

HET WINSTBEGRIIP, EEN EXEGESE IN TWEEVOUD

Verslag van de algemene vergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap, gehouden op woensdag 23 september 2015, te Den Haag

“Wat winst is, kan niemand in een algemeene formule zeggen.”¹

Mr. L.J.A. Pieterse²

1 Inleiding

De gedachte zou kunnen opkomen dat fiscalisten over meer dan voldoende vrije tijd beschikken (en zich daarmee eigenlijk geen raad weten), gezien omvang én inhoud van de jongste twee rapporten die onlangs tijdens de algemene vergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap zijn besproken. Het rapport van de Commissie Totaalwinst, het eerste rapport dat werd behandeld,³ is bijvoorbeeld behoorlijk aan de maat te noemen en bestrijkt heel veel terreinen.⁴ “De commissie beoogde een in de tijd voortvarend traject te doorlopen maar de materie is weerbarstiger gebleken dan zij had voorzien. Vandaar dat zij uiteindelijk vier jaar aan het rapport heeft gewerkt”, zo luidt de ontboezeming die in het voorwoord te vinden is (p. 1).⁵ Tijdens de vergadering werd ook een ander – eveneens omvangrijk – rapport besproken, namelijk dat van de commissie die zich heeft verdiept in – kort samengevat – de invloed die zou kunnen uitgaan van met name internationale verslaggevingsregels op goed koopmansgebruik.⁶ Ook dat, de bepaling van de jaarwinst, is boeiende materie.

De vergadering werd geopend door Overgaauw,⁷ de voorzitter van de Vereniging voor Belastingwetenschap. Het huishoudelijk gedeelte van de vergadering, het eerste onderwerp op de agenda, is traditiegetrouw vooral het domein van de secretaris tevens penningmeester. In die hoedanigheid kondigde Kavelaars⁸ onder meer aan dat op 20 november aanstaande een bijeenkomst over 200 jaar rijksbelastingen wordt georganiseerd, en wel door de Universiteit Leiden in samenwerking met het Belastingmuseum. Deze bijeenkomst zal te Leiden plaatsvinden. Verder deelde hij mee dat volgend jaar wederom een bijeenkomst voor promovendi zal worden gehouden.⁹ Ditmaal te Rotterdam. Ook merkte Kavelaars op dat weer proefschriften kunnen worden aangemeld voor de dissertatieprijs van de Vereniging voor Belastingwetenschap¹⁰ (wellicht stimuleert deze prijs promovendi, die de zweep van het heilige moeten niet meer weten te vinden, te ontwaken uit hun – in wetenschappelijke zin – comateuze toestand en het werk dat zij ooit zijn begonnen af te maken, en te laten voordragen).

¹ H.J. Hofstra, ‘Bedrijfsbalans en Belastingbalans’, Weekblad der Belastingen 1940, nr. 3533, p. 110.

² De auteur is verbonden aan de Universiteit Leiden en de Vrije Universiteit Amsterdam.

³ Totaalwinst. Een onderzoek naar diverse aspecten van het begrip totaalwinst (Geschrift nr. 253).

⁴ “Het rapport beoogt geen compleet overzicht te geven van alle aspecten en details die samenhangen met het totaalwinstbegrip” (p. 1).

⁵ Een voorwoord is een fenomeen dat niet zelden betekenisvolle passages bevat.

⁶ De Commissie GKG en IFRS. Het door haar vervaardigde rapport is verschenen onder de titel: Goed koopmansgebruik Quo Vadis? De mogelijke invloed van IFRS en CCCTB op GKG (Geschrift nr. 254).

⁷ J.A.C.A. Overgaauw is ook voorzitter van de belastingkamer van de Hoge Raad.

⁸ P. Kavelaars is hoogleraar Fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en verbonden aan het Wetenschappelijk Bureau van Deloitte Belastingadviseurs.

⁹ Zie: ‘Samenscholen voor gevorderden’, WFR 2015/601 voor een verslag voor de eerste bijeenkomst.

¹⁰ Zie over deze prijs: www.belastingwetenschap.nl, de website van de Vereniging voor Belastingwetenschap.

2 Totaalwinst

Het debat over de rapporten werd geleid door Bavinck,¹¹ raadsheer in de Hoge Raad, en bij deze gelegenheid voorzitter van het wetenschappelijk gedeelte van de vergadering. Bavinck roemde de (“prachtige”) rapporten, die volgens hem ongetwijfeld vaak – als naslagwerk – zullen worden geraadpleegd. Verder signaleerde hij dat de geagendeerde onderwerpen kennelijk vooral mannen aanspreken (misschien wel vanwege de verlokkingen die uitgaan van het begrip winst), omdat, afgaande op de bezetting van de zaal, helaas nauwelijks vrouwen tot de aanwezigen behoorden.

Het was vervolgens Kavelaars die als voorzitter de werkzaamheden van ‘zijn’ commissie, de al genoemde Commissie Totaalwinst,¹² van een toelichting voorzag.¹³ Daarbij refereerde hij onder meer aan de leuke discussies tijdens de vergaderingen van de commissie.

De manier waarop wordt bepaald of sprake is van winst vindt weliswaar zijn oorsprong in de bedrijfseconomie, maar het begrip totaalwinst is in het belastingrecht “betrekkelijk autonoom”.¹⁴ Dat heeft ook te maken met het gegeven dat bij de invulling daarvan niet gesteund kan worden op de bedrijfseconomie. De commissie heeft weliswaar getracht een equivalent van het begrip totaalwinst in de bedrijfseconomie te vinden, ook in het buitenland, maar die zoektocht heeft niets opgeleverd, aldus Kavelaars in zijn wellevende uiteenzetting van het onderzoek en de belangrijkste bevindingen van de commissie. In het rapport wordt dan ook opgemerkt dat de bedrijfseconomie het begrip totaalwinst niet kent,¹⁵ althans een eenduidig zodanig begrip ontbreekt (p. 33).¹⁶

De totaalwinst is evenwel niet geheel vrij van invloeden van buitenaf. Zo kan de jaarwinstbepaling betekenis hebben voor de (uiteindelijke) omvang van de totaalwinst. De mate waarin goed koopmansgebruik toelaat verliesverdamping te voorkomen,¹⁷ werkt bijvoorbeeld door in de bepaling van de omvang van de totaalwinst.¹⁸ In een voetnoot in het rapport geeft de commissie te kennen dat zij (verder) niet uitdrukkelijk ingaat op de samenhang tussen beide winstbegrippen.¹⁹

In de inleiding van het rapport gaat de commissie in op de vraag of een zelfstandig begrip totaalwinst wel noodzakelijk is. Het antwoord op deze vraag kan niet ontkennend zijn, omdat het begrip een belangrijke functie vervult. Het begrip totaalwinst stelt namelijk in staat om onderscheid te maken tussen hetgeen tot de winstsfeer behoort en wat niet (p. 5). Uiteraard komt daarbij de vermogensetikettering in beeld, een leerstuk dat is ontwikkeld in de rechtspraak. De commissie meent “dat dit grosso modo op een evenwichtige wijze vorm heeft gekregen. Een

¹¹ C.B. Bavinck. Zie voor een indruk van zijn bezigheden in ’s lands hoogste rechtscollege: ‘Bernard Bavinck, raadsheer in de Hoge Raad. ‘We moeten ook over veel kleine zaken beslissingen nemen’, een interview dat is opgenomen in *Belasting Magazine* mei 2002, p. 20-23.

