

ECLI:NL:PHR:2018:1037

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	21-09-2018
Datum publicatie	05-10-2018
Zaaknummer	18/01686
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2019:1837
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	<p>Invoering belastingplicht woningbouwcorporaties; openingsbalanswaardering van hun langlopende schulden (leningen o/g); passivering van overlopende renteverplichtingen; uitleg van het verband tussen die twee in de vaststellingsovereenkomst tussen Aedes en de belastingdienst (VSO2); is een volgens de feitenrechter verkeerde uitleg van die VSO2 een fout in de zin van de foutenleer die dus hersteld kan worden hoewel het openingsbalansjaar reeds vaststaat?</p> <p>Feiten: De belanghebbende is een woningcorporatie. Door de invoering van de belastingplicht voor woningcorporaties is zij (eerst partieel en) vanaf 1 januari 2008 integraal belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting (Vpb). Op haar fiscale openingsbalans 2008 heeft zij de marktwaarde van haar langlopende schulden (leningen o/g) bepaald door de toekomstige uitgaande kasstromen contant te maken en heeft zij de overlopende rente betreffende 2007 onder de kortlopende schulden gepassiveerd, conform de Vaststellingsovereenkomst 2 "Belastingplicht woningcorporaties" (VSO2), die de (meeste) woningcorporaties en ook de belanghebbende met de fiscus hebben gesloten. Mede op basis van die openingsbalans is de belanghebbende een aanslag Vpb 2008 opgelegd die inmiddels onherroepelijk is.</p> <p>Daarna is discussie tussen de fiscus en de woningcorporaties ontstaan over de vraag of bij het contant maken van de uitgaande kasstromen ex leningen o/g conform VSO2 de transitorische rente 2007 buiten beschouwing moest blijven omdat die al separaat als kortlopende schuld werd gepassiveerd. De fiscus meent van niet omdat VSO2 ook de afspraak/fictie omvat dat toekomstige kasstromen contant worden gemaakt alsof zij op de laatste dag van het jaar uitgaan. Die fictie impliceert volgens de fiscus dat er geen transitorische rente is, zodat leningen o/g in strijd met de bedoeling van VSO2 worden ondergewaardeerd als de transitorische rente 2007 wordt geëlimineerd bij de schuldwaardering. De fiscus heeft desondanks in een gepubliceerde Q&A laten weten dat hij in verband met door hem gewekt vertrouwen voor nog niet geregelde jaren tot 5 juli 2012 aanvaardt dat de overlopende rente 2007 niet meetelt in de schuldwaardering op de openingsbalans. Belanghebbendes aanslag 2008 was toen echter al onherroepelijk. Haar verzoeken om ambtshalve aanpassing van haar openingsbalans zijn afgewezen.</p> <p>In geschil is of de waardering van belanghebbendes leningen o/g per 1 januari 2009 op grond van de foutenleer of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan worden verlaagd ten opzichte van de onherroepelijke waardering per einde 2008.</p> <p>De Rechtbank Gelderland heeft belanghebbendes beroep afgewezen, maar in hoger beroep oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat correcte uitleg van VSO2 meebrengt dat transitorische rente 2007 buiten de schuldwaardering blijft omdat zij apart wordt gepassiveerd. De balanspost disagio is daarom te laag bepaald en dat is een fout die in het oudste nog openstaande jaar (2009) moet worden hersteld, zodat het hogere beroep gegrond is. Het Hof is daardoor niet toegekomen aan het beroep op de beginselen van behoorlijk bestuur.</p> <p>In cassatie stelt de Staatssecretaris met rekenvoorbeelden dat het Hof art. 8 Wet Vpb en art. 3.25 Wet IB 2001 en/of zijn motiveringsplicht heeft geschonden door op basis van de foutenleer de beginbalans 2009 te corrigeren en de transitorische rente te veronachtzamen bij de schuldwaardering, nu daarmee rente die ziet op 2007 ten laste van de winst vanaf 2009 wordt gebracht en dus de totale winst verkeerd wordt vastgesteld.</p> <p>A-G Wattel constateert dat het geschil in cassatie nog gaat over (i) de begrijpelijkheid van s Hofs uitleg van VSO2 en (ii) de vraag of belanghebbendes</p>

volgens het Hof aanvankelijk onjuiste uitleg van VSO2 die tot de volgens het Hof daardoor onjuiste openingswaardering heeft geleid, een fout is in de zin van de foutenleer die ondanks onherroepelijkheid van 2008 kan worden hersteld in 2009.

Ad (i): de uitleg van overeenkomsten is voorbehouden aan de feitenrechter en s Hofs uitleg van VSO2 is geenszins onbegrijpelijk: volgens de toelichting bij VSO2 zijn de waarderingsregels in de financiële sector uitgangspunt bij de schuldwaardering. In die sector wordt transitoire rente ofwel in de schuldwaardering ofwel onder de kortlopende schulden opgenomen, maar niet beide. De tegenwerping dat de jaareindekasstroombfictie impliceert dat geen overlopende rente bestaat, lijkt innerlijk tegenstrijdig en in strijd met de tekst van VSO2, die uitdrukkelijk bepaalt dat de kennelijk dus wel degelijk bestaande overlopende rente 2007 separaat gepassiveerd moet worden. s Hofs uitleg van VSO2 houdt volgens de A-G mede in dat geen onverbreekelijk wederzijds afhankelijk en compenserend verband is overeengekomen tussen de jaareindekasstroombfictie en het dubbel tellen van de overlopende rente 2007. Hij acht het cassatieberoepschrift voorts innerlijk tegenstrijdig, nu de Staatssecretaris s Hofs uitleg van VSO2 onbegrijpelijk acht, maar ook schrijft dat hij juist die uitleg heeft gehonoreerd in zijn Q&A-Besluit omdat: uitleg woningcorporaties lijkt ook mogelijk.

Ad (ii): de vraag of de openingsbalanswaardering 2008, die afweek van s Hofs uitleg van VSO2, een fout was in de zin van de foutenleer, doet de prealabele vraag rijzen of dat beoordeeld moet worden uitgaande van (i) s Hofs uitleg van VSO2, of (ii) strikte toepassing van de wet alsof géén overeenkomst was gesloten. De A-G acht het eerste antwoord het juiste, want als geen overeenkomst was gesloten, zouden veel meer bedingen niet gegolden hebben waarvan niet te zeggen valt hoe hun ontbreken uitgepakt zou hebben bij strikte toepassing van de wet. s Hofs uitleg van VSO2 dat geen wederzijds afhankelijk verband bestaat tussen de jaareindekasstroombfictie en het al dan niet meenemen van overlopende rente in de openingswaardering impliceert dat volgens het maatregime (VSO2) een kennelijke openings-balanswaarderingfout is gemaakt, die doorwerkt in de eindbalans 2008 en in latere jaren, terwijl de inspecteur niet van ambtswege wil corrigeren. Nu de partijen geen (procedurele) afspraak hebben gemaakt over wat te doen bij openingsbalanswaarderingen die niet stroken met VSO2 terwijl de aanslag 2008 al onherroepelijk vaststaat, moet teruggevallen worden op het dwingende publiekrecht, i.e. in casu de foutenleer. De waarderingsfout moet dus in het oudste nog open staande jaar (2009) hersteld worden. De A-G meent daarom dat het middel van de Staatssecretaris niet tot cassatie leidt.

Voor het geval de Hoge Raad anders oordeelt, gaat de A-G in op de vraag of in dat geval na vernietiging verwijzing moet volgen om belanghebbendes onbehandeld gebleven beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te beoordelen. Zijns inziens kan dat beroep niet tot iets leiden, nu het geval van de belanghebbende, wier aanslag onherroepelijk vast stond, niet gelijk is aan gevallen waarin de aanslag nog niet onherroepelijk is, terwijl de fiscus geen vertrouwen heeft gewekt dat hij terug zou komen op onherroepelijk vast staande jaren. De Hoge Raad kan zijns inziens ook dan de zaak zelf afdoen, maar alsdan in tegengestelde zin.

Conclusie: cassatieberoep ongegrond.

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl

V-N Vandaag 2018/2126

NLF 2018/2218 met annotatie van Gert-Jan de Ruiter

V-N 2018/58.4 met annotatie van Redactie

NTRF 2018/2481 met annotatie van mr. L.S. Rijff

Conclusie

Conclusie van 21 september 2018 inzake:

Nr. Hoge Raad: 18/01686	Staatssecretaris van Financiën
Nr. Rechtbank: AWB 15/7325	
Nr. Gerechtshof: 17/00666	
Derde Kamer A	tegen
Vennootschapsbelasting 2009	Stichting [X]

1 Overzicht

- 1.1 De belanghebbende is een woningcorporatie. Door de invoering van de belastingplicht voor woningcorporaties is zij (eerst partieel en) vanaf 1 januari 2008 integraal belastingplichtig geworden voor de vennootschapsbelasting. Op haar fiscale openingsbalans 2008 heeft zij de marktwaarde van haar langlopende schulden (leningen o/g) bepaald door de toekomstige uitgaande kasstromen contant te maken en heeft zij de overlopende rente betreffende 2007 onder de kortlopende schulden gepassiveerd, een en ander conform de Vaststellings-overeenkomst 2 "Belastingplicht woningcorporaties" (VSO2),¹ die de (meeste) woning-corporaties en ook de belanghebbende met de fiscus hebben gesloten. Mede op basis van die openingsbalans heeft de Inspecteur een aanslag vennootschapsbelasting 2008 aan de belanghebbende opgelegd die inmiddels onherroepelijk is geworden.
- 1.2 Nadien is discussie tussen de fiscus en de woningcorporaties ontstaan over de vraag of bij het contant maken van de uitgaande kasstromen ex leningen o/g conform art. 2.8.1(2) VSO2 de transitorische rente 2007 buiten beschouwing moest blijven omdat die al separaat als kortlopende schuld werd gepassiveerd. De fiscus meent van niet omdat VSO2 ook de afspraak/fictie omvat dat toekomstige kasstromen contant worden gemaakt alsof zij op de laatste dag van het jaar uitgaan. Gegeven die fictie, die volgens de fiscus impliceert dat er geen transitorische rente is, worden leningen o/g zijns inziens in strijd met de bedoeling van VSO2 ondergewaardeerd als de transitorische rente 2007 zou worden geëlimineerd bij de waardering van de langlopende schulden. Een lagere openingswaardering van schulden leidt immers tot lagere fiscale winst in de periode van belastingplicht. De fiscus heeft desondanks in een gepubliceerde Q&A laten weten dat hij in verband met door hem gewekt vertrouwen voor nog niet geregelde jaren tot 5 juli 2012 aanvaardt dat de overlopende rente 2007 niet meetelt in de schuldwaardering op de openingsbalans. Belanghebbendes aanslag 2008 was toen echter al onherroepelijk geregeld.
- 1.3 De belanghebbende heeft zowel de Inspecteur als het Ministerie van Financiën verzocht haar aanslag 2008 ambtshalve te verminderen en haar openingsbalans aan te passen aan de in de Q&A goedgekeurde openingswaardering. Die verzoeken zijn afgewezen. De belanghebbende heeft daarnaast haar aangifte 2009 herzien en met een beroep op de foutenleer de waardering van haar leningen o/g per 1 januari 2009 verlaagd ten opzichte van de waardering per einde 2008. De Inspecteur heeft die balansdiscontinuïteit verworpen en de definitieve aanslag 2009 vastgesteld uitgaande van de schuldwaardering per einde 2008. Daartegen is de belanghebbende vergeefs in bezwaar en beroep gekomen.
- 1.4 Anders dan de Rechtbank Gelderland was het Hof Arnhem-Leeuwarden in hoger beroep van oordeel dat VSO2 inhoudt dat transitorische rente 2007 buiten beschouwing blijft bij de bepaling van de marktwaarde van langlopende schulden omdat zij separaat wordt gepassiveerd. De balanspost disagio is daarom volgens hem te laag bepaald. Dat is zijns inziens een fout die in het oudste nog openstaande jaar (2009) moet worden hersteld, zodat belanghebbendes hogere beroep gegrond is. Het Hof is niet toegekomen aan belanghebbendes beroep op de algemene beginselen van behoorlijk

bestuur.

