

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie

VOORKOMING VAN VERLIESVERDAMPING

Naam: S. Kengatharam

Studentnummer: 305734

Begeleider: drs. M.H.M. Smeets

Rotterdam, 27 juni 2013

VOORWOORD

Voor u ligt mijn masterthesis, geschreven ter afronding van de studie Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Dit onderzoek is gericht op de fiscale aanvaardbaarheid van methoden ter voorkoming van verliesverdamping. Mijn interesse voor dit onderwerp is ontstaan naar aanleiding van een besluit van de Staatssecretaris van Financiën, waarin hij een aantal in zijn ogen toegestane methoden opnoemt waarmee verliesverdamping kan worden voorkomen. Na het raadplegen van enige literatuur is mijn belangstelling voor dit onderwerp alleen maar toegenomen. Daarnaast heeft het vak vennootschapsbelasting mij altijd gefascineerd, waardoor ik besloot mijn onderzoek te richten op de verliescompensatieregeling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

Langs deze weg wil ik graag mijn begeleider Marcel Smeets bedanken voor zijn positieve en kritische opmerkingen. Verder bedank ik mijn ouders voor alle steun die ik heb gehad gedurende mijn studie en mijn onderzoek. Tot slot mogen ook mijn zus en mijn vrienden niet ontbreken in dit voorwoord. Zij hebben mij altijd geïnspireerd en gemotiveerd bij het schrijven van deze thesis.

Sathees Kengatharam

Rotterdam, juni 2013

Inhoud

LIJST VAN AFKORTINGEN.....	6
1 INLEIDING	7
1.1 Inleiding.....	7
1.2 Probleemstelling	7
1.3 Opzet	8
1.4 Afbakening	9
2 VERLIESVERREKENING IN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING.....	10
2.1 Inleiding.....	10
2.2 Belastingplicht en voorwerp van de belasting	10
2.3 Totaalwinst	11
2.4 Jaarwinst	12
2.5 Geschiedenis van verliesverrekening.....	13
2.6 Gevolgen van de Wet werken aan winst voor de verliesverrekeningstermijnen	13
2.7 Verliesverrekening in relatie tot het totaalwinstbeginsel	17
2.7.1 Algemeen	17
2.7.2 Voorstanders onbeperkte verliescompensatie	18
2.7.3 Tegenstanders onbeperkte verliescompensatie	21
2.8 Formele aspecten	23
2.8.1 Algemeen	23
2.8.2 De vaststelling van het verlies	24
2.8.3 Achterwaartse compensatie van verliezen	24
2.8.4 Voorwaartse compensatie van verliezen	25
2.9 Conclusie	25
3 GOED KOOPMANSGEBRUIK EN DE BESTENDIGE GEDRAGSLIJN	27
3.1 Inleiding.....	27
3.2 Goed koopmansgebruik	27
3.2.1 Algemeen	27
3.2.2 Realiteitsbeginsel	29
3.2.3 Voorzichtigheidsbeginsel.....	29
3.2.4 Eenvoudsbeginsel	30
3.3 De bestendige gedragslijn.....	31
3.3.1 Algemeen	31
3.3.2 Bestendige gedragslijn	32
3.3.3 Stelselkeuze	32
3.3.4 Onafhankelijk van de vermoedelijke uitkomst.....	33
3.4 Stelselwijziging	34
3.4.1 Algemeen	34
3.4.2 Voorwaarden stelselwijziging.....	34

3.4.3	Literatuur en jurisprudentie over ‘incidenteel fiscaal voordeel’	35
3.4.4	Incidenteel fiscaal nadeel	38
3.4.5	Beleid met betrekking tot stelselwijziging in verband met dreigende verliesverdamping	42
3.5	Conclusie	43
4	VOORKOMING VAN VERLIESVERDAMPING	45
4.1	Inleiding.....	45
4.2	Verliesverdamping.....	45
4.2.1	Algemeen	45
4.2.2	Oorzaken verliesverdamping	45
4.2.3	Handel in verlieslichamen.....	46
4.3	Methoden ter voorkoming van verliesverdamping	47
4.3.1	Algemeen	47
4.3.2	Realiseren van stille reserves	47
4.3.3	Winstverschuiving binnen goed koopmansgebruik	57
4.3.4	Winstcreatie	61
4.3.5	Overleg met de Belastingdienst	65
4.4	Conclusie	65
5	TOEPASSING FRAUS LEGIS BIJ VOORKOMING VAN VERLIESVERDAMPING	68
5.1	Inleiding.....	68
5.2	Fraus legis.....	68
5.3	Richtige heffing	69
5.4	Voorwaarden voor toepassing fraus legis.....	69
5.4.1	Algemeen	69
5.4.2	Motiefvereiste	70
5.4.3	Doelvereiste	72
5.5	Fraus legis bij voorkoming van verliesverdamping	74
5.5.1	Algemeen	74
5.5.2	Verijdeling van belastingheffing?	74
5.5.3	In strijd met doel en strekking van de wet?.....	75
5.5.4	Gekochte verliezen	77
5.5.5	Beperking voorkomingsmethoden	82
5.6	Conclusie	83
6	CONCLUSIE	85
6.1	Inleiding.....	85
6.2	Samenvatting en Conclusie.....	85
	LITERATUURLIJST.....	90

LIJST VAN AFKORTINGEN

A-G	Advocaat-generaal
Art.	Artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
FED	Fiscaal weekblad FED
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
NDFR	Nederlandse Documentaire Fiscaal Recht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
Nr.	Nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NV	Naamloze vennootschap
par.	paragraaf
P-G	Procureur-generaal
Plv.	Plaatsvervangende
r.o.	rechtsoverweging
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TFB	Tijdschrift Formeel Belastingrecht
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

1 INLEIDING

1.1 Inleiding

Door de aanhoudende economische malaise is de ondernemer veelal genoodzaakt om te snijden in de kosten om toch nog positieve cijfers te kunnen overleggen. Aan de andere kant heeft het positieve resultaat natuurlijk ook tot gevolg dat hier belasting over zal moeten worden betaald. De ondernemer zal dan ook op zoek gaan naar mogelijkheden in de wet om te besparen op deze kosten. Een belangrijke regeling die de wet daarbij biedt is de mogelijkheid om de geleden verliezen te verrekenen met de winst. Zodoende wordt de belastbare winst gedrukt en hoeft er minder belasting te worden afgedragen. De verliezen blijven echter niet onbeperkt verrekenbaar, waardoor de verliezen bij niet tijdige verrekening kunnen verdampen.

Verliesverdamping is een zeer actueel onderwerp in de fiscale wereld. Hieromtrent heeft de Staatssecretaris van Financiën (hierna: de Staatssecretaris) op 16 februari 2012 een nieuw beleidsbesluit gepubliceerd.¹ Dit besluit betreft een actualisering van het besluit van 14 november 2000² en gaat onder meer over het opwaarderen van voorraden en bedrijfsmiddelen. Daarnaast zijn in dit besluit twee nieuwe goedkeuringen opgenomen: één over de verliesverrekening als gevolg van toepassing van de willekeurige afschrijving en één over te laat gemaakte keuzes voor verruimde achterwaartse verliesverrekening in de vennootschapsbelasting. Het besluit gaat tevens in op stelselwijziging in verband met dreigende verliesverdamping.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werken aan winst was opgemerkt dat er geen bezwaren zijn tegen voorkoming van verliesverdamping binnen de kaders van wet en jurisprudentie. In het besluit van 16 februari 2012 wordt deze lijn aangehouden door de Staatssecretaris. Met betrekking tot stelselwijziging is in dit besluit aangegeven dat een wijziging van het stelsel geoorloofd is mits die wijziging in overeenstemming is met goed koopmansgebruik ex art. 3.25 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001),³ het stelsel bestendig wordt toegepast en er geen sprake is van een incidenteel fiscaal voordeel.⁴ Daarbij zullen de inspecteurs zich bij de beoordeling niet lichtvaardig op het standpunt stellen dat de stelselwijziging is gericht op het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel. Ondanks dit besluit van de Staatssecretaris zijn niet alle vragen omtrent de problematiek van verliesverdamping beantwoord.

1.2 Probleemstelling

Er staan de belastingplichtige diverse methoden ter beschikking om verliesverdamping te voorkomen: realisatie van stille reserves door intercompany-transacties, het doorberekenen van kosten en vergoedingen tussen verbonden ondernemingen en het wijzigen van de waarderingsgrondslagen zijn de meest voorkomende.⁵ Een vraag die opkomt is of de diverse methoden waarmee verliesverdamping wordt getracht te voorkomen passen binnen de kaders van wet en jurisprudentie. In de literatuur zijn de meningen hierover verdeeld en worden bepaalde standpunten van de Staatssecretaris in twijfel getrokken. Een standpunt van de Staatssecretaris dat niet

¹ Besluit van 16 februari 2012, nr.BLKB 2012/8M, BNB 2012/98.

² Besluit van 14 november 2000, nr. CPP2000/2118M, V-N 2000/53.1.

³ Deze bepaling is via de schakelbepaling van art. 8 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) eveneens van belang voor de vennootschapsbelasting.

⁴ Besluit van 16 februari 2012, nr.BLKB 2012/8M, BNB 2012/98, par. 2.3.

⁵ Zie ook de column in het *Financiële Dagblad* van L.G.M. Stevens, Doe niet zo moeilijk over verliesverjonging, FD 14 april 2011.

wordt gedeeld door bepaalde auteurs heeft betrekking op het herwaarderen van activa op de waarde in het economische verkeer om daarmee verliesverdamping tegen te gaan.⁶ De Staatssecretaris is van mening dat een herwaardering over het algemeen in strijd is met de beginselen van goed koopmansgebruik.⁷ In de literatuur wordt voornamelijk het tegendeel betoogd en is men van mening dat herwaardering wordt toegestaan door goed koopmansgebruik.⁸

In het besluit van 16 februari 2012 geeft de Staatssecretaris verder nog aan dat kunstmatige structuren waarbij door een latere rechtshandeling eerdere civielrechtelijke wijzigingen in feite weer ongedaan worden gemaakt niet zullen leiden tot een realisatiemoment. Post schrijft in zijn column dat de Staatssecretaris hiermee aangeeft dat de opzetjes niet al te kunstmatig mogen zijn en vraagt zich af of de door de Staatssecretaris gestelde grens in overeenstemming is met de jurisprudentie op dit gebied.⁹ In dit verband is de jurisprudentie op het gebied van het leerstuk van *fraus legis* van belang. De vraag die opkomt is of de fiscus zich eventueel op dit leerstuk kan beroepen om kunstmatige constructies, waarmee verliesverdamping wordt voorkomen, te bestrijden. Verder is er nog bijvoorbeeld de vraag of het voorkomen van verliesverdamping door middel van een stelselwijziging een incidenteel fiscaal voordeel oplevert.¹⁰

Al met al zijn er nog voldoende onduidelijkheden omtrent de mogelijkheden ter voorkoming van verliesverdamping. Met voornoemde onduidelijkheden in het achterhoofd heb ik de volgende onderzoeksvraag geformuleerd voor dit onderzoek:

In hoeverre worden methoden ter voorkoming van verliesverdamping beperkt door goed koopmansgebruik en de overige bepalingen in de wet en jurisprudentie?

1.3 Opzet

Het belangrijkste doel is te onderzoeken of de diverse methoden die de belastingplichtige ter beschikking staan om verliesverdamping te voorkomen in overeenstemming zijn met de wet en jurisprudentie op dit gebied. Door middel van een onderzoek naar de beschikbare jurisprudentie en de aanwezige literatuur zal een antwoord op de onderzoeksvraag geformuleerd worden. Alvorens in te gaan op de problematiek van verliesverdamping, wordt in hoofdstuk 2 een fundamentele beschouwing gegeven van de voorwaartse en achterwaartse verliesverrekening. Hierbij zal ik kort ingaan op de historie van de verliescompensatie, waarbij de aandacht met name zal uitgaan naar de ontwikkeling van de verliesverrekeningstermijnen in de tijd. Daarnaast zullen ook de gevolgen van de Wet werken aan winst voor de termijnen van verliesverrekening niet onbesproken blijven. Tevens komt in dit hoofdstuk de relatie tussen verliesverrekening en de totaalwinst aan bod. Verscheidene argumenten vóór en tegen een in de tijd beperkte verliescompensatie¹¹ zullen de revue passeren, waarbij eveneens de opinie in de literatuur belicht zal worden. Vervolgens zal ik in hoofdstuk 3 ingaan op de regelingen inzake de

⁶ Zie bijvoorbeeld P.H.J. Essers, In de nood leert men zijn vrienden kennen, NTFR 2009/2131 of D.R. Post, Verliesverjonging anno 2012: Tijd voor de Kafka-test?, NTFR 2012/904.

⁷ Zie Besluit van 16 februari 2012, nr.BLKB 2012/8M, BNB 2012/98.

⁸ Zie onder andere W. Bruins Slot, Herwaardering onroerende zaken ter voorkoming van verliesverdamping, NTFR 2011/2711 en G.J.M.E. de Bont, Herwaarderen op hogere bedrijfswaarde, indien compensabele verliezen dreigen te verdampen, WFR 1994/238.

⁹ D.R. Post, Verliesverjonging anno 2012: Tijd voor de Kafka-test?, NTFR 2012/904, par. 1.1.

¹⁰ Zie in dit kader R.J. de Vries en D.R. Post, Naar een convergerend begrip “incidenteel fiscaal voordeel”, WFR 2010/960.

¹¹ In deze scriptie worden de begrippen ‘verliesverrekening’ en ‘verliescompensatie’ als synoniemen van elkaar gebruikt.

jaarwinstbepaling. Goed koopmansgebruik en de belangrijkste beginselen hiervan zullen worden toegelicht. Verder wordt in dit hoofdstuk onderzocht of goed koopmansgebruik een stelselwijziging ter voorkoming van verliesverdamping rechtvaardigt. Hierbij wordt allereerst ingegaan op de eis van de bestendige gedragslijn, waarna de jurisprudentie op het gebied van stelselwijzigingen aan de orde zal komen. Op basis van die jurisprudentie wordt beoordeeld of een stelselwijziging waarmee verliesverdamping wordt voorkomen aanvaardbaar is. Voorts wordt in dit hoofdstuk het geldende beleid geschetst met betrekking tot stelselwijzigingen bij dreigende verliesverdamping. Verliesverdamping en de methoden ter voorkoming hiervan zal ik in hoofdstuk 4 behandelen. Allereerst zal ik de definitie van verliesverdamping toelichten en zal ik kort ingaan op de oorzaken voor het ontstaan van verliesverdamping. Vervolgens zal ik diverse methoden die de belastingplichtige ter beschikking staan om verliesverdamping te voorkomen aan bod laten komen. Beoordeeld zal worden of deze methoden passen binnen de kaders van wet en jurisprudentie. In hoofdstuk 5 zal worden ingegaan op het leerstuk van *fraus legis*. Na een korte introductie van *fraus legis* zal ik de voorwaarden schetsen voor het toepassen van dit leerstuk. Vervolgens wordt onderzocht of de fiscus zich kan beroepen op *fraus legis* om kunstmatige constructies, waarmee verliesverdamping wordt voorkomen, te bestrijden. Tot slot volgt in hoofdstuk 6 de conclusie, waarbij een antwoord op de onderzoeksvraag zal worden geformuleerd.

1.4 Afbakening

In dit onderzoek zal ik mij beperken tot de verticale verliescompensatie in de Wet Vpb 1969.¹² De Wet IB 2001 blijft buiten beschouwing. Desalniettemin is hetgeen wordt besproken eveneens van toepassing voor de winst uit onderneming in de Wet IB 2001. De Wet Vpb 1969 is immers via de schakelbepaling van art. 8 Wet Vpb 1969 eveneens gestoeld op het winstbegrip uit de Wet IB 2001.¹³ Voorts is het van belang te vermelden dat ik niet alle aspecten van de verliesverrekening in de vennootschapsbelasting zal behandelen, maar mij vooral zal richten op de noodzakelijke aspecten met betrekking tot dit onderzoek. Verliesverrekening voor buitenlandse belastingplichtigen zal niet behandeld worden, daar ik dit onderdeel niet noodzakelijk acht voor mijn onderzoek. In hoofdstuk 4 zullen diverse methoden worden genoemd waarmee verliesverdamping kan worden voorkomen. Bij deze methoden wordt aangenomen dat ze puur zijn ingegeven om verliesverdamping te voorkomen. Bij het toepassen van een methode ter voorkoming van verliesverdamping worden dus uitsluitend rechtshandelingen verricht ten behoeve van het voorkomen van verliesverdamping.

¹² Artikel 20 Wet Vpb 1969.

¹³ Artikel. 3.8 Wet IB 2001.

2.1 Inleiding

Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting is een onderwerp dat de gemoederen blijft bezighouden. Sinds de invoering van een mogelijkheid tot verliesverrekening tot heden kent het systeem van verliesverrekening een uiterst bewogen geschiedenis. In dit hoofdstuk zal een fundamentele beschouwing worden gegeven over de voorwaartse en achterwaartse verliesverrekening in de Wet Vpb 1969. Allereerst zal daartoe kort worden stil gestaan bij de belastingplicht en het voorwerp van belasting. Hierbij blijft de objectieve belastingplicht voor buitenlandse belastingplichtigen¹⁴ buiten beschouwing. Hierna wordt het verlies gedefinieerd vanuit het geldende winstbegrip, waarbij aandacht zal worden besteed aan het totaalwinstbegrip en het jaarwinstbegrip. Vervolgens zal ik ingaan op de geschiedenis van de verliesverrekening in de Wet Vpb 1969, in het bijzonder de ontwikkeling in de tijd van de verliescompensatietermijnen. Ook zullen uitvoerig aan bod komen de gevolgen van de Wet werken aan winst voor de termijnen van verliescompensatie en de motieven die de wetgever toentertijd aandroeg voor het beperken van deze termijnen. Hierna volgt er een beschouwing over het verband tussen verliescompensatie en het totaalwinstbegrip. Hierbij tracht ik een antwoord te vinden op de vraag of het totaalwinstbeginsel noopt tot een onbeperkte verliescompensatie, waarbij eveneens verscheidene visies uit de literatuur behandeld zullen worden. Vervolgens komen de formele aspecten van de huidige regeling van verliesverrekening in de Wet Vpb 1969 aan bod. Tot slot zal het hoofdstuk worden afgesloten met een conclusie.

2.2 Belastingplicht en voorwerp van de belasting

Onder de naam ‘vennootschapsbelasting’ wordt een directe belasting geheven van lichamen. Het woord ‘lichamen’ is de verzamelnaam voor de onder de Wet Vpb 1969 vallende belastingsubjecten, te weten in art. 2 en art. 3 opgesomde rechtspersonen en andere rechtsentiteiten.¹⁵ Indien is voldaan aan de begripsomschrijving in deze artikelen, is die entiteit een lichaam in de zin van de Wet Vpb 1969 en volgt op grond van art. 1 de subjectieve belastingplicht. De binnenlandse belastingplichtigen (gevestigd in Nederland) zijn opgenomen in art. 2 en de buitenlandse belastingplichtigen (niet in Nederland gevestigd, maar genieten Nederlands inkomen) in art. 3 van de Wet Vpb 1969. Binnen de categorie binnenlandse belastingplichtigen wordt verder nog onderscheid gemaakt tussen de beperkte en de onbeperkte belastingplicht. Voor de lichamen genoemd in art. 2, eerste lid, onderdelen a, b, c en d, Wet Vpb 1969 geldt de zogenoemde ondernemingsfictie, opgenomen in het vijfde lid van art. 2 Wet Vpb 1969. Op grond van deze bepaling worden de genoemde lichamen geacht hun onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen en dit leidt tot onbeperkte belastingplicht. De belasting wordt geheven over alle ondernemingswinsten die worden behaald door de belastingsubjecten. De objectieve belastingplicht van de binnenlandse belastingplichtigen is opgenomen in art. 7 Wet Vpb 1969. Op grond van het eerste lid van dat artikel wordt belasting geheven naar het belastbare bedrag. Het belastbare bedrag is in het tweede lid gedefinieerd als “*in een jaar*”¹⁶ *genoten belastbare winst verminderd met de te verrekenen verliezen*”.

¹⁴ De objectieve belastingplicht voor buitenlandse belastingplichtigen is geregeld in hoofdstuk 3 van Wet Vpb 1969. Voor een behandeling hiervan verwijs ik naar R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M. Kampschöer, IJ. de Nies, Compendium Vennootschapsbelasting, Kluwer: Deventer, 2011, tiende druk, p. 29 e.v.

¹⁵ S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries e.a., Studenteneditie 2009-2010, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), p. 1.

¹⁶ Onder jaar wordt verstaan boekjaar, dan wel, zo de belastingplichtige niet regelmatig boekhoudt met geregelde jaarlijkse afsluitingen, kalenderjaar.

De belastbare winst is de winst verminderd met de aftrekbare giften.¹⁷ Indien bij de berekening van de belastbare winst een negatief bedrag uitkomt, wordt dit op grond van art. 20, eerste lid, Wet Vpb 1969 aangemerkt als verlies. Dit verlies komt, onder voorwaarden, in aanmerking voor verticale verliescompensatie.

Het begrip ‘winst’ staat dus centraal in de Wet Vpb 1969. Voor een volledige beschouwing over de voorwaartse en achterwaartse verliesverrekening is een nadere toelichting van het winstbegrip vereist. Wat tot de winst behoort voor de binnenlandse belastingplichtigen wordt bepaald door art. 8 t/m 15d Wet Vpb 1969.¹⁸ De Wet Vpb 1969 kent in beginsel geen eigen winstbegrip, maar is via de schakelbepaling van art. 8 gestoeld op het winstbegrip uit de Wet IB 2001. Op grond van deze schakelbepaling van art. 8 Wet Vpb 1969 wordt de winst bepaald op de voet van de genoemde bepalingen uit de Wet IB 2001 behoudens voor zover bij of krachtens de Wet Vpb 1969 of krachtens artikel 3.65 Wet IB 2001¹⁹ anders is bepaald (tweede lid, onderdeel a), art. 3.53 Wet IB 2001 betrekking heeft op de vorming van de oudedagsreserve (tweede lid, onderdeel b) of uit het verschil in wezen tussen de belastingplichtige en een natuurlijk persoon het tegendeel voortvloeit (tweede lid, onderdeel c). De schakelbepaling verwijst naar zowel de totaalwinst (art. 3.8 Wet IB 2001) als naar de jaarwinst (art. 3.25 Wet IB 2001), waarmee dus het begrip ‘goed koopmansgebruik’, op grond waarvan de totaalwinst moet worden verdeeld over de (boek)jaren, ook van toepassing is verklaard op de Wet Vpb 1969.²⁰ Het kernartikel dat bepaalt welke voordelen winst vormen is dus art. 3.8 Wet IB 2001. En op basis van art. 3.25 Wet IB 2001 (goed koopmansgebruik) wordt de totaalwinst opgesplitst in moten van jaarwinsten.²¹

2.3 Totaalwinst

De totaalwinst is de winst van een onderneming gedurende de gehele levensduur en wordt in art. 3.8 Wet IB 2001 gedefinieerd als “*het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming*”. Uit de wettekst valt op te maken dat het om een zeer ruim winstbegrip gaat, waarbij, afgezien van de vrijstellingen, de gehele vermogensaanwas van de onderneming vanaf de start tot het einde van de onderneming tot de winst behoort.^{22 23} In beginsel behoort elk behaald resultaat tot de winst. Door specifieke bepalingen in de wet en jurisprudentie wordt deze winst echter beperkt of uitgebreid.²⁴ De totaalwinst bestaat uit het objectieve²⁵ waardeverschil tussen het begin- en eindvermogen vermeerderd met de

¹⁷ Zie art. 7, derde lid, Wet Vpb 1969. De regeling van de aftrekbare giften is verder uitgewerkt in art. 16 Wet Vpb 1969. Deze giftenaftrek zal bij een verliessituatie niet leiden tot een verschil in de winst en de belastbare winst. Bij een verliessituatie kan er geen sprake zijn van een giftenaftrek, omdat de giftenaftrek ten hoogste tien percent van de winst bedraagt (belastbare winst bestaat uit de winst minus de aftrekbare giften).

¹⁸ Zie voor een uitgebreide behandeling ook W.J. Strik en N.H. de Vries e.a., Studenteneditie 2009-2010, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), hoofdstuk 2.

¹⁹ Art. 3.65 Wet IB 2001 maakt inbreuk op art. 8, eerste lid, Wet Vpb 1969. Het gevolg van een geruisloze overgang op basis van dit artikel is dat de BV/NV haar fiscale bestaan aanvangt met een boekwaarde die lager is dan de werkelijke waarde. Dit leidt er toe dat gedurende de gehele bestaansperiode van de BV/NV een hogere winst in aanmerking wordt genomen voor de heffing van vennootschapsbelasting dan het geval zou zijn geweest zonder een geruisloze overgang.

²⁰ Zie art. 8 Wet Vpb 1969 voor alle verwijzingen naar de winstbepalingen uit de Wet IB 2001.

²¹ De voordelen die op basis van art. 3.8 Wet IB 2001 niet tot de winst behoren, kunnen niet op basis van goed koopmansgebruik alsnog worden belast. Goed koopmansgebruik bepaalt dus niet *dat* een bate wordt belast, maar *wanneer*.

²² L.W. Sillevius, M.L.M. Kempen, G.W.B. van Westen e.a., Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), p. 20.

²³ Naast de reguliere handelswinst of productiewinst, behoren bijvoorbeeld ook de verkoopwinsten en –verliezen op bedrijfsmiddelen (capital gains) tot de winst. Niet alleen de voordelen in geld, maar ook de voordelen in natura vallen onder het bereik van het winstbegrip.

²⁴ Te denken valt aan een extra aftrekpost die niet uit het winstbegrip voortvloeit of een bepaald aftrekverbod.

²⁵ De totaalwinst is volledig objectief. Dit in tegenstelling tot de jaarwinst, waarbij de ondernemer invloed kan hebben op de hoogte van de winst.

onttrekkingen en verminderd met de stortingen. Zo beschouwd zou de ondernemingswinst pas bij het einde van de onderneming belast kunnen worden. Echter, de budgettaire, praktische en uitvoeringstechnische redenen hebben geleid tot een belastingheffing over de jaarwinst. De vaststelling van de totaalwinst geschiedt op basis van een nominalistische visie. Dit betekent dat bij de winstberekening geen rekening wordt gehouden met de inflatie.²⁶ Cruciaal bij de vaststelling van de totaalwinst is ook het ‘at arm’s length’-beginsel, op basis waarvan de winst gezuiverd moet worden van onzakelijke elementen. Op basis van dit beginsel wordt een correctie aangebracht op de voorwaarden bij transacties tussen gelieerde lichamen indien deze voorwaarden afwijken van die welke in het economische verkeer tussen onafhankelijke derden tot stand zouden zijn gekomen.²⁷

2.4 Jaarwinst

Het jaarwinstbegrip is opgenomen in art. 3.25 Wet IB 2001. Op basis hiervan wordt de jaarwinst bepaald “*volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. De bestendige gedragslijn kan alleen worden gewijzigd indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt*”. Zoals al is aangegeven in paragraaf 2.3 is art. 3.8 Wet IB 2001, dus niet het onderhavige art. 3.25 Wet IB 2001, het kernartikel dat bepaalt welke voordelen (of verliezen) winst vormen. De totaalwinst wordt aan de hand van goed koopmansgebruik, art. 3.25 Wet IB 2001, opgesplitst in moten van jaarwinst. Bij deze verdeling van de winst in jaarmoten speelt, in tegenstelling tot de totaalwinst, het subjectieve inzicht van de ondernemer een rol. De ondernemer mag binnen de grenzen van goed koopmansgebruik kiezen voor een bepaald stelsel van winstbepaling. Het begrip goed koopmansgebruik wordt niet nader omschreven in de wet. In de memorie van toelichting op de Wet IB 2001²⁸ is aangegeven dat met de invoering van het begrip goed koopmansgebruik destijds is beoogd om het jaarwinstbegrip niet vast te leggen maar ruimte te bieden voor nadere maatschappelijke ontwikkelingen. Doordat de inhoud van ‘goed koopmansgebruik’ niet wettelijk is vastgelegd, heeft het begrip een dynamisch karakter en kan het zich aanpassen aan de eisen van de tijd.²⁹ Goed koopmansgebruik is nader uitgewerkt in de jurisprudentie op basis van drie beginselen, te weten realiteit, voorzichtigheid en eenvoud.³⁰ In hoofdstuk 3 zullen deze beginselen uitgebreid worden behandeld.

In art. 3.25 Wet IB 2001 wordt verder aangegeven dat voor de jaarwinstbepaling een bestendige gedragslijn gehanteerd dient te worden. Dit betekent dat er sprake moet zijn van consistentie en niet zonder meer een stelselwijziging kan worden doorgevoerd.³¹ Overigens geldt wel dat de ondernemer voor elk bedrijfsmiddel een ander stelsel kan toepassen, zolang dit maar consistent wordt toegepast.³²

²⁶ Dit wordt ook wel euro-is-euro-stelsel genoemd. Bij een substantialistische winstberekening wordt wél rekening gehouden met de inflatie. Zie voor een uitgebreide behandeling hiervan E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting (alsmede hoofdzaken loonbelasting)*, Kluwer: Deventer 2010, vijfde herziene druk, p. 99.

²⁷ W.J. Strik en N.H. de Vries e.a., *Studenteneditie 2009-2010, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, p. 70.

²⁸ Kamerstukken II, 1998/1999, 26 727, nr.3, p.106.

²⁹ Kamerstukken II, 1998/1999, 26 727, nr.3, p.106 en L.W. Sillevius, M.L.M. Kempen, G.W.B. van Westen e.a., *Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, p. 24.

³⁰ L.W. Sillevius, M.L.M. Kempen, G.W.B. van Westen e.a., *Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, p. 24.

³¹ Dit zal uitvoerig worden behandeld in hoofdstuk 3 van dit onderzoek.

³² L.W. Sillevius, M.L.M. Kempen, G.W.B. van Westen e.a., *Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, p. 25.

2.5 Geschiedenis van verliesverrekening

Een blik in de geschiedenis maakt ons duidelijk dat de verliescompensatieregeling veelal aan wijzigingen onderhevig is geweest. In het Besluit op de Winstbelasting 1940 werd de eerste vorm van verliescompensatie geïntroduceerd voor lichamen.³³ Op basis hiervan kon een verlies gecompenseerd worden met achtereenvolgens de winst van het volgende en het daaropvolgende jaar, zij het dat het verlies allereerst in mindering kwam op de bij de overgang van de Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917 naar het Besluit op de Winstbelasting 1940 gevormde overgangsreserve.³⁴ Dezelfde regeling was opgenomen in het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942. De reden die toen werd aangedragen om geen ruime verliescompensatie in te voeren is verjaring. Er zou geen samenhang zijn tussen ver uit elkaar liggende jaren.³⁵ Bij de Wet Belastingherziening 1950 werd de termijn van de (voorwaartse) verliescompensatie verlengd van twee naar vier jaar. Met het Belastingplan 1953 werd die termijn verlengd naar zes jaar en werd een onbeperkte compensatiemogelijkheid gegeven met betrekking tot aanloopverliezen. Daarbij werd ook de achterwaartse verliescompensatie van één jaar, voor verliezen over 1953/1954 en de volgende jaren, ingevoerd.

De Wet Vpb 1969 bracht geen verandering in de termijnen met zich. Met ingang van 1973 werd de termijn van voorwaartse verliesverrekening verlengd en kon een verlies over 1973 gecompenseerd worden met de winsten van de volgende acht jaren. Een jaar later werd de achterwaartse verliescompensatie verlengd tot twee jaar. Met ingang van 1984 werd de achterwaartse verliescompensatie uitgebreid naar drie jaar en bleef de voorwaartse verliescompensatie beperkt tot acht jaar. Op vragen van de VVD-fractie over de handhaving van de termijn van de voorwaartse verliescompensatie werd opgemerkt dat de verliescompensatietermijnen in Nederland al een stuk gunstiger zijn ten opzichte van andere landen. Tevens werd aangedragen dat de inbreuk die de verliescompensatie vormt op het annale stelsel dat het inkomen aan periodes van één jaar toerekent, niet verder hoeft te gaan dan strikt noodzakelijk is.³⁶

Met ingang van 1995 werd de voorwaartse verliesverrekening onbeperkt, mits het verlies is vastgesteld bij een voor bezwaar vatbare beschikking.³⁷ De voornaamste reden van het verlengen van de termijn van de voorwaartse verliesverrekening was ter stimulering van de fiscale vestigingsplaats. Met deze verlenging zou Nederland een voorsprong hebben ten aanzien van alle omringende landen.³⁸

2.6 Gevolgen van de Wet werken aan winst voor de verliesverrekeningstermijnen

In 2007 werden, in het kader van de Wet werken aan winst, de termijnen van achterwaartse en voorwaartse verliesverrekening beperkt tot één respectievelijk negen jaar. Voor de aanloopverliezen is geen separate regeling opgenomen, hoewel hier wel over werd gesproken bij de parlementaire behandeling.³⁹ De beperking van de verliesverrekeningstermijnen per 1 januari 2007 geschiedde zoals al gezegd als gevolg van de Wet werken aan

³³ J.W. Zwemmer, *Verliescompensatie*, Kluwer: Deventer 2003, vierde herziene druk, p. 12.

³⁴ Voor de inkomstenbelasting was een soortgelijke regeling ingevoerd in 1927. Zie hiervoor ook J.W. Zwemmer, *Verliescompensatie*, Kluwer: Deventer 2003, vierde herziene druk, p. 11.

³⁵ D.R. Post, *Methoden ter voorkoming van verliesverdamping*, TFO 2011/145, p. 3 en Kamerstukken II, 1939/1940, nr.5, p. 12.

³⁶ Kamerstukken II, 1983/1984, 18 242, nr. 6, p. 2.

³⁷ De vaststelling van de verliezen bij een voor bezwaar vatbare beschikking is pas, behoudens de vaststelling van de aanloopverliezen, met ingang van 1 januari 1995 wettelijk geregeld.

³⁸ D.R. Post, *Methoden ter voorkoming van verliesverdamping*, TFO 2011/145, par. 2.2. en Kamerstukken II, 1994/1995, 23 692, nr. 3, p. 2.

³⁹ Kamerstukken II, 2005/2006, 30 107, nr. 9, p. 27.

winst, waarmee getracht werd Nederland aantrekkelijker te maken voor ondernemingen.⁴⁰ In dit kader werd in de Nota Werken aan winst een verlaging van het vpb-tarief voorgesteld. De belastingopbrengst diende echter wel gelijk te blijven. Om dit te bewerkstelligen werd een aantal grondslagverbredende maatregelen voorgesteld, waaronder de beperking van de termijnen van verliesverrekening.⁴¹ Er werden verscheidene argumenten aangevoerd voor het beperken van de verliesverrekeningstermijnen.

Allereerst werd aangevoerd dat een beperking van de verliesverrekeningstermijnen om daarmee een tariefsverlaging mogelijk te maken, een lastenverschuiving betekent naar langdurig verlieslijdende ondernemingen, die van een ruime verliescompensatie profiteren, ten gunste van winstgevende ondernemingen die baat hebben bij de generieke tariefsverlaging. Dit past volgens de Staatssecretaris in een beleid dat gericht is op meer economische dynamiek.⁴² Waarom een lastenverschuiving naar langdurig verlieslijdende ondernemingen ten gunste van winstgevende ondernemingen past in een beleid dat gericht is op meer economische groei was verder niet toegelicht door de Staatssecretaris. Mijns inziens is de argumentatie van de Staatssecretaris niet geheel juist. De beperking van de verliesverrekeningstermijnen treft namelijk ook ondernemingen die zodanig winstgevend zijn geworden dat zij van de verliescompensatie gebruik kunnen maken.⁴³ De onderneming is er dan na een periode van verliezen blijkbaar toch in geslaagd om weer winst te maken. De inmiddels aanwezige winstgevendheid weerspreekt ook de twijfel van de Staatssecretaris over de levensvatbaarheid van de onderneming indien deze binnen een begrensd aantal jaren er niet in zou slagen per saldo winst te maken.⁴⁴ Daarnaast treft de beperking van de verliesverrekeningstermijnen ook zeer lang lopende projecten waarbij voor een periode van vele jaren een fiscaal verlies ingecalculleerd is en pas in het einddatum winst ontstaat. Ook kan gedacht worden aan olie- en gaswinnings, waarbij na een uiterst risicovol en lang traject van het zoeken naar olie en/of gas nog steeds niet met zekerheid een economisch winbare reserve is gevonden.⁴⁵ De termijn van verliesverrekening zou in een dergelijk geval dus te kort kunnen zijn om alle verliezen te kunnen verrekenen. Het is in mijn ogen niet verdedigbaar dat een klein deel van het bedrijfsleven de rekening krijgt gepresenteerd van de budgettaire nood om de tariefsverlaging te financieren.

Een beperking van de verliesverrekeningstermijnen ontmoedigt bovendien riskante investeringen, terwijl dergelijke investeringen in het algemeen van groot belang worden geacht voor de economische groei. Bij een gelijk gemiddeld rendement ondervindt het investeringsproject met sterker wisselende jaarwinsten een zwaardere belastingdruk dan het project met gelijkmatige resultaten. Dit past niet direct bij het beoogde innovatieve ondernemingsklimaat.⁴⁶

⁴⁰ Kamerstukken II, 2004/2005, 30 107, nr. 2, p. 2.

⁴¹ Kamerstukken II, 2004/2005, 30 107, nr. 2, p. 6.

⁴² Kamerstukken II, 2004/2005, 30 107, nr. 2, p. 33.

⁴³ Zie ook het advies van Raad van State, Kamerstukken II, 2005/2006, 30572, nr. 4, p. 11.

⁴⁴ Zie in dit kader ook S.A.W.J. Strik, Wetsvoorstel Werken aan winst: gaat het werken?, WFR 2006/1049, par. 5.6.

⁴⁵ Voor dit voorbeeld verwijs ik naar S.A.W.J. Strik, Wetsvoorstel Werken aan winst: gaat het werken?, WFR 2006/1049, par. 5.6.

⁴⁶ Tekst ontleend aan H. Vording, Een bestendig fiscaal vestigingsklimaat: naar een lager vpb-tarief, WFR 2005/621, par. 2.2. Zie in dit kader ook R.P. van den Dool, Verliesverrekening in economisch perspectief, Forfaitair 2009/194. Van den Dool stelt: "Door slechts een beperkte voorwaartse en/of achterwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid toe te staan, bestaat de mogelijkheid dat verliezen in het geheel niet aftrekbaar zijn. In dat geval deelt de overheid in het geheel niet in deze onverrekenende verliezen. Het feitelijke risico neemt voor de ondernemer derhalve toe. Daarmee neemt de risicobereidheid derhalve af." Daartegenover staat wel dat door het verlaagde vpb-tarief de risicovolle investeringen enigszins zullen

Van Sonderen geeft aan dat de twijfel van de Staatssecretaris over de levensvatbaarheid of de verhouding tussen de fiscale en de bedrijfseconomische resultaten van de onderneming indien deze binnen een begrensd aantal jaren er niet in zou slagen om per saldo winst te maken, geen argument is voor de beperking van de voorwaartse verliesverrekening.⁴⁷ Het zou niet de bedoeling moeten zijn het de vennootschappen in zwaar weer nog moeilijker te maken. Volgens Van Sonderen vormt het recht op verliesverrekening een prikkel om ondernemingen (werkgelegenheid) in stand te houden en de activiteiten te revitaliseren.

