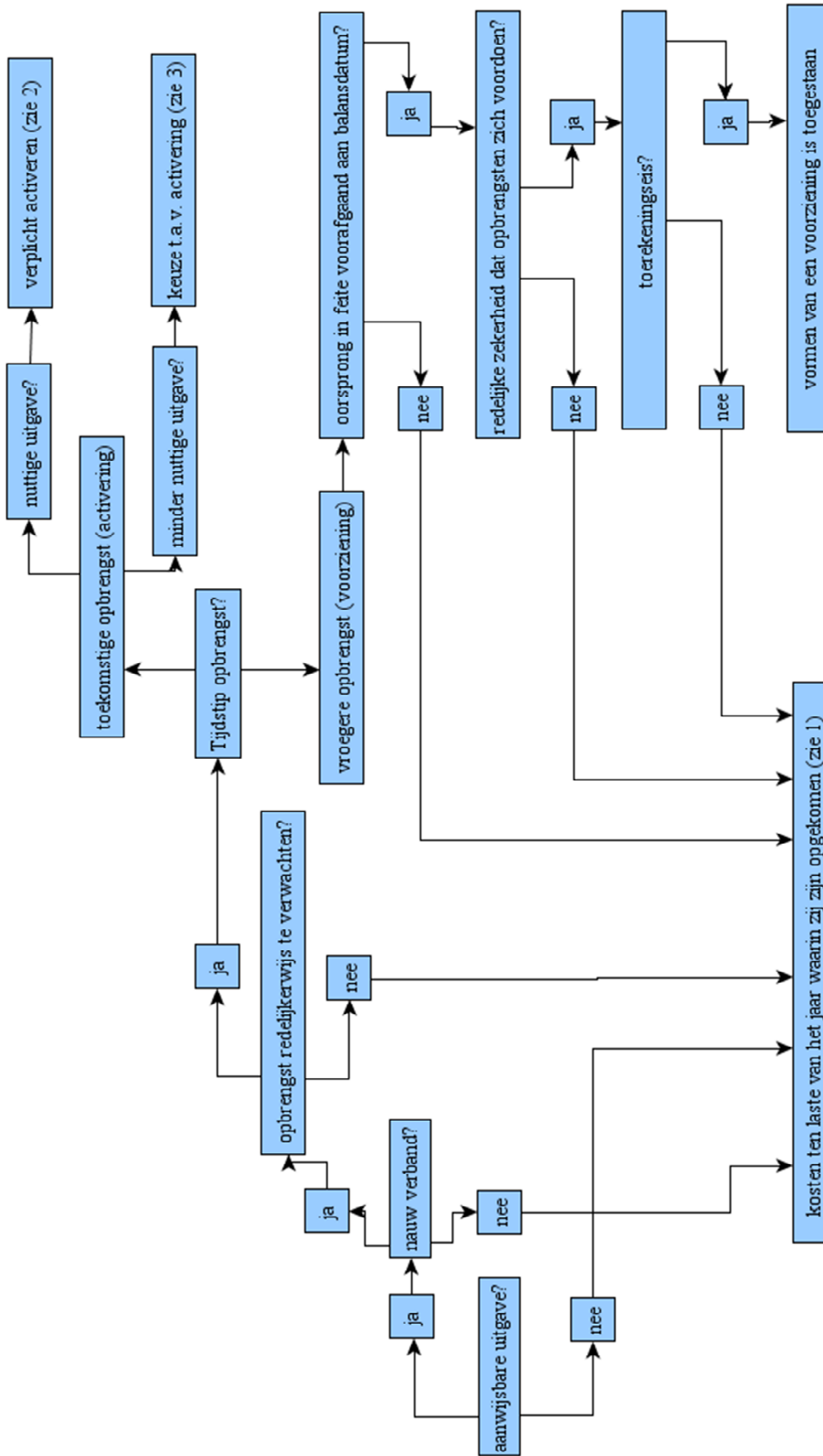
Na deze uitgebreide analyse van de jurisprudentie en de literatuur ten aanzien van het matchingbeginsel, kunnen we tot een eenvoudigvijfstappenplan komen. Aan de hand van dit stappenplan kan er per kostensoort worden bepaald hoe de desbetreffende kosten in het licht van het matchingbeginsel moeten worden behandeld. Met andere woorden; moeten de kosten in het verslagjaar worden geactiveerd, mag er in het verslagjaar een voorziening worden opgenomen of moeten de kosten direct ten laste van de winst van het verslagjaar worden gebracht? Het stappenplan luidt als volgt:

- 1) Is er in het verslagjaar sprake van een aanwijsbare uitgave? Zo ja,
- 2) Is er een nauw verband tussen deze uitgaven en opbrengsten in een ander jaar? Zo ja,
- 3) Is de opbrengst in dat andere jaar redelijkerwijs te verwachten? Zo ja,
- 4) Wat is het tijdstip van de opbrengst? Is dit een toekomstige opbrengst of een vroegere opbrengst?
- 5) Bij een toekomstige opbrengst; is er sprake van een nuttige uitgave of van een minder nuttige uitgave? Bij een vroegere opbrengst; indien er wordt voldaan aan de criteria van het Baksteenarrest kan er een voorziening worden gevormd.

Naar aanleiding van de antwoorden op deze vragen kunnen we uit het schema in de volgende paragraaf afleiden wat er met de desbetreffende kostensoort dient te gebeuren. De uitkomst kan vierledig zijn. Bij een toekomstige opbrengst schrijft het matchingbeginsel of verplichte activering voor, of het laat de keuze tussen activering en directe opname in de kosten van het verslagjaar of het schrijft directe opname in de kosten voor. Bij een vroegere opbrengst kan er op basis van de criteria van het "Baksteenarrest" een voorziening worden gevormd.

¹⁶⁸ Zie E.J.W. Heithuis en R.J.M.M. van den Hurk, 'BNB 2008/168: What's new?', *WFR* 2011/862.1.

5.3 Schema



- | 1) kosten ten laste van het jaar waarin zij zijn opgekomen | 2) verplicht activeren | 3) keuze t.a.v. activering |
|--|--|---|
| - nutteloze uitgaven | - bedrijfsmiddel, voortbrengings-bijkomende- en aanschafkosten, BNB 1959/6 en BNB 1969/108 | - oprichting vennootschap + kapitaalbelasting, BNB 1967/1, BNB 1992/170 en BNB 1994/164 |
| - door bedrijfsuitoefening opgeroepen | - economisch goed, BNB 1954/253 en BNB 1955/357 | - constante deel algemene kosten, BNB 1959/304, BNB 1961/274 en BNB 1977/37 |
| - veroorzakingsbeginsel | - gerelateerd aan voorgebrachte goederen voorraad of OHW, BNB 1956/222 en BNB 1959/51 | - financieringskosten, BNB 1982/169, BNB 1990/103 en BNB 2001/158 |
| - verhuizing | - rechtstreeks dienstbaar aan productie, BNB 1961/273 | |
| - jubileum | - (op basis van andere gronden?), BNB 1976/120 | |
| (zelfgekwEEKTE goodwill) | | |

5.4 Transactiekosten in het schema

In paragraaf 4 van hoofdstuk 2 zijn enkele soorten transactiekosten, die bij het aantrekken van vreemd vermogen kunnen optreden, uiteengezet. Aan de hand van de veel voorkomende transactiekostenpost “afsluitprovisie”, wordt in deze paragraaf de werking van het schema uiteengezet¹⁶⁹.

1) Is er in het verslagjaar sprake van een aanwijsbare uitgave?

Ja, afsluitprovisie kan worden gezien als de eenmalige beloning voor de financier bij het aantrekken van het vreemd vermogen. Deze wordt vaak direct ingehouden bij uitbetaling van de verstrekte hoofdsom. Het betreft derhalve een eenmalige uitgave.

2) Is er een nauw verband tussen deze uitgaven en opbrengsten in een ander jaar?

Het aangetrokken vreemd vermogen zal binnen een onderneming worden aangewend ten behoeve van het bedrijfsproces. Het bedrijfsproces van de onderneming kan worden verbeterd door bijvoorbeeld het aanschaffen van betere apparatuur of het aantrekken van kwalitatief hoogwaardiger personeel. Door met behulp van vreemd vermogen te investeren in activa en andere productiemiddelen kan de onderneming trachten te komen tot hogere opbrengsten. Er is dus wel een verband tussen de uitgave en de opbrengsten. Maar is dit voldoende om uiteindelijk tot verplichte activering te constateren? Oftewel is het aanwezige verband ook een nauw verband?

De beantwoording van deze vraag kan in elke concrete situatie anders zijn. In elke concrete situatie moet er, aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval, worden beoordeeld op welke wijze de betaalde afsluitprovisie kan worden gekenmerkt. Zoals zal blijken kan afsluitprovisie worden gekenmerkt als een nutteloze uitgave of als een minder nuttige uitgave. In mijn optiek kan afsluitprovisie echter nooit worden gekenmerkt als een nuttige uitgave.

Afsluitprovisie als nutteloze uitgave

Het veroorzakingsbeginsel schrijft voor dat uitgaven in het jaar waarin zij zijn gedaan, ten laste van de winst moeten worden gebracht, indien het niet mogelijk is die uitgaven op enigerlei wijze aan een toekomstig jaar toe te rekenen. Bij de uitgaven die als nutteloos kunnen worden bestempeld is dat het geval. Uitgaven zijn nutteloos indien deze geen betrekking hebben op de aanschaf van een bedrijfsmiddel of het, ten tijde van het doen van die uitgaven, onzeker is of die uitgaven tot toekomstige opbrengsten zullen leiden. De uitgaven hebben dan geen waarde meer voor de onderneming en de onderneming is daardoor verarmd. Deze uitgaven worden in het jaar waarin ze zijn gedaan ten laste van de winst gebracht.

Als de uitgave aan de afsluitprovisie niet is te relateren aan de aanschaf van een bedrijfsmiddel of dat het onzeker is dat deze uitgave tot toekomstige opbrengsten zou kunnen leiden, is er geen voldoende nauw verband tussen de uitgave en de toekomstige opbrengsten. Op basis van het schema moet dan worden geconcludeerd dat de afsluitprovisie in het licht van het matchingbeginsel direct ten laste van de winst van het verslagjaar, waarin deze uitgave is opgekomen, moet worden gebracht. In principe zal dit het jaar zijn waarin het

¹⁶⁹ In hoofdstuk 7 zal vervolgens wel onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende soorten transactiekosten. Alsdan zal blijken dat het matchingbeginsel voorschrijft dat sommige transactiekosten wel verplicht moeten worden geactiveerd en andere niet.

vreemd vermogen aan de onderneming ter beschikking is gekomen. Aan de andere vragen uit het schema komen we vervolgens niet meer toe.

Afsluitprovisie als minder nuttige uitgave

Indien de afsluitprovisie is verschuldigd op een financiering waarmee een bedrijfsmiddel wordt aangeschaft, kan de afsluitprovisie worden behandeld als een minder nuttige uitgave. In dat geval is er wel een redelijk nauw verband tussen de uitgave en de uiteindelijke opbrengsten. Of de opbrengsten zich ook zullen voordoen is alleen onzeker. De ondernemer heeft dan de keuze om de uitgave te activeren zolang deze nog niet als verloren hoeft te worden beschouwd.

Afsluitprovisie als nuttige uitgave

Ten tijde van het doen van de uitgave moet worden beoordeeld of met die uitgave vermogensbestanddelen worden verkregen die voor de onderneming waarde hebben. Indien dat zo is, dan moet de uitgave worden geactiveerd. De uitgave mag niet direct ten laste van de winst worden gebracht omdat dan een verlies in aanmerking wordt genomen dat nog niet is geleden. De onderneming is dan niet verarmd. Het ene vermogensbestanddeel, geld, is geruild tegen een ander vermogensbestanddeel.

Afsluitprovisie kan nooit onder deze categorie worden gebracht omdat de onderneming wel direct is verarmd. De onderneming is het geld kwijt. Voor het betalen van de afsluitprovisie krijgt de onderneming niets terug. Afsluitprovisie is een beloning voor arbeid van de financier en dat kan geen vermogensbestanddeel van de onderneming gaan vormen. Afsluitprovisie kan derhalve nooit worden aangemerkt als een nuttige uitgave. Immers; of er afsluitprovisie moet worden betaald, wat de omvang van deze provisie is en hoe deze zal worden betaald, staat in beginsel geheel los van het bestedingsdoel van het aangetrokken vreemd vermogen.

Op basis van het schema kunnen we tot de conclusie komen dat betaalde afsluitprovisie in de meeste gevallen direct ten laste van de winst van het verslagjaar waarin de uitgave is gedaan kan worden gebracht. In sommige gevallen is activering van de afsluitprovisie op grond van het matchingbeginsel toegestaan. Dit is feitelijk alleen het geval bij de aanschaf van een bedrijfsmiddel. Verplichte activering op grond van het matchingbeginsel is echter nooit van toepassing.

