



VRIJE
UNIVERSITEIT
AMSTERDAM

VU Bibliotheek

This is a postprint of

Huurgarantiearrest

Pieterse, L.J.A.

NTFR Beschouwingen, 2011(26), 1-5

Published version: no link available

Link VU-DARE: <http://hdl.handle.net/1871/47396>

(Article begins on next page)

NTFRB 2011/26 Huurgarantiearrest

NTFR Beschouwingen 2011-26



1. Inleiding

Hoge Raad 3 december 2010 09/01513

mr. L.J.A. Pieterse

1. Inleiding

Eind vorig jaar heeft de belastingkamer van de Hoge Raad een 'belangwekkend arrest'

[\[1\]](#)

gewezen over de fiscale winstbepaling. In het arrest, dat in de wandelgangen onder de naam 'huurgarantiearrest' door het leven gaat, heeft de Hoge Raad rechtsregels gegeven over de toepassing van goed koopmansgebruik

[\[2\]](#)

, en wel over *sale and lease back* van een activum.

[\[3\]](#)

In deze Beschouwing staat dit arrest, dat uiteenlopende reacties heeft opgeroepen

[\[4\]](#)

, centraal en ga ik onder meer in op de vraag in hoeverre het past in de jurisprudentie.

2. Sale and lease back van een bedrijfspand

Het feitencomplex van deze zaak is niet van dien aard, dat zij hier niet in enigszins vereenvoudigde vorm zou kunnen worden weergegeven. Belanghebbende houdt zich bezig met de handel in en de exploitatie van onroerende zaken, alsmede projectontwikkeling. Een aan belanghebbende opgeleverd nieuw gebouwd bedrijfspand (hierna: het pand) is weliswaar voor een deel door haar in gebruik genomen, maar (meteen, zelfs daarvoor, zo leren de feiten) op basis van *sale and lease back* verkocht aan een derde. Bij deze transactie is een boekwinst behaald. Het deel van de transactie dat op de *lease* ziet, houdt in dat belanghebbende het pand zal huren, en wel voor een marktconforme huurprijs. De *lease* is vastgelegd voor een periode van tien jaar, en bevat onder meer een voorkeursrecht van koop, dat in de procedure verder geen rol speelt

[\[5\]](#)

, alsmede het recht van onderverhuur. Belanghebbende beschikt weliswaar over het recht onder te verhuren, maar de koper heeft (als goede onderhandelaar?) het recht bedongen op de helft van 'de meeropbrengst bij onderverhuur'. In feitelijke instantie(s) was – primair – in geschil of ter zake van de hiervoor genoemde boekwinst uitstel van winstneming mogelijk is in verband met de door belanghebbende gestelde huurgarantie (zo is althans het risico dat belanghebbende op zich heeft genomen in feitelijke instantie(s) getypeerd). Zo dat niet in overeenstemming met goed koopmansgebruik zou zijn, was – subsidiair – in geschil de vraag of belanghebbende een voorziening zou kunnen vormen ter zake van de verplichtingen die voortvloeien uit de door haar gestelde 'huurgarantie'. Anders geformuleerd was de vraag of met betrekking tot de overname van het leegstandsrisico een winstuitstelpost, dan wel een voorziening kan worden gepassiveerd.

3. Uitspraak in hoger beroep en arrest

In hoger beroep heeft het hof geoordeeld dat goed koopmansgebruik in de omstandigheden van het onderhavige geval geen uitstel van winstneming op het verkoopresultaat toelaat. Voor zover

voor de overname van het leegstandsrisico een premie is begrepen in het resultaat dat met de verkoop van het pand is behaald, moet deze in het jaar van de verkoop als gerealiseerd worden beschouwd, aldus het hof. Ter zake van het leegstandsrisico zelf kan naar het oordeel van het hof geen voorziening worden gevormd. Dit risico moet worden toegerekend aan het jaar waarin de leegstand daadwerkelijk optreedt.