¹² De commissie is als volgt samengesteld: R.P. van den Dool, C.L. Gosen, P. Kavelaars, N.M. Ligthart en R.C. de Smit.

¹³ De presentatie van deze en andere inleidingen zijn te vinden op de website van de Vereniging voor Belastingwetenschap.

¹⁴ Zie p. 3.

¹⁵ Zie p. 3 van het rapport. “Het is (...) opmerkelijk dat de commissie moet concluderen dat – anders dan bij de fiscale winstbepaling – geen aansluiting is te vinden tussen de bedrijfseconomische winstbepaling en het totaalwinstbegrip” (p. 3).

¹⁶ “De commissie meent op basis van een analyse van de bedrijfseconomische literatuur te mogen concluderen dat geen eenduidig bedrijfseconomisch totaalwinstbegrip bestaat, dan wel daarover binnen de bedrijfseconomische literatuur onvoldoende is geschreven om van enige consensus daarover te kunnen spreken” (p. 33).

¹⁷ Zie daarover par. 2.12.5.

¹⁸ Zie p. 113.

¹⁹ Zie voetnoot 51 op p. 40.

uitzondering betreft de regel dat goodwill niet mag worden geactiveerd bij aanvang van de belastingplicht van een bestaande onderneming” (p. 5).²⁰ De commissie is van mening dat bij de aanvang van de belastingplicht de vermogensbestanddelen die tot het ondernemingsvermogen gaan behoren gewaardeerd dienen te worden op de waarde in het economische verkeer,²¹ ook als activa en passiva naar Nederland worden verplaatst (p. 24, de toepassing van het veroorzakingsbeginsel, een beginsel dat de commissie meer dan belangrijk vindt). Verder vervult het begrip totaalwinst een functie bij het toerekenen van voordelen, meer precies bij de vraag of een voordeel in de ondernemings sfeer opkomt of niet (p. 5-6). De keerzijde daarvan is de vraag of bepaalde uitgaven voldoende zakelijk zijn om in aftrek op de winst te mogen worden gebracht. Het behoeft geen betoog dat de toerekening van baten en lasten ook een rol speelt bij de aanvang en het einde (staking) van het ondernemerschap,²² dan wel de belastingplicht in de vennootschapsbelasting.²³

De commissie is uitgegaan van een breed totaalwinstbegrip. Dat sluit (deels) aan bij de ruime omschrijving van dit begrip die de Hoge Raad in zijn rechtspraak hanteert. De commissie merkt op dat de “ruime duiding van het totaalwinstbegrip zoals de Hoge Raad die in het (...) arrest van 16 april 1930, B. 4726 heeft geformuleerd, nadien niet meer verder geëvolueerd (is) in de jurisprudentie” (p. 38). Uit het rapport volgt dat de commissie zich niet beperkt heeft tot de afbakening van de totaalwinst zoals de Hoge Raad die heeft bepaald, maar ook (objectieve) vrijstellingen en diverse wettelijke aftrekbeperkingen heeft meegenomen in haar analyse.²⁴

Bij de keuze van de te behandelen materie die deel uitmaakt van de totaalwinst, heeft de commissie zich toegelegd op “een aantal belangrijke leerstukken” (p. 4). Ook is de commissie ingegaan op verschillende, bewuste inbreuken op het totaalwinstbegrip. Zo wordt door middel van het tonnageregime het concept totaalwinst terzijde geschoven.²⁵ Een ander voorbeeld is de investeringsaftrek, maar ook de aftrek voor speur- en ontwikkelingswerk, een faciliteit in de winstsfeer, die tijdens het debat aan de orde kwam, vormt een inbreuk op de totaalwinst. Dat geldt ook voor de giftenaftrek in de vennootschapsbelasting.²⁶ Ook de innovatiebox kan als een zodanige inbreuk worden gezien. Deze faciliteit vormt naar het oordeel van de commissie “een belangrijke inbreuk op het totaalwinstbegrip, zij het dat dit in feite alleen in formeel opzicht het geval is. De facto betreft het immers een tariefverlaging” (p. 62).²⁷ Een andere inbreuk op de totaalwinst is aan de orde als de winst niet gezuiverd wordt van aandeelhoudersinvloeden op grond van een redelijke wetstoepassing die ertoe moet leiden dat de samenhang tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting niet wordt verstoord.²⁸

De commissie is tot een flink aantal conclusies en aanbevelingen gekomen. Zo is de commissie van mening dat het totaalwinstbegrip goed functioneert, en er geen reden is om detailwetgeving

²⁰ HR 21 november 1990, nr. 26 197, BNB 1991/90. Dit “arrest, noch art. 33 Wet Vpb 1969 passen in de systematiek van de totaalwinst en kennen, ons inziens, geen rechtvaardiging” (p. 23). In zijn annotatie in BNB 1991/90 schrijft J. Hoogendoorn: “Mijns inziens eist een “redelijke wetstoepassing” niet de voor de ondernemingsfase gevormde goodwill buiten aanmerking te laten bij de opstelling van de beginbalans. Door het verantwoord van goodwill aan begin en eind kan enerzijds eventuele “slijtage” van de goodwill tot uitdrukking komen en kan anderzijds een eventuele toename van goodwill – voortgekomen uit offers en kosten die ten laste zijn gekomen van de ondernemingsresultaten – bijdragen tot winst (uit onderneming)”.

²¹ Zie p. 5.

²² Ook verplaatsing van een onderneming kan tot staking leiden. Daarbij is beslissend of de identiteit van de onderneming is gewijzigd (HR 19 maart 2010, nr. 08/02813, BNB 2010/214). “Helaas heeft de Hoge Raad niet aangegeven wat hij onder de identiteit verstaat” (p. 13).

²³ Zie daarover p. 25 en p. 28 van het rapport.

²⁴ Zie p. 4 en p. 7.

²⁵ Zie p. 48.

²⁶ Zie p. 144-145.

²⁷ Zie ook p. 48.

