

Fiscaliteiten

Mr. P.A. Flutsch

BELASTINGEN

1 Aanwending van niet tijdelijk overtollige liquide middelen voor speculatie in opties vormt geen ondernemingsvermogen

1.1 Inleiding

Op 15 september 1999 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin centraal stond of in een onderneming aanwezige overtollige liquide middelen ondernemingsvermogen vormden. Belastingplichtige heeft die middelen ter verwerving van opties aangewend. De vraag is of de met die opties behaalde negatieve resultaten als verlies uit onderneming kunnen worden aangemerkt. Hierna wordt dit arrest besproken.

1.2 Casus

X oefent zowel door middel van een eenmanszaak als door middel van een BV het beroep van orthodontist uit. Ten aanzien van genoemde vennootschap bekleedt hij de functie van directeur/enig aandeelhouder. In de periode maart 1989 tot en met juni 1989 heeft hij per bank een bedrag groot DM 389.400 aan A GmbH overgemaakt. Een gedeelte van dit bedrag, f 279.820, is van de bankrekening van X' eenmanszaak afgeschreven. Deze bedragen zijn voor de aankoop van call- en putopties aangewend. Ultimo 1989 blijkt dat eerstgenoemd bedrag als gevolg van oplichting en verduistering zo goed als zeker verloren is gegaan.

Per 31 december 1989 vermeldt de balans van X' eenmanszaak als activum 'Belegging in aandelen f 55.964'. De winst- en verliesrekening 1989 van de eenmanszaak vermeldt als last

'Afwaardering aandelen f 223.856'. Genoemde posten hebben betrekking op voornoemd bedrag van f 279.820.

In geschil is het antwoord op de vraag of het van X' eenmanszaak bankrekening afgeschreven bedrag tot het ondernemingsvermogen moet worden gerekend.

1.3 Hof 's-Hertogenbosch

Het Hof oordeelt dat niet duurzaam overtollige liquiditeiten, ongeacht de wijze van belegging, in beginsel tot het ondernemingsvermogen blijven behoren. Dit is slechts anders indien geen redelijk denkend ondernemer kan volhouden die wijze van belegging met het oog op de zakelijke belangen van zijn onderneming te hebben verkozen. In een dergelijk geval wordt aangenomen dat de liquiditeiten aan het ondernemingsvermogen zijn onttrokken. Aan het beleggen in opties zijn grote risico's verbonden waarvan niet is gebleken dat X die risico's systematisch heeft beperkt. Derhalve is sprake geweest van zuivere speculatie. Geen redelijk denkend orthodontist zou met gelden die zijn bestemd voor de voldoening van op korte termijn opvorderbare ondernemingsschulden, zuiver speculatief hebben gehandeld.

Onder deze omstandigheden moet volgens het Hof worden aangenomen dat deze gelden aan het ondernemingsvermogen zijn onttrokken en een bestemming in de privé-sfeer hebben gekregen.

Mr. P.A. Flutsch is als docent verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg van de Katholieke Universiteit Brabant.

1.4 Hoge Raad

Op het beroep in cassatie van X overweegt de Hoge Raad dat de door een ondernemer gekochte opties tot diens ondernemingsvermogen behoren indien die opties binnen het kader van de normale uitoefening van de onderneming zijn verworven. Binnen dat kader valt niet het investeren in opties voor doeleinden die op zichzelf bezien aan de onderneming vreemd zijn. Dat is anders indien sprake is van belegging van tijdelijk overtollige liquide middelen op een zodanige wijze dat redelijkerwijze moet worden aangenomen dat de aldus belegde middelen weer tijdig in de onderneming beschikbaar zullen zijn.

In het oordeel van het Hof ligt besloten dat sprake is van aanwending van liquide middelen voor doeleinden die aan de onderneming vreemd zijn. Daarnaast volgt uit de uitspraak van het Hof dat in casu geen sprake is van belegging van tijdelijk overtollige liquide middelen op een zodanige wijze dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de aldus belegde middelen tijdig weer in de onderneming beschikbaar zullen zijn.

Het Hof en de Hoge Raad stellen X derhalve in het ongelijk en oordelen dat sprake is van een niet aftrekbaar privé-vermogensverlies.

1.5 Commentaar

Indien de in de onderneming overtollige liquide middelen tot het ondernemingsvermogen behoren, worden eventuele met de verworven opties behaalde positieve en negatieve beleggingsresultaten gekwalificeerd als belaste ondernemingswinsten of aftrekbare ondernemingsverliezen. Positieve of negatieve beleggingsresultaten behaald met tot het privé-vermogen behorende vermogensrechten zijn binnen het huidige inkomensbegrip in de Wet op de inkomstenbelasting 1964 in beginsel niet relevant. Zij behoren dan tot de onbelaste vermogenssfeer. In dit onderscheid is de relevantie van de onderhavige casus gelegen. Belastingplichtige heeft baat bij kwalificatie als ondernemingsvermogen nu de overtollige liquide middelen grotendeels in rook zijn opgegaan. Het vermogensverlies vormt alsdan een aftrekbaar ondernemingsverlies.