[\[6\]](#)

Belanghebbende heeft niet berust in de uitspraak in hoger beroep en zich – in cassatie – met twee middelen gericht tegen de oordelen van het hof. Het eerste middel richt zich tegen het oordeel van het hof, dat voor zover voor overname van het leegstandsrisico een premie is begrepen in het verkoopresultaat, deze in het jaar van de verkoop als gerealiseerd moet worden beschouwd. De Hoge Raad oordeelt dat het middel slaagt en overweegt daartoe – in één volzin – dat in de situatie dat ‘een gedeelte van de verkoopopbrengst moet worden aangemerkt als een vergoeding voor door belanghebbende te lopen risico’s – bestaande uit per saldo te verwachten verliezen met betrekking tot de huur van het niet in eigen gebruik zijnde gedeelte van het pand – (...) dit gedeelte van de verkoopopbrengst (mag) worden toegerekend aan de periode waarin deze risico’s worden gelopen’.

[\[7\]](#)

De mogelijkheid tot het vormen van een voorziening wijst de Hoge Raad af, zodat het tweede middel, dat een dergelijke passiefpost trachtte te bewerkstelligen, faalt.

4. Winstuitstelpost (‘toerekening van ontvangsten’)

De beslissing in de onderhavige zaak, althans de gronden waarop zij berust, is wel als een ‘verrassing’ bestempeld.

[\[8\]](#)

Een gezaghebbende commentator meende (immers) dat uitstel van winstneming niet tot de mogelijkheden behoorde.

[\[9\]](#)

Ook de advocaat-generaal was die mening toegedaan. Hij kwam tot de conclusie dat de ‘activiteit waarop de winst werd gemaakt (de verkoop en de levering), is voltooid in 2002’ en, zo voegt hij daaraan toe, ‘die winst hoort ook thuis in dat jaar’.

[\[10\]](#)

Dat belanghebbende, zoals A-G Wattel betoogde, ‘nog maar moet zien dat zij het niet door haar gebruikte gedeelte van het gebouw (onder)verhuurd krijgt gedurende de tien jaar waarin zij het gebouw van de koper “terug”huurt, neemt niet weg dat de verkoopwinst op haar transactie met de koper geheel binnen is in 2002 en dat zij daarvoor jegens de koper geen prestaties meer hoeft te leveren, noch toekomstige kosten moet maken om haar reeds voltooide prestatie jegens de koper gestand te doen of te vervolledigen’.

[\[11\]](#)

Dat is krachtig uitgedrukt en toegegeven moet worden dat ons hoogste rechtscollege (inderdaad) leert dat in het algemeen moet worden aangenomen dat de opbrengst van een in het kader van een onderneming verrichte levering of een dienst ‘naar goed koopmansgebruik tot uitdrukking dient te worden gebracht uiterlijk op het moment waarop de levering of de dienst ten uitvoer is gebracht’.

[\[12\]](#)

Een andere – door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel – luidt evenwel: ‘Indien een onderneming een vergoeding ontvangt, die (...) niet ten volle betrekking heeft op reeds geleverde prestaties, doch mede in de toekomst nog te verrichten prestaties betreft, staat goed koopmansgebruik toe ter zake van het aan de toekomstige prestaties toe te rekenen deel van die vergoeding een winstuitstelpost

[\[13\]](#)

te vormen en aldus de met laatstbedoelde prestatie(s) te behalen winst pas te verantwoorden naarmate deze worden verricht’.

[\[14\]](#)

Er is dan weliswaar een bedrag ontvangen, ‘maar de prestatie moet ten dele nog geleverd worden

en hetgeen wordt gepassiveerd kan dan ook moeilijk anders worden gezien dan als de nog openstaande verplichting tot presteren', zoals E. Aardema het treffend onder woorden heeft gebracht

[\[15\]](#)

('het geld is binnen, maar de activiteit waarop de winst gemaakt zal worden, moet nog worden verricht en de winst behoort dan ook thuis in het jaar van de prestatie'

[\[16\]](#)

).