- 1.5 De Staatssecretaris stelt één cassatiemiddel voor: het Hof heeft art. 8 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) en art. 3.25 Wet inkomstenbelasting 2001 en/of zijn motiveringsplicht geschonden door op basis van de foutenleer de beginbalans 2009 te corrigeren en de transitorische rente te veronachtzamen bij de bepaling van de contante waarde van de leningen, nu daarmee rente die ziet op 2007 ten laste van de winst van de jaren vanaf 2009 wordt gebracht. De overeengekomen fictie dat kasstromen op de laatste dag van het jaar uitgaan, impliceert zijns inziens dat er géén overlopende rente is, zodat evenmin enige van 2007 naar 2008 overlopende renteverplichting uit de schuldwaardering per 1 januari 2008 kan worden geëlimineerd. Het Hof redeneert volgens hem verkeerd met zijn oordeel dat sprake is van een dubbeltelling van de overlopende rente 2007-2008. Het Hof haalt zijns inziens vermogensbepaling en winstbepaling door elkaar.
- 1.6 De vaststellingsovereenkomst bindt beide partijen, nu kennelijk sprake was van onzekerheden en potentieel geschil en niet gebleken is van totstandkomingsgebreken of zodanig manifeste strijd met de wet dat op nakoming niet kon worden gerekend. De uitleg van overeenkomsten is voorbehouden aan de feitenrechter, behoudens onbegrijpelijkheid. In cassatie gaat het daarom mijns inziens over (i) de begrijpelijkheid van s Hofs uitleg van VSO2 en (ii) de vraag of belanghebbendes volgens het Hof onjuiste uitleg van VSO2 die tot de volgens het Hof daardoor onjuiste openingswaardering heeft geleid, een fout is in de zin van de foutenleer die ondanks onherroepelijkheid van 2008 kan worden hersteld in 2009.
- 1.7 Gegeven de overeengekomen kasstroomjaareinfictie, acht de Staatssecretaris onbegrijpelijk s Hofs opvatting dat des fiscus uitleg van VSO2 die gedeeld wordt door de adviescommissie VSO2 een dubbeltelling van de transitorische rente zou inhouden. Ik vat zijn cassatieberoep aldus op dat vanwege de onbegrijpelijkheid van s Hofs uitleg, die uitleg geen gemaakte fout blootlegt (maar zelf een fout inhoudt), c.q. dat bij een wél begrijpelijke uitleg van VSO2 geen sprake zou zijn van een fout.
- 1.8 De uitleg van art. 2.8.1 VSO2 die de Staatssecretaris voorstaat, lijkt mij niet evident juist en s Hofs andersluidende uitleg geenszins onbegrijpelijk. Volgens de toelichting bij VSO2 zijn uitgangspunt de waarderingsregels in de financiële sector. In die sector wordt transitorische rente ofwel in de schuldwaardering ofwel onder de kortlopende schulden opgenomen, maar niet in/onder beide. De Staatssecretaris zal tegenwerpen dat in die sector geen jaareindekasstroomfictie geldt, maar het standpunt dat die fictie impliceert dat geen overlopende rente bestaat, lijkt innerlijk tegenstrijdig en in strijd met de tekst van VSO2, die immers uitdrukkelijk bepaalt dat de kennelijk wel degelijk bestaande van 2007 naar 2008 overlopende rente separaat gepassiveerd moet worden. s Hofs uitleg houdt mijns inziens wezenlijk in dat die laatste passivering impliceert dat niet van overlopende rente wordt geabstraheerd en zij dus wel degelijk ontdebeld kan worden, alsmede dat geen onverbreekelijk wederzijds afhankelijk en compenserend verband is overeengekomen tussen de jaareindekasstroomfictie en het dubbel tellen van de overlopende rente 2007-2008.
- 1.9 Ook het cassatieberoepschrift van de Staatssecretaris lijkt innerlijk tegenstrijdig: hij acht s Hofs uitleg van VSO2 onbegrijpelijk, maar schrijft ook dat hij juist die uitleg heeft gehonoreerd in de genoemde Q&A omdat: uitleg woningcorporaties lijkt ook mogelijk.²
- 1.10 Dan resteert de vraag of belanghebbendes openingsbalanswaardering in 2008, die afweek van s Hofs uitleg van art. 2.8.1 VSO2, een fout was in de zin van de foutenleer die in 2009 kan of moet worden hersteld. Die vraag doet de prealabele vraag rijzen of zulks beoordeeld moet worden uitgaande van (i) s Hofs uitleg van VSO2 (zijnde hetgeen tussen partijen rechtens geldt, aldus art. 7:900 BW), of (ii) strikte toepassing van de wet alsof géén vaststellingsovereenkomst was gesloten. Ik meen dat het eerste antwoord het juiste is, want als geen overeenkomst was gesloten, zouden veel meer bedingen niet gegolden hebben waarvan niet te zeggen valt hoe hun ontbreken uitgedrukt zou hebben bij strikte toepassing van de wet. Daarom werd nu juist een vaststellingsovereenkomst gesloten. Ik maak voorts

uit HR V-N 2018/38.93 (vaststellingsovereenkomstenbeleid sexwerkersbranche) op dat geen onderdelen uit een convenant of een modelvaststellingsovereenkomst zoals VSO2 geïsoleerd kunnen worden. Het maatregime is dus hetgeen VSO2 definieert als hetgeen rechtens tussen de partijen geldt, zoals de feitenrechter dat in cassatie onaantastbaar heeft uitgelegd.

1.11 De openingsbalanswaardering werkt door in de eindbalans 2008 en in latere jaren en de inspecteur is niet voornemens van ambtswege te corrigeren. Ik leid uit de rechtspraak af dat fouten niet hersteld worden als dat zou leiden tot definitieve niet-belasting of dubbele belasting van een deel van de totale winst. De Staatssecretaris meent dat lasten uit 2007, toen geen belastingplicht bestond, ten onrechte ten laste van 2009 en later worden gebracht, waardoor definitief een deel van de totale winst onbelast blijft. De belanghebbende meent dat een deel van haar winst dubbel belast wordt als transitorische rente tweemaal gepassiveerd wordt. Het verschil is dat de Staatssecretaris een onverbreekelijk wederzijds afhankelijk en compenserend verband ziet tussen de jaareindekasstroomfictie en het al dan niet meenemen van de overlopende rente in de schuldwaardering (maar géén verband ziet tussen die fictie en passivering van overlopende rente als kortlopende schuld), terwijl de belanghebbende de jaareindefictie slechts als praktische disconteringsregel ziet die niet wegneemt dat overigens de in de financiële sector (en elders) gebruikelijke waarderingsregel gevolgd wordt dat schulden niet dubbel geteld worden.

1.12 s Hofs in cassatie onaantastbare uitleg van VSO2 houdt in dat geen onverbreekelijk wederzijds afhankelijk en compenserend verband bestaat tussen de jaareindekasstroomfictie en het al dan niet meenemen van overlopende rente in de openingswaardering. Volgens het maatregime (VSO2) is dus een kennelijke openingsbalanswaarderingfout gemaakt. Nu de partijen geen (procedurele) afspraak hebben gemaakt over wat te doen bij openingsbalans-waarderingen die niet stroken met VSO2 terwijl de aanslag 2008 al onherroepelijk vaststaat, moet teruggevallen worden op het dwingende publiekrecht, *i.e.* in casu de foutenleer. De waarderingsfout moet dus in het oudste nog open staande jaar (2009) hersteld worden. Ik meen daarom dat het middel van de Staatssecretaris niet tot cassatie leidt.

1.13 Mocht u daar anders over denken, dan hoeft mijns inziens niet verwezen te worden om belanghebbendes onbehandeld gebleven subsidiaire beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te doen behandelen, maar kunt u evenzeer de zaak zelf afdoen door de Staatssecretaris in het gelijk te stellen. Dat beroep kan mijns inziens niet tot iets leiden, nu de belanghebbende, wier aanslag onherroepelijk vast stond, niet gelijk is aan gevallen die nog open stonden en de fiscus geen vertrouwen heeft gewekt dat hij terug zou komen op onherroepelijk vast staande jaren.

1.14 Ik geef u in overweging het beroep van de Staatssecretaris ongegrond te verklaren.

2 De feiten en de aanslagregeling

Het polderen bij de invoering van de belastingplicht voor woningcorporaties

2.1 De belanghebbende is een woningcorporatie die (ruimten in) onroerende zaken verhuurt, verkoopt en beheert, met name in de regio [Q]. Zij is als gevolg van de invoering van de belastingplicht voor woningcorporaties⁴ vanaf 1 januari 2008 belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.

2.2 De belastingplicht voor woningcorporaties riep fiscale vragen op waarover Aedes (de vereniging van woningcorporaties) en de Belastingdienst op 23 januari 2009 een vaststellingsovereenkomst 2 "Belastingplicht woningcorporaties" (VSO2) hebben gesloten (zie onderdeel 5 hierna). Zij hebben daarbij een gemene toelichting opgesteld en een adviescommissie ingesteld. Ook de belanghebbende heeft met de inspecteur een vaststellingsovereenkomst conform VSO2 gesloten.

2.3

In haar openingsbalans per 1 januari 2008 moest de belanghebbende haar schulden uit leningen o/g waarderen. Daarover bepaalt VSO2:

"Artikel 2.1.1 Fiscale openingsbalans

1. De activa en passiva die tot en met 31 december 2007 behoorden tot de vrijgestelde activiteiten van de corporatie worden per 1 januari 2008 op de fiscale opnemingsbalans opgenomen tegen de waarde in het economische verkeer per 1 januari 2008.
2. In de hierna volgende artikelen wordt beschreven op welke wijze de waarde in het economische verkeer zal worden bepaald.

()

Artikel 2.8.1 Leningen o/g (opgenomen gelden)

1. De waarde in het economische verkeer van leningen o/g is de marktwaarde.
2. De in het eerste lid genoemde marktwaarde wordt berekend door het contant maken van de toekomstige kasstromen per jaar tegen de zero coupon rente per 31 december van dat jaar.
3. Kasstromen uit rentebetalingen die zijn ontstaan na 1 januari 2008 maar die betrekking hebben op de periode daarvoor, of kasstromen uit rentebetalingen die zijn ontstaan voor 1 januari 2008 maar die betrekking hebben op de periode daarna, worden opgenomen conform de jaarrekening, zoals bedoeld in titel 9, boek 2 Burgerlijk Wetboek."

2.4 De bij VSO2 behorende toelichting vermeldt over art. 2.8.1:

"Voor de berekening van de marktwaarde van de financiële passiva wordt gebruik gemaakt van de in de financiële wereld gebruikelijke methodieken. De kasstromen vanaf 2008 dienen contant gemaakt te worden tegen de zogenaamde zero coupon rente zoals die bekend was per 31 december 2007. Hierbij wordt uitgegaan van de fictie dat de kasstromen vervallen aan het einde van ieder jaar.

()

Ter vereenvoudiging is er bij deze toelichting tevens een discount rente curve toegevoegd. ()

Voorgaande leidt tot een aparte (dis)agio balanspost. Deze dient vrij te vallen, dan wel ten laste van het fiscale resultaat te komen overeenkomstig goed koopmansgebruik. ()"

2.5 Op basis van art. 6(6) VSO2 is een Commissie VSO2 ingesteld om te adviseren bij geschillen over de toepassing van VSO2. Dier adviezen zijn niet bindend voor de partijen, maar Aedes en de Belastingdienst nemen blijkens de toelichting op VSO2 kennelijk aan dat de belastingrechter een advies zwaar zal laten wegen bij zijn uitleg van VSO2. Onduidelijk is (mij) waarom zij dat menen, nu het advies hen niet bindt en onbekend is hoe en op wiens gezag adviezen tot stand komen.⁵

2.6 Het kantoor van de gemachtigde van de belanghebbende heeft op 30 september 2009 als fiscaal intermediair nadere afspraken met de Belastingdienst gemaakt over de indiening van aangiften vennootschapsbelasting namens woningcorporaties over de jaren 2006 tot en met 2008. Die afspraken houden onder meer in dat de samenwerking tussen dit kantoor en de Belastingdienst meebrengt dat de laatste zijn toezicht op aangiften gebaseerd op VSO2 beperkt tot zogenoemd metatoezicht.⁶ Ook zijn afspraken gemaakt over centraal gecoördineerd vooroverleg met de Belastingdienst Amsterdam. Op 4 augustus 2010 heeft de belanghebbende deze nadere afspraken voor akkoord getekend.