Wat de mogelijkheid van achterwaartse verliesverrekening betreft gaf de Staatssecretaris aan dat deze in feite een afwijking betekent van de bedrijfseconomische realiteit.^{48 49} Achterwaartse verliesverrekening zou namelijk impliceren dat aan de ontwikkelingen in het heden alsnog consequenties worden verbonden voor de belastingheffing over het verleden. Bedrijfseconomisch zijn er daarentegen alleen consequenties voor de toekomst. Het valt niet te ontkennen dat door achterwaartse verliescompensatie ontwikkelingen in het heden alsnog consequenties hebben voor de belastingheffing uit het verleden. Ik vraag me echter af wat de waarde van deze argumentatie van de Staatssecretaris is. Een onderneming is een organisatie van kapitaal en arbeid die gericht is op continuïteit. Het gevolg van dit continuïteitsstreven is dat er een samenhang bestaat tussen de ondernemingshandelingen, ongeacht het tijdsverloop. Een onderneming kan bijvoorbeeld in een kantoorgebouw investeren met de verwachting om daar de komende vijftig jaar in te zitten of uitgaven doen ten behoeve van research waarvan de vruchten pas na zoveel jaren geplukt zullen worden.⁵⁰ Deze voorbeelden tonen mijns inziens de onvermijdelijke samenhang tussen huidige en toekomstige productieprocessen aan. Deze samenhang moet dan ook niet uit het oog worden verloren bij de belastingheffing, waardoor ik mijn vraagtekens plaats bij de argumentatie van de Staatssecretaris dat achterwaartse verliescompensatie een afwijking betekent van de bedrijfseconomische realiteit. Voorts kan tegen de argumentatie van de Staatssecretaris nog ingebracht worden dat de fiscale wetgeving juist beoogt de totaalwinst in de heffing te betrekken.⁵¹ Onder andere Stevens heeft dit standpunt verdedigd.⁵² Volgens Stevens is het dan ook volstrekt logisch dat resultaten in de toekomst effect hebben op de belastingheffing in het verleden.

Verder zou de achterwaartse verliescompensatie volgens de Staatssecretaris tot gevolg hebben dat de belastingopbrengsten relatief sterk worden beïnvloed door wisselingen in de bedrijfsresultaten.⁵³ Het is inderdaad zo dat door het beperken van de termijnen van verliesverrekening de overheid een stabielere belastingopbrengst heeft. Echter, in hoeverre is het verdedigbaar dat het risico van de wisselende bedrijfsresultaten afgewenteld wordt op de ondernemer? Stevens geeft aan geen voorstander te zijn van het

toenemen, waardoor mijns inziens, met de huidige verliesverrekeningstermijnen in acht nemende, de vermindering van de risicovolle investeringen te verwaarlozen is.

⁴⁷ J.C.M. van Sonderen, (Grensoverschrijdende) verliesverrekening, MBB 2005/06.

⁴⁸ Kamerstukken II, 2004/2005, 30 107, nr. 2, p. 33.

⁴⁹ Van Sonderen is het niet eens met de Staatssecretaris dat achterwaartse verliescompensatie een afwijking betekent van de bedrijfseconomische realiteit. Zie hiervoor J.C.M. van Sonderen, (Grensoverschrijdende) verliesverrekening, MBB 2005/06.

⁵⁰ Er zijn nog talloze voorbeelden te noemen waarbij de samenhang tussen huidige en toekomstige productieprocessen naar voren komt. Te denken valt aan bijvoorbeeld uitgaven ten behoeve van research, ten behoeve van het opbouwen van een merk of ten behoeve van het opbouwen van een markt.

⁵¹ De behandeling van de vraag of het totaalwinstbeginsel noopt tot een onbeperkte voorwaartse en achterwaartse verliesverrekening komt in de volgende paragraaf van dit onderzoek aan de orde.

⁵² S.A. Stevens, Naar een evenwichtige behandeling van verliezen, WFR 2005/1503, par. 2.1.

⁵³ Kamerstukken II, 2004/2005, 30107, nr. 2, p. 33 en 34.

afwentelen van het risico op de ondernemer ten faveure van een stabielere belastingopbrengst van de overheid.⁵⁴ Bovendien is het volgens Stevens niet fair omdat door het grote aantal belastingplichtigen en de daaruit voortvloeiende spreiding van risico's, de schommelingen in de totale belastingopbrengst relatief beperkter zullen zijn dan de schommelingen in de resultaten en de daarvan afhankelijke belastingdruk van de individuele belastingplichtige. Hoewel ik eveneens geen voorstander ben van het afwentelen van het risico op de ondernemer, is in mijn optiek een zekere grens voor achterwaartse verliesverrekening wel op zijn plaats, zij het dat hiermee wel een mogelijkheid bestaat dat er meer dan de daadwerkelijk gemaakte totaalwinst van een onderneming in de heffing wordt betrokken. Een onbeperkte mogelijkheid van achterwaartse verliesverrekening zou de belastingopbrengsten van de overheid namelijk te onzeker maken.

Aan de beperking van de verliesverrekeningstermijnen in het kader van de Wet werken aan winst lagen vooral budgettaire redenen ten grondslag. De aanpassing in het regime van verliesverrekening zou volgens de Staatssecretaris structureel 560 miljoen euro opleveren voor de staatskas.⁵⁵ Bij de inschatting van de budgettaire consequenties was echter geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat belastingplichtigen zullen trachten het verdampen van verliezen tegen te gaan.⁵⁶ Wellicht is in dit kader interessant om te kijken naar de conclusie van Kampschöer in zijn onderzoek naar methoden ter voorkoming van verliesverdamping. Op basis van empirisch onderzoek concludeerde Kampschöer dat verliesverdamping going concern nauwelijks (namelijk in minder dan 1% van de gevallen) voorkwam.^{57 58} Hij stelt:

“Als er geen sprake is van discontinuïteit, vrijgestelde resultaten of niet-zakelijke verhoudingen lijkt op basis van ervaringscijfers uit het verleden met nagenoeg volledige zekerheid te kunnen worden aangenomen dat verliesverrekening kan en zal plaatsvinden.”

De vraag is of de conclusie van Kampschöer dat verliesverdamping nauwelijks voorkomt nog steeds opgeld doet. Uiteraard zijn voor de beantwoording van die vraag niet voldoende gegevens voor handen, omdat de eerste verliezen ultimo 2011 zullen verdampen.⁵⁹ Indien de conclusie van Kampschöer inderdaad nog zou gelden voor de huidige situatie, zou de beoogde budgettaire opbrengst van het inperken van de verliesverrekeningstermijnen voornamelijk voortvloeien uit de beperking van de termijn van de achterwaartse verliesverrekening.⁶⁰ In dit kader is ook niet onbelangrijk te vermelden dat in 1995 de limiet van acht jaren voor de termijn van voorwaartse verliescompensatie werd afgeschaft met als motivering dat deze wijziging in de praktijk de overheid (bijna) geen geld zou kosten.⁶¹ In de literatuur wordt dan ook veelvuldig de vraag gesteld, waarom de uitbreiding van de carry forward naar onbeperkt de overheid toen (bijna) geen geld zou kosten en de inperking van de carry forward in

⁵⁴ S.A. Stevens, Naar een evenwichtige behandeling van verliezen, WFR 2005/1503, par. 2.1.

⁵⁵ Kamerstukken II, 2004/2005, 30107, nr. 2, p. 34.

⁵⁶ Kamerstukken II, 2004/2005, 30572, nr. 8, p. 61.

⁵⁷ G.W.J.M. Kampschöer, Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 122.

⁵⁸ Voor het onderzoek gebruikte Kampschöer de gegevens van een groep belastingplichtigen die vielen onder de (toenmalige) Belastingdienst/Grote ondernemingen Utrecht. Tevens is het van belang te vermelden dat ten tijde van het onderzoek de aanloopverliezen onbeperkt voorwaarts verrekenbaar waren.

⁵⁹ Zie art. VIII Overgangsrecht Wet werken aan winst, Stb. 2006, 631.

⁶⁰ Zie voor een gelijklopende conclusie ook D.R. Post, Methoden ter voorkoming van verliesverdamping, TFO 2011/145, par. 6.

⁶¹ Kamerstukken II, 1994/1995, 23962, nr. 3, p. 7. Toen werd de belastingderving ten gevolge van het uitbreiden van de termijn van voorwaartse verliesverrekening naar onbeperkt geschat op structureel 25 miljoen gulden (omgerekend 11,34 miljoen euro) per jaar.

2007 wel een substantieel bedrag voor de schatkist zou moeten opleveren.⁶² De vraag of de beperking van de termijnen van verliesverrekening wel het beoogde budgettaire effect teweeg zou brengen lijkt hiermee dan ook gerechtvaardigd. Het is onbegrijpelijk dat de Staatssecretaris bij de inschatting van de budgettaire consequenties geen rekening heeft gehouden met de gedragseffecten waarvan hij op voorhand al wist dat deze zich in zekere mate zouden voordoen en welke een belangrijke invloed kunnen hebben op het wel of niet behalen van het budgettaire doel. Immers, indien door deze gedragseffecten het budgettaire doel niet wordt behaald, zijn er mijns inziens geen valide argumenten voor het inperken van de voorwaartse verliescompensatie.⁶³ Er is dan namelijk geen sprake van verliesverdamping. Bovendien zou een inperking van de termijn leiden tot gekunstelde opzetjes om verliesverdamping te voorkomen, welke zullen leiden tot meer discussie bij de vaststelling van de jaarwinst en een toename van de administratieve lastendruk.

De Staatssecretaris gaf als reden voor het negeren van de gedragseffecten dat tegenover deze negatieve effecten, die gepaard zouden gaan met budgettaire derving, ook effecten denkbaar zijn die een extra opbrengst met zich meebrengen.⁶⁴ Als voorbeeld van zo'n positief effect noemde de Staatssecretaris dat beperking van verliesverrekening er toe zal leiden dat ondernemingen minder dan in de huidige situatie geneigd zullen zijn verliezen in Nederland neer te laten slaan. De omvang van dit positieve gedragseffect is naar mijn idee te verwaarlozen, omdat ook deze multinationals zeer waarschijnlijk diverse methoden zullen toepassen om verliesverdamping te voorkomen. Het is overigens niet ondenkbaar dat door het lagere vpb-tarief, als gevolg van de Wet werken aan winst, de multinationals minder verliezen in Nederland laten neerslaan.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werken aan winst merkte de Staatssecretaris op dat hij een concurrerend tarief van hoger belang acht dan een theoretisch zuiver systeem van verliesverrekening. Het is enigszins te begrijpen dat de Staatssecretaris veel waarde hecht aan een concurrerend tarief.⁶⁵ Echter, de argumentatie voor het inperken van de termijnen van verliesverrekening vind ik niet dermate overtuigend dat deze een theoretisch onzuiver verliesverrekeningssysteem rechtvaardigen. Bovendien is er geen rekening gehouden met de negatieve gedragseffecten, voorkomen van verliesverdamping, waardoor de vraag rijst of de inperking van de verliesverrekeningstermijnen daadwerkelijk iets zal bijdragen aan de schatkist.

2.7 Verliesverrekening in relatie tot het totaalwinstbeginsel

2.7.1 Algemeen

Zoals in de inleiding al kort aan bod is gekomen rijst de vraag of er al dan niet een verband bestaat tussen totaalwinst en verliescompensatie en daarmee de roep om een onbeperkte verliescompensatie in de tijd gerechtvaardigd is. In de literatuur en in de wetsgeschiedenis is steeds opgemerkt dat de beperking van de

⁶² Zie hiervoor o.a. S.A.W.J. Strik, Wetsvoorstel Werken aan winst: gaat het werken?, WFR 2006/1049, par. 5.6 en D.R. Post, Methoden ter voorkoming van verliesverdamping, TFO 2011/145, par. 6.

⁶³ Post is eveneens van mening dat de inperking van de verliesverrekeningstermijnen louter een budgettaire maatregel betreft, en kan in deze zin dan ook niet begrijpen dat de Staatssecretaris bij de parlementaire behandeling van de Wet Werken aan winst met geen woord refereerde aan het onderzoek van Kampschöer. Zie hiervoor D.R. Post, Methoden ter voorkoming van verliesverdamping, TFO 2011/145, par. 6.

⁶⁴ Kamerstukken II, 2005/2006, 30572, nr. 8, p. 61.

⁶⁵ Door een concurrerend tarief blijft Nederland een aantrekkelijk vestigingsland voor winstgevende ondernemingen.

verliesverrekeningstermijnen in strijd is met het totaalwinstbeginsel.⁶⁶ Daarbij wordt gewezen op art. 3.8 Wet IB 2001, welke bepaling doorgaans wordt aangeduid als het ‘totaalwinstartikel’, dat aangeeft wat wel en wat niet onder winst dient te worden verstaan. Daaruit zou een onvoorwaardelijk en onbeperkt recht op verliescompensatie voortvloeien. Er zijn ook auteurs die deze relatie tussen verliesverrekening en totaalwinst niet onderschrijven en kiezen voor een meer praktische benadering vanuit het jaarwinstbegrip.⁶⁷

2.7.2 *Voorstanders onbeperkte verliescompensatie*

Grapperhaus is één van de auteurs die pleit voor een in de tijd onbeperkte verliescompensatie. Volgens Grapperhaus is het totaalwinstbeginsel het uitgangspunt voor belastingheffing en dient de jaarwinst als een voorschot op de totale winst, waarbij de voorschotten om praktische redenen zijn gerelateerd aan kalenderjaren.⁶⁸ Daarbij geeft hij aan dat de verdeling van de totale winst in zogenaamde jaarmoten weliswaar wel praktisch is maar toch ook erg willekeurig, omdat we voor het in moten hakken van de totale winst in jaarwinsten een volstrekt willekeurig gegeven –de stand van de aarde ten opzichte van de zon-⁶⁹ hebben geïntroduceerd als de hoogste wijsheid. Vervolgens merkt Grapperhaus hierover het volgende op:

“Dat praktische doch willekeurige verdelen van de totale winst in jaarmoten stelt de fiscale wetgever voor een tweedelige opgave: er zorg voor te dragen dat op elk moment gedurende de bestaansduur van de onderneming niet meer aan voorschotten op de eindafrekening is betaald dan correspondeert met de aangroei van de totale winst welke tot dat moment heeft plaatsgevonden en voorzover hij daartoe niet bij machte is, dan toch in ieder geval te bewerkstelligen dat over de gehele bestaansduur van de onderneming niet meer aan belasting wordt betaald dan overeenkomt met de belastingheffing over de totale winst, zoals die achteraf blijkt te zijn behaald.”⁷⁰

En verliescompensatie zou de methodiek zijn waarvan de fiscale wetgever zich bedient om zich van die verplichting te kwijten. Grapperhaus maakt daarbij de kanttekening dat om te voorkomen dat tijdens de rit al teveel aan voorschotten wordt betaald, de achterwaartse verliescompensatie op de eerste plaats dient te komen en de voorwaartse verliescompensatie als aanvulling moet worden beschouwd. Volgens de visie van Grapperhaus vereist de conceptie van de totale winst een zodanige verliescompensatie dat gedurende het gehele bestaan van de onderneming alle fiscale jaarwinsten met alle fiscale jaarverliezen kunnen worden gecompenseerd. Een in de tijd beperkte verliescompensatie zou immers tot gevolg hebben dat bepaalde verliezen niet meer kunnen worden verrekend, waardoor dus een groter voorschot op de eindafrekening wordt betaald dan aan belasting over de tot dat moment geconstateerde totale winst zou moeten worden betaald. Grapperhaus is echter wel van mening dat uit praktische overwegingen de termijn van de achterwaartse verliescompensatie zou kunnen worden ingeperkt, aangezien het wenselijk zou zijn dat op enig moment de boeken zouden worden afgesloten en om toch enige

⁶⁶ Zie hiervoor bijvoorbeeld S.A. Stevens, Naar een evenwichtige behandeling van verliezen, WFR 2005/1503, par. 2.1, D. Brüll, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, N.V. Uitgeverij FED: Amsterdam 1965, p. 40 en Kamerstukken II, 2005/2006, 30107, nr. 2, p. 33.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld P.J.M. de Mooij, De verrekening van verliezen, te beperkt of terecht beperkt?, WFR 1994/261.

⁶⁸ F.H.M. Grapperhaus, In de tijd beperkte verliescompensatie is uit de tijd, WFR 1978/1073. Zie hieromtrent ook F.H.M. Grapperhaus, Onbeperkte voorwaartse verliescompensatie een eis van rechtvaardigheid, WFR 1979/669.

⁶⁹ Grapperhaus geeft aan dat omdat we het ritme van onze samenleving hebben gebouwd op de jaarlijkse zonnecyclus het heel praktisch is dat we de voorschotten welke op de belastingheffing over de totale winst moeten worden betaald relateren aan kalenderjaren. Dit neemt echter niet weg dat de stand van de aarde t.o.v. de zon in dit verband een volstrekt willekeurig gegeven is.

⁷⁰ F.H.M. Grapperhaus, In de tijd beperkte verliescompensatie is uit de tijd, WFR 1978/1073.

consistentie te verkrijgen in de belastingopbrengsten.⁷¹ In het geval van de achterwaartse verliescompensatie weegt de theorie in dit geval niet op tegen de praktische bezwaren, was zijn conclusie.

Hoewel de meningen uiteenlopen over welk winstbegrip –de jaarwinst of de totaalwinst- leidend is voor de belastingheffing, lijkt de roep om een onbeperkte verliescompensatie gerechtvaardigd indien inderdaad de conceptie van de totaalwinst als uitgangspunt moet worden genomen voor de belastingheffing. Wanneer de ratio van verliescompensatie echter niet zou liggen in de totaalwinstgedachte, dan kunnen er in beginsel geen fundamenteel wetenschappelijke argumenten worden ingebracht tegen inperking van de termijnen.⁷² Met betrekking tot de achterwaartse verliescompensatie ben ik het met Grapperhaus eens dat praktische overwegingen, het kunnen sluiten van de boeken op een gegeven moment en het verkrijgen van consistentie in de belastingopbrengsten, een beperking enigszins rechtvaardigen.

Grapperhaus verwijst in zijn betoog over het verband tussen het totaalwinstbeginsel en verliescompensatie onder andere naar Brüll.⁷³ In zijn dissertatie over het fiscale winstbegrip geeft Brüll aan dat op basis van het totaalwinstbegrip de doelstelling van de wetgever het belasten van de winst is welke gedurende het gehele bestaan van de onderneming wordt gemaakt. Deze doelstelling van de wetgever wordt door Brüll aangeduid als zijn ‘programma’, waaraan uitvoering wordt gegeven door de regels voor de berekening van de jaarwinst.⁷⁴ Deze regels laten zekere verschuivingen over de jaren toe door stille of openlijke reserveringen. Verliescompensatie is volgens Brüll één van de instrumenten die de wetgever heeft geschapen om ervoor te zorgen dat door bedoelde verschuivingen geen inbreuk op het programma wordt gemaakt. Brüll constateert dat, behoudens een aantal complicaties die een inbreuk kunnen maken op ‘het programma’, de totaalwinst op een vrij eenvoudige en volstrekt objectieve wijze is vast te stellen. De totaalwinst is aan te merken als het verschil tussen bedrijfsvermogen bij de beëindiging van de bedrijfsuitoefening en dat bij het begin ervan vermeerderd met de onttrekkingen en verminderd met de stortingen. Brüll is evenals Grapperhaus van mening dat een beperkte verliescompensatie een inbreuk is op het totaalwinstbeginsel. Er wordt dan meer belast dan het resultaat van het begin tot het einde van de bedrijfsuitoefening.⁷⁵ Brüll acht het zelfs mogelijk dat indien de verliescompensatie niet uitdrukkelijk in de wet was geregeld de rechter goed koopmansgebruik volgend tot hetzelfde resultaat (lees: onbeperkte verliescompensatie) zou zijn gekomen.⁷⁶ Post zet zijn vraagtekens bij deze stelling en is van mening dat op basis van de huidige regeling van verliesverrekening deze visie van Brüll geen stand zou houden, aangezien de verliezen op grond van art. 20, tweede lid, Wet Vpb 1969 bij beschikking dienen te worden vastgesteld om voor verrekening in aanmerking te komen.⁷⁷ De argumentatie van Post is onjuist naar mijn idee. Immers, zou de verliescompensatieregeling niet uitdrukkelijk in de wet zijn geregeld, dan zou de vereiste van een verliesbeschikking er namelijk ook niet zijn.

⁷¹ F.H.M. Grapperhaus, In de tijd beperkte verliescompensatie is uit de tijd, WFR 1978/1073.

⁷² Zie hiervoor ook D.R. Post, Verliescompensatie en totaalwinst: meer dan een mythe?, WFR 2006/433, par. 1.

⁷³ D. Brüll, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, N.V. Uitgeverij FED: Amsterdam 1965.

⁷⁴ D. Brüll, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, N.V. Uitgeverij FED: Amsterdam 1965, p. 40.

⁷⁵ D. Brüll, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, N.V. Uitgeverij FED: Amsterdam 1965, p. 121.

⁷⁶ D. Brüll, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, N.V. Uitgeverij FED: Amsterdam 1965, p. 122.

⁷⁷ D.R. Post, Methoden ter voorkoming van verliesverrekening, TFO 2011/145, par. 2.3.

Post beweert dat zelfs in de periode voordat verliezen bij beschikking werden vastgesteld, kon worden getwijfeld aan de juistheid van de visie van Brüll en verwijst in dit kader naar een uitspraak van de Raad van Beroep voor de Directe Belastingen inzake de Wet IB 1914.⁷⁸ De Wet IB 1914 kende in eerste instantie (tot 1927) geen regeling van verticale verliescompensatie. In deze casus wilde de belastingplichtige bij de berekening van de opbrengst van zijn bedrijf of een beroep over een jaar verliezen uit voorgaande jaren in mindering brengen. De Raad van Beroep stond dit echter niet toe. Post twijfelt op grond van deze uitspraak en het feit dat het winstbegrip uit de Wet IB 1914 niet wezenlijk verschilde van het huidige winstbegrip, of de visie van Brüll dat geen separate regeling voor verliesverrekening noodzakelijk was, wel juist is. Mijns inziens dient de uitspraak van de Raad van Beroep in dit kader enigszins genuanceerd te worden. Weliswaar is het winstbegrip al ruim honderd jaar nagenoeg hetzelfde, maar de groeiende belangstelling voor verliescompensatie is pas veel later op gang gekomen.⁷⁹ Deze belangstelling voor verliescompensatie heeft geleid tot een meer fundamentele benadering van verliescompensatie. Zeker in het begin ontbrak deze fundamentele benadering, waardoor bij mij de vraag opkomt in hoeverre in dit kader gewicht kan worden gegeven aan een uitspraak uit 1916.

Hoewel Post de visie van Brüll, dat een separate regeling voor verliesverrekening niet noodzakelijk was, in twijfel trekt, onderschrijft hij wel het verband tussen verliescompensatie en totaalwinst.⁸⁰ Verliescompensatie en totaalwinst zijn volgens de visie van Post onlosmakelijk met elkaar verbonden. Verliescompensatie beoogt te voorkomen dat een winst de facto tweemaal in de belastingheffing wordt betrokken.⁸¹ De inperking van de voorwaartse verliescompensatie is dan in strijd met het totaalwinstbeginsel. Wat betreft de achterwaartse verliescompensatie is Post echter van mening dat deze op zichzelf bezien niet zo heel veel met de totaalwinstgedachte van doen heeft. Hieromtrent stelt hij het volgende:

“Met de achterwaartse verliescompensatie wordt een verlies uit een jaar draaglijker, omdat de belastingplichtige dit verlies deels direct kan opvangen met de teruggaaf van belastingen die de belastingplichtige over vorige jaren heeft voldaan. De belastingplichtige hoeft dus niet te wachten totdat hij eerst in een volgend jaar weer winst gaat maken. Naar mijn mening is sprake van een douceurtje van de wetgever dat de belastingplichtige een liquiditeitsvoordeel kan opleveren.”

Met betrekking tot de achterwaartse verliescompensatie kan ik mij niet vinden in de bewoordingen van Post. Hij stelt dat de achterwaartse verliesverrekening niet zo heel veel met de totaalwinstgedachte te maken heeft. Dat vergt naar mijn idee wel de veronderstelling dat de ‘subjectieve’ jaarwinsten van voorgaande jaren correct zijn vastgesteld en het geleden verlies geen verband houdt met voorgaande jaren. Dat lijkt mij echter een schier onmogelijke opgave.⁸² Daarnaast is Post van mening dat achterwaartse verliescompensatie de belastingplichtige een liquiditeitsvoordeel kan opleveren. Waarom zou in dit geval dan niet andersom geredeneerd kunnen worden? Door het beperken (of afschaffen) van de achterwaartse verliesverrekening ondervindt de belastingplichtige mijns inziens een liquiditeitsnadeel (oftewel een liquiditeitsvoordeel voor de fiscus). Een belastingplichtige die een verlies maakt in enig jaar en dit niet kan verrekenen met zijn winsten van de jaren daarvoor, heeft tot dan toe

⁷⁸ Uitspraak van den Raad van Beroep voor de Directe Belastingen I te Amsterdam van 8 november 1916, B. nr. 1740.

⁷⁹ De groeiende belangstelling voor verliescompensatie ontstond met name door het stijgende tarief in zowel de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting.

⁸⁰ D.R. Post, Verliescompensatie en totaalwinst: meer dan een mythe?, WFR 2006/433, par. 6 en D.R. Post, Methoden ter voorkoming van verliesverdamming, TFO 2011/145, par. 2.3.

⁸¹ D.R. Post, Methoden ter voorkoming van verliesverdamming, TFO 2011/145, par. 2.3.

⁸² Bij de verdeling van de totale winst in jaarmoten speelt het subjectieve inzicht van de ondernemer namelijk een belangrijke rol.

per saldo meer belasting afgedragen dan overeenkomt met de belasting over de tot dat moment geconstateerde totale winst, dat een liquiditeitsnadeel oplevert voor de belastingplichtige.

Naast de al genoemde voorstanders van een onbeperkte verliescompensatie is er nog een aantal auteurs die ik niet onbesproken wil laten. Zwemmer is van mening dat Grapperhaus overtuigend heeft aangetoond dat de totale winst niets anders is dan de som van de jaarwinsten.⁸³ Volgens Zwemmer vloeit daar in elk geval voor de vennootschapsbelasting een onbeperkte verliescompensatie uit voort, tenzij dwingende argumenten zich daartegen zouden verzetten. Ook Kampschöer vindt dat de ratio van de verliescompensatie is gelegen in het totaalwinstbeginsel. De som van de jaarwinsten zou gelijk moeten zijn aan de totale winst. Om dat te bewerkstelligen is er volgens Kampschöer de mogelijkheid tot verliesverrekening.

Ook in de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis zijn aanwijzingen te vinden voor het verband tussen totaalwinst en verliesverrekening.⁸⁴ In zijn conclusie geeft A-G Groeneveld aan dat de belastingplichtigen voor de vennootschapsbelasting en de IB-ondernemers in beginsel voor de totale winst in de heffing worden betrokken en dat de verliesverrekening in dit verband dient om de daadwerkelijk behaalde totaalwinst in de heffing te betrekken. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Werken aan winst is eveneens opgemerkt dat de mogelijkheid van verliesverrekening is gebaseerd op de gedachte dat belastingheffing plaatsvindt over de totale winst.⁸⁵ Een beperkte termijn van verliesverrekening zou dan ook in strijd zijn met het totaalwinstbeginsel.⁸⁶ In het advies van de Raad van State werd tevens opgemerkt dat een beperking van de voorwaartse verliesverrekening als grondslagverbredende maatregel ook materieel een inbreuk vormt op het totale winstbegrip.⁸⁷

2.7.3 Tegenstanders onbeperkte verliescompensatie

Naast de vele auteurs die betogen dat een onbeperkte verliescompensatie voortvloeit uit het totaalwinstbegrip, zijn er ook auteurs met een andersluidende visie. Zij kiezen voor een meer praktische benadering die niet aansluit bij het totaalwinstbegrip, maar bij de belastingheffing over een jaar. Als een belangrijke tegenhanger van de visie van Grapperhaus kan Hofstra⁸⁸ worden genoemd. Hofstra geeft weliswaar toe dat de jaarwinst een secundair begrip is, waarvan de betekenis slechts tegen de achtergrond van het begrip ‘totaalwinst’ kan worden bepaald, maar is tegelijkertijd niet van mening dat hier een onbeperkt recht op verliescompensatie uit voortvloeit.

“Theoretisch moge de winst een niet in jaarmoten verdeeld totaalbegrip zijn, de wettelijke structuur verschuift de juridische betekenis van het gebeuren in overwegende mate naar de jaarlijkse vaststellingen, waarmee de gelijkstelling van de som van de jaarwinsten met de over de gehele levensduur van de onderneming behaalde totaalwinst principieel wordt doorbroken”, geeft Hofstra aan.⁸⁹

⁸³ J.W. Zwemmer, *Verliescompensatie*, Kluwer: Deventer 2003, vierde herziene druk, p. 6.

⁸⁴ HR 18 oktober 2002, nr. 36 901, V-N 2002/52.18. De conclusie van de advocaat-generaal is van 3 april 2002, V-N 2002/28.22, r.o. 7.9.

⁸⁵ Kamerstukken II, 2005/2006, 30107, nr. 2, p. 33.

⁸⁶ Kamerstukken II, 2005/2006, 30572, nr. 3, p. 22 en 23.

⁸⁷ Kamerstukken II, 2005/2006, 30572, nr. 4, p. 11.

⁸⁸ H.J. Hofstra, *Verrekening van positieve en negatieve inkomens in de tijd*, WFR 1979/277.

⁸⁹ H.J. Hofstra, *Verrekening van positieve en negatieve inkomens in de tijd*, WFR 1979/277, par. 6.

Volgens Hofstra is Grapperhaus' 'voorschottheorie' in strijd met de wettelijke structuur zoals die er nu eenmaal is. Dit kan dan ook geen grondslag vormen voor de onbeperkte verliescompensatie. Hofstra stelt dat indien inderdaad moet worden bewerkstelligd dat de totale winst over de gehele levensduur van de onderneming wordt belast een onbeperkte verliescompensatie noodzakelijk is, maar ook een onbeperkte bevoegdheid tot het opleggen van primitieve aanslagen en navorderingsaanslagen. Hier worden door Hofstra twee totaal verschillende zaken met elkaar vergeleken mijns inziens. Bovendien zal een onbeperkte bevoegdheid tot het opleggen van primitieve aanslagen en navorderingsaanslagen de rechtszekerheid niet ten goede komen. Ook Grapperhaus wijst de vergelijking van Hofstra tussen de termijnen voor het opleggen van aanslagen en de verliesverrekeningstermijnen af.⁹⁰

Hofstra beperkt zich in zijn betoog niet alleen tot het fiscale recht. Hij geeft aan dat er op enig moment een streep zou moeten worden gezet onder de verliezen op grond van het meer algemene juridische beginsel van verjaring, zoals dit bijvoorbeeld ook in het strafrecht geschiedt. En hoelang deze 'verjaringstermijn' dan zou moeten zijn hangt af van de omstandigheden.⁹¹ De verjaringsgedachte rechtvaardigt naar de mening van Hofstra de beperkte voorwaartse verliescompensatie. Mijns inziens is dat niet het geval, daar de verjaringsgedachte niet geldt ten aanzien van bijvoorbeeld de (nog) niet gerealiseerde stille reserves in een onderneming.⁹² Grapperhaus sprak in dit kader van 'selectieve verjaring'.⁹³ Volgens Grapperhaus verhindert de conceptie van de jaarwinst en de totale winst bij de winstbepaling elke verjaringsgedachte.

Nog een auteur die de relatie tussen verliescompensatie en totaalwinst niet onderschrijft is De Mooij.⁹⁴ Hij stelt dat er geen verband is tussen totaalwinst en verliescompensatie. Volgens De Mooij heeft de belastingheffing naar winst in beginsel betrekking op een periode van een jaar, de annaliteit van de belastingheffing.⁹⁵ Naar zijn mening zou het uitgangspunt niet een onbeperkte verliescompensatie zijn, maar zelfs geen enkele verliescompensatie. En vandaaruit kan, op basis van argumenten, een (on)beperkte verrekening van verliezen worden beargumenteerd. In de benadering van De Mooij is het de verliesverrekening zelf die moet worden gemotiveerd, en niet het inperken daarvan. Hij vindt het een misverstand te denken dat het totaalwinstbegrip inhoudt dat over de totale winst belasting moet worden betaald. Wat het volgens hem wel betekent, maar dan ook niet meer dan dat, is dat alle voordelen van de soort 'winst' ooit als zodanig in een aangifte behoren te worden verantwoord.⁹⁶ Deze benadering van De Mooij is in mijn ogen niet juist. Het totaalwinstbegrip is in zijn visie bedoeld zodat alle voordelen van de soort 'winst' in een aangifte worden verantwoord. De omschrijving die de Mooij geeft aan de functie van het totaalwinstbegrip verraadt naar mijn idee ook meteen het doel dat hiermee

⁹⁰ Grapperhaus betoogt dat de termijnen voor het opleggen van de aanslagen en de termijnen voor verliesverrekening niet met elkaar zijn te vergelijken. Zie voor zijn betoog hierover F.H.M. Grapperhaus, Onbeperkte voorwaartse verliescompensatie een eis van rechtvaardigheid, WFR 1979/669.

⁹¹ Voor het bepalen van de 'verjaringstermijn' moet volgens Hofstra de belangen van de belastingplichtigen en de administratieve en budgettaire bezwaren van een zeer lange termijn tegen elkaar worden afgewogen. Daarbij mag ook de samenhang van de termijnen, waarin de fiscus aanspraken verliest niet uit het oog worden verloren, aldus Hofstra. Daarmee doelt Hofstra op o.a. de navorderingstermijn, die hij als argument gebruikte tegen een onbeperkte verliescompensatie. Zie hiervoor ook H.J. Hofstra, Verrekening van positieve en negatieve inkomens in de tijd, WFR 1979/277, par. 6.

⁹² Zie voor een gelijklopende visie ook D.R. Post, Methoden ter voorkoming van verliesverdamping, TFO 2011/145, par. 2.3.

⁹³ F.H.M. Grapperhaus, Onbeperkte voorwaartse verliescompensatie een eis van rechtvaardigheid, WFR 1979/669.

⁹⁴ P.J.M. de Mooij, De verrekening van verliezen, te beperkt of terecht beperkt?, WFR 1994/261.

⁹⁵ P.J.M. de Mooij, De verrekening van verliezen, te beperkt of terecht beperkt?, WFR 1994/261, par. 4.

⁹⁶ P.J.M. de Mooij, De verrekening van verliezen, te beperkt of terecht beperkt?, WFR 1994/261, par. 3.2.

beoogd is te bereiken. Het verantwoorden van alle voordelen is in mijn optiek noodzakelijk zodat er geen winsten buiten de heffing vallen, en dus niet minder dan de totale winst in de heffing wordt betrokken. Dat brengt ook met zich mee dat niet méér dan de totale winst in de heffing moet worden betrokken. Anders zou er sprake zijn van een onevenwichtig stelsel, waarbij de overheid wel deelt in de lusten van de onderneming, maar niet in de lasten.

In de parlementaire behandeling gaf de Staatssecretaris aan dat de betekenis van het begrip totaalwinst niet verder reikt dan het bepalen wat wel en wat niet onder de heffing valt.⁹⁷ Verder wordt opgemerkt dat de wetgever voor ogen heeft gehad dat alle winst die behaald is in de heffing wordt betrokken. Zoals ik hierboven al betoogde, indien de wetgever wenst te bewerkstelligen dat niet minder dan de totale winst in de heffing wordt betrokken, zou het ook zo moeten zijn dat de wetgever niet méér heeft willen belasten dan de totale winst. Hierin schuilt dan ook naar mijn idee het fundament van verliescompensatie, namelijk het voorkomen dat er meer wordt belast dan de totale winst. De Staatssecretaris was echter niet van mening dat de reikwijdte van het totaalwinstartikel zodanig is dat daaruit een onbeperkte verliesverrekening voortvloeit.

2.8 Formele aspecten

2.8.1 Algemeen

De verticale verliesverrekeningsmogelijkheid voor lichamen is opgenomen in art. 20 Wet Vpb 1969, terwijl art. 20b, art. 21 en art. 21a Wet Vpb 1969 de formele aspecten daarvan regelen. Art. 20a Wet Vpb 1969 is een bepaling die zich richt tegen de zogeheten handel in verlieslichamen, en zijn inhoud is sedert 1 januari 2001 volledig nieuw.⁹⁸

Indien de berekening van de belastbare winst of van het Nederlandse inkomen leidt tot een negatief bedrag, wordt dit op grond van art. 20, eerste lid, Wet Vpb 1969 aangemerkt als een verlies. Dit verlies komt in aanmerking voor verticale verliesverrekening op de voet van art. 20, tweede lid, Wet Vpb 1969. Een verlies wordt verrekend met de belastbare winsten respectievelijk de Nederlandse inkomens van het vorige jaar en de negen volgende jaren. Op basis van art. 20, zevende lid, Wet Vpb 1969 geschiedt de verrekening in de volgorde waarin de verliezen zijn ontstaan en de belastbare winsten zijn gemaakt of de Nederlandse inkomens zijn genoten. Hieruit volgt dat bij een verlies eerst carry back aan de orde komt en daarna pas de carry forward. Een verlies uit bijvoorbeeld het jaar 2008 wordt eerst achterwaarts verrekend met de positieve winst respectievelijk het positieve Nederlandse inkomen uit 2007. Het resterende verlies komt in aanmerking voor voorwaartse verliesverrekening, met de positieve winst respectievelijk het positieve Nederlandse inkomen van de jaren vanaf 2009.

De geleden verliezen zijn subject gebonden, wat inhoudt dat de door een lichaam geleden verliezen niet overdraagbaar zijn aan andere lichamen of andere belastingsobjecten. Hierop wordt echter inbreuk gemaakt door de regeling inzake fiscale eenheid, art. 15 t/m 15aj Wet Vpb 1969, en de regeling inzake het verlies bij liquidatie van een deelneming, art. 13d en art. 13e Wet Vpb 1969, doordat het verlies bij een ander lichaam kan worden

⁹⁷ Kamerstukken II, 1983/1984, 18242, nr. 6, p. 3 en 4.