Het is verleidelijk om het arrest dat in de onderhavige zaak is gewezen zo te lezen dat het garanderen van een marktconforme huur voor het gehele pand gedurende tien jaren, in wezen een (doorlopende) prestatie is die in de toekomstige jaren nog moet worden verricht, zodat de met deze prestatie(s) te behalen winst pas behoeft te worden verantwoord in de jaren dat en naarmate zij wordt (worden) verricht.

[\[17\]](#)

Wie het arrest zo leest kan moeilijk volhouden dat 'het arrest geen steun vindt in eerdere jurisprudentie', zoals wel is betoogd

[\[18\]](#)

, omdat het in het onderhavige arrest gegeven oordeel dan zou aansluiten bij de bestaande jurisprudentie over door ondernemers ontvangen vergoedingen waartegenover (bijvoorbeeld wegens 'gewekte verwachtingen'

[\[19\]](#)

) nog kosten moeten worden gemaakt of nog prestaties

[\[20\]](#)

moeten worden verricht.

[\[21\]](#)

De vraag is evenwel of de vergelijking met, zeg maar, 'in de toekomst nog te verrichten prestaties' een zuivere is. Belanghebbende heeft immers het leegstandsrisico overgenomen en niet een huurgarantie afgegeven op grond waarvan zij eventueel nog gehouden is 'prestaties' te verrichten. De in de onderhavige zaak geleverde prestatie is met en door de sale and lease back 'vervolledigd', om een woord uit het veelzijdige vocabulaire van A-G Wattel te gebruiken.

[\[22\]](#)

De (rechts)grondslag voor de mogelijkheid om in een geval als het onderhavige het verantwoorden van winst uit te kunnen stellen, moet niet worden gezocht in de prestaties die in de toekomst nog moeten worden verricht, maar in het overgenomen risico zelf. Als daaraan een 'premie' valt toe te rekenen, vormt zij een vergoeding voor dat risico en dat manifesteert zich gedurende een bepaalde periode. Dat rechtvaardigt het vormen van een – geleidelijk ten gunste van de winst vrijvallende – winstuitstelpost (de Hoge Raad gebruikt overigens (bewust?) niet het begrip 'premie'). Dit betekent dat voor elk jaar, dat het risico 'zal duren, een evenredig deel van de ontvangen risicopremie als bate wordt aangenomen', om terug te grijpen op de formule die in een bijzonder oud arrest wordt gebruikt.

[\[23\]](#)

Het door belanghebbende overgenomen leegstandsrisico bestaat echter niet alleen uit kwade kansen, zoals bij een zuivere huurgarantie (of borgtocht), omdat de overeengekomen transactie voor belanghebbende ook de mogelijkheid inhoudt om een meeropbrengst bij onderverhuur te realiseren. Dat verklaart waarom de Hoge Raad met recht overweegt dat de 'per saldo te verwachten verliezen met betrekking tot de huur van het niet in eigen gebruik zijnde gedeelte van het pand' voor reservering in aanmerking komt.

5. Voorziening?

De Hoge Raad acht, zoals gezegd, voor een huurder als belanghebbende 'in het algemeen' onvoldoende grond aanwezig om een voorziening ter zake van het leegstandsrisico te vormen, 'nu dat risico zich van jaar tot jaar voltrekt en derhalve aan de toekomstige huurperioden moet worden toegerekend'.

[\[24\]](#)

Als het om het opvoeren van een passivum gaat, staat de Hoge Raad sinds het Baksteenarrest [\[25\]](#)

toe 'dat bij de bepaling van de winst voor een zeker jaar ter zake van toekomstige uitgaven een passiefpost wordt gevormd, indien die uitgaven hun oorsprong vinden in feiten en omstandigheden, die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan en ook overigens aan die periode kunnen worden toegerekend, en ter zake waarvan een redelijke mate van zekerheid bestaat dat zij zich zullen voordoen'. De advocaat-generaal meende, dat in de onderhavige zaak aan de eerste twee criteria die in voornoemd arrest zijn gegeven (oorsprong en *match*) is voldaan en dat verwezen moe(s)t worden voor de vraag naar 'de behoorlijkheid van de kans' op leegstand.