De aangifte en de aanslag 2008 en de aangifte 2009

2.7 Op 21 december 2010 heeft de belanghebbende aangifte 2008 gedaan, volgens het dossier naar een belastbare winst ad negatief 7.797.640, uitgaande van een fiscale openingsbalans waarop de jaargrensoverlopende renteverplichtingen die zien op 2007 (de transitorische rente) conform art. 2.8.1(3) VSO2 als kortlopende schulden zijn opgenomen. Zij heeft die transitorische rente ook meegeteld bij de bepaling van de marktwaarde van haar leningen o/g zoals bedoeld in art. 2.8.1(1) VSO2. De Inspecteur heeft de aanslag 2008 op 16 april 2011 vastgesteld conform belanghebbendes aangifte.

De belanghebbende heeft aangifte 2009 op 14 februari 2012 ingediend. Op basis daarvan heeft de Inspecteur op 3 maart 2012 een voorlopige aanslag 2009 opgelegd naar een belastbare winst ad 987.000 en na verliesverrekening - een belastbaar bedrag ad nihil.

Onenigheid over de vraag welke waardering van langlopende schulden VSO2 voorschrijft

2.9 Uit een conceptverslag van de vergadering van de adviescommissie VSO2 (zie 2.5) van 11 mei 2012 blijkt van onenigheid tussen de Belastingdienst en woningcorporaties over hetgeen art. 2.8.1 VSO2 inhoudt voor de openingsbalanswaardering van leningen o/g. De waarderingmethode die dit artikel voorschrijft, is volgens de corporaties gebaseerd op de marktwaardebepaling van langlopende schulden in de financiële sector, die inhoudt dat overlopende rente uit een eerder jaar in mindering komt op de contante waarde van de verwachte uitgaande kasstromen uit dergelijke schulden. De fiscus daarentegen meent dat VSO2 niet toelaat dat deze transitorische rente bij de waardering van langlopende schulden veronachtzaamd wordt, nu VSO2 ook inhoudt dat alle kasstromen alleen per 31 december stromen. Volgens het conceptverslag is de adviescommissie het eens met de Belastingdienst.

2.10 Op 5 juli 2012 heeft de Belastingdienst een Q&A VSO1/VSO2 Woningcorporaties (de Q&A) gepubliceerd. Kennelijk naar aanleiding van de genoemde onenigheid over de openingsbalanswaardering van langlopende schulden vermeldt de Q&A:

“Een agio- of disagiopositie vanwege een langlopende schuld () op 1 januari 2008 wordt bepaald door het verschil tussen de marktwaarde en de nominale waarde van deze langlopende schuld (). De marktwaarde van een langlopende schuld () op 1 januari 2008 wordt normaliter bepaald door van de contante waarde van de toekomstige geldstromen de overlopende (of transitorische) rente op 31 december 2007 in aftrek te brengen.

In () artikel 2.8.1 lid 2 VSO2 is voor de berekening van een agio- of disagiopositie uitgegaan van de fictie, dat geldstromen () geacht worden ultimo van enig jaar te vloeien. Daarmee wordt geabstraheerd van de feitelijke data waarop deze geldstromen vloeien. Voor de berekening van de marktwaarde van een langlopende schuld () in verband met de fiscale openingsbalans per 1 januari 2008 is in de rentecurve () de zero coupon rente vermeld.

().

De Belastingdienst is van mening dat vanwege de fictie van () artikel 2.8.1 VSO2 voor de berekening van de marktwaarde van een langlopende schuld (), de overlopende (of transitorische) rente in afwijking van op de gebruikelijke berekeningswijze zonder fictie niet op de contante waarde van de toekomstige geldstromen in aftrek mag worden gebracht.

De Belastingdienst honoreert desalniettemin tot 5 juli 2012 het gewekte vertrouwen dat de marktwaarde van een langlopende schuld () vanwege de fiscale openingsbalans op 1 januari 2008 mocht worden berekend door op de contante waarde van de toekomstige geldstromen de overlopende rente in aftrek te brengen.

().

Over het effect van de fictie in () [artikel] 2.8.1 lid 2 VSO2 bij de berekening van een disagio- of agiopositie vanwege een langlopende schuld () is veel onduidelijkheid in de sector ontstaan. (). Argumenten zijn geïnventariseerd en gewisseld. De Adviescommissie heeft op 11 mei 2012 desgevraagd beslist, dat de berekeningswijze van de marktwaarde van een () langlopende schuld zoals de Belastingdienst voorstaat, juist is.

In overleg met het Ministerie van Financiën heeft de Belastingdienst besloten het gewekte vertrouwen over de te volgen berekeningswijze () te honoreren.”

Verzoek om ambtshalve vermindering 2008; herziene aangifte 2009

2.11 Bij brief van 20 november 2012 heeft de belanghebbende de Inspecteur verzocht haar aanslag vennootschapsbelasting 2008 ambtshalve te verminderen. Opneming van de transitorische rente in de berekening van de marktwaarde van de langlopende schulden op de openingsbalans was haars inziens onjuist (en leidde tot een te hoog vastgestelde winst). De Inspecteur heeft dat verzoek bij brief van 7

oktober 2013 als tardief bezwaarschrift aangemerkt en de belanghebbende niet-ontvankelijk verklaard. De belanghebbende heeft daartegen geen beroep ingesteld, maar wel, op 29 januari 2014, het Ministerie van Financiën om heroverweging verzocht. Dat verzoek is op 29 januari 2015 afgewezen.

2.12 Op 7 augustus 2013 had de belanghebbende inmiddels een nieuwe aangifte 2009 ingediend waarin zij met een beroep op de foutenleer de balanswaardering van haar leningen o/g per 1 januari 2009 heeft gewijzigd ten opzichte van de eindwaardering 2008 door de transitorische rente te elimineren uit de berekening van de contante waarde van de toekomstige uitgaande kasstromen.

2.13 Conform die herziene aangifte heeft de Inspecteur op 7 september 2013 een (nadere) voorlopige aanslag vennootschapsbelasting 2009 opgelegd naar een belastbare winst ad 179.100 negatief. Na een vragenbrief van 19 november 2013 en een aanzegging van 14 februari 2014 dat de aangifte zal worden gecorrigeerd, heeft de Inspecteur op 12 juli 2014 een definitieve aanslag 2009 opgelegd naar een belastbare winst ad 987.000 en een belastbaar bedrag ad nihil. Daartegen heeft de belanghebbende vergeefs bezwaar gemaakt.

3 Het geding in feitelijke instanties

De Rechtbank Gelderland 7

3.1 Voor de Rechtbank was in geschil de verwerking van de transitorische rente in de eindbalans per 31 december 2008, met name of het meerekenen van de transitorische rente in de schuldwaardering naast passivering als kortlopende schuld een fout was in de zin van de foutenleerfout die in 2009 moet worden hersteld. Zou van een dergelijke fout geen sprake zijn, dan was in geschil of de Inspecteur de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft geschonden door ondanks de toezegging in de Q&A (zie 2.9) bij de belanghebbende de transitorische rente voor het belastingjaar 2008 niet te elimineren uit de openingswaardering van de langlopende schulden. De belanghebbende beriep zich met name op het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel omdat volgens haar aan de ook door haar via het kantoor van haar gemachtigde gemaakte afspraken over metatoezicht voor woningcorporaties (zie 2.6), het uitgangspunt ten grondslag ligt dat alle daaronder vallende woningcorporaties gelijk worden behandeld, zowel materieel als procedureel.

3.2 De Rechtbank zag geen foutenleerfout, omdat belanghebbendes aangifte 2008 naar haar oordeel strookte met (met name tekst en bedoeling van) art. 2.8.1 VSO2. Evenmin achtte de Rechtbank enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur geschonden, nu de Inspecteur honorering van de toezegging in de Q&A mocht beperken tot aanslagen die op de datum van publicatie van de Q&A (5 juli 2012) nog open stonden. Zij zag onvoldoende steun voor de stelling dat de belanghebbende mocht vertrouwen dat alle onder het metatoezicht vallende woningcorporaties gelijk zouden worden behandeld.

3.3 Van den Bosch becommentarieerde in *NTFR* 2017/1636 het oordeel van de Rechtbank over de foutenleer als volgt:

“De onderhavige procedure heeft betrekking op de aanslag vennootschapsbelasting 2009, maar het venijn zit eigenlijk in de aanslag vennootschapsbelasting 2008. Deze () aanslag leverde achteraf een nadeel op voor de belastingplichtige, en dat nadeel probeerde zij ongedaan te maken via de aanslag vennootschapsbelasting 2009. Daartoe wilde zij gebruikmaken van () de () foutenleer.

De rechtbank verwijst voor die leer naar HR 13 maart 2009, nr. 44.072, *NTFR* 2009/616, met commentaar van Ligthart. De Hoge Raad definieert in dat arrest de foutenleer aan de hand van de doelstelling van die leer als volgt: De zogenoemde foutenleer dient ertoe te voorkomen dat ingeval het eindvermogen van het voorafgaande jaar niet naar de voorschriften van de wet en overeenkomstig goed koopmansgebruik is vastgesteld een stuk bedrijfswinst onbelast blijft, hetzij dubbel wordt belast (vgl. HR 22 oktober 1953, nr. 11.064, B. 9293).

Fout in de zin van de foutenleer is dus volgens deze definitie een vermogensvaststelling die in strijd is met de wet en goed koopmansgebruik.

In casu heeft de belastingplichtige, een woningcorporatie, haar eindvermogen 2008 vastgesteld op een wijze die niet in strijd is met de mede op die vermogensvaststelling betrekking hebbende vaststellingsovereenkomsten die gesloten zijn tussen de Belastingdienst en de gezamenlijke woningcorporaties. Nemen we aan dat de inhoud van die vaststellingsovereenkomsten in overeenstemming is met de wet en goed koopmansgebruik, dan kan er in beginsel geen sprake zijn van een fout in de zin van de foutenleer. Wat dat betreft is er niets mis met de uitspraak van de rechtbank.”

Over het oordeel van de Rechtbank over de beginselen van behoorlijk bestuur merkte hij op:

“Uit een door de Belastingdienst op 5 juli 2012 opgestelde Q&A die betrekking heeft op de eerdergenoemde vaststellingsovereenkomsten blijkt dat de Belastingdienst enerzijds vasthoudt aan zijn standpunt ten aanzien van de hiervóór bedoelde berekeningswijze, maar anderzijds tot 5 juli 2012 een vertrouwen dat zou zijn gewekt, kennelijk ten aanzien van het door de Belastingdienst voor onjuist gehouden standpunt, honoreert.

Onbevredigend lijkt mij dat dit honoreren van vertrouwen in een kwestie die in beginsel alle woningcorporaties lijkt te raken alleen voordeel oplevert voor woningcorporaties die laat aangifte hebben gedaan of van wie de aanslag door de Belastingdienst laat is vastgesteld, en niet voor woningcorporaties die dat vroeger hebben gedaan, hoewel die inhoudelijk in een identieke positie verkeren. Een onbevredigende ongelijkheid in behandeling voor materieel gelijke gevallen.”

3.4 G.J. de Ruiter tekende in *NLF* 2017/1395 het volgende aan bij de uitspraak van de Rechtbank:

“Op basis van de tekst van de VSO is de aftrek van de lopende rente ter bepaling van het (dis)agio mijns inziens onvermijdelijk. De opstellers van de VSO hebben bewust geregeld dat de overlopende rente op de fiscale balans opgenomen dient te worden, ondanks dat op grond van de fictie in de berekening van de marktwaarde de overlopende rente nihil is. Dat de aangifte van de woningcorporatie waar de overlopende rente níet in aftrek is gebracht, in lijn is met de tekst van de VSO zoals de Rechtbank oordeelde, is mijns inziens dan ook niet zo vanzelfsprekend. Of dat voldoende is om te constateren dat er gegeven de VSO toch sprake is van een openingsbalansfout acht ik evenwel twijfelachtig. Strikt genomen is de door de woningcorporatie gekozen verwerking in de aangifte uitgaande van de fictie (reken)technisch juist, maar had zij op basis van de tekst van de VSO een gunstiger standpunt kunnen innemen. Het wordt voor haar dan ook lastig te betogen dat de tekst van de VSO bij haar het vertrouwen heeft gewekt dat de overlopende rente in aftrek komt, nu zij dit standpunt niet in de aangifte heeft verwerkt en evenmin bezwaar heeft gemaakt tegen de aanslag.

