

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Het (on)begrijpelijke arrest van de Hoge Raad over de transitorische actiefpost voor aan- en verkoopkosten van een deelneming

Een onderzoek naar de aftrekbeperking van aan- en verkoopkosten voor deelnemingen in artikel 13 Wet Vennootschapsbelasting 1969 en de verhouding tot de beginselen van goed koopmansgebruik en de foutenleer.

Naam	Michiel Suijker
Studentnummer	453510
Begeleider	Drs. A.W. de Beer
Tweede beoordelaar	Mr. Y. Vink
Datum	31 juli 2022

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoudsopgave

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN	3
1. INLEIDING.....	4
1.1 AANLEIDING ONDERZOEK	4
1.2 KOSTEN TER ZAKE VERWERVING OF VERVREEMDING DEELNEMING	5
1.3 PROBLEEMSTELLING EN OPZET	8
1.4 AFBAKENING.....	10
HOOFDSTUK 2: SYSTEMATIEK WET VPB	11
2.1 RECHTSGRONDEN VENNOOTSCHAPSBELASTING	11
2.2 BELASTBAAR BEDRAG	12
2.3 DEELNEMINGSVRIJSTELLING	12
2.4 KOSTEN TER ZAKE EEN DEELNEMING	14
2.5 DEELCONCLUSIE	22
HOOFDSTUK 3: TOTAALWINST EN JAARWINST	24
3.1 TOTAALWINST	24
3.2 JAARWINST.....	25
3.3.1 REALITEITSBEGINSEL	26
3.3.2 VOORZICHTIGHEIDSBEGINSEL	27
3.3.3 EENVOUDSBEGINSEL	28
3.4 TRANSITORISCHE ACTIEFPOST	29
3.5 DEELCONCLUSIE	32
HOOFDSTUK 4 DE FOUTENLEER IN RELATIE TOT DE TRANSITORISCHE ACTIEFPOST	34
4.1 DE FOUTENLEER	34
4.2 'FOU' VOLGENS DE FOUTENLEER	36
4.2.1 FOUTENLEER ALS ALTERNATIEF VOOR DE TRANSITORISCHE ACTIEFPOST	38
4.4 DEELCONCLUSIE	40
HOOFDSTUK 5: CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN	41
CONCLUSIE	41
AANBEVELINGEN	44
LITERATUURLIJST.....	46

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
B	Beslissingen in belastingzaken
BNB	Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
G.k.g.	Goed koopmansgebruik
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
Jo.	Juncto
MBB	Maandblad Belasting en Beschouwingen
NTRF	Nederlands tijdschrift voor Fiscaal Recht
NLF	NL Fiscaal
Nr.	Nummer
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
Wet VpB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WOB	Wet openbaarheid van bestuur

1. Inleiding

1.1 Aanleiding onderzoek

De belastingheffing van multinationals is tegenwoordig zowel maatschappelijk als politiek een veelbesproken onderwerp. In de media worden artikelen gepubliceerd over de geringe belastingdruk van multinationals en politieke partijen roepen op om deze groep zwaarder te belasten.¹ Door veranderingen in de economie, zoals digitalisering en globalisering, is de huidige vennootschapsbelasting weinig doeltreffend en maken internationale mismatches het lucratief om winsten te alloceren.² Om de erosie van deze winstbelasting te voorkomen presenteerde de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) in 2015 vijftien actieplannen in opdracht van de G20, genaamd Base Erosion and Profit Shifting (hierna: BEPS-)project.³

Voor ondernemingen is belastingheffing een overweging in de investeringsbeslissingen. Naast de belastingheffing spelen verschillende overwegingen een rol voor het Nederlandse vestigingsklimaat. Een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat lijkt bij te dragen aan meer investeringen in Nederland.⁴ De daadwerkelijke effecten van een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat zijn lastig te meten. Een goede infrastructuur, hoogopgeleide inwoners en stabiele politiek maken hiervan ook deel uit. De effectieve belastingdruk van Nederlandse multinationals bedroeg tussen de jaren 2010-2017: 19%.⁵ Het Ministerie van Financiën heeft vastgesteld dat de effectieve belastingdruk van multinationals aanzienlijk verschilt van die van andere bedrijven, waaronder het internationaal opererende midden- en kleinbedrijf (28%) en nationaal opererende midden- en kleinbedrijf (25%). Als verklaring hiervoor stelt het Ministerie van Financiën dat multinationals relatief meer gebruik maken van tariefvoordelen, zoals de innovatiebox, en daarnaast minder vaak dan andere bedrijven te maken hebben met specifieke aftrekbeperkingen, zoals de beperking van aan- en verkoopkosten van deelnemingen.⁶ Regulering van de effectieve belastingdruk ontstaat door de fiscale autonomie van staten. Waardoor hebben multinationals een prikkel om te investeren in jurisdicties waar de belastingdruk voor hen het laagst uitvalt. Naast dat de

1 Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 35 110, nr. 11

2 P. Hofmann, &N. Riedel, 12 december 2019, 'Concurrentie met de vennootschapsbelasting: een Nederlands perspectief', ESB

3 OESO, 5 oktober 2015, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.

4 Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 300, nr. 45

5 Ministerie van Financiën, 18 mei 2020, Syntheserapport Bouwstenen voor een beter belastingstelsel, paragraaf 6.2

6 In de periode 2010-2017 is gebleken dat 40% van de totale grondslag van de innovatiebox toerekenbaar was aan de Nederlandse multinationals. Deze groep betaalde slechts 10% van de totale vennootschapsbelasting in 2017.

verschillen in effectieve belastingdruk van bedrijven worden problemen gesignaleerd door vergroting van de administratieve lasten door de complexe regelgeving in staten. Dit probleem wordt vergroot wanneer de jurisprudentie geen duidelijkheid biedt. In deze scriptie zal een specifiek probleem worden behandeld, namelijk de aftrekbeperking van aan- en verkoopkosten bij deelnemingen.⁷

De Adviescommissie belastingheffing van multinationals adviseert om voor multinationals meer balans te creëren tussen een eerlijke belastingheffing en een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat. Hierbij stellen zij onder andere voor om de innovatiebox te verlagen en de aftrekbeperking op aan- en verkoopkosten van deelnemingen af te schaffen.⁸ Van Strien is het eens met deze ‘welkome vereenvoudiging’ uit het rapport van de Adviescommissie.⁹ Desondanks is hij zeer sceptisch over de slagingskans van het afschaffen van de aftrekbeperking op aan- en verkoopkosten vanwege het politieke risico. Het budgettaire effect van de afschaffing van de aftrekbeperking op aan- en verkoopkosten van een deelneming wordt geraamd op zeshonderd miljoen euro. Deze grondslagversmalling zou in de politiek kunnen worden gezien als een cadeau voor de multinationals.

Hoewel afschaffen van de regelgeving eventueel wenselijk kan zijn is het dus politiek zeer onwaarschijnlijk. Daarom is het des te belangrijker dat de wetgeving en jurisprudentie omtrent de aftrekbeperking van aan- en verkoopkosten duidelijk zijn. Desondanks heeft de Hoge Raad op 7 december 2018 een wellicht onbegrijpelijk arrest gewezen over het opstellen van een transitorische actiefpost. In deze scriptie zal worden ingegaan op de transitorische actiefpost zoals volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018, BNB 2019/26.¹⁰

1.2 Kosten ter zake verwerving of vervreemding deelneming

Op grond van artikel 8 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB 1969) juncto (hierna: jo.) artikel 3.8 Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) zijn bij de bepaling van de winst de zakelijke kosten aftrekbaar. Artikel 13, lid 1, Wet VpB 1969 stelt de voordelen uit hoofde van een deelneming vrij. Hierdoor worden de winsten en verliezen op deelnemingen niet belast. Sinds 2004 is daarnaast in artikel 13, lid 1, Wet VpB geregeld dat

⁷ Zie onder andere A.I. Hartevelde, R.J. de Vries, F.J. Elsweier, 2 mei 2022, Fiscale aftrekbaarheid van aan- en verkoopkosten inzake deelnemingen: Helaas nog steeds geen duidelijkheid, MBB 2020/5, p. 58, W. Bruins Slot, ‘Opa is gek’, WFR 2020/7 en W.R. Kooiman, ‘HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2264: Oorzaak of gevolg?’, NLF-Opinies 2019/13.

⁸ Adviescommissie Belastingheffing van multinationals, 15 april 2020, Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting: analyses en aanbevelingen, paragraaf 8.4

⁹ J. van Strien, Afschaffen aftrekverbod aan- en verkoopkosten deelnemingen (vpb), NLFs 2020/0198

¹⁰ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264

deze vrijstelling ook geldt voor de kosten ter zake van de verwerving van een deelneming. Het betrof in eerst instantie de aankoopkosten van een deelneming, waaronder vallen notaris-, bemiddelaars, advies- en transactiekosten.¹¹ In 2007 heeft de wetgever ter verbreding van de grondslag de verkoopkosten toegevoegd.

Voor de invoering van de aftrekbeperking in 2004 werd op basis van goed koopmansgebruik beoordeeld of de aankoopkosten geactiveerd dienden te worden bij de deelneming en hiermee onder de deelnemingsvrijstelling vielen. Op 7 december 2002, BNB 2019/26, concludeerde de Hoge Raad – in tegenstelling tot de eerder gewezen jurisprudentie – dat de aankoopkosten van een deelneming ten laste van de winst dienden te worden gebracht in het jaar dat de kosten werden gemaakt. Dit betekent dat de aankoopkosten niet meer geactiveerd dienden te worden bij de aanschaffingskosten van de deelneming.

Door de uitspraak van de Hoge Raad ontstond een heffingslek. Om die reden heeft de wetgever – met een overgangsregeling voor de tussenliggende periode – reparatiewetgeving ingevoerd.¹² Later zijn – zoals reeds benoemd – de verkoopkosten toegevoegd aan de aftrekbeperking.

Na inwerkingtreding van de reparatiewetgeving over aan- en verkoopkosten ontstond veel onduidelijkheid over de kwalificatie van het zogenoemde ‘omslagpunt’. Dit was het moment dat kosten werden gekwalificeerd als aan- en verkoopkosten. In de literatuur bestond onduidelijkheid wanneer sprake was van een rechtstreeks oorzakelijk verband (het zogenoemde: causaliteitscriterium). Tot aan het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018, BNB 2019/26, werd aangesloten bij de jurisprudentie omtrent andersoortige of reguliere bedrijfsmiddelen.¹³¹⁴ Dit gebeurde op basis van goed koopmansgebruik.¹⁵ Deze rechtspraak beschrijft dat sprake is van een rechtstreeks oorzakelijk verband vanaf het moment dat er een redelijke mate van zekerheid of een verwachting bestaat dat de deelneming zal worden verworven of vervreemd. Desondanks waren er weinig duidelijke handvatten voor de kwalificatie van het causaliteitscriterium.¹⁶

¹¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 572, nr. 3

¹² Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 381, nrs. 1–2

¹³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 381, nr. 3

¹⁴ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264

¹⁵ HR 12 april 1995, nr. 29866, BNB 1995/180, ECLI:NL:PHR:1995:AA1554 en HR 23 juni 1999, nr. 33704, BNB 1999/320, ECLI:NL:HR:1999:AA2800

¹⁶ Conclusie A-G Wattel, 17 oktober 2017 bij BNB 2019/26, ECLI:NL:PHR:2017:1135

In het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018, BNB 2019/26, is meer duidelijkheid gegeven over de kosten ter zake van de vervreemding van een deelneming.¹⁷ De Hoge Raad oordeelt dat: “Kosten moeten worden aangemerkt als kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van een deelneming, indien zij worden opgeroepen door de verwerving of de vervreemding van de desbetreffende deelneming, in die zin dat de kosten zonder die verwerving of die vervreemding niet zouden zijn gemaakt. De aanwezigheid van een zodanig verband dient naar objectieve maatstaven te worden beoordeeld.”¹⁸ Hierbij gaat het uitsluitend om de kosten die verband houden met de daadwerkelijke verwerving of vervreemding van de deelneming.¹⁹ De Hoge Raad maakt ook een onderscheid tussen een geslaagde of afgeketste transactie. In welk geval moet worden beoordeeld in hoeverre deze kosten zouden moeten zijn gemaakt in de tweede fase, als deze niet al in de eerste fase zouden zijn gemaakt. In dat geval vallen de kosten uit de eerste fase onder het aftrekverbod.²⁰ De Hoge Raad kiest hierdoor voor een objectieve maatstaf en sluit niet aan bij het tot dan toe gebruikte omslagpunt.²¹ In de literatuur bestaat onduidelijkheid of deze objectieve toets eerder of later ligt dan het eerder gebruikte omslagpunt. Tot op heden is geen volledige duidelijkheid of sprake is van een ruimere of engere interpretatie. De Hoge Raad laat in zijn arrest in het midden of de kosten samenhangen met de aan- en verkooptransactie of het verkoopproces.²²

In de praktijk blijkt het ingewikkeld om tijdens een aan- of verkoopproces te bepalen of kosten zijn gemaakt ter verwerving of vervreemding van een deelneming. Het is namelijk tijdens het proces onduidelijk of een verwerving of vervreemding doorgang vindt. De Hoge Raad schrijft daarom voor dat tot het moment dat daadwerkelijk vaststaat of een verwerving of vervreemding doorgang vindt een transitorische actiefpost opgenomen dient te worden op de balans. Zo oordeelt de Hoge Raad: “In verband met de in 2.5.3 en 2.5.4 geformuleerde regels brengt goed koopmansgebruik mee dat de belastingplichtige voor kosten ter zake van de voorgenomen aankoop of vervreemding van een deelneming in de zin van artikel 13, lid 1, van de Wet een transitorische actiefpost op de balans opneemt en handhaaft totdat vaststaat of de aankoop of vervreemding inderdaad doorgang vindt. Op dat moment dient deze

¹⁷ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264

¹⁸ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264, r.o. 2.5.1

¹⁹ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264, r.o. 2.5.3

²⁰ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264, r.o. 2.5.4

²¹ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264, r.o. 2.5.1

²² A.I. Hartevelde, R.J. de Vries, F.J. Elswier, 2 mei 2020, Fiscale aftrekbaarheid van aan- en verkoopkosten inzake deelnemingen: Helaas nog steeds geen duidelijkheid, MBB 2020/5

actiefpost te worden afgeboekt en moet worden bepaald in hoeverre het bedrag van die afboeking onder de deelnemingsvrijstelling valt.”²³ Een transitorische actiefpost zoals de Hoge Raad deze voorschrijft is een balanspost met alle kosten ter zake een eventuele verwerving of vervreemding van een deelneming. Vanaf het moment van daadwerkelijke vaststaat dat de verwerving of vervreemding doorgang vindt dient te worden bepaald in hoeverre de kosten kwalificeren als aan- of verkoopkosten.²⁴ De Hoge Raad concludeert dit op basis van de voorschriften van goed koopmansgebruik. In de literatuur bestaat echter onenigheid over deze interpretatie van de Hoge Raad. De Hoge Raad lijkt niet aan te sluiten bij de huidige beginselen van goed koopmansgebruik.²⁵ Deze methode kan daardoor in strijd zijn met de jaarwinstgedachte. In deze scriptie zal daarom onderzoek worden gedaan in hoeverre de voorgeschreven transitorische actiefpost in overeenstemming is met goed koopmansgebruik. Daarnaast zal worden onderzocht of er (g)een alternatief mogelijk is op de transitorische actiefpost. Normaliter wordt de jaarwinstgedachte pas doorbroken om te voldoen aan de totaalwinstregel. Het corrigeren van balansposten, zoals de waardering van een deelneming, kan gebeuren door middel van de foutenleer. De vraag rijst waarom de Hoge Raad in dit geval de foutenleer niet heeft voorgeschreven.