[\[26\]](#)

Hij baseerde deze opvatting 'mede' op een arrest van de Hoge Raad waarin is beslist, dat ter zake van een verlies, dat voortvloeit uit een rechtsverhouding (projectinschrijving beneden kostprijs) een voorziening kan worden getroffen.

[\[27\]](#)

De Hoge Raad verlangt in een dergelijke situatie wel dat een behoorlijke kans bestaat dat de rechtsverhouding tot een verlies leidt. A-G Wattel betoogde dat het – door het verwijzingshof vast te stellen – geprognosticeerde verlies ter zake van het leegstandsrisico in aanmerking mag worden genomen. Het is immers, zijn gedachte volgend, een verlies dat voort kan vloeien uit een overeenkomst die vóór balansdatum is aangegaan. De overname van voornoemd risico kan zijns inziens materieel gelijk worden gesteld met – de inroeping van – een huurgarantie. Dat de door belanghebbende gesloten overeenkomst 'ook tot "extra" winst' kan leiden, zoals hij dat noemt, omdat zij recht heeft op de helft van de meeropbrengst bij verhuur, laat hij bewust buiten aanmerking. Dat motiveert hij met een beroep op het asymmetrische karakter van goed koopmansgebruik: verliezen mogen worden genomen zodra zij zich laten aanzien; winsten pas bij realisatie.

[\[28\]](#)

De parallel met het verlenen van een huurgarantie gaat evenwel niet op, omdat 'onze' belanghebbende het leegstandsrisico op zich heeft genomen én het (ten dele) zelf in de hand heeft of en in hoeverre dat zich openbaart. Zij kan het niet in eigen gebruik zijnde deel van het pand tegen marktconforme voorwaarden onderverhuren. Het risico dat zij daarin niet slaagt, althans de onderverhuur onrendabel blijkt te zijn, is het gevolg van factoren die eerst in de toekomst zullen optreden. Uit betrekkelijk oude rechtspraak volgt dat goed koopmansgebruik niet toelaat om bij de winstberekening voor enig jaar, met dergelijke factoren rekening te houden ('ook al zou de ervaring leren, dat de desbetreffende factor telkenjare (...) pleegt op te treden').

[\[29\]](#)

Het leegstandsrisico voltrekt zich, zoals de Hoge Raad terecht overweegt, van jaar tot jaar en moet derhalve aan de toekomstige huurperioden worden toegerekend.

[\[30\]](#)

Deze overweging is in overeenstemming met de – door de Hoge Raad zelf geformuleerde – regel dat goed koopmansgebruik zich ertegen verzet om bij de fiscale winstberekening rekening te houden met een verlies dat nog niet in het desbetreffende jaar is geleden.

[\[31\]](#)

In het onderhavige arrest laat de Hoge Raad evenwel expliciet ruimte voor een afwijking op de door hem geformuleerde regel, dat er in een situatie als de onderhavige onvoldoende grond is om een voorziening ter zake van het leegstandsrisico te vormen. De rechtvaardiging van een dergelijke afwijking zou bijvoorbeeld gelegen kunnen zijn in de omstandigheid dat het een belanghebbende in een geval als het onderhavige niet zou zijn toegestaan om het niet in eigen gebruik zijnde gedeelte van het pand onder te verhuren of vast zou (komen te) staan dat dit gedeelte van het pand onverhuurbaar is.

[\[32\]](#)

In dat geval voltrekt het risico zich immers niet van jaar tot jaar, zoals de Hoge Raad in de eerste volzin van r.o. 3.5.2 oordeelt, maar heeft het leegstandsrisico zich reeds aanstonds voltrokken, zodat goed koopmansgebruik niet aan het vormen van voorziening in de weg staat.

[\[33\]](#)

6. De procedure na cassatie en verwijzing

De Hoge Raad heeft het beroep in cassatie gegrond verklaard en de zaak – op grond van het ter zake van het eerste middel overwogene (zie par. 4) – verwezen naar Hof Arnhem voor de ‘beantwoording van de vraag of een gedeelte van de verkoopopbrengst moet worden aangemerkt als een vergoeding voor door belanghebbende te lopen risico’s, bestaande uit per saldo te verwachten verliezen met betrekking tot de huur van het niet in eigen gebruik zijnde gedeelte van het pand’.