Aan de andere kant blijft het wringen dat de woningcorporatie zich niet alsnog kan beroepen op de tekst van de VSO en de VSO kan toepassen op de wijze zoals deze door (vrijwel) de gehele sector is c.q. mocht worden toegepast. De consequenties van een ongelukkige en inconsistente formulering in de VSO worden nu wel heel gemakkelijk bij deze ene woningcorporatie neergelegd. In feite raken we hier aan het gelijkheidsbeginsel. Daarbij is van bijzonder belang, dat het onderhavige vraagstuk niet alleen betekenis heeft voor het belastbaar bedrag over het jaar 2008, waarover de aanslag onherroepelijk is vast komen te staan, maar voor alle jaren waarin de betreffende leningen nog niet zijn afgelost. Ik kan mij dan ook levendig voorstellen dat het rechtsgevoel van de (vertegenwoordigers van de) onderhavige woningcorporatie ernstig is geschaad.”

Hof Arnhem-Leeuwarden 8

3.5 Op het hogere beroep van de belanghebbende zag het Hof, anders dan de Rechtbank, wel degelijk een foutenleerfout die hersteld kan worden in 2009. Hij kwam daardoor niet toe aan belanghebbendes beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

3.6 Het Hof heeft geoordeeld dat volgens art. 2.8.1(2) VSO2 de transitorische rente buiten beschouwing blijft bij de bepaling van de marktwaarde van de langlopende schulden:

“4.4. Op grond van artikel 2.8.1, eerste lid, van VSO2 is de waarde in het economische verkeer van leningen o/g de marktwaarde. In het tweede lid van dat artikel is bepaald dat de marktwaarde wordt berekend door het contant maken van de toekomstige kasstromen per jaar tegen de zero couponrente

per 31 december van dat jaar. Blijkens de Toelichting is beoogd aan te sluiten bij de in de financiële wereld gebruikelijke methodieken (de financiële rekenregels), waarbij is uitgegaan van de fictie.⁹ Ingevolge artikel 2.8.1, derde lid, van VSO2 worden kasstromen uit rentebetalingen die zijn ontstaan na 1 januari 2008 maar die betrekking op de periode daarvoor (de transitorische rente) opgenomen conform de jaarrekening, zoals bedoeld in Titel 9, Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

- 4.5. Over de uitleg van artikel 2.8.1, tweede lid, van VSO2 is onduidelijkheid ontstaan, met name door de fictie die de vraag heeft opgeroepen of bij de berekening van de contante waarde van de toekomstige kasstromen de transitorische rente al dan niet in mindering moet worden gebracht. (). Buiten discussie is dat, wanneer wordt geabstraheerd van de fictie, de transitorische rente volgens de financiële rekenregels wel in mindering komt op de te berekenen contante waarde. Ook in de Q&A wordt hiervan uitgegaan.
- 4.6. Tussen partijen is voorts niet in geschil dat op grond van artikel 2.8.1, derde lid, van VSO2 de in het jaar 2008 betaalde rente die betrekking heeft op het jaar 2007 (de transitorische rente) overeenkomstig de commerciële jaarrekening op de fiscale openingsbalans moet worden opgenomen onder de kortlopende schulden, hetgeen belanghebbende ook heeft gedaan.
- 4.7. Hiermee strookt niet dat de transitorische rente eveneens wordt gerekend tot de grondslag voor de contante waardeberekening als bedoeld in artikel 2.8.1, tweede lid, van VSO2, zoals de Inspecteur voorstaat. In dat geval zou de transitorische rente immers tweemaal op de fiscale openingsbalans verschijnen, namelijk op grond van het derde lid onder de kortlopende schulden en op grond van het tweede lid onder de langlopende schulden, als onderdeel van de contant gemaakte toekomstige kasstromen per het einde van het jaar. ().”
- 3.7 Volgens het Hof heeft de belanghebbende de marktwaarde van de leningen o/g (langlopende schulden) op de openingsbalans dan ook te hoog gesteld. Door het (nogmaals) meetellen van kasstromen uit transitorische rente is de balanspost disagio (het verschil tussen de nominale en de marktwaarde van die schulden) te laag bepaald. Dat is volgens het Hof een foutenleerfout die in het oudste nog openstaande jaar (2009) moet worden hersteld. Conform de herziene aangifte heeft het Hof dan ook voor 2009 een verlies vastgesteld ad 179.100.
- 3.8 G.J. de Ruiters noteerde in *NLF* 2018/0848 bij deze uitspraak (ik laat voetnoten weg):

“Discussiepunt

De discussie in de onderhavige zaak betreft de vraag hoe de overlopende (of transitorische) rente op de fiscale openingsbalans moet worden verwerkt. Conform de reguliere financiële rekenkunde wordt de transitorische rente in mindering gebracht op de marktwaarde als die rente afzonderlijk op de balans wordt gepresenteerd. In feite is de marktwaarde van de lening het vertrekpunt; vervolgens vindt opsplitsing van deze marktwaarde plaats in de nominale waarde van de lening, het (dis)agio en de overlopende rente. Het is een verschuiving tussen balansposten; de totale waardering van de lening verandert niet.

Deze benadering is in overeenstemming met de tekst van de VSO. Daarin is voorgeschreven dat de transitorische rente op de fiscale openingsbalans opgenomen moet worden conform de commerciële jaarrekening. De woningcorporaties hebben hieraan conform de algemene rekenregels de conclusie verbonden dat deze overlopende rente dus in mindering moet worden gebracht op de marktwaarde (aangeduid als aftrek van de transitorische rente).

De Belastingdienst was een andere opvatting toegedaan. ().

Rekentechnische aspecten

De marktwaarde van een lening bestaat uit de contante waarde van de toekomstige kasstromen. Dat is volgens de reguliere rekenregels zo en dat is ook in de VSO zo bepaald. Het enige verschil is dat de VSO hieraan de fictie koppelt dat de kasstromen steeds aan het einde van het jaar vervallen. Vervolgens regelt de VSO dat de transitorische rente afzonderlijk en conform de commerciële jaarrekening moet worden opgenomen op de fiscale balans. Volgens de reguliere rekenregels leidt dat tot een overboeking van de marktwaarde naar de overlopende rente; een verschuiving binnen de

balans derhalve. De vraag is nu of dat binnen de VSO ook zo is, dan wel dat er een afzonderlijke transitorische post in de openingsbalans moet worden bijgeboekt. De woningcorporaties hebben zich op het standpunt gesteld dat de hoofdregel gevolgd moet worden.

Strikt rekenkundig gezien, lijkt dat laatste niet juist. Een eenvoudig voorbeeld kan dat aantonen.

Voorbeeld

Stel een lening van 100 draagt een rente van 4%. De marktrente is ook 4%. De lening vervalt op 1 juli 2008; dan worden rente (4) en aflossing (100) betaald. De marktwaarde van de lening is volgens de VSO $104/1,04 = 100$. De overlopende rente is 2. In de visie van de woningcorporaties zou de lening op de openingsbalans per 1 januari 2008 op $100 -/ - 2 = 98$ moeten worden gewaardeerd en de transitorische rente tegen 2. Bij betalingen van rente en aflossing in het jaar 2008 ontstaat dan een rentelast van 4. Dat lijkt niet te sporen met de feitelijke periode waarover de lening loopt (een half jaar), maar spoort wel met de fictie dat de lening pas ultimo 2008 wordt afgelost.

Zou geen sprake zijn van een fictie, dan moet de kasstroom van 104 een halfjaar contant worden gemaakt tegen 4%. De marktwaarde is dan 101,98. De rentelast in 2008 is dan 2,02. Het verschil met de hiervoor berekende 2 is het rente-op-rente-effect.

Overigens is in deze eenvoudige berekening de marktrente gelijk aan de leenrente. Als dat niet zo is, ontstaan er grotere verschillen als gevolg van de rekenfictie die, afhankelijk van de verhouding tussen marktrente en leenrente, ten voordele of ten nadele van de woningcorporaties kunnen uitpakken.

Foutenleer

Het complexe van deze uitwerking is dat niet gezegd kan worden dat de berekening die belanghebbende aan de aangifte 2008 ten grondslag heeft gelegd per definitie leidt tot een openingsbalansfout. In mijn eerdergenoemde noot bij de uitspraak van de Rechtbank merkte ik het volgende op:

Strikt genomen is de door de woningcorporatie gekozen verwerking in de aangifte uitgaande van de fictie (reken)technisch juist, maar had zij op basis van de tekst van de VSO een gunstiger standpunt kunnen innemen.

Het Hof ziet dat dus anders. Als de transitorische rente niet uit de kasstroom wordt gehaald, dan is geen sprake van een waardering van de leningen tegen de waarde in het economische verkeer. In de visie van het Hof moet in het voorbeeld hierboven dus een bedrag van $104 -/ - 2 = 102$ contant worden gemaakt met inachtneming van de fictie om de waarde in het economische verkeer van de lening te bepalen. Dat leidt tot een waarde van 98. Deze uitkomst kan in ieder geval de waarde in het economische verkeer van de lening niet zijn, noch volgens de VSO (100) noch volgens de reguliere rekenregels (101,98). Wat het Hof dus precies voor ogen heeft gehad met de verwijzing naar de waarde in het economische verkeer is mij niet duidelijk geworden.

Uitleg VSO

Wat ik tamelijk ver vind gaan is dat het Hof komt tot een uitleg van het bepaalde in artikel 2.8.1, lid 2, VSO. Ik meen dat het Hof niet tot de conclusie had kunnen komen dat de transitorische rente in weerwil van de tekst en de praktijk uit de kasstroom behoort te worden gehaald. Overigens zou ik eerder verwacht hebben dat het Hof ervoor had gekozen het waarderingsvoorschrift betreffende de transitorische rente van het derde lid buiten toepassing te laten, nu als gevolg van de fictie géén sprake is van transitorische rente. Hoe dan ook, het zou zuiverder zijn geweest als het Hof conform het eerdere standpunt van de woningcorporaties had geoordeeld dat het waarderingsvoorschrift in de VSO ten aanzien van de transitorische rente niet meer behelst dan een opsplitsing van een balanspost in plaats van een zelfstandig op te voeren balanspost. Dat zou ook prima hebben gepast in de Haviltex-norm die ook in fiscalibus de basis is voor de uitleg van vaststellingsovereenkomsten. Materieel had dit tot dezelfde uitkomst geleid. De spannende vraag is echter of belanghebbende zich achteraf nog op deze uitleg kan beroepen nu zij blijkens haar aangifte de VSO heeft geïnterpreteerd conform het standpunt van de Belastingdienst.

De uitleg van het Hof lijkt niet zonder gevolgen. Als het standpunt van het Hof juist is, dan kunnen ook de zorgcorporaties mogelijk nog een beroep op de foutenleer doen. Immers, de berekende marktwaarde van de leningen is dan fout geweest. De toelichting op hun VSO2A regelt slechts dat de transitorische rente niet op de contante waarde van de toekomstige kasstromen (zijnde de marktwaarde) in aftrek mag worden genomen. Maar dat gebeurt in de uitwerking van het Hof ook niet; de transitorische rente wordt uit de kasstromen zelf gehaald.”

Het voorbeeld dat De Ruiter geeft, lijkt op een voorbeeld in het boven (2.9) genoemde conceptverslag van de Adviescommissie VSO2.