5.5 Conflict tussen het matchingbeginsel en andere kenmerken en beginselen

5.5.1 Inleiding

Het matchingbeginsel komt regelmatig in conflict met de andere kenmerken en beginselen van goed koopmansgebruik. In bepaalde gevallen zal dan blijken dat de werking van het matchingbeginsel opzij wordt gezet door de werking van een ander kenmerk of beginsel.

5.5.2 Conflicten met het voorzichtigheidskenmerk

De meeste conflicten zullen zich, ten aanzien van kosten, voordoen met het voorzichtigheidskenmerk. Dit kenmerk schrijft voor dat verliezen (kosten) door de voorzichtige koopman al mogen worden genomen ook al zijn deze nog niet gerealiseerd. Het matchingbeginsel schrijft soms juist verplichte activering van kosten voor of het veroorzakingsbeginsel, als onderdeel van het matchingbeginsel, schrijft juist toerekening van de kosten aan een ander jaar voor.

Een recent voorbeeld uit de jurisprudentie is BNB 2011/29¹⁷⁰. Een ondernemer had zich verplicht een pand, dat hij slechts gedeeltelijk in zijn eigen onderneming kon gebruiken, gedurende tien jaren volledig te huren. In het contract is opgenomen dat de ondernemer het leegstaande gedeelte mag onderverhuren. Het kan voorkomen dat het leegstaande gedeelte niet verhuurbaar is. Voor dit ‘leegstandsrisico’ wenste de onderneming een voorziening te vormen in het jaar waarin hij het contract heeft ondertekend. De Hoge Raad wijst het vormen van een voorziening af omdat het risico van leegstand “*zich immers van jaar tot jaar voltrekt*”. De Hoge Raad kent aldus meer gewicht toe aan het veroorzakingsbeginsel dan aan het kenmerk van voorzichtigheid. De Hoge Raad stelt zich blijkbaar op het standpunt dat het mislopen van (onder)verhuurinkomsten zich elk jaar weer opnieuw voordoet¹⁷¹ in plaats van dat dit feit zich al direct voordoet bij het ondertekenen van het huurcontract.

Maar wat nu als op de balansdatum de ondernemer met een redelijke mate van zekerheid weet dat het leegstaande gedeelte niet zal worden onderverhuurd? Mag hij dan wel op grond van het voorzichtigheidskenmerk de kosten in het jaar van ondertekenen van het huurcontract direct ten laste van de winst brengen en aldus in dat jaar een voorziening vormen? Als we de “Baksteencriteria” aanleggen, dan zullen we tot de conclusie moeten komen dat een voorziening wel degelijk kan worden gevormd. De oorsprong van de uitgaven is gelegen in het aangaan van de huurverplichting door middel van het ondertekenen van het huurcontract. Als op de balansdatum blijkt dat er in de toekomst vrijwel zeker verliezen voortkomen uit het contract dan kan voor deze voorgecalculeerde verliezen op balansdatum een voorziening worden gevormd¹⁷². Voor zover de uitgaven de ontvangsten uit hoofde van het contract overstijgen, vindt het matchingbeginsel geen toepassing. Het veroorzakingsbeginsel schrijft vervolgens voor het uitgavenoverschot (verlies) toe te rekenen aan het jaar waarin het contract is ondertekend of het contract door omstandigheden verliesgevend is geworden¹⁷³. Er moet dan een onderscheid worden gemaakt tussen verlies uit het contract waarvoor wel een voorziening kan worden gevormd¹⁷⁴ en een verlies uit de toekomstige bedrijfsuitoefening waarvoor geen voorziening kan worden gevormd¹⁷⁵.

5.5.3 Conflicten met het realiteitsbeginsel

Dit beginsel houdt in dat een ondernemer zich bij zijn winstbepalingsmethode baseert op de feitelijke situatie. Niet de formeel-juridische vormgeving is van belang, maar de feitelijke materieel economische werkelijkheid is beslissend.

Een recent voorbeeld uit de jurisprudentie is BNB 2010/273¹⁷⁶. Een ondernemer slaagt er niet in om op tijd, in 2001, een order van een klant op te leveren. Enige tijd later wordt de ondernemer failliet verklaard. In 2003 wordt de inmiddels failliet verklaarde ondernemer veroordeeld om een schadevergoeding te betalen aan de klant. Op de balans per ultimo 2001 heeft de ondernemer¹⁷⁷ een voorziening ten aanzien van de schadeclaim gevormd.

¹⁷⁰ HR 3 december 2010, BNB 2011/29 met noot van Lubbers.

¹⁷¹ Dit wordt veroorzaakt door de bedrijfsvoering van dat jaar.

¹⁷² Zoals ook bevestigd in HR 22 december 1993, BNB 1994/121 met noot van Slot en HR 26 februari 1997, BNB 1997/145 met noot van Van der Geld.

¹⁷³ Zie ook HR 11 april 2001, BNB 2001/259 met noot van Meussen.

¹⁷⁴ Zie HR 26 februari 1997, BNB 1997/218 met noot van Aardema voor een vergelijkbaar oordeel ten aanzien van een onderhoudscontract.

¹⁷⁵ Zie ook A.O. Lubbers, ‘De rol van het matchingbeginsel bij de toerekening van uitgaven’ WFR 2002/111, W. Bruins Slot, ‘Uitstel van winstneming voor deel verkoopwinst bedrijfspand wellicht mogelijk’ NTFR 2010/2806, A.O. Lubbers, ‘De behandeling van nutteloze uitgaven in het kader van de fiscale jaarwinstbepaling’, WFR 2011/400.

¹⁷⁶ HR 25 juni 2010, BNB 2010/273.

¹⁷⁷ Feitelijk de moedermaatschappij van de ondernemer, maar dat doet voor dit voorbeeld niet ter zake.

Het matchingbeginsel zou hier voorschrijven dat er voor de toekomstige uitgaven tenaanzien van de schadevergoeding een voorziening mag worden gevormd. Er wordt immers voldaan aan alle “Baksteencriteria”. De uitgaven worden opgeroepen in een later jaar dan het jaar waarin het schadeveroorzakende feit is gepleegd. Toch voorkomt de toepassing van het realiteitsbeginsel dat er een voorziening mag worden gevormd. De uitgaven zullen wel worden opgeroepen in dat latere jaar, en dan wordt er voldaan aan de zekerheidseis, maar in deze casus is het zo goed als zeker dat de uitgaven uiteindelijk nooit zullen worden betaald. De Hoge Raad oordeelde;

“Het is niet in overeenstemming met goed koopmansgebruik dat kosten, waarvan vaststaat dat deze zo goed als zeker nooit meer worden betaald, als passiefpost op de balans tot uitdrukking komen”.

5.5.4 Conflicten met het eenvoudskenmerk

Zoals in § 4.4.3 is uiteengezet houdt dit beginsel in dat een winstbepalingsmethode niet nodeloos gecompliceerd behoeft te zijn. Een voorbeeld uit de jurisprudentie is het Veldinventarisarrest uit 1957¹⁷⁸. Een veehoudersbedrijf heeft in een bepaald jaar uitgaven voor bemesting¹⁷⁹ gedaan. Deze uitgaven worden vrijwel uitsluitend gedaan ten behoeve van het onmiddellijk daaropvolgende oogstjaar. Toepassing van het matchingbeginsel zou dan activering van deze uitgaven tot gevolg hebben, teneinde deze uitgaven toe te rekenen aan de opbrengsten waarvoor deze uitgaven zijn gedaan. De Hoge Raad concludeert echter toch dat goed koopmansgebruik activering niet verplicht voorschrijft met als voornaamste argument dat deze uitgaven normale jaarlijks terugkerende uitgaven zijn. Uit deze redenering is de werking van het eenvoudskenmerk af te leiden.

Dat de Hoge Raad met zijn tijd meegaat is af te leiden uit BNB 2008/106¹⁸⁰ waarbij de Hoge Raad in een zo goed als dezelfde situatie als die in het arrest uit 1957 nu wel concludeert dat het matchingbeginsel verplichte activering van uitgaven ten behoeve van de veldinventaris voorschrijft¹⁸¹. De motivatie van de Hoge Raad om zijn arrest uit 1957 te herzien is als volgt;

“De sedertdien opgetreden ontwikkelingen in de landbouw hebben meegebracht dat op het punt van de administratieve bedrijfsvoering landbouwbedrijven geen uitzonderingspositie meer innemen. Het bijzondere karakter van veldinventaris en de bijzondere risico's die daaraan verbonden zijn, doen er niet aan af dat ook veldinventaris moet worden gewaardeerd op de uitgaven welke bepaaldelijk door de vervaardiging ervan worden opgeroepen.”

De werking van het eenvoudskenmerk wordt hier opzij gezet. We kunnen dan concluderen dat alleen in een uitzonderingssituatie meer gewicht aan het eenvoudskenmerk dan aan het matchingbeginsel kan worden toegekend.

5.6 Samenvatting en conclusie

De definitie van het matchingbeginsel luidt: *Uitgaven dienen zo veel mogelijk ten laste te komen van de periode waarin de opbrengsten, met het oog waarop de uitgaven worden gedaan, worden verantwoord*. Er is een uitgebreide analyse gemaakt van de rechtspraak waarin dit beginsel tot ontwikkeling is gekomen. Uit deze rechtspraak zijn een aantal

¹⁷⁸ HR 27 november 1957, BNB 1958/8.

¹⁷⁹ Dit wordt veldinventaris genoemd.

¹⁸⁰ HR 1 februari 2008, BNB 2008/106 met noot van Lubbers.

¹⁸¹ Zie ook J. Doornebal, ‘Goed koopmansgebruik als open norm’, NTFR 2008/33.

cumulatieve criteria te filteren op basis waarvan we kunnen afleiden op welke wijze en wanneer het matchingbeginsel verplichte activering van kosten voorschrijft. Aan de hand van alle relevante rechtspraak is een schema opgesteld. Via de beantwoording van de vragen in dit schema, kunnen we per concrete situatie beoordelen hoe we in het kader van de fiscale jaarwinstbepaling met bepaalde kostensoorten moet omgaan.

Het matchingbeginsel komt regelmatig in conflict met de andere kenmerken en beginselen van goed koopmansgebruik. Er zal dan telkens weer per concreet geval moeten worden afgewogen aan welk kenmerk of beginsel het meeste gewicht kan worden toegekend.

EXTERNE VERSLAGGEVING

Hoofdstuk 6

6.1 Inleiding

De laatste jaren is de aandacht voor de regels van externe verslaggeving erg toegenomen. Dit is vooral ingegeven door de vele boekhoudschandalen¹⁸² aan het einde van de 20^{ste} eeuw en aan het begin van de 21^{ste} eeuw. De meeste schandalen werden veroorzaakt door een verkeerde weergave van de feiten in de externe verslaggeving. De resultaten van de onderneming werden door het bestuur vaak rooskleuriger voorgesteld dan deze in feite waren. Aan aandeelhouders, financiers en andere stakeholders werd bewust verkeerde informatie gegeven. Directie en management hebben daar (helaas) ook een belang bij. Zij worden immers vaak extra beloond, via bonussen of optiepakketten, indien de onderneming goede resultaten laat zien.

Het bestuur van een onderneming heeft eigenlijk altijd een tegenstrijdig belang. Zij balanceren voortdurend op een dun koord met aan de ene kant het verantwoord besturen of “corporate governance”¹⁸³ en aan de andere kant de immense druk van stakeholders en de dagelijkse beurskoersen. Een “leugentje om bestwil” is dan helaas snel gemaakt.

Dit hoofdstuk beschrijft wat externe verslaggeving inhoudt (§ 6.2). Er zal worden ingegaan op de Nederlandse regelgeving (§ 6.3) en op de internationale regelgeving (§ 6.4). Vervolgens worden in § 6.5 zeer globaal de verschillen tussen de Nederlandse en de internationale regelgeving uiteengezet. Het hoofdstuk sluit in § 6.6 af met een samenvatting en een conclusie.

6.2 Externe verslaggeving

Externe verslaggeving houdt in dat een onderneming bij tijd en wijle een verslag opstelt om de direct belanghebbenden te informeren omtrent het reilen en zeilen van de onderneming. Als direct belanghebbenden kunnen bijvoorbeeld de aandeelhouders, de overheid, de financiers, het personeel, de leveranciers en de afnemers van de onderneming worden aangewezen. Al deze belanghebbenden kunnen worden samengenomen in de term “stakeholders”. Zij zullen informatie willen verkrijgen waarmee zij zich een goed beeld van de onderneming kunnen vormen. Dartoel stellen zij zich vragen als; wat is de onderneming waard, wat zijn de resultaten van de activiteiten en op welke wijze is de onderneming gefinancierd? Wat zijn de risico's, hoe gaat de onderneming om met maatschappelijke veranderingen en op welke wijze wil de onderneming zich naar de toekomst toe blijven ontwikkelen? Met andere woorden: wat is de visie van het bedrijf en op welke wijze wordt deze visie financieel onderbouwd?