1.3 Probleemstelling en opzet

Zoals in de aanleiding van dit onderzoek beschreven heeft de uitspraak van de Hoge Raad meer duidelijkheid verschaft over de kwalificatie van aan- en verkoopkosten van artikel 13, lid 1, Wet VpB 1969. Desondanks lijkt de transitorische actiefpost in strijd met de beginselen van goed koopmansgebruik. Daarnaast schrijft de Hoge Raad met de transitorische actiefpost een andere werkwijze dan de gebruikelijke foutenleer voor het corrigeren van balansposten om in overeenstemming te komen met de totaalwinstgedachte. De onderzoeksvraag luidt daarom als volgt:

‘In hoeverre is de door de Hoge Raad geschetste transitorische actiefpost in overeenstemming met de beginselen van goed koopmansgebruik en in hoeverre had de foutenleer de transitorische actiefpost kunnen vervangen?’

²³ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264, r.o. 2.5.5

²⁴ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264, r.o. 2.5.5

²⁵ W. Bruins Slot, ‘De aan- en verkoopkosten van een deelneming’, NTFRB 2019/2 en D.P. Elling & P.J. Tulp, ‘Aan- en verkoopkosten deelneming; de Hoge Raad spreekt zich opnieuw uit’, WFR 2019/72.

Om de probleemstelling te beantwoorden worden vier deelvragen behandeld. Deze zullen aan de hand van de parlementaire wetgeschiedenis, rechtsbronnen, conclusies van de Advocaat-Generaal (hierna: A-G), en vakliteratuur worden beantwoord.

In hoofdstuk 2 komt de eerste deelvraag aan de orde: *‘Welke systematiek kent de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 en op welke manier worden aan- en verkoopkosten behandeld ter zake van de verwerving of vervreemding van een deelneming?’* Hierbij zal de rechtsgrondslag van de vennootschapsbelasting en de deelnemingsvrijstelling worden onderzocht en de kwalificatie van aan- en verkoopkosten worden behandeld. Aan de hand van de jurisprudentie, de wet, kamerstukken en fiscale vakliteratuur wordt de ontwikkeling van de aan- en verkoopkosten besproken.

In hoofdstuk 3 wordt de volgende deelvraag behandeld: *‘Wat is goed koopmansgebruik en hoe verhoudt zich dit tot de transitorische actiefpost voor de aan- en verkoopkosten van de deelnemingsvrijstelling?’* Hierbij wordt een uitwerking gegeven aan de beginselen die ten grondslag liggen aan goed koopmansgebruik. In dit hoofdstuk wordt onderzocht op welke manier de transitorische actiefpost te verenigen is met de totaalwinst en jaarwinst. Verder wordt onderzoek gedaan naar de behandeling door de transitorische actiefpost.

Daaropvolgend zal in hoofdstuk 4 de volgende deelvraag worden behandeld: *‘Hoe werkt de foutenleer en welke relatie is er tussen de foutenleer en de transitorische actiefpost?’* In dit hoofdstuk wordt onderzoek naar de functie van de transitorische actiefpost gedaan, wat een ‘fout’ is in de foutenleer en op welke manier de foutenleer kan worden ingepast op de transitorische actiefpost.

Tot slot behandelt hoofdstuk 5 een samenvatting van de eerdere deelvragen en wordt de probleemstelling beantwoord. Hierbij beschrijf ik aanbevelingen die volgen uit mijn onderzoek.

1.4 Afbakening

In dit onderzoek wordt een kwalitatief literatuuronderzoek gedaan naar de verhouding tussen de uitspraak van de Hoge Raad en de beginselen van goed koopmansgebruik. Hierbij zal geen vergelijking met andere landen worden getrokken. Daarnaast zal niet worden ingegaan op het kostenallocatievraagstuk. Doordat soms divisies of concerns van een bedrijf worden verkocht moet in een eerder stadium worden beoordeeld welke kosten toe te wijzen zijn aan verschillende concerns. Verder wordt niet ingegaan op andere belastingen dan de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Tot slot zal ook niet worden ingegaan of naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018, BNB 2019/26, navordering kan plaatsvinden of met terugwerkende kracht een correctie moet plaatsvinden op basis van de foutenleer. In dat geval moet namelijk ook worden getoetst of de belastingplichtige een beroep kan doen op het vertrouwensbeginsel, doordat bijvoorbeeld in 2015 documenten van de belastingdienst over de behandeling van aan- en verkoopkosten van deelnemingen zijn gepubliceerd.

Hoofdstuk 2: Systematiek Wet VpB

Hoofdstuk 2 behandelt de volgende deelvraag: *'Welke systematiek kent de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 en op welke manier worden aan- en verkoopkosten behandeld ter zake van de verwerving of vervreemding van een deelneming?'* In dit hoofdstuk worden de rechtsgronden en systematiek van de vennootschapsbelasting, en in het bijzonder van de deelnemingsvrijstelling, onderzocht. Op basis van de wetgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur wordt onderzocht wat de problematiek is in de huidige aftrekbeperking van kosten ter zake van de verwerving of vervreemding van een deelneming.

2.1 Rechtsgronden vennootschapsbelasting

De Wet VpB 1969 is een directe belasting welke wordt geheven over het belastbare bedrag.²⁶ In tegenstelling tot de Wet IB 2001 is het een belasting die voornamelijk wordt geheven van rechtspersonen en andere entiteiten in plaats van natuurlijke personen.²⁷ In de literatuur bestaan twee opvattingen over de rechtsgronden van de vennootschapsbelasting.²⁸

Ten eerste bestaat de opvatting dat de vennootschapsbelasting een objectieve, zelfstandige heffing van een lichaam is. Anderzijds bestaat de opvatting dat de vennootschapsbelasting een voorheffing op de inkomstenbelasting is. Deze laatste opvatting berust op de gedachte dat de achterliggende begunstigde (lees: aandeelhouder) en de onderneming met elkaar zijn verbonden. Volgens deze theorie heeft de vennootschapsbelasting een steunfunctie op de inkomstenbelasting. De wetgever lijkt echter op basis van paragraaf 1 van de leidraad van het besluit Vennootschapsbelasting 1942 (hierna: Wet VpB 1942) de antropomorfe zienswijze te verkiezen.²⁹ De antropomorfe zienswijze behandelt rechtspersonen op dezelfde manier als natuurlijke personen. De wetgever kiest hiermee de eerstgenoemde opvatting als rechtsgrond. Desondanks blijft de exacte rechtsgrond onduidelijk. Dit is mede de oorzaak van de complexe wetgeving in de Wet VpB 1969.³⁰ Verder is de begripsbepaling van onderneming niet opgenomen in de wet. Deze volgt uit de jurisprudentie. Hierbij wordt aangesloten bij de bedrijfseconomische omschrijving, waarin een onderneming een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid is waarmee wordt

²⁶ Art. 1 Wet VpB 1969

²⁷ A.W. Hofman, De vennootschapsbelasting (Vpb.) een heffing van de winst van lichamen, *Cursus Belastingrecht VPB.0.0.0.*

²⁸ J.P. Boer & F.J. Elswier, 'Hinken op twee gedachten: over de rechtsgrond(en) van de Wet VPB 1969', in: J.L. van de Streek & A.J.A. Stevens (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting: lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 31-45.

²⁹ Paragraaf 1, Leidraad bij het besluit VpB 1942

³⁰ P.H.J. Essers, 'Grondslagen van de vennootschapsbelasting in relatie met de inkomstenbelasting', *Weekblad Fiscaal Recht* 2019/187, p. 186-192

beoogd door deelname aan het economisch verkeer winsten te behalen.³¹ In de vennootschapsbelasting wordt voor vrijwel alle belastingplichtigen onbeperkte belastingplicht verondersteld, waarmee vennootschappen worden geacht om met het gehele vermogen de onderneming te drijven.³² De huidige vaststelling van de belastingplichtigen in de Wet VpB 1969 is geregeld in hoofdstuk 1.

2.2 Belastbaar bedrag

De belastingheffing vindt plaats over het belastbare bedrag. Deze definitie is opgenomen in Hoofdstuk II Wet VpB 1969. Het belastbare bedrag is de in het jaar genoten winst verminderd met de te verrekenen verliezen.³³ Het belastbare bedrag bestaat uit een drietal componenten. Onder het jaar wordt het boekjaar verstaan waarover een onderneming de financiële verslaglegging uitbrengt.³⁴ De in het jaar genoten winst is geregeld in de rest van Hoofdstuk II (vanaf afdeling 2.2) in de Wet VpB 1969. Hierop wordt in Hoofdstuk 3 verder ingegaan. De te verrekenen verliezen zijn geregeld in Hoofdstuk IV Wet VpB 1969.

2.3 Deelnemingsvrijstelling

De deelnemingsvrijstelling is geregeld in de artikelen 13 tot en met artikel 13k Wet VpB 1969. Deze artikelen zorgen dat uitgekeerde winsten van de dochtermaatschappij naar de moedermaatschappij bij de moedermaatschappij niet worden belast. Het Latijnse beginsel dat hieraan ten grondslag ligt is het ne-bis-in-idem beginsel en daarnaast de verlengstukgedachte.³⁵ Het ne-bis-in-idem beginsel komt vanuit het Latijnse strafrecht en stelt iemand niet twee keer voor hetzelfde terecht kan staan. In de fiscaliteit wordt dit vertaald dat winsten niet twee keer belast mogen worden. In concernverband mag niet eerst bij de dochtermaatschappij de winst worden belast en vervolgens bij een dividenduitkering of vervreemding opnieuw bij de moedermaatschappij. Binnen het concern wordt dan twee keer over dezelfde winst belasting geheven. De verlengstukgedachte stelt dat de activiteiten van de moedermaatschappij doorwerken bij de dochtermaatschappij.³⁶ Hierdoor zou het

³¹ Kamerstukken II, 1998-1999, 26 727, nr. 3, p. 93

³² H. Vermeulen, De totale winst en jaarwinst in de VPB. Enkele basisbegrippen, Cursus Belastingrecht VPB 2.0.4.A.a

³³ Art. 7, lid 2, Wet VpB 1969

³⁴ HR 5 februari 2010, nr. 08/00829, ECLI:NL:HR:2010:BG4124

³⁵ J.A.G. van der Geld en A.W. Hofman, De deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening (Fiscale monografie nr. 149), Kluwer Deventer 2017

³⁶ F.J. Elsweier Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen (FM nr. 153) 2018/8.4.1, Deventer: Kluwer Navigator

onwenselijk zijn als deze winsten opnieuw bij de moeder worden geheven. Als winsten niet dubbel worden belast is het mogelijk om een concernstructuur op te zetten, zonder dat dit leidt tot een accumulatie van belasting. De winst wordt door middel van de deelnemingsvrijstelling vanuit economisch perspectief benaderd als één geheel in plaats van per entiteit. Juridisch gezien zijn het losse subjecten en dienen separate belastingaangiftes ingediend te worden per entiteit. De fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting zou een mogelijkheid bieden om gezien te worden als één en hetzelfde subject.³⁷ De deelnemingsvrijstelling is slechts een objectvrijstelling.

De kwalificatie voor het 'concern' wordt gevormd door de invulling die de wetgever heeft gegeven aan de wettelijke definitie van een 'deelneming'. Er is sprake van een deelneming op het moment dat wordt voldaan aan de '5%-norm' van artikel 13 lid 2 Wet VpB 1969. Globaal schetst dit artikel dat een deelneming een winstbewijs of deelgerechtigheid is van minimaal vijf procent in een andere onderneming is of een lidmaatschap in een vereniging met coöperatieve grondslag. De deelnemingsvrijstelling heeft twee kenmerken:

1. Het is een objectvrijstelling, aangezien het een gedeelte van de winst van de moedermaatschappij vrijstelt.³⁸
2. Daarnaast wordt de deelnemingsvrijstelling gekenmerkt doordat het imperatief is. Vanaf het moment dat wordt voldaan aan de voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling wordt hier altijd toepassing van gemaakt.

De artikelen over de deelnemingsvrijstelling kennen een aantal belangrijke bepalingen. Ten eerste artikel 13 lid 9 Wet VpB 1969. Hierin wordt bepaald dat een deelneming, welke kwalificeert als beleggingsdeelneming, niet valt onder de deelnemingsvrijstelling. Dit betekent dat de kosten ter zake van de verwerving van een deelneming, ook al worden deze gekwalificeerd als aan- of verkoopkosten – niet vallen onder de deelnemingsvrijstelling. In dit geval worden deze kosten ook niet in aftrek beperkt. Verder bepaalt artikel 13 lid 6 dat de deelnemingsvrijstelling drie jaar mag worden toegepast wanneer een deelneming, welke langer dan een jaar is gehouden, niet langer voldoet aan de 5%-norm. In dit geval worden aan-

³⁷ F.W. van Willigenburg, Inleidende algemene opmerkingen over concernvorming en fiscale eenheid, Vpb.2.9.1.A.a1

³⁸ A.W. Hofman, Vormgeving van de deelnemingsvrijstelling, Cursus Belastingrecht, Vpb.2.4.0.A.a2

en verkoopkosten van de deelneming nog steeds beperkt, doordat de deelnemingsvrijstelling nog steeds van toepassing is.

In artikel 13d en 13e Wet VpB 1969 is vervolgens de liquidatieverliesverrekening geregeld. In beginsel worden alle voordelen uit hoofde van een deelneming vrijgesteld op basis van de deelnemingsvrijstelling. Dit betekent ook dat de verliezen bij een vervreemding niet aftrekbaar zijn. Hiermee worden winsten slechts één keer belast en zijn verliezen één keer aftrekbaar. In de Nederlandse deelnemingsvrijstelling is desondanks geregeld dat verliezen bij liquidatie van een deelneming bij de moedermaatschappij mogen worden afgetrokken. Voor aan- en verkoopkosten geldt in dit geval dat deze wel aftrekbaar zijn, omdat deze niet voortvloeien uit de deelnemingsvrijstelling.³⁹

Met de invoering van de aftrekbepanking op aan- en verkoopkosten lijkt de wetgever af te stappen van de bruto-vrijstelling, zoals hij deze heeft willen vormgeven in artikel 13 lid 1, Wet VpB 1969. Op basis van de verlengstukgedachte zouden de opbrengsten en de kosten van 'het concern' als geheel moeten worden benaderd. Doordat de aan- en verkoopkosten van de deelneming niet aftrekbaar zijn bij de moedermaatschappij – noch, maar dat vanzelfsprekender, bij de dochtermaatschappij – komen de kosten nergens tot uitdrukking. Hierdoor wordt de bruto-vrijstelling van artikel 13 lid 1, Wet VpB 1969, beperkt. Dit is naar mijn mening economisch zeer onwenselijk en zijn dus vraagtekens te plaatsen bij de wenselijkheid van deze aftrekbepanking.