⁹⁸ Tot 1 januari 2001 was deze regeling opgenomen in art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969. De regeling tegen de handel in verlieslichamen zal in hoofdstuk 4 van dit onderzoek aan de orde komen.

verrekenend dan bij het lichaam dat het verlies (civielrechtelijk) heeft geleden.⁹⁹ Een overgang van de verliezen naar zijn uiteindelijke belanghebbenden is eveneens niet mogelijk, omdat het lichaam voor de heffing van de vennootschapsbelasting ten opzichte van zijn belanghebbende als een afzonderlijke entiteit wordt beschouwd.¹⁰⁰

2.8.2 De vaststelling van het verlies

Ingevolge art. 20b, eerste lid, Wet Vpb 1969 stelt de inspecteur het bedrag van een verlies van een jaar vast bij voor bezwaar vatbare beschikking, gelijktijdig met het vaststellen van de aanslag over dat jaar. Vaststelling van het verlies vindt plaats op verzoek van de belastingplichtige door middel van het indienen van een aangifte. Het bedrag van het verlies wordt op het aanslagbiljet afzonderlijk vermeld.¹⁰¹ Onder het huidige regime maakt deze vaststelling van het te verrekenen verlies dus deel uit van het proces van de aanslagregeling over het jaar waarin het verlies is geleden. Verliesverrekening komt niet aan de orde als er geen beschikking is, omdat op grond van art. 20, tweede lid, Wet Vpb 1969 het verlies moet zijn vastgesteld bij een voor bezwaar vatbare beschikking om voor verrekening in aanmerking te komen.

De belastingplichtige kan desgewenst in bezwaar gaan tegen de vastgestelde omvang van een te verrekenen verlies. Als de inspecteur geen beschikking tot vaststelling van een verlies afgeeft terwijl hij wel een aanslag vaststelt, voldoet hij niet aan het voorschrift van art. 20b, eerste lid, Wet Vpb 1969 waarin is opgenomen dat beide besluiten gelijktijdig moeten worden genomen. In dat geval is het besluit tot vaststelling van het verlies niet tijdig genomen, waartegen bezwaar open staat op grond van art. 6:2, onderdeel b, Algemene wet bestuursrecht, hierna: Awb.¹⁰²

De beschikking kan worden herzien bij een voor bezwaar vatbare beschikking indien enig feit grond oplevert voor het vermoeden dat het verlies te hoog is vastgesteld.¹⁰³ Hiertoe heeft de inspecteur in beginsel een nieuw feit nodig, tenzij de belastingplichtige te kwader trouw is. Art. 16, tweede lid, aanhef en onderdeel c, derde en vierde lid van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen, hierna: AWR, is van overeenkomstige toepassing. Op basis van art. 20b, vijfde lid, Wet Vpb 1969 vindt art. 20b, eerste t/m vierde lid, Wet Vpb 1969 overeenkomstige toepassing ten aanzien van verliezen die onder de reikwijdte van art. 20, vierde lid, Wet Vpb 1969 (verrekening van verliezen die zijn geleden door houdster- en financieringsmaatschappijen) vallen.

2.8.3 Achterwaartse compensatie van verliezen

Op basis van art. 21, eerste lid, Wet Vpb 1969 geschiedt de verrekening van een verlies met de belastbare winst respectievelijk het Nederlandse inkomen van een voorafgaand jaar door vermindering van de aanslag bij voor bezwaar vatbare beschikking van de inspecteur. De beschikking wordt gegeven gelijktijdig met het vaststellen van de aanslag over het jaar waarin het verlies is ontstaan. Een bezwaar tegen deze carry-backbeschikking is

⁹⁹ Bij een fiscale eenheid worden de maatschappijen die deel uitmaken van een fiscale eenheid voor de heffing van vennootschapsbelasting gezien als één entiteit. Civielrechtelijk blijven deze maatschappijen gewoon aparte lichamen. Zie art. 15 t/m 15aj Wet Vpb 1969.

¹⁰⁰ N.H. de Vries en R.J. de Vries e.a., Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), p. 643.

¹⁰¹ Zie art. 20b, tweede lid, Wet Vpb 1969.

¹⁰² J.W. Zwemmer, Verliescompensatie, Kluwer: Deventer 2003, vierde herziene druk, p. 25. Als de inspecteur ook geen aanslag vaststelt, dan kan volgens Zwemmer in elk geval na afloop van de aanslagtermijn ook een beroep worden gedaan op art. 6:2, onderdeel b, Awb. Zie voor een uitgebreide behandeling J.A.R. van Eijnsden, Enkele formele aspecten van verliesverrekening, WFR 2005/1526.

¹⁰³ Zie art. 20b, derde lid, Wet Vpb 1969.

slechts mogelijk waar het betreft de toepassing van art. 20 en art. 20a Wet Vpb 1969. Het is niet mogelijk om in bezwaar te gaan tegen een aanslag opgelegd in een voorafgaand jaar. Een bezwaar tegen de carry-backbeschikking bedoeld in het eerste lid van art. 21 Wet Vpb 1969 heeft met name betrekking op de volgorde van de verliesverrekening en de toepassing van de regeling tegen de handel in verlieslichamen (art. 20a Wet Vpb 1969). De belastingplichtige kan niet nogmaals bezwaar maken tegen de grootte van het verlies, daar hij deze mogelijkheid tot bezwaar tegen de grootte van het verlies al heeft met de rechtsmiddelen tegen de aanslag over het jaar waarin het verlies is ontstaan.

Op grond van art. 21, derde lid, Wet Vpb 1969 jo. art. 3 Uitvoeringsbeschikking Vpb 1971 is er een mogelijkheid tot voorlopige teruggaaf, waarbij het vermoedelijke verlies voor 80 procent in aanmerking wordt genomen. Hierbij geldt het vereiste dat de aangifte volledig is ingevuld. De teruggaaf wordt niet eerder verleend dan zes maanden na de kalendermaand waarin de aangifte is gedaan.

2.8.4 Voorwaartse compensatie van verliezen

Op grond van art. 21a, eerste lid, Wet Vpb 1969 geschiedt ook de voorwaartse verrekening van verliezen bij een voor bezwaar vatbare beschikking. Deze beschikking wordt gelijktijdig met het vaststellen van de aanslag over dat jaar vastgesteld. Het bedrag van het verrekende verlies wordt op het aangiftebiljet afzonderlijk vermeld. Evenals bij de achterwaartse verliescompensatie bestaat hier de mogelijkheid om in bezwaar te gaan tegen de in het eerste lid van art. 21a Wet Vpb 1969 bedoelde beschikking (art. 21a, derde lid, Wet Vpb 1969). Een bezwaar is slechts mogelijk waar het betreft de toepassing van art. 20 en art. 20a Wet Vpb 1969, alsmede, indien geen belasting is verschuldigd, tegen de grootte van het verrekende bedrag. Een bezwaar tegen de grootte van het verrekende bedrag is dus alleen mogelijk indien er geen belasting is verschuldigd. In dat geval kan namelijk geen bezwaar worden gemaakt tegen de aanslag over het jaar waarnaar het verlies wordt vooruit gewenteld.

2.9 Conclusie

In dit hoofdstuk is een beschouwing gegeven over de verliesverrekening in de vennootschapsbelasting. Daarbij is allereerst de belastingplicht en het voorwerp van belasting in de Wet Vpb 1969 behandeld. De begrippen totaalwinst en jaarwinst zijn eveneens aan bod gekomen. Daarna werd ingegaan op de historie van de verliesverrekening, met name de ontwikkeling in de tijd van de verliesverrekeningstermijnen. De termijnen van verliesverrekening zijn in het verleden veelal aan wijzigingen onderhevig geweest. Zo is met ingang van 1995 de voorwaartse verliesverrekening onbeperkt geworden, met als doel om Nederland als vestigingsland aantrekkelijker te maken voor ondernemingen. In 2007 werd, in het kader van Wet werken aan winst, de voorwaartse verliescompensatie echter weer beperkt. Daarbij werd ook de achterwaartse verliescompensatie beperkt van drie naar één jaar.

De verscheidene argumenten die door de Staatssecretaris werden aangedragen voor de inperking van de verliesverrekeningstermijnen zijn naar mijn idee niet geheel juist. De Staatssecretaris acht een concurrerend tarief van hoger belang dan een theoretisch zuiver systeem van verliesverrekening. Zijn argumenten hiertoe vind ik echter niet dermate overtuigend dat deze een theoretisch onzuiver verliesverrekeningssysteem rechtvaardigen. Mijns inziens is het niet verdedigbaar dat een klein deel van het bedrijfsleven de rekening krijgt gepresenteerd van de budgettaire nood om de tariefsverlaging mogelijk te maken. Daarnaast ben ik ook geen voorstander van

het afwentelen van het risico van wisselende bedrijfsresultaten op de ondernemer. Bovendien heeft de Staatssecretaris bij de inperking van de termijnen van verliesverrekening geen rekening gehouden met de gedragseffecten van belastingplichtigen. Onder andere op basis van het onderzoek van Kampschöer, die concludeerde dat verliesverdamping going concern nauwelijks voorkwam, is de vraag gerezen of de inperking van de verliesverrekeningstermijnen daadwerkelijk iets zal bijdragen aan de schatkist. Daarentegen zullen gekunstelde opzetjes om verliesverdamping te voorkomen wel leiden tot meer discussie bij de vaststelling van de jaarwinst en zal de administratieve lastendruk toenemen.

Voorts is in dit hoofdstuk de samenhang tussen verliescompensatie en totaalwinst aan bod gekomen, waarbij verschillende visies uit de literatuur zijn behandeld. De heersende leer in de literatuur is dat totaalwinst als uitgangspunt geldt voor belastingheffing en dat verliesverrekening dus onbeperkt dient te zijn. Het is echter ook mogelijk om een meer praktische benadering te kiezen, waarbij wordt aangesloten bij het jaarwinstbegrip. In die benadering is het geenszins vanzelfsprekend dat er een recht op verliescompensatie zou bestaan. Mijns inziens is ons belastingsysteem gebaseerd op het totaalwinstbegrip en is een beperking van de verliesverrekeningstermijnen dan ook in strijd met deze totaalwinstgedachte. Bij een beperkte verliesverrekening kunnen verliezen verdampen, waardoor meer winst wordt belast dan de onderneming maakt gedurende de gehele levensduur. Het fundament van verliescompensatie is naar mijn idee juist het voorkomen dat er meer wordt belast dan de daadwerkelijk gemaakte totaalwinst. Met betrekking tot de achterwaartse verliescompensatie denk ik echter dat praktische overwegingen, dat op enig moment de boeken gesloten kunnen worden en om toch enige consistentie te verkrijgen in de belastingopbrengsten, een beperking van de termijn enigszins rechtvaardigen.

3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is een fundamentele beschouwing gegeven over de verliesverrekening in de Wet Vpb 1969. Daarbij zijn de gevolgen van de Wet werken aan winst voor de verliesverrekening in de Wet Vpb 1969 uitvoerig behandeld. Tevens is ook de relatie tussen verliesverrekening en totaalwinst besproken. Door de beperking van de verliescompensatietermijnen bestaat het risico dat een geleden verlies verdampt door termijnoverschrijding. Dit leidt veelal tot negatieve gedragseffecten van belastingplichtigen, die op soms gekunstelde wijze zullen proberen verliesverdampt te voorkomen. Hiertoe staan de belastingplichtige diverse methoden ter beschikking. Een aantal van die methoden heeft betrekking op goed koopmansgebruik en het wijzigen van de bestendige gedragslijn. In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op goed koopmansgebruik en de (on)mogelijkheid van het doorvoeren van een stelselwijziging in verband met dreigende verliesverdampting. Alvorens in te gaan op de problematiek van stelselwijzigingen, zullen in de eerste plaats goed koopmansgebruik en de beginselen van goed koopmansgebruik behandeld worden. Vervolgens komt de bestendige gedragslijn aan de orde. Allereerst wordt toegelicht wat een bestendige gedragslijn inhoudt en zal worden ingegaan op de stelselkeuze van de belastingplichtige. Hierna wordt onderzocht in hoeverre goed koopmansgebruik ruimte biedt om een stelselwijziging door te voeren bij dreigende verliesverdampting. Hierbij zal het begrip ‘incidenteel fiscaal voordeel’ uitvoerig behandeld worden, waarbij tevens de opinie in de literatuur de revue zal passeren. Tot slot wordt het huidige beleid geschetst met betrekking tot stelselwijzigingen ter voorkoming van verliesverdampting en zal het hoofdstuk worden afgesloten met een conclusie.

3.2 Goed koopmansgebruik

3.2.1 Algemeen

Zoals in het voorgaande hoofdstuk al kort aan bod is gekomen wordt de totaalwinst aan de hand van goed koopmansgebruik opgesplitst in moten van jaarwinst. Dit voorschrift, dat de jaarlijkse winst volgens goed koopmansgebruik dient te worden berekend, stamt uit de Wet Belastingherziening 1950. Het begrip goed koopmansgebruik kwam echter al eerder voor in de Nederlandse belastingwetgeving. In de Wet IB 1914 werd al aansluiting gezocht bij goed koopmansgebruik als handleiding voor de bepaling van de hoogte van de fiscaal toelaatbare afschrijvingen. De wetsgeschiedenis verschaft geen aanwijzingen over de redenen voor de wetgever om voor de afschrijvingen aansluiting te zoeken bij goed koopmansgebruik. Brüll, Zwemmer en Cornelisse denken dat onmacht van de wetgever om voor de hoogte van de afschrijvingen algemene regels te treffen een rol heeft gespeeld.¹⁰⁴

Het begrip goed koopmansgebruik is niet vastgelegd in de wet, maar is nader uitgewerkt in de jurisprudentie. Dit is een bewuste keuze geweest van de wetgever, waarmee de wetgever ruimte heeft willen bieden voor nadere maatschappelijke ontwikkelingen.¹⁰⁵ Hierdoor evolueert het begrip goed koopmansgebruik en past het zich aan aan de eisen van de tijd. Door dit dynamische karakter kunnen gebruiken die gisteren nog conform goed koopmansgebruik waren, dit morgen niet meer zijn. Bij de invulling van het begrip goed koopmansgebruik is een belangrijke taak weggelegd voor de belastingrechter. De wetgever dient zich daarbij zeer terughoudend op te

¹⁰⁴ D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, Goed koopmansgebruik, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 3.

¹⁰⁵ Kamerstukken II, 1958/1959, nr. 5 380, nr. 3, p. 21 en Kamerstukken II, 1998/1999, 26 727, nr.3, p.106.

stellen. Bij de behandeling van het Belastingplan 2004¹⁰⁶ in de Eerste Kamer is gebleken dat de wetgever er geen voorstander van is om het begrip vast te leggen in het wettelijke kader.

De basis voor goed koopmansgebruik is gelegen in de bedrijfseconomie. De koppeling tussen goed koopmansgebruik en de bedrijfseconomie blijkt ook wel uit het basisarrest van de Hoge Raad uit 1957 met betrekking tot goed koopmansgebruik.¹⁰⁷ De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat bedrijfseconomische normen voor de winstbepaling over het algemeen in overeenstemming zijn met goed koopmansgebruik. Deze regel moet echter wijken indien het bedrijfseconomische inzicht in strijd zou zijn met een wettelijke (fiscale) bepaling of met een algemeen beginsel, dan wel de opzet van de belastingwet. Doordat de winstbepalingsregels uit het jaarrekeningenrecht in het algemeen geschoeid zullen zijn op bedrijfseconomische normen, zullen ook de regels uit het jaarrekeningenrecht in overeenstemming kunnen zijn met goed koopmansgebruik.¹⁰⁸ Ook hier geldt echter dat bij strijdigheid met een beginsel van de wet, een wettelijke bepaling of de opzet van de wet de regels van het jaarrekeningenrecht terzijde worden geschoven.

Het opsplitsen van de totaalwinst in moten van jaarwinst aan de hand van goed koopmansgebruik brengt onder andere het beginsel van de balanscontinuïteit met zich mee.¹⁰⁹ De eindbalans van een bepaald jaar komt normaal gesproken overeen met de beginbalans van het opvolgende jaar. Op die manier wordt bereikt dat de som der jaarwinsten gelijk is aan de totaalwinst.

Goed koopmansgebruik is, zoals gezegd in hoofdstuk 2, vormgegeven op basis van drie hoofdbeginselen, te weten realiteit, voorzichtigheid en eenvoud. Deze hoofdbeginselen van goed koopmansgebruik kunnen worden onderverdeeld in concretere deelbeginselen, zoals het realisatiebeginsel en het matchingbeginsel. Er bestaat geen duidelijke hiërarchie tussen de beginselen van goed koopmansgebruik, maar wel geven de beginselen een vroegste en een uiterste moment aan voor winst- of verliesneming.¹¹⁰ Uit de rechtspraak blijkt dat de Hoge Raad het meeste belang toekent aan het realiteitsbeginsel; het voorzichtigheidsbeginsel lijkt ten opzichte van het realiteitsbeginsel een afnemende betekenis te krijgen en de betekenis van het eenvoudsbegin­sel is altijd al beperkt geweest.¹¹¹ Brüll, Zwemmer en Cornelisse komen eveneens tot de conclusie dat het realiteitsbeginsel een zwaardere rol speelt dan het voorzichtigheidsbeginsel en het eenvoudsbegin­sel.¹¹²

¹⁰⁶ Wet van 18 december 2003, Stb. 2003, 526.

¹⁰⁷ HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208.

¹⁰⁸ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, Kluwer: Deventer, 2009, vijfde herziene druk, p. 135.

¹⁰⁹ R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M. Kampschöer, J.J. de Nies, *Compendium Vennootschapsbelasting*, Kluwer: Deventer, 2011, tiende druk, p. 61.

¹¹⁰ J. Doornebal, *Invulling van goed koopmansgebruik*, NTFR 2003/469 doet een interessante poging een rangorde in de beginselen aan te brengen. Zie in dit verband ook G.T.K. Meussen, *Ontwikkelingen rondom goed koopmansgebruik in de jurisprudentie vanaf 1990*, TFO 2003/139 en C. Bruijsten, *Een rangorderegeling voor de beginselen van goed koopmansgebruik*, WFR 2005/540.

¹¹¹ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, Kluwer: Deventer, 2009, vijfde herziene druk, p. 137.

¹¹² D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, *Goed koopmansgebruik*, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 57.

3.2.2 *Realiteitsbeginsel*

Op basis van het realiteitsbeginsel dient de ondernemer zijn fiscale jaarwinst met realiteitszin vast te stellen. Als belangrijke deelbeginselen van het realiteitsbeginsel kunnen worden genoemd het veroorzakingsbeginsel en het matchingbeginsel. Op basis van het veroorzakingsbeginsel dienen aan elk jaar te worden toegerekend de baten en de lasten die op dat jaar betrekking hebben. Voor bedragen die vooruit worden betaald voor kosten die op een volgend jaar betrekking hebben, kan het vooruitbetaalde bedrag niet ten laste komen van het jaar waarin de kosten zijn betaald. Ter grootte van het vooruitbetaalde bedrag dient dan een uitstelpost te worden gevormd. Deze uitstelpost wordt dan in het jaar waarop de vooruitbetaalde kosten betrekking hebben ten laste van de winst gebracht. Dezelfde systematiek geldt ten aanzien van bedragen die vooruit worden ontvangen, maar betrekking hebben op een later jaar. Deze bedragen worden opgenomen in een anticipatiepost. Het matchingbeginsel brengt met zich mee dat kosten die met een bepaalde opbrengst samenhangen worden toegerekend aan het jaar waarin die opbrengst wordt gerealiseerd.¹¹³ Als daarbij de daadwerkelijke uitgaven (de betalingen) nog niet zijn gedaan, dient de ondernemer een voorziening (dan wel een egalisereserve) op te nemen. Ook kan het voorkomen dat de lasten in een eerder jaar worden betaald/verschuldigd dan in het jaar waarin de opbrengsten worden verantwoord. Op basis van het matchingbeginsel worden deze lasten in een later jaar als kosten verantwoord. Denk in dit kader bijvoorbeeld aan het activeren van een bedrijfsmiddel: de kostprijs wordt in het jaar waarin het bedrijfsmiddel wordt aangeschaft niet direct ten laste van de winst gebracht, maar wordt geactiveerd.¹¹⁴

Met het realiteitsbeginsel hangt het realisatiebeginsel samen.¹¹⁵ Op basis van het realisatiebeginsel mag een voordeel worden verantwoord als de onderliggende obligatoire overeenkomst is gesloten. De verantwoording dient uiterlijk te gebeuren op het moment van het leveren van de goederen of het verrichten van de diensten of op het moment waarop de vordering volwaardig is geworden. In het kader van dit onderzoek, met name bij het herwaarderen van activa, is het van belang welke werking het realisatiebeginsel binnen de winstbepaling moet worden toegedicht. Het realisatiebeginsel kan worden gezien als een hulpmiddel van het realiteitsbeginsel. Onder andere Stevens verdedigt dit standpunt in zijn dissertatie, waarin hij stelt dat de vraag of er gerealiseerde winst is, beantwoord dient te worden met behulp van het veroorzakingsbeginsel.¹¹⁶ Er zijn ook auteurs die betogen dat het realisatiebeginsel een onderdeel van het voorzichtigheidsbeginsel is.¹¹⁷ Hierop kom ik terug in hoofdstuk 4.

3.2.3 *Voorzichtigheidsbeginsel*

Op basis van het voorzichtigheidsbeginsel mogen verliezen worden genomen indien zij voorzienbaar zijn en hoeven de winsten pas te worden verantwoord nadat deze werkelijk zijn behaald. Dit beginsel komt voort uit de gedachte dat de ondernemer zich niet rijker hoeft te rekenen dan dat hij is. In HR 17 januari 1990, nr. 24 948, BNB 1990/75 overwoog de Hoge Raad:

“Indien een ondernemer in enig jaar recht heeft verkregen op een vergoeding wegens door hem in het kader van zijn onderneming gedane leveranties, eist goed koopmansgebruik dat hij te dier zake een

¹¹³ R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M. Kampschöer, IJ. de Nies, Compendium Vennootschapsbelasting, Kluwer: Deventer, 2011, tiende druk, p. 61.

¹¹⁴ L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, G.W.B. van Westen e.a., Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), p. 181.

¹¹⁵ L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, G.W.B. van Westen e.a., Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), p. 24.

¹¹⁶ L.G.M. Stevens, Belasting naar draagkracht, Kluwer: Deventer, 1980, p. 322.

¹¹⁷ Zie onder andere G.J.M.E. de Bont, Herwaarderen op hogere bedrijfswaarde, indien compensabele verliezen dreigen te verdampen, WFR 1994/238.

actiefpost opneemt in zijn balans per einde van dat jaar. Deze eis kan echter niet worden gesteld, indien aan dat recht onzekerheden zijn verbonden van zodanige aard, dat activering in strijd zou komen met de voorzichtigheid die aan de winstbepaling volgens goed koopmansgebruik inherent is.”

Ten aanzien van de winsten bepaalt het realisatiebeginsel hoever de winstneming uitgesteld kan worden. Vaak is het de belastingplichtige er aan gelegen de winst zo laag mogelijk te houden in een jaar. De belastingplichtige zal dit willen bewerkstelligen door zich zo voorzichtig mogelijk op te stellen. Het realisatiebeginsel bepaalt derhalve de grens van voorzichtigheid.

Op basis van het voorzichtigheidsbeginsel mogen verliezen die zich nog niet daadwerkelijk hebben voorgedaan, toch ten laste van het resultaat worden gebracht; denk in dit verband met name aan de waardering van voorraden op lagere marktprijs of de waardering van bedrijfsmiddelen op (lagere) bedrijfswaarde.¹¹⁸ Omdat op basis van het voorzichtigheidsbeginsel verliezen reeds mogen worden genomen indien zij zich aftekenen, kan gesteld worden dat ten aanzien van verliezen het voorzichtigheidsbeginsel het realiteitsbeginsel doorbreekt. Als een belangrijke uitwerking van het voorzichtigheidsbeginsel kan ook worden beschouwd de jurisprudentie waarbij winstuitstel is toegestaan op basis van de continuïteitsbehoefte van de onderneming. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de toepassing van de ruilgedachte zoals neergelegd in de zogenoemde ruilarresten.¹¹⁹ Het bedrijfsmiddel moet worden vervangen en daarvoor zijn liquiditeiten nodig die niet dienen te verdwijnen door belastingheffing.

Een bekend vraagpunt ten aanzien van het voorzichtigheidsbeginsel is of dit beginsel verbiedt om winsten te nemen die nog niet daadwerkelijk zijn gerealiseerd. Hier zal ik in hoofdstuk 4 van dit onderzoek nog op terugkomen. In het algemeen biedt het voorzichtigheidsbeginsel de ondernemer de mogelijkheid tot winstuitstel. Daarentegen geeft het voorzichtigheidsbeginsel geen verplichting.¹²⁰

3.2.4 Eenvoudsbeginsel

Het eenvoudsbeginsel houdt in dat het stelsel praktisch hanteerbaar en controleerbaar moet zijn. Op basis van het eenvoudsbeginsel hoeft de winstberekening niet ingewikkelder te zijn dan noodzakelijk is. Er mag rekening worden gehouden met de aard en omvang van het bedrijf. Zo is het voor hele kleine ondernemingen zelfs toegestaan om het kasstelsel te hanteren. Bij een verkooptransactie is er een aantal realisatiemomenten: het moment van het sluiten van de overeenkomst, het moment van aflevering, het moment van facturering en ten slotte het moment van betaling. Het uiterste winstrealisatiemoment is in dit soort gevallen normaal gesproken het moment van facturering. Dat betekent echter wel dat uitstaande vorderingen en het verloop ervan in de administratie dienen te worden bijgehouden. Voor een kleine ondernemer met een beperkt aantal transacties, waarvan de spreiding in de tijd ongeveer gelijkwaardig is, is er daarom de mogelijkheid de winst pas te nemen op het moment van betaling. In het geval er sprake is van wanbetalers hoeft dan ook geen correctie op de (al

¹¹⁸ L.W. Sillevis, M.L.M. van Kempen, G.W.B. van Westen e.a., Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), p. 187.

¹¹⁹ Ten aanzien van de toepassing van de ruilgedachte kan ook gesteld worden dat er in wezen geen winstrealisatie heeft plaatsgevonden, omdat de strekking van de ruilgedachte is dat het verworven bedrijfsmiddel economisch gezien de voortzetting is van het oude. Zie L.W. Sillevis, M.L.M. van Kempen, G.W.B. van Westen e.a., Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), p. 183.

¹²⁰ R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M. Kampschöer, II. de Nies, Compendium Vennootschapsbelasting, Kluwer: Deventer, 2011, tiende druk, p. 63.

genomen) winst te worden toegepast.¹²¹ In de sfeer van de vennootschapsbelasting komt het kasstelsel in het algemeen overigens niet voor. Nog een uitwerking van het eenvoudsbegin­sel is dat kleine jaarlijks terugkerende overlopende posten mogen worden verwaarloosd.¹²² Verder valt bijvoorbeeld te denken aan de mogelijkheid om debiteuren niet individueel te waarderen.¹²³

Het stelsel dient niet slechts hanteerbaar te zijn voor de ondernemer, maar ook moet het controleerbaar zijn voor de fiscus. Op die grond kan een boekhouding als grondslag voor de winstberekening worden verworpen.¹²⁴ Het probleem van de controleerbaarheid werd onder andere aan de orde gesteld in een uitspraak van de Raad van Beroep Amsterdam.¹²⁵ Het ging om een belastingplichtige die de waarde van zijn ijzeren voorraad met behulp van indexcijfers wilde bepalen. Dit stelsel werd afgewezen door de Raad van Beroep, omdat dit stelsel

“onoverkomelijke moeilijkheden oplevert bij de heffingspraktijk; dat toch jaarlijks uitvoerig zal moeten worden gecontroleerd, of een wezenlijke wijziging in de structuur van de voorraad heeft plaatsgevonden, waarbij de vraag, wanneer van een wezenlijke wijziging zal moeten worden gesproken, steeds opnieuw een geschilpunt zal opleveren”.

De Hoge Raad wees het stelsel op andere gronden af, hetgeen niet wil zeggen dat de Hoge Raad geen gewicht toekende aan het argument van de Raad van Beroep, stellen Brüll en Zwemmer en Cornelisse.¹²⁶ In dit kader kan tevens verwezen worden naar HR 28 januari 2011, nr. 10/00650, BNB 2011/85, waarin belanghebbende een voorziening wilde opnemen ter zake van toekomstige uitgaven in verband met de door hem ingevoerde seniorenverlofkorting. De Hoge Raad overwoog:

“Dit alles zou tot aanzienlijke uitvoeringsproblemen leiden, hetgeen niet strookt met het aan goed koopmansgebruik ten grondslag liggende beginsel van eenvoud.”

3.3 De bestendige gedragslijn

3.3.1 Algemeen

De ondernemer zal een stelsel moeten kiezen voor de gebeurtenissen die zich in een onderneming telkens weer voordoen. Volgens het gekozen stelsel administreert hij deze gebeurtenissen. Als het gebeurtenissen zijn die directe invloed op de winst uitoefenen, dan is het gekozen stelsel tevens winstbepalend. Ingevolge van art. 3.25 Wet IB 2001 wordt de jaarwinst bepaald volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn. Bij de jaarwinstbepaling dient de belastingplichtige behalve met goed koopmansgebruik ook rekening te houden met een bestendige gedragslijn. Dat betekent dat een eenmaal gekozen stelsel niet elk jaar mag worden gewijzigd. Een wijziging van deze bestendige gedragslijn is slechts mogelijk indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt. Doorgaans houdt dit in dat met de stelselwijziging geen incidenteel fiscaal

¹²¹ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, Kluwer: Deventer, 2009, vijfde herziene druk p. 141.

¹²² Hof 's-Gravenhage 10 september 1969, BNB 1970/197.

¹²³ HR 8 oktober 1958, nr. 13 616, BNB 1958/352. Zie hiervoor E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, Kluwer: Deventer, 2009, vijfde herziene druk, p. 142.

¹²⁴ D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, *Goed koopmansgebruik*, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 54.

¹²⁵ Raad van Beroep Amsterdam 27 februari 1956, weergegeven in HR 14 november 1956, nr. 12 818, BNB 1957/1.

¹²⁶ D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, *Goed koopmansgebruik*, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 54. Ze vinden het wel begrijpelijk dat de Hoge Raad enigszins huiverig staat om de eis van controleerbaarheid, die met het oog op de belangen van de fiscus is gesteld, in goed koopmansgebruik te incorporeren.

voordeel mag worden beoogd. Alvorens in te gaan op de voorwaarden voor een stelselwijziging, zal worden uiteengezet wat een bestendige gedragslijn inhoudt.

3.3.2 *Bestendige gedragslijn*

Jacobs omschrijft de bestendige gedragslijn als volgt:

*“Bij het bepalen van de jaarwinst dient de belastingplichtige, binnen de door de woorden en beginselen gecreëerde bandbreedte, de kwalitatieve grondslagen van zijn winstberekening tegenover de fiscus te handhaven, tenzij bijzondere omstandigheden hem dwingen dan wel toestaan één of meer grondslagen te veranderen voor de toekomst.”*¹²⁷

De eis van de bestendige gedragslijn werd bij de Wet Belastingherziening 1950 in de wet opgenomen. Daarvoor werd de bestendigheidseis echter al gesteld in de jurisprudentie.¹²⁸ Zo eiste de Hoge Raad in HR 16 juni 1926, B. nr. 3843 een bestendige gedragslijn:

“dat dan alle in het bedrijf ten verkoop bestemde goederen naar dat stelsel worden gewaardeerd, en voorts, dat de toepassing niet plaats vinde in ongerechtvaardigde afwijking van een tot nog toe in het bedrijf gevolgd ander stelsel.”

In het kader van de herformulering van het fiscale winstbegrip werd de door de Hoge Raad ontwikkelde bestendigheidseis bij de Wet Belastingherziening 1950 in de wet opgenomen. Op grond van de opgenomen bepaling diende de gekozen waarderingsmethode onafhankelijk te zijn van de vermoedelijke uitkomst en mocht deze slechts worden gewijzigd als er sprake was van een bijzondere omstandigheid. De rechter hanteerde een strikte uitleg van de ‘bijzondere omstandigheid’ uit de wettekst. Dit had tot gevolg dat vele ondernemers opgezadeld bleven met een stelsel, dat zij wellicht zonder inzicht in zijn consequenties op de lange duur hadden gekozen en dat hen in een nadelige concurrentiepositie kon brengen.¹²⁹ In de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (hierna: Wet IB 1964) werd bij amendement-Kieft de ‘bijzondere omstandigheid’ uit het ontwerp verwijderd en werd opgenomen dat het stelsel gewijzigd mag worden indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt.

3.3.3 *Stelselkeuze*

Het stelsel dat wordt gekozen dient in overeenstemming te zijn met goed koopmansgebruik en mag uiteraard ook niet in strijd komen met enig ander wettelijk voorschrift.¹³⁰ De keuze dient te worden gemaakt bij de eerste aangifte als ondernemer. Als later een nieuw soort vermogensbestanddeel erbij komt, wordt het stelsel gekozen bij het opstellen van de balans waarin het actief of passief voor het eerst wordt opgenomen, maar in wezen bij het indienen van de aangifte.¹³¹ Als het gekozen stelsel niet in overeenstemming is met goed koopmansgebruik of het elementen bevat die niet conform goed koopmansgebruik zijn, dient de belastingplichtige in de gelegenheid te worden gesteld om hetzij de onjuiste elementen te wijzigen, hetzij een geheel nieuw stelsel te kiezen.¹³² Bij de stelselkeuze behoeft de ondernemer zich niet verder te binden dan noodzakelijk is met

¹²⁷ J.J.M. Jacobs, Balanscontinuïteit en foutenleer, FED: Deventer 1974, p. 16 en 17.

¹²⁸ R.P. van den Dool, Fiscale winst en stelselwijziging, TFO 1993/216, par. 1.

¹²⁹ D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, Goed koopmansgebruik, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 8.

¹³⁰ D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, Goed koopmansgebruik, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 9.

¹³¹ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, Inkomstenbelasting, Kluwer: Deventer 2009, vijfde herziene druk, p. 142.

¹³² Zie HR 8 oktober 1958, nr. 13 616, BNB 1958/352, waarin werd beslist dat belanghebbende in de gelegenheid moest worden gesteld om de onjuiste elementen te wijzigen in het gekozen stelsel. In HR 19 januari 1955, nr. 12 017, BNB 1955/67 werd de belastingplichtige de mogelijkheid geboden om een ander stelsel te kiezen.

betrekking tot de waardering op de (eerste) balansdatum. Hij is niet verplicht oplossingen te bedenken voor allerlei complicaties die zich bij de toepassing van het stelsel in de loop der jaren zouden kunnen voordoen.¹³³ Ook is het op basis van goed koopmansgebruik toegestaan om verschillende stelsels te hanteren voor verschillende bedrijfsmiddelen.¹³⁴ Als het gaat om soortgelijke vermogensbestanddelen, dan dient er in beginsel wel hetzelfde stelsel te gelden. Dit geldt echter niet voor kostbare bedrijfsmiddelen die niet continu worden aangeschaft, zoals kantoorpanden of zeeschepen. Door de beperkte vergelijkbaarheid van deze bedrijfsmiddelen met de reeds aanwezige bedrijfsmiddelen van dezelfde soort, is het mogelijk om voor elk bedrijfsmiddel een ander stelsel te hanteren.¹³⁵

3.3.4 Onafhankelijk van de vermoedelijke uitkomst

Om te voorkomen dat de belastingplichtige de keuze voor waarderingstelsels laat hangen van de behaalde winst, om zo het fiscaal gunstigste waarderingstelsel te kiezen, is bepaald dat deze onafhankelijk van de vermoedelijke uitkomst dient te zijn. Belangrijk hierbij is het onderscheid tussen van de winst afhankelijke uitgaven en de wijze van winstberekening. Slechts de laatste dient onafhankelijk van de vermoedelijke uitkomst te zijn. In sommige gevallen kan er echter wel sprake zijn van samenhang tussen beide. Een afschrijving voor bijvoorbeeld machines ‘parallel aan de productie’ kan onder omstandigheden zeker in overeenstemming zijn met goed koopmansgebruik, menen Brüll, Zwemmer en Cornelisse.¹³⁶ Soortgelijks speelde zich af in HR 3 januari 1979, nr. 19 086, BNB 1979/85, waarbij belanghebbende een afschrijving voor het bedrijfsgebouw hanteerde die afhankelijk was van de productie. De Hoge Raad besliste dat de gehanteerde afschrijving conform goed koopmansgebruik is. Volgens de Hoge Raad heeft het gebouw een zo overheersende functie voor de uitoefening van het bedrijf en is het van zo ingrijpende betekenis voor de wijze waarop het bedrijf wordt uitgeoefend, dat het verantwoord voorkomt het nettorendement van de in het gebouw ontwikkelde bedrijfsactiviteiten te zien als een weerspiegeling van het nut van het gebouw.

Als door de ondernemer een bepaald stelsel wordt gekozen met het oog op een fiscaal voordeel, hoeft dat niet te betekenen dat het stelsel zelf afhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. Zo was er in het arrest HR 14 juni 1978, nr. 18 405, BNB 1979/181 een belanghebbende die haar deelneming (100%-deelneming) niet langer op de kostprijs wenste te waarderen, maar op intrinsieke waarde. De moedermaatschappij, een verzekeringsmaatschappij, kon door de toepassing van de egalisatiereserve verzekeraars een deel van haar jaarlijkse winst onbelast reserveren. De boekwaarde van het eigen vermogen diende daarbij als maatstaf voor de dotaties aan de egalisatiereserve.¹³⁷ De moedermaatschappij had echter het maximum dat zij kon reserveren op basis van haar eigen vermogen al bereikt. Het benodigde eigen vermogen, om de komende jaren toch te kunnen blijven doteren aan de egalisatiereserve, wilde zij tevoorschijn laten komen door het opwaarderen van haar deelneming.¹³⁸ Zodoende wenste ze haar deelneming te waarderen op intrinsieke waarde. De waardering op

¹³³ HR 19 juni 1957, nr. 13 149, BNB 1957/240.

¹³⁴ HR 14 juni 1978, nr. 18 405, BNB 1979/181.

¹³⁵ D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, Goed koopmansgebruik, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 10.

¹³⁶ D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, Goed koopmansgebruik, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 11.

¹³⁷ Eén van de voorwaarden die werden gesteld voor de toepassing van de reserve is dat evenveel winst als werd gereserveerd ook daadwerkelijk opzij werd gelegd.