De antwoorden op al deze vragen kunnen worden opgenomen in een jaarverslag en een jaarrekening. De jaarrekening bestaat in ieder geval uit een balans, een winsten-

¹⁸² Enkele voorbeelden zijn: Enron in 2001, Worldcom in 2002, Ahold in 2003 en Parmalat in 2003.

¹⁸³ Zie bijvoorbeeld de Sarbanes-Oxley-wetgeving in de Verenigde Staten en de Code Tabaksblat in Nederland.

verliesrekening en de toelichtingen op beiden¹⁸⁴. Met behulp van deze gegevens kan een stakeholder zijn beeld vormen en eventueel belangrijke beslissingen nemen. Het is dan ook zeer belangrijk dat deze gegevens waarheidsgetrouw, relevant, betrouwbaar en onderling vergelijkbaar zijn.

6.3 Nederlandse externe verslaggevingsregels

6.3.1 Inleiding

Om aan de eisen van waarheidsgetrouwheid, relevantie, betrouwbaarheid en vergelijkbaarheid te voldoen heeft de Nederlandse wetgever zich al in een vroeg stadium gerealiseerd dat hier algemene regels voor moeten worden opgesteld. Deze regels zijn opgenomen in Burgerlijk Wetboek 2, Titel 9 en worden aangevuld door de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving van de Raad voor de Jaarverslaggeving. Gezamenlijk met nog enkele andere regels en bepalingen kunnen deze worden samengevat als Dutch-GAAP¹⁸⁵.

6.3.2 Wettelijke regels

Titel 9 van Burgerlijk Wetboek 2 bevat de artikelen 2:360 tot en met 2:453 en schrijft in algemene termen voor aan welke vereisten een jaarverslag en een jaarrekening moet voldoen en welke rechtspersonen verplicht zijn om dergelijke externe verslaggeving openbaar te maken door middel van publicatie¹⁸⁶.

De belangrijkste bepaling van titel 9 is artikel 2:362 lid 1 BW en luidt:

“De jaarrekening geeft volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van de jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon.”

De wetgever verwijst via de woorden “normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd” nadrukkelijk naar buitenwettelijke normen. Evenals bij het fiscale begrip goed koopmansgebruik laat de wetgever de invulling derhalve over aan de rechter en de dagelijkse praktijk¹⁸⁷. Een aantal organisaties heeft getracht inhoudelijke invulling te geven aan deze open normen. Uit dit initiatief is de “Raad voor de Jaarverslaggeving” voortgekomen.

De regels van titel 9 hebben enigszins aan importantie ingeboet door de komst van IFRS. Deze internationale regels zijn sinds 2005 verplicht voor onderdelen van de externe verslaggeving van beursgenoteerde ondernemingen. Andere ondernemingen mogen wel op basis van IFRS hun externe verslaggeving opmaken, maar zijn dit niet verplicht¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Art. 2:361 lid 1 BW.

¹⁸⁵ GAAP staat voor “Generally Accepted Accounting Principles”.

¹⁸⁶ Art. 2:394 BW.

¹⁸⁷ Zie voor een vergelijking tussen beide stelsels van maatschappelijk aanvaardbare normen bijvoorbeeld; P.H.J. Essers, ‘Boekbespreking van J. Hoogendoorns proefschrift UvA 2000’, *WFR* 2001/157.

¹⁸⁸ Art 2:362 lid 8 BW.

6.3.3 Richtlijnen voor de jaarverslaggeving

In verband met de interpretatie en inventarisatie van de in de Wet genoemde “maatschappelijk aanvaardbare normen” is de Raad voor de Jaarverslaggeving tot stand gekomen. De Raad is samengesteld uit representanten van de verschaffers, de gebruikers en de controleurs van jaarrekeningen van ondernemingen. De Raad voert zijn taak uit door het opstellen en publiceren van de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving. Deze richtlijnen hebben geen bindend karakter. Een onderneming hoeft zich niet aan deze voorschriften te houden. Toch wordt er veel gezag aan toegekend, omdat de rechter, de ondernemingskamer, de richtlijnen als bron ziet voor wat in een concreet geval als maatschappelijk aanvaardbare norm heeft te gelden¹⁸⁹.

6.4 Internationale externe verslaggevingsregels

6.4.1 Inleiding

Door de ontwikkeling van internettechnologieën en toename van snelle communicatiemiddelen wordt de wereld steeds kleiner. De hele wereld is langzaam maar zeker één grote handelsplaats geworden. Voor een particulier is het mogelijk om vanuit zijn luie stoel te investeren in de opkomende markten van bijvoorbeeld Brazilië en Rusland. Ondernemingen kijken steeds meer over de grenzen van hun eigen land heen. Om te kunnen investeren en te ondernemen is het van groot belang dat zij de beschikking hebben over betrouwbare en onderling goed vergelijkbare financiële gegevens van ondernemingen en markten. In de wereld van de internationale externe verslaggeving is deze ontwikkeling al lang geleden ingezet. De komst van IFRS moet zorgen voor één en dezelfde standaard voor verschillende landen en ondernemingen.

6.4.2 IFRS

IFRS is de opvolger van de International Accounting Standards (IAS). IFRS staat voor International Financial Reporting Standards. De IFRS zijn een boekhoudkundige standaard en bestaan uit vele regels, standaarden en interpretaties inzake de externe financiële verslaggeving van bedrijven. De IFRS worden opgesteld onder de verantwoordelijkheid van de International Accounting Standards Board. Deze IASB is, evenals de Raad voor de Jaarverslaggeving, een onafhankelijke organisatie van accountants en representanten van andere gebruikers van jaarrekeningen. De IFRS bestaan inmiddels uit acht IFRS-normen en eenenveertig IAS-normen, maar is continu en volop in beweging.

Met ingang van het boekjaar 2005 moeten beursgenoteerde ondernemingen in de EU verplicht IFRS toepassen bij het opstellen van hun geconsolideerde jaarrekening. Via een EG-verordening¹⁹⁰ is deze verplichting aan de beursgenoteerde ondernemingen in de lidstaten van de EU opgelegd. Een Europese verordening heeft, anders dan Europese richtlijnen, directe werking. Zij hoeven niet eerst in de nationale wetgeving van een lidstaat te worden geïmplementeerd.

De basisgedachte van de IFRS is dat ondernemingen hun jaarverslag moeten opstellen op grond van de “fair value”-gedachte. “Fair value” houdt in dat een onderneming zijn bezittingen en verplichtingen zoveel mogelijk waardeert op de actuele waarden¹⁹¹. Dit stemt overeen met het doel van IFRS:

¹⁸⁹ HR 10 februari 2006, “SOBI/KPN-arrest”, LJN AU7473, C04/305HR.

¹⁹⁰ EG-Verordening nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen

¹⁹¹ C.J.A. van Geffen, ‘Handboek externe verslaggeving’, Kluwer: Deventer 2010, p. 889.

“Een jaarrekening die conform IFRS is opgesteld verschaft informatie over de financiële positie, de financiële prestaties en de wijzigingen in de financiële positie van een onderneming, die voor een groot aantal gebruikers nuttig is voor het nemen van economische beslissingen.”

De grondbeginselen van IFRS zijn het toerekeningsbeginsel en het continuïteitsbeginsel.

Het *toerekeningsbeginsel* houdt in dat de gevolgen van transacties en andere gebeurtenissen niet in de jaarrekening worden verwerkt op het moment waarop de hiermee verband houdende geldmiddelen worden ontvangen of betaald, maar op het moment waarop de transacties worden gesloten of de gebeurtenissen zich voordoen. Zodoende komen deze transacties en gebeurtenissen tot uitdrukking in de periode waarop zij betrekking hebben. De, op basis van dit beginsel, opgestelde jaarrekening brengt derhalve ook nietvoltooide transacties tot uitdrukking door middel van het opnemen van vorderingen en schulden per balansdatum. Met andere woorden; *kasstromen* worden toegerekend aan de perioden waarop zij betrekking hebben. Dit beginsel zorgt ervoor dat er een completer beeld van de behaalde resultaten is te vormen.

Het *continuïteitsbeginsel* houdt in dat bij het opstellen van de jaarrekening wordt uitgegaan van de veronderstelling dat de continuïteit van de onderneming is gewaarborgd en dat deze in de nabije toekomst haar bedrijf blijft voortzetten. Dit beginsel is van belang omdat als we van discontinuïteit van het bedrijf zouden moeten uitgaan dit van invloed is op de waardering van activa en passiva. De werking van dit beginsel kan eenvoudig worden uiteengezet. Als per 31 december van enig jaar, de balansdatum, een voorraad zwemkleding op de balans is opgenomen en de leiding van het bedrijf weet dat men de onderneming in maart van het daaropvolgende jaar zal moeten staken, dan is die voorraad bedrijfseconomisch van veel lagere waarde dan als het bedrijf de zomer nog gaat meemaken. In de zomer is er immers meer vraag naar zwemkleding dan zal de prijs van zwemkleding doen opdrijven. Aan de voorraad is dan een hogere waarde toe te kennen. Bij de waardering van de voorraad per balansdatum zal met dit gegeven rekening moeten worden gehouden.

6.5 Verschillen tussen de Nederlandse en internationale regels

6.5.1 Inleiding

Nederland is van oudsher een open economie en het is van het grootste belang voor Nederland dat het internationale bedrijfsleven zich graag hier ten lande vestigt. Dit schept werkgelegenheid en het versterkt onze economie. Evenals de noodzaak om duidelijke en transparante fiscale regels te hebben, is er de noodzaak om duidelijke en transparante regels voor externe verslaggeving te hebben. Het behoeft dan ook geen toelichting dat de Nederlandse regels onder zeer sterke invloed van de internationale regels staan. Dit komt mede doordat de EU-richtlijnen steeds meer gemoderniseerd worden en steeds meer in lijn met IFRS worden gebracht. De overeenkomsten tussen beide systemen zijn dan ook groot. Dit laat zich logisch verklaren door het feit dat het doel van beide systemen hetzelfde is. Toch zijn er wel degelijk verschillen.

6.5.2 Verschillen

In het algemeen zijn er twee grote verschillen tussen beide systemen aan te merken. Ten eerste kan worden gewezen op de status van beide systemen, met name ten aanzien van de mogelijkheden tot afwijking van de regels, en ten tweede kan worden gewezen op de regels ten aanzien van kapitaalbescherming.

IFRS is met name “rules-based”. Dit betekent onder meer dat afwijkingen van specifieke regels niet of nauwelijks mogelijk zijn. Dit is slechts mogelijk in “extremely rare circumstances”¹⁹². Zelfs als de voorgeschreven regel aantasting van het inzicht in de financiële positie betekent, is afwijking niet zomaar mogelijk. Afwijking is slechts bij zeer hoge uitzondering toegestaan.

De Nederlandse regels zijn met name “principles-based”. Indien er een gegronde reden is om van de specifieke, wettelijke regel af te wijken, dan is dit toegestaan. Afwijking van wettelijke regels is mogelijk als dit noodzakelijk is voor het inzicht en de afwijking moet dan worden toegelicht en onderbouwd. Afwijking van de stellige uitspraken in de Richtlijnen is zonder meer toegestaan. Uiteraard zal dit laatste vaak alleen gebeuren als de onderneming daargooede redenen voor heeft.

Een ander groot verschil is dat de Nederlandse regels ook vanuit het oogpunt van kapitaalbescherming zijn opgezet. IFRS is hier helemaal niet op gericht. Vandaar dat er binnen IFRS geen bepalingen aanzien van bijvoorbeeld bestuurdersbeloningen¹⁹³, het jaarverslag¹⁹⁴ en de openbaarmaking van de jaarrekening¹⁹⁵ zijn te vinden

Het belangrijkste verschil tussen de beide systemen is echter de herkomst ervan. IFRS is op Angelsaksische uitgangspunten gebaseerd. In die landen (met name de Verenigde Staten) is het kapitalisme de standaard. Dit laat zich vertalen in de wijze van waardering van posten. De Angelsaksische benadering gaat veel meer uit van afzonderlijke waardering van vermogensbestanddelen. In feite willen zij elk bestanddeel op elk moment aan de hoogste bidder kunnen verkopen. Er wordt veel minder aandacht besteed aan de waardering van de onderneming als geheel.