2.4 Kosten ter zake een deelneming

In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt in drie soorten kosten, namelijk:

- verwervings-,
- aanhoudings- en
- vervreemdingskosten van een deelneming.⁴⁰

Wanneer de kosten worden aangewezen als verwervings- of vervreemdingskosten van een deelneming vallen deze onder de objectvrijstelling van de deelnemingsvrijstelling. Dit zijn de kosten die een rechtstreeks oorzakelijk verband hebben met een deelneming.⁴¹ De

³⁹ J.L. van de Streek, De liquidatieverliesregeling. Algemeen (art. 13d lid 1 en 2), Cursus Belastingrecht, Vpb.2.4.13.A

⁴⁰ A.W. Hofman, Inleidende opmerkingen over deelnemingskosten, verwervings- en vervreemdingskosten, Cursus Belastingrecht, Vpb.2.4.5.A

⁴¹ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26

beoordeling van deze kosten dient naar objectieve maatstaven plaats te vinden. Financierings- en beheerkosten zijn kunnen wel in aftrek worden gebracht op de winst.⁴²

Aankoopkosten waren voor de uitspraak van de Hoge Raad van 24 mei 2002, BNB 2002/262, niet aftrekbaar.⁴³ Alle aankoopkosten dienden geactiveerd te worden volgens goed koopmansgebruik.⁴⁴ Doordat deze kosten werden geactiveerd vielen deze onder de deelnemingsvrijstelling, waardoor een afwaardering niet in de winstsfeer werd belast. In tabel 1 zijn de kosten weergegeven die volgens een WOB-verzoek uit 2015 over de behandelingswijze van de Belastingdienst naar aankoopkosten voor deelnemingen geactiveerd moeten worden op de deelneming, omdat deze kosten kwalificeren als kosten ter zake de verwerving van een deelneming.⁴⁵ In tabel 2 zijn vervolgens de niet te activeren kosten ter zake de verwerving van een deelneming volgens de Belastingdienst weergegeven.

Tabel 1 Tabel 1 Te activeren kosten ter zake de verwerving van de deelneming volgens Belastingdienst (WOB-verzoek 2015)

Te activeren kosten ter zake verwerving deelneming	Jurisprudentie en rechtspraak
Bemiddelingskosten (provisie tussenpersoon)	HR 8 juli 1996, BNB 1996/368, ECLI:NL:HR:1996:AA2031
Belasting bij verwerving, zgn. "droit d'enregistrement"	HR 10 september 1997, BNB 1997/355, ECLI:NL:HR:1997:AA2233
Proceskosten in verband met uitbreiding van een deelneming	HR 2 maart 1994, BNB 1994/164, ECLI:NL:HR:1994:BH8944
Schadevergoeding aan commissarissen	HR 10 februari 1965, BNB 1965/81, ECLI:NL:HR:1965:AX7187
Bankierskosten, accountantskosten, advieskosten en advocaatkosten	Hof Amsterdam 16 april 1996, P95/1655, ECLI:NL:GHAMS:1996:AW0568
Kosten (van een gevoegde dochtermaatschappij) als gevolg van garantstelling voor normale voortzetting activiteiten van de deelneming	Hof Amsterdam 31 augustus 1998, nr. 98/4095, ECLI:NL:GHAMS:1999:AA8016
Beursbelasting en aankoopprovisie	HR 24 mei 2002, BNB 2002/262, ECLI:NL:HR:2002:AD8553
Afkoopsom van een put/call-arrangement	HR 13 oktober 1999, BNB 2000/21, ECLI:NL:HR:1999:AA2926

⁴² HvJ EG 18 september 2003, zaak C-168/01, BNB 2003/344

⁴³ HR 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262, ECLI:NL:HR:2002:AD8553

⁴⁴ HR 28-11-1962, nr 14 901, BNB 1963/11

⁴⁵ Staatssecretaris van Financiën, 26 april 2016, WOB-verzoek aankoopkosten deelneming, p. 5

Tabel 2 Niet te activeren kosten ter zake de verwerving van de deelneming volgens Belastingdienst (WOB-verzoek 2015)

Niet te activeren kosten ter zake verwerving deelneming	Jurisprudentie
Toename contante waarde schuld ter financiering koopsom van een buitenlandse deelneming	HR 19 december 1979, BNB 1980/46, ECLI:NL:HR:1979:AX0245
Orgaankosten; bijvoorbeeld kapitaalsbelasting ter zake van uitgifte van aandelen ter verwerving van een deelneming	HR 2 maart 1994, BNB 1994/164, ECLI:NL:HR:1994:BH8944
Kosten van een geldlening waarmee een deelneming wordt gefinancierd en beheerskosten	HR 19 oktober 1988, BNB 1989/43, ECLI:NL:HR:1988:ZC3929
Afkoopsommen van de zittende directie; de moedermaatschappij nam bij gelegenheid van verkoop deelneming de afkoopsommen van de zittende directie op zich	HR 21 maart 2003, BNB 2003/222, ECLI:NL:HR:2003:AF6127
Kosten beursgang in casu aftrekbaar (onvoldoende verband met deelneming)	HR 30 januari 2009, nr. 43719, ECLI:NL:HR:2009:BH1176

In de jaren voorafgaand aan het arrest van 24 mei 2002, BNB 2002/262, had de Hoge Raad nog geoordeeld dat de aankoopkosten op basis van goed koopmansgebruik moesten worden geactiveerd.⁴⁶⁴⁷ In deze arresten werden richtinggevend criteria gegeven voor de kwalificatie van aankoopkosten. Op het moment dat de kosten een rechtstreeks verband hebben met de verkrijging van de deelneming dienden deze volgens HR 2 maart 1994, BNB 1994/164, geactiveerd te worden.⁴⁸ Op 8 juli 1996, BNB 1996/368, wees de Hoge Raad opnieuw arrest dat de aankoopkosten geactiveerd moesten worden, en wel op het moment dat de kosten drukken op de verwerving van een deelneming.⁴⁹ Hiermee oordeelde de Hoge Raad dat de kosten die een causaal verband hielden met de verwerving van de deelneming tot de kostprijs gerekend moesten worden.

In het arrest van 24 mei 2002, BNB 2002/262, komt de Hoge Raad echter terug op de eerder gewezen jurisprudentie. De Hoge Raad stelt dat aankoopkosten in het jaar dat deze zijn gemaakt in aftrek moeten worden genomen. In de overwegingen van het arrest van 24 mei 2002, BNB 2002/262, is nogmaals bevestigd door de Hoge Raad dat de aankoopkosten

⁴⁶ HR 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262, ECLI:NL:HR:2002:AD8553

⁴⁷ Zie HR 2 maart 1994, nr. 29 061, BNB 1994/164, ECLI:NL:HR:1994:BH8944 en HR 8 juli 1996, nr. 31 496, BNB 1996/368, ECLI:NL:HR:1996:AA2031

⁴⁸ HR 2 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:BH8944, nr. 29 061, BNB 1994/164, r.o. 6.1.3

⁴⁹ HR 8 juli 1996, nr. 31 496, BNB 1996/368, ECLI:NL:HR:1996:AA2031, r.o. 3.3 m.nt. A.H.M. Daniels

van een bedrijfsmiddel op grond van goed koopmansgebruik tot de kostprijs moeten worden gerekend. Deze kosten moeten dus wel worden geactiveerd. Wegens het bijzondere karakter van de deelnemingsvrijstelling oordeelt de Hoge Raad dat dit voor aankoopkosten op deelnemingen niet terecht is. De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe om te voorkomen dat winsten tweemaal worden belast.⁵⁰ Deze koerswijziging van de Hoge Raad is begrijpelijk, aangezien de wetgever een brutovrijstelling voor de deelnemingsvrijstelling heeft bedoeld voor de moedermaatschappij.⁵¹ Vanuit de gedachte om de winst van het gehele concern eenmaal te belasten is een bruto vrijstelling ingevoerd voor de ontvangen winsten door de moedermaatschappij van de dochtermaatschappij. Hierdoor wordt de winst slechts belast bij de dochtermaatschappij in plaats van bij de dochter- én moedermaatschappij. De aankoopkosten drukken op de moedermaatschappij en zouden daarom ook bij de moedermaatschappij in aftrek moeten worden gebracht. De brutovrijstelling moet vanuit de verlengstukgedachte slechts de winsten van de dochtermaatschappij die worden genoten door de moedermaatschappij vrijstellen en niet de kosten van de moedermaatschappij. De Hoge Raad wijst daarom dat de aankoopkosten drukken op de moedermaatschappij en in aftrek moeten worden genomen met toepassing van de regels van goedkoopmansgebruik. Dit oordeel had terugwerkende kracht. Er ontstond dus een verschil in de jurisprudentie over aankoopkosten op bedrijfsmiddelen en op deelnemingen. Een bedrijfsmiddel wordt in beginsel gewaardeerd op historische kostprijs. Op deze waarde kan vervolgens worden afgeschreven. Voor deelnemingen gold na dit arrest dat de kosten wel direct in aftrek dienden te worden genomen.

Nadat de Hoge Raad had geoordeeld dat de aankoopkosten mogen worden afgetrokken in het jaar dat deze zijn gemaakt heeft de wetgever, zoals eerder genoemd, wegens budgettaire redenen besloten om de aankoopkosten expliciet te beperken in artikel 13, lid 1 Wet VpB 1969.⁵² In de literatuur bestaat echter discussie of de aankoopkosten moeten worden geactiveerd bij de deelneming of dat deze in aftrek zijn beperkt. Van Gijlswijk stelt dat uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26, niet blijkt dat de aankoopkosten moeten worden geactiveerd.⁵³ De Hoge Raad heeft volgens hem slechts gesteld dat aan dat de aankoopkosten moeten worden geactiveerd in een

⁵⁰ HR 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262, ECLI:NL:HR:2002:AD8553, r.o. 3.3

⁵¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 1955-1956, 6000, nr. 3

⁵² Wijzigingswet Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Stb. 2004, 581

⁵³ M.J.A.M. van Gijlswijk, Foutenleer en arrest aan- en verkoopkosten deelneming; aanvullende gedachten, WFR 2019/216a

transitorische actiefpost en dat bij een daadwerkelijke doorgang van de transactie deze actiefpost moet worden afgeboekt wat onder artikel 13 lid 1, Wet VpB valt en niet valt. Nergens blijkt dat niet-aftrekbare kosten moeten worden geactiveerd bij de deelneming. Van Gijlswijk stelt dat de Hoge Raad voor aan- en verkoopkosten dezelfde methode hanteert. Aangezien er in de literatuur overeenstemming is dat verkoopkosten niet geactiveerd moeten worden moeten de aankoopkosten volgens hem ook niet worden geactiveerd. Hiermee gaat de Hoge Raad volgens Van Gijlswijk terug naar de benadering vanuit het arrest van de Hoge Raad van 24 mei 2002, BNB 2002/262, aangezien de Hoge Raad daar een andere benadering voor een deelneming hanteerde dan andere bedrijfsmiddelen

Lubbers en De Reus zijn het oneens met de benadering van Van Gijlswijk dat niet-aftrekbare aankoopkosten niet moeten worden geactiveerd. Het klopt volgens hen dat inderdaad uit het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018, BNB 2019/26, niet blijkt dat de niet-aftrekbare aankoopkosten geactiveerd moeten worden bij de deelneming. Volgens hen wordt met het activeren van de aankoopkosten van een deelneming aangesloten bij de algemene regels van goed koopmansgebruik in verband met de aankoop van een activum en sluit dit aan bij de wil van de wetgever die na het arrest van de Hoge Raad van 24 mei 2002, BNB 2002/262, terug wilde naar de situatie van voor deze uitspraak. Voor dit arrest werden de aankoopkosten ook geactiveerd.

Harteveld en De Vries merken eveneens op dat bij de totstandkoming van de reparatiewetgeving na het arrest van 24 mei 2002, BNB 2002/262, de wetgever de situatie van daarvóór wilde herstellen.⁵⁴ Hiermee wekt de wetgever de suggestie dat de gewezen jurisprudentie over het activeren van aankoopkosten voor, andere dan deelnemingen, bedrijfsmiddelen van voor het arrest van 24 mei 2002, BNB 2002/262, nog steeds maatgevend is voor de beoordeling van het activeren aan- en verkoopkosten van deelnemingen. Hiermee sluiten Harteveld en De Vries aan bij de benadering van Lubbers en De Reus.

Ik sluit mij echter aan bij de benadering van Van Gijlswijk. De wetgever heeft de situatie willen terugdraaien dat aankoopkosten niet in aftrek kunnen worden genomen. Met de bepalingen van artikel 13 lid 1, Wet VpB, worden de aan- en verkoopkosten in aftrek beperkt. Desondanks blijft de grondslag van deze bepaling de verlengstukgedachte. Hieruit volgt dat het niet logisch is om de aankoopkosten te activeren. De wetgever kan dan de kosten nog

⁵⁴ A.I. Harteveld, R.J. de Vries, F.J. Elswieier, 2 mei 2020, Fiscale aftrekbaarheid van aan- en verkoopkosten

steeds in aftrek beperken. Daarnaast geeft de wetgever aan dat deze aan- en verkoopkosten analoog wil behandelen.⁵⁵ Hierom is het onlogisch om de aankoopkosten anders te behandelen dan de verkoopkosten door deze te willen activeren.

Verkoopkosten (ook wel: vervreemdingskosten) van binnenlandse deelnemingen zijn in tegenstelling tot aankoopkosten tot 2007 altijd aftrekbaar geweest van de winst in het jaar dat deze kosten werden gemaakt. In het arrest van de Hoge Raad van 19 oktober 1988, BNB 1989/43, is geoordeeld dat uit de wetgeschiedenis de bedoeling van de wetgever blijkt dat verkoopkosten van de deelneming in aftrek gebracht moeten worden van de winst.⁵⁶ In de Wet Werken aan Winst is vervolgens bij wijze van grondslagverbreding ingevoerd dat verkoopkosten evenals aankoopkosten in aftrek worden beperkt.⁵⁷ In de literatuur en wetgeschiedenis is verder geen aanleiding dat de verkoopkosten geactiveerd moeten worden. De verkoopkosten vallen daarom onder de niet-aftrekbare kosten van het jaar dat deze zijn gemaakt.

Na invoering van de reparatiewetgeving was veel te doen over de kwalificatie van de aan- en verkoopkosten die op grond van artikel 13 lid 1, Wet VpB in aftrek zijn beperkt. Voor het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018, BNB 2019/26, gold de zogenoemde omslagmomentbenadering.⁵⁸ Kosten kwalificeerden op grond van de gewezen jurisprudentie als aan- en verkoopkosten als er een redelijke mate van zekerheid of een verwachting bestond dat de verwerving of vervreemding doorgang zou vinden. Na het arrest van 2018, BNB 2019/26, betrof het alle kosten die een causaal verband hadden met de verwerving of vervreemding van een deelneming. Dit moet naar objectieve maatstaven worden gemeten.⁵⁹ Het gaat om kosten die worden opgeroepen door de verwerving of vervreemding van een deelneming.

Tot slot dient bij kosten ter zake van de vervreemding of verwerving van een deelneming een onderscheid gemaakt te worden tussen interne en externe kosten. Met interne kosten worden kosten bedoeld binnen de gebruikelijk bedrijfsuitvoering voor de aan- of verkoop van een deelneming, zoals personeelskosten. Met externe kosten worden kosten bedoeld die worden ingehuurd buiten de onderneming voor de aan- of verkoop van een

⁵⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 572, nr. 3, blz. 29

⁵⁶ HR 19 oktober 1988, nr. 25 425, BNB 1989/43, ECLI:NL:HR:1988:ZC3929

⁵⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 572, nr. 3, blz. 29

⁵⁸ A.I. Hartevelde, R.J. de Vries, F.J. Elswier, 2 mei 2020, Fiscale aftrekbaarheid van aan- en verkoopkosten inzake deelnemingen: Helaas nog steeds geen duidelijkheid, MBB 2020/5

⁵⁹ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264, r.o. 2.5.1

deelneming. Doordat de interne kosten lastig toe te wijzen zijn aan de aan- of verkoopactiviteiten van een deelneming veroorzaken deze discussie tussen de Belastingdienst en de belastingplichtigen.⁶⁰ De Hoge Raad oordeelt in zijn arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26, dat de wettekst geen onderscheid maakt tussen interne en externe kosten en dat daarom beide kunnen kwalificeren als kosten ter zake van de verwerving of vervreemding van een deelneming.⁶¹ Beide varianten worden dus in aftrek beperkt.