¹³⁸ De opwaardering zou onbelast zijn als gevolg van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet Vpb 1969.

intrinsieke waarde had tot gevolg dat dotaties aan de egaliseringsreserve niet werden verhinderd door de lage boekwaarde van het eigen vermogen. Het stelsel is in dit geval niet afhankelijk van de vermoedelijke uitkomst, omdat het geenszins vaststaat dat de intrinsieke waarde steeds de kostprijs zal overtreffen.¹³⁹

3.4 Stelselwijziging

3.4.1 Algemeen

Een eenmaal gekozen stelsel zal (en behoeft) niet altijd ongewijzigd te blijven. Er kunnen diverse redenen zijn voor het wijzigen van het stelsel, bijvoorbeeld omdat het toepassen van het nieuwe stelsel een administratieve lastenverlichting tot gevolg heeft. Het onderscheid in de reden voor de stelselwijziging is belangrijk, aangezien de fiscale consequenties daarvan mede afhankelijk zijn.

Zoals in paragraaf 3.3.3 is aangegeven zal het stelsel dat een vennootschap kiest in overeenstemming moeten zijn met goed koopmansgebruik en niet in strijd mogen zijn met enig ander wettelijk voorschrift. Voldoet het gekozen stelsel niet aan die voorwaarden, dan is de vennootschap verplicht om over te stappen op een stelsel dat wel in overeenstemming is met goed koopmansgebruik. Ook is het mogelijk dat een stelsel dat initieel in overeenstemming was met goed koopmansgebruik, dat op enig moment niet meer is. Dit gebeurt in de meeste gevallen door een wijziging in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Bij dergelijke stelselwijzigingen zorgt de Hoge Raad dan ook voor een overgangsrecht voor de wijze waarop de vennootschap daarmee om moet gaan.

Tot slot is er ook de mogelijkheid om vrijwillig een ander stelsel te kiezen dat in overeenstemming is met goed koopmansgebruik, terwijl het oude stelsel dit ook was. Daarbij is het niet noodzakelijk dat het nieuwe stelsel tot een betere wijze van winstbepaling leidt.¹⁴⁰ Evenmin is een bijzondere omstandigheid, zoals een wetswijziging, vereist om tot een stelselwijziging over te gaan.¹⁴¹ Deze facultatieve stelselwijziging staat centraal in dit onderzoek. De ondernemer wil in het zicht van verliesverdamping één of meer tot dan toe gehanteerde stelsels wijzigen, waarmee de verliesverrekeningsrechten die verloren dreigden te gaan alsnog kunnen worden geëffectueerd. Hieronder zal worden ingegaan op de voorwaarden die gesteld worden voor het doorvoeren van een stelselwijziging.

3.4.2 Voorwaarden stelselwijziging

Art. 3.25 Wet IB 2001 geeft aan dat een bestendige gedragslijn gewijzigd mag worden indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt. De jaarwinstbepaling dient een zekere consistente lijn te vertonen. Uit de wetsgeschiedenis van de Wet IB 1964 blijkt dat de wetgever wilde voorkomen dat een stelselwijziging zou plaatsvinden op basis van willekeur of louter op fiscale gronden.

Van de beide genoemde elementen is de factor willekeur het eenvoudigst. Indien een belastingplichtige zijn waarderingsstelsel zonder aanwijsbare reden, en eventueel zelfs herhaaldelijk, wijzigt, is er sprake van willekeur en zal de stelselwijziging niet geoorloofd zijn. Omtrent de tweede voorwaarde, dat een stelselwijziging niet mag plaatsvinden op louter fiscale gronden, was enige discussie mogelijk. Aangezien het fiscale waarderingsstelsel

¹³⁹ D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, Goed koopmansgebruik, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 11.

¹⁴⁰ Dat blijkt onder andere uit het arrest HR 14 januari 1970, nr. 16 270, BNB 1970/68.

¹⁴¹ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuiver, Inkomstenbelasting, Kluwer: Deventer, 2009, vijfde herziene druk, p. 143.

dient ter vaststelling van de belastbare winst en als zodanig geen functie heeft voor de waardering in de commerciële jaarrekening,¹⁴² zal de keuze voor een fiscaal stelsel en ook de wijziging daarvan vrijwel steeds uitsluitend door fiscale motieven zijn ingegeven.¹⁴³ Het was dan ook slechts een kwestie van tijd voordat de Hoge Raad hier een oordeel over zou vellen.

In HR 14 januari 1970, nr. 16 270, BNB 1970/68 werd door de Hoge Raad een verdere invulling gegeven aan ‘louter fiscale gronden’. Het betrof in dit arrest een belastingplichtige die zijn stelsel van voorraadwaardering wilde veranderen, zodat voortaan het constante deel van de algemene kosten uit de kostprijs geëlimineerd zou worden. De Hoge Raad gaf aan dat goed koopmansgebruik een stelselwijziging van een op zichzelf aanvaardbaar stelsel van winstberekening naar een ander zodanig voor de desbetreffende onderneming geschikt stelsel rechtvaardigt, mits niet naar willekeur en louter op fiscale gronden tot stelselwijziging wordt besloten. De Hoge Raad overwoog:

“dat daarbij - nu wijziging door de belastingplichtige van zijn systeem van fiscale winstberekening op andere dan fiscale gronden door de wetgever nauwelijks kan zijn verondersteld – de voorwaarde, dat niet louter op fiscale gronden tot stelselwijziging mag worden besloten, in de gedachtegang van de wetgever moet beduiden, dat de overgang naar een ander stelsel van winstberekening niet gericht mag zijn op het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel.”

Met deze beslissing van de Hoge Raad is de stelling dat stelselwijziging niet mocht zijn ingegeven door fiscale gronden, zoals dat bleek uit de wetsgeschiedenis van de Wet IB 1964, dus aanzienlijk beperkt. De Hoge Raad gaf invulling aan ‘louter fiscale gronden’ door het introduceren van een nieuw begrip: ‘incidenteel fiscaal voordeel’.

3.4.3 Literatuur en jurisprudentie over ‘incidenteel fiscaal voordeel’

Na het arrest BNB 1970/68 is de vraag gerezen wat incidenteel fiscaal voordeel precies inhoudt. Behalve in de jurisprudentie op het gebied van stelselwijzigingen duikt het begrip in de Nederlandse wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur op diverse plaatsen op.¹⁴⁴ Net zoals bij stelselwijziging blijkt het doel van het introduceren van het begrip incidenteel fiscaal voordeel steeds te zijn, dat een bepaald door de belastingplichtige beoogd rechtsgevolg niet wordt toegestaan indien dit rechtsgevolg gericht is op het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel. Hoewel ‘incidenteel fiscaal voordeel’ op vele plaatsen in de wetgeving opduikt, is het begrip nooit echt duidelijk toegelicht door de wetgever. De Vries en Post kaarten aan dat een grammaticale interpretatie van alleen de term ‘incidenteel’ al geen duidelijkheid verschaft.¹⁴⁵ Jacobs stelt dat we onder ‘incidenteel fiscaal voordeel’ waarschijnlijk dienen te verstaan, *“een bewuste, eenzijdig in het voordeel van belanghebbende werkende verandering die slechts voor een enkel jaar van betekenis is”*.¹⁴⁶

¹⁴² Voor kleine ondernemingen is het echter wel toegestaan om hun fiscale jaarrekening ook te gebruiken als vennootschappelijke jaarrekening.

¹⁴³ D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, Goed koopmansgebruik, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 12.

¹⁴⁴ Voor een overzicht hiervan verwijs ik naar R.J. de Vries en D.R. Post, Naar een convergerend begrip “incidenteel fiscaal voordeel”, WFR 2010/960, par. 2.

¹⁴⁵ R.J. de Vries en D.R. Post, Naar een convergerend begrip “incidenteel fiscaal voordeel”, WFR 2010/960, par. 2.

¹⁴⁶ J.J.M. Jacobs, Balanscontinuïteit en foutenleer, FED: Deventer 1974, p. 18.

Er zijn diverse rechterlijke beslissingen te vinden over het begrip ‘incidenteel fiscaal voordeel’. Zo was er in HR 3 juni 1970, nr. 16 357, BNB 1970/176 een architect die wenste over te gaan tot een stelselwijziging met betrekking tot de post onderhanden opdrachten, welke wijziging zou leiden tot een aanzienlijk lagere jaarwinst over 1965. De architect en de overige leden van de maatschap hielden met ingang van 1 januari 1966 op hun onderneming voor eigen rekening te drijven. Per die datum werd de onderneming ingebracht in een NV. Ten tijde van de fiscale winstberekening betreffende het jaar 1965 en bij het doen van de aangifte wist de architect dat de wijziging van het waarderingsstelsel slechts betekenis zou hebben voor de winstberekening van één jaar. De stelselwijziging zou zoals gezegd tot gevolg hebben dat de winst over het jaar 1965 substantieel lager zou uitpakken dan het geval zou zijn geweest bij de winstberekening volgens het oorspronkelijke stelsel, terwijl zijn stakingswinst bij inbreng in de NV eenzelfde bedrag hoger was. Onder de toepassing van de Wet IB 1964 werd deze stakingswinst tegen een bijzonder tarief belast. Het incidentele voordeel voor de architect was derhalve gelegen in de omzetting van progressief belaste gewone jaarwinst in proportioneel belaste stakingswinst tot hetzelfde bedrag. De Hoge Raad oordeelde dat deze stelselwijziging gericht was op het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel en stond de stelselwijziging niet toe, ook al was het door belanghebbende gewenste nieuwe stelsel als zodanig in overeenstemming met goed koopmansgebruik. Uit dit arrest blijkt eveneens dat het moment van de fiscale winstberekening en het moment waarop de aangifte wordt gedaan doorslaggevend is voor de beoordeling van de vraag of het nieuwe stelsel in de navolgende jaren zal worden gevolgd. Dit komt naar mijn idee duidelijk naar voren in de volgende overweging:

“dat – naar het Hof hieruit heeft afgeleid belanghebbende, ten tijde van de fiscale winstberekening over 1965 en bij het doen van zijn aangifte voor dit jaar wist dat de wijziging van het waarderingsstelsel slechts betekenis had voor de berekening van de jaarwinst over een jaar.”

Uit het feit dat de belastingplichtige ten tijde van de winstberekening over het jaar 1965 en bij het doen van zijn aangifte al wist dat het nieuwe stelsel niet langer zou worden gevolgd leidt de Hoge Raad af dat de beoogde stelselwijziging slechts bedoeld kon zijn om een incidenteel fiscaal voordeel te behalen. De hierboven geciteerde overweging houdt echter niet in dat als het nieuwe stelsel langer dan één jaar wordt gevolgd de stelselwijziging zonder meer zou worden toegelaten. Dat blijkt onder andere uit HR 10 september 1986, nr. 23500, BNB 1986/323, waarin belanghebbende de voorraadwaardering wilde wijzigen in het zicht van de omzetting van de persoonlijke onderneming in een BV. De belanghebbende wenste twee jaar voor de bedoelde omzetting over te gaan tot een wijziging van het tot dusver door hem voor de jaarlijkse winstberekening gevolgde stelsel, door welke wijziging een gedeelte van de winst dat zonder de wijziging tegen het hoogste progressieve tarief zou worden belast, wordt omgezet in inkomsten welke op een later tijdstip tegen een lager tarief zullen worden belast. De Hoge Raad besliste dat hier sprake was van een incidenteel fiscaal voordeel, waardoor de stelselwijziging geen doorgang kon vinden. Dat in het onderhevige geval het nieuwe stelsel, in tegenstelling tot BNB 1970/176, langer dan één jaar werd gevolgd mocht echter niet baten.¹⁴⁷

Een stelselwijziging met gevolgen die zich uitstrekken over een periode van meer jaren is in beginsel niet gericht op het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel, concluderen De Vries en Post op basis van de

¹⁴⁷ In HR 12 juni 1972, nr. 16 659, BNB 1972/63 werd het nieuwe stelsel ook langer dan één jaar, achttien maanden om precies te zijn, gevolgd. Ook hier kon de stelselwijziging geen doorgang vinden doordat belanghebbende een incidenteel fiscaal voordeel beoogde.

jurisprudentie.¹⁴⁸ Dat leiden ze af uit BNB 1979/181, welk arrest al aan bod is gekomen in paragraaf 3.3.4. De zaak betrof een belanghebbende die haar deelneming (100%) wilde waarderen op intrinsieke waarde, om zo de navolgende jaren te kunnen blijven doteren aan de egaliseringsreserve. De Hoge Raad besliste dat er geen sprake was van het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel, omdat de stelselwijziging tot gevolg heeft dat niet slechts in het jaar van wijziging, maar ook in volgende jaren, dotaties aan de egaliseringsreserve niet worden verhinderd door de lage boekwaarde van het eigen vermogen. A-G Van Soest was in zijn conclusie bij dit arrest tot dezelfde slotsom gekomen. Hij gaf aan dat de stelselwijziging weliswaar wel een fiscaal voordeel opleverde, maar dit voordeel niet incidenteel was. Van den Dool merkt op basis van dit arrest op dat er geen sprake kan zijn van incidenteel fiscaal voordeel als het nieuwe stelsel ook in de navolgende jaren zal worden gevolgd.¹⁴⁹ Naar mijn idee is het niet van doorslaggevend belang hoelang het nieuwe stelsel zal worden gevolgd, maar dient beoordeeld te worden of het nieuwe stelsel gevolgen heeft voor de navolgende jaren. In het hierboven genoemde arrest bestond het voordeel voor de belastingplichtige in de mogelijkheid dat niet slechts in het jaar van de stelselwijziging, maar ook in de navolgende jaren kon worden gedoteerd aan de egaliseringsreserve. Ingeval er een min of meer eenmalig voordeel wordt behaald door middel van een stelselwijziging, terwijl het nieuwe stelsel ook in de navolgende jaren toepassing vindt maar dit stelsel verder geen voordelen met zich brengt voor de winstberekening over die jaren, kan er naar mijn mening nog steeds sprake zijn van een incidenteel fiscaal voordeel.

Ook werd een aantal keren door de Hoge Raad beslist dat door de belastingplichtige geen incidenteel fiscaal voordeel werd beoogd, terwijl de inspecteur van mening was dat de stelselwijziging werd toegepast met het oog op een incidenteel fiscaal voordeel. Zo was er in HR 10 juni, nr. 16 310, BNB 1970/177 een belastingplichtige die zijn obligaties, die tot dan toe altijd op aankoopkoers waren gewaardeerd, met ingang van 1965 wilde waarderen op lagere beurskoers, welke wijziging voor dat jaar een zeer groot fiscaal verlies zou meebrengen. De Hoge Raad oordeelde dat goed koopmansgebruik niet gebiedt om ter vermijding van dit fiscaal verlies, welk verlies in voorgaande jaren tot uitdrukking zou zijn gekomen indien het nieuwe stelsel al eerder was gevolgd, een stelselwijziging achterwege te laten. Als vervolg op dit arrest werd door Hof 's-Gravenhage overwogen dat hier niet een incidenteel fiscaal voordeel werd beoogd, daar de toepassing van het nieuwe stelsel van jaar tot jaar, naargelang de beurskoersen fluctueren, fiscaal voor- en nadeel zal opleveren aan belanghebbende.¹⁵⁰ In Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 1973, nr. 635/1972, BNB 1974/46 werd eveneens beslist dat de stelselwijziging doorgang kon vinden. In deze zaak wenste belanghebbende een egaliseringsreserve te vormen voor groot onderhoud van een bioscoopgebouw. De inspecteur was van mening dat er sprake was van incidenteel fiscaal voordeel. Belanghebbende zou met het oog op zijn leeftijd rekening houden met de mogelijkheid van zijn overlijden en zou er daarom naar streven gewone winst om te zetten in overlijdenswinst. Het Hof was een andere mening toegedaan en oordeelde dat niet is gebleken dat belanghebbende uitsluitend tot het vormen van de reserve is overgegaan om een incidenteel fiscaal voordeel te behalen.

Uit de jurisprudentie komt verder naar voren dat het uitstellen van belastingheffing niet wordt aangemerkt als het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel. Dat blijkt uit BNB 1970/68, waarbij de Hoge Raad overwoog:

¹⁴⁸ R.J. de Vries en D.R. Post, Naar een convergerend begrip "incidenteel fiscaal voordeel", WFR 2010/960, par. 3.3.

¹⁴⁹ R.P. van den Dool, Fiscale winst en stelselwijziging, TFO 1993/216, par. 4.

¹⁵⁰ Hof 's-Gravenhage 14 mei 1974, nr. 14/1971, BNB 1974/195.

“dat de betaling van de belasting over het aldus uitgeschakelde deel van de kostprijs wordt verschoven naar het moment waarop door de afzet van de producten de middelen zijn verkregen om die belasting te voldoen; dat dit betekent, dat de stelselwijziging niet gericht was op het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel.”

Dat het verschuiven van belastingheffing naar de toekomst geen incidenteel fiscaal voordeel oplevert was eveneens de beslissing in Hof Leeuwarden 18 september 1981, nr. 69/80, BNB 1982/307. Belanghebbende wenste voor het eerst per balansdatum 31 december 1976 rekening te houden met vakantiegeden. Vervolgens werd per 10 januari 1977 de onderneming ingebracht in een BV en bedong belanghebbende in verband met de stakingswinst een stamrecht. Door rekening te houden met vakantiegeden viel de winst over 1976 lager uit. Van het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel was hier volgens het Hof geen sprake, omdat de lagere progressief belaste winst over 1976, welke uit de stelselwijziging voortvloeit, gestalte krijgt in de vorm van in de toekomst te ontvangen progressief belaste periodieke uitkeringen op grond van het stamrecht. Uit het voorgaande blijkt naar mijn idee wel dat aan het begrip ‘voordeel’ een beperkte betekenis wordt toegedicht in de jurisprudentie.

Uit de hierboven behandelde jurisprudentie kan worden opgemaakt dat bij een omzetting van (een deel van) de progressief belaste winst in inkomsten die naar een lager tarief worden belast een incidenteel fiscaal voordeel wordt behaald.¹⁵¹ Bij een dergelijke omzetting wordt de belastingheffing over een deel van de totaalwinst aanmerkelijk verlicht. Daarnaast volgt uit het voorgaande dat bij een stelselwijziging met gevolgen voor een periode van meer jaren in beginsel geen sprake is van een incidenteel fiscaal voordeel. Deze conclusie zal echter niet op alle situaties van toepassing kunnen zijn naar mijn idee. Bij het voorkomen van verliesverdamping door middel van een stelselwijziging denk ik niet dat de Hoge Raad, mits wordt besloten dat met een dergelijke stelselwijziging een incidenteel fiscaal voordeel wordt behaald, een onderscheid zal maken tussen het voorkomen van het verdampen van één jaarverlies (wél incidenteel fiscaal voordeel) en het voorkomen van het verdampen van meer jaarverliezen (geen incidenteel fiscaal voordeel).

3.4.4 Incidenteel fiscaal nadeel

In het kader van dit onderzoek rijst de vraag of het voorkomen van verliesverdamping door middel van een stelselwijziging een incidenteel fiscaal voordeel oplevert. In de literatuur wordt voornamelijk betoogd dat met een stelselwijziging ter voorkoming van verliesverdamping geen incidenteel fiscaal voordeel wordt behaald, maar slechts wordt voorkomen dat een incidenteel fiscaal nadeel, het verloren gaan van de verliesverrekeningsrechten, wordt opgelopen.¹⁵²

De Bont is één van de auteurs die deze mening is toegedaan.¹⁵³ Hij geeft aan dat bij een stelselwijziging ter voorkoming van verliesverdamping niet gesproken kan worden van een voordeel. Indien we een vergelijking

¹⁵¹ Hierbij moet wel vermeld worden dat een dergelijke omzetting, waarbij een deel van de progressief belaste winst wordt omgezet in inkomsten die naar een lager tarief worden belast, heden ten dage niet voor de hand ligt, omdat er geen sprake meer is van een bijzonder tarief bij de belastingheffing naar winst.

¹⁵² Zie in dit kader onder andere R.J. de Vries en D.R. Post, Naar een convergerend begrip “incidenteel fiscaal voordeel” WFR 2010/960 en G.J.M.E. de Bont, Herwaarderen op hogere bedrijfswaarde, indien compensabele verliezen dreigen te verdampen, WFR 1994/238.

¹⁵³ G.J.M.E. de Bont, Herwaarderen op hogere bedrijfswaarde, indien compensabele verliezen dreigen te verdampen, WFR 1994/238, par. 3.3.

maken tussen de situaties waarin wel een stelselwijziging is doorgevoerd en een geval waarin dit niet zou zijn gebeurd, kan een voordeel worden geconstateerd dat uit de stelselwijziging voortvloeit. Dit is echter niet de juiste bepaling van het voordeel, betoogt De Bont. Hij geeft naar mijn idee terecht aan dat het voordeel veeleer benaderd dient te worden vanuit de conceptie van de totaalwinst, die aan de heffing van ondernemingen ten grondslag ligt. In de bovengenoemde jurisprudentie waarbij werd beslist dat er sprake was van een incidenteel fiscaal voordeel, werd de belastingheffing over een deel van deze totaalwinst aanmerkelijk verlicht.¹⁵⁴ Met de mogelijkheid tot verliesverrekening is getracht te voorkomen dat de totaalwinst onevenredig zwaar zou worden belast. Dit zou dan mijns inziens ook het startpunt moeten zijn voor de benadering van het voordeel en het nadeel. Wordt een verlies op een gegeven moment onverrekenbaar doordat de wettelijke termijnen voor verliescompensatie zijn verstreken, dan wordt er meer winst in de heffing betrokken dan de daadwerkelijk gemaakte totaalwinst. De totaalwinst van de belastingplichtige wordt zo onevenredig zwaar belast naar mijn idee. Het niet kunnen verrekenen van de verliezen levert zodoende een nadeel op voor de belastingplichtige. Een stelselwijziging in verband met dreigende verliesverdamping leidt derhalve niet tot het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel, maar het zorgt er slechts voor dat een incidenteel fiscaal nadeel wordt voorkomen. Naar de mening van Meussen hebben de begrippen ‘incidenteel fiscaal voordeel’ en ‘incidenteel fiscaal nadeel’ echter betrekking op dezelfde situatie.¹⁵⁵ Brüll, Zwemmer en Cornelisse merken evenals Meussen op dat een stelselwijziging in het jaar waarin verliezen onverrekenbaar dreigen te worden een incidenteel fiscaal voordeel oplevert.¹⁵⁶

Net zoals De Bont benadert ook Essers het begrip ‘incidenteel fiscaal voordeel’ vanuit het totaalwinstbeginsel.¹⁵⁷ Volgens Essers dient het vermijden van het verloren gaan van fiscale verliesverrekeningscapaciteit te worden geplaatst in het streven van de wetgever om uiteindelijk niet minder maar ook niet méér dan de totaalwinst in de heffing te betrekken. Het recht doen aan de totaalwinst (lees: het voorkomen van verliesverdamping door middel van een stelselwijziging) mag volgens Essers dan ook niet worden tegengehouden door de fiscus met een beroep op incidenteel fiscaal voordeel. Tegen de argumentatie van Essers kan worden ingebracht dat het streven van de wetgever om niet méér dan de totaalwinst in de heffing te betrekken niet terugkomt in de beperkte termijnen van verliescompensatie. Het feit dat op diverse plaatsen in de Wet Vpb 1969, om uiteenlopende redenen, een inbreuk wordt gemaakt op het totaalwinstbeginsel neemt naar mijn mening niet weg dat het wettelijke uitgangspunt van de Wet Vpb 1969 is gebaseerd op totaalwinst. Zoals al hiervoor betoogd zal daarbij in beginsel een in de tijd onbeperkte verliescompensatie mogelijk moeten zijn. Doelmatigheidsoverwegingen hebben echter geleid tot een beperking van de termijnen van verliesverrekening.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Hiervoor verwijs ik naar de reeds in paragraaf 3.4.3 behandelde arresten HR 3 juni 1970, nr. 16 357, BNB 1970/176, HR 12 juni 1972, nr. 16 659, BNB 1972/63 en HR 10 september 1986, nr. 23 500, BNB 1986/323.

¹⁵⁵ Meussen geeft aan dat er geen verschil is tussen het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel en het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel. “*Semantisch gezien kan men wel betogen dat dit te beschouwen is als het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel, toch het heeft in wezen betrekking op dezelfde situatie.*” G.T.K. Meussen, *Werken aan winst: Over waarderingsperikelen, afschrijvingsvraagstukken en voorkoming van verliesverdamping*, Tribuut 2006/06, par. 4.

¹⁵⁶ D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, *Goed koopmansgebruik*, FED: Deventer 2008, zevende druk, p. 14. In de achtste druk wordt dit overigens niet meer opgemerkt. Zie D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, *Goed koopmansgebruik*, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 14.

¹⁵⁷ P.H.J. Essers, *In de nood leert men zijn vrienden kennen*, NTFR 2009/2131.

¹⁵⁸ Zie par. 2.6 en 2.7.

Volgens De Vries en Post ligt het antwoord op de vraag of er verschil bestaat tussen het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel en het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel verscholen in BNB 1970/68.¹⁵⁹ Naar hun mening heeft de Hoge Raad in BNB 1970/68 een limitatieve omschrijving gegeven van de omstandigheid waaronder een stelselwijziging binnen de kaders van goed koopmansgebruik geoorloofd is, namelijk in gevallen waarin geen sprake is van willekeur en geen incidenteel fiscaal voordeel wordt nagestreefd. De Vries en Post zien wel degelijk een verschil tussen het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel en het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel. Zij omschrijven de begrippen als volgt:

*“Met het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel wordt naar onze mening bedoeld het behalen van een – min of meer – eenmalig fiscaal voordeel (bijvoorbeeld het realiseren van een (eenmalig) tariefvoordeel of het creëren van een (eenmalige) fiscale aftrekpost) dat zonder de stelselwijziging niet mogelijk zou zijn geweest. Het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel houdt ons inziens het treffen van maatregelen in waarmee wordt getracht te voorkomen dat – min of meer – eenmalig beperkend uitpakkende fiscale voorschriften (bijvoorbeeld het verstrijken in een bepaald jaar van de (in de tijd beperkte) termijn voor voorwaartse verliesverrekening) in werking treden.”*¹⁶⁰

Ook al kan een incidenteel fiscaal nadeel eveneens gebaseerd zijn op louter een fiscale overweging, is het er niet één in de zin van BNB 1970/68 volgens De Vries en Post. Volgens hen is het begrip ‘louter fiscale grond’ door de Hoge Raad limitatief ingevuld als zijnde het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel. Met De Vries en Post ben ik het eens dat het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel iets anders is dan het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel. Voorts denk ik dat de Hoge Raad in de in paragraaf 3.4.3 behandelde jurisprudentie waarin beslist werd dat belanghebbenden een incidenteel fiscaal voordeel beoogden, met het oog op de belangen van de fiscus niet heel anders had moeten beslissen. Als de Hoge Raad de stelselwijzigingen had toegestaan, zou dat namelijk een vrijbrief zijn geweest om snel een stelselwijziging door te voeren vlak voor de overdracht of staking van de onderneming, waarmee de belastingdruk aanzienlijk gedrukt kon worden. Door dit oneigenlijke gebruik van het tariefvoordeel zouden de belangen van de fiscus onredelijk zijn geschaad. Bij het voorkomen van verliesverdamping is hier naar mijn idee geen sprake van. Zoals ik in hoofdstuk 2 al betoogde, heeft de wetgever met het totaalwinstbeginsel niet alleen willen bewerkstelligen dat er geen winstbestanddelen buiten de heffing vallen, maar heeft zo ook willen voorkomen dat er meer winst in de heffing wordt betrokken dan de daadwerkelijk gemaakte totaalwinst. Om dit te verwezenlijken is daar de mogelijkheid van verliesverrekening. Als de belastingplichtige dan rechtshandelingen verricht om de verliesverrekeningsrechten die verloren dreigen te gaan alsnog te kunnen effectueren, zou dit allerminst afbreuk doen aan de belangen van de fiscus naar mijn idee. Sterker nog, het kunnen verrekenen van de verliezen zou juist recht doen aan het totaalwinstprincipe. Mijns inziens voorkomt de belastingplichtige in dit geval slechts dat de fiscus een voordeel toekomt waar de fiscus in beginsel, op basis van het totaalwinstbeginsel, geen recht op heeft.

De vraag of er een verschil bestaat tussen het behalen van incidenteel fiscaal voordeel en het voorkomen van incidenteel fiscaal nadeel wordt niet beantwoord door de tot op heden gewezen jurisprudentie van de Hoge Raad. Wel hebben enkele gerechtshoven hier uitspraak over gedaan. In Hof ’s-Hertogenbosch 26 mei 1989, nr. 1318/1988, BNB 1991/11 wilde belanghebbende, een BV opgericht op 27 maart 1984, een kort boekjaar

¹⁵⁹ R.J. de Vries en D.R. Post, Naar een convergerend begrip “incidenteel fiscaal voordeel” WFR 2010/960, par. 3.4.

¹⁶⁰ R.J. de Vries en D.R. Post, Naar een convergerend begrip “incidenteel fiscaal voordeel” WFR 2010/960, par. 3.4.

inlassen, om de voorraad- en vermogensaftrek voor een jaar niet verloren te laten gaan. Alle activa en passiva waren naar de toestand per 1 januari 1983 met toepassing van art. 14 Wet Vpb 1969 ingebracht in belanghebbende. Vanaf die datum kon de overdragende vennootschap geen aanspraak maken op toepassing van de voorraad- en vermogensaftrek. Het eerste boekjaar van belanghebbende liep van 27 maart 1984 tot en met 31 maart 1984. Bij de aangifte vroeg belanghebbende voorraadaftrek per 1 januari 1983. Voor het volgende boekjaar, dat liep vanaf 1 april 1984 tot en met 31 december 1984, vroeg belanghebbende voorraad- en vermogensaftrek per 1 april 1984. De inspecteur legde echter een aanslag op over een boekjaar van 27 maart 1984 tot en met 31 december 1984 en verleende dus slechts eenmaal de voorraad- en vermogensaftrek. De inspecteur was van mening dat belanghebbende een incidenteel fiscaal voordeel beoogde, op grond waarvan hij het inlassen van een kort boekjaar niet toestond. Het Hof besliste dat belanghebbende met de tussenvoeging van een kort boekjaar heeft getracht een incidenteel fiscaal nadeel, namelijk het verloren gaan van voorraad- en vermogensaftrek voor een jaar, te voorkomen, hetgeen niet in strijd met goed koopmansgebruik moet worden geacht.¹⁶¹ Tot cassatie is het in deze procedure niet gekomen.

In een soortgelijke zaak kwam het Hof Amsterdam 10 november 1992, nr. 1518/91, BNB 1994/123 eveneens tot de conclusie dat het inlassen van een kort boekjaar teneinde de voorraad- en vermogensaftrek te kunnen genieten, niet in strijd was met goed koopmansgebruik.¹⁶² Anders dan de inspecteur had betoogd, werd naar de mening van het Hof geen incidenteel fiscaal voordeel beoogd, maar werd slechts geprobeerd een incidenteel fiscaal nadeel te voorkomen. In tegenstelling tot BNB 1991/11 kwam deze zaak wel voor de Hoge Raad.¹⁶³ De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van de Staatssecretaris. Dit gebeurde echter op andere gronden dan waarop het Hof de uitspraak baseerde. Daardoor hoefde de Hoge Raad niet meer in te gaan op de betekenis van het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel. In ieder geval lijkt uit dit arrest wel opgemaakt te kunnen worden dat het inlassen van een kort boekjaar, waarmee de belastingplichtige een extra jaar voorraad- en vermogensaftrek genoot, geen incidenteel fiscaal voordeel heeft opgeleverd.

Verwijzend naar de opvatting van het Hof 's-Hertogenbosch en het Hof Amsterdam betreffende ' incidenteel fiscaal nadeel' merkt A-G Wattel in zijn conclusie bij het arrest HR 18 december 2009, nr. 44 021, BNB 2010/79 het volgende op: *“Deze opvatting is, voor zover mijn bekend, niet met zoveel woorden door u bevestigd.”*¹⁶⁴ Dit baseert hij op HR 27 januari 1993, nr. 28 708, BNB 1993/119, waarin het invoegen van een kort boekjaar teneinde de voorraad- en vermogensaftrek te kunnen genieten werd toegestaan door de Hoge Raad. Hoewel de Hoge Raad zich tot nog toe niet expliciet heeft uitgelaten over de vraag of er een verschil bestaat tussen het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel en het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel, vormt de beslissing in BNB 1993/119 naar mijn idee wel een sterke aanwijzing dat de Hoge Raad wel degelijk een verschil ziet. Dit geldt naar mijn idee ook voor de beslissing in BNB 1994/123. Weliswaar verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep op andere gronden, maar de belastingplichtige werd wel toegelaten om een kort

¹⁶¹ Redactie Vakstudie Nieuws is overigens van mening dat hier wel een incidenteel fiscaal voordeel wordt behaald. Als reden wordt aangevoerd dat als partijen bewust kiezen voor een voorperiode, zij naast de voordelen ook de nadelen dienen te accepteren. Tegen die achtergrond wordt in het onderhevig geval wel een incidenteel fiscaal voordeel behaald is de conclusie van de Redactie Vakstudie Nieuws. Zie hiervoor Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 1989, nr. 1318/1988, V-N 1990/202, 13.

¹⁶² De uitspraak van het Hof is opgenomen in BNB 1994/123.

¹⁶³ HR 2 maart 1994, 29 316, BNB 1994/123.

¹⁶⁴ Conclusie A-G Wattel bij HR 18 december 2009, nr. 44 021, BNB 2010/79, onderdeel 8.12 en 8.14.

boekjaar in te lassen om de voorraad- en vermogensaftrek te kunnen genieten. In BNB 2010/79 kwam de vraag van A-G Wattel echter niet aan de orde. Zodoende hoefde de Hoge Raad niet in te gaan op het begrip ‘incidenteel fiscaal nadeel’.

3.4.5 *Beleid met betrekking tot stelselwijziging in verband met dreigende verliesverdamping*

Zoals hiervoor aangegeven is het mogelijk om de bestendige gedragslijn te wijzigen indien er geen sprake is van willekeur en de stelselwijziging niet gericht is op het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel. Of het voorkomen van verliesverdamping door middel van een stelselwijziging een incidenteel fiscaal voordeel oplevert is noch expliciet bevestigd noch expliciet ontkracht door de Staatssecretaris. Ook de Hoge Raad heeft zich er nog niet over uitgelaten. De interpretatie van de Hoge Raad zal nog wel even op zich laten wachten, gezien de recente uitlatingen van de Staatssecretaris in het beleidsbesluit van 16 februari 2012.¹⁶⁵ Hierin deed hij de toezegging dat de inspecteurs zich bij de beoordeling niet lichtvaardig op het standpunt zullen stellen dat de stelselwijziging in verband met dreigende verliesverdamping is gericht op het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel. Dit was de invulling die de Staatssecretaris gaf aan wat zijn ambtsvoorganger in de Eerste Kamer had gezegd naar aanleiding van vragen van de heer Essers.¹⁶⁶ Essers vroeg om een soepele opstelling van de fiscus als het gaat om methoden ter voorkoming van verliesverdamping.¹⁶⁷ Daarbij wees Essers erop dat een stelselwijziging in het licht van voorkoming van verliesverdamping niet mag worden afgewezen met het argument dat er sprake zou zijn van een incidenteel fiscaal voordeel. In plaats van een incidenteel fiscaal voordeel is naar zijn mening sprake van het voorkomen dat er, in het licht van het totaalwinstbeginsel, een incidenteel fiscaal nadeel wordt opgelopen. Daarop gaf de ambtsvoorganger van de Staatssecretaris aan dat hij de stelling dat niet meer maar ook niet minder dan de behaalde totaalwinst in de heffing betrokken dient te worden, te absoluut vindt en merkte vervolgens het volgende op:

“De beperking van de termijnen van verliescompensatie is een welbewuste wettelijke inbreuk op het uitgangspunt dat er wordt geheven over de totaalwinst. Als de belastingplichtige verliesverdamping tracht te voorkomen binnen de kaders van wet en jurisprudentie heb ik daar geen enkel bezwaar tegen. De Belastingdienst zal zich daarbij redelijk en constructief, om de woorden van de heer Essers maar weer eens te gebruiken, opstellen. Ik ga daarbij van uit dat het gaat om eigen verlies van de onderneming en niet om gekochte verliezen. Er is ook geen bezwaar tegen een stelselwijziging als je als belastingplichtige daarbij het bedrijfseconomische waarderingssysteem wijzigt ter voorkoming van verliesverdamping, mits die wijziging in overeenstemming is met goed koopmansgebruik en mits het gaat om eigen verlies. Die twee toezeggingen kan ik doen.”¹⁶⁸

De bewindsman gaf niet aan of het voorkomen van verliesverdamping door middel van een stelselwijziging beschouwd kan worden als het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel. Echter, uit zijn woorden lijkt wel opgemaakt te kunnen worden dat een stelselwijziging in verband met dreigende verliesverdamping zal worden toegestaan door de fiscus. En deze lijn werd tevens aangehouden in het besluit van 16 februari 2012. Helaas is ook in het besluit van 16 februari 2012 niet ingegaan op de vraag of het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel iets anders is dan het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel.

¹⁶⁵ Besluit van 16 februari 2012, nr.BLKB 2012/8M, BNB 2012/98.

¹⁶⁶ Handelingen I, 2009/2010, nr. 14, p. 506.

¹⁶⁷ Handelingen I, 2009/2010, nr. 14, p. 490.

¹⁶⁸ Handelingen I, 2009/2010, nr. 14, p. 506.

Naar aanleiding van het vorenstaande kan naar mijn mening geconcludeerd worden dat een stelselwijziging ter voorkoming van verliesverdamping zal worden toegestaan door de fiscus, mits het gaat om eigen verliezen en er geen sprake is van willekeur. Het antwoord op de vraag of de stelselwijziging gericht is op het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel, lijkt voor een stelselwijziging in relatie tot de voorkoming van verliesverdamping niet meer van belang te zijn na de toezeggingen van de Staatssecretaris.

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is een algemene beschouwing gegeven over goed koopmansgebruik en de beginselen van goed koopmansgebruik. Goed koopmansgebruik is een dynamisch begrip, dat is vormgegeven in de jurisprudentie. Goed koopmansgebruik is nader uitgewerkt op basis van drie hoofdbeginselen, te weten realiteit, voorzichtigheid en eenvoud. De beginselen van goed koopmansgebruik brengen globaal gezegd met zich dat voordelen belast worden op het moment dat zij daadwerkelijk zijn gerealiseerd, terwijl nadelen mogen worden genomen op het moment dat zij kenbaar worden, maar nog niet daadwerkelijk zijn gerealiseerd. Bovendien hoeft het winstbepalingsstelsel niet complex te zijn.