De Nederlandse benadering gaat veel meer uit van de waardering van de onderneming als geheel. De vermogensbestanddelen worden dan gewaardeerd in het licht van de waarde die zij hebben voor de onderneming. Als uitgangspunt wordt de going-concernwaardering gehanteerd. Daarbij moet worden uitgegaan van ongewijzigde voortzetting van de onderneming. Dat is vergelijkbaar met het continuïteitsbeginsel dat aan IFRS ten grondslag ligt, echter wordt er bij dat beginsel alleen gekeken of de onderneming in de nabije toekomst zijn bedrijf niet zal moeten staken. Dat is een negatieve benadering.

6.6 Samenvatting en conclusie

Externe verslaggeving houdt in dat een onderneming bij tijd en wijle een verslag opstelt om de “stakeholders” te informeren omtrent het reilen en zeilen van de onderneming. De Nederlandse regels van externe verslaggeving zijn terug te vinden in het Burgerlijk Wetboek en deze worden aangevuld door middel van de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving en enkele andere bepalingen. Evenals de fiscaalrechtelijke methode van jaarwinstbepaling gaan de civielrechtelijke bepalingen inzake de jaarwinsten uit van de in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare normen. Ook deze normen worden steeds meer beïnvloed door internationale ontwikkelingen, met name de komst van IFRS. Het informeren van stakeholders is het belangrijkste doel van IFRS. Dit vertaalt zich in de basisgedachte van

¹⁹² IAS 1.21.

¹⁹³ Art. 2:383 BW.

¹⁹⁴ Art. 2:391 BW.

¹⁹⁵ Art. 2:394 BW.

IFRS, namelijk "fair value". Dit houdt in dat een onderneming zijn bezittingen en verplichtingen zoveel mogelijk waardeert op actuele waarden. Deze gedachte staat aan de basis van de twee grondbeginselen van IFRS: het toerekeningsbeginsel en het continuïteitsbeginsel. In feite staat het toerekeningsbeginsel haaks op het belangrijkste kenmerk van de fiscale jaarwinstbepaling, namelijk de realiteitszin. Bij het eerste beginsel worden de resultaten van niet-voltooides transacties al in de jaarwinsten betrokken, terwijl dit bij het kenmerk van de realiteitszin nooit het geval zal zijn. Als de transactie nog niet is voltooid, dan is de winst immers nog niet gerealiseerd en hoeft deze niet in de jaarwinst te worden opgenomen.

VERGELIJKING VAN METHODEN

Hoofdstuk 7

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal een vergelijking worden gemaakt tussen de civielrechtelijke methoden van winstbepaling van hoofdstuk 6 en de Nederlandse regels van fiscale winstbepaling zoals eerder uiteengezet in hoofdstuk 3 tot en met 5. In § 7.2 zal allereerst een algemene vergelijking tussen de methoden plaatsvinden. In § 7.3 zal de vergelijking ten aanzien van een aantal specifieke transactiekosten plaatsvinden. Vervolgens zal dit hoofdstuk worden afgesloten met een samenvatting (§ 7.4) en de algehele conclusie als antwoord op de probleemstelling (§ 7.5).

7.2 Vergelijking in het algemeen

7.2.1 Inleiding

In hoofdlijnen zijn hiervoor drie verschillende methoden beschreven om tot een bepaling van vermogen en resultaat van een onderneming te komen. Het betreft hier:

- 1) De methode volgens het Burgerlijk Wetboek 2, Titel 9 en de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving.
- 2) De methode volgens IFRS.
- 3) De fiscale methode volgens goed koopmansgebruik.

Er zijn grote overeenkomsten tussen de methoden, maar er zijn ook enkele grote verschillen. De meeste verschillen hebben te maken met de wijze van waarderen van balansposten. De civiele methoden gaan (steeds meer) uit van actuele werkelijke waarden en de fiscale methode gaat uit van historische kostprijs of lagere bedrijfswaarde¹⁹⁶. Dit onderscheid is eenvoudig te verklaren door te wijzen op de verschillende doelen van beide methoden, namelijk aan de ene kant het verschaffen van inzicht en aan de andere kant het heffen van belastingen¹⁹⁷ oftewel; het gaat om verslaglegging versus beslaglegging¹⁹⁸. Een zuivere vermogensbalans, conform IFRS, zal zo goed mogelijk het reële vermogen trachten weer te geven en waardeert de balansposten op actuele, reële waarden. Waardeveranderingen van balansposten worden in de winst- en verliesrekening opgenomen, ongeacht of deze zijn gerealiseerd dan wel (nog) niet gerealiseerd. Een zuivere winstbepalende balans, conform goed koopmansgebruik, zal de balansposten waarderen op de historische kostprijs of op de lagere reële waarden. Omdat het uitgangspunt bij de fiscale verslaggeving het heffen van belastingen is, hebben we er niets aan om nog niet gerealiseerde winsten te verantwoorden. Dat heeft immers geen liquiditeiten

¹⁹⁶ Goed koopmansgebruik staat toe om voor verschillende bedrijfsmiddelen verschillende stelsels van waardering te kiezen. Zie HR 14 juni 1978, *BNB* 1979/181 met noot van Slot.

¹⁹⁷ Zie P.H.J. Essers, 'De toekomst van goed koopmansgebruik na de invoering van International Financial Reporting Standards in 2005', *Geschriften van de vereniging voor Belastingwetenschap*, nr. 224, Kluwer, Deventer, 2005.

¹⁹⁸ Zie J. Hoogendoorn, 'De IAS/IFRS en de fiscale winstbepaling', *WFR* 2005/107.

opgeleverd en derhalve is de “ability to pay” niet toegenomen. Onder andere Bruijsten¹⁹⁹ hanteert dit liquiditeitsbeginsel om het doel van fiscale verslaggeving te benadrukken.

Overigens is er niet alleen in Nederland sprake van verschillende uitgangspunten tussen de civielrechtelijke en de fiscaalrechtelijke winstbepalingsmethoden. Ook op Europees niveau is er een ontwikkeling gaande waaruit zal blijken dat als er ooit een Europese vennootschapsbelasting²⁰⁰ mocht komen, deze op andere uitgangspunten is gebaseerd dan de uitgangspunten waarop IFRS is gebaseerd²⁰¹.

Afhankelijk van het doel van het verslag wordt de methode gekozen. De fiscale methode is bepalend voor de fiscale jaarrekening en de aangifte vennootschapsbelasting. De bide andere methoden moeten al dan niet verplicht worden gevolgd bij het opstellen van de civielrechtelijke of de commerciële jaarrekening. Alhoewel de methoden verschillende doelen dienen, putten ze allen uit dezelfde bron, namelijk de bedrijfseconomie²⁰². De civiele methoden doen dat via het Burgerlijk Wetboek²⁰³ en de fiscale methode via het arrest van de Hoge Raad van 8 mei 1957²⁰⁴.

Omwillen van de eenvoud zal ik in het restant van dit hoofdstuk alleen de methode volgens IFRS en de fiscale methode met elkaar vergelijken. De methode volgens het Burgerlijk Wetboek 2, titel 9 en de richtlijnen zijn dermate overeenkomend met en onder invloed van IFRS dat ik mij deze vrijheid permitteer.

7.2.2 Enkele specifieke verschillen

Enkele voorbeelden ter illustratie, ontleend aan een artikel van Kampschöer uit 2004²⁰⁵. Uiteraard is deze lijst van voorbeelden niet uitputtend bedoeld.

7.2.2.1 De impairmenttest²⁰⁶

Conform IFRS dient er op elk verslagmoment een onderzoek plaats te vinden of een immaterieel actief een bijzondere waardevermindering heeft ondergaan. Dit onderzoek is van belang omdat moet worden bekeken of de opgenomen waarde van het actief nog wel een getrouw beeld geeft van de werkelijke waarde. Er kan dan niet meer elk jaar zonder meer systematisch worden afgeschreven. Toch is dit niet een substantieel verschil met de fiscale methode. Daar kennen we immers de, uit goed koopmansgebruik voortvloeiende, methode van afwaardering naar lagere bedrijfswaarde²⁰⁷. Ook daarbij moet er worden beoordeeld of afwaardering al dan niet op zijn plaats is.

Onder de term “lagere bedrijfswaarde” wordt in fiscale zin de waarde verstaan die een verkrijger, als hij de gehele onderneming zou overnemen, zou toekennen aan de afzonderlijke

¹⁹⁹ Zie C. Bruijsten, ‘De toekomst van het fiscale jaarwinstbegrip’, *WFR* 2009/823.

²⁰⁰ De huidige werktitel van een soort overkoepelende Europese belastingheffing is Common Consolidated Corporate Tax Base of CCCTB. Dit is geen vennootschapsbelasting, maar meer een verdeelsleutel van belastingopbrengsten tussen de lidstaten. In de huidige plannen blijft elke lidstaat bevoegd om zijn eigen belastingen te heffen.

²⁰¹ Zie P.H.J. Essers, ‘De winstbepaling in de Conceptrichtlijn CCCTB’, *WFR* 2011/1395.

²⁰² Zie bijvoorbeeld de noot van J.J.M. Jansen bij HR 15 april 1998, *BNB* 1998/194 in *FED* 1998/423 voor de koppeling van goed koopmansgebruik met de bedrijfseconomie.

²⁰³ Art. 2:362 BW.

²⁰⁴ Zie paragraaf 4.3.4, HR 8 mei 1957, *BNB* 1957/208 met noot van Smeets.

²⁰⁵ G.W.J.M. Kampschöer, ‘IFRS en de verhouding tot het Nederlandse fiscale winstbegrip’, *WFR* 2004/1228.

²⁰⁶ IAS 36.10.

²⁰⁷ Zie bijvoorbeeld HR 30 maart 1955, *BNB* 1955/183 met noot van Smeets.

actiefpost, indien hij zou uitgaan van de overnemingswaarde van het geheel en van plan zou zijn de onderneming voort te zetten²⁰⁸.

In mijn optiek is het verschil de verplichting tot afwaarderen. Bij de fiscale methode schrijft goed koopmansgebruik pas verplicht afwaarderen van een bedrijfsmiddel voor als er sprake is van een aanmerkelijke en duurzame waardedaling. Het verschil zit hem met name in de duurzaamheid. De duurzame waardedaling zal niet jaar op jaar anders zijn. Het beoordelen van de duurzaamheid van de waardedaling vergt enige tijd. Op grond van IFRS zullen we in mijn optiek sneller en vaker aan afwaardering toekomen dan op grond van goed koopmansgebruik.

7.2.2.2 De componentenbenadering²⁰⁹

Conform IFRS moet een materieel vast actief gesplitst worden in afzonderlijke bestanddelen of componenten, indien aan deze bestanddelen een substantiële kostprijs in relatie tot de totale kostprijs is toe te kennen. Vervolgens moet worden beoordeeld of aan deze afzonderlijke bestanddelen verschillende levensduurcycli kunnen worden toegekend en op basis van deze levensduur vindt vervolgens per bestanddeel de afschrijving en afwaardering plaats. In IAS 16.44 wordt het voorbeeld gegeven van een vliegtuig waarbij de romp en de motoren vanwege een andere levensduur afzonderlijk moeten worden afgeschreven. Deze benadering is een zeer duidelijke aanwijzing dat de Angelsaksische wijze van waarden voornamelijk is gebaseerd op asset stripping. Op welke wijze kan de onderneming een zo hoog mogelijke opbrengst per onderdeel bewerkstelligen?

Ik vraag mij dan ook sterk af of dit het inzicht in de financiële positie van een onderneming ten goede komt. Een stakeholder heeft mijns inziens meer aan een waardering van het bedrijfsmiddel als geheel omdat het bedrijfsmiddel als geheel bijdraagt aan de bedrijfsresultaten. Met andere woorden; een vliegtuig van een vliegtuigmaatschappij draagt zonder motor niet bij aan de bedrijfsresultaten omdat vliegen zonder motor toch lastig is. Dat is pas anders als het vliegtuig aan het einde van zijn levensduur is gekomen en op de nominatie staat om gesloopt te worden. Alsdan kunnen de afzonderlijke onderdelen wel bijdragen aan de bedrijfsresultaten door middel van afzonderlijke verkoop van de onderdelen. De huidige fiscale methode van waarden van het bedrijfsmiddel als geheel spreekt mij dan ook meer aan²¹⁰.