2.5 HR 7 december 2018, BNB 2019/26

Het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018, BNB 2019/26, oordeelt, dat een transitorische actiefpost opgesteld moet worden voor de kosten ter zake de verwerving of vervreemding zolang niet daadwerkelijk vaststaat of de verwerving of vervreemding van een deelneming doorgang vindt.⁶²

A-G Wattel concludeert dat er geen historische aanknopingspunten zijn voor de invulling van de kwalificatie van aan- en verkoopkosten. Bij de kwalificatie van aan- en verkoopkosten is sprake van een beoordeling achteraf (het al-dan-niet-gelukt-criterium).⁶³ Voor de kwalificatie van aan- en verkoopkosten concludeert de A-G tot een dubbel-beoordelingscriterium.⁶⁴ Ten eerste moet er het voornemen zijn om de deelneming te vervreemden. Dit is de subjectieve toets. In de tweede plaats moet er een redelijke mate van zekerheid zijn dat kan worden verwacht dat de kosten op de deelneming geboekt gaan worden. Dit is de objectieve toets. De A-G concludeert dat het gerechtshof slechts op basis van het subjectieve criterium heeft geoordeeld en dat het objectieve oordeel ontbreekt.⁶⁵

De Hoge Raad neemt echter deze criteria vervolgens in zijn arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26, niet over.⁶⁶ De beoordeling van de relatie tussen de kosten van verwerving of vervreemding van de deelneming moet op basis van een rechtstreek oorzakelijk verband plaatsvinden.⁶⁷ Hierbij gaat het om de kosten die niet zouden zijn gemaakt als de verwerving of vervreemding van de deelneming niet zou hebben plaatsgevonden.

⁶⁰ Staatssecretaris van Financiën, 26 april 2016, WOB-verzoek aankoopkosten deelneming, p. 21

⁶¹ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, r.o. 2.5.2

⁶² HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264

⁶³ Conclusie A-G Wattel, 17 oktober 2017 bij BNB 2019/26, ECLI:NL:PHR:2017:1135, r.o. 1.9

⁶⁴ Conclusie A-G Wattel, 17 oktober 2017 bij BNB 2019/26, ECLI:NL:PHR:2017:1135, r.o. 1.10

⁶⁵ Conclusie A-G Wattel, 17 oktober 2017 bij BNB 2019/26, ECLI:NL:PHR:2017:1135, r.o. 1.11

⁶⁶ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264

⁶⁷ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264 r.o. 2.5.1

Tot slot oordeelt de Hoge Raad in zijn arrest in r.o. 2.5.5: *“...brengt goed koopmansgebruik mee dat de belastingplichtige voor kosten ter zake van de voorgenomen aankoop of vervreemding van een deelneming in de zin van artikel 13, lid 1, van de Wet een transitorische actiefpost op de balans opneemt en handhaaft totdat vaststaat of de aankoop of vervreemding inderdaad doorgang vindt. Op dat moment dient deze actiefpost te worden afgeboekt en moet worden bepaald in hoeverre het bedrag van die afboeking onder de deelnemingsvrijstelling valt.”*⁶⁸ Hiermee oordeelt de Hoge Raad dat op basis van goed koopmansgebruik een transitorische actiefpost opgenomen dient te worden, zodat de beoordeling of en in hoeverre sprake is van aan- of verkoopkosten van een deelneming pas plaatsvindt op het moment dat daadwerkelijk vaststaat of de verwerving of vervreemding van de deelneming doorgang vindt. Hiermee sluit de Hoge Raad naar mijn mening aan bij de achterafbeoordeling in de conclusie van A-G Wattel.⁶⁹ De Hoge Raad benoemt expliciet dat de transitorische actiefpost gehandhaafd moet blijven totdat vaststaat of de vervreemding doorgang vindt. De kosten mogen dus niet aan een eerder jaar toegewezen worden op het moment dat deze in een eerder jaar zijn gemaakt. Van Horzen merkt op dat “in hoeverre” impliceert dat op het moment vaststaat of de verwerving of vervreemding doorgang vindt opnieuw moet worden beoordeeld welk deel van deze kosten onder de deelnemingsvrijstelling valt.⁷⁰ Volgens Knops en Van Horzen wordt met “in hoeverre” alleen gerefereerd aan scenario’s dat een eerdere aan- of verkoop geen doorgang heeft kunnen vinden. Vervolgens moet worden beoordeeld ‘in hoeverre’ de eerdere kosten betrekking hadden op de verwerving of vervreemding van de deelneming.

In 2020 deelt de Staatssecretaris van Financiën een toelichting om geen beroep in te stellen op de uitspraak van het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch van 17 oktober 2019, V-N 2019/60.8.⁷¹ In deze rechtszaak zijn verkoopkosten die zijn gemaakt bij een eerdere bieding op de verkoop van een deelneming in aftrek gebracht op de winst. De inspecteur stelt dat deze kosten kwalificeren als verkoopkosten en hierom niet aftrekbaar zijn. Het gerechtshof oordeelt dat deze kosten niet zouden zijn gemaakt als dit eerdere bod niet was geplaatst. Hierdoor vallen deze kosten niet onder de aftrekbeperking van de deelnemingsvrijstelling. De kosten die zijn gemaakt voor de uiteindelijke verkoop vallen wel onder de aftrekbeperking.

⁶⁸ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264, r.o. 2.5.5

⁶⁹ Conclusie A-G Wattel, 17 oktober 2017 bij BNB 2019/26, ECLI:NL:PHR:2017:1135, r.o. 1.9

⁷⁰ F. van Horzen, HR 7 december 2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264, NTFR/2018/2822

⁷¹ Gerechtshof ’s- Hertogenbosch 17 oktober 2019, V-N 2019/60.8, nrs. 18/00716 en 19/00047, ECLI:NL:GHSHE:2019:383

De staatssecretaris ziet af van het instellen van beroep in cassatie en geeft hierop een toelichting. De staatssecretaris volgt in zijn toelichting het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018, BNB 2019/26. Op basis van goed koopmansgebruik dient een transitorische actiefpost opgenomen te worden totdat vaststaat of de verwerving of vervreemding doorgang vindt. In de procedure zijn de kosten niet ter zake de verkoop van de deelneming gemaakt, vanwege afgeketste verkooppogingen, zodat deze niet vallen onder de deelnemingsvrijstelling.

2.6 Deelconclusie

De rechtsgrondslag van de vennootschapsbelasting is dat het de winsten van entiteiten worden belast, volgens de antropomorfe zienswijze. Met de aftrekbeperking van aan- en verkoopkosten van deelnemingen laat de wetgever dit uitgangspunt los. Het belastbare bedrag wordt door de aftrekbeperking namelijk niet op basis van de bedrijfseconomische winst berekend. Dit acht ik onwenselijk, aangezien de bedrijfseconomische winst naar mijn mening het uitgangspunt moet zijn.

Om fiscaal gefaciliteerd eenvoudig concernconstructies mogelijk te maken heeft de wetgever de deelnemingsvrijstelling ingevoerd. De deelnemingsvrijstelling kent zijn rechtsgrondslag in het ne-bis-in-idem beginsel en de verlengstukgedachte. Met de invoering van de aftrekbeperking van aan- en verkoopkosten in artikel 13 lid 1, Wet VpB 1969, gaat de wetgever naar mijn mening in tegen deze beginselen van deze 'brutovrijstelling'.

Uit de WOB-stukken van 2015 over de wijze waarop de belastingdienst de kwalificatie van aankoopkosten van deelnemingen behandeld was al meer duidelijkheid gekomen over de kwalificatie van aankoopkosten. De uitspraak van de Hoge Raad van 7 december 2018, BNB 2018/26, heeft vervolgens nog meer duidelijkheid geboden over de kwalificatie van aan- en verkoopkosten van deelnemingen. Aan- en verkoopkosten van een deelneming zijn kosten die een rechtstreek oorzakelijk verband hebben met de verwerving of vervreemding van een deelneming. Deze kosten zouden niet zijn gemaakt zonder de verwerving of vervreemding van de deelneming. Er bestaat echter onduidelijkheid of de aankoopkosten moeten worden geactiveerd. In het arrest van 26 mei 2002, BNB 2002/262, stelde de Hoge Raad dat op basis van goed koopmansgebruik aftrekbaar waren. Voorafgaand aan deze uitspraak werden de aankoopkosten van deelnemingen geactiveerd en konden de afschrijvingen op de deelneming door de deelnemingsvrijstelling niet worden afgetrokken van de belastbare winst. De

wetgever heeft dit proberen te herstellen, maar de Hoge Raad heeft nog niet bevestigd dat de aankoopkosten geactiveerd moeten worden. Daarnaast zijn verkoopkosten wel aftrekbaar en moeten deze analoog worden behandeld aan de aankoopkosten. Het lijkt er daardoor op dat de aankoopkosten niet geactiveerd moeten worden, maar als niet-aftrekbaar op de belastbare winst moeten worden gekwalificeerd in het jaar dat de uitgaven zijn gedaan en de aankoop nog niet zeker is.

Na de reparatiewetgeving bleef onduidelijkheid bestaan over de kwalificatie van kosten ter zake de verwerving of vervreemding van een deelneming. In het arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26, heeft de Hoge Raad dit verduidelijkt door het geven van een objectief criterium voor deze beoordeling. De kosten die niet zouden zijn gemaakt indien de verwerving of vervreemding niet zou hebben plaatsgevonden zijn kosten als bedoeld in artikel 13 Wet VpB 1969. De Hoge Raad oordeelt dat op basis van goed koopmansgebruik een transitorische actiefpost opgenomen dient te worden zodat in een later jaar definitief kan worden beoordeeld of en in hoeverre sprake is van aan- en verkoopkosten. Dit is pas zeker indien vaststaat dat de verwerving of vervreemding doorgang vindt. Eerder is door de wetgever, jurisprudentie of rechtspraak niet gesproken over een transitorische actiefpost voor deelnemingen. In Hoofdstuk 3 zal de behandeling van transitorische actiefposten omtrent bedrijfsmiddelen worden onderzocht.

Hoofdstuk 3: Totaalwinst en jaarwinst

Hoofdstuk 3 behandelt de volgende deelvraag: *‘Wat is goed koopmansgebruik en hoe verhoudt zich dit tot de transitorische actiefpost voor de aan- en verkoopkosten van de deelnemingsvrijstelling?’* Dit hoofdstuk gaat in op de totaalwinst en de jaarwinstbepaling. De beginselen van de jaarwinstbepaling worden onderzocht in relatie tot de transitorische actiefpost.

3.1 Totaalwinst

De winstbepaling van de vennootschapsbelasting is geregeld in artikel 8 lid 1, Wet Vpb 1969. Deze zogenoemde ‘schakelbepaling’ verwijst naar de winstbepaling vanuit de inkomstenbelasting, geregeld in artikel 3.8, Wet IB 2001. Deze stelt de totale winst van een onderneming gelijk aan het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. De totaalwinst heeft een objectief karakter en betreft de gehele winst gedurende de levensduur van een onderneming. Deze totaalwinst wordt vervolgens op grond van artikel 3.25 Wet IB 2001 verdeeld over de jaren.

Voor het bepalen van de totaalwinst dient het eindvermogen van de onderneming verminderd te worden met het beginvermogen van de onderneming. Op het kapitaalverschil moeten de stortingen van kapitaal worden verminderd en onttrekkingen van kapitaal worden vermeerderd voor het bepalen van de totaalwinst. Deze worden namelijk niet ‘verkregen uit een onderneming’. Naast deze mutaties van het kapitaalverkeer gelden wettelijke bepalingen die bepaalde uitgaven van de winstberekening uitsluiten. Een illustratie hiervan is de kostenaftrekbeperking bij aan- en verkoop van deelnemingen. Deze niet-aftrekbare bedragen worden daarmee naast de winstuitkeringen en terugbetalingen aangeduid als de onttrekkingen aan het kapitaalverkeer.⁷²

Op basis van de totaalwinstgedachte is het naar mijn mening onterecht dat de aftrekbaarheid van aan- en verkoopkosten door de wetgever is beperkt. Zoals in het vorige hoofdstuk beschreven is de deelnemingsvrijstelling ingevoerd om winsten binnen een concern niet meermaals te belasten. Hierdoor wordt naar de gehele winst over het concern gekeken. Wat mij betreft is dit in lijn met de totaalwinst, aangezien de winst moet worden bepaald op basis van de vermogensvergelijking. Deze vergelijking gaat over de verandering in het begin-

⁷² H. Vermeulen, Inleiding inzake de totale winst en de jaarwinst in de Vpb Cursus Belastingrecht, VPB.2.0.4.A.a.

en eindvermogen van de onderneming. Hierbij moet breed invulling worden gegeven aan de term onderneming, namelijk het gehele concern. De beperking van de aan- en verkoopkosten, met uitzondering van de liquidatieverliesrekening, kent niet een dergelijke logische grondslag en is daarom niet te verenigen met de totaalwinstgedachte. Het staat de wetgever echter vrij om de kostenaf trek binnen de totaalwinstbepaling om budgettaire redenen te beperken. De vrijheid van de wetgever is beperkt tot wat is toegestaan volgens het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

3.2 Jaarwinst

De jaarwinst heeft, in tegenstelling tot de totaalwinst, een meer subjectief karakter. De jaarwinst wordt bepaald vanuit het perspectief van de ondernemer, maar wordt begrensd door de objectieve maatstaf van goed koopmansgebruik.⁷³ De som van alle jaarwinsten moet in beginsel gelijk zijn aan de totaalwinst. De jaarwinst kan worden berekend door het saldo te nemen van alle zakelijk baten en lasten of de wijziging in de vermogensvergelijking (zogenoemde: vermogensaanwasmethode). Goed koopmansgebruik geldt sinds 1950 als wettelijk toerekeningscriterium.⁷⁴ De inhoud van goed koopmansgebruik is niet in de wet vastgesteld, maar wordt in de jurisprudentie uitgewerkt. Sinds 1914 heeft de wetgever voor de bepaling van de jaarwinst het subjectieve karakter van de ondernemer als uitgangspunt genomen. De basis hiervan ligt bij de bedrijfseconomische winstbepaling, tenzij de wetgever anders heeft geschreven in de wet of wat aannemelijk is uit zijn strekking.⁷⁵ De eenmaal door de ondernemer gekozen winstmethode mag niet meer afwijken van de gekozen methode, tenzij goed koopmansgebruik dit toestaat.⁷⁶ Dit wordt de bestendige gedragslijn genoemd. De gekozen winstmethode moet onafhankelijk van de uitkomst worden gekozen.⁷⁷

In de loop der jaren heeft de Hoge Raad uiteindelijk een viertal beginselen gegeven voor goed koopmansgebruik, welke in de literatuur als drie worden onderscheiden, namelijk het realiteits-, voorzichtigheids- en eenvoudsbegin sel.^{78,79} Het matchingsbegin sel wordt onder het realiteitsbegin sel geschaard.