Voorts is in dit hoofdstuk ingegaan op de mogelijkheid van het doorvoeren van een stelselwijziging. Een eenmaal gekozen stelsel van winstbepaling mag worden gewijzigd, mits het stelsel dat de belastingplichtige wenst te gaan hanteren conform goed koopmansgebruik is, geen sprake is van willekeur en met de wijziging geen incidenteel fiscaal voordeel wordt beoogd. Met het begrip ‘incidenteel fiscaal voordeel’ gaf de Hoge Raad invulling aan de eis van de wetgever dat een stelselwijziging niet gebaseerd mag zijn op ‘louter fiscale gronden’.

Vervolgens is onderzocht of een stelselwijziging in het licht van voorkoming van verliesverdamping een incidenteel fiscaal voordeel oplevert. De mogelijkheid tot verliesverrekening brengt met zich mee dat wordt voorkomen dat de totaalwinst onevenredig zwaar wordt belast. Indien deze mogelijkheid dreigt weg te vallen bij (een deel van) de aanwezige verliesverrekeningsrechten, doordat de wettelijke verliesverrekeningstermijn is verlopen, levert dit voor de belastingplichtige een incidenteel fiscaal nadeel op. Bij het voorkomen van een dergelijk nadeel kan mijns inziens niet gesproken worden van het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel. Het Hof 's-Hertogenbosch en het Hof Amsterdam onderschrijven de opvatting dat het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel iets anders is dan het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel. De Hoge Raad heeft zich er tot nog toe niet expliciet over uitgelaten. Echter, de beslissingen van de Hoge Raad in BNB 1993/119 en BNB 1994/123 vormen naar mijn idee wel sterke aanwijzingen dat de Hoge Raad wel degelijk een verschil ziet tussen het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel en het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel.

Tot slot is het beleid met betrekking tot stelselwijzigingen in verband met dreigende verliesverdamping geschetst. De Staatssecretaris heeft in het besluit van 16 februari 2012 toegezegd dat de inspecteurs bij de beoordeling van een stelselwijziging in verband met dreigende verliesverdamping zich niet lichtvaardig op het standpunt zullen stellen dat de wijziging gericht is op het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel. Helaas gaat de Staatssecretaris daarbij niet in op het mogelijke verschil tussen het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel en het voorkomen van een incidenteel fiscaal nadeel. Echter, uit zijn toezeggingen lijkt wel

geconcludeerd te mogen worden dat een stelselwijziging ter voorkoming van verliesverdamping niet zal worden tegengewerkt door de fiscus.

4 VOORKOMING VAN VERLIESVERDAMPING

4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk zijn goed koopmansgebruik en de beginselen hiervan uitvoerig behandeld. Tevens is de jurisprudentie op het gebied van stelselwijzigingen aan bod gekomen. In dit hoofdstuk zal ik stilstaan bij verliesverdamping en de mogelijkheden die de belastingplichtige ter beschikking staan om dit te voorkomen. Allereerst wordt de definitie van verliesverdamping behandeld, waarna ik zal ingaan op de oorzaken van het verdampen van verliezen. Vervolgens komen de mogelijkheden die de belastingplichtige ter beschikking staan om verliesverdamping te voorkomen aan bod. Bij deze methoden wordt aangenomen dat ze puur zijn ingegeven ter verrekening van verliezen. Daarmee is dit onderzoek allerm minst vrij van arbitraire elementen. Immers, in de praktijk kunnen deze methoden mede uit andere motieven voortvloeien. Tot slot zal in dit hoofdstuk de fiscale aanvaardbaarheid van de genoemde methoden worden besproken, waarna het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

4.2 Verliesverdamping

4.2.1 Algemeen

Wanneer een verlies uit een bepaald jaar noch door middel van achterwaartse, noch door middel van voorwaartse verliesverrekening gecompenseerd kan worden is er sprake van verliesverdamping.¹⁶⁹ In het zicht van verliesverdamping zal de belastingplichtige proberen het verloren gaan van deze verliesverrekeningsrechten te voorkomen. Dit leidt tot de enigszins paradoxale situatie dat belastingplichtigen zo snel mogelijk winsten willen genereren in fiscaal opzicht, terwijl het fiscale handelen over het algemeen juist gericht is op het uitstellen van winstneming.¹⁷⁰ Ook de jurisprudentie van de Hoge Raad over de jaarwinstbepaling concentreert zich met name rondom de mogelijkheden van uitstel van winstneming en het vervroegen van verliesneming. Bij dreigende verliesverdamping zal de belastingplichtige geforceerd de winstneming vervroegen. De verliesneming zal hij dan juist willen uitstellen. De wijze waarop belastingplichtigen dit soms voor elkaar willen krijgen verdient niet de fiscale schoonheidsprijs. Alsdan rijst de vraag waar de grens ligt voor wat wel en wat niet geoorloofd is in fiscaal opzicht. In dit kader zijn ook de uitspraken van de Staatssecretaris van belang.¹⁷¹ De Staatssecretaris heeft toegezegd geen bezwaren te hebben tegen het voorkomen van verliesverdamping binnen de kaders van wet en jurisprudentie. Daarbij dienen volgens de bewindsman wel de bepalingen tegen de handel in verlieslichamen en de jurisprudentie op het gebied van stelselwijzigingen in acht te worden nemen. In het voorgaande hoofdstuk werd reeds geconcludeerd dat een stelselwijziging ter voorkoming van verliesverdamping zal worden toegestaan door de fiscus.

4.2.2 Oorzaken verliesverdamping

Er zijn drie mogelijke oorzaken voor het niet meer verrekenbaar worden van een verlies.¹⁷² In de eerste plaats kan het gaan om verliezen die niet langer verrekenbaar zijn door het verlopen van de wettelijke termijn van zowel de achterwaartse als de voorwaartse verliescompensatie. De tweede oorzaak voor het onverrekenbaar

¹⁶⁹ G.W.J.M. Kampschöer, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 26.

¹⁷⁰ G.T.K. Meussen, *Voorkoming van verliesverdamping*, In: *Totaalwinst*, Fiscaal Economisch Instituut Rotterdam 2011, p. 73.

¹⁷¹ Kamerstukken II, 2005/2006, 30 572, nr. 8, p. 58-62.

¹⁷² D.R. Post, *Methoden ter voorkoming van verliesverdamping*, TFO 2011/145, par. 3.1.

worden van een verlies is gelegen in de toepassing van art. 20a Wet Vpb 1969. Deze bepaling is ingevoerd om de handel in verliesvennootschappen aan banden te leggen. De derde oorzaak is gelegen in de liquidatie of staking van de onderneming.¹⁷³ Ook dan kunnen verliezen, behoudens de toepassing van de liquidatieverliesregeling ex art. 13d Wet Vpb 1969, verloren gaan. Hieronder volgt een voorbeeld van verliesverdamming doordat de wettelijke termijnen van verliesverrekening zijn verstreken.

BV A heeft een winst van 10.000 euro in 2011, een verlies van 100.000 euro in 2012 en de verdere jaren t/m 2030 elk jaar een winst van 5.000 euro. BV A kan het verlies uit het jaar 2012 achterwaarts verrekenen met de winst over 2011, waarna er nog een verlies overblijft van 90.000 euro. Dit resterende verlies uit het jaar 2012 komt in aanmerking voor voorwaartse verliesverrekening. De winsten over de jaren 2013 t/m 2021 kunnen daarmee verrekend worden. Na het toepassen van de voorwaartse verliesverrekening blijft er nog een onverrekend verlies over van 45.000 euro (90.000 – 45.000). Dit verlies komt niet in aanmerking voor verrekening met de winsten over de jaren 2022 e.v., omdat de wettelijke termijn voor voorwaartse verliescompensatie dan is verstreken.

De winsten over de jaren 2022 t/m 2030 worden volledig in de heffing betrokken ondanks het feit dat de totaalwinst (t/m 2030) van BV A nihil is. In dit voorbeeld dient BV A een bedrag van in totaal 9.000 euro (45.000*20%) aan vennootschapsbelasting te betalen over de behaalde winsten in de jaren 2022 t/m 2030, terwijl het bedrag aan te betalen vennootschapsbelasting nihil zal zijn indien het resterende (onverrekenende) verlies uit het jaar 2012 voorwaarts gecompenseerd zou kunnen worden met de winsten over de jaren 2022 e.v.

4.2.3 Handel in verlieslichamen

Een van de oorzaken voor het verloren gaan van verliezen is gelegen in de toepassing van art. 20a Wet Vpb 1969, welke bepaling in de plaats is gekomen van art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969. Zoals gezegd is met deze bepaling beoogd de handel in verlieslichamen tegen te gaan. Doordat de regeling van art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969 op een aantal punten tekort schoot, waardoor een handel in verlieslichamen nog steeds mogelijk was, werd deze vervangen door het huidige art. 20a Wet Vpb 1969.¹⁷⁴ Volgens de hoofdregel van art. 20a Wet Vpb 1969 is, indien het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd, verrekening van verliezen tot het moment van wijziging met winsten van daarna niet meer mogelijk. De toetsing of er sprake is van een wijziging van het uiteindelijke belang dient elk jaar waarin de belastingplichtige een beroep doet op verliesverrekening te geschieden. Van belang is in dit kader ook de in het twaalfde lid van art. 20a Wet Vpb 1969 opgenomen herwaarderingsmogelijkheid. Indien een belastingplichtige als gevolg van de toepassing van art. 20a Wet Vpb 1969 verliezen niet meer kan verrekenen met winsten na dat tijdstip, kan hij op het onmiddellijk daaraan voorafgaande tijdstip de boekwaarde van zijn bezittingen verhogen tot ten hoogste de waarde in het economische verkeer, behoudens voorzover die verhoging gepaard zou moeten gaan met een verhoging van de boekwaarde van een verplichting. Daarnaast mag de belastingplichtige (een deel van) een herinvesteringsreserve in de winst opnemen.¹⁷⁵ De winst die voortvloeit uit die herwaardering kan worden

¹⁷³ Een onderneming kan ook ophouden te bestaan als gevolg van bijvoorbeeld een juridische fusie of een juridische splitsing.

¹⁷⁴ Voor een vergelijking van de oude en de nieuwe regeling verwijs ik naar R.P. van den Dool, Verliesverrekening in de Vpb, Belastingbrief 2001/10.

¹⁷⁵ De Staatssecretaris heeft aangegeven dat een herinvesteringsreserve ook gedeeltelijk mag vrijvallen. Zie het besluit van 6 mei 2008, nr. CPP2008/984M, V-N 2008/27.16, par. 6.2.

gebruikt voor verrekening van de verliezen die nog openstaan.¹⁷⁶ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de belastingplichtige mag kiezen welke vermogensbestanddelen hij wenst te herwaarderen.¹⁷⁷ Alle vermogensbestanddelen komen daarvoor in aanmerking. Ook mag de belastingplichtige zelf bepalen tot welk bedrag hij de vermogensbestanddelen herwaardeert, zij het dat het plafond voor opwaardering de waarde in het economische verkeer van dat vermogensbestanddeel is.

4.3 Methoden ter voorkoming van verliesverdamping

4.3.1 Algemeen

Zoals hiervoor al besproken leidt een beperkte termijn van verliesverrekening er toe dat belastingplichtigen, veelal op gekunstelde wijze, zullen proberen te voorkomen dat verliezen verloren gaan. Hiertoe staan belastingplichtigen diverse methoden ter beschikking. In dit hoofdstuk tracht ik een overzicht te geven (niet uitputtend) van verschillende methoden die gebruikt kunnen worden om verliesverdamping te voorkomen. In het kader van dit onderzoek zullen deze methoden getoetst worden op hun fiscale aanvaardbaarheid. In dit verband is het wellicht ook interessant te kijken naar de bevindingen van Kampschöer op basis van empirisch onderzoek.¹⁷⁸ De handelingen die belastingplichtigen kunnen uitvoeren om verliesverdamping te voorkomen kunnen mijns inziens worden opgedeeld in drie categorieën:

- Realiseren van stille reserves;
- Winstverschuiving binnen goed koopmansgebruik;
- Winstcreatie.

Bij het behandelen van methoden tegen verliesverdamping zal ik allereerst ingaan op de werking ervan, waarna beoordeeld zal worden of deze methoden niet in strijd zijn met de wet of jurisprudentie. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werken aan winst heeft de Staatssecretaris aangegeven geen bezwaar te hebben indien verliesverdamping wordt voorkomen binnen de kaders van wet en jurisprudentie. Dat is naar mijn idee niet meer dan terecht. Immers, ook de Staatssecretaris is gebonden aan dezelfde wet en jurisprudentie. Naast de drie genoemde categorieën van methoden ter voorkoming van verliesverdamping is er nog een mogelijkheid om in overleg te gaan met de Belastingdienst om verliesverdamping af te wenden. Ook deze optie zal worden besproken in dit hoofdstuk.

4.3.2 Realiseren van stille reserves

Voor de belastingplichtige zal het een moeilijk te accepteren gegeven zijn dat enerzijds verliezen dreigen te verdampen als gevolg van de beperkte verliesverrekeningstermijnen, en dat anderzijds stille reserves aanwezig zijn in de onderneming. Een veel gebruikte methode om verliesverdamping tegen te gaan is dan ook het realiseren van deze in de activa en passiva aanwezige stille reserves.¹⁷⁹ Hiertoe wordt bijvoorbeeld een kantoorpand overgedragen aan een andere partij voor een prijs die hoger is dan de fiscale boekwaarde van dat

¹⁷⁶ Zie in dit kader ook HR 6 juni 1979, nr. 19 154, BNB 1980/214, waarin de Hoge Raad oordeelde dat het niet verenigbaar was met de strekking van art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969 om deze regeling toe te passen ten aanzien van de verrekening van verliezen met winsten die voortvloeien uit stille reserves die ten tijde van de aandelenovergang al aanwezig waren. In de huidige opzet wordt het verlies door toepassing van art. 20a, twaalfde lid, Wet Vpb 1969 voor zover mogelijk direct verrekend.

¹⁷⁷ Kamerstukken II, 2000/2001, 27 209, nr. 6, p. 43.

¹⁷⁸ G.W.J.M. Kampschöer, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Universitaire Pers: Maastricht, 1992.

¹⁷⁹ Zie ook de Column in het Financiële Dagblad van L.G.M. Stevens, *Doe niet zo moeilijk over verliesverjonging*, FD 14 april 2011.

kantoorpand op het moment van verkoop. Zodoende wordt de stille reserve die in dat kantoorpand schuilging fiscaal tot uitdrukking gebracht in het jaar waarin verliezen dreigen te verdampen. De winst die hierdoor ontstaat wordt dan weggestreept tegen de aanwezige compensabele verliezen. Vaak fungeert een (nieuw opgerichte) gelieerde vennootschap als de overnemer bij zo'n transactie. De belastingplichtige kan in plaats van het overdragen van vermogensbestanddelen er ook voor kiezen de gehele onderneming over te dragen om de aanwezige goodwill te realiseren.¹⁸⁰ Deze variant zal naar mijn idee zelden toegepast worden, omdat een onderneming die veel verlies lijdt over het algemeen niet over veel goodwill zal beschikken.¹⁸¹ Uit het onderzoek van Kampschöer blijkt dat doorgaans onroerende zaken in aanmerking kwamen voor een dergelijke overdracht.¹⁸² De reden zal zeer waarschijnlijk hebben gelegen in het feit dat onroerende zaken over het algemeen grote stille reserves bevatten. Vaak werd daarbij alleen de economische eigendom overgedragen, waardoor de heffing van overdrachtsbelasting uitbleef. Sinds 1 januari 1995 is ook ter zake van een overdracht van de economische eigendom van onroerende zaken overdrachtsbelasting verschuldigd door de overnemer, waardoor een afweging gemaakt moet worden tussen enerzijds voorkoming van verliesverdamping en heffing van overdrachtsbelasting en anderzijds het verliezen van verliesverrekeningsrechten.¹⁸³ Mocht het activum dat wordt overgedragen nog nodig zijn voor de onderneming, dan kan de belastingplichtige eventueel kiezen voor een sale-lease-back-transactie. Bij een sale-lease-back wordt het overgedragen activum weer gehuurd van de overnemer. Niet alleen materiële activa, maar ook immateriële activa, zoals kennis, zijn geschikt voor een dergelijke transactie.

Verder kan bij deze categorie gedacht worden aan het opzettelijk verbreken van de fiscale eenheid, om zo de sanctie van art. 15ai Wet Vpb 1969 over zich af te roepen. Op grond van die bepaling wordt het bedrijfsmiddel waarmee is geschoven binnen de fiscale eenheid op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het ontvoeringstijdstip te boek gesteld op de waarde in het economische verkeer. Indien de waarde in het economische verkeer van dat bedrijfsmiddel hoger is dan de boekwaarde, leidt dit vanzelfsprekend tot realisatie van winst, welke winst vervolgens gebruikt kan worden voor de verrekening van verliezen.

Bij de overdracht van de onderneming of een activum aan een gelieerde partij dient de belastingplichtige wel de regels voor transfer pricing in acht te nemen. Ingevolge de totaalwinstbepaling mag de prijs niet afwijken van de prijs die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen.¹⁸⁴ Indien de overdracht geschiedt tegen een marktconforme prijs is dit naar mijn idee een fiscaal acceptabele methode om verliesverdamping te voorkomen. Dat het actief wordt verkocht aan een gelieerde partij doet daar niets aan af. In dit kader kan worden verwezen naar HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208, waarin de Hoge Raad oordeelde dat winstneming bij verkoop binnen groepsverband tussen twee zelfstandige belastingplichtigen niet

¹⁸⁰ G.W.J.M. Kampschöer, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 103.

¹⁸¹ Goodwill is namelijk de prijs die wordt betaald voor de toekomstige winstverwachting.

¹⁸² G.W.J.M. Kampschöer, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 103 en 104.

¹⁸³ Zie art. 2, tweede lid, Wet op de belastingen van rechtsverkeer en L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, G.W.B. van Westen e.a., *Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, p. 799.

¹⁸⁴ Het at arm's length beginsel is ook opgenomen in de Wet Vpb 1969 (art. 8b). Deze bepaling is echter overbodig, daar het op basis van art. 8 Wet Vpb 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 al verplicht is om een zakelijke prijs te hanteren.

mag worden uitgesteld totdat de verkoop aan een derde heeft plaatsgevonden.¹⁸⁵ Ook Kampschöer merkt op dat het realiseren van stille reserves door middel van een verkoop van het activum (aan een gelieerde partij) fiscaal volledig acceptabel is. Dit zal naar zijn mening slechts anders zijn indien aan de realiteit van de transactie getwijfeld moet worden. Indien de koper het desbetreffende activum onmiddellijk weer terug verkoopt, zou dit naar de mening van Kampschöer zeer waarschijnlijk met het leerstuk van *fraus legis* kunnen worden bestreden.

De Staatssecretaris lijkt deze opvatting van Kampschöer te onderschrijven gezien zijn uitlatingen in het besluit van 16 februari 2012.¹⁸⁶ Hierin heeft de Staatssecretaris een aantal toegestane methoden genoemd om verliesverdamping te voorkomen, waaronder het realiseren van stille reserves door middel van een verkoop aan een gelieerde partij.¹⁸⁷ Voorts merkt de Staatssecretaris op:

“Binnen het kader van wet en jurisprudentie en de toezegging van de redelijke en constructieve opstelling past ook nog de realisatie door verkoop van een dergelijk bedrijfsmiddel aan een (nieuw opgerichte) gelieerde partij (bijvoorbeeld een dochtervennootschap) of door een ruisende juridische afsplitsing. Dit geldt ook wanneer die verkoop of afsplitsing wordt gevolgd door terughuur van het desbetreffende bedrijfsmiddel (sale lease back). De overdracht en de huur moeten dan wel tegen voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen. Ook is het mogelijk de (nieuw opgerichte) dochtervennootschap dan wel de afgesplitste vennootschap vervolgens op te nemen in een fiscale eenheid.”

De Staatssecretaris staat dus toe dat verliesverdamping wordt voorkomen door middel van transacties tussen gelieerde partijen. Voor wat betreft alleen de verkoop aan een gelieerde partij is dit moeilijk te beschouwen als een toezegging, daar de Staatssecretaris naar mijn idee niet de mogelijkheid heeft om deze transacties tussen gelieerde partijen af te wijzen. De Staatssecretaris voegt daar nog aan toe dat kunstmatige structuren waarbij door een latere rechtshandeling eerdere civielrechtelijke wijzigingen in feite weer ongedaan worden gemaakt niet zullen leiden tot een realisatiemoment. Als voorbeeld noemt hij de ‘terugoverdracht’ van de economische eigendom of een juridische fusie (binnen fiscale eenheid), na de overdracht van het activum aan een gelieerde partij. Hiermee lijkt de Staatssecretaris te doelen op een mogelijke toepassing van het leerstuk van *fraus legis* bij transacties waarbij aan de realiteit moet worden getwijfeld. Verder is het opvallend te noemen dat na de overdracht van het activum aan een (nieuwe opgerichte) gelieerde partij, een voeging van deze vennootschap in de fiscale eenheid wél wordt goedgekeurd door de Staatssecretaris en een juridische fusie met deze vennootschap niet. Met andere woorden, een fiscale fusie wordt wel toegestaan en een juridische fusie niet. In mijn optiek is hier eigenlijk maar één simpele verklaring voor, namelijk dat herwaardering van activa voor de Staatssecretaris uit den boze is. Bij een juridische fusie, na de overdracht van het activum aan een (nieuw opgerichte) gelieerde partij, wordt feitelijk niets anders bereikt dan een herwaardering van dat activum.

Herwaarderen

De meest eenvoudige wijze waarop stille reserves kunnen worden gerealiseerd, lijkt het herwaarderen van de vermogensbestanddelen waarin deze stille reserves schuilgaan naar de waarde in het economische verkeer. In

¹⁸⁵ G.W.J.M. Kampschöer, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 112.

¹⁸⁶ Besluit van 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M, BNB 2012/98.

¹⁸⁷ Besluit van 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M, BNB 2012/98, par. 2.3.

hoofdstuk 3 van dit onderzoek is geconcludeerd dat een stelselwijziging ter voorkoming van verliesverdamming niet in strijd is met goed koopmansgebruik. Daarnaast kan uit het besluit van 16 februari 2012 worden opgemaakt dat de fiscus een dergelijke stelselwijziging niet zal afkeuren. Een belastingplichtige mag dus overgaan op een ander waarderingssysteem, dat in overeenstemming is met goed koopmansgebruik, met het oog op voorkoming van verliesverdamming. De vraag die dan vervolgens rijst is of een systeem waarbij vermogensbestanddelen worden gewaardeerd op werkelijke waarde conform goed koopmansgebruik is.

In de Notitie goed koopmansgebruik, die de Staatssecretaris naar de Eerste Kamer stuurde naar aanleiding van een vraag van Kamerlid Essers, geeft de Staatssecretaris aan dat een waardering op werkelijke waarde niet in overeenstemming is met goed koopmansgebruik.¹⁸⁸ Volgens de bewindsman is een vrijwillige herwaardering naar de waarde in het economische verkeer in strijd met het voorzichtigheidsbeginsel en het realisatiebeginsel. Essers daarentegen is van mening dat goed koopmansgebruik een dergelijke waardering niet in de weg staat.¹⁸⁹ In zijn ogen is het realisatiebeginsel geen zelfstandig beginsel van goed koopmansgebruik en biedt het voorzichtigheidsbeginsel de ondernemer de mogelijkheid om zich voorzichtig op te stellen in de zin dat verliezen al mogen worden genomen voordat deze zijn gerealiseerd. Het realisatiebeginsel geeft naar de opvatting van Essers alleen het uiterste moment voor winstneming aan, namelijk het moment van realisatie. Dat wil volgens hem niet zeggen dat een ondernemer zich niet minder voorzichtig mag opstellen. Het realisatiebeginsel voorkomt willekeurige winstverschuivingen in de tijd door het uiterste moment van winstneming te bepalen. In die zin kan het realisatiebeginsel als een deelbeginsel van het realiteitsbeginsel worden gezien. Het realisatiebeginsel kan echter ook als een onderdeel van het voorzichtigheidsbeginsel worden beschouwd, omdat het de ondernemer de mogelijkheid biedt om de winsten uit te stellen tot het moment van realisatie.¹⁹⁰ Verder kan volgens Essers uit oude, maar daarmee niet minder relevante, jurisprudentie worden afgeleid dat het waarderen op werkelijke waarde is toegestaan.¹⁹¹ Hij verwijst daarbij onder andere naar HR 12 januari 1927, B. 3978, waarin de Hoge Raad als volgt besliste:

“dat het dus bijvoorbeeld niet ontoelaatbaar is bij de vaststelling der zuivere opbrengst van een bedrijf telken jare de bedrijfsmiddelen naar hun werkelijke waarde te schatten en door vergelijking van de aldus verkregen resultaten met die van vorig jaar de voor- en nadeelige uitkomsten in het winstcijfer tot uitdrukking te brengen; dat echter zoodanige methode, waar het geldt de vaststelling van het belastbaar inkomen slechts kan worden aanvaard, als zij geregeld en stelselmatig wordt toegepast.”

Ook Zwemmer komt op basis van dit arrest tot de conclusie dat een systeem van waardering op de waarde in het economische verkeer in overeenstemming is met goed koopmansgebruik.¹⁹²

Veelal werd in oudere jurisprudentie waardering op werkelijke waarde toegestaan.¹⁹³ De Staatssecretaris geeft in de Notitie goed koopmansgebruik echter aan dat deze oudere jurisprudentie geen grond vormt om aan te nemen

¹⁸⁸ Brief Staatssecretaris van Financiën, 8 maart 2012, nr. AFP2012/118, Bijlage 1, Notitie goed koopmansgebruik, par. 3.

¹⁸⁹ Handelingen I, 2009/2010, nr. 14, p. 489 en 490.

¹⁹⁰ Deze visie wordt onder andere verdedigd door De Bont. Zie hiervoor De Bont, Herwaarderen op hogere bedrijfswaarde, indien compensabele verliezen dreigen te verdampen, WFR 1994/238, par. 3.2.

¹⁹¹ P.H.J. Essers, In de nood leert men zijn vrienden kennen, NTFR 2009/2131, par. 4.

¹⁹² J.W. Zwemmer, Goed koopmansgebruik en waardering op werkelijke waarde, In: Schonis-bundel, Kluwer: Deventer, 2006, p. 345 e.v.

dat een waardering op werkelijke waarde heden ten dage ook zal worden geaccepteerd. Met de Redactie Vakstudie Nieuws¹⁹⁴ ben ik het eens dat de Staatssecretaris daarbij een aantal recentere arresten, waarin aanwijzingen zijn te vinden dat een waardering op werkelijke waarde niet in strijd hoeft te zijn met goed koopmansgebruik, onterecht buiten beschouwing laat. Het betreft hier de arresten HR 16 december 1959, nr. 14092, BNB 1960/34, HR 14 juni 1978, nr. 18405, BNB 1979/181 en HR 10 augustus 2007, nr. 39548, BNB 2007/300. In BNB 1960/34 moest de ondernemer bij inbreng in de vennootschap onder firma de vermogensbestanddelen herwaarderen waartoe hij gerechtigd bleef. In BNB 2007/300 besliste de Hoge Raad dat goedkoopmansgebruik niet verplicht om vooruit te lopen op toekomstige waardeinstijgingen. De Hoge Raad zegt daarbij niet dat het in strijd is met goed koopmansgebruik om vooruit te lopen op toekomstige waardeinstijgingen. In BNB 1979/181, welk arrest al kort is behandeld in par. 3.3.4, werd toegestaan om de deelneming te waarderen op intrinsieke waarde. In dit arrest overwoog de Hoge Raad als volgt:

“dat immers goed koopmansgebruik – reeds in verband met de vrijstelling welke in artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is vervat voor voordelen uit hoofde van, een deelneming – zich geenszins ertegen verzet een deelneming als de onderhavige boven kostprijs te waarden;”

“dat ook overigens de door belanghebbende toegepaste waardering niet in strijd is met goed koopmansgebruik.”

De vraag is wat de Hoge Raad impliceert met het woord ‘reeds’ in de eerste overweging. Bepleit kan worden dat daarmee wordt bedoeld, dat het ‘niet alleen’ het vrijgestelde karakter van de deelneming is dat strijdigheid met goed koopmansgebruik voorkomt.¹⁹⁵ Onder andere Bruins Slot is deze mening toegedaan.¹⁹⁶ Op basis van de tweede overweging komt Bruins Slot tot de conclusie dat de niet-voorzichtige waardering ook wordt geaccepteerd los van het feit dat de waardeinstijging is vrijgesteld. Hoewel ik het wel eens ben met zijn interpretatie van de eerste overweging, denk ik dat de conclusie die hij trekt op basis van de tweede overweging niet geheel juist is. In mijn visie geeft de Hoge Raad daar slechts aan wat niet zonder meer uit de eerste overweging hoeft te blijken. Uit de eerste overweging komt slechts naar voren dat goed koopmansgebruik zich niet verzet tegen een waardering boven kostprijs. Dat wil volgens mij niet per se zeggen dat een waardering op intrinsieke waarde, het waarderingsstelsel dat belanghebbende toepaste, ook conform goed koopmansgebruik dient te zijn. Naar mijn mening wordt door middel van de tweede overweging slechts aangegeven dat ook een waardering op intrinsieke waarde niet in strijd is met goed koopmansgebruik. A-G Van Soest komt in zijn conclusie bij dit arrest, na uitgebreid jurisprudentie- en literatuuronderzoek, tot de slotsom dat waardering boven de historische kostprijs door goed koopmansgebruik niet verboden wordt.

Andere pleitbezorgers voor de mogelijkheid van waardering op werkelijke waarde zijn onder andere Lubbers, Kavelaars en De Bont. Lubbers verwijst in dit kader naar HR 9 mei 1935, B. 5866, waarin werd toegestaan een

¹⁹³ Zie onder andere HR 29 mei 1925, B. 3608, HR 12 januari 1927, B. 3978, HR 17 december 1930, B. 4863 en HR 9 mei 1935, B. 5866. Zie voor een uitgebreid overzicht de conclusie van A-G Van Soest bij HR 14 juni 1978, nr. 18 405, BNB 1979/181.

¹⁹⁴ Vakstudie Nieuws, Brief staatssecretaris aan Eerste Kamer betreffende toezeggingen, V-N 2012/16.3, par. 3 (aantekening).

¹⁹⁵ De Bont is echter een andere mening toegedaan. In zijn optiek blijkt uit het woord ‘reeds’ dat de Hoge Raad een opwaardering toestaat om het enkele feit dat de opwaardering niet zal worden belast. Zie hiervoor G.J.M.E. de Bont, Herwaarderen op hogere bedrijfswaarde, indien compensabele verliezen dreigen te verdampen, WFR 1994/238, par. 3.2.2.

¹⁹⁶ W. Bruins Slot, Herwaardering onroerende zaken ter voorkoming van verliesverdamping, NTFR 2011/2711, par. 2.3.

waarderingsstelsel gebaseerd op de waarde in het economische verkeer te hanteren.¹⁹⁷ Dit arrest is volgens Lubbers nadien niet meer herzien door de Hoge Raad. Kavelaars acht de herwaarderingsmogelijkheid van art. 20a, twaalfde lid, Wet Vpb 1969 overbodig, omdat al een algehele herwaarderingsmogelijkheid voortvloeit uit goed koopmansgebruik.¹⁹⁸ De Bont deed in het verleden onderzoek naar de aanvaardbaarheid van een stelsel waarbij wordt geherwaardeerd in het zicht van dreigende verliesverdamping.¹⁹⁹ De Bont is van mening dat het realisatiebeginsel slechts het uiterste moment van winstneming bepaalt, waardoor een herwaardering niet in strijd komt met het realisatiebeginsel. Voorts komt De Bont op basis van BNB 1979/181 tot de conclusie dat het voorzichtigheidsbeginsel een herwaardering ter voorkoming van verliesverdamping ook niet in de weg mag staan, omdat er dan geen sprake is van feitelijke heffing. In zijn ogen zou naar analogie van BNB 1979/181 een herwaardering bij dreigende verliesverdamping mogelijk moeten zijn.

De visie van de Staatssecretaris betreffende herwaardering van activa wordt gedeeld door onder andere Meussen.²⁰⁰ Hij stelt dat een herwaardering niet in overeenstemming is met goed koopmansgebruik, omdat een winst tot uitdrukking wordt gebracht die niet is gerealiseerd. Daarbij verwijst Meussen naar HR 15 oktober 1947, B. 8410, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een waardering van aandelen op nominale waarde in strijd is met goed koopmansgebruik omdat dat er toe kan leiden “*dat bij aankoop van aandelen beneden pari winst wordt berekend die in werkelijkheid niet is behaald en waardoor de balans duurzaam een te gunstig beeld zou kunnen geven.*” Mijns inziens kan uit dit arrest niet de conclusie worden getrokken dat het waarden op de waarde in het economische verkeer niet wordt toegestaan door goed koopmansgebruik. Bij aankoop van aandelen beneden pari is de waarde van die aandelen in het economische verkeer de prijs die betaald is voor die aandelen, dus beneden pari. Worden die aandelen vervolgens gewaardeerd op de nominale waarde, dan wordt er derhalve gewaardeerd boven de waarde in het economische verkeer, waardoor er een winst wordt weergegeven die er überhaupt niet is. Dit is in strijd met het realiteitsbeginsel. In mijn optiek wordt in de geciteerde overweging met ‘behaald’ niet bedoeld ‘gerealiseerd’.

Ook Hof ’s-Gravenhage onderschrijft het standpunt van de Staatssecretaris met betrekking tot herwaardering. In Hof ’s-Gravenhage, 7 december 1976, BNB 1978/159 wenste belanghebbende zijn tot het ondernemingsvermogen behorende tuinbouwgrond te waarden op de bedrijfswaarde. Het Hof achtte deze waardering in strijd met het voorzichtigheidsbeginsel. Naar mijn idee bepaalt het realisatiebeginsel het uiterste moment voor winstneming en geeft het voorzichtigheidsbeginsel de ondernemer geen verplichting. De ondernemer dient dan ook zelf te kunnen bepalen hoe voorzichtig hij wil zijn, als de winstneming maar in overeenstemming is met het realiteitsbeginsel. Ook de opvatting van de Staatssecretaris dat het waarden op de waarde in het economische verkeer een jaarlijkse taxatie zou vergen en dus in strijd zou zijn met het eenvoudsbeginsel, wordt in de literatuur niet als overtuigend ervaren.^{201 202} Veelal wordt tegen die opvatting van

¹⁹⁷ A.O. Lubbers, Goed koopmansgebruik: een onderzoek naar de rol van de wetgever en rechter bij de introductie en ontwikkeling van goed koopmansgebruik, Sdu: Amersfoort 2005, p. 129-142.

¹⁹⁸ P. Kavelaars, Handel in verlies- en herinvesteringsvennootschappen aan banden, TFO 2000/286, par. 4.

¹⁹⁹ G.J.M.E. de Bont, Herwaarden op hogere bedrijfswaarde, indien compensabele verliezen dreigen te verdampen, WFR 1994/238.

²⁰⁰ G.T.K. Meussen, Voorkoming van verliesverdamping, Totaalwinst, Fiscaal Economisch Instituut Rotterdam 2011, p. 77.

²⁰¹ Zie voor de opvatting van de Staatssecretaris Brief Staatssecretaris van Financiën, 8 maart 2012, nr. AFP2012/118, Bijlage 1, Notitie goed koopmansgebruik, par. 3.

²⁰² A.O. Lubbers, Onduidelijkheden bij de verplichte waardering van activa op werkelijke waarde, NTFR 2008/288, par. 1.

de bewindsman aangedragen dat bijvoorbeeld onroerende zaken jaarlijks worden getaxeerd voor de toepassing van de Wet waardering onroerende zaken.²⁰³ Als er een redelijk eenvoudige en betrouwbare waarderingmethode voor handen is om de werkelijke waarde van een vermogensbestanddeel te bepalen, zou het de belastingplichtige niet verboden moeten worden om dit vermogensbestanddeel te waarderen op werkelijke waarde. Bovendien werd in de jaren dertig van de vorige eeuw een waardering op werkelijke waarde geaccepteerd door de Hoge Raad. Hieruit kan voorzichtig worden geconcludeerd dat het stelselmatig waarderen op werkelijke waarde niet verboden wordt door goed koopmansgebruik. Uiteraard kan dit niet met zekerheid worden gezegd, omdat de arresten waarbij werd toegestaan om de werkelijke waarde te hanteren van enige tijd geleden zijn. Dat een stelsel op werkelijke waarde tot nu toe zelden werd verdedigd kan naar mijn idee worden verklaard door het feit dat het fiscale handelen over het algemeen gericht is op het uitstellen van belastingheffing. Slechts in enkele gevallen, zoals bij voorkoming van verliesverdamping, wordt een vroege winstneming geprefereerd. In die schaarse gevallen waarin het stelsel van werkelijke waarde werd verdedigd is het in de jurisprudentie van de Hoge Raad echter niet afgewezen.

Wettelijke herwaarderingmogelijkheid

Geconcludeerd is dat voorzichtig aangenomen mag worden dat het stelselmatig waarderen op werkelijke waarde in overeenstemming is met goed koopmansgebruik. Dit biedt in mijn ogen echter niet een ideale uitkomst om verliesverdamping tegen te gaan. Ingeval de belastingplichtige zijn waarderingstelsel ten aanzien van een activum wijzigt naar een stelsel van werkelijke waarde, dient hij dat activum vervolgens in de daaropvolgende jaren ook te boek te stellen op de werkelijke waarde. Dit zal leiden tot belastingheffing over de waardeverhoging indien er geen compensabele verliezen meer aanwezig zijn. Dit zal de liquiditeitspositie van de belastingplichtige niet ten goede komen. Een incidentele herwaardering behoort niet tot de mogelijkheden, omdat er dan een bestendige gedragslijn ontbreekt. Een wettelijke herwaarderingmogelijkheid bij dreigende verliesverdamping zou in mijn ogen een goede oplossing zijn. Een dergelijke mogelijkheid wordt wel geboden voor verliezen die dreigen te verdampen als gevolg van de toepassing van art. 20a Wet Vpb 1969. Het is onbegrijpelijk dat een soortgelijke herwaarderingmogelijkheid niet zou kunnen gelden voor verliezen die verloren gaan als gevolg van de beperkte verliesverrekeningstermijnen. Waarom zou in het geval van dreigende verliesverdamping als gevolg van de toepassing van art. 20a Wet Vpb 1969 een wettelijke inbreuk op goed koopmansgebruik, beredeneerd vanuit het standpunt van de Staatssecretaris dat goed koopmansgebruik een herwaardering niet toestaat, wel gerechtvaardigd zijn en in het geval van verliesverdamping die optreedt door de beperking van de verliesverrekeningstermijnen niet? Eén en ander heeft naar mag worden aangenomen uitsluitend een budgettaire achtergrond, merkt Meussen op.²⁰⁴ In hoofdstuk 2 van dit onderzoek is eveneens aangegeven dat aan de beperking van de termijnen van verliesverrekening vooral budgettaire redenen ten grondslag lagen. Daarbij is, naar aanleiding van Kampschöers conclusie dat verliesverdamping going concern nauwelijks voorkomt, tevens de vraag gesteld of de beperking van de termijn van voorwaartse verliescompensatie daadwerkelijk iets zal opleveren voor de schatkist.²⁰⁵ Zeker nu er een soepele opstelling is beloofd ten aanzien van methoden ter voorkoming van verliesverdamping, verwacht ik dat deze extra belastingopbrengsten minimaal zullen zijn.