7.2.2.3 Pensioenen²¹¹

Regelingen waarbij een werkgever een bepaald bedrag aan pensioen aan zijn werknemers heeft toegezegd zullen onder IFRS moeten worden opgenomen op de balans van de werkgever als het saldo van de (actuariële) verplichtingen en de beleggingen van het (bedrijfs)pensioenfonds. Onder IFRS wordt als het ware door het pensioenfonds heen gekeken en komt het dekkingstekort of -overschot direct tot uitdrukking in de balans en dus ook direct ten bate of ten laste van de winst. In de fiscale methode is er geen sprake van een dergelijke transparantie. In deze methode worden elk jaar de voor dat jaar aan het pensioenfonds verschuldigde premies ten laste van de winst gebracht. Daarbij komt een jaarlijks dekkingstekort- of overschot van het pensioenfonds niet tot uitdrukking in de fiscale winst van de werkgever. Indien er een verplichting van de werkgever bestaat om de

²⁰⁸ Zie bijvoorbeeld HR 17 april 1991, *BNB* 1991/236 met noot van Slot.

²⁰⁹ IAS 16.43.

²¹⁰ Zie bijvoorbeeld HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/299 met noot van A.O. Lubbers.

²¹¹ IAS 19.50.

dekkingstekorten van het pensioenfonds aan te vullen, komt dit van jaar tot jaar tot uitdrukking in het stijgen van de verschuldigde pensioenpremies.

7.2.2.4 Voorzieningen voor groot onderhoud²¹²

Het vormen van een dergelijke voorziening is onder IFRS niet meer toegestaan. Conform IFRS moet er voor het vormen van een voorziening sprake zijn van een bestaande in rechte afdwingbare of feitelijke verplichting ten gevolge van een gebeurtenis in het verleden. Bij de fiscaalrechtelijke voorzieningen is het hebben van een afdwingbare verplichting geen vereiste, maar moeten de uitgaven waar een voorziening voor wordt gevormd hun oorsprong hebben in feiten en omstandigheden die zich in de periode voorafgaand aan de verslagdatum hebben voorgedaan. Dit is de oorsprong van het eerder genoemde “Baksteenarrest”²¹³.

Fiscaalrechtelijk kan eerder een voorziening worden gevormd dan onder de regels van IFRS²¹⁴.

In plaats van het vormen van een voorziening schrijft IFRS voor dat de reeds gedane uitgaven in het jaar van de uitgaven moeten worden geactiveerd en vervolgens jaarlijks moeten worden afgeschreven. IFRS smeert de kosten uit over de jaren na het jaar van de gedane uitgaven terwijl fiscaalrechtelijk, via een voorziening, de kosten kunnen worden uitgesmeerd over de jaren voor het jaar waarin de uitgaven zijn gedaan.

7.2.3 Conclusie

Hoewel beide methoden uit dezelfde bron putten, namelijk de bedrijfseconomiën beide methoden de term “maatschappelijk aanvaardbare normen”²¹⁵ hanteren, zijn het toch twee, op sommige onderdelen, inhoudelijk erg verschillende systemen. De hoofdoorzaak daarvan is dat beide methoden verschillende doelen dienen. Toch is de algemene verwachting van velen²¹⁶ dat IFRS steeds meer invloed zal gaan hebben op het begrip goed koopmansgebruik. Onder andere Kampschöer spreekt de verwachting uit dat IFRS op termijn steeds meer invloed zal gaan hebben op de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het goed koopmansgebruik²¹⁷. Hij geeft daarbij het ijzeren voorraadstelsel als voorbeeld van een stelsel dat onder IFRS (en het Nederlandse jaarrekeningenrecht) al enige tijd niet meer wordt toegestaan. De bedrijfseconomische wetenschap zal aan dit stelsel steeds minder aandacht gaan besteden. Kampschöer verwacht dan ook dat de Hoge Raad binnen afzienbare tijd zal oordelen dat het ijzeren voorraadstelsel niet meer aan de eisen van goed koopmansgebruik voldoet. Frappant is het dan om te merken dat de Hoge Raad in 2009²¹⁸ nog heeft geoordeeld dat het ijzeren voorraadstelsel nog steeds in overeenstemming is met goed koopmansgebruik.

7.3 Vergelijking ten aanzien van transactiekosten

7.3.1 Inleiding

Een belangrijk verschil tussen de civielrechtelijke methoden en de fiscale methode is de behandeling van transactiekosten bij het aantrekken van vreemd vermogen. De behandeling van dergelijke kosten is onder IFRS geheel anders dan de huidige Nederlandse fiscale

²¹² IAS 37.14.

²¹³ HR 26 augustus 1998, *BNB* 1998/409 met noot van De Vries.

²¹⁴ Zie R. van Minnen, ‘De reorganisatievoorziening: fiscaal eerder te vormen dan commercieel’ *WFR* 2009/347.

²¹⁵ IFRS ontleent zijn normen echter aan een anders maatschappij, namelijk de Angelsaksische, dan goed koopmansgebruik. Dit verklaart ook voor een groot gedeelte de inhoudelijke verschillen.

²¹⁶ Zie bijvoorbeeld M.A. van Hoepen, ‘IFRS en fiscale winstbepaling’, *TFO* 2005/89.

²¹⁷ In hetzelfde artikel als genoemd bij voetnoot 205.

²¹⁸ HR 10 april 2009, *BNB* 2009/271 met noot Van der Geld, het Cacaobonenarrest.

behandeling Onder IFRS moeten dergelijke kosten namelijk verplicht worden geactiveerd terwijl deze kosten op basis van goed koopmansgebruik in beginsel direct ten laste van de fiscale winst kunnen worden gebracht²¹⁹.

Volgens IAS 39.9 zijn transactiekosten als volgt te definiëren²²⁰:

“Transactiekosten zijn extra kosten die rechtstreeks zijn toe te rekenen aan de verwerving, uitgifte of vervreemding van een financieel actief of een financiële verplichting. Marginale kosten zijn kosten die niet zouden zijn gemaakt indien de entiteit het financiële instrument niet had verworven, uitgegeven of afgestoten.”

De wijze waarop de behandeling van deze transactiekosten onder IFRS dient plaats te vinden staat gedefinieerd in IAS 39.43²²¹:

“Indien een financieel actief of een financiële verplichting voor het eerst in de balans wordt opgenomen, moet een entiteit dit actief of deze verplichting waarderen tegen de reële waarde vermeerderd met, bij een financieel actief dat, of financiële verplichting die, niet tegen reële waarde wordt gewaardeerd met verwerking van waardeveranderingen in de winst-en-verliesrekening, de transactiekosten die rechtstreeks zijn toe te rekenen aan de verwerving of uitgifte van het financieel actief of de financiële verplichting.”

Aldus schrijft IAS 39.43 voor dat bij uitgifte van een financieel actief of bij het aangaan van een financiële verplichting de transactiekosten op de balans moeten worden opgenomen en dus niet direct ten laste van de winst kunnen worden gebracht. Vervolgens worden de kosten via de effectieve rentemethode gedurende latere jaren ten laste van de winst gebracht. De effectieve rentemethode is een methode voor het berekenen van de geamortiseerde kostprijs²²² van een financieel actief of een financiële verplichting en voor het toerekenen van rentebaten en rentelasten aan de desbetreffende periode op basis van de effectieve rentevoet²²³. In feite worden transactiekosten dan gezien als een soort extra rentebetaling, een soort quasirente.

Voorbeeld eerste waardering van financiële activa

Een onderneming koopt op 1 juli obligaties met een beurswaarde van € 100. Bij de aankoop brengt de tussenpersoon € 5 aan transactiekosten in rekening. De obligaties worden op 1 juli voor € 105 op de balans opgenomen. De € 5 wordt jaarlijks afgeschreven met behulp van de effectieve rentemethode.

Voorbeeld eerste waardering van financiële passiva

Een onderneming geeft op 1 juli een 20-jarige obligatielening uit van € 100. De tussenpersoon die bij de uitgifte is betrokken brengt de onderneming € 5 aan transactiekosten in rekening. De obligatielening wordt op 1 juli voor € 95 op de balans opgenomen. De € 5 wordt jaarlijks bijgeschreven met behulp van de effectieve rentemethode.

De wijze waarop de behandeling volgens de fiscale methode dient plaats te vinden zal moeten worden afgeleid uit de arresten van de Hoge Raad. De fiscale methode is immers goed koopmansgebruik en dat is “rechtersrecht”. Er zijn geen wetsbepalingen die een precieze

²¹⁹ Zie ook S.F.M. Nickel, ‘De fiscale jaarwinst en de behandeling van transactiekosten bij het aantrekken van vreemd vermogen’, *WFR* 2011/452.

²²⁰ Zie ook RJ 290.421.

²²¹ Thans IFRS 9.

²²² Definitie in IAS 39.9 en RJ 290.418.

²²³ Definitie in IAS 39.9 en RJ 290.419.

behandeling voorschrijven. In de volgende deelparagrafen zullen de verschillende mogelijkheden worden uiteengezet.

7.3.2 Fiscale behandeling transactiekosten: directe koppeling met het aangetrokken vermogen

Zowel bij het aantrekken van eigen vermogen als bij het aantrekken van vreemd vermogen kan er sprake zijn van transactiekosten.

7.3.2.1 Eigen vermogen

Bij het aantrekken van eigen vermogen kan er worden gedacht aan een aandelenemissie of aan de oprichting van een vennootschap. In de zestiger jaren is door de rechter reeds uitgemaakt dat goed koopmansgebruik zich er niet tegen verzet om dergelijke kosten²²⁴ direct ten laste van de winst te brengen²²⁵. De belastingplichtige heeft binnen de grenzen van goed koopmansgebruik echter de keuze om dergelijke kosten toch te activeren. Dit blijkt ook als we voor deze kosten het schema van § 5.3 volgen.

1) Is er een aanwijsbare uitgave?

Ja, de uitgaven voor de oprichting en de emissie als de kosten van de notaris en de bankkosten zijn rechtstreeks aan te wijzen en als eenmalige uitgave in een jaar voldaan.

2) Is er voldoende nauw verband tussen de uitgave en de opbrengst?

Ja, de uitgaven worden voldaan met het oog op de verwerving van eigen vermogen. Dit eigen vermogen kan worden gebruikt om toekomstige opbrengsten te genereren.

3) Is het redelijkerwijs te verwachten dat die opbrengst zal worden gegenereerd?

Dit betreft de feitelijke vraag. Dat is geheel afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval. Gemakshalve ga ik ervan uit dat dit het geval is.

4) Wat is het tijdstip van de opbrengst?

Deze zal in de toekomst liggen en dan komt activering van de kosten aan de orde.

5) Betreft het een nuttige of een minder nuttige uitgave?

De opbrengst zal zich in de toekomst voordoen, maar het is onduidelijk wat de hoogte van deze opbrengst zal zijn. Derhalve is er sprake van een minder nuttige uitgave en de belastingplichtige heeft dan de keuze of hij de kosten wel of niet wil activeren.

7.3.2.2 Vreemd vermogen

Op eenzelfde wijze kunnen we het schema hanteren bij verschuldigdtransactiekosten bij het aantrekken van vreemd vermogen. Daarbij zal ook blijken dat goed koopmansgebruik niet verplicht voorschrijft dat dergelijke uitgaven moeten worden geactiveerd. De uitkomst van het schema is ook bevestigd in een arrest van de Hoge Raad uit 1934²²⁶.

²²⁴ Er kan worden getwijfeld of dergelijke kosten überhaupt wel aftrekbaar zijn. In art. 9 lid 1 letter d Wet VPB 1969 staan dergelijke kosten echter expliciet genoemd als aftrekbare kostenpost. Zie ook paragraaf 3.3.3. Zie tevens HR 9 mei 2008, *BNB* 2008/198 met noot van Marres.

²²⁵ Hof Leeuwarden 14 mei 1962, *BNB* 1963/64 respectievelijk HR 28 september 1966, *BNB* 1967/1 met noot van Smeets.

²²⁶ HR 21 februari 1934, *B.* nr. 5580, in dezelfde zin Hof 's-Gravenhage 7 februari 1968, *BNB* 1968/250 en Hof Amsterdam 21 mei 1997, nr. 95/3338.

7.3.3 Fiscale behandeling transactiekosten: koppeling met het actief

Indien een onderneming voornemens is om te investeren in activa, wordt vaak vreemd vermogen aangetrokken. Het uiteindelijke bestedingsdoel van het vreemd vermogen is dan eenvoudig te achterhalen. Het geld is immers direct aangewend ten behoeve van het aan te schaffen actief. Indien het bestedingsdoel van het aangetrokken vreemd vermogen op deze wijze direct en duidelijk aanwijsbaar is, dan kan goed koopmansgebruik activering van de direct te relateren transactiekosten gebieden. Uit de jurisprudentie is af te leiden dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de investeringen in nieuw te vervaardigen activa en de investeringen in reeds bestaande activa. Tevens moet er een onderscheid worden gemaakt tussen vaste activa en vlottende activa.