⁷³ Y.A.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen* (FM nr. 141) 2013/3.2.4.2, Deventer: Kluwer Navigator

⁷⁴ Wet Belastingherziening 1950

⁷⁵ HR 8 mei 1957, BNB 1957/208, ECLI:NL:HR:1957:AY2274, m.nt. M.J.H. Smeets

⁷⁶ P.H.J. Essers, *Wettelijk kader jaarwinst*, Cursus Belastingrecht IB.3.2.16.A.a

⁷⁷ Y.A.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen* (FM nr. 141) 2013/3.2.4.2, Deventer: Kluwer Navigator

⁷⁸ HR 25 februari 2022, nr. 21/00564

⁷⁹ P.H.J. Essers, *De drie hoofdbeginselen van goed koopmansgebruik*, Cursus Belastingrecht IB.3.2.16.B.b1

3.3.1 Realiteitsbeginsel

Het realiteitsbeginsel, ook wel het beginsel van oorzakelijke toerekening, stelt dat bij de toerekening van de winst de realiteitszin van belang is.⁸⁰ Dit betekent dat de winst van een bepaald jaar ook aan dat jaar moet worden toegekend. Hierdoor is het bijvoorbeeld niet mogelijk om door middel van het verschuiven van winsten uit een ander jaar gebruik te maken van een tariefverschil of een voordeel te behalen in kasstroom. Willekeurige winstneming wordt hierbij dus uitgesloten. Het realiteitsbeginsel geldt zowel voor baten als lasten. De deelbeginselen zijn het veroorzakingsbeginsel en het matchingsbeginsel.

Op grond van het veroorzakingsbeginsel dienen de baten en de lasten toegerekend te worden aan het jaar waarop deze betrekking hebben.⁸¹ Hierdoor moeten de opbrengsten en kosten worden toegerekend aan het jaar waarin deze gerealiseerd en veroorzaakt zijn.

Verder dienen de uitgaven op de juiste manier toegerekend te worden aan opbrengsten, het zogenoemde matchingbeginsel. Het jaar waarop de opbrengsten betrekking hebben (lees: de baten) is leidend voor het toerekenen van de uitgaven. De uitgaven van een eerder of later jaar dan de daarmee samenhangende opbrengsten dienen toegekend te worden aan het jaar van de opbrengsten.⁸²

De door de Hoge Raad voorgeschreven transitorische actiefpost stelt dat de kosten ter zake van de vervreemding pas mogen worden genomen op het moment dat daadwerkelijk vaststaat of deze vervreemding plaatsvindt. Hiermee kunnen de kosten aan een jaar worden toegerekend waarop deze geen betrekking hebben. Dit is in strijd met het matchingsbeginsel. De uitgaven die zijn gedaan voor een vervreemding die geen doorgang vindt – waarmee de uitgaven dus niet te alloceren zijn aan opbrengsten - moeten in het jaar waarin deze zijn gemaakt tot de kosten gerekend worden. Hierdoor is het afboeken van de transitorische actiefpost in een later boekjaar niet in overeenstemming met het matchingsbeginsel. Het is op voorhand lastig te bepalen of vaststaat of een vervreemding van een deelneming doorgang zal vinden. In hoofdstuk 4 van deze scriptie zal worden onderzocht of een correctie kan plaatsvinden op basis van de foutenleer.

Op basis van het realiteitsbeginsel lijkt het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018, BNB 2018/26, daarnaast ook lastig verenigbaar met de waardering van de transitorische

⁸⁰ P.H.J., Essers, Het realiteitsbeginsel, Cursus Belastingrecht IB.3.2.16.B.b2

⁸¹ HR 7 juni 1961, nr. 14 564, BNB 1961/314, ECLI:NL:HR:1961:AX8246

⁸² S.C.W. Douma en A.O. Lubbers, De rol van het matchingbeginsel bij de toerekening van uitgaven, WFR 2002, p. 111-119.

actiefpost. De Hoge Raad oordeelt namelijk dat de transitorische actiefpost moet worden afgeboekt in het jaar dat daadwerkelijk vaststaat dat de verwerving of vervreemding doorgang vindt. Desondanks volgt uit het arrest van 17 december 2004, BNB 2005/95, dat bij de waardering van balansposten rekening mag worden gehouden met toekomstige gebeurtenissen, indien een behoorlijke kans bestaat dat de gebeurtenissen zich zullen voordoen.⁸³ Op het moment dat sprake is van nieuwe informatie over oude feiten mogen deze worden meegenomen in de bepaling van de waardering van de balanspost een boekjaar.⁸⁴ Zelfs al zijn deze gegevens van na de datum van de eindbalans. In tegenstelling tot het beginsel dat de bestaande feiten het uitgangspunt van het realiteitsbeginsel zijn, mag met nieuwe feiten in een volgend jaar geen rekening worden gehouden bij het opstellen van de eindbalanspost. Het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018, BNB 2019/26, wijkt daarom ook af in de gevallen dat nieuwe informatie over bestaande feiten, zoals de informatie dat de verwerving van een deelneming daadwerkelijk doorgang vindt, niet mag worden meegenomen in de waardering van de eindbalans van het jaar waarin nog niet daadwerkelijk vaststaat dat de verwerving daadwerkelijk doorgang vindt.

3.3.2 Voorzichtigheidsbeginsel

Het voorzichtigheidsbeginsel draagt zorg dat in bepaalde gevallen verliezen genomen worden voordat deze gerealiseerd zijn.⁸⁵ Daarnaast regelt dit beginsel dat winsten pas verantwoord behoeven te worden als deze gerealiseerd zijn. Indien een ondernemer in enig jaar recht heeft verkregen op een vergoeding wegens door hem in het kader van zijn onderneming gedane leveranties, eist goed koopmansgebruik dat hij ter zake van de nog te ontvangen gelden een actiefpost opneemt op zijn balans bij het einde van het jaar.⁸⁶ Deze eis kan echter niet worden gesteld indien aan dat recht onzekerheden zijn verbonden van zodanige aard, dat activering in strijd zou komen met de voorzichtigheid die aan de winstbepaling volgens goed koopmansgebruik inherent is.

Het voorzichtigheidsbeginsel botst hiermee soms met het realiteitsbeginsel. Op basis van het veroorzakingsbeginsel, een afgeleid beginsel van het realiteitsbeginsel, dienen de opbrengsten – en op grond van het matchingsbeginsel ook de kosten – toegekend te worden

⁸³ HR 17 december 2004, BNB 2005/95, [ECLI:NL:HR:2004:AR2244](#)

⁸⁴ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001* (Fiscale handboeken nr. 2), 2014/5.4.5.3.298, Deventer: Wolters Kluwer

⁸⁵ P.H.J. Essers, *Het voorzichtigheidsbeginsel*, *Cursus Belastingrecht*, IB.3.2.16.B.b3

⁸⁶ HR 17 januari 1990, nr. 24 948, BNB 1990/75, [ECLI:NL:HR:1990:BH7228](#)

aan het jaar waarin de kosten worden gemaakt. Het voorzichtigheidsbeginsel stelt dat winsten niet verantwoord behoeven te worden voordat deze gerealiseerd zijn. Dit is in lijn met het realiteitsbeginsel. Daartegenover kunnen verliezen genomen worden voordat deze volledig zeker zijn. Dit botst dan met het realiteitsbeginsel. Deze spanning zal later ook bij het afwaarderen van kosten ter zake een deelneming terugkomen. Ondernemingen willen in veel gevallen zo laat mogelijk winst nemen. Hiermee vergroten zij hun kapitaal op korte termijn, waarmee zij rendement kunnen behalen. De grens van het voorzichtigheidsbeginsel wordt gesteld door het realiteitsbeginsel. Hiermee wordt de ondergrens binnen het goed koopmansgebruik bedoeld.⁸⁷ Op basis van het voorzichtigheidsbeginsel kan worden gesteld dat het opstellen van een transitorische actiefpost onwenselijk is. In het geval dat het redelijkerwijs niet te verwachten is dat een deelneming niet zal worden verworven of vervreemd mogen de aankoopkosten volgens het arrest van de Hoge Raad niet worden genomen totdat daadwerkelijk vaststaat of de verwerving of vervreemding doorgang vindt. Hiermee gaat de Hoge Raad uitdrukkelijk tegen de huidige jurisprudentie van het voorzichtigheidsbeginsel in. Voor deze conclusie vind ik steun in de literatuur.⁸⁸ Bekkers en Yeu Au Yeung menen dat het vormen van een transitorische actiefpost in overeenstemming is met goed koopmansgebruik, omdat kosten ter verwerving van een activum geactiveerd moeten worden.⁸⁹ Naar mijn mening gaan Bekkers en Yeu Au Yeung voorbij aan het arrest van 24 mei 2002, BNB 2002/262, waarin is geoordeeld dat de aankoopkosten van een deelneming niet geactiveerd behoeven te worden.

3.3.3 Eenvoudsbeginsel

Tot slot: het eenvoudsbeginsel. Dit beginsel stelt dat het gehanteerde systeem praktisch controleer- en hanteerbaar moet zijn. Dit betekent bijvoorbeeld dat kleine posten niet op de balans opgenomen worden, grote voorraden van dezelfde goederen met een beperkte waarde globaal bepaald mogen worden en dat bij een afwaardering niet iedere debiteurenpost individueel gewaardeerd hoeft te worden.⁹⁰ Hiermee kan dus inbreuk worden

⁸⁷ J.W. Zwemmer, Goed koopmansgebruik en waardering op werkelijke waarde, in: Gedreven, eigenzinnig, creatief en honkvast (Schonis-bundel), Kluwer Deventer 2006, blz. 345 e.v.

⁸⁸ Zie W. Bruins Slot, 'De aan- en verkoopkosten van een deelneming', NTFRB 2019/2, A.I. Hartevelde, R.J. de Vries, F.J. Elswieier, 2 mei 2020, Fiscale aftrekbaarheid van aan- en verkoopkosten inzake deelnemingen: Helaas nog steeds geen duidelijkheid, MBB 2020/5 en P.H.J. Elling & P.J. Tulp, 'Aan- en verkoopkosten deelneming; de Hoge Raad spreekt zich opnieuw uit', WFR 2019/72.

⁸⁹ L. Bekkers & S. Yeu Au Yeung, 'Eindelijk duidelijkheid over de aftrekbeperking voor aan- en verkoopkosten van deelnemingen?' FBN 2019/4

⁹⁰ Zie Hof 's-Gravenhage 10 september 1969, nr. 56/1969, BNB 1970/197, ECLI:NL:GHSGR:1969:AX5330

Hof Arnhem 31 januari 1980, nr. 879/1978, BNB 1981/154, ECLI:NL:GHARN:1980:AW9557 en HR 8 oktober 1958, nr. 13 616, BNB 1958/352, ECLI:NL:HR:1958:AY1268

gemaakt op de hoofdregel van winstrealisatie. Goed koopmansgebruik streeft hiermee niet naar perfectie.⁹¹

Het eenvoudsbegin­sel stelt volgens mij dat de waardering van de transitorische activapost praktisch hanteer- en controleerbaar moet zijn. Het voorschrift van de Hoge Raad om een transitorische post op te nemen lijkt hiermee in overeenstemming te zijn, doordat alle kosten ter zake van de verwerving moeten worden geactiveerd, totdat vaststaat of de vervreemding daadwerkelijk doorgang vindt. Verder is er door de Belastingdienst geen uitvoeringstoets gedaan ten aanzien van de controle van de transitorische actiefpost. De Belastingdienst heeft wel geconcludeerd dat de kwalificatie van aan- en verkoopkosten voor deelnemingen tot veel discussies leidt. Ik meen dat de transitorische actiefpost hierbij geen verschil zal maken, en wellicht juist beter uitvoerbaar is, doordat op het moment dat daadwerkelijk vaststaat of de vervreemding of verwerving doorgang vindt betrekkelijk eenvoudig geconcludeerd kan worden of deze kwalificeren als aan- of verkoopkosten.

3.4 Transitorische actiefpost

Volgens Hartevel­d en De Vries heeft de Hoge Raad in het arrest van 7 december 2018, BNB 2018/26, een dubbel vereiste geformuleerd voor het vormen van een transitorische actiefpost.⁹² Het moet gaan om kosten die te maken hebben met het verwerven of vervreemden van de deelneming en er dient een rechtstreeks oorzakelijk verband te zijn met de aan- of verkoop.

De transitorische actiefpost is een balanspost die uitgaven van het komende jaar en de komende jaren betreft.⁹³ Zoals eerder beschreven dienen op basis van goed koopmansgebruik de opbrengsten en kosten door middel van het realiteitsbegin­sel aan het daarmee samenhangende jaar (of jaren) te worden toegerekend. De toewijzing van kosten als bedrijfs­last of aan de transitorische actiefpost gebeurt op het moment dat de kosten worden gemaakt.⁹⁴ In het arrest HR 12 april 1995, BNB 1995/180, (ook wel: het boorputarrest) wees de Hoge Raad dat als op het moment van boren ten behoeve van olie- en gasreserves, niet kon worden aangenomen dat opbrengsten uit de boring van gas- of oliewinning zouden

⁹¹ J.M. van der Heijden Winstrealisatie bij onderhanden werk (FM nr. 118) 2014/6.3.5

⁹² A.I. Hartevel­d, R.J. de Vries, F.J. Elswier, 2 mei 2020, Fiscale aftrekbaarheid van aan- en verkoopkosten inzake deelnemingen: Helaas nog steeds geen duidelijkheid, MBB 2020/5

⁹³ P.H.J. Essers, Transitorische activa, Cursus Belastingrecht, IB.3.2.18.H

⁹⁴ HR 12 april 1995, nr. 29 866, BNB 1995/180, ECLI:NL:PHR:1995:AA1554

volgen, de kosten in aftrek konden worden genomen.⁹⁵ Op het moment dat aangenomen kan worden dat er opbrengsten tegenover de kosten komen te staan, dient een transitorische actiefpost opgenomen te worden en dienen de geactiveerde uitgaven verdeeld te worden over de jaren dat de opbrengsten worden gerealiseerd. Dit is in overeenstemming met betrekking tot de eerdere jurisprudentie van het realiteits- en voorzichtigheidsbeginsel. De Hoge Raad wijkt van dit uitgangspunt af met de verwijzing dat een transitorische actiefpost gevormd moet worden voor de aan- en verkoopkosten van een deelneming tot het moment dat daadwerkelijk vaststaat of de verwerving of vervreemding doorgang vindt. Elling en Tulling merken op dat het opvallend is dat de Hoge Raad met de transitorische actiefpost de totaalwinst wil corrigeren.⁹⁶ Normaliter werd dit middel slechts gebruikt voor de jaarwinst. Correcties in balansposten voor de totaalwinst werden normaliter echter door middel van de foutenleer gecorrigeerd. Het is daarom opmerkelijk dat de Hoge Raad in zijn arrest van 7 december 2018 hier geen overweging aan besteed. In Hoofdstuk 4 zal daarom uitgebreider stil worden gestaan bij de foutenleer.

Elling en Tulling merken verder op dat naast de strijdigheid met goed koopmansgebruik de transitorische actiefpost ook nog kan botsen met andere bepalingen uit de Wet VpB 1969, zoals in bijvoorbeeld de earningsstrippingsmaatregel van artikel 15b Wet VpB 1969. Doordat de EBITA niet zuiver kan worden vastgesteld voor een boekjaar heeft dit gevolgen voor de maximaal aftrekbare rente. Verder zorgt de verplichting voor het later nemen van kosten ervoor dat de verliesverrekening van artikel 20 Wet VpB 1969 niet meer zuiver is. De verliezen die feitelijk aan eerdere jaren zijn toe te kennen worden pas aan een later boekjaar toegewezen. Bovendien kan een nieuwe aandeelhouder de kosten op een later moment wel in aftrek brengen, terwijl de nieuwe aandeelhouder op grond van artikel 20a Wet VpB 1969 deze verliezen niet mag gebruiken om te verrekenen. Dit zijn naar mijn mening allemaal ongewenste gevolgen doordat de Hoge Raad met de transitorische actiefpost structureel afwijkt van de jaarwinstgedachte op het moment dat kosten in een eerder jaar zijn gemaakt voor een transactie die geen doorgang vindt.