²⁰³ Zie in dit verband onder andere Vakstudie Nieuws, Brief staatssecretaris aan Eerste Kamer betreffende toezeggingen, V-N 2012/16.3, par. 3 (aantekening).

²⁰⁴ G.T.K. Meussen, Voorkoming van verliesverdamping, In: Totaalwinst, Fiscaal Economisch Instituut Rotterdam 2011, p. 71.

²⁰⁵ Zie par. 2.6.

Tegen de achtergrond van deze conclusie kan gesteld worden dat de overheid bij het invoeren van een herwaarderingsmogelijkheid tegen verliesverdamping als gevolg van de beperkte termijnen niet veel minder belastingopbrengsten zal genereren. In dit verband kan in breder verband worden afgevraagd waarom de mogelijkheid van voorwaartse verliescompensatie überhaupt is beperkt in de tijd. Dat de Staatssecretaris niet afwijzend staat tegenover methoden ter voorkoming van verliesverdamping vind ik op zich een goede ontwikkeling met het oog op het totaalwinstbeginsel. Het is mij echter allerm minst duidelijk geworden wat nu het nut is van het beperken van de voorwaartse verliescompensatietermijn. Het is ietwat tegenstrijdig dat enerzijds deze termijn van voorwaartse verliesverrekening beperkt is, en anderzijds een soepele opstelling wordt beloofd ten aanzien van methoden ter voorkoming van verliesverdamping. Daarnaast zal het gebruikmaken van deze methoden om verliesverdamping te voorkomen zoals gezegd tot gevolg hebben dat discussies ten aanzien van de jaarwinstbepaling zullen toenemen. Bovendien zal dit veelal gepaard gaan met een aanzienlijke administratieve rompslomp.

Sale-lease-back

Zoals hiervoor is aangegeven heeft de belastingplichtige de mogelijkheid om gebruik te maken van een sale-lease-back-transactie teneinde verliesverdamping te voorkomen. Daarnaast is een sale-lease-back met een gelieerde partij expliciet goedgekeurd door de Staatssecretaris.²⁰⁶ Een dergelijke transactie heeft voordelen voor zowel de verkopende als de kopende partij: de verkopende partij voorkomt verliesverdamping en de kopende partij kan afschrijven over een hogere boekwaarde. Een sale-lease-back kan eveneens worden toegepast met immateriële activa, zoals technologische kennis of een exclusief verkooprecht. Deze variant deed zich voor bij de zogenoemde technoleaseconstructie, waarbij technologische kennis werd overgedragen aan een financiële instelling, de Rabobank, die de kennis weer exclusief verhuurde aan de oorspronkelijke eigenaar.²⁰⁷ De behaalde winst bij de overdracht van deze immateriële activa werd weggestreept tegen de aanwezige compensabele verliezen. In de daaropvolgende jaren werden de huurtermijnen die aan de bank werden betaald in aftrek gebracht op de fiscale winst. De bank kon het overgenomen immateriële activum activeren en hierover afschrijven. Deze constructie werd toegepast met goedkeuring van de fiscus, waar de nodige vraagtekens bij werden gezet.²⁰⁸ Het discussiepunt betrof niet de constructie zelf, maar het feit dat het hier om immateriële activa ging, waarvan het exclusieve gebruiksrecht bij de oorspronkelijke eigenaar bleef. De vraag rees dan ook of bij de verkoop de economische eigendom daadwerkelijk was overgegaan op de overnemer, de lessor. Immers, voor winstrealisatie moet er ook sprake zijn van een overgang van de economische eigendom. Daarnaast was het van belang dat het activum tot het ondernemingsvermogen van de bank ging behoren, zodat de bank dit activum kon activeren en afschrijven. Daarvan is geen sprake als de economische eigendom geheel bij een ander, in dit geval de oorspronkelijke eigenaar, ligt.²⁰⁹

²⁰⁶ Besluit van 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M, BNB 2012/98, par. 2.3.

²⁰⁷ Technoleaseconstructie werd voor het eerst in 1993 gebruikt door Philips, die haar knowhow overdroeg aan Rabobank. Later werd deze constructie toegepast door onder andere Fokker. Zie J.W. Zwemmer, De Rekenkamer onder vuur, WFR 1996/1663.

²⁰⁸ J.W. Zwemmer, De Rekenkamer onder vuur, WFR 1996/1663.

²⁰⁹ L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, G.W.B. van Westen e.a., Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), p. 226 en 256.

Bij een sale-lease-back-transactie ter voorkoming van verliesverdamping dient dus bij de verkoop van het object niet alleen de juridische eigendom maar ook de economische eigendom over te gaan op de overnemer. Vervolgens komt de lease-transactie tot stand. Daarbij is het van belang dat de lease wordt aangemerkt als een operational lease.²¹⁰ De hoofdregel die uit de jurisprudentie is af te leiden houdt in, dat het leaseobject aan de lessor (juridische eigenaar) dient te worden toegerekend, tenzij de gehele economische eigendom bij de lessee is komen te berusten. In het geval er sprake is van een gesplitste economische eigendom, dan blijft de lessor als juridische eigenaar ook de fiscale eigenaar.²¹¹ Er bestonden in de praktijk nogal wat onduidelijkheden over waar precies de grens ligt tussen financial lease en operational lease.²¹² Om deze onduidelijkheden enigszins weg te nemen is in overleg tussen de Belastingdienst en de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen de zogenoemde Leaseregeling tot stand gebracht.²¹³ In de Leaseregeling zijn criteria opgenomen op grond waarvan bepaald kan worden of de lease is aan te merken als een operational lease. De belangrijkste voorwaarde is dat de lessor behalve de juridische eigendom van het object tevens het economische belang, in de zin dat hij het positieve en/of negatieve risico ten aanzien van het leaseobject blijft lopen, van tenminste 5% van de fiscale kostprijs dient te hebben behouden (het restwaarderisico). Daarnaast mag de vaste leaseperiode niet langer zijn dan 90% van de economische levensduur van het leaseobject. Met de genoemde voorwaarden wordt voorkomen dat de gehele economische eigendom bij de lessee komt te liggen. Indien is voldaan aan de gestelde voorwaarden in de Leaseregeling, zal de lease worden aangemerkt als een operational lease en is de lessor de fiscale eigenaar van het leaseobject. Dit wil echter niet zeggen dat als niet voldaan wordt aan de gestelde voorwaarden in de Leaseregeling, de lease zonder meer aan te merken is als een financial lease. In zo'n geval dient getoetst te worden aan de jurisprudentie om te beoordelen of het een operational of een financial lease betreft, merkt De Gunst op.²¹⁴ Volgens De Gunst is de Leaseregeling zeker van waarde als een soort safe harbourregeling, maar voor een inhoudelijke discussie over de Nederlandse fiscale behandeling van leases mist de regeling volgens hem betekenis.²¹⁵ Dat komt volgens De Gunst doordat de voorwaarden in de Leaseregeling teveel afwijken van de jurisprudentie. Een belangrijke voorwaarde die volgens hem niet overeenkomt met de jurisprudentie is dat de lessor minimaal 5% van het economische belang moet hebben behouden. Uit de hiervoor genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad, BNB 1986/75, blijkt dat de lessor de fiscale eigenaar blijft, tenzij een ander het gehele economische belang heeft verworven.²¹⁶ De Commissie-Leasing komt op basis van uitgebreid jurisprudentieonderzoek eveneens tot de conclusie dat de Hoge Raad het begrip 'economische eigendom' uitlegt

²¹⁰ Er zijn twee hoofdvormen van lease te onderscheiden: financial lease en operational lease. Het belangrijkste verschil tussen beide vormen is dat bij een financial lease de economische eigendom berust bij de lessee en bij een operational lease de economische eigendom berust bij de lessor. Zie voor een uitgebreide behandeling hiervan W. Bruins Slot, De leaseregeling, de aanschrijving en de toekomst van de technolease, WFR 1994/1303.

²¹¹ Zie E.P.M. Coenen, Over economisch belang, beschikkingsmacht en leasing, TFO 1995/6, par. 2.1. Zie in dit verband tevens het Lease-arrest: HR 8 mei 1985, nr. 22 635, BNB 1986/75.

²¹² Zie hierover ook L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, G.W.B. van Westen e.a., Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), p. 227.

²¹³ De laatste versie van de Leaseregeling is opgenomen in het besluit van 15 november 1999, nr. AFZ99/3262M, BNB 2000/66. Deze regeling is met een kleine aanpassing voortgezet in het besluit van 27 juni 2001, nr. RTB2001/2423, V-N 2001/37.28.

²¹⁴ H. de Gunst, De risico's van economische eigendom, enige fiscale aspecten van leasing, WFR 2003/10, par. 2.

²¹⁵ Ook Coenen en Bruins Slot concluderen dat de voorganger van de huidige regeling, de Leaseregeling 1993, alleen een safe harbour-regel biedt. Zie hiervoor E.P.M. Coenen, Over economisch belang, beschikkingsmacht en leasing, TFO 1995/6, par. 2.1.3 en W. Bruins Slot, De leaseregeling, de aanschrijving en de toekomst van de technolease, WFR 1994/1303, par. 1.

²¹⁶ Dit wordt ook wel de alles-of-niets-benadering genoemd.

als ‘het gehele economische belang’.²¹⁷ De Commissie-Leasing merkt echter wel op dat het niet de bedoeling van de Hoge Raad kan zijn geweest dat elke afwijking van het gehele belang voldoende is om daar fiscale consequenties aan te verbinden. Naar mijn idee blijkt uit BNB 1986/75 duidelijk dat het criterium ‘het gehele economische belang’ is. Tevens kan in dit verband worden verwezen naar HR 7 mei 1997, nr. 32 162, BNB 1997/194, waarin eveneens het criterium ‘het gehele economische belang’ werd aangehouden.²¹⁸

De Staatssecretaris heeft aangegeven dat een sale-lease-back van immateriële activa meer aandacht behoeft, gezien het bijzondere karakter van deze activa.²¹⁹ Het bijzondere karakter komt volgens hem vooral tot uitdrukking in het feit dat het activum door meer dan één gebruiker tegelijkertijd kan worden aangewend. Echter, de lessee (oorspronkelijke eigenaar) zal er veelal niet mee instemmen dat zijn kennis wordt gebruikt door een ander en zal in de meeste gevallen dan ook een exclusief gebruiksrecht bedingen. Hierover zegt de Staatssecretaris het volgende:

“Dit roept, ook in relatie tot de levensduur van deze activa, de vraag op naar de overgang van het economische belang. Ontbreekt die overgang, dan is sprake van een bijzondere financieringsvorm en niet van sale-(operational)-lease-back.”²²⁰

De Staatssecretaris heeft bij resolutie van 26 augustus 1994 tevens criteria vastgesteld aan de hand waarvan de sale-lease-back van immateriële activa beoordeeld dient te worden.²²¹ De regels voor een dergelijke leaseconstructie zijn aangescherpt, waardoor deze alleen kan plaatsvinden onder echt zakelijke voorwaarden. Een essentiële voorwaarde die de Staatssecretaris stelt is dat het economische belang bij het immateriële activum daadwerkelijk overgaat op de koper, gevoegd bij de beschikkingsmacht om dat belang te realiseren. Om dit te toetsen is een aantal elementen genoemd in de resolutie van 26 augustus 1994: de exclusiviteit van het gebruiksrecht, de bepaling van de verkoopprijs, de hoogte van de leasetermijnen, de afschrijving en de beschikkingsmacht. Een belangrijke eis is dat bij de oorspronkelijke eigenaar formeel en materieel geen sprake mag zijn van een exclusief gebruiksrecht, zodanig dat deze het economische belang behoudt. Daarbij is eveneens de feitelijke beschikkingsmacht over het object bij het einde van de leaseperiode relevant. Verder merkt de Staatssecretaris op dat onder omstandigheden een exclusief gebruiksrecht niet onaanvaardbaar hoeft te zijn, als de vaste leaseperiode niet meer dan de eerste helft van de verwachte levensduur bestrijkt. De voorwaarden van exclusiviteit van het gebruiksrecht en de beschikkingsmacht zijn echter niet te vinden in de jurisprudentie. Terecht worden deze voorwaarden dan ook niet gesteld in de huidige Leaseregeling, merkt de Commissie-Leasing op.²²² De tweede voorwaarde die wordt gesteld is dat de transactie de reële exploitatie van een immaterieel activum moet behelzen en ook met dat motief moet zijn aangegaan. Er mag geen sprake zijn van een samenstel van handelingen dat als een constructie moet worden gezien, die uitsluitend, althans overwegend is

²¹⁷ Fiscale aspecten van leasing, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 217, Kluwer: Deventer 2001, par. 2.3. In dit artikel onderzoekt de Commissie-Leasing onder meer de behandeling van de leasing voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

²¹⁸ Zie in dit kader ook: Een nieuwe kijk op economische eigendom in de Vennootschapsbelasting, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 231, Kluwer: Deventer 2007. Hierin wordt de alles-of-niets-benadering kritisch besproken.

²¹⁹ Resolutie 26 augustus 1994, nr. DB94/3035M, BNB 1994/316.

²²⁰ Resolutie 26 augustus 1994, nr. DB94/3035M, BNB 1994/316.

²²¹ Deze criteria zijn bij besluit van 4 december 2000, nr. CPP2000/2660, V-N 2000/55.1 opnieuw, inhoudelijk ongewijzigd, uitgebracht.

²²² Fiscale aspecten van leasing, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 217, Kluwer: Deventer 2001, par. 2.4. De Commissie-Leasing geeft aan dat ook bij materiële activa sprake kan zijn van een exclusief gebruiksrecht.

aangegaan om belasting te besparen, zodanig dat daarmee strijdigheid ontstaat met doel en strekking van de wet. Als gevolg van een sale-lease-back-constructie van immateriële activa uitsluitend ter voorkoming van verliesverdamping wordt er een situatie bereikt, waarbij uiteindelijk minder belasting hoeft te worden afgedragen dan het geval zou zijn geweest als een dergelijke constructie niet was toegepast. In zoverre kan hier gesproken worden van belastingbesparing. Aan de andere kant kan de vraag worden gesteld of het benutten van eigen verliescompensatie, waar de belastingplichtige in beginsel gewoon recht op heeft, aangemerkt kan worden als belastingbesparing. Met de sale-lease-back-transactie voorkomt de belastingplichtige immers dat die rechten op verliesverrekening verloren gaan. Daarmee handelt de belastingplichtige naar mijn mening, gezien het wettelijke uitgangspunt van de Wet Vpb 1969 dat gebaseerd is op het totaalwinstbeginsel, niet in strijd met doel en strekking van de wet. Door het benutten van verliescompensatie wordt namelijk bewerkstelligd dat niet méér dan de daadwerkelijk gemaakte totaalwinst in de heffing wordt betrokken. Hoe het ook zij, de Staatssecretaris heeft expliciet toegezegd dat een sale-lease-back bij dreigende verliesverdamping niet zal worden afgewezen.²²³ Daarmee lijkt een sale-lease-back van immateriële activa ook tot de mogelijkheden te behoren om verliesverdamping te voorkomen als aan de overige voorwaarden in de resolutie van 26 augustus 1994 wordt voldaan. Die voorwaarden zijn in mijn ogen echter zodanig prohibitief dat het niet voor de hand ligt dat de belastingplichtige verliesverdamping zal tegengaan door middel van een sale-lease-back van bijvoorbeeld kennis met een externe partij die als overnemer/lessor fungeert. Dat komt voornamelijk door de eis dat de lessee niet mag beschikken over een exclusief gebruiksrecht, tenzij de vaste leaseperiode niet meer dan de eerste helft van de verwachte levensduur bestrijkt. Daarnaast wordt geëist dat de vaste leaseperiode in reële mate korter is dan de verwachte levensduur van het object. Zodoende wordt voorkomen dat de lessee zijn kennis gedurende de gehele levensduur kan gebruiken. Ingeval een belastingplichtige verliesverdamping tracht te voorkomen door zijn kennis te verkopen en deze weer terug te leasen, zal hij te allen tijde een exclusief gebruiksrecht willen bedingen om te voorkomen dat een ander dan hijzelf gebruik maakt van zijn kennis. Een verkoop van zijn kennis aan een derde onder de gestelde voorwaarden zal naar mijn idee dan ook niet snel gebeuren. Een dergelijke sale-lease-back-transactie behoort echter wel tot de mogelijkheden als daarbij een gelieerde partij als overnemer/lessor optreedt. Het risico dat een derde gebruik kan maken van die kennis is er dan immers niet.

4.3.3 Winstverschuiving binnen goed koopmansgebruik

Een andere categorie van methoden ter voorkoming van verliesverdamping ligt in de sfeer van goed koopmansgebruik. De belastingplichtige met compensabele verliezen kan één of meer van zijn tot dan toe gehanteerde waarderingssystemen wijzigen, waardoor de verliesverrekeningsrechten die verloren dreigden te gaan alsnog kunnen worden benut. Daarnaast kan hij bepaalde fiscale reserves laten vrijvallen. Het betreft hier de herinvesteringsreserve en de kostenegaliseringsreserve, die opgenomen zijn in art. 3.53 Wet IB 2001.²²⁴ In dit verband wordt door Kampschöer ook het afbouwen van voorzieningen genoemd.²²⁵ Het afbouwen/vrijvallen van één van deze reserves leidt vanzelfsprekend ook tot het realiseren van een fiscale winst, waardoor de verliesverrekeningsrechten kunnen worden geëffectueerd.

²²³ Besluit van 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M, BNB 2012/98, par. 2.3.

²²⁴ Als gevolg van HR 26 augustus 1998, nr. 33417, BNB 1998/409 (Baksteenarrest) is het belang van de kostenegaliseringsreserve behoorlijk afgenomen. De toepassingsmogelijkheden van de voorziening zijn na dit arrest namelijk aanzienlijk verruimd. Indien voldaan is aan de vereisten voor het vormen van een kostenegaliseringsreserve, zal ook altijd een voorziening kunnen worden gevormd.

²²⁵ G.W.J.M. Kampschöer, Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 106.

De herinvesteringsreserve neemt af bij daadwerkelijke herinvestering, bij het vervallen van het voornemen tot herinvestering, bij het verstrijken van de driejaarstermijn, als de onderneming ophoudt binnenlands belastbare winst te genieten of als de onderneming wordt gestaakt. Verliesverdamping lijkt dan eenvoudig te kunnen worden voorkomen door bijvoorbeeld te stellen dat het voornemen tot herinvestering niet meer aanwezig is. Post stelt echter dat hier wel het risico schuilt dat het voornemen tot herinvestering mogelijk eerder (bijvoorbeeld het boekjaar daarvoor) ook niet bestond.²²⁶ Als dat zo is zou de herinvesteringsreserve in een jaar eerder of in het jaar waarin die herinvesteringsreserve is gevormd tot de winst worden gerekend, tenzij er sprake is van een in art. 3.54, vijfde lid, Wet IB 2001 genoemde uitzondering.²²⁷ Als er in één van die jaren geen sprake was van een verlies, zou het verlies dat dreigt te verdampen of reeds verloren was gegaan in één van die twee jaren alsnog kunnen worden verrekend mijns inziens.²²⁸ Zelfs als er in die jaren sprake was van een verlies kan er alsnog verrekening plaatsvinden mits het verlies kleiner was dan het bedrag van de herinvesteringsreserve, zij het dat de herinvesteringsreserve dan niet volledig benut kan worden voor verliezen die op het punt staan te verdampen. Het laten vrijvallen van de herinvesteringsreserve, terwijl het voornemen tot herinvestering nog wel degelijk aanwezig is, lijkt mij evenmin in strijd met de jaarwinstbepalingsregels. De herinvesteringsreserve is een fiscale faciliteit waar de belastingplichtige een beroep op kan doen. De belastingplichtige moet er dan op een gegeven moment ook voor kunnen kiezen om er afstand van te doen.

Het is niet mogelijk om willekeurig een voorziening te vormen of te laten vrijvallen. De criteria voor het vormen van een voorziening zijn neergelegd in het Baksteenarrest.²²⁹ Meussen geeft aan dat de belastingplichtige de voorziening ook kan laten vrijvallen, terwijl nog voldaan wordt aan de voorwaarden voor het vormen van een voorziening.²³⁰ Volgens Meussen is het geoorloofd om toekomstige kosten door middel van een voorziening in de tijd naar voren te halen, maar verplicht is dit volgens hem niet. Mijns inziens is het laten vrijvallen van een voorziening terwijl de reden voor de voorziening nog aanwezig is niet in overeenstemming met goed koopmansgebruik. De mogelijkheid tot het vormen van een voorziening vloeit namelijk voort uit het matchingbeginsel, op basis waarvan de uitgaven dienen te worden toegerekend aan de jaren waarin de opbrengsten ter zake waarvan de uitgaven zijn gedaan gerealiseerd worden, dan wel de jaren waarin die uitgaven worden opgeroepen. Als de reden voor de voorziening niet meer aanwezig is, moet de voorziening worden opgeheven. Indien er zich geen wijziging in de omstandigheden heeft voorgedaan lijkt een vrijval van de voorziening niet voor de hand te liggen.

Verder kan een belastingplichtige met compensabele verliezen kosten activeren welke normaliter direct ten laste van de winst zouden zijn gebracht. Als gevolg daarvan zal de belastbare winst van de belastingplichtige hoger

²²⁶ D.R. Post, Methoden ter voorkoming van verliesverdamping, TFO 2011/145, par. 8.2.

²²⁷ Op grond van art. 3.54 Wet IB 2001 wordt de herinvesteringsreserve uiterlijk in het derde jaar na het jaar waarin de reserve is ontstaan, behoudens de in het vierde lid genoemde uitzonderingen, in de winst opgenomen.

²²⁸ Het lijkt me overigens zeer onwaarschijnlijk dat belastingplichtigen een herinvesteringsreserve vormen in een verliesjaar.

²²⁹ Voor het vormen van een voorziening is vereist dat er in de toekomst uitgaven zijn te verwachten die hun oorsprong vinden in feiten en omstandigheden die zich in de periode voorafgaand aan de balansdatum hebben voorgedaan (oorsprongvereiste), dat deze uitgaven ook overigens aan die periode kunnen worden toegerekend (toerekeningsvereiste) en dat er een redelijke mate van zekerheid is dat deze uitgaven zich in de toekomst ook daadwerkelijk zullen voordoen (behoorlijke kansvereiste).

²³⁰ G.T.K. Meussen, Voorkoming van verliesverdamping, In: Totaalwinst, Fiscaal Economisch Instituut Rotterdam 2011, p. 77.

uitvallen. Deze winst wordt dan vervolgens gebruikt voor de compensatie van verliezen. Zoals al gezegd in hoofdstuk 3 is het activeren van kosten een uitvloeisel van het matchingbeginsel. Deze methode lijkt mij niet acceptabel indien de uitgaven die worden geactiveerd slechts betrekking hebben op het desbetreffende jaar en niet op navolgende jaren. Uitgaven die niet op enigerlei wijze aan een toekomstig jaar zijn toe te rekenen, dienen namelijk in het jaar waarin deze zijn gedaan ten laste van de winst te worden gebracht.²³¹ Als de uitgaven betrekking hebben op een later jaar, dan dienen deze uitgaven op basis van het matchingbeginsel te worden geactiveerd. Deze verplichte toepassing van het matchingbeginsel doet zich bijvoorbeeld voor bij aanschaf van bedrijfsmiddelen. De uitgaven dienen dan te worden geactiveerd en worden door middel van afschrijving ten laste van de winst gebracht van de jaren waarin het bedrijfsmiddel nutsprestaties levert. In sommige gevallen laat het matchingbeginsel echter wel ruimte voor keuze tussen activeren of in één keer ten laste van de winst brengen. De uitgaven voor bijvoorbeeld research en development mogen worden geactiveerd of in één keer in aanmerking worden genomen. De reden hiervoor is dat ten aanzien van deze uitgaven niet met zekerheid kan worden gezegd dat deze in de toekomst nut zullen opleveren.²³² Alsdan kan de belastingplichtige ervoor kiezen dergelijke uitgaven toch te activeren in het zicht van dreigende verliesverdamping. In dit verband kan ook gedacht worden aan uitgaven voor opsporing van olie- en gasvoorraden.²³³ Ook hier heeft de belastingplichtige de keuze om te activeren, indien en voor zover op de balansdatum het bedrag van deze uitgaven niet als verloren moet worden beschouwd.²³⁴ Hierbij kan worden afgevraagd of een kostenpost die in een eerder jaar in één keer ten laste van de winst is gebracht nog kan worden herroepen en (deels) kan worden geactiveerd. Uit HR 4 mei 1983, nr. 21 669, BNB 1983/194 blijkt dat de belastingplichtige kan terugkomen op zijn keuze, zolang het gevolgde stelsel van winstberekening niet heeft geleid tot onherroepelijke fiscale gevolgen. Het gekozen stelsel ligt vast indien dit stelsel invloed heeft gehad op de aanslag.²³⁵ In de bezwaar- of beroepsfase kan de oorspronkelijke keuze nog worden gewijzigd, mits de wijziging niet zou leiden tot een verhoging van de te betalen belasting.²³⁶ Dit betekent dat indien de wijziging wél zou leiden tot een hogere aanslag, het wijzigen slechts mogelijk is zolang de aanslag niet is opgelegd.²³⁷ Een wijziging van het stelsel, waarbij wordt gekozen voor activeren in plaats van het gehele bedrag in één keer ten laste brengen van de winst, zou in beginsel leiden tot een hoger belastbaar bedrag. De vraag is echter of dit voor de belastingplichtige tot gevolg zou hebben dat hij een hoger bedrag aan belasting moet betalen. Naar mijn idee zal daar geen sprake van zijn. Immers, de belastingplichtige beschikt over compensabele verliezen waarmee de winst die ontstaat als gevolg van de wijziging wordt verrekend. Geconcludeerd kan dus worden dat een in de oorspronkelijke aangifte gemaakte keuze, waarbij de kosten in één keer ten laste van de winst zijn gebracht, kan worden herroepen om die kosten vervolgens (deels) te activeren, zolang de aanslag over dat jaar niet onherroepelijk vaststaat.

²³¹ S.C.W. Douma, A.O. Lubbers, De rol van het matchingbeginsel bij de toerekening van uitgaven, WFR 2002/111, par. 3c.

²³² R.P.C. Cornelisse, Enige fiscale aspecten van goodwill, Kluwer: Deventer 1992, p. 50.

²³³ Zie HR 12 april 1995, nr. 29 866, BNB 1995/180, waarin de Hoge Raad besliste dat zolang niet moet worden aangenomen dat een bepaalde boring zal worden gevolgd door de winning van olie of gas uit het reservoir waarvan het bestaan of de omvang door middel van die boring wordt onderzocht, goed koopmansgebruik er niet toe verplicht om de uitgaven voor opsporing van olie- en gasvoorraden te activeren.

²³⁴ Vergelijk HR 4 mei 1983, nr. 21 669, BNB 1983/194.

²³⁵ D. Brüll, J.W. Zwemmer, R.P.C. Cornelisse, Goed koopmansgebruik, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse), p. 10.

²³⁶ Hof Arnhem 9 januari 1964, nr. 403/62, BNB 1964/185.

²³⁷ Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Van Soest bij HR 23 juni 1982, nr. 20 783, BNB 1982/239.

Binnen het raamwerk van goed koopmansgebruik noemt Kampschöer het in aanmerking nemen van bijzondere baten gevolgd door bijzondere lasten in het volgende jaar als een mogelijke methode.²³⁸ Hij kon echter niet met zekerheid zeggen of deze methode daadwerkelijk is toegepast. Een dergelijke kunstgreep acht ik theoretisch gezien niet mogelijk. Immers, goed koopmansgebruik staat willekeurige winstverschuivingen over het algemeen niet toe.

Verder blijkt uit het onderzoek van Kampschöer dat het verlengen van één of meer boekjaren een met succes toegepaste methode is om verliesverdamping te voorkomen.²³⁹ De belastingplichtige is op grond van art. 7, vierde lid, Wet Vpb 1969 gehouden tot regelmatige boekhouding met geregelde jaarlijkse afsluitingen. Ingeval de belastingplichtige niet regelmatig boekhoudt met geregelde jaarlijkse afsluitingen is hij gehouden tot bepaling van de winst per kalenderjaar. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat slechts bij uitzondering, zoals bij oprichting en liquidatie van een lichaam of bij tussentijdse statutaire wijziging van het boekjaar, het boekjaar meer of minder dan twaalf maanden kan omvatten.²⁴⁰ Als de belastingplichtige overgaat tot een wijziging van het boekjaar is het van belang dat daarbij geen incidenteel fiscaal voordeel wordt beoogd.²⁴¹ In hoofdstuk 3 was reeds geconcludeerd dat bij het voorkomen van verliesverdamping geen incidenteel fiscaal voordeel wordt behaald, maar slechts een incidenteel fiscaal nadeel wordt voorkomen. Tevens is daarbij aangegeven dat een stelselwijziging ter voorkoming van verliesverdamping zal worden toegelaten door de fiscus. In het zicht van dreigende verliesverdamping kan de belastingplichtige er derhalve voor kiezen het boekjaar te verlengen. Als gevolg hiervan kan de winst over een grotere periode gebruikt worden voor het verrekenen van verliezen. Hiervoor is opgemerkt dat een stelselwijziging nog doorgevoerd kan worden, zolang de aanslag niet onherroepelijk vaststaat. Naar aanleiding hiervan rijst de vraag of een wijziging van het boekjaar met terugwerkende kracht tot de mogelijkheden behoort. Zoals gezegd dienen voor een boekjaarijziging de statuten te worden gewijzigd. Uit de jurisprudentie blijkt dat aan een statutaire wijziging van het boekjaar geen terugwerkende kracht wordt verleend. In dit verband kan worden verwezen naar HR 18 december 1991, nr. 27 066, BNB 1992/71. Belanghebbende wijzigde het statutaire boekjaar, dat gelijk was aan het kalenderjaar, naar een boekjaar dat ging lopen van 1 mei tot en met 30 april 1986. De wijziging bij notariële akte vond plaats op 9 september 1986. Belanghebbende wenste het boekjaar dat begon op 1 januari 1986 af te sluiten op 30 april 1986. De inspecteur legde echter één aanslag op over de periode van 1 januari 1986 tot en met 30 april 1987. Het Hof besliste in het voordeel van de inspecteur en gaf aan dat slechts in bijzondere gevallen terugwerkende kracht kan worden verleend aan een statutenwijziging. Daarvoor is volgens het Hof eveneens vereist dat zulks uitdrukkelijk in de statuten is bepaald. Van een dergelijke uitdrukkelijke bepaling was geen sprake bij belanghebbende, waardoor het Hof geen terugwerkende kracht toekende aan de boekjaarijziging. De Hoge Raad bevestigde dit oordeel van het Hof, maar sprak zich niet uit over de vraag of een statutaire wijziging van het boekjaar met terugwerkende kracht rechtens geoorloofd is.²⁴² Verder is in dit kader nog van belang Hof Amsterdam 23 maart 1993, nr. 91/0507, V-N 1994/391, waarin het Hof eveneens oordeelde dat een statutaire wijziging van het

²³⁸ G.W.J.M. Kampschöer, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 115.

²³⁹ G.W.J.M. Kampschöer, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 109.

²⁴⁰ Kamerstukken I, 6000, 1959/1960, 6000, nr. 3, p. 18.

²⁴¹ Redactie Vakstudie Nieuws, artikelsgewijs commentaar op art. 7, vierde lid, Wet Vpb 1969.

²⁴² Voor een behandeling van dit arrest verwijs ik naar de noot van R.F.C. Spek in HR 18 december 1991, nr. 27 066, FED 1992/382.

boekjaar met terugwerkende kracht niet mogelijk is. Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat een belastingplichtige met compensabele verliezen die zijn boekjaar wenst te verlengen, uiterlijk voor het einde van het boekjaar dat hij wil verlengen zijn statuten dient te wijzigen. Zodoende kan het boekjaar, waarin de statutenwijziging plaatsvindt, verlengd worden tot aan het begin van het nieuwe statutaire boekjaar. Ter verduidelijking het volgende voorbeeld:

De belastingplichtige hanteert een boekjaar dat gelijk is aan het kalenderjaar. Hij heeft compensabele verliezen die dreigen te verdampen indien deze niet verrekend kunnen worden met de winst over het boekjaar 2013. Er wordt gekozen voor een verlenging van het boekjaar. De belastingplichtige wenst het huidige boekjaar te verlengen tot en met 30 juni 2014. Het nieuwe boekjaar loopt dan van 1 juli tot en met 30 juni. In dit specifieke geval dient de statutenwijziging in het kalenderjaar 2013 plaats te vinden. Alsdan loopt het boekjaar dat begon op 1 januari 2013 door tot en met 30 juni 2014.

Tot slot kan in het kader van goed koopmansgebruik worden genoemd de mogelijkheid van willekeurige afschrijving. Op basis van art. 3.31 en art. 3.34 Wet IB 2001 is het mogelijk om willekeurig af te schrijven op bepaalde bedrijfsmiddelen. De belastingplichtige mag willekeurig afschrijven in het jaar van aanschaf of voortbrenging. Hij kan er echter ook voor kiezen om de willekeurige afschrijving in een later jaar te laten plaatsvinden, mits het bedrijfsmiddel maar uiterlijk bij het einde van de economische levensduur is afgeschreven.²⁴³ Dit betekent dat de belastingplichtige in een jaar waarin verliezen dreigen te verdampen eventueel kan kiezen voor een afschrijving van nihil voor dat bedrijfsmiddel dat in aanmerking komt voor willekeurige afschrijving.

4.3.4 Winstcreatie

De belastingplichtige die niet één van de bovengenoemde methoden kan/wil toepassen om verliesverdamping te voorkomen, zou er ook voor kunnen kiezen om winsten te creëren²⁴⁴ om zo verliesverdamping tegen te gaan. Daartoe kunnen bijvoorbeeld nieuwe winstgevende activiteiten worden ontwikkeld of bestaande activiteiten worden ingebracht in het verlieslichaam. De bestaande activiteiten of het benodigde vermogen om nieuwe (winstgevende) activiteiten te ontwikkelen kunnen worden ingebracht in de vorm van storting op kapitaal. Zodoende wordt de mogelijkheid om winst te genereren verhoogd, waardoor mogelijk de verliezen die dreigen te verdampen alsnog kunnen worden verrekend. Het inbrengen van bestaande activiteiten of het ontwikkelen van nieuwe activiteiten zal in beginsel fiscaal acceptabel zijn. Daarbij dienen belastingplichtigen er wel voor te waken dat niet aan de voorwaarden voor de toepassing van art. 20a Wet Vpb 1969 wordt voldaan.

Het creëren van winst kan eveneens geschieden door middel van het overdragen van activa aan een gelieerde vennootschap tegen schuldigerkenning. De economische belangen in de groep ondergaan hierbij geen wezenlijke verandering. Evenals de in par. 3.4.2 genoemde categorie wordt hier een activum overgedragen aan een gelieerde partij. Bij deze methode gaat het echter niet om het realiseren van een boekwinst. Door over te dragen tegen schuldigerkenning genereert de overdrager rentebaten, waarmee de verliezen die verloren dreigen te gaan alsnog

²⁴³ L.W. Sillevius, M.L.M. van Kempen, G.W.B. van Westen e.a., Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), p. 272.

²⁴⁴ Anders dan het realiseren van de reeds aanwezige stille reserves.

verrekenend kunnen worden.²⁴⁵ Deze methode biedt uitkomst ingeval er bij de overdrager geen activa met stille reserves aanwezig zijn, dan wel indien er bijvoorbeeld een deelneming wordt overgedragen die onder de toepassing van de deelnemingsvrijstelling valt.²⁴⁶ De te realiseren stille reserves kunnen in dat geval niet gebruikt worden voor het verrekenen van verliezen, omdat deze inkomsten zijn vrijgesteld door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Een uitkomst is dan om deze deelneming over te dragen tegen schuldigerkenning. Voor de aftrekbaarheid van de rente bij de kopende partij dienen wel de renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969 in acht te worden genomen. Vooropgesteld dient te worden dat het hier gaat om een echte lening en niet om bijvoorbeeld een verkapte kapitaalverstrekking.²⁴⁷ Indien het belang in de overgenomen deelneming dusdanig groot is dat het kan worden aangemerkt als een verbonden lichaam in de zin van art. 10a, vierde lid, Wet Vpb 1969, is de verschuldigde rente niet aftrekbaar op grond van art. 10a, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb 1969. De tegenbewijsmogelijkheden van het derde lid van art. 10a Wet Vpb 1969 zijn hierbij niet toepasbaar. Aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandelingen liggen namelijk geen zakelijke overwegingen ten grondslag (derde lid, onderdeel a) en bij de schuldeiser is er sprake van verrekening van verliezen (derde lid, onderdeel b).

Behalve met art. 10a Wet Vpb 1969 dient de belastingplichtige ook rekening te houden met art. 131 Wet Vpb 1969, welke bepaling aftrek van bovenmatige deelnemingsrente uitsluit.²⁴⁸ Om de bovenmatige deelnemingsrente te berekenen dient eerst bepaald te worden of er sprake is van een deelnemingsschuld. Indien en voor zover het gezamenlijke bedrag van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen uitgaat boven het eigen vermogen is er sprake van een deelnemingsschuld, met dien verstande dat een deelnemingsschuld nooit meer bedraagt dan het gezamenlijke bedrag van de geldleningen en nooit meer bedraagt dan het gezamenlijke bedrag van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen (lid 3). Op basis van het tweede lid wordt de bovenmatige deelnemingsrente gesteld op het gedeelte van het totale bedrag aan renten en kosten ter zake van geldleningen van het jaar, dat evenredig is aan de verhouding tussen de gemiddelde deelnemingsschuld en het gemiddelde totale bedrag van geldleningen. Die bovenmatige deelnemingsrente is niet aftrekbaar op basis van het eerste lid, voor zover het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente 750.000 euro te boven gaat.