7.3.3.1 Nieuw te vervaardigen vast actief

Bij de fiscale methode moet er bij een nieuw te vervaardigen vast actief worden bekeken welke kosten er allemaal tot de totale aanschaffingskosten²²⁷ kunnen worden gerekend. Immers; het totale bedrag van de aanschaffingskosten is het bedrag dat zal moeten worden geactiveerd. Onder aanschaffingskosten wordt verstaan het totaal van hetgeen voor de verkrijging van het bedrijfsmiddel werd opgeofferd, met inbegrip van alle bijkomende kosten²²⁸. Reeds in 1946²²⁹ heeft de Hoge Raad beslist dat financieringskosten ten aanzien van de bouw van een onroerende zaak onderdeel uitmaken van de totale aanschaffingskosten en derhalve moeten worden geactiveerd. In die zaak ging het onder andere om de kosten van een lening die specifiek voor dit doel was aangetrokken. Gedurende de bouw van de onroerende zaak was er rente verschuldigd over de lening. Deze, in het dagelijks spraakgebruik genoemde, “bouwrente” behoort dan tot de aanschaffingskosten²³⁰.

Hof Leeuwarden kwam in 1987²³¹ tot een specifieke uitspraak ten aanzien van transactiekosten bij een nieuw te vervaardigen vast actief. In deze zaak was de vraag aan de orde of afsluitprovisies met betrekking tot leningen ter zake van de aanleg van boorputten konden worden beschouwd als onderdeel van de aanschaffingskosten van die boorputten. Het Hof oordeelde als volgt;

“Goed koopmansgebruik staat toe het totaal van de in de bouwperiode betaalde afsluitprovisies t.z.v. het aangaan van leningen te rekenen tot de kostprijs (aanschaffingskosten) van het gebouwde. De provisie hebben geheel bijgedragen tot het bedrijfsklaar maken van de bedrijfsmiddelen. Er is i.c. geen wezenlijk verschil tussen de bouwrente tijdens de bouw (...) en de ineens betaalde afsluitprovisies.”

Het moge duidelijk zijn dat in deze zaak met name de belastingplichtige profijt had van het activeren van de afsluitprovisies. Op deze wijze kon hij namelijk gebruik maken van een hogere investeringsbijdrage van de overheid²³². Het Hof geeft aan dat goed koopmansgebruik toestaat om dergelijke kosten te activeren.

De relevante vraag is echter of goed koopmansgebruik ook verplichte activering van dergelijke kosten voorschrijft. Het Hof stelt dat er in dit specifieke geval geen verschil bestaat

²²⁷ Een voorbeeld is HR 19 november 1958, *BNB* 1959/6 met noot Van Dijk; onderhoudswerkzaamheden in het jaar van aanschaf behoren ook tot de te activeren aanschaffingskosten.

²²⁸ HR 28 maart 1923, *B.* nr. 3225.

²²⁹ HR 8 mei 1946, *B.* nr. 8119.

²³⁰ Zie ook in dezelfde zin HR 2 april 1969, *BNB* 1969/108.

²³¹ Hof Leeuwarden 27 februari 1987, *BNB* 1988/66.

²³² De werking van de investeringsbijdrage kan worden vergeleken met de investeringsaftrek van art. 3.40 Wet IB 2001.

tussen bouwrente tijdens de bouw en de ineens betaalde afsluitprovisies. Op basis van de verschillende feiten en omstandigheden van het geval, concludeert zij blijkbaar dat er een voldoende nauw verband is tussen de gedane uitgaven, de afsluitprovisies, en het vervaardigde actief. Ik waag dat te betwijfelen. Het Hof stelt vast dat er geen enkele relatie bestaat tussen de hoogte van de afsluitprovisies en de looptijden van de verschillende leningen. In mijn optiek is er dan geen sprake van een voldoende nauw verband en concludeer ik op basis van het schema dat de afsluitprovisies direct ten laste van de winst moeten worden gebracht in het jaar dat deze verschuldigd zijn geworden. Goed koopmansgebruik schrijft in dit geval zeker geen verplichte activering voor.

Geheel afhankelijk van het antwoord op de vraag of er een voldoende nauw verband bestaat tussen de gedane uitgaven en het aangeschafte vast actief, kunnen transactiekosten derhalve onderdeel uitmaken van de voortbrengingskosten van het vast actief en dientengevolge op grond van het matchingbeginsel moeten worden geactiveerd. Indien de afsluitprovisies enkel kunnen worden gezien als een vergoeding voor werkzaamheden en niet als vooruitbetaalde rente²³³, komen we, mijns inziens, echter nooit toe aan verplichte activering op grond van goed koopmansgebruik.

7.3.3.2 Reeds bestaand vast actief

De behandeling van transactiekosten van aangetrokken vreemdvermogen voor het bestedingsdoel vaste activa is bij de aankoop van een reeds bestaand actief anders dan de behandeling van deze kosten bij een nieuw te vervaardigen actief. Dat blijkt uit een uitspraak van Hof Arnhem uit 1964²³⁴. In die zaak werd een lening aangegaan om een reeds bestaand pand aan te schaffen. De inspecteur wenste de transactiekosten van deze lening tot de kostprijs, als aanschaffingskosten, van het pand te rekenen. Alsdan komen de kosten niet direct ten laste van de winst in het jaar van aanschaf. Het Hof maakte hier direct, en terecht, korte metten mee. De kosten zijn niet gemaakt ten behoeve van de aanschaf van het pand maar ten behoeve van het aangaan van de lening. Er is geen enkel verband tussen de transactiekosten en het aangeschafte actief.

7.3.3.3 Vlottend actief

Bij vlottende activa is er uit de jurisprudentie geen onderscheid af te leiden tussen de behandeling van transactiekosten bij een reeds bestaand actief en een nieuw te vervaardigen actief. Bij de beoordeling of transactiekosten²³⁵ moeten worden geactiveerd hanteert de Hoge Raad telkens de zin “dat dergelijke kosten van onderhanden werken en voorraden niet behoren tot de kosten die door de productie bepaaldelijk worden opgeroepen en derhalve is activering niet geboden”²³⁶. In BNB 2001/158²³⁷ hanteert de Hoge Raad de term “nut”. De Hoge Raad kiest in dit arrest voor de, naar mijn mening enige juiste benadering. De Hoge Raad oordeelt dat transactiekosten niet behoeven te worden geactiveerd omdat zij geen invloed hebben op het nut van het bedrijfsmiddel voor de toekomstige jaren. Het nut van het bedrijfsmiddel, als in toekomstige opbrengsten, is niet afhankelijk van de wijze van financieren.

²³³ Zie paragraaf 7.3.4 voor een verdere uitwerking indien de afsluitprovisie als vooruitbetaalde rente moet worden beschouwd.

²³⁴ Hof Arnhem 3 april 1964, *BNB* 1964/302.

²³⁵ De termen transactiekosten en financieringskosten worden in deze paragraaf door elkaar heen behandeld.

²³⁶ Zie bijvoorbeeld HR 22 december 1993, *BNB* 1994/72.

²³⁷ HR 7 februari 2001, *BNB* 2001/158 met noot van Meussen.

7.3.3.4 Conclusie

Uit de analyse van de jurisprudentie inzake de koppeling van financierings- en transactiekosten blijkt uiteindelijk dat goed koopmansgebruik alleen bij bouwrente voorschrijft om deze uitgaven, als onderdeel van de aanschaffingskosten van het vaste actief, verplicht te activeren. Alle andere financierings- of transactiekosten die kunnen worden gekoppeld aan een actief laten aan de belastingplichtige de keuze of hij deze wenst te activeren of dat hij deze direct ten laste van de winst wil brengen. Het arrest inzake de bouwrente stamt uit 1946. Daarna is ten aanzien van andere kosten nog diverse malen bevestigd dat dergelijke bijkomende kosten tot de aanschaffingskosten van het vaste actief behoren²³⁸. Het betreft vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Waarom zou de Hoge Raad het behoorlijk discutabele verschil tussen de behandeling van bijkomende kosten bij beide vormen van activa nog langer blijven hanteren²³⁹? We kunnen ons afvragen of het niet beter is om voor dergelijke bijkomende kosten te kiezen voor de benadering die de Hoge Raad heeft gehanteerd bij de behandeling van deze kosten bij vlottende activa. We zouden dan op basis van de verschillende feiten en omstandigheden moeten beoordelen of een uitgave invloed heeft of kan gaan hebben op het nut van het actief. De meeste bijkomende kosten die in het verleden door de Hoge Raad als onderdeel van de aanschaffingskosten zijn aangewezen zullen dan ook gewoon moeten worden geactiveerd; alleen dan dus op basis van een andere redenering. In mijn optiek kunnen financieringskosten nooit invloed hebben op het nut van een actief en zouden deze kosten nooit voor verplichte activering in aanmerking moeten komen.

7.3.4 Fiscale behandeling transactiekosten: vergelijking met vooruitbetaalde rente

Op grond van het matchingbeginsel moet vooruitbetaalde rente worden toegerekend aan het jaar waarop deze rente betrekking heeft. Wat nu als de verschuldigde transactiekosten in feite moeten worden behandeld als vooruitbetaalde rente en niet als een vergoeding voor werkzaamheden?

Voorbeeld

Een financieringsmaatschappij verstrekt in 2010 aan een schuldenaar een renteloze lening van 1000 voor een periode van 10 jaar. Algehele aflossing vindt plaats aan het einde van de looptijd. De schuldenaar is geheel vrij om, indien hij hiertoe in staat is, eerder af te lossen. Voor de vergoeding van de financieringsmaatschappij komen de partijen geen rente overeen, maar zal de schuldenaar in het jaar van verstrekking van de lening direct een hoge afsluitprovisie voldoen. Deze bedraagt 100. Indien de schuldenaar de lening eerder volledig aflost, zal een evenredig gedeelte van de afsluitprovisie door de financieringsmaatschappij worden terugbetaald. Elk jaar wordt de terugbetalingsverplichting lineair afgebouwd en wordt deze 10 kleiner. In feite betreft het hier een soort omgekeerde boeterente. In feite wordt in dit voorbeeld een lening verstrekt, waarbij de kosten van deze lening afhankelijk zijn van het moment van algehele aflossing. Indien de schuldenaar in het zesde jaar de lening van 1000 volledig aflost, dan zal de financieringsmaatschappij uiteindelijk 40 (100 - 6 x 10) aan de schuldenaar terug betalen.

Schrijft goed koopmansgebruik bij de schuldenaar nuverplichte activering van de afsluitprovisie voor of kan de schuldenaar de 100 kosten direct ten laste van de winst brengen? Laten we wederom het schema van § 5.3 hanteren:

²³⁸ Zie bijvoorbeeld HR 30 juni 1976, *BNB* 1976/202 kosten van afkoop van pacht van gekochte landbouwgronden en HR 30 oktober 1963, *BNB* 1964/2 betreffende de overdrachtsbelasting.

²³⁹ Zie ook A.O. Lubbers, 'De rol van het matchingbeginsel bij de toerekening van uitgaven', *WFR* 2002/111.

1) *Is er een aanwijsbare uitgave?*

Ja, de schuldenaar voldoet direct bij het afsluiten 100 als kosten.

2) *Is er voldoende nauw verband tussen de uitgave en de opbrengst?*

Ja, de hoogte van de totaal verschuldigde kosten is afhankelijk van de uiteindelijke looptijd van de lening. Bovendien zullen de uiteindelijke kosten voor de schuldenaar elk jaar 10 hoger worden. Er is dan een voldoende nauw verband om tot verplichte activering te constateren. Dus alhoewel de onderneming in het jaar van afsluiten van de lening door het direct voldoen van de afsluitprovisie is verarmd, gaat het matchingbeginsel in dit voorbeeld voor op het voorzichtigheidskenmerk²⁴⁰. Met name ook omdat hier sprake is van een voorwaardelijk verlies!

3) *Is het redelijkerwijs te verwachten dat die opbrengst zal worden gegenereerd?*

Ja, de opbrengst betreft de besparing van de rentelasten in de toekomstige jaren. De opbrengsten moeten redelijkerwijs te verwachten zijn, maar in dit voorbeeld zijn de opbrengsten zelfs geheel zeker. Immers; de kosten zijn direct volledig voldaan terwijl bijeen reguliere verstrekking van vreemd vermogen de rente van jaar op jaar is verschuldigd. De onderneming heeft dan in de latere jaren profijt van de uitgave in het verslagjaar. Ook een andere benadering van toekomstige opbrengsten is mogelijk. Het is immers zeker dat *als* de schuldenaar tot vervroegde aflossing overgaat, er een bedrag zal worden terugontvangen. Alleen de hoogte van dit bedrag is onzeker.

4) *Wat is het tijdstip van de opbrengst?*

Het betreft een toekomstige opbrengst.