4 Het geding in cassatie

- 4.1 De staatssecretaris van Financiën (de Staatssecretaris) heeft tijdig en regelmatig beroep in cassatie ingesteld. De belanghebbende heeft een verweerschrift ingediend. De partijen hebben elkaar van re-en dupliek gediend.
- 4.2 De Staatssecretaris stelt één middel voor: het Hof heeft art. 8 Wet Vpb en art. 3.25 Wet IB 2001 en/of zijn motiveringsplicht geschonden door de belanghebbende toe te staan op basis van de foutenleer haar beginbalans 2009 te corrigeren door de transitorische rente die ziet op de periode vóór 2008 buiten op contante waarde van de leningen o/g te laten omdat zij daarmee rente die ziet op 2007 ten laste van de winst van de jaren 2009 en verder brengt.
- 4.3 De Staatssecretaris licht zijn beroep toe met een algemene beschrijving van de (context van) de zaak en het procesverloop. Vanaf pagina 6 loopt de tekst van zijn beroepschrift in cassatie gelijk aan het boven (3.8) geciteerde commentaar van De Ruiter op s Hofs uitspraak, behoudens toevoeging van een enkel bruggetje, inkorting van de voorlaatste alinea en weglating van de laatste alinea. Het voorbeeld dat de onjuistheid van s Hofs uitleg moet aantonen, komt in beide stukken voor en lijkt uiteindelijk afkomstig uit het in 2.9 genoemde conceptverslag van de Adviescommissie VSO2.
- 4.4 De Staatssecretaris betoogt dat de voor de waardering van langlopende schulden overeengekomen fictie dat kasstromen elk jaar alleen op de laatste dag stromen, impliceert dat er géén over enige jaargrens heen lopende rente is, zodat evenmin enige van 2007 naar 2008 overlopende renteverplichting uit de schuldwaardering per 1 januari 2008 kan worden geëlimineerd. Op die datum liep immers geen rente, maar verviel zij juist, aldus de voor de schuldwaardering overeengekomen jaareindfictie. De Staatssecretaris acht de oorspronkelijke openingsbalanswaardering van de leningen o/g dan ook correct. Hij meent dat het Hof verkeerd om redeneert met zijn oordeel dat sprake is van een dubbeltelling van de overlopende rente en dat het Hof de vermogensbepaling en de winstbepaling door elkaar haalt. De Staatssecretaris keert zich dus vooral tegen s Hofs uitleg van VSO2.
- 4.5 Bij verweer betoogt de belanghebbende dat het totaalwinstbegrip meebrengt dat rentebetaalverplichtingen van na 1 januari 2008 die zien op de periode voor aanvang van de belastingplicht niet twee keer worden gepassiveerd op de openingsbalans. Zij acht s Hofs uitleg van art. 2.8.1 VSO2 hiermee in overeenstemming. Verder wijst zij erop dat de uitleg van VSO2 van feitelijke aard is en in het licht van de *Haviltex*-maatstaf en de eisen van redelijkheid en billijkheid niet onbegrijpelijk is. Voor het geval u het middel gegrond acht, merkt de belanghebbende op dat dan alsnog haar door het Hof niet behandelde beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet worden behandeld.
- 4.6 Bij repliek herhaalt de Staatssecretaris in essentie dat de consequentie van de jaareindfictie is dat de eerste rentetermijn op 31 december 2008 vervalt en dat er daarbij van uit wordt gegaan dat de nieuwe rentetermijn op 1 januari 2008 aanvangt. Volgens hem bestaat daarover tussen de partijen geen verschil van mening. Het Hof (en ook de belanghebbende bij verweer) is daarom volgens hem buiten de rechtsstrijd getreden met een eigen berekening van de marktwaarde van de leningen o/g.

De Staatssecretaris heeft voorts het voorbeeld in zijn cassatieberoepschrift dat de onjuistheid van s Hofs oordeel moet illustreren aangepast en uitgewerkt. Hij herhaalt dat bij toepassing van de jaareindefictie geen plaats is voor aftrek van overlopende rente op 1 januari 2008, dat zulks een inbreuk op het totaalwinstbegrip zou zijn en dat van een fout in de zin van de foutenleer geen sprake is.

- 4.7 Bij dupliek acht de belanghebbende de geschilomschrijving door de Staatssecretaris onjuist en bestrijdt zij diens stelling dat bij de feitenrechter geen geschil zou hebben bestaan over de uitleg van VSO2, met name de betekenis van de jaareindefictie in de context van de totale VSO2. Zij meent dat er een denkfout in het (nieuwe) rekenvoorbeeld van de Staatssecretaris zit en dat diens zienswijze tot een dubbeltelling leidt.

5 Vaststellingsovereenkomsten ter zake van de belastingplicht van woningcorporaties

- 5.1 Per 1 januari 2006 en 1 januari 2008 zijn toegelaten instellingen in de zin van de Woningwet (woningcorporaties) partieel respectievelijk integraal belastingplichtig geworden voor de vennootschapsbelasting. In verband daarmee hebben hun koepelvereniging *Aedes* en de Belastingdienst twee (model)vaststellingsovereenkomsten met toelichtingen opgesteld, die onder meer bepalingen omvatten over de opstelling van de fiscale openingsbalans.
- 5.2 De eerste vaststellingsovereenkomst (VSO110) dateert van 15 januari 2007 en behandelt diverse fiscale vragen die rezen bij de invoering van de partiële belastingplicht voor woningcorporaties bij het Belastingplan 2006.¹¹ Volgens de redactie van *V-N* 2007/13.¹⁵ hebben ruim zestig personen zich met de totstandkoming van VSO1 beziggehouden. Dat VSO1 er is gekomen is opmerkelijk omdat de Staatssecretaris bij de parlementaire behandeling van het belastingplan 2006 nog had verklaard dat woningcorporaties zich maar (individueel) tot de Inspecteur moesten wenden voor duidelijkheid vooraf.¹² VSO1 is vanwege de invoering van volle belastingplicht per 1 januari 2008 in beginsel slechts van belang geweest voor de belastingjaren 2006 en 2007.¹³ Van de destijds ruim vijfhonderd woningcorporaties heeft 97% VSO1 getekend.¹⁴
- 5.3 Voor de belastingjaren vanaf 2008 is op 23 januari 2009 overeenstemming bereikt over VSO2.¹⁵ Tijdens de behandeling van het Belastingplan 2008¹⁶ waarbij integrale belastingplicht voor woningcorporaties werd ingevoerd, is vanuit beide kamers van de Staten-Generaal aangedrongen op totstandkoming van deze nieuwe (model)vaststellingsovereenkomst.¹⁷ De onderwerpen waarover VSO2 blijktens haar considerans duidelijkheid moet verschaffen zijn (i) de fiscale openingsbalans per 1 januari 2008, (ii) waardering van en resultaatbepaling bij projecten, (iii) de fiscale behandeling van tussenvormen (bv. sociale koopwoningen) en (iv) de fiscale eenheid omzetbelasting (zie onderdeel II.2 VSO2). Ook is opgenomen dat de partijen ernaar streven afspraken te maken over horizontaal toezicht (onderdeel II.3 VSO2).
- 5.4 VSO1 en VSO2 zijn geen vaststellingsovereenkomsten, maar modellen voor vaststellingsovereenkomsten te sluiten tussen individuele woningcorporaties en de Inspecteur, die blijkbaar bij voorbaat bereid was een dergelijke overeenkomst aan te gaan, althans op grond van de vertrouwens- en gelijkheidsbeginselen gehouden was in te gaan op een verzoek daartoe. Voor wat betreft VSO2 was contractering mogelijk tot 31 mei 2009.¹⁸ Op die datum bleken 392 woningcorporaties (86% van het totaal) overeenkomsten conform VSO2 met de fiscus te hebben gesloten,¹⁹ die liepen tot en met 31 december 2012 met de mogelijkheid van stilzwijgende verlenging telkens voor een jaar (art. 6.2(1) VSO2).
- 5.5 VSO1 en VSO2 zijn voorbeelden van overeenstemming zoeken door de fiscus met een sector over de toepassing van fiscale wetgeving, kennelijk op de grond dat veel onzekerheid bestaat over de toepassing van de nieuwe wetgeving die potentieel tot geschillen kan leiden die beter te voorkomen waren (zie de definitie van vaststellingsovereenkomst in art. 7:900 BW). Een ander voorbeeld van het vooraf overeenstemming zoeken is het convenant van 11 april 1969 tussen de Staat en (de leden van) de Nederlandse Vereniging ter Bevordering van het Levensverzekeringswezen over de fiscale

behandeling van de voorziening voor verzekeringsverplichtingen en de egalisatiereserve van verzekeraars. Dit convenant is vervangen door het Besluit winstbepaling en reserves verzekeraars 2001, dat blijkens de toelichting daarop eveneens na overleg én overeenstemming met de branche tot stand is gekomen.²⁰ Ook in convenanten over horizontaal toezicht met brancheorganisaties komen afspraken voor over de toepassing van bepalingen uit heffingswetten.²¹ Een verschil tussen VSO1 en VSO2 enerzijds en deze convenanten anderzijds is dat de laatste niet bedoeld zijn/waren woordelijk te dienen als individuele vaststellingsovereenkomsten tussen een belastingplichtige en de Inspecteur en dat zij dus eenzijdig werkten op grond van de beginselen van behoorlijk bestuur, zodat belastingplichtigen er niet aan gehouden kunnen worden als zij menen dat zij de belastingrechter mee zullen krijgen bij een andere interpretatie van de belastingwet, terwijl een vaststellingsovereenkomst beide partijen bindt.

5.6 De Staatssecretaris wekt de indruk dat de fiscale behandeling van woningcorporaties verschilt naar gelang zij al dan niet een individuele vaststellingsovereenkomst (op basis van VSO2) hebben gesloten. In een brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 1 juli 2009 schrijft hij:

“Degenen die VSO2 niet hebben ondertekend, kunnen daaraan geen vertrouwen ontleen en kunnen dus geen beroep doen op (onderdelen van) VSO2. Voor hen geldt de Vpb-plicht onverkort, zodat zij op de gebruikelijke wijze in de heffing worden betrokken.”

Dezelfde indruk wekt het dreigement in art. 6.3 VSO2 dat de Inspecteur bij niet-nakoming van de overeenkomst de bevoegdheid heeft afwijkende standpunten in te nemen en zo nodig navorderingsaanslagen op te leggen. Als belastingheffing in overeenstemming met de wet het uitgangspunt van VSO2 is en de belastingplichtige niets anders doet dan zich op het geldende belastingrecht beroepen, dan zou voor navordering met voorbijgaan aan de formele rechtskracht van reeds opgelegde aanslagen denkkelijk geen aanleiding bestaan, nu zich alsdan noch een nieuw feit, noch kwade trouw voordoet.

5.7 Er is niet veel niet-technische literatuur over de beleidskeuze van de Belastingdienst om met Aedes (model)vaststellingsovereenkomsten op te stellen voor een groot aantal belastingplichtigen. De anonieme redacteur van *V-N* 2007/13.¹⁵ gaat wel in op de politieke en rechtstatelijke aspecten van VSO1; zijn beoordeling is niet onverdeeld instemmend:

“Enerzijds waarderen wij de inspanning die de Belastingdienst heeft geleverd om het terra incognita van de belastingplicht voor deze instellingen tevoren minutieus in kaart te brengen. Belanghebbenden kunnen gerust gaan slapen in de wetenschap dat wie zich aan de overeenkomst houdt, geen problemen met de fiscus zal krijgen. Men is "in control" en voldoet daarmee aan de "governance"-eisen die de laatste jaren zoveel meer nadruk hebben gekregen. Ook het gelijkheidsbeginsel wordt (wij zouden zelfs zeggen meer dan) recht gedaan.

Anderzijds hebben wij er grote moeite mee dat wetswijzigingen als deze - denk naast de wetgeving over de belastingplicht van woningcorporaties bijvoorbeeld ook aan het wetsontwerp voor de vrijgestelde beleggingsinstelling of het wetsontwerp inzake projectontwikkeling door beleggingsinstellingen - in een vervolgtraject van een regelgeving bij overeenkomst wordt voorzien die uitgebreider is dan welk uitvoeringsbesluit ook, maar niet onderworpen is geweest aan directe of indirecte parlementaire controle. Had de wetgever een dergelijke regeling gewild, dan had hij naar onze mening beter een delegatiebepaling in de wet opgenomen. Controle door het parlement was dan gewaarborgd. Nu onttrekt zich onderhavige overeenkomst hieraan.

(.).

Als we ervan uitgaan dat de overeenkomst geen rechtstoepassing bevat die contra legem is - en wie zou dat na Vinkenslag nog willen beweren (zie echter hierna) - dan zien wij niet goed waarom degene die de overeenkomst niet tekent, geen beroep kan doen op de rechtstoepassing die hij in de tekst van de overeenkomst aantreft. Het kan niet zo zijn dat alleen degene die bereid is qua informatieverstrekking en administratieve procedures zich via onderhavige overeenkomst te binden aan de wensen van de fiscus, recht kan doen gelden op de rechtstoepassing beschreven in de overeenkomst. (.) Wel is het natuurlijk zo dat de afspraak om de controle slechts op een bepaalde

manier te laten plaatsvinden, niet ingeroepen kan worden door degene die zijn administratie niet conform de overeenkomst heeft ingericht.”