De overwegingen van de Hoge Raad in het onderhavige arrest zijn niet nieuw. Reeds in 1977 heeft ons hoogste rechtscollege overwogen dat van

overtollige kasgelden die niet tijdelijk overtollig zijn, moet worden aangenomen dat deze voor de onderneming geen enkele functie vervullen. Bij aanwending van niet tijdelijk overtollige liquide middelen voor de aankoop van in geen enkel verband met de onderneming staande vermogensbestanddelen, heeft belastingplichtige dan niet meer de vrijheid om die vermogensbestanddelen tot zijn ondernemingsvermogen te rekenen.

Negatief geformuleerd betekent dit dat in de onderneming aanwezige tijdelijk overtollige liquide middelen aangewend ter verwerving van ondernemingsvreemde vermogensbestanddelen wel als ondernemingsvermogen kwalificeren. Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad vormt de verwerving van incurante effecten bijvoorbeeld een indicatie voor het beleggen in vermogensbestanddelen met niet tijdelijk overtollige liquide middelen. Nu incurante effecten moeilijker verhandelbaar zijn, is het in de visie van de Hoge Raad niet aannemelijk dat de overtollige kasgelden binnen afzienbare tijd weer in de onderneming beschikbaar zullen zijn.

In het onderhavige arrest overweegt de Hoge Raad in de eerste plaats dat sprake is van aanwending van liquide middelen voor doeleinden die aan de onderneming vreemd zijn. De Hoge Raad neemt daarbij niet het oordeel van het Hof over, inhoudende dat 'geen redelijk denkend orthodontist met gelden die zijn bestemd voor de voldoening van op korte termijn opvorderbare ondernemingsschulden zuiver speculatief zou hebben gehandeld.' Ik meen dat een dergelijke objectivering van het handelen van belastingplichtige in casu tot een overbodige exercitie leidt. Een eenvoudige afweging van belanghebbendes beroep (orthodontist) en de aanwending van de liquide middelen (verwerving van opties) noopt reeds tot de conclusie dat sprake is van een ondernemingsvreemde aanwending van de overtollige gelden.

Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat geen sprake is van belegging van tijdelijk overtollige liquide middelen op een zodanige wijze dat moet worden aangenomen dat de belegde middelen weer tijdig in de onderneming beschikbaar zullen zijn. De grote financiële risico's verbonden aan het beleggen in opties heeft in de visie van de Hoge Raad kennelijk tot gevolg dat redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat de overtollige liquide middelen aanstonds weer ter beschikking van de onderneming komen.

De slotsom is dan dat de overtollige gelden worden geacht te zijn onttrokken aan het ondernemingsvermogen van belastingplichtige ten gunste van diens privé-vermogen.

Onder het huidige fiscale regime blijft het door belastingplichtige geleden vermogensverlies onverwerkt. Dit is anders indien het onlangs door de wetgever voorgestelde wetsvoorstel inzake de 'Wet op de inkomstenbelasting 2001' in werking treedt. Het geleden vermogensverlies leidt dan tot een lagere heffingsgrondslag. De heffingsgrondslag voor de forfaitaire vermogensrendementsheffing wordt immers gevormd door de waarde van de bezittingen verminderd met de waarde van de schulden (art. 5.1.3, eerste lid, wetsvoorstel Wet IB 2001).

2 Reparatiewetgeving inzake voorzieningen

2.1 Inleiding

Bij de Tweede Kamer is op 27 september 1999 het wetsvoorstel ingediend dat beoogt het regime inzake fiscale voorzieningen, zoals dat gold tot aan het zogenaamde 'baksteenarrest', te herstellen.

Veertig jaar lang huldigde de Hoge Raad het standpunt dat het voor het vormen van een fiscale voorziening noodzakelijk was dat op de balansdatum een rechtsverhouding bestond waaruit juridisch afdwingbare verplichtingen konden voortvloeien. Voorts diende een behoorlijke kans op verwezenlijking van de verplichtingen aanwezig te zijn en dienden deze verplichtingen naar goed koopmansgebruik ten laste van het desbetreffende jaar te kunnen komen.