5) *Betreft het een nuttige of een minder nuttige uitgave?*

Er worden met de uitgave geen vermogensbestanddelen verkregen die voor de onderneming nog een waarde hebben. Maar in dit voorbeeld is deze vraag in feite niet meer relevant. Bij vraag drie hebben we al geconcludeerd dat de opbrengsten in latere jaren eigenlijk zeker zijn en op grond van BNB 1976/120²⁴¹ is verplichte activering van deze transactiekosten op grond van goed koopmansgebruik dan al geboden.

Uit dit voorbeeld blijkt dat het zeer belangrijk is om tot een correcte uitlegging van de, tussen de financieringsmaatschappij en de schuldenaar overeengekomen rechten en plichten te komen. Strekt de door de schuldenaar aan de financieringsmaatschappij te betalen transactiekosten ter vergoeding van de door de financieringsmaatschappij verrichte dienstverlening in het kader van het afsluiten van de lening, of vormt het een vergoeding voor het ter beschikking stellen van de lening als zodanig? In de praktijk is het niet altijd eenvoudig om een dergelijk onderscheid te maken.

7.3.5 Samenvatting en conclusie vergelijking ten aanzien van transactiekosten

De behandeling van transactiekosten bij het aantrekken van vreemd vermogen is onder IFRS geheel anders dan de huidige Nederlandse fiscale behandeling. Onder IFRS moeten dergelijke kosten namelijk verplicht worden geactiveerd terwijl deze kosten op basis van goed koopmansgebruik in beginsel direct ten laste van de fiscale winst kunnen worden gebracht.

In de analyse van de relevante fiscale rechtspraak is een onderscheid gemaakt tussen de transactiekosten die direct zijn te koppelen met het aangetrokken vermogen, de

²⁴⁰ Zie ook HR 23 juni 1982, *BNB* 1982/217.

²⁴¹ HR 19 maart 1975, *BNB* 1976/120 met noot van Slot.

transactiekosten die zijn te koppelen met een actief en de transactiekosten die naar hun aard kunnen worden vergeleken met vooruitbetaalde rente. Uiteindelijk is te concluderen dat conform de relevante fiscale rechtspraak inzake financierings- en transactiekosten goed koopmansgebruik alleen bij bouwrente en bij vooruitbetaalde rente voorschrijft om deze uitgaven te activeren.

Het uiteindelijk cruciale criterium van het al dan niet verplicht activeren van transactiekosten zou gezocht moeten worden in het toekomstig nut dat dergelijke uitgaven hebben voor de onderneming. In mijn optiek kunnen transactiekosten nooit invloed hebben op het nut van een actief en zouden deze kosten nooit voor verplichte activering in aanmerking moeten komen. Uit het voorbeeld van § 7.3.4 blijkt dat dit anders kan zijn als de transactiekosten in feite te behandelen zijn als vooruitbetaalde rente. Dan moeten we het matchingbeginsel voor laten gaan op het voorzichtigheidskenmerk en zouden dergelijke kosten wel verplicht moeten worden geactiveerd.

7.4 Samenvatting

Als een onderneming vermogen wil aantrekken ten behoeve van toekomstige investeringen of voor de financiering van werkkapitaal dan kan de onderneming dit vermogen op twee verschillende wijzen aantrekken. Er kan eigen vermogen of vreemd vermogen worden aangetrokken. Met het aantrekken van vermogen zijn kosten gemoeid. De personen en bedrijven die zijn betrokken bij het verwerven van het vermogen moeten immers worden beloond voor hun werkzaamheden. Deze kosten kunnen we samenvatten onder de noemer “transactiekosten”.

Kosten kunnen in aftrek worden gebracht van de winst van een onderneming. De winst kan op verschillende manieren worden vastgesteld. In hoofdlijnen zijn er twee verschillende methoden, namelijk de civielrechtelijke methode en de fiscaalrechtelijke methode. Kosten kunnen in beide methoden geheel verschillend worden behandeld.

In de fiscaalrechtelijke methode worden op grond van artikel 3.8 Wet IB 2001 de gezamenlijke voordelen uit een onderneming, onder welke naam en in welke vorm ook, in de belastingheffing betrokken. Dit is het totaalwinstconcept. Via de schakelbepaling van artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969 is dit concept ook van toepassing in de vennootschapsbelasting. Indien transactiekosten zijn verschuldigd bij het aantrekken van vermogen dat binnen een onderneming wordt aangewend, dan komen deze kosten, op grond van het “sfeer”-criterium, in beginsel, voor aftrekbaarheid in aanmerking. De aftrekbaarheid kan worden beperkt op grond van de artikelen 10a en 10d Wet VPB 1969. Indien op een later moment blijkt dat het beschikbaar gestelde kapitaal fiscaal niet als vreemd vermogen maar als eigen vermogen moet worden behandeld, kan worden gewezen op artikel 9 lid 1 letter d Wet VPB 1969. Daar staat expliciet genoemd dat kosten van wijziging van kapitaal als aftrekbare kostenpost kunnen worden opgevoerd.

Als de aftrekbaarheid van de kosten eenmaal vaststaat komen we toe aan het toerekenen van dergelijke kosten aan de verschillende boekjaren en de op die boekjaren betrekking hebbende winsten van een onderneming. De vaststelling en berekening van jaarwinsten geschiedt volgens het “goed koopmansgebruik”, zoals opgenomen in artikel 3.25 Wet IB 2001. Dit is een open norm die wordt ingevuld door de rechter. Via de rechtspraak is een aantal kenmerken en beginselen ontwikkeld die van belang zijn voor het invullen van het begrip

goed koopmansgebruik. Het betreft de kenmerken van realiteitszin, eenvoud en voorzichtigheid. Onderdeel van het kenmerk realiteitszin is het matchingbeginsel. Dit beginsel bepaalt op welke wijze en aan welk jaar kosten moeten worden toegerekend. De definitie luidt: *“Uitgaven dienen zo veel mogelijk ten laste te komen van de periode waarin de opbrengsten, met het oog waarop de uitgaven worden gedaan, worden verantwoord”*.

Uit de rechtspraak inzake het matchingbeginsel is een vijfstappenplan af te leiden. Aan de hand van dit stappenplan kan er worden bepaald op welke wijze en aan welk jaar kosten moeten worden toegerekend. De uitkomst kan vierledig zijn. Bij een toekomstige opbrengst schrijft het matchingbeginsel of verplichte activering voor, of het laat de keuze tussen activering en directe opname in de kosten van het verslagjaar of het schrijft directe opname in de kosten voor. Bij een vroegere opbrengst kan er op basis van de criteria van het “Baksteenarrest” een voorziening worden gevormd.

Evenals de fiscaalrechtelijke methode van jaarwinstbepaling gaan de civielrechtelijke bepalingen uit van de in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare normen. Deze normen worden steeds meer beïnvloed door internationale ontwikkelingen, met name de komst van IFRS. Het informeren van stakeholders is het belangrijkste doel van IFRS. Dit vertaalt zich in de basisgedachte van IFRS, namelijk het waarderen op basis van “fair value”. Dit houdt in dat een onderneming zijn bezittingen en verplichtingen zoveel mogelijk waardeert op actuele waarden. Deze gedachte staat aan de basis van de twee grondbeginselen van IFRS, het toerekeningsbeginsel en het continuïteitsbeginsel. In feite staat het toerekeningsbeginsel haaks op het belangrijkste kenmerk van de fiscale jaarwinstbepaling, namelijk de realiteitszin. Bij het eerste beginsel worden de resultaten van niet-voltooides transacties al in de jaarwinsten betrokken, terwijl dit bij het kenmerk van de realiteitszin nooit het geval zal zijn. Als de transactie nog niet is voltooid, dan is de winst immers nog niet gerealiseerd en behoort deze niet in de jaarwinst te worden opgenomen.

De behandeling van transactiekosten is binnen de regels van IFRS geheel anders dan de behandeling van dergelijke kosten binnen de Nederlandse fiscale jaarwinstbepalingen. Onder IFRS moeten deze kosten verplicht worden geactiveerd terwijl op basis van goed koopmansgebruik deze kosten, in beginsel, direct ten laste van de fiscale winst kunnen worden gebracht. Alleen in uitzonderingssituaties moeten transactiekosten op basis van goed koopmansgebruik worden geactiveerd en geleidelijk ten laste van de fiscale jaarwinst worden gebracht. Het uiteindelijk cruciale criterium van het al dan niet verplicht activeren van transactiekosten zou gezocht moeten worden in het toekomstig nut dat dergelijke uitgaven hebben voor een onderneming. Transactiekosten kunnen nooit invloed hebben op het nut van een actief en dan zouden dergelijke kosten nooit voor verplichte activering in aanmerking moeten komen. Dit is alleen anders als de transactiekosten in feite te behandelen zijn als bouwrente of als vooruitbetaalde rente. Dan moeten we het matchingbeginsel voor laten gaan op het voorzichtigheidskenmerk en zouden dergelijke kosten wel verplicht moeten worden geactiveerd.

7.5 Algehele conclusie

De wereld van de financiële verslaggeving is steeds meer gericht op informatieverschaffing aan stakeholders. Zij hebben belang bij een “true and fair view” ten aanzien van het vermogen van een onderneming. De ontwikkeling van IFRS laat dit ook zien. Deze ontwikkelingen zijn van grote invloed op de bedrijfseconomie. De bedrijfseconomie is het uitgangspunt van de fiscale winstbepaling. Het kan niet anders zijn dan dat op termijn IFRS een steeds grotere invloed zal krijgen op de fiscale jaarwinstbepalingen²⁴². De uitspraken van rechters inzake goed koopmansgebruik zullen steeds meer richting IFRS tenderen²⁴³.

Of de ontwikkelingen van het fiscale winstbegrip en het winstbegrip volgens IFRS uiteindelijk tot één en hetzelfde winstbegrip zullen leiden is de vraag. De winst vaststellen op basis van de going-concernwaarde is dan de meest aangewezen methode. Bij die methode krijgen de “stakeholders” immers een reëel beeld van de vermogenspositie van de onderneming en kan de onderneming zijn belastingen afdragen zonder in liquiditeitsproblemen te komen. Een probleem bij het waarderen op going-concernwaarde is echter wel dat er bij die benadering al rekening wordt gehouden met vermogensbestanddelen die nog niet in geld zijn omgezet. Een voorbeeld daarvan is de meerwaarde van de onderneming als geheel ten opzichte van de waarde van alle vermogensbestanddelen afzonderlijk²⁴⁴ oftewel goodwill. De betalingspotentie van de onderneming neemt dan wel toe, maar de onderneming komt niet over middelen te beschikken waarmee de verschuldigde belastingen ook daadwerkelijk kunnen worden afgedragen.

In antwoord op de probleemstelling kunnen we tot de volgende algehele conclusie komen:

De transactiekosten die bij het aantrekken van vreemd vermogen zijn verschuldigd, zijn op grond van het totaalwinstconcept aftrekbaar van de belastbare winst. De kosten kunnen, al dan niet gedeeltelijk, in aftrek worden beperkt op grond van artikel 10a of artikel 10d Wet VPB 1969. Als op een later moment blijkt dat het verstrekte kapitaal als eigen vermogen moet worden behandeld, zijn de transactiekosten op grond van artikel 9 lid 1 letter d Wet VPB 1969 tevens aftrekbaar.

De wijze waarop deze kosten vervolgens ten laste van de fiscale jaarwinst moeten worden gebracht, verschilt van geval tot geval. In het algemeen kan worden gezegd dat verschuldigde transactiekosten bij het aantrekken van vermogen direct tot een verarming van de onderneming zullen leiden. In het algemeen kan dan worden gezegd dat deze kosten direct ten laste van de fiscale jaarwinst mogen worden gebracht. Alleen bij zeer specifieke uitzonderingsgevallen van transactiekosten, zoals transactiekosten die moeten worden behandeld als bouwrente of als vooruitbetaalde rente, zou goed koopmansgebruik verplichte activering moeten voorschrijven.

²⁴² Zie onder andere M.A. van Hoepen, ‘Goed koopmansgebruik en IFRS’, *MBB* 2007/09.

²⁴³ Zie G.W.J.M. Kampschöer, ‘IFRS en de verhouding tot het Nederlandse fiscale winstbegrip’, *WFR* 2004/1228.

²⁴⁴ De formule luidt $1+1 = 3$.