5.8 Over VSO2 was de redactie van *V-N* 2009/10.3 milder. Diverse van haar bezwaren tegen VSO1 waren weggefallen, onder meer door nauwere betrokkenheid van het parlement bij VSO2, maar zij meende dat nog steeds een aantal bepalingen mogelijk *contra legem* is. Ook achtte zij het opmerkelijk dat de Inspecteur bij afwijking van de afspraken door een woningcorporatie de ruimte zou hebben “om voor alle voorafgaande aanslagen een afwijkend standpunt in te nemen en daarmee in feite de overeenkomst met terugwerkende kracht ongedaan te maken op de punten waar hem dat uitkomt.”

5.9 Ook Van den Hurk is in *WFR* 2009/50522 ingegaan op *contra legem*-elementen in VSO2, maar ook hij is mild in zijn eindoordeel over VSO2 (ik laat voetnoten weg):

“Op diverse punten lijkt zij op het eerste gezicht wat nadelige consequenties met zich te brengen, met name door het verbod tot het opnemen van een voorziening groot onderhoud op de openingsbalans en de vergaande beperking van fiscale afschrijvingen, maar bij nader inzien lijkt de VSO een welkome tegemoetkoming en daadwerkelijk flexibele en constructief-redelijke uitwerking van de problemen rondom de sfeerovergang per 1 januari 2008 voor toegelaten instellingen. Op fiscaaltheoretisch vlak laat VSO 2 echter op een aantal punten te wensen over. VSO 2 weet, in het bijzonder ten aanzien van de kooptussenvormen en het verbod op verliesneming op sociale huurwoningen vóór 1 januari 2012, niet binnen de door de fiscale wet en jurisprudentie aangegeven kaders te blijven. Hierbij merk ik op dat de diverse bijzondere bepalingen uit VSO 2 afwisselend positieve dan wel negatieve gevolgen voor de praktijk met zich brengen. Een vaststellingsovereenkomst biedt doorgaans oplossingen voor problemen die in de fiscale praktijk zijn ontstaan als gevolg van het feit dat bepaalde omstandigheden zich niet eenvoudig laten inpassen in de bestaande wet- en regelgeving. In de inleiding van dit artikel heb ik de vraag opgeworpen of het eventuele *contra-legem*-karakter van VSO 2 al dan niet te rechtvaardigen is. De vraag of VSO 2 *contra-legem*-elementen bevat, is uiteraard voor enige discussie vatbaar. Interessanter is echter de vraag of dit “*contra-legem*-karakter”, op basis van de ontwikkelingen uit het recente verleden en de bijzondere sociaal-maatschappelijke positie van woningcorporaties binnen het “vennootschapsbelastingsspectrum”, op enigerlei wijze te rechtvaardigen is. Met in het achterhoofd het belangrijkste doel van de invoering van de integrale vennootschapsbelastingplicht, namelijk het creëren van een level playing field voor corporaties en reguliere marktpartijen, verwijs ik hierbij naar de uitleg van het materiële gelijkheidsbeginsel door Happé: “Behandel het gelijke gelijk en het ongelijke ongelijk naar mate van zijn ongelijkheid.” De moeizame weg () naar de integrale belastingplicht, de onverwachte eenzijdige opzegging van VSO 1, de in de Eerste Kamer breed gedragen motie-Essers en de bijzondere sociaal-maatschappelijke kernactiviteiten van woningcorporaties maken het nagenoeg onmogelijk om de stelling in te nemen dat de ongelijke behandeling van woningcorporaties ten opzichte van reguliere marktpartijen niet te rechtvaardigen is. Om in termen van Happé te spreken: het ongelijke wordt hier in alle redelijkheid naar mate van zijn ongelijkheid behandeld. Zoals zo vaak binnen de fiscaliteit is “het antwoord” op de vraag of uiteindelijk sprake is van een rechtvaardige situatie niet eenvoudig te geven. VSO 2 is in dat licht niet anders. Wanneer men zich eenmaal door het zuur van de op het eerste gezicht wellicht *contra-legem*-uitwerkingen heeft weten te banen, wordt men verrast door de “pragmatische zoete uitwerking” van de vaststellingsovereenkomst die menig woningcorporatie de gewenste zekerheid en houvast zal bieden op het nog onbekende gebied van de vennootschapsbelasting. Woningcorporaties hebben nog tot 31 april 2009 de tijd om een weloverwogen afweging te maken of zij de VSO wel of niet wensen te ondertekenen. Naar alle waarschijnlijkheid zal het leeuwendeel van de toegelaten instellingen overgaan tot ondertekening, al is het alleen maar om op een groot aantal punten de zo gewenste fiscale zekerheid te verkrijgen.”

6 Waardering van langlopende schulden op de openingsbalans en foutenleer

De fiscale openingsbalans

6.1 De fiscale openingsbalans bakent resultaten uit de niet- belastingplichtperiode van een persoon af van de tijdens diens belastingplicht te behalen resultaten. Zij staat dus in functie van correcte totale-winstbepaling. Een te hoge waardering van leningen o/g op de openingsbalans leidt tot een te hoge totale winst (en te hoge jaarwinsten).

6.2 Uitgangspunt bij het opstellen van een fiscale openingsbalans is waardering van activa en passiva op de waarde in het economisch verkeer op het moment van opstellen. De uitzonderingen daarop zijn in casu niet van belang. U overwoog reeds in HR *B. 8335,23* in een zaak over bedrijfsopvolging door vererving:

“dat () (de) beginbalans dient als grondslag voor de bepaling van de winst welke zal worden behaald gedurende het tijdvak dat het bedrijf voor [de belastingplichtige(n)] als bron van inkomen zal bestaan; ();

dat het boven aangegeven doel van de beginbalans meebrengt de activa daarop () te waarderen op het bedrag dat door den nieuwen eigenaar of de nieuwe eigenaren opgeofferd is of had moeten worden opgeofferd voor de verkrijging daarvan krachtens een normale overeenkomst, waarbij de waarde langs zuiver zakelijken weg was bepaald, welk bedrag veelal zal overeenstemmen met de () bedrijfswaarde;”

In HR *BNB 1991/9024* overwoog u:

“In het algemeen dient bij de aanvang van de belastingplicht voor de vennootschapsbelasting van een lichaam dat een onderneming drijft, de waarde van het ondernemingsvermogen ter berekening van de door het lichaam te behalen winst te worden gesteld op de gezamenlijke waarde in het economische verkeer van de tot dat vermogen behorende activa en passiva ().”

6.3 *Coebergh en Stevens* schreven in *WFR 2011/716* over de waardering van schulden op de openingsbalans (ik laat voetnoten weg):25

“Uit HR 2 april 1947, B. nr. 8335, blijkt dat een vermogensbestanddeel moet worden gewaardeerd op het bedrag dat door de ondernemer is opgeofferd of had moeten worden opgeofferd voor de verkrijging daarvan krachtens een normale overeenkomst, waarbij de waarde langs zuiver zakelijke weg was bepaald. Gezien de doelstelling van de openingsbalans moeten activa en passiva op de openingsbalans worden gewaardeerd op basis van een opbrengstgeoriënteerd waardebegrip. Een dergelijk waardebegrip sluit ook aan bij de thans gangbare methoden in de bedrijfseconomie om de waarde van activa te bepalen. Ten aanzien van een schuld is de waarde derhalve gelijk aan de contante waarde van de verwachte toekomstige betalingen, dat wil zeggen de contante waarde van de aossingen en rentebetalingen. Daarvoor is het verloop van de kasstromen en de rentevoet waartegen de kasstromen contant moeten worden gemaakt bepalend. De kasstromen moeten contant worden gemaakt tegen de (markt)rente die belastingplichtige verschuldigd zou zijn indien de desbetreffende lening op het moment van aanvang belastingplicht zou worden afgesloten.”

Dat een schuld gewaardeerd moet worden op de contante waarde van de verwachte toekomstige betalingen, leiden zij af uit HR *BNB 2000/275,26* waarin u als volgt overwoog over de waardering van verplichtingen:

“3.6. Pensioen- en lijfrenteverplichtingen - zowel ingegane als niet ingegane - dienen, evenals andere langlopende verplichtingen, op de winstbepalende balans te worden gewaardeerd tegen de geldende marktrente voor langlopende leningen ten tijde van het aangaan van de verplichtingen, met dien verstande dat bij een daling van de rentestand de verplichtingen dienovereenkomstig hoger mogen worden gewaardeerd en bij een nadien optredende stijging van de rentestand de verplichtingen dienovereenkomstig lager moeten worden gewaardeerd doch niet lager dan zij oorspronkelijk zijn gewaardeerd.”

Ofschoon u hier waardering van verplichtingen voorschrijft in beginsel tegen de marktrente op het moment van aangaan van de verplichting, menen *Coebergh en Stevens* dat voor schuldwaardering op de openingsbalans bepalend is de marktrente op balansdatum omdat die datum het eerste moment is

waarop verplichtingen fiscaal relevant worden. Ook art. 2.8.1 VSO2 gaat daarvan uit.

6.4 In de rede ligt dat de door u in HR *BNB* 2000/275 bedoelde marktrente de rente is waartegen de belastingplichtige op balansdatum het aanwezige vreemde vermogen zou kunnen aantrekken, gezien het risicoprofiel van de onderneming.²⁷ Bij een lening o/g brengt dit mee dat de marktwaarde op balansdatum afwijkt van de nominale waarde als zij is aangegaan tegen een vaste rente die hoger of lager is dan de marktrente op balansdatum. Als de marktwaarde van een lening o/g lager is dan de nominale waarde doordat de marktrente is gestegen, is het verschil tussen die waarden een disagio, dat volgens goed koopmansgebruik gedurende de looptijd van de lening ten laste van de winst komt. Fouten in de waardering van leningen o/g op de openingsbalans kunnen aldus nog jaren tot onjuiste jaarwinstvaststelling leiden en per saldo tot onjuiste totale-winstbepaling.

De foutenleer en de openingsbalans

6.5 Een fout op de openingsbalans moet zo mogelijk worden hersteld in het fiscale jaar waarop de openingsbalans ziet (in casu 2008). Is dat niet mogelijk, terwijl de fout doorwerkt in latere jaren (in casu 2009 e.v.), dan kan de fout onder omstandigheden alsnog hersteld worden in het oudste nog openstaande jaar (in casu 2009). U overwoog in het oerarrest HR *B.* 9293:28

“(…) dat blijkens het zesde lid van art. 9 (oud) IB '41 in het algemeen als beginsel behoort te worden aanvaard, dat als zuiver bedrijfsvermogen bij het begin van het boekjaar geldt het zuiver bedrijfsvermogen bij het einde van het vorige boekjaar;

dat van dit beginsel, dat een belasting van de gehele in den loop der jaren met een bedrijf behaalde winst beoogt te verzekeren, afwijking nochtans kan zijn geboden, indien in enig boekjaar blijkt, dat bij de vaststelling van het eindvermogen voor het vorig boekjaar bepaaldelijk een fout is gemaakt, dat wil zeggen dat in enig opzicht dat vermogen niet aan de hand van de ten tijde van de vaststelling daarvan den belastingplichtige ten dienste staande gegevens naar de voorschriften van de wet en overeenkomstig goed koopmansgebruik is vastgesteld; [*correctieregel*; PJW]

dat immers tegenover het beginsel der balanscontinuïteit, neergelegd in art. 9, lid 6, staat het beginsel, dat de inkomstenbelasting wordt geheven over een jaarlijks genoten inkomen, hetgeen medebrengt, dat de winst over een bepaald jaar zoveel mogelijk op grond van de juiste voor dat jaar ten dienste staande gegevens moet worden berekend; [*jaarwinstbeginsel*; PJW]

dat het laatstgenoemde beginsel, dat dus onder omstandigheden het eerstgenoemde zal kunnen doorbreken, echter weer zal moeten wijken, indien als gevolg van de verbetering van zulk een fout een toestand ontstaat, waarbij zonder mogelijkheid van redres een stuk bedrijfswinst hetzij onbelast blijft, hetzij dubbel belast wordt; [*terugkeerregel*; PJW]

dat de eerste figuur zich zal voordoen, indien de belastingplichtige wenst, dat ter verbetering van een fout, gemaakt bij de vaststelling van het vermogen bij het einde van het vorige boekjaar, het vermogen bij het begin van het volgende boekjaar op een hoger bedrag wordt gesteld, doch geen mogelijkheid tot navordering bestaat, terwijl betaling van gewetensgeld wordt geweigerd;

dat de tweede figuur zich zal voordoen in het omgekeerde (...) geval, waarin de inspecteur ter verbetering van zulk een fout het beginvermogen van enig jaar lager stelt dan het vermogen aan het einde van het vorige jaar en de aanslag voor dat vorige jaar reeds onherroepelijk vaststaat, terwijl de inspecteur weigert deze ambtshalve alsnog te verminderen; (...)”