Als de renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969 geen doel treffen is er nog een mogelijkheid dat de fiscus aftrek van rente zal weigeren met een beroep op het leerstuk van *fraus legis*.²⁴⁹ Gedacht kan worden aan een situatie waarbij een deelneming wordt overgedragen tegen schuldigerkenning en deze deelneming geen verbonden lichaam is in de zin van art. 10a Wet Vpb 1969, waardoor een aftrekbeperking op grond van dit artikel niet van toepassing is. Het is eveneens mogelijk dat er andere vermogensbestanddelen worden overgedragen dan deelnemingen om een schuldvordering te creëren. In dergelijke situaties zal de fiscus

²⁴⁵ Uiteraard is het dan eveneens mogelijk om beide methoden te combineren. Gedacht kan worden aan het overdragen van een activum met stille reserves, waarbij de koopsom schuldig wordt gebleven.

²⁴⁶ G.W.J.M. Kampschöer, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 108.

²⁴⁷ Dus een (her)kwalificatie van een geldlening in eigen vermogen is hier niet aan de orde.

²⁴⁸ Art. 131 Wet Vpb 1969 is ingevoerd per 1 januari 2013 met als doel het dichten van de zogenoemde Bosalgat. Het Bosalgat houdt kort gezegd in dat de financieringskosten voor een deelneming die gefinancierd is met vreemd vermogen aftrekbaar zijn, terwijl de opbrengsten uit die deelneming zijn vrijgesteld. Zie voor het arrest *Bosal-Holding HvJ EG* 18 september 2003, nr. C-168/01, BNB 2003/344.

²⁴⁹ Ook na de invoering van art. 10a Wet Vpb 1969 is er ruimte voor toepassing van *fraus legis* naast en als aanvulling op art. 10a Wet Vpb 1969. Zie HR 11 juli 2008, nr. 43 376, BNB 2008/266.

waarschijnlijk een beroep doen op het leerstuk van *fraus legis* om de renteaftrek te weigeren. De toepassingsmogelijkheden van dit leerstuk zullen in hoofdstuk 5 van dit onderzoek aan de orde komen.

Verder kan een belastingplichtige met compensabele verliezen vlak voor het moment van verliesverdamping (in het verleden) gemaakte kosten ten aanzien van gelieerde partijen doorberekenen, dan wel fees verlangen voor verrichte diensten voor die vennootschappen. Deze methode wordt voornamelijk toegepast door holdingvennootschappen en administratiekantoren, omdat ze naast hun deelnemingen weinig andere bezittingen hebben.²⁵⁰ Het is naar mijn idee geen keuze om wel of geen kosten door te berekenen, daar het op basis van het totaalwinstartikel wettelijk verplicht is om een zakelijke prijs te hanteren. Wel lijkt mij hier dat er een zekere marge is waarbinnen de belastingplichtige de hoogte van de door te berekenen kosten kan beïnvloeden. Daarnaast is onder omstandigheden ook enige sturing in de tijd mogelijk, denkt Post.²⁵¹

Tot slot kan worden genoemd de mogelijkheid voor de belastingplichtige om in het zicht van dreigende verliesverdamping een ten laste van de Nederlandse winst afgewaardeerde vordering op een lichaam waarin hij of een met hem verbonden lichaam een deelneming heeft, op te waarderen door de sanctie van art. 13b of art. 13ba Wet Vpb 1969 van toepassing te laten zijn. Uiteraard zou de belastingplichtige dan wel moeten beschikken over zo'n vordering. Op basis van art. 13b Wet Vpb 1969 wordt een bedrag gelijk aan de afwaardering tot de winst gerekend als de afgewaardeerde vordering wordt vervreemd aan een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijke persoon of als deze vordering wordt overgebracht naar een buitenlands ondernemingsvermogen. In het zicht van verliesverdamping kan er bijvoorbeeld voor worden gekozen om deze vordering te vervreemden aan een verbonden lichaam, stelt Post.²⁵² Het bedrag van de afwaardering dat tot de winst van de belastingplichtige wordt gerekend, op basis van art. 13b Wet Vpb 1969, zou dan benut kunnen worden ter verrekening van verliezen. Het lijkt mij echter beter om een dergelijke vordering om te zetten in bijvoorbeeld aandelen, als gevolg waarvan de sanctie van art. 13ba Wet Vpb 1969 in werking zou treden. Mijns inziens levert het vervreemden van een dergelijke vordering aan een verbonden lichaam 'per saldo' geen voordeel op als de vordering later op enig moment belast in waarde stijgt bij de verkrijger. Tegenover het benutten van de compensabele verliezen bij de overdrager staat dan de belastingheffing over het bedrag van de opwaardering bij de verkrijger.²⁵³ Ook in het geval de afgewaardeerde vordering niet in waarde zou stijgen in de toekomst, wordt er naar mijn idee geen voordeel behaald met het voorkomen van verliesverdamping. De compensabele verliezen zijn dan verrekend met een winstbestanddeel dat nooit behaald zal worden. De compensabele verliezen hebben alleen waarde als daarmee de belastingheffing over de behaalde winst gedrukt kan worden. In dit geval wordt de belastingheffing gedrukt over een winst die nooit behaald is en behaald zal worden. Dus gesteld kan worden dat het in werking laten treden van deze antimisbruikbepaling teneinde verliesverdamping te voorkomen alleen succesvol kan zijn indien de vordering later op enig moment weer in waarde zou stijgen en deze opwaardering onbelast blijft of tegen een beduidend lager tarief wordt belast dan het tarief van de Nederlandse

²⁵⁰ G.W.J.M. Kampschöer, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 105.

²⁵¹ D.R. Post, *Methoden ter voorkoming van verliesverdamping*, TFO 2011/145, par. 6.1.

²⁵² D.R. Post, *Methoden ter voorkoming van verliesverdamping*, TFO 2011/145, par. 8.1.

²⁵³ Eigenlijk is hier sprake van dubbele belastingheffing. Tot 1 januari 2007 was het mogelijk om deze dubbele heffing te vermijden als de goedkeuring van art. 13b, derde lid (oud), Wet Vpb 1969 werd verkregen. De voorwaarde was wel dat de vordering in de Nederlandse heffingsfeer bleef. Zie hiervoor N.H. de Vries en R.J. de Vries e.a., *Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, p. 287.

vennootschapsbelasting. Dit laatste kan zich voordoen als de vordering wordt vervreemd aan een verbonden lichaam uit het buitenland²⁵⁴ en het desbetreffende land een aanzienlijk lager tarief kent voor de vennootschapsbelasting dan het geval is in Nederland. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor het overbrengen van de afgewaardeerde vordering naar een buitenlands ondernemingsvermogen, door welke handeling de sanctie van art. 13b Wet Vpb 1969 eveneens in werking treedt. Bij het omzetten van de afgewaardeerde vordering in aandelen bestaat er geen risico van dubbele belastingheffing. Bij de schuldenaar wordt er dan niets geheven en bij de schuldeiser is een waardestijging van de deelneming vrijgesteld.²⁵⁵ Als gevolg van de omzetting wordt op grond van art. 13ba Wet Vpb 1969 een bedrag gelijk aan de afwaardering tot de winst van de belastingplichtige gerekend. Daarbij is het mogelijk om die opwaardering op te nemen in een opwaarderingsreserve. Uiteraard zal de belastingplichtige niet opteren voor die mogelijkheid, daar de winst noodzakelijk is voor het verrekenen van verliezen.

Bij het onzakelijk prijsgeven van de vordering zijn de gevolgen gelijk aan het omzetten van de vordering in aandelen. Tijdens de parlementaire behandeling is aangegeven dat het onzakelijk kwijtschelden tot gevolg heeft dat de schuld verdwijnt als vreemd vermogen en de geldverstrekking omslaat in het verstrekken van eigen vermogen.²⁵⁶ Het gevolg hiervan is dat het onzakelijk prijsgeven wordt bestreken door art. 13ba, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969 en niet door onderdeel c van dat artikel. Voor het onzakelijk prijsgeven geldt derhalve hetzelfde als hiervoor beschreven voor het omzetten van de afgewaardeerde vordering in kapitaal.

Het zakelijk prijsgeven wordt echter wel bestreken door art. 13ba, tweede lid, onderdeel c, Wet Vpb 1969, op grond waarvan een bedrag ter hoogte van de afwaardering tot de winst moet worden gerekend. Hierop is in het vierde lid een beperking aangebracht. Op grond van het bepaalde in dat lid wordt het bedrag van de afwaardering niet tot winst gerekend indien en voor zover het prijsgeven bij de schuldenaar leidt tot een voordeel dat wordt betrokken in de heffing in Nederland of een heffing die naar Nederlandse maatstaven als reëel is aan te merken. Veelal zal dit wel het geval zijn als de schuldenaar een binnenlandse belastingplichtige is. De kwijtscheldingswinstvrijstelling ex art. 13 Wet IB 2001 zal geen toepassing vinden, omdat er zeer waarschijnlijk voldoende compensabele verliezen aanwezig zullen zijn bij de schuldenaar. Mocht er na het verrekenen van deze verliezen nog een bedrag overblijven, dan is dat bedrag vrijgesteld op grond van het bepaalde in art. 3.13 Wet IB 2001. Een bedrag ter hoogte van deze kwijtscheldingswinstvrijstelling wordt dan bij de schuldeiser tot de winst gerekend. In het licht van voorkoming van verliesverdamping lijkt het zakelijk prijsgeven dus alleen een mogelijke optie te zijn als het voordeel voor de schuldenaar niet wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Ingeval bij de belastingplichtige een reeds gevormde opwaarderingsreserve aanwezig is, kan er ook voor worden gekozen om die opwaarderingsreserve

²⁵⁴ Bij vervreemding aan een partij buiten Nederland, wordt die partij geacht een met de belastingplichtige verbonden lichaam/natuurlijke persoon te zijn, tenzij de belastingplichtige het tegendeel aannemelijk maakt (art. 13b, vierde lid Wet Vpb 1969).

²⁵⁵ Door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet Vpb 1969 leidt een waardestijging van de deelneming niet tot belastingheffing bij de belastingplichtige. Dit is ook exact de reden waarom art. 13ba Wet Vpb 1969 (voorheen art. 12 Wet Vpb 1969) is ingevoerd. Met deze bepaling wordt tegengegaan dat een ten laste van de Nederlandse winst afgewaardeerde vordering wordt omgezet in aandelen, waarna een waardestijging van de deelneming, waarop de schuld betrekking had, onbelast wordt genoten onder de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

²⁵⁶ Kamerstukken I, 2000/2001, 27 209, nr. 89b, p. 2.

direct aan de winst toe te voegen door een handeling te verrichten als beschreven in het tiende lid van art. 13ba Wet Vpb 1969.

4.3.5 Overleg met de Belastingdienst

Om verliesverdamping te voorkomen kan ook in overleg worden getreden met de Belastingdienst.²⁵⁷ Dit zal veelal gepaard gaan met het gebruikmaken van de verliesverrekeningsrechten in het kader van een fiscaal compromis. Bij het gebruiken van deze rechten op verliesverrekening in het kader van een fiscaal compromis wordt volgens Kampschöer indirect (een deel van) de waarde van deze rechten gerealiseerd, doordat de fiscus de belastingplichtige op een ander deelgebied tegemoet komt.²⁵⁸ Het voordeel voor de belastingplichtige zal mijns inziens veelal afhankelijk zijn van diens onderhandelingspositie jegens de fiscus. Daarnaast is in dit kader van belang de toezegging van de redelijke en constructieve opstelling ten aanzien methoden ter voorkoming van verliesverdamping.²⁵⁹ Na die toezegging zullen belastingplichtigen er minder snel voor kiezen om in overleg te gaan met de fiscus naar mijn idee. In veel gevallen zal een overleg dan niet nodig zijn. Immers, het risico dat de fiscus bepaalde voorkomingsmethoden zal bestrijden is aanzienlijk afgenomen als gevolg van de beloofde soepele opstelling. Als de belastingplichtige toch nog zekerheid wenst omtrent de toepassing van een bepaalde methode, zou hij in overleg kunnen gaan met de fiscus. Verder bestaat de mogelijkheid dat de belastingplichtige een bepaalde methode zou kunnen toepassen, maar de uitvoering ervan veel werk vergt en onnodige kosten met zich meebrengt. Gedacht kan worden aan een situatie waarbij verliesverdamping kan worden voorkomen door middel van het verlengen van het boekjaar. Een boekjaarijziging vergt de nodige inspanning, mede doordat de statuten gewijzigd dienen te worden en de boekhouding moet worden aangepast. In een dergelijk geval zou de belastingplichtige ervoor kunnen kiezen om in overleg te gaan met de Belastingdienst. Daarbij zouden de rechten op verliescompensatie gebruikt kunnen worden in het kader van een fiscaal compromis.

4.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is een overzicht gegeven van diverse methoden waarmee verliesverdamping kan worden voorkomen. Tevens zijn deze methoden beoordeeld op hun fiscale aanvaardbaarheid. De belastingplichtige staat het mijns inziens vrij om in het zicht van verliesverdamping de aanwezige stille reserves te realiseren door middel van een verkoop van vermogensbestanddelen aan een gelieerde partij. Eventueel zou de fiscus zich kunnen beroepen op het leerstuk van *fraus legis* indien aan de realiteit van de transactie getwijfeld kan worden. Ook de *sale-lease-back* van immateriële activa behoort, evenals de *sale-lease-back* van materiële activa, tot de geoorloofde methoden. Dat geldt ook als daarbij een gelieerde partij als koper/lessor fungeert. Belangrijk bij een

²⁵⁷ In het onderzoek van Kampschöer wordt een voorbeeld gegeven van een belastingplichtige die in een bepaald jaar geen voorziening had opgenomen voor milieuvervuiling, zodat het belastbare bedrag over dat jaar positief zou uitvallen. Tijdens een controle van het Bureau van de Rijksaccountantsdienst werd aangetoond dat de risico's ten aanzien van de voorziening in het desbetreffende jaar voorzienbaar waren geweest, waardoor een negatieve correctie op het belastbare bedrag zou worden toegepast. Uiteindelijk werd na overleg besloten om deze correctie niet door te voeren. Hierdoor werden de rechten op verliescompensatie die verloren dreigden te gaan alsnog gerealiseerd. Hieruit blijkt volgens Kampschöer dat het theoretische uitgangspunt, dat op basis van het totaalwinstbeginsel de som van alle jaarwinsten gelijk moet zijn aan de totaalwinst, ook in de praktijk wordt onderschreven. Zie G.W.J.M. Kampschöer, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 110 en 111. De vraag is of een dergelijke tegemoetkoming heden ten dage ook zal worden verleend. In dit verband merkt Post op dat de tijden sinds het onderzoek van Kampschöer enigszins zijn veranderd. Volgens Post zijn de inspecteurs nu strikter gebonden aan de mogelijkheden die de wet hen biedt. Zie D.R. Post, *Methoden ter voorkoming van verliesverdamping*, TFO 2011/145, par. 7.

²⁵⁸ Bij het in overleg treden zijn van belang de bepaling van art. 64 AWR en het besluit van 5 juli 2011, nr. BLKB2011/1087M, BNB 2011/239.

²⁵⁹ *Handelingen I*, 2009/2010, nr. 14, p. 506.

sale-lease-back-transactie is dat de lease wordt aangemerkt als een operational lease en het leaseobject derhalve tot het ondernemingsvermogen van de lessor behoort. Het realiseren van stille reserves door middel van een herwaardering acht de Staatssecretaris niet mogelijk. Uit de jurisprudentie blijkt naar mijn idee het tegendeel en wordt het stelselmatig waarden op werkelijke waarde wel toegestaan. Die conclusie dient wel enigszins genuanceerd te worden, daar de jurisprudentie waarbij een waardering op werkelijke waarde werd toegestaan stamt uit de jaren 30 van de vorige eeuw. In recentere arresten zijn echter wel aanwijzingen te vinden dat een dergelijk waarderingsstelsel niet verboden wordt door goed koopmansgebruik. Het stelselmatig waarden op werkelijke waarde biedt in mijn optiek echter niet een ideale uitkomst om verliesverdamping te voorkomen, omdat dit tot gevolg heeft dat ook in navolgende jaren op werkelijke waarde dient te worden gewaardeerd. Dit zal leiden tot belastingheffing over toekomstige waardeinstijgingen als er geen compensabele verliezen meer voorhanden zijn. Alsdan zou ik willen pleiten voor een wettelijke herwaarderingsmogelijkheid, of in breder verband zelfs een mogelijkheid tot onbeperkte voorwaartse verliescompensatie. Vooral nu er een soepele opstelling is toegezegd ten aanzien van methoden ter voorkoming van verliesverdamping zie ik niet in wat nog het nut is van een beperkte voorwaartse verliescompensatie. Bovendien leidt een beperkte verliescompensatie tot beduidend meer discussies inzake de jaarwinstbepaling en een aanzienlijke administratieve rompslomp.

Een andere mogelijkheid om verliesverdamping tegen te gaan is door winsten te verschuiven binnen goed koopmansgebruik. Een wijziging van één of meer waarderingsstelsels behoort daarbij tot de mogelijkheden. Daarnaast moet het naar mijn idee mogelijk zijn om een herinvesteringsreserve te laten vrijvallen bij dreigende verliesverdamping. De vrijval van een voorziening acht ik echter niet mogelijk, omdat dit in strijd zal zijn met het matchingbeginsel. Ook verbiedt het matchingbeginsel om uitgaven te activeren die niet op enigerlei wijze aan een toekomstig jaar zijn toe te rekenen. Voor bepaalde uitgaven, waarvan niet met zekerheid gezegd kan worden dat deze in de toekomst nut zullen opleveren, laat het matchingbeginsel echter wel ruimte voor keuze. Alsdan kunnen deze uitgaven worden geactiveerd, indien en voor zover op de balansdatum het bedrag van deze uitgaven niet als verloren moet worden beschouwd. Verder kan in dit verband worden genoemd de mogelijkheid om willekeurig af te schrijven. Het verlengen van het boekjaar behoort eveneens tot de geoorloofde methoden. Het in aanmerking nemen van bijzondere baten gevolgd door bijzondere lasten in een volgend boekjaar acht ik daarentegen niet mogelijk, omdat dit strijdigheid oplevert met goed koopmansgebruik.

De belastingplichtige kan bij dreigende verliesverdamping eventueel ook winsten creëren om zijn compensabele verliezen te kunnen benutten. Het inbrengen of het ontwikkelen van winstgevendende activiteiten acht ik in beginsel fiscaal acceptabel. Daarnaast is het ook mogelijk om rentebaten te creëren door vermogensbestanddelen tegen schuldigerkenning over te dragen aan een gelieerde partij. Daarbij dienen wel de renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969 in acht te worden genomen. Als deze renteaftrekbeperkingen niet het gewenste resultaat opleveren voor de fiscus, is er nog een mogelijkheid dat renteaftrek wordt geweigerd met een beroep op het leerstuk van *fraus legis*. Verder kan in deze categorie worden genoemd het doorberekenen van kosten en fees ten aanzien van gelieerde vennootschappen, waarbij met betrekking tot deze kosten en fees wellicht enige sturing in de tijd mogelijk is. De belastingplichtige kan er eveneens voor kiezen de antimisbruikbepalingen van art. 13b(a) Wet Vpb 1969 over zich af te roepen teneinde verliesverdamping te voorkomen. Het vervreemden van een dergelijke vordering lijkt alleen dan een voordeel op te leveren als deze vordering op enig moment in de

toekomst onbelast of tegen een aanzienlijk lager tarief dan in Nederland in waarde zou toenemen. Het omzetten van zo'n afgewaardeerde vordering in kapitaal of het onzakelijk prijsgeven lijkt dan een betere optie te zijn, omdat een waardestijging van de deelneming onbelast is door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

Tot slot kan verliesverdamping worden voorkomen door in overleg te treden met de Belastingdienst, dat doorgaans gepaard zal gaan met het gebruiken van de verliesverrekeningsrechten in het kader van een fiscaal compromis. Naar verwachting zullen belastingplichtigen minder snel in overleg gaan met de fiscus, nu er een soepele opstelling is beloofd ten aanzien van methoden ter voorkoming van verliesverdamping.

5 TOEPASSING FRAUS LEGIS BIJ VOORKOMING VAN VERLIESVERDAMPING

5.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is verliesverdamping aan bod gekomen en is een overzicht gegeven van beschikbare methoden om verliesverdamping te voorkomen. Vervolgens is beoordeeld of deze methoden passen binnen de grenzen van wet en jurisprudentie. Bij een aantal daarvan werd geconcludeerd dat de fiscus zich mogelijk zou kunnen beroepen op het leerstuk van *fraus legis* om de door de belastingplichtige beoogde fiscale gevolgen te weigeren. In dit hoofdstuk wordt onderzocht of de fiscus inderdaad met succes gebruik zou kunnen maken van dit leerstuk. Daartoe zal allereerst een algemene beschouwing van *fraus legis* worden gegeven. Vervolgens komen de voorwaarden voor het toepassen van dit leerstuk aan de orde. Hierna wordt onderzocht in hoeverre *fraus legis* toegepast kan worden in situaties waarbij verliesverdamping wordt voorkomen. Binnen de context van het leerstuk van *fraus legis* deed de Hoge Raad in een aantal arresten uit de jaren 90 een beroep op de zogenoemde ‘meerwegenleer’.²⁶⁰ De meerwegenleer houdt kort gezegd in dat bij het nastreven van een zakelijk einddoel het de belastingplichtige vrijstaat om de fiscaal gunstigste route te kiezen, maar dat deze vrijheid haar grens vindt daar waar de gekozen weg leidt tot wetsontduiking.²⁶¹ Binnen de context van de meerwegenleer kan bij voorkoming van verliesverdamping gedacht worden aan een situatie waarbij een zakelijk einddoel wordt nagestreefd, maar dat daar ook zaken die niet noodzakelijk zijn voor het einddoel tussen worden geschoven om de compensabele verliezen te kunnen benutten. In dit onderzoek wordt zoals al gezegd verondersteld dat de gehanteerde methoden ter voorkoming van verliesverdamping puur ingegeven zijn om de verliezen te verrekenen die verloren dreigen te gaan. Van een zakelijk einddoel is derhalve geen sprake. De meerwegenleer blijft in dit hoofdstuk dan ook buiten beschouwing.

5.2 *Fraus legis*

Het leerstuk van *fraus legis* stamt af van het Romeinse recht, waarbij het uitgangspunt gold dat de ratio achter de wet van groter belang was dan alleen de letterlijke bewoordingen ervan.²⁶² In het zogenoemde ‘Driedagen-arrest’ werd de basis gelegd voor de toepassing van *fraus legis* in het fiscale recht.²⁶³ *Fraus legis* is een methode van rechtsvinding die in het gehele rechtsgebied toepasbaar is en komt pas aan de orde als alle overige methoden van wets- en feiteninterpretatie geen doel treffen.²⁶⁴ De belastingplichtige zal binnen de grenzen van de wet de fiscaal gunstigste weg willen bewandelen en de inspecteur zal deze grenzen van de wet zo eng mogelijk willen trekken. De kans is dan aanwezig dat de belastingplichtige naar het oordeel van de inspecteur over de grens gaat, wat zal worden aangemerkt als belastingontwijking. De inspecteur zou er dan voor kunnen kiezen om een beroep op *fraus legis* te doen om dit te bestrijden. Een gevolg van de toepassing van dit leerstuk is dat het kan leiden tot conflicterende rechtsbeginselen.²⁶⁵ Enerzijds zorgt *fraus legis* voor rechtsgelijkheid tussen belastingplichtigen doordat aansluiting wordt gezocht bij doel en strekking van de wet. Anderzijds leidt toepassing van *fraus legis* tot rechtsonzekerheid. Immers, door het succesvol toepassen van dit leerstuk kunnen de bestreden rechtshandelingen onder het toepassingsbereik van een bepaalde regeling worden gebracht, terwijl deze

²⁶⁰ Zie HR 11 juli 1990, nr. 26 306, BNB 1990/293, HR 19 januari 1994, nr. 28 646, BNB 1994/87 en HR 6 september 1995, nr. 29 927, BNB 1996/4.

²⁶¹ R.J. de Vries, Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving, WFR 2010/114, par. 2.2.

²⁶² R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, Het leerstuk van *fraus legis* – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 1), *Forfaitair* 2013/231, par. 1.

²⁶³ HR 26 mei 1926, NJ 1926/723.

²⁶⁴ R.J. de Vries, Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving, WFR 2010/114, par. 1.

²⁶⁵ W.R. Kooiman, De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, TFB 2012/06, Inleiding.

rechtshandelingen naar de letter van de tekst daar niet onder vallen. De Vries stelt dat toepassing van fraus legis mogelijk zelfs de meest fundamentele inbreuk is op de rechtszekerheid.²⁶⁶

5.3 Richtige heffing

Het Driedagen-arrest waarmee de Hoge Raad de basis legde voor toepassing van fraus legis in het belastingrecht stamt uit het jaar 1926. Toch zou pas vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw gesproken kunnen worden van een definitieve doorbraak van fraus legis.²⁶⁷ De reden hiervoor is gelegen in een andere methode van rechtsvinding waar de fiscus voornamelijk gebruik van maakte: de richtige heffing. De richtige heffing is in tegenstelling tot fraus legis wél wettelijk geregeld, namelijk in art. 31 AWR. Voor toepassing van de richtige heffing stelt de Hoge Raad nagenoeg dezelfde voorwaarden als voor het toepassen van het leerstuk van fraus legis. Toch zijn er ook enige verschillen tussen deze twee methoden van rechtsvinding te onderkennen. Voor het gebruikmaken van de richtige heffing is op grond van art. 32 AWR toestemming vereist van de Staatssecretaris. Naast dit formele verschil kent de richtige heffing ook een beperktere reikwijdte dan fraus legis. Daar het leerstuk van fraus legis in het gehele belastingrecht toepasbaar is, kan de richtige heffing slechts in stelling worden gebracht voor de heffing van directe belastingen. Ten slotte is er ook een verschil in uitwerking tussen beide. De richtige heffing biedt de mogelijkheid om geen rekening te houden met de bestreden rechtshandeling (eliminatie).²⁶⁸ Bij toepassing van het leerstuk van fraus legis kunnen rechtshandelingen en feiten zowel worden genegeerd als worden vervangen door andere nabijgelegen rechtshandelingen of feiten (substitutie).²⁶⁹ Uit de jurisprudentie blijkt dat de inspecteur in beginsel vrij is om te kiezen op welke van deze twee methoden van rechtsvinding hij een beroep doet.²⁷⁰ Door de ruimere toepassingsmogelijkheden van fraus legis is de betekenis van de richtige heffing in de loop der tijd echter afgenomen. De beperkingen van de richtige heffing ten opzichte van fraus legis hebben ertoe geleid dat de Staatssecretaris sinds 1987 geen machtigingen meer verleent voor het toepassen van deze methode van rechtsvinding.²⁷¹ Sindsdien wordt er alleen gebruik gemaakt van het leerstuk van fraus legis. De jurisprudentie inzake richtige heffing blijft echter wel relevant, daar het leerstuk van fraus legis dezelfde materiële voorwaarden kent als de richtige heffing.²⁷²

5.4 Voorwaarden voor toepassing fraus legis

5.4.1 Algemeen

Voor de voorwaarden waaronder het leerstuk van fraus legis in stelling kan worden gebracht kan worden verwezen naar het arrest HR 10 augustus 2001, nr. 35 890, BNB 2001/399, waarin de Hoge Raad het volgende overwoog:

“Het in mindering op de winst komen van de rente kan echter niet worden aanvaard indien de schuld is aangegaan met als doorslaggevend motief belastingheffing te vrijdelen en dat onder omstandigheden waardoor in strijd wordt gekomen met doel en strekking van de wet.”

²⁶⁶ R.J. de Vries, Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving, WFR 2010/114, par. 2.1.

²⁶⁷ R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, Het leerstuk van fraus legis – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 1), Forfaitair 2013/231, par. 1.1.

²⁶⁸ Zie hierover onder andere E.C.C.M. van Kemmeren, Fraus legis in de vennootschapsbelasting, TFO 1994/21, par. 2 en W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB 2012/06, par. 5.

²⁶⁹ Uit HR 20 maart 1985, nr. 23 003, BNB 1985/171 blijkt dat bij toepassing van het leerstuk van fraus legis eliminatie mogelijk is. Vergelijk HR 11 juni 1986, nr. 23 641, BNB 1986/283, waarbij de toepassing van fraus legis leidde tot substitutie. Zie verder ook Redactie Vakstudie Nieuws, artikelsgewijs commentaar op art. 31 AWR, aantekening 3.

²⁷⁰ HR 20 maart 1985, nr. 23 003, BNB 1985/171 en HR 10 december 1986, nr. 24 234, BNB 1987/101.

²⁷¹ Resolutie Ministerie van Financiën 10 augustus 1987, nr. DB87/4966, V-N 1987/1842, 3.

²⁷² W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB 2012/06, par. 1.

Op basis van dit arrest kunnen twee voorwaarden worden gedestilleerd waaraan voldaan dient te zijn voor het in stelling brengen van *fraus legis*:

- het doorslaggevende motief voor het aangaan van de rechtshandeling is belastingverijdeling c.q. - besparing (het motiefvereiste);²⁷³ en
- de rechtshandeling leidt tot een situatie die in strijd is met doel en strekking van de wet (het doelvereiste).

Bij het ontbreken van één van deze voorwaarden past de Hoge Raad geen *fraus legis* toe. Zo was in HR 17 juni 1987, nr. 24 535, BNB 1987/289 geen sprake van strijdigheid met doel en strekking van de desbetreffende wetsbepaling. De Hoge Raad oordeelde dan ook dat er geen sprake was van *fraus legis*, ook al was het doorslaggevende motief van de betrokken partijen verijdeling van belastingheffing. De voorwaarde dat belastingverijdeling het doorslaggevende motief is wordt gesteld, omdat de toepassing van *fraus legis* anders in strijd komt met de rechtszekerheid.²⁷⁴ Van groter belang acht Nieuwenhuizen echter dat met het motiefvereiste een onderscheid wordt aangebracht tussen rechtshandelingen die, afgezien van fiscale aspecten, een voldoende reële praktische betekenis hebben voor de belastingplichtige en rechtshandelingen waarbij een dergelijke betekenis ontbreekt.²⁷⁵ Met betrekking tot het motiefvereiste oordeelde de Hoge Raad in HR 21 november 1984, nr. 22 092, BNB 1985/32 dat bij aanwezigheid van een verijdelingsmotief belanghebbende niet mag verwachten dat zijn rechtshandelingen zullen worden geëerbiedigd. Uit de jurisprudentie komt verder naar voren dat de twee voorwaarden niet afzonderlijk worden beoordeeld door de Hoge Raad, maar in samenhang. Dat blijkt onder meer uit HR 9 februari 1994, nr. 28 787, BNB 1994/231, waarin de Hoge Raad voor de beoordeling of belanghebbende had gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet van belang achtte dat het ontgaan van belastingheffing het doorslaggevende motief was voor het aangaan van de rechtshandeling. Ook in HR 21 november 1984, nr. 22 092, BNB 1985/32 achtte de Hoge Raad het motief van belastingverijdeling van belang voor de beoordeling van strijdigheid met doel en strekking van de wet. Nieuwenhuizen onderschrijft deze conclusie en stelt dat het doelvereiste en het motiefvereiste naar elkaar zijn toegegroeid en zelfs nauw met elkaar verweven zijn.²⁷⁶

5.4.2 Motiefvereiste

Voor de belastingplichtige moet het opzettelijk ontwijken van belastingheffing de doorslaggevende reden zijn geweest voor de rechtshandelingen. Van Kemmeren heeft het in dit verband over het op een ongerechtvaardigde wijze ontgaan van de belastingheffing.²⁷⁷ Het ontgaan van belastingheffing kan worden omschreven als het op een enigszins gekunstelde wijze besparen van belasting.²⁷⁸ Het motiefvereiste is zoals gezegd zowel een voorwaarde voor het toepassen van *fraus legis*, als een omstandigheid ter beoordeling van de vraag of de rechtshandelingen in strijd zijn met doel en strekking van de wet. Van belang bij het motiefvereiste is het

²⁷³ In de jurisprudentie worden veelal de termen ‘belastingbesparing’ en ‘belastingverijdeling’ gebruikt voor het aanduiden van het motiefvereiste. Vergelijk HR 7 december 1983, nr. 22 134, BNB 1984/21 en HR 10 augustus 2001, nr. 35 890, BNB 2001/399. Ook in de literatuur is dit het geval. Zie onder meer E.C.C.M. van Kemmeren, *Fraus legis* in de vennootschapsbelasting, TFO 1994/21, par. 2 en W.R. Kooiman, *De toetsing van fraus legis naar omstandigheden*, TFB 2012/06, par. 2.

²⁷⁴ R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, *Het leerstuk van fraus legis – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen* (deel 1), *Forfaitair* 2013/231, par. 2.

²⁷⁵ J.H.M. Nieuwenhuizen, *Vrije ontwikkelingen in de wetsontduiking*, WFR 1999/159, par. 5.

²⁷⁶ J.H.M. Nieuwenhuizen, *Vrije ontwikkelingen in de wetsontduiking*, WFR 1999/159, par. 5.

²⁷⁷ E.C.C.M. van Kemmeren, *Fraus legis* in de vennootschapsbelasting, TFO 1994/21, par. 2.

²⁷⁸ P. Kavelaars, *Misbruik van fiscaal recht in de Europese Unie*, *Van Mens tot Mens*, nr. 28, par. 2 (geraadpleegd via NDFR).

legaliteitsbeginsel, dat kort gezegd inhoudt dat de belastingen worden geheven uit de kracht van de wet.²⁷⁹ Zoals al verteld betekent het toepassen van *fraus legis* een doorbreking van de rechtszekerheid. Dit is volgens IJerman slechts aanvaardbaar als de doorbreking gekoppeld wordt aan het vereiste dat de belastingplichtige slechts handelt om een fiscaal voordeel te behalen.²⁸⁰ Een constructie die geen ander doel heeft dan het ‘uitmelken’ van de belastingwetgeving heeft naar zijn mening geen economische zin die bescherming verdient. Het gaat er derhalve om dat door middel van het verrichten van de bestreden rechtshandelingen een situatie wordt bereikt, waarbij minder belasting hoeft te worden afgedragen dan het geval zou zijn geweest als de rechtshandelingen niet waren verricht. Heeft dit fiscale voordeel de doorslag gegeven voor het verrichten van de rechtshandelingen, dan is belastingbesparing, en daarmee dus belastingverrijdeling, de doorslaggevende reden geweest voor de transacties. Indien dit vaststaat, dient vervolgens te worden onderzocht of de door de belastingplichtige gekozen route in strijd is met doel en strekking van de wet.²⁸¹ Zodoende wordt voorkomen dat situaties waarbij op een normale wijze gebruik wordt gemaakt van wettelijk toelaatbare middelen om belasting te besparen worden bestreden met het leerstuk van *fraus legis*.

Ten aanzien van het motiefvereiste geldt dat het gekunstelde of ongebruikelijke karakter van een rechtshandeling alleen niet voldoende is om *fraus legis* te kunnen toepassen.²⁸² De gekunsteldheid kan volgens IJerman wel een bewijsrechtelijk nadeel vormen met betrekking tot de toepassingsvoorwaarden van *fraus legis*, vooral voor wat betreft het motiefvereiste. Bij de beoordeling van het verrijdelingsmotief dient eerst bepaald te worden of er wel sprake is van een samenhang tussen de rechtshandelingen waarmee het fiscale voordeel wordt behaald. Als er geen samenhang is tussen de rechtshandelingen, kan er ook geen sprake zijn van een verrijdelingsmotief.²⁸³

Daarnaast kan in dit verband genoemd worden ‘het voorzienbare nadeel’. In HR 7 december 1983, nr. 22 134, BNB 1984/21 oordeelde de Hoge Raad dat indien bij het aangaan van de transacties voorzienbaar is dat zij, afgezien van de beoogde belastingbesparing, een nadeel zullen opleveren, moet worden aangenomen dat belastingbesparing de doorslaggevende beweegreden is geweest voor de rechtshandelingen tenzij er sprake is van een andere meer dan bijkomstige beweegreden. Het is niet relevant welke voordelen feitelijk worden behaald door de belastingplichtige, maar het gaat om de voordelen die voorzienbaar waren ten tijde van het verrichten van de rechtshandelingen. Kooiman concludeert dat er in de jurisprudentie nog nauwelijks aandacht wordt besteed aan dit criterium.²⁸⁴ Verder is het voorzienbare nadeel in zijn optiek een bewijsregeling.²⁸⁵ Ook in gevallen waarbij, afgezien van het fiscale voordeel, een voordeel behaald kan worden met het verrichten van de rechtshandelingen, kan het opzettelijk ontwijken van belastingheffing nog wel de doorslaggevende reden zijn. Andersom geldt volgens Kooiman ook dat het voorzienbare nadeel slechts leidt tot het weerlegbare vermoeden dat er sprake is van een verrijdelingsmotief. De belastingplichtige dient dan de andere meer dan bijkomstige beweegreden(en) aannemelijk te maken. Van een meer dan bijkomstige beweegreden is sprake als de rechtshandelingen ook verricht zouden zijn als het fiscale voordeel absent was.²⁸⁶

²⁷⁹ R.L.H. IJerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Kluwer: Deventer, 1990, p. 71.

²⁸⁰ R.L.H. IJerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Kluwer: Deventer, 1990, p. 87 en 88.

²⁸¹ E.C.C.M. van Kemmeren, *Fraus legis* in de vennootschapsbelasting, TFO 1994/21, par. 2.

²⁸² R.L.H. IJerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Kluwer: Deventer, 1990, p. 105.

²⁸³ W.R. Kooiman, De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, TFB 2012/06, par. 4.3.

²⁸⁴ W.R. Kooiman, De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, TFB 2012/06, par. 4.3.

²⁸⁵ In gelijke zin R.L.H. IJerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Kluwer: Deventer, 1990, p. 95.

²⁸⁶ HR 11 oktober 2000, nr. 34 805, BNB 2001/121.

In eerdere arresten werd door de Hoge Raad voor toepassing van *fraus legis* tevens de eis gesteld dat de rechtshandelingen, afgezien van de beoogde fiscale voordelen, geen reële praktische betekenis hebben.²⁸⁷ Deze eis van reële praktische betekenis leek de Hoge Raad weer te hebben losgelaten in BNB 2001/399.²⁸⁸ In dit arrest verwijst de Hoge Raad niet expliciet naar het ontbreken van reële praktische betekenis. Langereis en In de Braekt stellen dat uit het feit dat transacties buiten het beoogde fiscale voordeel geen reële praktische betekenis hebben, kan blijken dat belastingbesparing voor de belastingplichtige de enige dan wel doorslaggevende reden moet zijn geweest voor het aangaan van de rechtshandelingen.²⁸⁹ Daarmee vormt het ontbreken van reële praktische betekenis nog wel een bewijsrechtelijk nadeel voor de belastingplichtige. Ten aanzien van de bewijslast voor de aanwezigheid van een verijdelingsmotief geldt dat de inspecteur het motief moet stellen en bij bestrijding door de belastingplichtige aannemelijk dient te maken.²⁹⁰

5.4.3 *Doelvereiste*

Voor het toepassen van *fraus legis* moet zoals gezegd tevens sprake zijn van strijdigheid met doel en strekking van de wet. Om te achterhalen wat het doel en de strekking is van een betreffende wetsbepaling dient gekeken te worden naar de wetshistorie, zoals deze naar voren komt tijdens de parlementaire behandeling. Daaruit kan worden opgemaakt welke bedoeling de wetgever heeft gehad met de regeling.²⁹¹ Uit de jurisprudentie kunnen de volgende relevante omstandigheden worden gedestilleerd voor de vraag of er sprake is van strijdigheid met doel en strekking van de wet:

- Er is sprake van een compenserende heffing;
- De wetgever heeft de ontgaansmogelijkheid bewust aanvaard;
- De verijdeling kan min of meer onbeperkt en op ieder daartoe nuttig geacht moment worden herhaald.