[\[34\]](#)

Het hof heeft zich in hoger beroep immers niet uitgelaten over deze vraag, al was het maar omdat hij een eventueel in het verkoopresultaat aanwezige ‘premie’ in het jaar van verkoop als gerealiseerd beschouwde. Het hof heeft (enkel) overwogen dat hij het aannemelijk acht dat het prijsniveau voor verhuurde panden in het algemeen aanmerkelijk hoger ligt dan voor leegstaande panden, ‘zij het dat zulks mede afhankelijk zal zijn van de hoogte van de huur’.

[\[35\]](#)

Verder heeft het hof overwogen dat ter zitting is komen vast te staan ‘dat de huurprijs marktconform was’. Dit betekent, aldus nog steeds het hof, dat voor zover de koopsom in positieve zin is beïnvloed door de huurovereenkomst, die invloed moet worden toegeschreven aan de overname van het leegstandsrisico door belanghebbende’. Hof Arnhem is als verwijzingsrechter aan dit oordeel gebonden, nu het een in de ‘vernietigde’ uitspraak gegeven oordeel betreft, dat in cassatie niet is bestreden.

[\[36\]](#)

Het oordeel van het hof in hoger beroep houdt overigens niet in dat hij heeft vastgesteld dat de verkoopopbrengst van het pand gunstig is beïnvloed ‘door het afgeven van de garantie’, zoals belanghebbende in zijn beroepschrift in cassatie wil doen geloven. Op het verwijzingshof rust de taak om vast te stellen of en zo ja, welk deel van de opbrengst compensatie biedt voor door belanghebbende te lopen risico’s.

7. Tot besluit

Het arrest, dat goed past in de bestaande jurisprudentie, illustreert de dynamiek van goed koopmansgebruik. Of en in hoeverre de door belanghebbende opgevoerde winstuitstelpost in stand blijft, is een beslissing die aan het verwijzingshof is voorbehouden, zodat het in zoverre gepast is te zwijgen over de (proces)kansen van belanghebbende in de procedure na cassatie en verwijzing (par. 6). Als het verwijzingshof tot het oordeel komt dat de verkoopopbrengst geen vergoeding bevat voor door belanghebbende te lopen risico’s, valt het doek en kan zij geen winstuitstelpost vormen.

[\[1\]](#) Aldus R.P.C. Cornelisse in zijn aantekening bij het arrest in FED 2011/2.

[\[2\]](#) Een term die waarschijnlijk stamt uit het Romeinse recht (‘diligens pater familias’). Vgl. P.H.J. Essers in geschrift nr. 224 van de Vereniging voor Belastingwetenschap (De toekomst van Goed Koopmansgebruik na de invoering van International Financial Reporting Standards in 2005), Kluwer, Deventer 2005, p. 11.

[\[3\]](#) Een ‘in de praktijk veelvuldig voorkomende situatie’, zo weet R.P.C. Cornelisse (FED 2011/2).

[\[4\]](#) Zie bijvoorbeeld – kritisch – A.O. Lubbers in WFR 2011/6899 (‘De behandeling van nutteloze uitgaven in het kader van de fiscale jaarwinstbepaling’), par. 4.3.

[\[5\]](#) Zie over de fiscale duiding van een voorkeursrecht (‘(terug)kooprecht’): R.P.C. Cornelisse in zijn hiervoor genoemde aantekening.

[\[6\]](#) Zie r.o. 4.5 van de uitspraak van het hof.