6.6 Mijn voormalig ambtgenoot Van Kalmthout heeft er in zijn conclusie voor HR *BNB* 2001/329 op gewezen dat “in de terugkeerregel [*doorklinkt*] dat het primaat bij het totaalwinstbeginsel is komen te berusten” en dat de foutenleer “is ontwikkeld om het totaalwinstbeginsel zo goed mogelijk tot zijn recht te doen komen.”

6.7 *Lubbers* 30meent dat herstel van fouten op de openingsbalans steeds mogelijk is zolang de betrokken vermogensbestanddelen nog op de balans voorkomen en dat men aan de terugkeerregel dan niet toekomt:

“Ik meen te mogen concluderen dat beginwaarderingsfouten moeten worden hersteld en in alle gevallen³¹ kunnen worden hersteld. Het onverbeterd laten van begin-waarderingsfouten leidt tot een onjuiste berekening van de totaalwinst. Als gevolg van de onverbeterde fout zou meer of minder worden belast dan op grond van artikel 7 Wet IB 1964 bij de belastingplichtige als winst uit onderneming in aanmerking dient te worden genomen. Het herstel van de beginwaarderingsfout vindt plaats door toepassing van de correctieregel. Om te voorkomen dat een deel van de winst definitief onbelast blijft of dubbel wordt belast hetgeen als onaannemelijk gevolg van het foutenherstel zou moeten worden gezien dient het vermogensbestanddeel tegen een juiste waardering te worden opgenomen in de beginbalans van het oudste nog openstaande jaar.

Beginwaarderingsfouten kunnen mitsdien op basis van de foutenleer worden hersteld. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat de fout wordt hersteld door toepassing van de correctieregel. Aan de toepassing van de terugkeerregel wordt niet toegekomen.”

6.8 Het moet volgens uw rechtspraak gaan om een bepaaldelijke fout. *Visbeek* en *Lubbers*³² merken over die term op (ik laat voetnoten weg):

“Degene die beweert dat in de eindbalans van het laatst vastgestelde jaar een fout is gemaakt en de foutenleer wil toepassen, zal de juistheid van die bewering aannemelijk moeten maken (HR 25 november 1953, nr. 11 516, BNB 1954/55). Het gaat erom dat komt vast te staan dat de balans bepaaldelijk fout is. Dat wil zeggen dat de belastingplichtige op basis van de hem ter beschikking staande feiten en omstandigheden en in het licht van de geldende regelgeving niet tot die balans(post) had kunnen komen.”

6.9 In zijn dissertatie over de foutenleer schreef Lubbers over de term bepaaldelijk:³³

“De term bepaaldelijk lijkt door de Hoge Raad te worden gebruikt om aan te geven dat het gaat om een onjuistheid die binnen het systeem van de winstbepaling niet kan worden getolereerd. Hierna zal ik de toevoeging bepaaldelijk in een aantal gevallen waarin deze toevoeging niet direct noodzakelijk is, weglaten.”

6.10 Voor zover mij bekend staat in de literatuur niet ter discussie dat bij onopzettelijke fouten de oorzaak van de fout niet van belang is. Zij kan voortvloeien uit verkeerde toepassing van fiscale regels, uit vergissingen, uit het gebruik van onjuist blijkende gegevens, uit rekenfouten, etc.³⁴ Ik meen daarom dat zij ook kan bestaan uit verkeerde toepassing van een vaststellingsovereenkomst met de fiscus.

6.11 De fout wordt hersteld door de beginbalans van het oudste nog openstaande jaar aan te passen. Sinds HR *BNB* 2001/335 is ook inhaal van afschrijvingsfouten mogelijk, hetgeen benadrukt, mede gezien de boven geciteerde aan dat arrest voorafgaande conclusie van Van Kalmthout, dat zoveel mogelijk recht gedaan moet worden aan het totale-winstbeginsel:

“Indien de Inspecteur alsnog weigert de reeds onherroepelijk vaststaande aanslagen over de jaren waarin afschrijving had kunnen plaatsvinden ambtshalve te verminderen, brengt de toepassing van de foutenleer derhalve mee: dat [het vermogensbestanddeel] in de beginbalans van het [oudste openstaande boekjaar] moet worden gesteld op de waarde van [het vermogensbestanddeel] op het tijdstip waarop belanghebbende het verkreeg (); dat [het vermogensbestanddeel] in de eindbalans van [dat boekjaar] moet worden gesteld op nihil, nu - naar het Hof in cassatie onbestreden heeft geoordeeld - bij een juiste gang van zaken [het vermogensbestanddeel] vóór de aanvang van het boekjaar () volledig zou zijn afgeschreven en - naar kennelijk belanghebbende en de Inspecteur eenparig van oordeel zijn - de restwaarde nihil bedraagt.”

7 Vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW)

7.1 Art. 7:900 Burgerlijk Wetboek luidt:

“1. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een

vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.

2. (.).”

7.2 Voor zover in cassatie zichtbaar, is geen sprake van wilsgebreken bij de totstand-koming van de (individuele) vaststellingsovereenkomst. Evenmin lijkt mij de ene of de andere uitleg van de geschilpunten in de overeenkomst (de (interactie tussen de) schuldwaardering, de passivering van kortlopende schulden en de kasstroomjaarendefictie) of de overeenkomst als geheel zodanig in strijd met de belastingwet dat op nakoming hoe dan ook niet gerekend kon worden. Evenmin staat ter discussie dat de belastingplicht van woningcorporaties vele fiscaalrechtelijke onzekerheden meebracht die tot geschillen zouden hebben kunnen leiden en dat de partijen die wensten te voorkomen. Daaruit volgt dat het om een vaststellings-overeenkomst in de zin van art. 7:900 BW gaat die beide partijen bindt ook als achteraf mocht blijken dat het belastingrecht op afzonderlijke onderdelen of als geheel anders luidt.³⁶

7.3 De uitleg van overeenkomsten is voorbehouden aan de feitenrechter, zodat u in cassatie alleen kunt ingrijpen als die uitleg onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is.

8 Beoordeling van het middel

8.1 Gegeven de overeengekomen kasstroomjaarendefictie, acht de Staatssecretaris onbegrijpelijk s Hofs opvatting dat de uitleg van VSO2 door de fiscus tot een dubbeltelling van de transitorische rente zou leiden. Ik vat zijn cassatieberoep aldus op dat vanwege de onbegrijpelijkheid van s Hofs uitleg, die uitleg geen fout blootlegt (maar zelf juist een fout inhoudt), c.q. dat bij een wél begrijpelijke uitleg van VSO2 geen sprake zou zijn van een fout.

8.2 De uitleg van art. 2.8.1 VSO2 die de Staatssecretaris voorstaat, lijkt mij niet evident juist en s Hofs andersluidende uitleg geenszins onbegrijpelijk. De toelichting op VSO2 vermeldt dat uitgangspunt zijn de waarderingsregels in de financiële sector. In die sector wordt transitorische rente ofwel in de schuldwaardering ofwel onder de kortlopende schulden opgenomen, maar niet beide. De Staatssecretaris zal tegenwerpen dat in de financiële sector geen jaareindekasstroomfictie geldt, maar zijn standpunt dat die fictie impliceert dat geen overlopende rente bestaat, lijkt innerlijk tegenstrijdig en in strijd met de tekst van VSO2, die immers uitdrukkelijk bepaalt dat de kennelijk wel degelijk bestaande van 2007 naar 2008 overlopende rente separaat gepassiveerd moet worden onder de kortlopende schulden. s Hofs uitleg houdt mijns inziens wezenlijk in dat de verplichting die overlopende rente onder de kortlopende schulden op te nemen impliceert dat overlopende niet wordt genegeerd en dus wel degelijk ontdebeld kan worden, alsmede dat geen onverbreekelijk wederzijds afhankelijk en compenserend verband is overeengekomen tussen de jaarendefictie en het (wel) dubbeltellen van de overlopende rente 2007-2008.

8.3 Ook het cassatieberoepschrift van de Staatssecretaris lijkt innerlijk tegenstrijdig: hij acht s Hofs uitleg van VSO2 onbegrijpelijk, maar schrijft in hetzelfde cassatieberoepschrift dat hij precies die uitleg heeft gehonoreerd in de genoemde Q&A (zie onderdeel 2.10 hierboven) omdat: uitleg woningcorporaties lijkt ook mogelijk.³⁷

8.4 Daarmee lijkt mij s Hofs uitleg ook onaantastbaar in het licht van des fiscus rekenvoorbeelden, die immers alle pogen de onjuistheid van s Hofs uitleg van de overeenkomst te demonstreren, waar de cassatierechter echter niet over gaat. Dat zowel de Rechtbank als de adviescommissie VSO2 tot een andere uitleg kwamen dan het Hof, doet na s Hofs uitspraak evenmin nog ter zake in cassatie, nu de partijen zich niet verbonden hebben het oordeel van die adviescommissie als hen bindend te aanvaarden of om van rechtsmiddelen af te zien. In het midden kan blijven wat er zij van de pas bij repliek aangevoerde klacht dat het Hof buiten de rechtsstrijd zou zijn getreden, nu u geen acht slaat

op klachten ingediend na afloop van de termijn voor het indienen van cassatieberoep.³⁸ Ik meen overigens dat die klacht ongegrond is: het lijkt mij duidelijk dat de kern van het geschil juist is de uitleg van VSO2, met name die van de interactie tussen de (interpretatie van de) jaareindfictie en de (interpretatie van de) afspraak over overlopende rente.

- 8.5 Dan resteert de vraag of belanghebbendes openingsbalanswaardering in 2008, die afweek van s Hofs uitleg van art. 2.8.1 VSO2, een fout was in de zin van de foutenleer die in 2009 kan worden hersteld. Die vraag doet de prealabele vraag rijzen of zulks beoordeeld moet worden uitgaande van (i) s Hofs uitleg van VSO2 als hetgeen rechtens tussen de partijen geldt (zie art. 7:900 BW), of (ii) strikte toepassing van wet en rechtspraak alsof géén overeenkomst was gesloten als maatregime. Ik meen dat het eerste antwoord het juiste is, want als geen overeenkomst was gesloten, zouden veel meer bedingen niet gegolden hebben waarvan niet te zeggen valt hoe hun ontbreken uitgepakt zou hebben op onder meer de openingsbalans. Daarom werd nu juist een vaststellingsovereenkomst gesloten, zodat het om de inhoud van die overeenkomst gaat. Ik maak voorts uit HR ECLI:NL:HR:2018:1109 (vaststellings-overeenkomstenbeleid sekswerkersbranche)³⁹ op dat geen afzonderlijke elementen uit een convenant of een modelvaststellingsovereenkomst zoals VSO2 geïsoleerd kunnen worden. Het maatregime is dus hetgeen op grond van VSO2 tussen de partijen rechtens geldt zoals de feitenrechter dat in cassatie onaantastbaar heeft uitgelegd.
- 8.6 Duidelijk is dat de openingsbalanswaardering van de langlopende schulden doorwerkt in de eindbalans 2008 en in latere jaren en dat de inspecteur niet voornemens is van ambtswege te corrigeren. Ik leid uit HR *BNB* 1953/18940 en HR *BNB* 1954/5641 af dat, hoezeer op een openingsbalans mogelijk een fout is gemaakt, deze niet hersteld wordt als dat zou leiden tot definitieve niet-belasting of dubbele belasting van een deel van de totale winst. De Staatssecretaris meent dat s Hofs uitleg ertoe leidt dat lasten uit 2007, toen geen belastingplicht bestond, ten onrechte ten laste van 2009 en later worden gebracht, waardoor definitief een deel van belanghebbendes totale winst onbelast blijft. De belanghebbende daarentegen meent dat een deel van haar totale winst dubbel belast wordt als de transitorische rente tweemaal gepassiveerd wordt op haar openingsbalans. Het verschil tussen de twee standpunten is dat de Staatssecretaris een onverbrekkelijk wederzijds afhankelijk en compenserend verband ziet tussen de jaareindekasstroomfictie en het al dan niet meenemen van de overlopende rente in de schuldwaardering (maar géén verband ziet tussen die fictie en passivering van overlopende rente als kortlopende schuld), terwijl de belanghebbende meent dat de jaareindfictie (slechts) een praktische disconteringsregel is die zowel voordelig als nadelig voor een van beide partijen kan uitpakken en die niet weg kan nemen dat overigens de in de financiële sector (en elders) gebruikelijke waarderingsregel gevolgd wordt dat overlopende rente niet zowel in de hoofdsom als onder de kortlopende schulden (en daarmee dubbel) gepassiveerd wordt.
- 8.7 s Hofs in cassatie onaantastbare uitleg van VSO2 houdt in dat geen onverbrekkelijk wederzijds afhankelijk en compenserend verband bestaat tussen de jaareindekasstroomfictie en het al dan niet meenemen van overlopende rente 2007-2008 in de openingswaardering van de leningen o/g. Volgens het maatregime is dus een kennelijke openingsbalans-waarderingsfout gemaakt, die in het oudste nog open staande jaar (2009) hersteld moet worden. Voor zover aan de term bepaaldelijk in uw rechtspraak over herstel van balanswaarderingsfouten zelfstandige betekenis toekomt, meen ik dat met s Hofs uitleg van VSO2 een bepaaldelijke fout in belanghebbendes openingsbalans aan het licht is getreden.
- 8.8 De partijen hebben niets afgesproken voor het geval een openingsbalanswaardering die doorwerkt in volgende jaren niet strookt met VSO2, terwijl de aanslag over 2008 al onherroepelijk vaststaat. Civielrechtelijk kan men dat duiden als een leemte in de overeenkomst. Zou contractvrijheid bestaan, dan zou die leemte gevuld worden op basis van de *Haviltex*-formule⁴² en de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid (art. 6:248(1) BW). Het gaat hier echter om een publiekrechtelijke overeenkomst en een contractuele uitzondering op dwingend publiekrecht voor het geval dat dwingende publieke recht tot onzekerheden en potentieel geschil leidt. Aan aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid bestaat dan niet alleen geen behoefte als het (overige) publiekrecht (de