Er kan worden geconcludeerd dat het opstellen van de transitorische actiefpost wenselijk is op basis van de totaalwinstgedachte. Hiermee wordt zekerheid geboden dat de vermogensvergelijking van de begindatum tot de einddatum zuiver blijft. Met zuiver wordt

⁹⁵ HR 12 april 1995, nr. 29866, BNB 1995/180, ECLI:NL:PHR:1995:AA1554

⁹⁶ P.H.J. Elling & P.J. Tulp, 'Aan- en verkoopkosten deelneming; de Hoge Raad spreekt zich opnieuw uit', WFR 2019/72.

bedoeld dat de som van de jaarwinsten gelijk is aan de totaalwinst. De totale kosten worden door de transitorische actiefpost op de juiste wijze gesplitst in aftrekbaar en niet-aftrekbaar, omdat daadwerkelijk zeker moet zijn of de vervreemding plaatsvindt. Desondanks het opstellen van een transitorische post in HR 7 december 2018, BNB 2019/26, inconsistent ten opzichte van de eerdere arresten van de Hoge Raad.

Een mogelijke verklaring waarom de Hoge Raad afstapt van het voorzichtigheidsbeginsel in het arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26, is dat de Hoge Raad bij de waardering van deelnemingen die vallen onder artikel 13 lid 1, Wet VpB 1969, niet de gebruikelijke waarderingsregels van goed koopmansgebruik hanteert. In het arrest van 14 juni 1978, BNB 1978/181, oordeelde de Hoge Raad dat een deelneming boven kostprijs kon worden gewaardeerd.⁹⁷ Volgens de Hoge Raad mocht dit zelfs als het invloed had op de jaarwinst, zolang de totaalwinstbepaling maar zuiver bleef. Ook in HR 24 maart 2014, BNB 2014/119, oordeelde de Hoge Raad anders dan de gebruikelijke rechtspraak over goed koopmansgebruik bij de herwaardering van deelnemingen. De Hoge Raad overweegt: “Goed koopmansgebruik dwingt niet tot de aanpassing van de boekwaarde van een activum, als het resultaat van die aanpassing niet in aanmerking dient te worden genomen bij het bepalen van de belastbare winst van het jaar waarin de aanpassing zou moeten plaatsvinden.”⁹⁸ De Hoge Raad lijkt hiermee voor vrijstellingen een alternatieve benadering voor goed koopmansgebruik te kiezen, doordat de aanpassing van de boekwaarde van een activum niet resulteert in een hogere of lagere belastbare winst. Met het arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26, lijkt de Hoge Raad aan te sluiten bij deze eerdere rechtspraak. Er zou geconcludeerd kunnen worden dat de Hoge Raad een andere invulling van goed koopmansgebruik geeft voor deelnemingen, die (gedeeltelijk) onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

Het lijkt mij daarentegen onwaarschijnlijk dat bij de uitleg van artikel 13 lid 1, Wet VpB 1969 goed koopmansgebruik los is komen te staan van artikel 13 lid 1, Wet VPB 1969 of andere vrijstellingen. De Hoge Raad wijst in zijn arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26 expliciet op het gebruik van goed koopmansgebruik.⁹⁹ Het was daarnaast ook al enige tijd de verwachting dat Hoge Raad voor de waardering van deelnemingen zou bevestigen dat dit op basis van goed koopmansgebruik dient plaats te vinden.¹⁰⁰

⁹⁷ HR 14 juni 1978, BNB1978/181, ECLI:NL:PHR:1978:AX2850

⁹⁸ HR 24 maart 2014, BNB 2014/119, r.o. 3.4.3

⁹⁹ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264, r.o. 2.5.5

¹⁰⁰ R.J. de Vries, HR 28 maart 2014, nr. 13/02818, BNB 2014/119

3.5 Deelconclusie

Het heffingsobject van de Wet VpB 1969 berust op de totaalwinstgedachte. Behalve voor de begin- en eindbalans van een onderneming is de waardering van activa voor de totaalwinst niet relevant. In beginsel is de totale winst objectief en terug te brengen naar de eerdergenoemde vermogensvergelijking.¹⁰¹ Een transitorische actiefpost zorgt ervoor dat kosten worden uitgesteld naar een later jaar. Hiermee is de transitorische post in overeenstemming met de totaalwinstgedachte, maar lijkt deze niet in overeenstemming met de beginselen van de jaarwinstgedachte. De jaarwinstgedachte is aan de subjectieve beoordeling van de ondernemer met inachtneming van de wettelijke voorschriften, waaronder de beginselen van goed koopmansgebruik. Naar mijn mening oordeelt de Hoge Raad terecht dat de transitorische actiefpost een onderwerp is dat zich afspeelt in goed koopmansgebruik. Het is naar mijn mening onwaarschijnlijk dat goed koopmansgebruik is los komen te staan van artikel 13, lid 1, Wet VpB 1969. Op basis van de beginselen van goed koopmansgebruik uit de bekende jurisprudentie, zoals het boorputarrest, kan echter worden geconcludeerd dat de transitorische actiefpost niet in overeenstemming is met het realiteits- en voorzichtigheidsbeginsel. De kosten die niet te 'matchen' zijn aan (toekomstige) opbrengsten kunnen niet aan het jaar worden toegerekend dat deze zijn gemaakt door de verplichting van de Hoge Raad om de transitorische actiefpost pas af te boeken als vaststaat of de verwerving of vervreemding daadwerkelijk doorgang vindt. Ook kunnen in een voorafgaand jaar dat daadwerkelijk vaststaat of de verwerving of vervreemding doorgang vindt nieuwe informatie in een volgend boekjaar over bestaande feiten tijdens de eindbalansdatum niet worden meegenomen in de waardering van de eindbalans. Daarnaast mogen verliezen waar redelijkerwijs van kan worden verwacht dat deze gerealiseerd zullen worden, maar waarvan nog niet daadwerkelijk vaststaat dat deze geleden worden op basis van het voorzichtigheidsbeginsel in een eerder jaar worden genomen. Doordat de Hoge Raad in zijn arrest wijst dat kosten ter zake de verwerving of vervreemding van een deelneming pas mogen worden gemaakt op het moment dat daadwerkelijk vaststaat dat een transactie doorgang vindt gaat deze tegen het voorzichtigheidsbeginsel in. In gevallen dat namelijk verwacht wordt, maar nog niet daadwerkelijk vaststaat, dat een verlies op de aan- of

¹⁰¹ M.L.M van Kempen, Rol van de boekhouding, cursus belastingrecht IB.3.2.8.E

verkoopkosten wordt gerealiseerd kan dit verlies nog niet worden genomen. Hierdoor lijkt de transitorische actiefpost niet in overeenstemming met goed koopmansgebruik. Voor het gedeelte dat een transitorische actiefpost is opgesteld voor kosten die nog moeten worden gemaakt in een volgend jaar is deze wel in overeenstemming met de jaarwinstgedachte.

Daarbij moet wel worden aangetekend dat goed koopmansgebruik een dynamisch begrip is dat zich ontwikkelt met de tijdsgeest. Het zou kunnen zijn dat met het arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26, niet de gebruikelijke waarderingsregels van goed koopmansgebruik hanteert. In het verleden had de Hoge Raad al eerder gewezen dat goed koopmansgebruik kan afwijken als het gaat om herwaarderingen van deelnemingen die buiten de belastbare winst blijven. De Hoge Raad heeft ook eerder geconcludeerd dat zolang niet wordt afgeweken van de totaalwinstgedachte er kan worden afgeweken van goed koopmansgebruik bij de herwaardering van deelnemingen. Het arrest van de Hoge Raad op 7 december 2018, BNB 2019/26, lijkt opnieuw een andere maatstaf van goed koopmansgebruik te hanteren bij deelnemingen.

Hoofdstuk 4 De foutenleer in relatie tot de transitorische actiefpost

De deelvraag in de hoofdstuk luidt: *Hoe werkt de foutenleer en welke relatie is er tussen de foutenleer en de transitorische actiefpost?* Er wordt onderzoek gedaan naar de functie van de transitorische actiefpost, wat een ‘fout’ is volgens de foutenleer en op welke manier de foutenleer kan worden ingepast in de transitorische actiefpost.

4.1 De foutenleer

Zoals in hoofdstuk 3 beschreven kan het voorkomen dat binnen de jaarwinstgedachte tegenstellingen ontstaan. Er kunnen tevens verschillen ontstaan tussen de jaarwinst en de totaalwinst. De jaarwinst is in beginsel een afgeleide van de totaalwinst. Deze verdeelt de totaalwinst over de verschillende jaren van het bestaan een onderneming. Om te zorgen dat de vermogensvergelijking van de totaalwinst kan worden afgeleid van de jaarwinsten dient de eindbalans aan te sluiten met de beginbalans van het daaropvolgende jaar. Dit wordt de balanscontinuïteit genoemd.¹⁰² Doordat winst niet dubbel wordt belast of winsten onbelast blijven ontstaat geen disruptie in het vermogen van een onderneming. Hierdoor is de som van alle jaarwinsten uiteindelijk gelijk aan de totaalwinst.

Het kan voorkomen dat de ondernemer gedurende een aantal jaren een verkeerde winstberekening heeft toegepast, bijvoorbeeld wanneer een vordering te laag of te hoog is gewaardeerd. In HR 28 april 1999, nr. 34589, BNB 1999/283 is geoordeeld dat een fout die is ontstaan in een balanspost door een onjuiste fiscale winstbepaling moet worden hersteld op basis van het realiteitsbeginsel.¹⁰³ In het geval dat een aanslag onherroepelijk vaststaat¹⁰⁴ moet eerst gepoogd worden deze te herstellen door een ambtshalve vermindering, navordering of de betaling van gewetensgeld. Wanneer een aanslag onherroepelijk vaststaat kan deze in sommige gevallen niet meer worden gecorrigeerd. In een dergelijk geval dient een balanspost door middel van de foutenleer gecorrigeerd te worden. De foutenleer heeft als doel om de totaalwinst zuiver te houden. Hierdoor wordt voorkomen dat een gedeelte van de winst onbelast blijft of dubbel wordt belast.¹⁰⁵

De beginbalans moet in een dergelijk geval worden gewijzigd, waardoor deze niet meer gelijk is met de eindbalans van het vorige jaar. Hierdoor ontstaat een tegenstrijdigheid

¹⁰² HR 16 februari 1955, nr. 12 103, BNB 1955/107, ECLI:NL:HR:1955:AY2688

¹⁰³ A.O. Lubbers, Foutenherstel bij onjuiste toepassing van het zakelijkheidsbeginsel, WFR 2022/18

¹⁰⁴ Mogelijkheden hiervoor zijn een gecorrigeerde aangifte, bezwaar en beroep.

¹⁰⁵ HR 13 maart 2009, nr. 44072, BNB 2009/130, ECLI:NL:PHR:2009:BB5878

met het beginsel van de balanscontinuïteit. HR 22 oktober 1952, B. nr. 9293 (hierna: het foutenarrest) heeft drie regels beschreven voor het oplossen van de problemen in de balanscontinuïteit, welke door Lubbers als volgt worden samengevat¹⁰⁶:

1. De balanscontinuïteitsregel

De eindbalans van het laatst afgesloten jaar dient gelijk te zijn aan de beginbalans van het daaropvolgende jaar. Hierdoor worden geen winsten dubbel of niet belast.

2. De correctieregel

Op het moment dat de eindbalans van het afgesloten jaar op basis van goed koopmansgebruik onjuist is dient voor de beginbalans van het daaropvolgende jaar uitgegaan te worden van een gecorrigeerde balans. Het daaropvolgende jaar moet dan nog niet afgesloten zijn. In dit geval wordt in het nog niet gesloten jaar voldaan aan beginselen van jaarwinst, omdat hierin geen onjuistheden zijn verwerkt. Er wordt in dit geval dus afgeweken van de balanscontinuïteit.

3. De terugkeerregel

Als niet meer door navordering, betaling van gewetensgeld herstel kan plaatsvinden dient de balanscontinuïteitsregel toegepast te worden. De correctie moet dan in het laatste niet afgesloten boekjaar plaatsvinden. Hierdoor zal een positieve of negatieve vermogensmutatie ontstaan op de balans welke zal resulteren in een hogere belastingheffing dan in dit jaar is gerealiseerd. Dit is in strijd met goed koopmansgebruik, aangezien niet wordt voldaan aan het realiteitsbeginsel. De totaalwinst wordt geprefereerd boven de jaarwinst.

Het is dus eerst de bedoeling dat de fout indien mogelijk wordt hersteld in het betreffende jaar. Als het niet meer mogelijk is om de onjuistheid in het desbetreffende jaar te corrigeren dient dit in het laatst nog openstaande boekjaar gedaan te worden. Hiermee prevaleert de Hoge Raad de totaalwinstgedachte uiteindelijk boven de jaarwinstgedachte.¹⁰⁷ De enige uitzondering in de jurisprudentie dat de Hoge Raad de jaarwinst boven de totaalwinst plaatste is HR 13 maart 2009, BNB 2009/130.¹⁰⁸ In dit arrest heeft de Hoge Raad gewezen dat een vordering die had moeten worden opgenomen tegenover informeel kapitaal niet door middel van de foutenleer gecorrigeerd mocht worden.¹⁰⁹ De vordering kon niet worden afgeboekt toen de betalingen in de latere jaren werden ontvangen. De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest

¹⁰⁶ A.O. Lubbers, Foutenleer (FM. Nr. 95)/2017/4.3, Deventer, Kluwer Navigator

¹⁰⁷ A.O. Lubbers en R. van Scharrenburg, 'Confrontaties tussen de totaalwinst en jaarwinst', WFR 2007/1007.

¹⁰⁸ HR 13 maart 2009, BNB 2009/130, ECLI:HR:2009:BB5878

¹⁰⁹ HR 13-03-2009, nr. 44 072, BNB 2009/130, ECLI:NL:PHR:2009:BB5878

dat de jaarwinst uiteindelijk juist moest worden berekend en plaatste hiermee de jaarwinst boven de totaalwinst.

4.2 'Fout' volgens de foutenleer

Op basis van het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat een fout, volgens de foutenleer, gecorrigeerd dient te worden in de jaarwinst. Wanneer het te corrigeren boekjaar onherroepelijk is afgesloten, geen ambtshalve vermindering mogelijk is en geen gewetensgeld kan worden betaald dient de correctie plaats te vinden in het laatste openstaande boekjaar. De Hoge Raad wijst er in het arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26, op dat de transitorische actiefpost gehandhaafd dient te worden, totdat daadwerkelijk vaststaat dat de aankoop of vervreemding doorgang vindt.¹¹⁰ Op dat moment dient de actiefpost afgeboekt te worden. De foutenleer heeft alleen toepassing op balansposten. In deze paragraaf zal worden onderzocht wat een 'fout' is volgens de foutenleer om vervolgens te kunnen bepalen of het onterecht wel of niet in aftrek nemen van kosten ter zake van een eventuele verwerving of vervreemding van een deelneming van de belastbare winst op basis van de foutenleer gecorrigeerd had kunnen worden in plaats van door middel van een transitorische actiefpost. Het voordeel van een correctie door middel van de foutenleer zou zijn dat de kosten nog kunnen worden toegerekend aan het jaar waarop deze betrekking hebben. De voorgestelde transitorische actiefpost van de Hoge Raad wordt namelijk in het jaar afgeboekt dat daadwerkelijk vaststaat dat de transactie daadwerkelijk doorgang vindt. Hierdoor worden kosten minder snel toegekend aan het jaar waarop deze betrekking hebben. De foutenleer zal naar mijn mening sneller in overeenstemming zijn met zowel de totaalwinst als de jaarwinst dan de transitorische actiefpost.