²⁸ Zie p. 147-148.

te ontwikkelen op dit terrein. Een deel van de objectieve vrijstellingen kan niet (meer) worden gerechtvaardigd. Dat geldt in het bijzonder voor de landbouwvrijstelling. Ook doorschuifregelingen zijn ten principale in strijd met het totaalwinstbegrip.²⁹ Verder meent de commissie dat er reden is om “op grond van de rechtszekerheid een beperking van de verliescompensatie naar het verleden te hanteren, maar niet naar de toekomst. Daartoe bestaat geen enkele reden, althans vanuit fiscaal perspectief” (p. 7).³⁰ Ook merkt de commissie op dat de verschuiving in de verliesverrekening die zich in het kader van het regime van de fiscale eenheid – met name bij ontvoeging van een maatschappij – kan voordoen, niet goed past in het totaalwinstconcept (p. 247-248).

Eveneens uitgesproken zijn de commissieleden over de rechtspraak van de Hoge Raad over de onzakelijke lening.³¹ De commissie vindt dat deze rechtspraak geen schoonheidsprijs verdient, aldus Kavelaars tijdens de vergadering. Zij, de commissie dus, noemt deze rechtspraak zelfs “volstrekt ondoorgrondelijk” (p. 7). Deze rechtspraak “past qua uitwerking ook niet in het systeem van de wet nu enerzijds de (herrekende) rente wel zakelijk is, maar de waardemutatie niet. De commissie is van oordeel dat deze leningvorm zonder enig probleem had en moet kunnen worden ondergebracht bij de hybride leningen” (p. 7).³² Als het aan de commissie ligt, wordt de onzakelijke lening derhalve gerubriceerd onder de categorie kapitaal.³³ De maatstaf die zij daarbij aanlegt bestaat uit “een generieke toets – te weten de zakelijkheidstoets – waarbij belangrijke betekenis toekomt aan de omvang van het debiteurenrisico enerzijds en de hoogte van de rentevergoeding en eventuele gestelde zekerheid anderzijds” (p. 237). Indien op basis van deze toets de geldverstrekking als onzakelijk moet worden aangemerkt, geldt zij als kapitaal.³⁴ Verder heeft de commissie, als gezegd, de wettelijke renteaftrekbepalingen tegen het licht gehouden. Het bestaande scala aan renteaftrekbepalingen (“een waar gedrocht”³⁵) vormt een niet geringe inbreuk op de totaalwinst. Ook daaraan refereerde Kavelaars in zijn inleiding. De commissie is van mening, dat art. 10b Wet Vpb 1969 zou moeten worden aangevuld met een tegenbewijsmogelijkheid, zodat (economische) dubbele belasting kan worden voorkomen (p. 176-177). Ook meent zij dat de wetgever een fundamentele keuze zou moeten maken als het gaat om de vraag welk lichaam bij een overname rente in aanmerking moet kunnen nemen.³⁶ “Vanwege de parallel met de toerekening van leningen aan vaste inrichtingen, geeft de commissie bij situaties waarbij sprake is van overnameholdings de voorkeur aan een renteaftrek bij de debiteur. Daar wordt immers de winst behaald waarvoor de kosten zijn gemaakt” (p. 247). Als het aan de commissie ligt, moet renteaftrek derhalve mogelijk zijn op het niveau van de dochtermaatschappij.³⁷

²⁹ Zie par. 2.5 en par. 2.9.

³⁰ Zie ook p. 109-110, het slot van par. 2.12.4 op p. 112 en p. 239. Zie ook p. 247-248, een passage die deel uitmaakt van de slotbeschouwing.

³¹ De “geldlening met onzakelijk debiteurenrisico wordt door de Hoge Raad (...) aangeduid met de term onzakelijke geldlening. Of deze term geheel gelukkig is gekozen, laat zich betwijfelen. De term onzakelijke geldlening komt bijvoorbeeld ook voor in samenhang met art. 10a Wet Vpb 1969 en heeft daar een andere betekenis” (J.N. Bouwman en M.J. Boer, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 246).

³² Zie in dit verband ook p. 159: “De geldverstrekking blijft fiscaalrechtelijk vreemd vermogen en het debiteurenrisico wordt in de kapitaalsfeer afgehandeld en als zodanig buiten de winstfeer gehouden. De ‘hybride’ behandeling die hiermee ontstaat ter zake van één vermogensbestanddeel spreekt de commissie niet aan”.

³³ Zie in deze zin ook R. van Scharrenburg en P.C. van der Vegt, ‘Onzakelijke aanvaarding van kredietrisico’s’, WFR 2015/422, p. 433.

³⁴ Zie ook p. 248.

³⁵ Zie p. 7.

³⁶ Art. 15ad Wet Vpb 1969.

³⁷ Zie p. 247.

De aandacht van Lubbers,³⁸ die als eerste een reactie op het rapport verzorgde, ging allereerst uit naar de onderzoeksvraag. De commissie heeft onder meer onderzocht of door de wetgever en in de rechtspraak een juiste invulling is gegeven aan het – door de commissie afgebakende – leerstuk van de totaalwinst, dat wil zeggen een die past binnen de doelstelling ervan. Lubbers vraagt zich af waaruit de commissie de doelstelling van het totaalwinstbegrip heeft afgeleid. Aangezien de wetgever dit begrip nauwelijks heeft toegelicht, zullen de maatstaven in de rechtspraak te vinden (moeten) zijn. Dit zou kunnen betekenen dat de commissie *aan de hand van* de rechtspraak heeft beoordeeld *of in de* rechtspraak een juiste invulling aan het winstbegrip is gegeven (die past binnen de doelstelling van het winstbegrip). Als dat zo zou zijn, is dat methodologisch gezien enigszins curieus te noemen.

In haar reactie op het door Lubbers betoogde, liet de commissie weten van oordeel te zijn dat weliswaar de doelstelling van het totaalwinstbegrip niet heel helder in de wetsgeschiedenis tot uitdrukking komt, maar dat de kern daarvan is dat het beoogt de ondernemings sfeer te onderscheiden van de niet-ondernemings sfeer en daarmee te bepalen wat wel en niet tot de winst uit een onderneming behoort. Daarbij spelen de maatschappelijke ontwikkelingen een belangrijke rol. Die doelstelling acht de commissie redelijk evident. De commissie gaf te kennen onder andere te hebben getoetst of aan die doelstelling in de rechtspraak een juiste invulling is gegeven door na te gaan op welke wijze die afbakening vorm heeft gekregen en of ten gevolge daarvan voordelen tot de winstsfeer worden gerekend die daar daadwerkelijk toe behoren dan wel juist daarvan geen deel uitmaken.