- [7] Zie r.o. 3.4.2.
- [8] Zie de aantekening van de redactie in V-N 2010/63.20 en W. Bruins Slot in NTFR 2010/2806 ('verrassend'), alsmede zijn publicatie in NTFR 2011/161 ('De bedrijfseconomische benadering in de fiscaliteit (2)'), waarin hij spreekt van een 'verrassende stap'.
- [9] W. Bruins Slot in NTFR 2009/1287.
- [10] Zie punt 5.16 van de conclusie van A-G Wattel van 28 december 2009, nr. 09/01513, onder meer gepubliceerd in V-N 2010/12.11.
- [11] Zie de vorige voetnoot.
- [12] HR 18 december 1991, nr. 26.674, BNB 1992/181.
- [13] De Hoge Raad gebruikt de term 'voorziening', maar aangenomen wordt dat het hier ten minste een ongelukkige woordkeuze zo niet een vergissing betreft.
- [14] HR 26 februari 1997, nr. 31.803, BNB 1997/218.
- [15] Zie zijn noot onder het in de vorige voetnoot vermelde arrest.
- [16] Zie de vorige voetnoot.
- [17] Vgl. in deze zin A.O. Lubbers in zijn noot bij het arrest (BNB 2011/29).
- [18] W. Bruins Slot in NTFR 2010/2806.
- [19] HR 9 januari 2004, nr. 38.536, BNB 2004/266, waarin een deel van de opbrengst die was behaald met de verkoop van recreatiebungalows mocht worden gepassiveerd wegens de in het vooruitzicht gestelde bouw van een zwembad (nu 'jegens de kopers (...) verwachtingen zijn gewekt').
- [20] Zie bijvoorbeeld: HR 17 september 2004, nr. 40.120, NTFR 2004/1447, BNB 2004/412.
- [21] Vgl. L.F. van Kalmthout in zijn noot bij het in de vorige voetnoot vermelde arrest.
- [22] Zie voetnoot 10.
- [23] HR 12 december 1934, B. 5743, betreffende de risicopremie die iemand had ontvangen, omdat hij een aantal jaren verplichtingen als borg op zich had genomen.
- [24] Zie r.o. 3.5.2.
- [25] HR 26 augustus 1998, nr. 33.417, BNB 1998/409.
- [26] Zie punt 6.19 van de conclusie van A-G Wattel van 28 december 2009, nr. 09/01513.
- [27] HR 22 december 1993, nr. 29.230, BNB 1994/121.
- [28] Zie punt 6.20 van de aangehaalde conclusie.
- [29] Vgl. HR 2 oktober 1957, nr. 13.220, BNB 1957/300 ('Voorziening demoderingsrisico'), waarin wordt overwogen dat 'het niet in overeenstemming is met goed koopmansgebruik om voor de winstberekening voor enig jaar (...) tot uitdrukking te brengen verliezen, welke zullen kunnen ontstaan als gevolg van factoren, die eerst in het volgende jaar kunnen optreden'.
- [30] A.O. Lubbers is in zijn artikel 'De behandeling van nutteloze uitgaven in het kader van de fiscale jaarwinstbepaling', WFR 2011/6899, par. 4.3, kritisch over de(z) benadering van de Hoge Raad: 'Ik hoop', zo laat hij weten, 'dat de Hoge Raad in volgende arresten niet meer redeneert langs de lijnen van het begrip "risico", maar de gebaande paden met betrekking tot de toerekening van uitgaven volgens het matchingbeginsel en veroorzakingsbeginsel volgt.'
- [31] Zie de rechtspraak die A.O. Lubbers bespreekt in zijn geschrift: Goed koopmansgebruik, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort 2005, p. 250 e.v. Zie ook D. Brüll, J.W. Zwemmer en R.P.C. Cornelisse, Goed koopmansgebruik, zevende druk, Kluwer, Deventer 2008, p. 29 ('Een verlies ontstaan uit gebeurtenissen in een bepaald jaar kan niet naar voorgaande jaren worden verschoven').
- [32] Vgl. ook de rechtspraak die in de punten 6.9 e.v. van de hiervoor genoemde conclusie is opgenomen.
- [33] De formulering dank ik aan belastingkundige R. van Scharrenburg.
- [34] Zie r.o. 3.5.2.
- [35] Zie r.o. 4.3 van de uitspraak van het hof.
- [36] HR 27 april 1934, NJ 1934, p. 1233.