De Hoge Raad oordeelt in het foutenarrest dat onjuistheden die bepaaldelijk fout zijn gecorrigeerd moeten worden op basis van de foutenleer. Smeets stelt dat sprake is van een fout als de gegevens die ten grondslag liggen aan de fiscale jaarstukken niet met elkaar in overeenstemming zijn, of dat de jaarstukken in strijd zijn met de wettelijke voorschriften, waaronder goed koopmansgebruik.¹¹¹ Goed koopmansgebruik is echter geen absolute maatstaf en biedt een bepaalde bandbreedte. Hiermee is ruimte voor de subjectieve beoordeling van de ondernemer. De beoordeling of sprake is van een onjuistheid die

¹¹⁰ HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264

¹¹¹ A.O. Lubbers, Foutenleer (FM. Nr. 95)/2017/4.2.1, Deventer, Kluwer Navigator

‘bepaaldelijk fout’ is of dat met de bekende gegevens op de eindbalansdatum de jaarstukken juist zijn vastgesteld door middel van goed koopmansgebruik, is hierdoor complex.¹¹²

In ieder geval kan op basis van het foutenarrest worden gesteld dat sprake is van een fout welke niet gecorrigeerd hoeft te worden als deze niet doorwerkt in het eindvermogen van een jaar. Dergelijke situaties kunnen zich voordoen wanneer de fout in de aard niet doorwerkt in de balanswaardering of het vermogensbestandsdeel niet meer kwalificeert als ondernemingsvermogen.¹¹³ Dit laatste noemt Lubbers een afgewikkelde fout. Lubbers stelt dat sprake is van een fout indien het eindvermogen op de eindbalansdatum te hoog of te laag is vastgesteld op basis van de regels van goed koopmansgebruik.¹¹⁴ Een fout is daarmee bepaaldelijk op het moment dat het gaat om een onjuistheid binnen de winstbepaling van een onderneming. Op basis van deze literatuur ben ik van mening dat sprake is van een ‘fout’ volgens de foutenleer op het moment dat kosten worden genomen op basis van de beschikbare gegevens, terwijl deze hadden moeten worden geactiveerd bij de deelneming. Een dergelijke fout zou dan door middel van de foutenleer gecorrigeerd moeten worden.

In het arrest van de Hoge Raad op 22 januari 1975, BNB 1975/65, heeft de Hoge Raad beoordeeld dat sprake is van een fout op het moment dat een verkeerd stelsel van winstberekening is gehanteerd voor de waardering van een deelneming.¹¹⁵ Belanghebbende had in 1969 de waardering van de deelneming op kostprijs of lagere intrinsieke waarde gesteld. De waardering van de deelneming was hierdoor negatief. Hiermee was de inspecteur in 1969 akkoord gegaan. Vanaf 1970 verandert belanghebbende deze waardering naar kostprijs of lagere boekwaarde. De waardering van de deelneming op een negatief bedrag met deze methode is hiermee in strijd met goed koopmansgebruik. Dit werd gekwalificeerd als een ‘fout’ in de zin van de foutenleer en moest om die reden hersteld worden. Hoewel sinds dit arrest vele jaren zijn verstreken, stel ik dat een foutieve waardering van een deelneming bij het ten onrechte in aftrek nemen van aankoopkosten, als deze geactiveerd hadden moeten worden, een fout is voor de foutenleer en gecorrigeerd kan worden op basis van de foutenleer.

Van Gijlswijk betwijfelt of een foutieve transitorische actiefpost überhaupt kwalificeert als een ‘fout’ volgens de foutenleer.¹¹⁶ Uit het arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26,

¹¹² A.O. Lubbers, Foutenleer (FM. Nr. 95)/2017/4.2.2.3, Deventer, Kluwer Navigator

¹¹³ A.O. Lubbers, Foutenleer (FM. Nr. 95)/2017/5.2, Deventer, Kluwer Navigator

¹¹⁴ A.O. Lubbers, Foutenleer (FM. Nr. 95)/2017/5.2, Deventer, Kluwer Navigator

¹¹⁵ HR 22 januari 1975, nr. 17 433, BNB 1975/65, ECLI:NL:PHR:1975:AX4035

¹¹⁶ M.J.A.M. van Gijlswijk, Foutenleer en arrest aan- en verkoopkosten deelneming; aanvullende gedachten, WFR 2019/216a

volgt dat de verkoopkosten, gemaakt in 2006, 2007 en 2008 ieder jaar opgenomen hadden moeten worden in de transitorische actiefpost. De Hoge Raad maakt in zijn arrest echter geen enkele opmerking over de foutenleer. Volgens Van Gijlswijk kan dit komen doordat de inspecteur dit niet in geschil had gebracht, maar eventueel ook omdat er geen sprake is van een 'fout' volgens de foutenleer. Voor dat laatste beargumenteert hij dat in het arrest BNB 2002/262 de Hoge Raad hoge prioriteit geeft aan het bewaken van de totaalwinst. Hierdoor vindt hij het opvallend dat de Hoge Raad met de foutenleer geen rekening mee houdt in het arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26. Lubbers en De Reus zijn het echter oneens met de verklaring dat geen sprake is van een foutenleerfout.¹¹⁷ De Hoge Raad verwijst de zaak verwijst de zaak namelijk naar een nader feitenonderzoek (r.o. 2.6.1) waarmee de Hoge Raad de zaak niet definitief afdoet. Indien de Hoge Raad de zaak zelf had afgedaan stellen Lubbers en De Reus dat de Hoge Raad de foutleer voor de eerdere jaren had toegepast. Ik sluit mij aan bij Lubbers en De Reus. Op basis van de door mij eerdergenoemde jurisprudentie acht ik het onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad de transitorische actiefpost niet door middel van de foutenleer zou corrigeren. Ter verdediging van Van Gijlswijk kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad met goed koopmansgebruik ook een andere interpretatie lijkt toe te passen voor deelnemingen. Eventueel kan ook een andere interpretatie gelden voor de foutenleer met betrekking tot deelnemingen.

4.2.1 Foutenleer als alternatief voor de transitorische actiefpost

De foutenleer kan op basis van de jurisprudentie in zeer specifieke gevallen een alternatief zijn voor de transitorische actiefpost. Op het moment dat een deelneming in een voorafgaand jaar te hoog of te laag is vastgesteld op basis van de destijds beschikbare gegevens kan de foutenleer worden toegepast. Stel dat een belastingplichtige zou besluiten om in een eerder jaar de aankoopkosten in mindering op de winst te brengen, bijvoorbeeld op basis van het voorzichtigheidsbeginsel, maar dit op basis van destijds beschikbare gegevens ten onrechte doet, zou op basis van de eerder geschetste rechtsregels een correctie moeten plaatsvinden op basis van de foutenleer. De aankoopkosten hadden dan geactiveerd moeten worden. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat aankoopkosten geactiveerd dienen te worden op een deelneming. In hoofdstuk 2 is de discussie beschreven of aankoopkosten geactiveerd dienen te worden of niet (zie: 2.4 Transitorische actiefpost). Indien de aankoopkosten niet

¹¹⁷ A.O. Lubbers, M.M. de Reus, Foutenherstel na het aan- en verkoopkosten-arrest, WFR 2019/145

geactiveerd dienen te worden kan er geen correctie plaatsvinden op basis van de foutenleer. Voor de verkoopkosten kan in ieder geval geen herstel plaatsvinden, omdat deze kosten niet geactiveerd worden. De foutenleer ziet alleen op balansposten.

Het zou dus mogelijk kunnen zijn om ten onrechte wel of niet afgetrokken aankoopkosten te corrigeren door middel van de foutenleer op het moment dat de aankoopkosten geactiveerd hadden moeten worden op de deelneming op basis van de beschikbare gegevens. Hier speelt ook de problematiek van de 'nieuwe gegevens over bestaande feiten' of 'nieuwe feiten', zoals beschreven in '3.3.1 Realiteitsbeginsel'. Op het moment dat nieuwe gegevens over bestaande feiten in een nieuw boekjaar plaatsvinden kunnen deze op basis van goed koopmansgebruik (lees: het realiteitsbeginsel) worden gebruikt voor de waardering van de eindbalans van het vorige boekjaar. Het is dus de vraag of het wel of niet doorgaan van een verwerving of vervreemding kwalificeert als nieuw feit. Mijns inziens hoeft het daadwerkelijke moment dat vaststaat of de verwerving of vervreemding doorgang vindt niet als een nieuw feit te kwalificeren. Deze redentatie volgt uit het arrest van 11 april 2008, BNB 2008/168. In dit arrest dienden niet de opgelegde naheffingsaanslag, maar de uitspraak van het gerechtshof, als schuld opgenomen te worden op de eindbalans. De uitspraak volgde pas veel later dan de naheffingsaanslag in een volgend boekjaar. Op basis van deze uitspraak zie ik een verband tussen de uitspraak van het gerechtshof, zoals aan de orde in BNB 2008/168, en de vaststelling van het daadwerkelijk doorgaan van de transactie, van BNB 2019/26.

Harteveld en De Vries merken op dat de Hoge Raad met een transitorische actiefpost een zuiverder totaalwinstbegrip wil creëren en hiermee voorbijgaat aan de jaarwinst.¹¹⁸ Naast Harteveld en De Vries vindt Bruins Slot de transitorische actiefpost een logische oplossing. Met deze conclusie ben ik het eens. Ondanks de in paragraaf 3.4 beschreven praktische problemen ben ik van mening dat de foutenleer niet een passendere oplossing is ten opzichte van de transitorische actiefpost. Zoals beschreven kan de foutenleer slechts in specifieke casussen een oplossing bieden om een fout te herstellen. De foutenleer is bijvoorbeeld geen oplossing voor de transitorische actiefpost voor verkoopkosten, omdat deze niet geactiveerd worden bij de deelneming. Alleen balansfouten kunnen worden hersteld door de foutenleer.

¹¹⁸ A.I. Harteveld, R.J. de Vries, F.J. Elswier, 2 mei 2020, Fiscale aftrekbaarheid van aan- en verkoopkosten inzake deelnemingen: Helaas nog steeds geen duidelijkheid, MBB 2020/5C6789

4.4 Deelconclusie

Een fout dient op basis van de foutenleer gecorrigeerd te worden indien sprake is van een onjuistheid die bepaaldelijk is. Dit is in het geval dat de gegevens die ten grondslag liggen aan de fiscale jaarstukken niet met elkaar in overeenstemming zijn, of dat de jaarstukken in strijd zijn met de wettelijke voorschriften, waaronder goed koopmansgebruik valt. Hiermee plaatst de Hoge Raad de totaalwinst boven de jaarwinst met uitzondering van BNB 2009/130. De Hoge Raad wijst er in zijn arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26, op dat het vormen van de transitorische actiefpost in overeenstemming is met de beginselen van goed koopmansgebruik en hiermee met de jaarwinstgedachte. In hoofdstuk 3 heb ik besproken waarom dit twijfelachtig is. Op basis van de jurisprudentie is in ieder geval te verklaren dat de Hoge Raad de totaalwinst boven de jaarwinst prefereert.

Doordat de foutenleer vaker in overeenstemming lijkt te zijn met de jaarwinstgedachte dan het afboeken van de transitorische actiefpost in het jaar dat daadwerkelijk vaststaat dat de verwerving of vervreemding doorgang, is onderzocht of het wenselijker is om de kwalificatie van de kosten ter zake van de verwerving of vervreemding van een deelneming door middel van de foutenleer te corrigeren. Mijns inziens had de Hoge Raad op basis van de bestaande jurisprudentie over de foutenleer onvoldoende praktische handvatten voor het beoordelen van de aan- en verkoopkosten als aftrekbaar of niet-aftrekbaar. Op het moment dat de kosten namelijk onterecht in aftrek waren genomen, omdat deze kwalificeerden als verkoopkosten, hadden deze kosten niet geactiveerd kunnen worden omdat het geen balansfout is. Op basis van het foutenarrest kunnen dergelijke onjuistheden dus niet worden gecorrigeerd. Daartegenover stel ik dat het corrigeren door middel van de foutenleer wenselijker is, omdat de foutenleer vaker in overeenstemming is met zowel de totaal- als jaarwinstgedachte.

Hoofdstuk 5: Conclusie en aanbevelingen

Conclusie

In het arrest van 7 december 2018, BNB 2019/26, heeft de Hoge Raad meer duidelijkheid gegeven over de kwalificatie van aan- en verkoopkosten van deelnemingen in de Wet VpB 1969. Op het moment dat er een rechtstreek oorzakelijk verband tussen de kosten en de verwerving of vervreemding van een deelneming aanwezig is kan worden gesproken van aan- of verkoopkosten. De beoordeling voor dit verband dient volgens het gewezen arrest gedaan worden op het moment dat daadwerkelijk vaststaat of de vervreemding doorgang vindt. Tot dat moment dient een transitorische actiefpost worden opgesteld. In deze scriptie is onderzoek gedaan naar deze transitorische actiefpost in verhouding tot de totaalwinstgedachte, jaarwinstgedachte en de alternatieve mogelijkheid van de foutenleer. De probleemstelling luit als volgt:

‘In hoeverre is de door de Hoge Raad geschetste transitorische actiefpost in overeenstemming met de beginselen van goed koopmansgebruik en in hoeverre had de foutenleer de transitorische actiefpost vervangen?’

In deze conclusie zal aan de hand van de behandelde deelvragen een samenvatting worden gegeven, een conclusie worden getrokken en zullen aanbevelingen worden gedaan.

In Hoofdstuk 2 werd de eerste deelvraag onderzocht: *‘Welke systematiek kent de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 en op welke manier worden aan- en verkoopkosten behandeld ter zake van de verwerving of vervreemding van een deelneming?’* De Wet VpB 1969 regelt een belasting die worden geheven op basis van de antropomorfe zienswijze van entiteiten. Op basis van het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte heeft de wetgever concernconstructies op het niveau van het heffingsobject fiscaal willen faciliteren door middel van de deelnemingsvrijstelling. Tot het arrest HR 24 mei 2002, BNB 2002/262, werden aankoopkosten op basis van goed koopmansgebruik geactiveerd bij de deelneming. Nadat de Hoge Raad zijn arrest wees dat de kosten in het jaar moesten worden genomen dat deze waren gemaakt heeft de wetgever door middel van reparatiewetgeving de aankoopkosten beperkt door naast de voordelen uit hoofde van een deelneming ook de kosten ter zake de verwerving van de deelneming, en later in 2007, ook de kosten inzake vervreemding toe te voegen aan de deelnemingsvrijstelling van artikel 13, lid 1, Wet VpB 1969.

Mijns inziens wordt met deze aftrekbeperking afgeweken van de verlengstukgedachte, doordat de kosten bij zowel de moeder- als de dochtermaatschappij niet aftrekbaar zijn. De deelnemingsvrijstelling was bedoeld om concernconstructies fiscaal te faciliteren en hiervoor een brutovrijstelling voor de winsten van de dochtermaatschappij bij de moedermaatschappij in te voeren. De aftrekbeperking van aan- en verkoopkosten van de deelneming, de dochtermaatschappij, beperkt kosten die drukken bij de moedermaatschappij. Dit is zowel niet in overeenstemming met de verlengstukgedachte als het ne-bis-in-idem-beginsel. Financierings- en beheerskosten werden in ieder geval door de uitspraak van het HvJ in 2003 niet gekwalificeerd als aan- en verkoopkosten op basis van diverse andere arresten en rechtspraak kon een lijst worden opgesteld met kosten die wel of niet kwalificeerden als aan- of verkoopkosten van een deelneming. Er gold een zogenoemde omslagmomentbenadering, waarbij kosten kwalificeerden als aan- en verkoopkosten op het moment dat als redelijke mate van zekerheid of verwachting bestond dat de verwerving of vervreemding doorgang zou vinden. De Hoge Raad heeft deze benadering in 2018 niet omarmt en gekozen voor de een objectieve toets. Kosten dienen opgeroepen te worden door de verwerving of vervreemding van een deelneming. Als de verwerving of vervreemding niet zou hebben plaatsgevonden zouden deze kosten ook niet moeten zijn gemaakt. In de literatuur is er onduidelijkheid of de kosten inzake de verwerving van een deelneming geactiveerd moeten worden of dat deze ten laste van het vrijgestelde resultaat komen. Met als uitgangspunt dat de wetgever een analoge behandeling heeft bedoeld voor aan- en verkoopkosten, dat verkoopkosten ten laste van het vrijgestelde resultaat komen en dat de Hoge Raad in 2002 eerder heeft geoordeeld dat aankoopkosten mogen worden afgetrokken concludeer ik dat de aankoopkosten niet geactiveerd moeten worden bij een deelneming.