Bij voornoemde observaties van methodologische aard hield Lubbers het niet. Zo vroeg hij zich af op welke manier – aan de hand van welke maatstaven – de commissie de inbreuken op de totaalwinst heeft beoordeeld. In het rapport valt te lezen dat bedoelde inbreuken zijn te rechtvaardigen “indien deze daadwerkelijk effectiever blijken te zijn dan een buiten de winstsfeer geldende regeling” (p. 60). In hoeverre dat het geval is, heeft de commissie niet onderzocht. Dat heeft de commissie er niet van weerhouden om bijvoorbeeld tot de conclusie te komen dat de aftrek voor speur- en ontwikkelingswerk, een faciliteit in de winstsfeer, dient te vervallen.³⁹ Volgens Lubbers heeft de commissie zich er wat dat betreft te gemakkelijk vanaf gemaakt, omdat het op haar weg had gelegen om een nader onderzoek te doen naar de effectiviteit van de voormelde faciliteit. Als het om objectieve vrijstellingen gaat, hanteert de commissie overigens een ander criterium om te beoordelen of de inbreuk die zo’n vrijstelling nu eenmaal is, valt te rechtvaardigen, zo signaleerde Lubbers. De commissie is namelijk van mening dat zodanige vrijstelling alleen kan worden aanvaard indien daarvoor een maatschappelijk relevante rechtvaardiging kan worden aangevoerd (p. 235). In haar reactie maakte de commissie duidelijk dat zij van mening is dat het – anders dan Lubbers suggereert – aan de wetgever is om bedoelde inbreuken te onderbouwen.

De kritiek van Lubbers op – kort gezegd – de onderzoeksopzet van het rapport, die hij illustreerde met nog enkele andere voorbeelden, bracht hem tot de enigszins retorische vraag of de commissie er niet beter aan had gedaan een andere, beperktere onderzoeksvraag en een ander, eenduidig toetsingskader te formuleren. De commissie had zich, zo betoogde Lubbers, kunnen laten leiden door de vraag of de door de wetgever en de belastingrechter tot stand gebrachte totaalwinstregels voldoen aan de bekende beginselen van behoorlijke wetgeving (zoals rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen, doeltreffendheid en doelmatigheid, enz.). In de beleving van de commissie zou een dergelijk toetsingskader niet tot andere conclusies leiden, ook omdat een deel van de door de commissie gehanteerde criteria overeenstemt met de door Lubbers gepropageerde beginselen.

³⁸ A.O. Lubbers is als hoogleraar verbonden aan de Universiteit Leiden.

³⁹ Zie p. 61.

Vervolgens verlegde Lubbers zijn aandacht naar het begrip totaalwinst. In de wet is tot uitdrukking gebracht dat de totaalwinst die de ondernemer gedurende het tijdvak, waarin het hij als belastingplichtige een onderneming drijft, aan belastingheffing is onderworpen (het totaalwinstbeginsel).⁴⁰ Daarmee is in feite niets gezegd over de vraag wat het begrip totaalwinst inhoudt. De Hoge Raad zal dit begrip inhoud moeten geven, zo maakte Lubbers duidelijk. Dat heeft hij op zodanige wijze manier gedaan dat de Hoge Raad het totaalwinstbeginsel zo belangrijk vindt dat hij bereid is te accepteren dat winst in een onjuist jaar wordt belast teneinde dit beginsel te realiseren, aldus Lubbers. Aan de hand van een tamelijk recent arrest⁴¹ vroeg Lubbers zich af of de Hoge Raad de foutenleer ruim genoeg toepast. Voor de commissie is dit in zoverre geen vraag, dat zij de mening is toegedaan dat de Hoge Raad binnen het normatieve kader van de totaalwinst blijft, zo liet De Smit⁴² in zijn reactie namens de commissie weten. Zij kan zich wat dit betreft vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad.

Verder ging Lubbers in op een probleem dat hem al langer interesseert, namelijk de toerekening van baten en lasten als zich een sfeerovergang heeft voorgedaan van de belaste naar de onbelaste sfeer of vice versa. Daarvoor bestaan op dit moment geen regels. Het is daarom de vraag of grond van welke beginselen (zoals het hiervoor genoemde veroorzakingsbeginsel?) of regels baten en/of lasten moeten worden verdeeld over (of toegerekend aan) de belaste en onbelaste sfeer. Om deze vraag te concretiseren, liet Lubbers enkele voorbeelden de revue passeren.

In zijn slotbeschouwing legde Lubbers nog een aardige vraag voor de commissie op tafel: moet de Hoge Raad zich bij de verdere ontwikkeling van het totaalwinstbegrip concentreren op strakke regels, die de praktijk duidelijkheid bieden, maar ook mogelijkheden tot planning verschaffen, zoals de regels die gelden bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een hybride lening,⁴³ of zou de Hoge Raad (meer) gebruik moeten maken van open normen? Deze intrigerende vraag laat zich niet eenvoudig en evenmin eenduidig beantwoorden.⁴⁴ De commissie is in ieder geval van mening dat de manier waarop de Hoge Raad het begrip totaalwinst heeft vormgegeven, bevredigend is. Dat wil niet zeggen dat er geen verbeteringen mogelijk zijn. De commissie heeft immers een betrekkelijk groot aantal aanbevelingen geformuleerd en het is aan de Hoge Raad om daarmee iets te doen, voor zover hij dat aangewezen acht en daarvoor mogelijkheden ziet. Daarbij heeft de Hoge Raad volgens de commissie tamelijk veel vrijheid om zijn mede op maatschappelijke ontwikkelingen berustende inzichten te incorporeren in zijn rechtspraak. Als op enig moment blijkt dat de Hoge Raad moet terugkeren op zijn eerdere rechtspraak, acht de commissie dat niet bezwaarlijk, zeker niet als dat gepaard gaat met prospectieve overruling, een techniek die zich in een zekere mate van populariteit mag verheugen.

De bijdrage van Cornelisse,⁴⁵ de tweede debater, stond in het teken van de onzakelijke lening, een onderwerp dat in het rapport van de commissie een niet onbelangrijke plaats inneemt. Over dit onderwerp heeft de commissie harde noten gekraakt, zo merkte Cornelisse op. Wat de fiscale behandeling van deze lening betreft, heeft de Hoge Raad ervoor gekozen alleen het volledige

⁴⁰ Art. 3.8 Wet IB 2001.

⁴¹ HR 24 oktober 2014, 13/01674, BNB 2014/256.

⁴² R.C. de Smit is als docent verbonden aan het Fiscaal Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam

⁴³ Zie onder meer HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208. “Voor belastingplichtige en adviseur is de situatie (...) helder als glas: je kunt hybride financieringsvormen toepassen, maar je weet ook precies waar de streep ligt die je niet mag passeren”, aldus Frank Bracht, die ten tijde van BNB 1998/208 in de internationale adviespraktijk werkte (Henk Bergman, 36 Bepaalde Fiscale Arresten, Deventer: Kluwer 2009, p. 69).