foutenleer) die leemte al vult, maar is daarvoor ook geen ruimte: de *default mode* in het belastingrecht is immers niet contractvrijheid en partij-autonomie, maar het dwingende publiekrecht, in dit geval: de foutenleer. Ik meen overigens dat als het belastingrecht, althans de foutenleer, geen dwingend of regelend recht zou zijn, art. 6:248(1) BW tot hetzelfde resultaat zou leiden: toepassing van de foutenleer lijkt mij in casu zowel redelijk als billijk.

8.9 Ik meen daarom dat het middel van de Staatssecretaris niet tot cassatie leidt.

8.10 Mocht u diens middel wél gegrond achten, dan hoeft mijns inziens na vernietiging niet verwezen te worden om het onbehandeld gebleven subsidiaire beroep op de beginselen van behoorlijk bestuur te doen behandelen, maar kunt u evenzeer de zaak zelf afdoen, nl. door de Staatssecretaris in het gelijk te stellen. Het beroep op die beginselen kan mijns inziens tot niets leiden als een beroep op de foutenleer niet mogelijk is. Gevallen waarin de aanslag al onherroepelijk vast staat, zijn nu eenmaal niet gelijk aan gevallen waarin dat niet zo is.⁴³

8.11 Er zijn voorts geen aanwijzingen, ook niet in de metatoezichtafspraken, dat de fiscus toegezegd heeft, of rechtens relevant vertrouwen gewekt heeft, of een (toerekenbare schijn van) beleid heeft gevoerd, dat hij terug zou komen op onherroepelijk vast staande jaren. Belanghebbendes kennelijke opvatting dat de afspraken over metatoezicht mede impliceren dat alle woningcorporaties voor wie dat toezicht geldt ook qua aanslag*timing* gelijk zouden worden behandeld, is door de Rechtbank verworpen als geen steun vindend in de stukken en ook ik zie geen steun voor de stelling dat de fiscus anders dan door de objectieve werking van de foutenleer rechtens verplicht zou zijn terug te komen op onherroepelijk vast staande jaren. De belanghebbende had later aangifte 2008 kunnen doen of bezwaar kunnen indienen tegen de aanslag 2008. Dat heeft zij niet gedaan.

8.12 Mede gezien art. 29e(2) AWR (tenzij het punten van ondergeschikte aard betreft), heeft na een eventuele vernietiging daarom mijns inziens verwijzing geen zin, maar kunt u ook dan de zaak zelf afdoen.

9 Conclusie

Ik geef u in overweging het cassatieberoep van de Staatssecretaris ongegrond te verklaren.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

Advocaat-Generaal

¹ Zie voor VSO1 onderdeel 5 hieronder.

² Beroepschrift in cassatie, p. 5, tweede alinea.

³ HR 6 juli 2018, nr. 17/03139, na conclusie Niessen, ECLI:NL:HR:2018:1109, V-N 2018/38.9 met noot redactie, *NLF* 2018/1581 met noot Werger.

⁴ Wet van 20 december 2007, houdende wijzigingen van enkele belastingwetten, *Stb.* 2007, 562.

- ⁵ Het conceptverslag van de vergadering van 11 mei 2012 dat in het procesdossier zit, vermeldt vier commissieleden: Arnold Pureveen (destijds financieel directeur van De Alliantie), Rob Röttscheid (voormalig directeur van Mitros), Peter-Jan Tuk (functie niet vermeld) en Jurriën van der Heijden (belastingdienst). Onduidelijk is of er nog meer leden zijn/waren.
- ⁶ Ik begrijp dat dit betekent dat de fiscus voornamelijk controleert of de fiscaal intermediair voldoende controleert of de belastingplichtige haar fiscale verplichtingen nakomt. Zie bijvoorbeeld P.G.H. Albert, *Metatoezicht: belastingadviseur wordt verlengstuk van de Belastingdienst*, *NTFR* 2009/282.
- ⁷ Rb Gelderland 19 mei 2017, nr. AWB 15/7325, ECLI:NL:RBGEL:2017:2735, *NTFR* 2017/1636 met commentaar Van den Bosch, *NLF* 2017/1395 met noot De Ruiter.
- ⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2018, nr. 17/00666, ECLI:NL:GHARL:2018:2533, *NLF* 2018/0848 met noot De Ruiter.
- ⁹ Opmerking PJW: Met de fictie is bedoeld de aanname dat alle kasstromen vervallen op 31 december van enig jaar. Zie de in 2.4 geciteerde toelichting.
- ¹⁰ Online te vinden in *V-N* 2007/13.15.
- ¹¹ Wet van 15 december 2005, houdende wijziging van enkele belastingwetten, *Stb.* 2005, 683.
- ¹² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 306, nr. 6, p. 32-33 (NnavV).
- ¹³ Over de rechtsgeldigheid van de opzegging van VSO1 is in de literatuur getwijfeld. Zie C.J.A. van Hooft, *De opzegging van de VSO: rechtsgeldig of niet?*, *WFR* 2008/43.
- ¹⁴ Persbericht Ministerie van Financiën van 25 april 2007, *V-N* 2007/25.24.
- ¹⁵ Online te vinden op de websites van Aedes en de Belastingdienst en bij de brief van de staatssecretaris van Financiën van 29 januari 2009 aan de voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer, nr. DGB2009/466U, *V-N* 2009/10.3.
- ¹⁶ Wet van 20 december 2007, houdende wijzigingen van enkele belastingwetten, *Stb.* 2007, 562.
- ¹⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 205, 31 206, nr. 46 (Motie Tang c.s.) en *Kamerstukken I* 2007/08, 31 205, 31 206, nr. I (Motie Essers c.s.).
- ¹⁸ Aanvankelijk was dat 30 april 2009, maar de termijn is verlengd tot 31 mei 2009. Zie de brief van de Staatssecretaris aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 1 juli 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 704, nr. 91 (ook te vinden in *V-N* 2009/39.16).
- ¹⁹ Zie de brief van de Staatssecretaris aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 1 juli 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 704, nr. 91.
- ²⁰ Besluit van 21 december 2000, houdende vaststelling van het Besluit winstbepaling en reserves verzekeraars 2001, *Stb.* 2000, 643.
- ²¹ Zie bv. het Convenant over schuldsanering tussen de Belastingdienst en het Vakcentrum en het Convenant Vereniging Nederlandse Poppodia en Festivals (beide te vinden via https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/intermediairs/toezicht/convenanten/convenanten_horizontaal_toezicht/brancheovereenkomst).
- ²² R.H.C.J. van den Hurk, *VSO 2: pragmatische handreiking voor woningcorporaties als gevolg van integrale vennootschapsbelastingplicht*, *WFR* 2009/505.
- ²³ HR 2 april 1947, *B.* 8335.
- ²⁴ HR 21 november 1990, nr. 26 197, na conclusie Verburg, ECLI:NL:HR:1990:ZC4447, *BNB* 1991/90 met noot Hoogendoorn. U verwijst terug naar dit arrest in uw jurisprudentie van recenter datum, zoals HR 1 december 2006, nr. 41 985, na conclusie Overgaauw, ECLI:NL:HR:2006:AV5002, *BNB* 2007/81 met noot Cornelisse, en HR 18 december 2015, nr. 14/06531, na conclusie Wattel, ECLI:NL:HR:2015:3605, *BNB* 2016/50 met noot Cornelisse.
- ²⁵ B.F.M. Coebergh & S.A. Stevens, *De waardering van schulden op de openingsbalans en daarna*, *WFR* 2011/716.
- ²⁶ HR 28 juni 2000, nr. 34 169, na conclusie Van Kalmthout, ECLI:NL:HR:2000:AA6313, *BNB* 2000/275 met noot Hoogendoorn.

- ²⁷ Zie ook S.A. Stevens, *De belaste overheid* (FM 109), Deventer: Kluwer 2003, p. 371.
- ²⁸ HR 22 oktober 1952, nr. 11 064, *B.* 9293.
- ²⁹ Conclusie Van Kalmthout 25 januari 2000, nr. 35 251, ECLI:NL:PHR:2000:AA6598, *BNB* 2001/3 met noot De Vries, onderdeel 4.4, laatste zin en onderdeel 4.8.
- ³⁰ A.O. Lubbers, *Foutenleer* (FM 95), Deventer: Kluwer 2000, p. 122.
- ³¹ Voetnoot in origineel: "Daarbij ga ik ervan uit dat het vermogensbestanddeel nog in de balans voorkomt."
- ³² S.J. Visbeek & A.O. Lubbers, De ontwikkeling van de foutenleer in de afgelopen tien jaren, *WFR* 2012/1149, onderdeel 3.
- ³³ Lubbers, *Foutenleer*, p. 83.
- ³⁴ Zie Lubbers, *Foutenleer*, p. 84-85.
- ³⁵ HR 25 juli 2000, nr. 35 251, na conclusie Van Kalmthout, ECLI:NL:HR:2000:AA6598, *BNB* 2001/3 met noot De Vries.
- ³⁶ Vgl. HR 25 november 1992, nr. 28 717, ECLI:NL:HR:1992:ZC5181, *BNB* 1993/63 met noot Scheltens (*toiletjuffrouw*) en HR 9 december 2005, nr. 41 117, ECLI:NL:HR:2005:AU7728, *BNB* 2006/201 met noot Happé.
- ³⁷ Beroepschrift in cassatie, p. 5, tweede alinea.
- ³⁸ Zie HR 25 april 2008, zaak 40 673, ECLI:NL:HR:2008:BD0434, *BNB* 2010/1 met noot Pechler.
- ³⁹ HR 6 juli 2018, nr. 17/03139, na conclusie Niessen, ECLI:NL:HR:2018:1109, *V-N* 2018/38.9 met noot redactie, *NLF* 2018/1581 met noot Werger.
- ⁴⁰ HR 24 juni 1953, nr. 11 380, ECLI:NL:HR:1953:AY3271, *BNB* 1953/189.
- ⁴¹ HR 2 december 1953, nr. 11 475, ECLI:NL:HR:1953:AY2927, *BNB* 1954/56 met noot Wisselink.
- ⁴² HR 13 maart 1981, nr. 11 647, na conclusie Franx, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981, 635 met noot Brunner.
- ⁴³ Zie HR 15 maart 2000, 34 740, ECLI:NL:HR:2000:AA5142, *BNB* 2000/278 met noot Happé, waarin u onder meer oordeelde dat de vraag of gevallen gelijk worden behandeld, moet worden beoordeeld naar de situatie ten tijde van het vaststellen van de aanslag.
-