In hoofdstuk 3 de volgende deelvraag behandeld: *‘Wat is goed koopmansgebruik en hoe verhoudt zich dit tot de transitorische actiefpost voor de aan- en verkoopkosten van de deelnemingsvrijstelling?’* Goed koopmansgebruik is een toerekeningscriterium voor de jaarwinst en begrenst de subjectieve winstbepaling van een ondernemer. Hieraan liggen drie beginselen ten grondslag. De Hoge Raad heeft in het boorputarrest gesteld dat kosten die niet toe te wijden zijn aan opbrengsten in het jaar mogen worden genomen dat deze worden gemaakt. Dit komt vooruit uit twee van de drie beginselen van goed koopmansgebruik, namelijk: het realiteitsbeginsel en het voorzichtigheidsbeginsel. Dat de Hoge Raad in zijn arrest wijst dat de transitorische actiefpost in overeenstemming is met goedkoopmansgebruik

lijkt hierom naar mijn mening ongeloofwaardig. Het is een terechte constatering dat bij het opstellen van een transitorische actiefpost het begrip goed koopmansgebruik een rol speelt. Het arrest van de Hoge Raad is echter niet in overeenstemming met de gangbare jurisprudentie over goed koopmansgebruik. Op basis van BNB 1978/181 en BNB 2014/119 kan worden beredeneerd dat de Hoge Raad voor de waardering van deelnemingen niet de gebruikelijke waarderingsregels van goed koopmansgebruik hanteert. In BNB 2019/26 had dit opnieuw kunnen worden bevestigd. Dit zou een reden zijn waarom de Hoge Raad in dit arrest stelt dat sprake is van goed koopmansgebruik, maar toch afwijkt van het realiteits- en voorzichtigheidsbeginsel. De Hoge Raad maakt in ieder geval met dit arrest duidelijk dat de totaalwinst voorrang heeft boven de jaarwinst. De Hoge Raad zorgt met zijn arrest dat de vermogensvergelijking van de totaalwinst in stand blijft, doordat op de juiste manier kan worden bepaald wat onder de niet-aftrekbare bedragen valt.

Tot slot werd in hoofdstuk 4 de laatste deelvraag behandeld: *'Hoe werkt de foutenleer en welke relatie is er tussen de foutenleer en de transitorische actiefpost?'* In dit hoofdstuk is onderzocht of de foutenleer reeds voldoende oplossingen biedt voor de ondernemer om een zuivere totaalwinst te behouden. Een fout dient op basis van de foutenleer gecorrigeerd te worden indien sprake is van een onjuistheid die bepaaldelijk is. Een onjuistheid is bepaaldelijk als de gegevens die ten grondslag liggen aan de fiscale jaarstukken niet met elkaar in overeenstemming zijn, of dat de jaarstukken in strijd zijn met de wettelijke voorschriften, waaronder goed koopmansgebruik valt. De foutenleer ziet alleen op balansposten. Onder een fout valt ook de waardering van een deelneming. Zie hiervoor BNB 1975/65. Voor verkoopkosten van een deelneming geldt in ieder geval niet dat deze door middel van de foutenleer gecorrigeerd kunnen worden, doordat deze kosten niet geactiveerd worden bij de deelneming. Over aankoopkosten van deelnemingen bestaat de discussie of deze moeten worden geactiveerd. Op het moment dat aankoopkosten van deelnemingen moeten worden geactiveerd dienen fouten volgens de foutenleer te worden hersteld als zich een foutenleerfout voordoet. Hierbij is het uitgangspunt dat naar de bekende gegevens wordt gekeken voor de balanswaardering op de datum van de eindbalans. Voor gegevens die zich na deze datum voordoen speelt het een rol of sprake is van een nieuw feit of nieuwe gebeurtenissen over een bekend feit. Nieuwe gegevens over bekende gebeurtenissen mogen wel worden meegenomen, maar nieuwe feiten niet. Er kan dus geconcludeerd worden dat de foutenleer minder wenselijk is dan het vormen van de transitorische actiefpost, omdat de

foutenleer in meerdere gevallen niet toegepast kan worden waardoor strijdigheid met de totaalwinst kan ontstaan. Aangezien de totaalwinst prevaleert boven de jaarwinst kan daarom beter een transitorische actiefpost worden opgesteld.

Aanbevelingen

Tijdens een lezing voor de SRA van prof. dr. Leo Stevens in december 2021 sprak hij over de huidige Wet IB 2001. Hij kwam tot de conclusie dat de wetgever de Wet IB 2001 door de jaren heen te complex had gemaakt. Voor ieder probleem wordt volgens hem een oplossing gezocht welke resulteert en nieuwe problemen. Dit geldt naar mijn mening ook voor het winstbegrip in de Wet IB 2001, dat rechtstreek doorwerkt naar de Wet VpB 1969. De Hoge Raad lijkt met de vorming van de transitorische actiefpost dezelfde fout te begaan door het stellen dat deze in overeenstemming is met goed koopmansgebruik. De Hoge Raad biedt met de transitorische actiefpost een oplossing voor het behouden van een zuivere totaalwinst. Desondanks lijkt de Hoge Raad een andere interpretatie te hanteren voor goed koopmansgebruik bij deelnemingen dan in andere gevallen. De Hoge Raad veroorzaakt heeft met de geschetste oplossing naar mijn mening te veel onduidelijkheid. Het arrest van de Hoge Raad is namelijk niet in overeenstemming met de gangbare jurisprudentie over goed koopmansgebruik. Dit zorgt voor meer onduidelijkheid in de toekomst en zal nog tot onverwachte problemen kunnen leiden.

Naar aanleiding van mijn onderzoek ben ik tot de conclusie gekomen dat de door de Hoge Raad voorgeschreven transitorische actiefpost in overeenstemming is met de totaalwinst gedachte en niet in overeenstemming met de gangbare jurisprudentie over het realiteitsbeginsel en het voorzichtigheidsbeginsel van de Hoge Raad. Naar mijn mening hanteert de Hoge Raad waarschijnlijk een andere invulling aan goed koopmansgebruik bij deelnemingen. Daarnaast vind ik dat de foutenleer geen betere oplossing is dan de transitorische actiefpost voor het kwalificeren van aan- en verkoopkosten van deelnemingen. Dit is aanleiding voor de volgende aanbevelingen.

1. Er is in deze scriptie aanleiding gevonden dat twijfel is over de economische wenselijkheid en de wenselijkheid op basis van de verlengstukgedachte van de aftrekbeperking van kosten ter zake de verwerving of vervreemding van deelnemingen. Hierover zou meer onderzoek wenselijk zijn.

2. Het is onduidelijk of kosten ter zake de verwerving van een deelneming moeten worden geactiveerd. Hierover zou meer duidelijkheid wenselijk zijn.
3. Het is wenselijk om verder te onderzoeken of de Hoge Raad een andere invulling hanteert van goed koopmansgebruik bij deelnemingen en welke verdere gevolgen deze andere invulling van goed koopmansgebruik in BNB 2019/26 heeft.
4. De jurisprudentie over de foutenleer biedt geen volledige zekerheid of transitorische actiefpost kan worden gecorrigeerd door middel van de foutenleer. Hierover zou meer duidelijkheid wenselijk zijn.

Literatuurlijst

Artikelen

- L. Bekkers & S. Yeu Au Yeung, 'Eindelijk duidelijkheid over de aftrekbeperking voor aan- en verkoopkosten van deelnemingen?' FBN 2019/4
- J.P. Boer & F.J. Elswelier, 'Hinken op twee gedachten: over de rechtsgrond(en) van de Wet VPB 1969', in: J.L. van de Streek & A.J.A. Stevens (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting: lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 31-45.
- W. Bruins Slot, 'De aan- en verkoopkosten van een deelneming', NTFRB 2019/2
- W. Bruins Slot, 'Opa is gek', WFR 2020/7
- S.C.W. Douma en A.O. Lubbers, *De rol van het matchingbeginsel bij de toerekening van uitgaven*, WFR 2002, p. 111-119.
- P.H.J. Elling & P.J. Tulp, 'Aan- en verkoopkosten deelneming; de Hoge Raad spreekt zich opnieuw uit', WFR 2019/72.
- F.J. Elswelier *Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen* (FM nr. 153) 2018/8.4.1, Deventer: Kluwer Navigator
- P.H.J. Essers, 'Grondslagen van de vennootschapsbelasting in relatie met de inkomstenbelasting', *Weekblad Fiscaal Recht* 2019/187, p. 186-192
- J.A.G. van der Geld en A.W. Hofman, *De deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening* (FM nr. 149), Deventer: Kluwer Navigator 2015
- M.J.A.M. van Gijlswijk, *Foutenleer en arrest aan- en verkoopkosten deelneming; aanvullende gedachten*, WFR 2019/216a
- A.I. Hartevelde, R.J. de Vries, F.J. Elswelier, 2 mei 2020, *Fiscale aftrekbaarheid van aan- en verkoopkosten inzake deelnemingen: Helaas nog steeds geen duidelijkheid*, MBB 2020/5
- J.M. van der Heijden *Winstrealisatie bij onderhanden werk* (FM nr. 118), 2014: Deventer: Wolters Kluwer 2014
- P. Hofmann, N. Riedel, 12 december 2019, 'Concurrentie met de vennootschapsbelasting: een Nederlands perspectief', ESB
- F. van Horzen, HR 7 december 2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, NTFR/2018/2822

- A.O. Lubbers, Foutenherstel bij onjuiste toepassing van het zakelijkheidsbeginsel, WFR 2022/18
- A.O. Lubbers, M.M. de Reus, Foutenherstel na het aan- en verkoopkosten-arrest, WFR 2019/145
- A.O. Lubbers en R. van Scharrenburg, 'Confrontaties tussen de totaalwinst en jaarwinst', WFR 2007/1007.
- W.R. Kooiman, 'HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2264: Oorzaak of gevolg?', NLF-Opinies 2019/13.
- A.O. Lubbers, Foutenleer (FM. Nr. 95)/2017, Deventer: Kluwer Navigator
- L.G.M. Stevens, Inkomstenbelasting 2001 (Fiscale handboeken nr. 2), 2014, Deventer: Wolters Kluwer
- Y.A.M. Tigelaar-Klootwijk, Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen (FM nr. 141) 2013, Deventer: Kluwer Navigator
- R.J. de Vries, HR 28 maart 2014, nr. 13/02818, BNB 2014/119

Boeken, rapporten en internetbronnen

- Adviescommissie Belastingheffing van multinationals, 15 april 2020, Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting: analyses en aanbevelingen
- P.H.J. Essers, Cursus Belastingrecht, Deventer: Wolters Kluwer.
- Ministerie van Financiën, 18 mei 2020, Syntheserapport Bouwstenen voor een beter belastingstelsel
- OESO, 5 oktober 2015, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.
- J.W. Zwemmer, Goed koopmansgebruik en waardering op werkelijke waarde, in: Gedreven, eigenzinnig, creatief en honkvast (Schonis-bundel), Deventer Wolters Kluwer 2006

Conclusies

- Conclusie A-G Wattel, 19 november 2009 bij BNB 2010/292, ECLI:NL:PHR:2010:BK6071
- Conclusie A-G Wattel, 17 oktober 2017 bij BNB 2019/26, ECLI:NL:PHR:2017:1135
- .

Parlementaire stukken en besluiten

Besluit Staatssecretaris van Financiën 2 januari 2020, nr. 2019-0000212366

Kamerstukken II, 1998-1999, 26 727, nr. 3, p. 93

Leidraad bij het besluit VpB 1942

Tweede Kamer, vergaderjaar 1955-1956, 6000, nr. 3

Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 381, nr. 3

Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 381, nrs. 1–2

Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 572, nr. 3

Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 300, nr. 45

Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 35 110, nr. 11

Jurisprudentie

HR 16 februari 1955, nr. 12 103, BNB 1955/107, ECLI:NL:HR:1955:AY2688

HR 8 mei 1957, BNB 1957/208, ECLI:NL:HR:1957:AY2274

HR 8 oktober 1958, nr. 13 616, BNB 1958/352, ECLI:NL:HR:1958:AY1268

HR 17 juni 1959, nr. 13 902, BNB 1959/304, ECLI:NL:HR:1959:AY0900,

HR 7 juni 1961, nr. 14 564, BNB 1961/314, ECLI:NL:HR:1961:AX8246

HR 28-11-1962, nr 14 901, BNB 1963/11, ECLI:NL:HR:1962:AX7893

HR 22 januari 1975, nr. 17 433, BNB 1975/65, ECLI:NL:PHR:1975:AX4035

HR 19 oktober 1988, nr. 25 425, BNB 1989/43, ECLI:NL:HR:1988:ZC3929

HR 17 januari 1990, nr. 24 948, BNB 1990/75, ECLI:NL:HR:1990:BH7228

HR 2 maart 1994, nr. 29 061, BNB 1994/164, ECLI:NL:HR:1994:BH8944

HR 12 april 1995, nr. 29866, BNB 1995/180, ECLI:NL:PHR:1995:AA1554

HR 8 juli 1996, nr. 31 496, BNB 1996/368, ECLI:NL:HR:1996:AA2031

HR 23 juni 1999, nr. 33704, BNB 1999/320, ECLI:NL:HR:1999:AA2800

HR 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262, ECLI:NL:HR:2002:AD8553

HR 17 december 2004, BNB 2005/95, ECLI:NL:HR:2004:AR2244

HR 13-03-2009, nr. 44 072, BNB 2009/130, ECLI:NL:PHR:2009:BB5878

HR 5 februari 2010, nr. 08/00829, ECLI:NL:HR:2010:BG4124

HR 7-12-2018, nr. 17/01211, BNB 2019/26, ECLI:NL:HR:2018:2264

HvJ EG 18 september 2003, zaak C-168/01, BNB 2003/344, ECLI:EU:C:2003:479

Uitspraken

Gerechtshof Arnhem 31 januari 1980, nr. 879/1978, BNB 1981/154,
ECLI:NL:GHARN:1980:AW9557

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, nr. 16/00228 en 16/00262,
ECLI:NL:GHARL:2017:636

Gerechtshof 's-Gravenhage 10 september 1969, nr. 56/1969, BNB 1970/197,
ECLI:NL:GHSGR:1969:AX5330

Gerechtshof 's- Hertogenbosch 17 oktober 2019, V-N 2019/60.8, nrs. 18/00716 en 19/00047,
ECLI:NL:GHSHE:2019:3835

Rechtbank Noord-Holland 21 januari 2016, nr. 14/3447, ECLI:NL:RBNNE:2016:1419

Wetten

Wet Belastingherziening 1950

Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Wet op de Inkomstenbelasting 2001