⁴⁴ Zie daarover ook L.J.A. Pieterse, ‘Boekbespreking’, WFR 2015/745, par. 3.

⁴⁵ R.P.C. Cornelisse is hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, verbonden aan het Amsterdam Centre for Tax Law en werkzaam bij Loyens & Loeff.

debiteurenrisico in de vennootschapsrechtelijke sfeer te plaatsen.⁴⁶ De Hoge Raad had ook ervoor kunnen kiezen de onzakelijke lening als kapitaal te duiden, en op die manier een vierde kwalificatievariant te accepteren, zoals Cornelisse dat noemde. Daarvoor heeft hij niet gekozen. Evenmin heeft de Hoge Raad gekozen voor de zogenoemde splitsingsvariant. Voor de lening als geheel moet namelijk worden beoordeeld of sprake is van een onzakelijke lening, zo leert de Hoge Raad.⁴⁷ Vervolgens hield de debater beide varianten, de herkwalificatie- en de splitsingsvariant dus, tegen het licht, een exercitie voor specialisten waarop De Smit later uitvoerig reflecteerde, en wel in zijn namens de commissie gegeven reactie op het betoogde.

Cornelisse, die in de microfoon een onbetrouwbare vriend vond, kan al met al instemmen met de benadering die de Hoge Raad heeft neergelegd in zijn (basis)arresten. Dat wil niet zeggen dat het door de Hoge Raad vormgegeven leerstuk van de onzakelijke lening in alle opzichten een goede en consistente oplossing vormt voor situaties die zich in de praktijk aandienen. Zo roept de borgstellingsanalogie, de methode die de Hoge Raad voorschrijft om de rente van een onzakelijke lening te bepalen, vragen op. De keuze voor deze methode valt weliswaar te verklaren, maar de analogie, de vergelijking met een lening die bij een derde wordt opgenomen met een borgstelling van de crediteur,⁴⁸ gaat volgens Cornelisse niet op, omdat in de ene situatie sprake is van een rente met inachtneming van het risicoprofiel van de crediteur en in de andere situatie het debiteurenrisico volledig wordt geëlimineerd. Dat leidt tot een resultaat dat op gespannen voet staat met de – vanuit het perspectief van transfer pricing – ideale, zakelijke beprijzing van het debiteurenrisico.

Verder ging Cornelisse in op de fiscale consequenties indien een onzakelijke, afgewaardeerde lening, al dan niet tegelijkertijd met de aandelen, wordt vervreemd aan een willekeurige derde. Dat dan het afwaarderingsverlies bij een belastingplichtig lichaam definitief verloren gaat, is volgens Cornelisse in overeenstemming met doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling. Als het afwaarderingsverlies wordt geleden door een natuurlijk persoon, dreigt een dergelijk verlies tussen wal en schip terecht te komen, zo betoogde Cornelisse. Om dat te voorkomen, zal de nodige creativiteit aan de dag gelegd moeten worden. Zo is het denkbaar dat het afwaarderingsverlies bij de vervreemder van de aanmerkelijkbelangaandelen kan worden opgevoerd als “ten laste van de vervreemder komende kosten”.⁴⁹ Dit is een vergaande stelling, zo gaf Cornelisse toe. De rechter kan ook voor enkele andere varianten kiezen. Een andere mogelijkheid om tot een consistente fiscale behandeling te komen, is ingrijpen van de wetgever, bijvoorbeeld door een aftrekbare afwaardering van de aandelen toe te staan.⁵⁰

De situatie wordt (nog) onoverzichtelijker als degene die het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening moet verteren geen aandeelhouder is. Of dit verlies op een of andere manier kan worden vergolden, is niet duidelijk.⁵¹

Ook het perspectief van degene die de (gecedeerde) onzakelijke lening verwerft, werd behandeld. Zo stelde Cornelisse de vraag of een zodanige lening ook voor deze derde een onzakelijke lening vormt. Dat is volgens hem niet het geval, omdat, zoals hij dat noemde, voor de crediteur een nieuwe situatie ontstaat, maar beslist is deze kwestie nog niet. Evenmin duidelijk is hoe een eventuele, latere kwijtschelding van de lening bij de debiteur moet worden behandeld. Denkbaar is dat de vermogenstoename bij hem als (kwijtscheldings)winst moet worden bestempeld, al is ook verdedigbaar dat de kwijtschelding moet worden gesplitst. Een zodanige splitsing houdt in dat naast (kwijtscheldings)winst ook een inbreng van informeel kapitaal moet worden

⁴⁶ De vennootschapsrechtelijke sfeer bestaat uit de kapitaal- en de aandeelhouderssfeer.

⁴⁷ Zie HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.5.

⁴⁸ Zie r.o. 3.3.4 van HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

⁴⁹ Art. 4.20 Wet IB 2001.

⁵⁰ Een faciliteit à la art. 13ca (oud) Wet VPB 1969.

⁵¹ Zie daarover R.P.C. Cornelisse, ‘Verstrekking van een onzakelijke geldlening door een natuurlijk persoon die geen aandeelhouder is in de schuldenaar’, WFR 2015/535, par. 2.

onderkend, namelijk voor het deel van de waardedaling van de lening dat niet in de (belaste) winstfeer, maar in de (onbelaste) kapitaalsfeer heeft plaatsgevonden.⁵²

De soms enigszins exotische situaties die Cornelisse de aanwezigen schetste, laten zien dat de Hoge Raad over nog heel wat kwesties zal moeten beslissen, als de wetgever tenminste niet het initiatief neemt om de gevolgen van de onzakelijke lening voor die tijd in de wet vast te leggen.