LITERATUURLIJST

Boeken en tijdschriften:

L.G.M. Stevens

Inkomstenbelasting 2001, Fiscale Hand- en Studieboeken, Kluwer: Deventer 2001

P.H.J. Essers

De toekomst van Goed Koopmansgebruik na de invoering van International Financial Reporting Standards in 2005, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 224, Kluwer: Deventer 2005

D.A. Albrechtse en P. Kavelaars

Maatschappelijk heffen, pagina 221, J. Doornebal, de (dreigende) uitholling van goed koopmansgebruik, Kluwer: Deventer 2006

P.H.J. Essers en anderen

Fiscaal commentaar, Vennootschapsbelasting, Kluwer: Deventer 2008

Ernst & Young Accountants

Handboek Jaarrekening 2008, Kluwer: Deventer 2008

J.A.G. van der Geld

Hoofdzaken vennootschapsbelasting zesde herziene druk, Kluwer: Deventer 2010

L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen

Cursus belastingrecht; Inkomstenbelasting, Kluwer: Deventer 2010/2011

Stichting voor de Jaarverslaggeving

Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, voor grote en middelgrote rechtspersonen, Kluwer: Deventer 2011

J.A. Fray, 'Goed koopmansgebruik', *WFR* 1955/1071

J.J.M. Jansen, 'Kritiek op BNB 1998/194 passivering schulden', *FED* 1998/423

J. Hoogendoorn, 'Winstrealisatie', *FED* 2000/585

P.H.J. Essers, 'Boekbespreking van het proefschrift van J. Hoogendoorn Fiscale winstbepaling en vennootschappelijke jaarrekening', *WFR* 2001/157

S.C.W. Douma en A.O. Lubbers, 'De rol van het matchingbeginsel bij de toerekening van uitgaven', *WFR* 2002/111

J.A.G. van der Geld, 'Goed koopmansgebruik en risicobeheersinstrumenten', *TFO* 2003/151

P.H.J. Essers, 'Goed koopmansgebruik: Quo Vadis?', *TFO* 2003/157

M. Mees, 'Het komt niet voor, een poes is geen hond en de fokker-arresten', *WFR* 2003/171

J. Doornebal, 'Invulling van goed koopmansgebruik', *NTFR* 2003/469

T.M. Berkhout en J.M. van der Heijden, 'Fiscale padafhankelijkheid en hiërarchie tussen beginselen van goed koopmansgebruik', *FED* 2003/242

H.P.W. Snijders, 'Over Fokker, dubbele aftrek van verliezen en het terugdraaien van belastingvoordelen', *WFR* 2003/1239

S.F.M. Nielke, 'De grenzen van het realisatiebeginsel afgetast', *WFR* 2004/1119

R.P.C. Cornelisse en A.O. Lubbers, 'De ontwikkeling van goed koopmansgebruik door de Hoge Raad', *WFR* 2004/1214

G.W.J.M. Kampschöer, 'IFRS en de verhouding tot het Nederlandse fiscale winstbegrip', *WFR* 2004/1228

H.P.W. Snijders, 'Salderen, salderen en nog eens salderen', *WFR* 2004/1735

M.A. van Hoepen, 'IFRS en de fiscale winstbepaling', *TFO* 2005/89

J. Hoogendoorn, 'De IAS/IFRS en de fiscale winstbepaling', *WFR* 2005/107

S.F.M. Nielke, 'Fiscale hedge accounting in het IFRS-tijdperk', *TFO* 2005/115

E.M.A. van der Linden en J.M.A. Schmitz, 'Terug naar het afzonderlijke winststelsel: een reactie op het artikel van H.P.W. Snijders', *WFR* 2005/860

J.J.M. Jansen, 'Is codificatie van goed koopmansgebruik gewenst?', *WFR* 2005/915

G.W.J.M. Kampschöer, 'De beperking van de verliesverrekeningstermijn', *WFR* 2006/785

M.A. van Hoepen, 'Goed koopmansgebruik en IFRS', *MBB* 2007/09

W. Bruins Slot, 'Samen werken, samen leven, samen.....waarderen?', *WFR* 2007/195

A.O. Lubbers en R. van Scharrenburg, 'Confrontaties tussen de totaalwinst en jaarwinst', *WFR* 2007/1007

J. Doornebal, 'Samenhangende waardering van vermogensbestanddelen', *NTFR* 2008/13

J. Doornebal, 'Goed koopmansgebruik als open norm', *NTFR* 2008/33

A.O. Lubbers, 'Winstbepalingsregels voor resultaattoerekening onbelaste/belaste periode', *NTFR* 2009/1

R. van Minnen, 'De reorganisatievoorziening: fiscaal eerder te vormen dan commercieel', *WFR* 2009/347

C. Bruijsten, 'De toekomst van het fiscale jaarwinstbegrip', *WFR* 2009/823

W. Bruins Slot, 'Uitstel van winstneming voor deel verkoopwinst bedrijfspand wellicht mogelijk', *NTFR* 2010/2806

A.O. Lubbers, 'De behandeling van nutteloze uitgaven in het kader van de fiscale jaarwinstbepaling', *WFR* 2011/400

N.M. Ligthart en A.O. Lubbers, 'Welke feiten en omstandigheden zijn van belang in het kader van de fiscale jaarwinstbepaling', *WFR* 2011/420

S.F.M. Niekel, 'De fiscale jaarwinst en de behandeling van transactiekosten bij het aantrekken van vreemd vermogen', *WFR* 2011/452

E.W. Heithuis en R.J.M.M. van den Hurk, 'BNB 2008/168: What's New?', *WFR* 2011/862.1

P.H.J. Essers, 'De winstbepaling in de Conceptrichtlijn CCCTB', *WFR* 2011/1395

F.J. Elswaier en J. van Strien, 'Valutawinsten en renteaftrekbeperkingen; de gevolgen van HR 24 februari 2012', *WFR* 2012/628

Besluiten:

Besluit 15 november 1999, 'Leasecontracten. Eigendom. Investeringsfaciliteiten. Bodemrecht', nr. AFZ99/3262M, *BNB* 2000/66.

Besluit 13 oktober 2004, 'Kwijtscheldingswinst en verjaring', nr. CPP2004-1616M, *BNB* 2005-34.

Besluit 6 augustus 2010, 'Inkomstenbelasting. Vennootschapsbelasting. Goed koopmansgebruik: Passiefpost; Voorziening', nr. DGB2010/3706M.

Memorie van Toelichting Nota Wet Werken aan Winst, nr. 30.572.

JURISPRUDENTIEREGISTER

HvJ 18 september 2003, nr. C-168/01

HR 28 maart 1923, *B* 3225
HR 16 april 1930, *B* 4726
HR 21 februari 1934, *B* 5580
HR 8 mei 1946, *B* 8119

HR 3 december 1952, *BNB* 1953/19
HR 8 april 1953, *BNB* 1953/146
HR 24 juni 1953, *BNB* 1953/256
HR 7 oktober 1953, *BNB* 1953/272
HR 23 juni 1954, *BNB* 1954/253
HR 3 november 1954, *BNB* 1954/357
HR 2 februari 1955, *BNB* 1955/83
HR 23 maart 1955, *BNB* 1955/169
HR 30 maart 1955, *BNB* 1955/183
HR 30 maart 1955, *BNB* 1957/16
HR 12 oktober 1955, *BNB* 1955/357
HR 28 maart 1956, *BNB* 1956/146
HR 30 mei 1956, *BNB* 1956/222
HR 10 april 1957, *BNB* 1957/174
HR 8 mei 1957, *BNB* 1957/208
HR 27 november 1957, *BNB* 1958/8
HR 2 januari 1958, *BNB* 1958/56
HR 8 oktober 1958, *BNB* 1958/352
HR 19 november 1958, *BNB* 1959/6
HR 10 december 1958, *BNB* 1959/51
HR 4 februari 1959, *BNB* 1959/111
HR 17 juni 1959, *BNB* 1959/304

HR 24 februari 1960, *BNB* 1960/84
HR 7 juni 1961, *BNB* 1961/314
HR 21 juni 1961, *BNB* 1961/272
HR 21 juni 1961, *BNB* 1961/273
HR 4 juli 1961, *BNB* 1961/274
HR 30 oktober 1963, *BNB* 1964/2
HR 4 maart 1964, *BNB* 1964/138
HR 30 september 1964, *BNB* 1966/52
HR 28 september 1966, *BNB* 1967/1
HR 18 december 1968, *BNB* 1969/49
HR 2 april 1969, *BNB* 1969/108

HR 7 januari 1970, *BNB* 1970/61
HR 10 juni 1970, *BNB* 1970/177
HR 8 december 1971, *BNB* 1972/26
HR 19 maart 1975, *BNB* 1976/120
HR 19 november 1975, *BNB* 1976/210

HR 30 juni 1976, *BNB* 1976/202
HR 8 september 1976, *BNB* 1976/247
HR 13 oktober 1976, *BNB* 1977/37
HR 31 mei 1978, *BNB* 1978/252
HR 14 juni 1978, *BNB* 1979/181
HR 8 november 1978, *BNB* 1978/326
HR 5 september 1979, *BNB* 1980/230

HR 5 september 1980, *BNB*, 1980/215
HR 4 maart 1981, *BNB* 1981/183
HR 3 maart 1982, *BNB* 1982/169
HR 23 juni 1982, *BNB* 1982/217
HR 7 december 1983, *BNB* 1984/37
HR 8 mei 1985, *BNB* 1986/75
HR 26 maart 1986, *BNB* 1986/245
HR 27 januari 1988, *BNB* 1988/217

HR 17 januari 1990, *BNB* 1990/75
HR 24 januari 1990, *BNB* 1990/103
HR 4 juli 1990, *BNB* 1990/326
HR 17 april 1991, *BNB* 1991/236
HR 18 december 1991, *BNB* 1992/79
HR 18 december 1991, *BNB* 1992/181
HR 11 maart 1992, *BNB* 1992/170
HR 16 september 1992, *BNB* 1992/356
HR 14 april 1993, *BNB* 1993/203
HR 8 september 1993, *BNB* 1994/92
HR 22 september 1993, *BNB* 1994/33
HR 22 december 1993, *BNB* 1994/72
HR 22 december 1993, *BNB* 1994/121
HR 2 maart 1994, *BNB* 1994/164
HR 12 april 1995, *BNB* 1995/180
HR 20 september 1995, *BNB* 1996/5
HR 26 februari 1997, *BNB* 1997/145
HR 26 februari 1997, *BNB* 1997/218
HR 29 augustus 1997, *BNB* 1998/4
HR 11 maart 1998, *BNB* 1998/208
HR 15 april 1998, *BNB* 1998/194
HR 6 mei 1998, *BNB* 1998/289
HR 26 augustus 1998, *BNB* 1998/409
HR 23 december 1998, *BNB* 1999/79
HR 17 februari 1999, *BNB* 1999/176
HR 13 oktober 1999, *BNB* 2000/20

HR 14 juni 2000, *BNB* 2000/269
HR 7 februari 2001, *BNB* 2001/158
HR 11 april 2001, *BNB* 2001/259
HR 9 november 2001, *BNB* 2002/67
HR 1 februari 2002, *BNB* 2002/127
HR 1 februari 2002, *BNB* 2002/128

HR 1 februari 2002, *BNB* 2002/129
HR 26 april 2002, *BNB* 2002/191
HR 26 april 2002, *BNB* 2002/214
HR 9 augustus 2002, *BNB* 2003/25
HR 9 augustus 2002, *BNB* 2003/26
HR 18 oktober 2002, *BNB* 2003/44
HR 6 december 2002, *BNB* 2003/76
HR 17 januari 2003, *BNB* 2003/139
HR 23 januari 2004, *BNB* 2004/163
HR 23 januari 2004, *BNB* 2004/214
HR 17 december 2004, *BNB* 2005/95
HR 17 december 2004, *BNB* 2005/169
HR 25 november 2005, *BNB* 2006/82
HR 10 februari 2006, LJV AU7473, C04/305HR
HR 8 december 2006, *BNB* 2007/104
HR 8 juni 2007, *BNB* 2007/246
HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/299
HR 16 november 2007, *BNB* 2008/26
HR 1 februari 2008, *BNB* 2008/106
HR 11 april 2008, *BNB* 2008/168
HR 9 mei 2008, *BNB* 2008/198
HR 10 april 2009, *BNB* 2009/271
HR 25 juni 2010, *BNB* 2010/273
HR 3 december 2010, *BNB* 2011/29
HR 28 januari 2011, *BNB* 2011/85
HR 23 september 2011, *BNB* 2011/264
HR 11 november 2011, *BNB* 2012/17
HR 24 februari 2012, LJV BQ1248, V-N 2012/14.17

Hof Leeuwarden 14 mei 1962, *BNB* 1963/64
Hof Arnhem 13 april 1964, *BNB* 1964/302
Hof 's-Gravenhage 7 februari 1968, *BNB* 1968/250
Hof 's-Gravenhage 17 december 1974, *BNB* 1975/208
Hof Leeuwarden 27 februari 1987, *BNB* 1988/66
Hof Amsterdam 3 maart 1994, nr. 92/5006
Hof Amsterdam 3 september 1996, nr. 95/2926
Hof Amsterdam 21 mei 1997, nr. 95/3338
Hof Amsterdam 1 juli 2010, nr. 08/01339

Rechtbank Haarlem 9 december 2008, nr. 08/3162