Sinds het door de Hoge Raad op 8 juli 1996 gewezen 'mestarrest' heerste in fiscaal Nederland verdeeldheid over de beantwoording van de vraag of voor het vormen van een fiscale voorziening nog wel sprake diende te zijn van een op de balansdatum aanwezige rechtsverhouding. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat een fiscale voorziening kon worden gevormd indien sprake was van een causaal verband tussen de in de voorziening opgenomen kosten en de productie.

Met het door de Hoge Raad op 26 augustus 1998 gewezen 'baksteenarrest' is aan de onduidelijkheid omtrent het vereiste van de rechtsverhou-

ding een einde gekomen. De Hoge Raad overwoog dat een fiscale voorziening kan worden gevormd indien de uitgaven hun oorsprong vinden in feiten of omstandigheden die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan en die ook overigens aan die periode kunnen worden toegerekend. Bovendien laat de Hoge Raad het 'behoorlijke kans-criterium' in stand.

2.2 Ongewenste gevolgen van het 'baksteenarrest'

Blijkens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel is de Staatssecretaris van Financiën beducht voor ongewenste gevolgen van het baksteenarrest.

In de eerste plaats is het volgens de Staatssecretaris onzeker welke uitgaven hun oorsprong vinden in feiten en omstandigheden die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan en bestaan er geen criteria ter vaststelling van de oorsprong van kosten. Dit argument betreffende de onzekerheid overtuigt niet. Een zekere mate van onzekerheid heeft de wetgever immers zelf in het leven geroepen door de ontwikkeling van de open norm 'goed koopmansgebruik', als basis voor de vaststelling van de fiscale jaarwinst, aan de rechter over te laten. Daarmee is bewust gekozen voor een onzekere rechtsontwikkeling. De maatschappelijke ontwikkelingen kunnen de rechter immers tot afwijking van zijn vaste jurisprudentie nopen.

Daarnaast wordt gewezen op de onwenselijke toename van geschillen en uitvoeringslasten. Daarbij wordt echter niet gemotiveerd waarom door het 'baksteenarrest' sprake is van een toename van geschillen en het ontstaan van extra grote uitvoeringsproblemen.

Verder wijst de Staatssecretaris op de budgettaire gevolgen van het 'baksteenarrest'. In de fiscale literatuur is reeds opgemerkt dat de gevolgen van het 'baksteenarrest' zich mede zouden kunnen uitstrekken tot de uitgaven terzake van bodemsanering, de invoering van de euro en het millenniumprobleem. Volgens berekeningen van het Ministerie van Financiën leiden de gevolgen van het 'baksteenarrest' tot een vermindering van de jaarwinst met tien miljard gulden. Hetgeen een belastingderving van twee à drie miljard gulden oplevert.

Gezien de weinig overtuigende onderbouwing van de twee eerstgenoemde ongewenste gevolgen van het 'baksteenarrest' meen ik dat de Staatssecretaris vooral belang hecht aan het ongedaan maken van ongewenste budgettaire gevolgen die dit arrest in zijn visie oproept.

2.3 *Reparatie met terugwerkende kracht*

Door middel van het wetsvoorstel wordt in de Wet op de inkomstenbelasting 1964 een nieuw artikel ingevoegd: artikel 9c. Dit luidt: *'Bij het bepalen van de in een kalenderjaar genoten winst kan voor toekomstige uitgaven of verrichtingen waar geen vergoedingen tegenover staan, slechts een voorziening worden gevormd indien de uitgaven of verrichtingen voortvloeien uit een bij het einde van het jaar bestaande rechtsverhouding en juridisch afdwingbaar zijn.'*

Met de invoering van het voorgestelde art. 9c Wet IB 1964 wordt dan weer teruggekeerd naar

het regime ten aanzien van fiscale voorzieningen zoals dat gold vóór 26 augustus 1998.

Art. II van het wetsvoorstel bepaalt onder meer dat de nieuwe wet voor het eerst van toepassing is op jaren waarover de aanslag op de datum van inwerkingtreding van het wetsvoorstel nog niet onherroepelijk vaststaat. Dit is opmerkelijk daar de Staatssecretaris bij Besluit van 3 december 1998 de belastingdienst opdraagt het 'baksteenarrest' niet tot leidraad te nemen en de aangiften, aanvullende aangiften en bezwaarschriften waarin een belastingplichtige een beroep op het 'baksteenarrest' doet, tot nader order aan te houden. Zodoende houdt de Staatssecretaris eerst de aanslagregeling op om vervolgens nieuwe wetgeving op de nog niet geregelde aanslagen van toepassing te verklaren. Volgens de Raad van State wordt door deze 'constructie' een situatie bereikt waarin aan de uitleg van de Hoge Raad van een bepaling uit de Wet IB 1964 met terugwerkende kracht betekenis wordt onthouden.