3 Goed koopmansgebruik

Tijdens de vergadering werd ook ruim aandacht geschonken aan het rapport over de toekomst van goed koopmansgebruik, een rapport dat door een commissie onder voorzitterschap van Essers⁵³ tot stand is gebracht.⁵⁴

Dat de fiscale jaarwinst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik, zal niemand zijn ontgaan (dat is gemakkelijk opgeschreven, maar het fiscale circuit kent de nodige kostgangers die bepaald vreemd genoemd kunnen worden, en degene die daar oog voor heeft, bijvoorbeeld tijdens een bijeenkomst als de onderhavige, zal merken dat verbazing bijzonder veel uithoeken blijkt te kunnen hebben). De exacte oorsprong van het begrip goed koopmansgebruik is moeilijk te achterhalen, zo volgt uit het rapport. De embryonale gestalte van de huidige verschijningsvorm van dit begrip kan worden gevonden in regels die stammen uit de jaren negentig van de negentiende eeuw.⁵⁵ De voorloper van art. 3.25 Wet IB 2001 is in 1950 in de belastingwetgeving opgenomen en tot wasdom gekomen door een “zowel qua omvang als kwaliteit indrukwekkende stroom van jurisprudentie”.⁵⁶ Een behoorlijk aantal – nog steeds geldend recht vertolkende – arresten is tot stand gekomen in de jaren vijftig van de vorige eeuw, zo memoreerde Bavinck op enig moment tijdens de vergadering. Een oordeel geven over vraagstukken op het terrein van de winstbepaling “is een delicaat werk voor juristen, die in de bedrijfseconomie en de bedrijfsleer niet opgeleid zijn”, aldus Nypels in een opstel dat in het begin van de jaren vijftig van de vorige eeuw is geschreven.⁵⁷ Hij vervolgt: “Valt met ere te constateren, dat de meest bevoegde deskundigen, indien dit hun een enkele maal gevraagd werd, steeds bereid bleken belangeloos aan de raadsheren privé hun voorlichting te geven, het verdient ernstige overweging ook in de wet de mogelijkheid te openen voor den Hoge Raad om op minder informele wijze zijn licht bij deskundigen te zoeken”.⁵⁸

Uit een analyse van de rechtspraak volgt dat de arresten van de Hoge Raad, die in het verleden kennelijk mede tot stand zijn gekomen door informele inbreng van derden, zich afspelen in het spanningsveld tussen realiteit, voorzichtigheid en eenvoud (p. 12). In het rapport maakt de commissie onder meer duidelijk dat bij het vaststellen van de fiscale jaarwinst zoveel mogelijk dient te worden uitgegaan van de economische werkelijkheid (p. 12).⁵⁹

De fiscale winstberekening staat dus niet op zichzelf. De leer van de bedrijfseconomie werkt daarin door, en dat is ook door de Hoge Raad aanvaard in een – volgens Essers – klassiek arrest

⁵² Zie voor een uitgewerkt voorbeeld: P.G.H. Albert, ‘De onzakelijke lening’, TFO 2014/134.1, par. 9.1.

⁵³ P.H.J. Essers is als hoogleraar belastingrecht verbonden aan Tilburg University.

⁵⁴ Het rapport is geschreven door J. den Boer, B. Dieleman, J. Doornebal, P.H.J. Essers, J.M. van der Heijden, M.N. Hoogendoorn, S.F.M. Nickel en R. Russo.

⁵⁵ Zie p. 1 van het rapport.

⁵⁶ Zie p. 4.

⁵⁷ L.A. Nypels, ‘De belastingkamer’, in: Door Tijd en Vlijt 1777-1952, ’s-Gravenhage: De Nederlandsche Boeken- en Steendrukkerij v/h H.L. Smits 1952, p. 33-34.

⁵⁸ Zie over deze informele bijstand van deskundigen ook: C.B. Bavinck, ‘Moet de Hoge Raad deskundigen en amici curiae inschakelen?’, WFR 2009/4, par. 5.

⁵⁹ “Als er één gebied is waar *substance over form* geldt, dan is het wel de fiscale jaarwinstbepaling” (p. 12).

dat dateert uit de jaren vijftig van de vorige eeuw.⁶⁰ De in het arrest neergelegde rechtsregels gelden nog steeds.⁶¹ De Hoge Raad is van oordeel, zo volgt uit dit arrest, dat een stelsel van jaarlijkse winstberekening voor de belastingheffing in de regel als strokend met goed koopmansgebruik behoort te worden aanvaard, indien dat stelsel is gegrond op hetgeen de bedrijfs-economie omtrent de juiste wijze van winstbepaling leert.⁶² De commissie Essers problematiseert deze verhouding, onder meer omdat zij verwacht dat de leer van de bedrijfseconomie steeds meer onder invloed komt te staan van de belangrijkste externe verslaggevingsnorm, en dat is IFRS.⁶³ Deze observatie brengt de commissie tot de probleemstelling van het onderzoek: in welke mate kunnen IFRS/IAS en de bepalingen over de vaststelling van de grondslag van de ontwerprichtlijn CCCTB nu en in de toekomst behulpzaam zijn bij de invulling van goed koopmansgebruik.⁶⁴ Tijdens de vergadering deed Essers uit de doeken hoe de commissie te werk is gegaan. De commissie heeft, zo legde Essers uit, overeenkomsten en verschillen tussen de verschillende regimes in beeld gebracht. In dat kader is het van belang om in de gaten te houden dat verschillen in doelstelling bestaan. Ook de oriëntatie verschilt. In de sfeer van goedkoopmansgebruik bijvoorbeeld is de balans winstbepalend, terwijl IFRS/IAS uitgaat van een vermogensbepalende balans.

In aansluiting op deze algemene gezichtspunten, besprak Essers in hoog tempo de belangrijkste conclusies en aanbevelingen per onderdeel van de balans. Wat de voorraden betreft, is de commissie tot de bevinding gekomen dat kosten niet aan de voorraden behoeven te worden toegerekend als er een ver verwijderd verband is tussen kosten en opbrengsten. Dit geldt zowel voor IFRS als goed koopmansgebruik. Verder pleit de commissie ervoor de waardering kostprijs of lagere (inkoop)marktwaarde te vervangen door een fiscale waardering op kostprijs of lagere (verkoop)marktwaarde (opbrengstwaarde).⁶⁵ Bij de afwaardering van bedrijfsmiddelen, een ander element dat Essers besprak, springt het begrip bedrijfswaarde in het oog. Dit is een onwerkbaar begrip. De afwaarderingmethode die IFRS kent, acht de commissie beter hanteerbaar. Tot slot presenteerde Essers enkele algemene conclusies. Volgens de commissie kan IFRS nu en in de toekomst zowel wat de formele als de inhoudelijke aspecten betreft een belangrijke inspiratiebron zijn voor goed koopmansgebruik, al zal altijd een verstaalslag nodig zijn om in andere gremia, internationale ontwikkelde concepten over te planten naar het domein van de fiscaliteit. Verder is de commissie van mening dat de ontwikkeling van goed koopmansgebruik meer dan tot dusverre zou moeten geschieden via een bottom-up benadering dan via een top-down benadering. Het verdient in dit verband aanbeveling, aldus Essers, een Raad voor de fiscale jaarwinstbepaling te vormen, waarin richtlijnen en convenanten tot stand komen met betrekking tot onderdelen van de fiscale jaarwinstbepaling die voor de praktijk een leidraad kunnen vormen.⁶⁶

⁶⁰ HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208. Bij de formulering van het arrest zal de Hoge Raad zich vermoedelijk hebben laten inspireren door de in de literatuur gehuldigde opvattingen. Zie onder meer over die opvattingen ‘Goed koopmansgebruik’, een opstel van M.J.H. Smeets, verschenen in *Maandblad voor belastingrecht* (mei 1957), een uitgave die later is opgegaan in het huidige MBB. Zie ook de noot van Smeets bij HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208.

⁶¹ HR 10 juli 2015, nr. 14/03102, V-N 2015/34.15. Dit arrest wordt genoemd op p. 19 van het rapport.

⁶² “Deze regel lijdt uitzondering”, aldus de Hoge Raad, “ingeval het volgen van het bedrijfseconomische inzicht tot strijd met enig voorschrift van de belastingwetgeving zou voeren of indien daardoor aan de algemene opzet of aan een beginsel van de belastingwet om de toepassing waarvan het gaat, te kort zou worden gedaan (vgl. HR 8 mei 1957, nr. 12931, BNB 1957/208).” Zie HR 10 juli 2015, nr. 14/03102, V-N 2015/34.15, r.o. 2.4.3.

⁶³ International Financial Reporting Standards (IFRS).

⁶⁴ Zie p. 8 van het rapport.

⁶⁵ Zie par. 4.2.

⁶⁶ Zie p. 313.

Het debat over goed koopmansgebruik werd geopend door Ter Hoeven.⁶⁷ Deze debater had de nodige complimenten voor de auteurs van het rapport in petto. Zo vindt hij het voorstel tot een Raad voor de fiscale winstbepaling te komen, een prima idee. Als het aan hem ligt zou in een dergelijke raad ook plaats moeten zijn voor een vertegenwoordiger van de Raad voor de jaarverslaggeving. Maar het zal niet verbazen dat Ter Hoeven ook enkele kritische observaties met de aanwezigen deelde. De aanbevelingen die de commissie doet, hadden bijvoorbeeld wel wat richtinggevender gekund. Verder heeft Ter Hoeven moeite met het beeld dat de commissie geeft van IFRS, met name de vermeende prominentie van fair value is in het rapport wat zwaar aanzet. De meeste belastingplichtigen rapporteren op basis van historische kosten, ook onder IFRS, zo liet hij weten.

Verder legde Ter Hoeven uit dat degenen die de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving opstellen, over het algemeen een eigen koers varen, en internationale verslaggevingsregels alleen in de richtlijnen inpassen als zij waarde toevoegen.

Vervolgens behandelde hij enkele activa. Als het om de waardering van voorraden gaat, zijn het ijzerenvoorraadstelsel en het zogenoemde collectieve lifo complex, vooral in de toepassing daarvan. Mede daarom wordt in de praktijk van fifo uitgegaan. Bovendien zijn de fiscale boekwaarden op enig moment niet meer realistisch en bestaat de voortdurende dreiging dat de stille reserves worden gerealiseerd. Anders dan de commissie meent Ter Hoeven dat genoemde bijzondere stelsels beter in de ban gedaan kunnen worden. De commissie wees in haar reactie op het ontbreken van een inflatieneutraal fiscaal winststelsel. Als afscheid genomen zou worden van beide substantialistische stelsels, kan een min of meer inflatieneutrale waardering van voorraden niet meer worden bereikt, aldus de commissie. Wat de afwaardering van voorraden betreft, kan Ter Hoeven instemmen met de opvatting van de commissie om in voorkomende gevallen afwaardering naar lagere opbrengstwaarde mogelijk te maken.

Het begrip onderhanden werk is volgens Ter Hoeven moeilijk te duiden. Als het om een project gaat, dat wil zeggen werk in opdracht van derden, heeft de post volgens Ter Hoeven het karakter van vooruitgefactureerd of nog te factureren werk, een monetaire post derhalve. Ter zake daarvan moet winst worden genomen naargelang het project vordert (*percentage-of-completion*-methode), een voorschrift dat niet alleen voor het opstellen van een jaarrekening geldt, maar sinds een aantal jaren ook in de fiscaliteit moet worden gevolgd.⁶⁸ Dit voorschrift (“een rare vogel”, aldus Essers) acht de commissie een geïsoleerde en onwenselijke uitzondering op het realisatiebeginsel van goed koopmansgebruik. De waardecreatie die aldus tot uitdrukking wordt gebracht, vormt immers pas verteerbaar inkomen als het project wordt opgeleverd. Ter Hoeven daarentegen acht voortschrijdende winstneming in overeenstemming met de economische realiteit.

Na de verwerking van vastgoed kort aangeraakt te hebben, bleef de spreker wat langer stilstaan bij financiële instrumenten. Dat IFRS 9 voorschrijft dat financiële instrumenten in beginsel moeten worden gewaardeerd tegen de – soms onvoorzichtige – reële waarde, zoals in het rapport wordt opgemerkt,⁶⁹ acht Ter Hoeven onzin. Bij deze standaard wordt bijvoorbeeld rekening gehouden met verwachte verliezen en dat acht de spreker voldoende voorzichtig. Verder is het zo dat banken bijna alle verschuldigde en uitstaande leningen waarderen tegen kostprijs en dus niet tegen reële waarde. Deze systematiek geldt ook voor financiële instrumenten bij corporaties. De commissie gaf in een reactie hierop aan dat zij vooral het oog had gehad op derivaten.

⁶⁷ R.L. ter Hoeven is als hoogleraar verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen en tevens werkzaam bij Deloitte.

⁶⁸ Art. 3.29b Wet IB 2001.

⁶⁹ Zie p. 308.

Debater Bruins Slot⁷⁰ liet weten zeer veel waardering te hebben voor het werk dat de commissie heeft verzet. Zowel beleidsmakers als leden van de Hoge Raad kunnen hun voordeel doen met de bespiegelingen die in het rapport zijn te vinden. Dit betekent niet dat Bruins Slot – als aangezochte debater, en die hoedanigheid veronderstelt een kritische grondhouding – geen aanmerkingen heeft op het rapport. Zo zoemde hij in op de probleemstelling van de commissie. Volgens Bruins Slot zou – anders dan de commissie heeft gedaan – eerst de vraag moeten worden behandeld of het wenselijk is de fiscale jaarwinstbepaling af te stemmen op de internationale verslaggevingsregels, om pas daarna, dat wil zeggen bij bevestigende beantwoording van deze vraag, in te gaan op de vraag of zoiets haalbaar is (en niet andersom, zoals de commissie het onderzoek heeft opgezet). Ook uit het vervolg van zijn inleiding werd duidelijk dat Bruins Slot, zoals van een aanhanger van de stadionclub mag worden verwacht, een pragmatische benadering voorstaat. Als in de praktijk blijkt dat wordt gekozen voor bedoelde internationale regels, zoals beursgenoteerde ondernemingen doen, is het zaak dat daarbij in het fiscale domein wordt aangesloten. Dat is wel zo praktisch. De commissie wees erop dat veel MKB-ondernemingen IFRS niet toepassen. Bovendien is het van belang om te weten dat ook volgens de Hoge Raad IFRS in lang niet alle gevallen verplicht kan worden voorgeschreven.

Verder ging Bruins Slot in op de vraag in hoeverre de bedrijfseconomie in fiscaal opzicht de juiste leidraad kan zijn. Dat illustreerde hij aan de hand van een passage uit het rapport. “De zeer moeizame totstandkomingsgeschiedenis van zowel IAS 39 als IFRS 9 toont aan dat (ook) jaarverslaggevingsexperts grote moeite hebben om grip te krijgen op de financiële verantwoording rond financiële instrumenten” (p. 307). Even verderop laat de commissie weten dat “(n)ie-mand (...) er bij (is) gebaat als de fiscale jaarwinstbepalingsregels zouden meedeinen op de nogal onstuimige en onvoorspelbare golfbewegingen van IFRS op dit terrein” (p. 308). Daarmee, aldus Bruins Slot, haalt de commissie snoeihard uit naar onze vrienden die als accountant werkzaam zijn. Dat zijn weliswaar rare jongens, die accountants, aldus Bruins Slot, maar als belastingplichtigen de complexe internationale regels toch moeten toepassen, is er niets op tegen de fiscale winstbepaling daarbij te laten aansluiten. Bovendien kan moeilijk worden volgehouden dat goed koopmansgebruik wel een exponent is van rust en stabiliteit. Deze bewering onderbouwde Bruins Slot – op tamelijk hilarische wijze – onder verwijzing naar de rechtspraak van de Hoge Raad over de mogelijkheid een voorziening te vormen, en dan in het bijzonder in hoeverre daarbij acht moet worden geslagen op na balansdatum bekend geworden feiten en omstandigheden die licht werpen op de toestand per balansdatum.⁷¹

Vervolgens schakelde Bruins Slot moeiteloos over naar het bekende marketmakerarrest.⁷² Dit arrest vormt het voorlopige eindpunt van de ontwikkeling van het fenomeen samenhangende waardering, een leerstuk dat de Hoge Raad de afgelopen jaren gestalte heeft gegeven. Bruins Slot legde een passage uit voornoemd arrest, een niet onbelangrijke rechtsoverweging, onder het vergrootglas.⁷³ In de situatie dat een hedge wordt verbroken, bijvoorbeeld doordat het desbetreffende derivaat van de hand wordt gedaan, en de belastingplichtige niet van plan is de

⁷⁰ W. Bruins Slot is werkzaam bij Meijburg & Co.

⁷¹ Hij doelde op de spanning die bestaat tussen HR 11 april 2008, nr. 44 089, BNB 2008/168 en HR 22 september 1993, nr. 28 878, BNB 1994/33. Zie daarover, onder verwijzing naar opvattingen daarover in de literatuur, de conclusie van A-G Wattel bij HR 17 oktober 2014, nr. 13/05868, BNB 2014/255, onderdelen 4.10 en 4.11.

⁷² HR 21 maart 2014, nr. 12/02793, BNB 2014/116.

⁷³ Het gaat om r.o. 3.5.3: “Indien een belastingplichtige, zoals in het onderhavige geval, bij voortdurende ernaar streeft met betrekking tot een groep effecten door middel van hedging het koersrisico te minimaliseren, is het niet in overeenstemming met goed koopmansgebruik om, indien de tot die groep behorende effecten op kostprijs worden gewaardeerd, bij realisatie van een verlies op tot de groep behorende effecten dat verlies op dat moment in aanmerking te nemen ingeval de totale kostprijs van de groep effecten – inclusief de kostprijs van de tot de groep behorende met verlies verkochte effecten – lager is dan de beurswaarde van de overblijvende effecten van die groep vermeerderd met de gerealiseerde verkoopopbrengst van de verkochte effecten van die groep.”

verbroken positie nadien te herstellen, is het – anders dan de commissie denkt⁷⁴ – wel degelijk mogelijk dat een verlies dat op het verbrekingsmoment wordt gerealiseerd, mag worden genomen.⁷⁵ Dat is slechts anders, zo volgt uit het arrest, als de belastingplichtige “bij voortdurend ernaar streeft met betrekking tot een groep effecten door middel van hedging het koersrisico te minimaliseren”.⁷⁶ In een zodanig geval vereist goed koopmansgebruik dat het verlies (nog) niet mag worden genomen, maar moet worden geactiveerd en tot uitdrukking worden gebracht in de resterende positie.

4 Tot besluit

Het zal in de historie van de Vereniging voor Belastingwetenschap niet vaak – misschien zelfs niet eerder – zijn voorgekomen dat twee rapporten tijdens één vergadering zijn besproken. De thema’s die in beide – hiervoor tamelijk beknopt besproken – studies aan de orde zijn gesteld, zijn zo verwant dat de gezamenlijke bespreking daarvan weliswaar ambitieus, maar desalniettemin vruchtbaar is gebleken. Die conclusie kan zonder meer worden getrokken. Zowel de inhoud van de rapporten als de discussies die tijdens de bijeenkomst hebben plaatsgevonden, zullen door de aanwezigen ongetwijfeld als bron van inspiratie zijn ervaren. Binnenkort vindt wederom een bijeenkomst van de Vereniging voor Belastingwetenschap plaats. De locatie van deze bijeenkomst, die voor 11 november aanstaande op de agenda staat, en waarvoor aanmelden verplicht is,⁷⁷ is de grote zittingszaal van de Hoge Raad. Bij die gelegenheid wordt het – inmiddels verschenen – rapport over de belastingkamer van de Hoge Raad besproken.⁷⁸ Maar daar blijft het niet bij. Volgend jaar, zo liet Kavelaars weten, zullen in ieder geval rapporten over misbruik van recht en grensarbeiders worden behandeld.

⁷⁴ Zie p. 257 van het rapport.

⁷⁵ W. Bruins Slot, ‘Gezamenlijk waarden na het jongste marketmakerarrest’, WFR 2014/1528 en W. Bruins Slot en E.D.M. Gerrits, ‘Een andere behandeling van interest rate swaps in de winstfeer’, WFR 2015/359, par. 7.2.

⁷⁶ Zie r.o. 3.5.3

⁷⁷ Dat kan via de website van de Vereniging voor Belastingwetenschap.

⁷⁸ De belastingkamer van de Hoge Raad: verleden, heden en toekomst – een verkenning (Geschrift nr. 255).