Compenserende heffing

Uit de jurisprudentie blijkt dat toepassing van *fraus legis* achterwege blijft indien tegenover de fiscaal nadelige gevolgen van de rechtshandeling voordelen staan die in beginsel in de heffing worden begrepen. In HR 10 maart 1993, nr. 27 295, BNB 1993/194 werd beslist dat er voor *fraus legis* geen plaats is, omdat de betaalde rente bij de crediteur wordt betrokken in de heffing van vennootschapsbelasting. Daaruit volgt volgens de Hoge Raad dat er geen sprake is van een met doel en strekking van de wet strijdige verijdeling van belastingheffing. De compenserende heffing kan ook worden gevonden in een buitenlandse belasting. De heffing dient dan wel naar Nederlandse maatstaven redelijk te zijn.²⁹² Voor een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing kan in beginsel worden aangesloten bij de eis van een heffing van ten minste 10% over een vergelijkbare grondslag als de grondslag in Nederland.²⁹³ Als de heffing in het buitenland niet is aan te merken als een naar Nederlandse

²⁸⁷ HR 21 november 1984, nr. 22 092, BNB 1985/32 en HR 20 maart 1985, nr. 23 003, BNB 1985/171.

²⁸⁸ Onder andere Post en Bruijsten concluderen dat de Hoge Raad de eis dat een reële praktische betekenis ontbreekt heeft laten vallen. Zie hiervoor D.R. Post, *Methoden ter voorkoming van verliesverdamping*, TFO 2011/145, par. 5.1 en C. Bruijsten, *Stelt de compenserende heffing een kwantitatieve grens aan de toepassing van *fraus legis**, WFR 2004/1150, par. 2.1.

²⁸⁹ C.J. Langereis en M.J.F. in de Braekt, *Is er een grens tussen *fraus legis* en fraude?*, MBB 1995, par. 4.

²⁹⁰ Zie hiervoor NDFR artikelsgewijs commentaar op art. 31 AWR, par. 3.2.

²⁹¹ NDFR artikelsgewijs commentaar op art. 31 AWR, par. 3.3.

²⁹² HR 8 februari 2002, nr. 36 358, BNB 2002/118 en HR 20 december 1995, nr. 29 737, BNB 1996/5.

²⁹³ R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, *Het leerstuk van *fraus legis* – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen* (deel 1), *Forfaitair* 2013/231, par. 2.

maatstaven redelijke heffing, komt de in het buitenland verschuldigde belasting niet in mindering op de belasting die door de toepassing van *fraus legis* in Nederland is verschuldigd.²⁹⁴ Daardoor bedraagt de uiteindelijke heffing per saldo meer dan het Nederlandse tarief, waarop in de literatuur enige kritiek valt waar te nemen.²⁹⁵ Mijns inziens dient de Nederlandse fiscus niet tegemoet te komen aan deze nadelige uitkomst voor de belastingplichtige. Zou de wetgever wel overgaan tot een tegemoetkoming, dan zou dat in mijn ogen een uitnodiging aan belastingplichtigen zijn om de grenzen van de wet te verkennen. Immers, de uitkomst zal toch niet nadeliger kunnen uitpakken ten opzichte van de situatie waarbij de belastingplichtige niets zou doen.²⁹⁶

De wetgever heeft de ontgaansmogelijkheid bewust aanvaard

Fraus legis kan geen toepassing vinden als de wetgever een bepaalde ontgaansmogelijkheid bewust heeft aanvaard. Zo was er in HR 11 mei 1988, nr. 24 918, BNB 1988/289 een belanghebbende die door middel van uitgifte en plaatsing van preferente of soortgelijke aandelen heeft voorkomen dat het aandelenbezit een aanmerkelijk belang ging vormen. De Hoge Raad oordeelde dat er geen sprake was van strijdigheid met doel en strekking van de wet, daar de wetgever bewust heeft aanvaard dat de belastingplichtige door spreiding van aandelenbezit onder de grens voor een aanmerkelijk belang kon blijven. Voor de vraag of de wetgever een ontgaansmogelijkheid bewust heeft opengelaten, kan de belastingplichtige zich niet beroepen op een te algemene uitlating van de wetgever.²⁹⁷ Overigens is de Hoge Raad wel terughoudend in het aannemen dat de wetgever een ontgaansmogelijkheid bewust heeft aanvaard.²⁹⁸ Evenmin kan een beroep op *fraus legis* worden gedaan als er sprake is van een voor de hand liggende ontgaansmogelijkheid. In HR 8 juli 1992, nr. 28 211, BNB 1992/308 oordeelde de Hoge Raad dat als de wetgever deze ontgaansmogelijkheid had willen afsluiten, hij daarvoor wel een regeling had getroffen. Op dit punt blijkt de Hoge Raad ook enigszins terughoudend te zijn.²⁹⁹

Als de wetgever een ontgaansmogelijkheid heeft voorzien en er een bepaalde sanctie op heeft gesteld, wordt in beginsel de sanctie toegepast. Uit de jurisprudentie blijkt verder dat ondanks het invoeren van een antimisbruikbepaling er nog steeds ruimte is voor het toepassen van *fraus legis* in situaties die niet door die bepaling worden bestreken. In HR 11 juli 2008, nr. 43 376, BNB 2008/266 werden rechtshandelingen verricht met als doorslaggevend motief het vrijdelen van art. 10a Wet Vpb 1969.³⁰⁰ De Hoge Raad oordeelde dat een aanvaarding van de renteaftrek in strijd zou komen met het doel en de strekking van deze antimisbruikbepaling. Verder kan in dit verband worden genoemd HR 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213, waarin *fraus legis* werd toegepast ten aanzien van een situatie die niet onder het toepassingsbereik van art. 10a Wet Vpb 1969 viel.

Indien de wetgever geen rekening heeft gehouden met een bepaalde situatie en dus een bepaalde ontgaansmogelijkheid niet bewust heeft aanvaard, worden de fiscale gevolgen van de rechtshandeling getoetst aan het systeem van de wet. Zijn de fiscale gevolgen conform het systeem van de wet, dan resteert er in beginsel

²⁹⁴ HR 23 januari 2004, nr. 38 258, BNB 2004/142.

²⁹⁵ Zie onder meer de conclusie van A-G Wattel in HR 23 januari 2004, nr. 38 258, BNB 2004/142, overweging 6.3.

²⁹⁶ In dezelfde zin C. Bruijsten, Stelt de compenserende heffing een kwantitatieve grens aan de toepassing van *fraus legis*?, WFR 2004/1150, par. 3.4.

²⁹⁷ HR 8 juni 1983, nr. 21 630, BNB 1983/236.

²⁹⁸ W.R. Kooiman, De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, TFB 2012/06, par. 4.2.

²⁹⁹ HR 10 juli 2009, nr. 43 363, BNB 2009/237.

³⁰⁰ Voor een uitgebreide behandeling verwijs ik onder meer naar O.C.R. Marres, *Fraus legis* blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage, WFR 2008/1431.

geen ruimte om fraus legis toe te passen.³⁰¹ De mogelijkheid tot ontgaan van belastingheffing is dan inherent aan de door de wetgever gekozen systematiek. Dit was het oordeel van de Hoge Raad in onder meer de arresten ten aanzien van de zogenoemde ‘turbovennootschappen’. Zo overwoog de Hoge Raad in HR 15 juli 1997, nr. 31 620, BNB 1997/297 als volgt:

*“Het aldus door de wetgever tot stand gebrachte systeem berust zozeer op een fundamentele keuze van de wetgever dat het niet in een geval als het onderhavige met een beroep op het leerstuk der wetsontduiking kan worden terzijde gesteld.”*³⁰²

Dit zal anders zijn als sprake is van een bijzondere omstandigheid ten gevolge waarvan de handelwijze van de belastingplichtige niet verenigbaar zou kunnen zijn met doel en strekking van de wet.³⁰³

De vrijdeling kan min of meer onbeperkt en op ieder daartoe nuttig geacht moment worden herhaald

Het is niet de bedoeling dat de belastingplichtige met het aangaan van de bestreden transacties min of meer onbeperkt en op ieder door hem daartoe nuttig geacht moment zijn belastbare winst kan verminderen. In een dergelijk geval past de Hoge Raad fraus legis toe blijkt uit de jurisprudentie.³⁰⁴ In HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217 werd deze voorwaarde enigszins genuanceerd door de Hoge Raad. In dit arrest werd beslist dat het herhaaldelijk toepassen van de constructie tevens geen gevolgen mag hebben voor de vermogenspositie van de belastingplichtige om fraus legis te kunnen toepassen. Hoe groot de invloed moet zijn op de vermogenspositie is niet duidelijk. Het lijkt mij echter niet voor de hand te liggen dat bij de geringste invloed op de vermogenspositie de toepassing van fraus legis wordt uitgesloten.

5.5 Fraus legis bij voorkoming van verliesverdamping

5.5.1 Algemeen

De vraag is of het gebruikmaken van methoden zoals beschreven in hoofdstuk 4 binnen het toepassingsbereik van het leerstuk van fraus legis valt. Daartoe wordt nagegaan of de uit de jurisprudentie voortvloeiende voorwaarden en relevante omstandigheden voor fraus legis aanwezig zijn bij het verrichten van handelingen ter voorkoming van verliesverdamping.

5.5.2 Vrijdeling van belastingheffing?

Is bij het voorkomen van verliesverdamping sprake van vrijdeling van belastingheffing? Bij de beoordeling van deze vraag komt eerst aan de orde of er sprake is van een samenhang tussen de rechtshandelingen waarmee het fiscale voordeel wordt behaald. Aangenomen kan worden dat deze samenhang doorgaans aanwezig is bij het verrichten van handelingen met als enig motief het voorkomen van verliesverdamping. Het doel van de belastingplichtige bij het toepassen van een methode ter voorkoming van verliesverdamping is het benutten van de aanwezige rechten op verliescompensatie. Afgezien van dit fiscale voordeel zijn er voor de belastingplichtige geen andere motieven voor het aangaan van de rechtshandeling(en). Als er een vergelijking wordt gemaakt tussen enerzijds de situatie waarbij gebruik is gemaakt van een methode waarmee verliesverdamping wordt voorkomen en anderzijds de situatie waarbij dit niet is gebeurd, kan geconcludeerd worden dat door middel van het voorkomen van verliesverdamping wordt bereikt dat uiteindelijk minder belasting wordt afgedragen. In

³⁰¹ W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB 2012/06, par. 4.2.

³⁰² Vergelijk HR 15 juli 1997, nr. 31 552, BNB 1997/296.

³⁰³ HR 9 februari 1994, nr. 28 787, BNB 1994/231.

³⁰⁴ HR 22 juli 1982, nr. 20 953, BNB 1982/243.

zoverre is hier sprake van belastingbesparing. De vraag is echter of dit wel de juiste benadering is. Zoals ik in hoofdstuk 4 al opmerkte kan hier worden bepleit dat de vraag of er sprake is van belastingbesparing beantwoord dient te worden vanuit het systeem van de wet. Zoals gezegd heeft het systeem van de Wet Vpb 1969, dat gebaseerd is op het totaalwinstbeginsel, als uitgangspunt het belasten van de totaalwinst gedurende de gehele levensduur van de onderneming. Van hieruit geredeneerd wordt door middel van het benutten van verliescompensatie niet minder belasting afgedragen dan de belastingplichtige zou moeten afdragen over zijn daadwerkelijk gemaakte totaalwinst. De vraag is dan of zulks kan worden aangemerkt als belastingbesparing, in die zin dat voldaan wordt aan het motiefvereiste. In dit verband wil ik tevens verwijzen naar hetgeen opgemerkt door IJzerman ten aanzien van het motiefvereiste in relatie tot de rechtszekerheid.³⁰⁵ Hij gaf aan dat een constructie die gericht is op het ‘uitmelken’ van de belastingwetgeving geen economische zin heeft die bescherming verdient. Bij het benutten van de eigen verliescompensatie kan naar mijn mening niet gesproken worden van het ‘uitmelken’ van de belastingwetgeving. Immers, de belastingplichtige voorkomt slechts dat de fiscus een voordeel toekomt, waar de fiscus ‘eigenlijk’ geen recht op heeft. Met andere woorden: de belastingplichtige behaalt een ‘voordeel’, dat op basis van het wettelijke uitgangspunt in beginsel ook bij hem terecht hoort te komen. Aan de andere kant is het natuurlijk zo dat uiteindelijk, ook al gaat het hier om het benutten van de eigen verliescompensatie, minder belasting hoeft te worden afgedragen als gevolg van de toegepaste methode. Hiermee lijkt voldaan te zijn aan het in de jurisprudentie gestelde motiefvereiste voor de toepassing van het leerstuk van *fraus legis*. Immers, het fiscale motief, ook al is er in mijn ogen sprake van een rechtvaardiging door het feit dat de belastingplichtige in beginsel gewoon recht heeft op dit voordeel, heeft de doorslag gegeven voor het verrichten van de bestreden rechtshandelingen.

5.5.3 *In strijd met doel en strekking van de wet?*

Nu is vastgesteld dat bij het voorkomen van verliesverdamping voldaan zal zijn aan het motiefvereiste, rijst vervolgens de vraag of daarbij wordt gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet. Een belangrijke reden om het voorkomen van verliesverdamping niet in strijd met doel en strekking te oordelen is naar mijn idee gelegen in de toetsing aan het systeem van de Wet Vpb 1969. In dit verband wil ik verwijzen naar de hiervoor geciteerde overweging van de Hoge Raad uit BNB 1997/297.³⁰⁶ Hierin gaf de Hoge Raad aan dat er geen ruimte is voor toepassing van *fraus legis* als de ontgaansmogelijkheid voortvloeit uit het door de wetgever tot stand gebrachte systeem. Tevens kan in dit verband genoemd worden HR 6 november 1991, nr. 27 102, BNB 1992/97. De zaak betrof een belastingplichtige die opzettelijk overging tot het verbreken van de fiscale eenheid met de insolvabele dochtervennootschap om zich te ontdoen van de fiscale verplichtingen die de fiscale eenheid met zich zou meebrengen. De verbreking van de fiscale eenheid geschiedde door middel van het vervreemden van aandelen aan een gelieerde partij. De belanghebbende was zich ervan bewust dat de fiscus er niet in zou slagen de te betalen vennootschapsbelasting in te vorderen bij de niet solvabele dochtervennootschap. De Hoge Raad achtte de handelingen van belanghebbende in overeenstemming met het wettelijke stelsel. Op basis van de genoemde arresten zou gesteld kunnen worden dat het bespoedigen van verliescompensatie, door het toepassen van bepaalde methoden om binnen de geldende termijnen de verliesverrekeningsrechten te effectueren, in overeenstemming is met het door de wetgever tot stand gebrachte systeem, dat gebaseerd is op het totaalwinstbeginsel. In mijn optiek is met de regeling van verliesverrekening beoogd recht te doen aan het

³⁰⁵ R.L.H. IJzerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Kluwer: Deventer, 1990, p. 71.

³⁰⁶ Zie par. 5.4.3.2.

totaalwinstbeginsel, waarbij doelmatigheidsoverwegingen hebben geleid tot een beperking van de termijnen waarbinnen een verlies verrekend dient te worden. Dat neemt niet weg dat de ratio achter de verliescompensatieregeling is gelegen in het totaalwinstbeginsel.³⁰⁷ De beperking van de termijnen van verliescompensatie maakt een inbreuk op de totaalwinstgedachte, omdat deze beperking er toe kan leiden dat er meer winst in de heffing wordt betrokken dan de daadwerkelijk gemaakte totaalwinst gedurende de gehele levensduur. Het voorkomen dat verliesverrekeningsrechten verloren gaan zou dan nimmer in strijd kunnen zijn met het wettelijke uitgangspunt van de Wet Vpb. 1969.³⁰⁸

Daarnaast is er in situaties van voorkoming van verliesverdamming sprake van een compenserende heffing, die strijdigheid met doel en strekking van de wet uitsluit. Dit is althans op te maken uit een aantal arresten inzake de problematiek van renteaftrek in samenhang met verliescompensatie. In HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196 was sprake van een samenstel van rechtshandelingen waarbij een leningovereenkomst werd aangegaan tussen belanghebbende en de twee aandeelhouders van belanghebbende, die eveneens belastingplichtig waren voor de vennootschapsbelasting. De belanghebbende was een holding-BV die was opgericht door haar aandeelhouders, die beide 50% van de aandelen bezaten. De deelneming in belanghebbende werd volgestort door inbreng van de aandelen van een werkmaatschappij. Voor het verschil tussen de inbrengwaarde en het gestorte kapitaal werden de aandeelhouders in de boeken van belanghebbende gecrediteerd. De rentebaten werden door de aandeelhouders verrekend met de reeds bij hen aanwezige compensabele verliezen. Bij belanghebbende was de rente aftrekbaar van de operationele winsten van de werkmaatschappij waarmee belanghebbende een fiscale eenheid vormde.³⁰⁹ De inspecteur weigerde de aftrek van rente. Het Hof 's-Gravenhage overwoog:

“De rente die belanghebbende heeft voldaan, is, nu de lichamen die deze rente incasseerden binnenlandse belastingplichtigen zijn, in beginsel bij deze lichamen belastbaar. Voor zover die lichamen compensabele verliezen hebben of hadden, heeft de rente het beloop van die compensabele verliezen beïnvloed, althans moeten beïnvloeden. Indien en voor zover er daarna nog compensabele verliezen overbleven, is de oorzaak van het achterwege blijven van onmiddellijke belastingheffing over de rente gelegen in de hoogte van die compensabele verliezen, die op zichzelf niet door de herstructurering zijn ontstaan.”

“Indien een belastingplichtig lichaam dat verliezen geleden heeft, ernaar streeft door het aantrekken van positieve winstbestanddelen de verrekening van die verliezen te bespoedigen en althans verdamming van die verliezen te voorkomen, komt zulks niet in strijd met de strekking van de verliescompensatie. De betaling van de rente door belanghebbende kan dan ook niet met doel en strekking van de wet in strijd geoordeeld worden.”

Naar het oordeel van het Hof is van fraus legis geen sprake in het onderhevige geval, omdat over de rentebaten in beginsel gewoon vennootschapsbelasting wordt geheven. Dat deze rentebaten bij de aandeelhouders worden gebruikt om de aanwezige compensabele verliezen te verrekenen doet daar niet aan af volgens het Hof,

³⁰⁷ In dit verband wil ik tevens verwijzen naar par. 2.7 van dit onderzoek.

³⁰⁸ Zie voor een gelijkkluidende visie D.R. Post, Methoden ter voorkoming van verliesverdamming, TFO 2011/145, par. 5.2.

³⁰⁹ Tegenwoordig zou deze renteaftrek worden bestreken door art. 10a Wet Vpb 1969. Dit geldt eveneens voor de hierna te bespreken arresten HR 10 maart 1993, nr. 28 484, BNB 1993/197 en HR 30 juni 1999, nr. 34 219, BNB 1999/323. Dit zal nog uitvoeriger worden behandeld in dit hoofdstuk.

aangezien zodanige verrekening niet wegneemt dat de rente bij deze lichamen als winst in aanmerking wordt genomen.

Hiervoor had ik al geconcludeerd dat de Hoge Raad strijd met doel en strekking van de wet niet aanwezig acht indien er sprake is van een compenserende heffing. Dit volgt onder andere uit BNB 1993/194, waarin de Hoge Raad het feit dat over de rentebate vennootschapsbelasting werd geheven voldoende achtte om de rentebetalingen niet in strijd met doel en strekking van de wet te oordelen. Verder kan in dit verband eveneens HR 17 maart 1999, nr. 33 808, BNB 1999/325 worden genoemd, waarin de Hoge Raad het volgende overwoog:

“Bij de beoordeling van de middelen moet worden vooropgesteld dat ter zake van rentelasten als de onderhavige fraus legis niet aan de orde kan komen als tegenover die lasten voordelen staan welke in beginsel in de heffing kunnen worden betrokken.”

De Hoge Raad overwoog in BNB 1993/196 dat voor het beoordelen van strijdigheid met doel en strekking geenszins voorbij kan worden gegaan aan het feit dat de rentebate bij de schuldeiser is onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting. Voorts gaf de Hoge Raad aan:

“Zulks is niet anders indien de heffing van de vennootschapsbelasting bij de schuldeisers voor het jaar waarin de rente hun toevloeit, mede wordt beïnvloed door de verrekening van middellijk ten laste van dezelfde gerechtigden gekomen verliezen die in eerdere of latere jaren, dan wel die overigens in het desbetreffende jaar zijn geleden, aangezien zodanige verrekening niet wegneemt dat de rente bij deze lichamen ten volle als winst in aanmerking wordt genomen.”

Naar analogie van BNB 1993/196 is bij het voorkomen van verliesverdamping naar mijn idee geen sprake van strijdigheid met doel en strekking van de wet. Immers, de Hoge Raad achtte het in dit arrest niet relevant dat de compenserende heffing wegviel tegen verrekenbare verliezen, omdat een zodanige verrekening volgens de Hoge Raad niet wegneemt dat de rente bij deze lichamen ten volle als winst in aanmerking wordt genomen. Bij het voorkomen van verliesverdamping is de compenserende heffing gelegen in de belastbare winst die ontstaat als gevolg van de toegepaste methode. Dat deze belastbare winst vervolgens wordt verrekend met compensabele verliezen neemt niet weg dat het ontstane voordeel ten volle als winst in aanmerking wordt genomen.

5.5.4 Gekochte verliezen

In tegenstelling tot BNB 1993/196 werd in HR 10 maart 1993, nr. 28 484, BNB 1993/197 de aftrek van rente geweigerd door de Hoge Raad. Het arrest betrof een belanghebbende die alle aandelen van een andere vennootschap had verkregen, welke beschikte over een aanzienlijk bedrag aan compensabele verliezen. Vervolgens werd bij plaatsing van nieuwe aandelen van deze vennootschap agio betaald door belanghebbende, waarna hetzelfde bedrag werd teruggeleend. Zodoende werden bij de dochtervennootschap rentebaten gecreëerd waarmee de aanwezige verliezen gecompenseerd konden worden. De belanghebbende wenste de betaalde rente ten laste van de fiscale winst te brengen. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

“Weliswaar vormt het door de dochtervennootschap als rente ontvangen bedrag, in beginsel aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen winst, doch deze winst wordt verrekend met de nog te compenseren verliezen, welke verliezen zijn geleden voor belanghebbende de aandelen in de dochtervennootschap had verkregen en aldus niet middellijk ten laste van belanghebbendes aandeelhouders zijn gekomen.”

Er was enig verschil tussen de feitelijke situaties van BNB 1993/196 en BNB 1993/197. In het eerstgenoemde arrest lagen tevens andere dan fiscale redenen ten grondslag aan de herstructurering, terwijl in het tweede geval het doorslaggevende motief voor het verrichten van de bestreden handelingen het verijdelen van belastingheffing was. Belangrijker was echter het verschil, wat ook duidelijk blijkt uit de geciteerde overweging, dat in het onderhavige geval sprake was van aangekochte verliezen.³¹⁰ De Hoge Raad achtte het kennelijk niet aanvaardbaar dat een aangekocht verlies werd verrekend met kunstmatig gecreëerde rente. Den Boer concludeert dat de Hoge Raad een aan art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969³¹¹ ontleende grens trekt tussen een aanvaardbare en niet-aanvaardbare verbetering van de verliescompensatiepositie.³¹² Hij geeft daarbij aan dat als de aangekochte verliezen eenmaal verrekend zijn de aftrek van rente herleeft, wat het nodige reken- en denkwerk vereist. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad een verrekening van deze aangekochte verliezen niet wenselijk achtte, ondanks dat de verliezen gewoon in stand bleven na de toepassing van art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969. Op grond van deze bepaling verviel het recht op verliesverrekening indien:

- de belastingplichtige zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel (90% of meer) had gestaakt;³¹³ en
- er een aandeelhouderswisseling had plaatsgevonden, waardoor de winsten van de belastingplichtige voor minder dan 70% toekwamen aan de natuurlijke personen die op of omstreeks het tijdstip van staking onmiddellijk of middellijk aandeelhouder waren.³¹⁴

De dochtervennootschap in casu heeft nimmer een onderneming gedreven, waardoor geen sprake kon zijn van een staking van de onderneming. Bavinck is het niet eens met het feit dat de Hoge Raad ondanks de wettelijke bepaling tegen ongewenste handel in verliezen een verdere nuancering aanbrengt.³¹⁵ De vraag is of het wenselijk is dat de Hoge Raad op de stoel van de wetgever gaat zitten. De wetgever heeft met art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969 een regeling ingevoerd tegen de handel in verlieslichamen. Bepleit kan worden dat als de aangekochte verliezen niet getroffen worden door deze bepaling, deze verliezen eenzelfde behandeling dienen te krijgen als de 'gewone' verliezen. Deze conclusie zou met zich meebrengen dat de renteaftrek in de huidige casus op grond van de hoofdregel uit BNB 1993/196 zou worden toegestaan. Hoewel ik de beslissing van de Hoge Raad in BNB 1993/197 wel toejuich, in mijn optiek zou het toelaten van een dergelijke kunstgreep om aangekochte verliezen te verrekenen de ongewenste handel in verliesvennootschappen alleen maar hebben bevorderd, kan ik mij wel enigszins vinden in de kritiek die in de literatuur wordt geleverd. Overigens dient wel opgemerkt te worden dat als de verliescompensatie wél beperkt was geweest door de bepaling van art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969, tevens geen sprake had kunnen zijn van *fraus legis* ten aanzien van de aftrek van rente.³¹⁶ Dan worden de kunstmatig gecreëerde rentebaten immers normaal belast.

³¹⁰ Voor het in stelling brengen van *fraus legis* dient zoals gezegd voldaan te zijn aan zowel het motiefvereiste als het doelvereiste. Als de rentebate bij de ontvanger in de heffing betrokken wordt, ongeacht of daarbij verliezen worden gecompenseerd waardoor feitelijk geen vennootschapsbelasting is verschuldigd, acht de Hoge Raad strijd met doel en strekking van de wet niet aanwezig. In een dergelijk geval wordt *fraus legis* niet toegepast, ook al is het doorslaggevende motief van de betrokken partijen verijdeling van belastingheffing. Zie hiervoor par. 5.4.1.

³¹¹ Deze bepaling is zoals gezegd vervangen door art. 20a Wet Vpb 1969. Voor een uitgebreide behandeling hiervan verwijs ik naar NDFR artikelsgewijs commentaar op art. 20a Wet Vpb 1969, par. 1.

³¹² Noot P. den Boer in HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196.

³¹³ Deze voorwaarde had tot gevolg dat de regeling niet werkte bij vennootschappen waarvan de activiteiten slechts bestonden uit beleggingen, omdat bij deze vennootschappen per definitie geen sprake kon zijn van het staken van een onderneming. Dit was één van de redenen voor het vervangen van art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969 door art. 20a Wet Vpb 1969.

³¹⁴ NDFR artikelsgewijs commentaar op art. 20a Wet Vpb 1969, par. 1.

³¹⁵ Zie de noot van C.B. Bavinck in HR 10 maart 1993, nr. 28 484, FED 1993/658.

³¹⁶ Een dergelijke renteconstructie zou waarschijnlijk niet zijn opgezet als de verliezen door de toepassing van art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969 niet meer voorwaarts verrekenbaar waren geweest.

De lijn die de Hoge Raad aanhoudt leek duidelijk: de aftrek van kunstmatig gecreëerde rentelasten wordt niet toegestaan als de rentebaten die daar tegenover staan dienen ter compensatie van aangekochte verliezen. Met andere woorden: constructies om verliescompensatie te benutten zijn niet in strijd met doel en strekking van de wet, mits het gaat om eigen verliezen. In HR 30 juni 1999, nr. 34 219, BNB 1999/323 oordeelde de Hoge Raad echter dat de aftrek van rente niet in strijd kwam met doel en strekking van de wet, terwijl de hiermee samenhangende rentebaten eveneens werden verrekend met aangekochte verliezen. Belanghebbende had in 1982 alle aandelen verworven in een vennootschap die beschikte over compensabele verliezen over 1980 en 1981. Hierna is de onderneming van deze vennootschap voor vier jaren voortgezet, waarna deze in de loop van 1986 werd gestaakt. Vervolgens heeft belanghebbende in 1987 een vordering op twee dochtermaatschappijen, waarmee zij gevoegd was in een fiscale eenheid, ingebracht in de verliesvennootschap. De fiscus weigerde de renteaftrek bij de fiscale eenheid toe te staan en deed een beroep op *fraus legis*. De Hoge Raad besliste echter anders. Evenals in BNB 1993/197 bleef ook in deze casus de verliescompensatie in stand ondanks art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969. De plv. P-G Van Soest komt tot de conclusie dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever het met doel en strekking van de toen in het leven geroepen regeling tegen de handel in verlieslichamen in overeenstemming achtte dat de verliescompensatie ongemoeid zou worden gelaten als de bestaande onderneming zou worden voortgezet.³¹⁷ Hieruit volgt naar zijn mening dat de aftrek van kunstmatig gecreëerde rente in het onderhavige arrest niet in strijd is met doel en strekking van de wet. Dat in BNB 1993/197 de renteaftrek werd verworpen komt volgens Van Soest doordat de vennootschap met compensabele verliezen geen onderneming dreef en doordat er weinig tijd was verstreken tussen de aandeelhouderswisseling en de renteconstructie. Verwijzend naar deze conclusie van Van Soest verwerpt de Hoge Raad het beroep in cassatie van de Staatssecretaris.

Deze uitkomst is niet vrij van kritiek gebleken. Naar de mening van Zwemmer liggen aan dit betoog twee misverstanden ten grondslag.³¹⁸ Volgens hem zegt de omstandigheid dat de verliescompensatie bij voortzetting van de bestaande onderneming ook in geval van aandeelhouderswisseling in stand blijft, niets over de vraag of de kunstmatig gecreëerde renteaftrek in strijd is met doel en strekking van de wet. Het feit dat de verliescompensatie in overeenstemming is met doel en strekking van de wet beantwoordt naar de mening van Zwemmer niet zonder meer de vraag of het samenstel van rechtshandelingen als *fraus legis* dient te worden bestempeld. Post onderschrijft deze visie, maar vraagt zich af of dit zou hebben geleid tot een andere uitkomst in BNB 1999/323.³¹⁹ Volgens hem zou dan worden teruggevallen op BNB 1993/196, waarin werd geoordeeld dat het aantrekken van positieve winstbestanddelen door een lichaam met compensabele verliezen niet in strijd komt met de verliescompensatie. Post houdt echter wel een slag om de arm, omdat in BNB 1993/196 tevens andere dan fiscale motieven hebben geleid tot de herstructurering. Dat in BNB 1993/196 ook andere dan fiscale motieven ten grondslag lagen aan de herstructurering hebben naar mijn idee een marginale rol gespeeld in de uiteindelijke beslissing. Zoals ik hiervoor al concludeerde dient voor het toepassen van *fraus legis* voldaan te zijn aan zowel het motiefvereiste als het doelvereiste. Weliswaar kan het doelvereiste tevens afhangen van het motief van de belastingplichtige, de compenserende heffing zorgt er naar mijn idee voor dat niet in strijd wordt

³¹⁷ Conclusie plv. P-G Van Soest bij HR 30 juni 1999, nr. 34 219, BNB 1999/323, punt 8.2.

³¹⁸ Noot J.W. Zwemmer in HR 30 juni 1999, nr. 34 219, BNB 1999/323.

³¹⁹ D.R. Post, *Methoden ter voorkoming van verliesverdamping*, TFO 2011/145, par. 5.3.1.

gekomen met doel en strekking van de wet. Verder wil ik in dit verband verwijzen naar de volgende overweging van het Hof in BNB 1993/196:

“Van fraus legis is mitsdien naar ’s Hof’s oordeel geen sprake, reeds op grond van hetgeen hierboven is overwogen. Zulks geldt te meer omdat het Hof door belanghebbende voldoende aannemelijk gemaakt acht dat de herstructurering ook van belang was om andere dan fiscale redenen.”

Uit ‘reeds op grond van hetgeen hierboven is overwogen’ blijkt dat de beslissing van het Hof niet anders zou zijn geweest indien de belastingplichtige wél zou hebben voldaan aan het motiefvereiste. De Hoge Raad heeft zich hier verder niet over uitgelaten in BNB 1993/196.

Zwemmer merkt verder op dat uit de wetsgeschiedenis van art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969 blijkt dat niet alleen bij voortzetting van de onderneming de verliezen ongemoeid zouden worden gelaten, maar dat zulks ook het geval was als van een onderneming geen sprake is. Zwemmer komt tot de conclusie dat ook in BNB 1999/323 de aftrek van rente in strijd met doel en strekking van de wet geoordeeld had moeten worden. Bezien vanuit art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969 lijken de verschillende beslissingen in BNB 1993/197 en BNB 1999/323 enigszins onlogisch. Beide arresten hadden betrekking op aangekochte verliezen die niet onder de toepassing van deze regeling vielen, waardoor de verliescompensatie behouden bleef. Deze gelijkenissen tussen beide zaken bieden in mijn ogen echter niet voldoende gronden om te pleiten voor een gelijke uitkomst. Het uitgangspunt van het leerstuk van fraus legis is juist dat de ratio achter de regeling van groter belang is dan alleen de letterlijke bewoordingen ervan. Belangrijker is in mijn ogen dan ook de vraag of de verrekening van aangekochte verliezen in BNB 1993/197 en BNB 1999/323, die naar de letter van de tekst niet werden beperkt door art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969, in strijd waren met doel en strekking van deze bepaling. Het antwoord op deze vraag heeft geleid tot het verschil in uitkomsten tussen BNB 1993/197 en BNB 1999/323. In BNB 1993/197 heeft de Hoge Raad de verrekening van aangekochte verliezen met kunstmatig gecreëerde rentebaten in strijd met doel en strekking van de wet geoordeeld, waardoor de aftrek van deze rente werd geweigerd bij de debiteur. Agevraagd kan worden waarom in dit geval de correctie plaatsvindt bij de debiteur en niet bij de crediteur bij wie de verliezen worden verrekend. Dit kan naar mijn mening verklaard worden door het feit dat de debiteur/moedervennootschap hier het fiscale voordeel behaalt dat ontstaat als gevolg van de bestreden rechtshandelingen. De moedervennootschap koopt een verliesvennootschap om haar eigen winsten te verrekenen met de in die verliesvennootschap aanwezige verliezen. Dit fiscale voordeel heeft de doorslag gegeven voor het verrichten van de rechtshandelingen.³²⁰ Logischerwijs dient de correctie dan ook bij de moedervennootschap plaats te vinden naar mijn idee. Daarnaast valt niet uit te sluiten dat door het corrigeren bij de debiteur de mogelijkheid van internationale verliesverrekening, door middel van een constructie als in BNB 1993/197, werd uitgesloten. Een dergelijke constructie met een verliesvennootschap in het buitenland zou een uitholling van de Nederlandse grondslag tot gevolg hebben gehad als de renteaftrek niet zou worden beperkt. Een correctie bij de in het buitenland gevestigde verliesvennootschap zou dan immers niet mogelijk zijn geweest.

³²⁰ De rente die betaald wordt, waarover feitelijk geen vennootschapsbelasting is verschuldigd doordat de verliesvennootschap beschikt over compensabele verliezen, komt weer onbelast bij de moedervennootschap terecht door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

In tegenstelling tot BNB 1993/197 werd in BNB 1999/323 de kunstmatig gecreëerde renteaftrek wél toegestaan door de Hoge Raad. Zoals gezegd verklaart de plv. P-G Van Soest het weigeren van de renteaftrek in BNB 1993/197 aan de hand van twee facetten die BNB 1993/197 onderscheiden van BNB 1999/323: in het geval van BNB 1993/197 had de verliesvennootschap nimmer een onderneming gedreven en de overdracht van aandelen lag in de tijd dichtbij de rentestructuur, terwijl in BNB 1999/323 wel sprake was van een onderneming en deze onderneming na de overname nog vier jaar werd voortgezet.³²¹ In BNB 1993/197 werd een verliesvennootschap gekocht die nooit een onderneming had gedreven. Vervolgens werd binnen afzienbare tijd een rentestructuur opgezet, waardoor in feite de verliezen van deze aangekochte vennootschap gebruikt werden om de belastbare winst van belanghebbende te drukken. Vooral de korte periode tussen de aankoop en de rentestructuur wekt de indruk dat de verliesvennootschap is aangekocht puur om gebruik te maken van de verliescompensatie. Laat dit nou net de reden zijn voor het invoeren van een regeling tegen de handel in verlieslichamen. In BNB 1999/323 gebeurt in principe hetzelfde. Echter, in dit arrest is bij de verliesvennootschap sprake van een onderneming die na aankoop nog vier jaar is voortgezet. In zo'n geval ligt het naar mijn mening minder voor de hand te denken dat de verliesvennootschap is aangekocht om gebruik te maken van de aanwezige verliezen. Het is dan ook wel enigszins begrijpelijk dat de Hoge Raad een dergelijke verliesverrekening niet afkeurde.

Op basis van de hiervoor besproken arresten kan worden opgemaakt dat een aftrek van kunstmatig gecreëerde rente wordt toegestaan als de met deze rentelasten samenhangende rentebaten bij de ontvanger in de heffing worden betrokken. Dat bij de ontvanger sprake is van compensabele verliezen waarmee de rentebaten verrekend kunnen worden neemt niet weg dat de rente ten volle als winst in aanmerking wordt genomen (BNB 1993/196). Dit is slechts anders als bij de ontvanger sprake is van aangekochte verliezen, welke niet worden bestreken door de regeling tegen de handel in verlieslichamen, maar een verrekening ervan wel in strijd zou zijn met doel en strekking van deze bepaling (BNB 1993/197).

De constructies als in de besproken arresten BNB 1993/1996, BNB 1993/197 en BNB 1999/323 zullen heden ten dage worden bestreken door art. 10a en art. 20a Wet Vpb 1969. De kunstmatig gecreëerde rente valt onder het toepassingsbereik van art. 10a Wet Vpb 1969. In het geval van BNB 1993/196 zal de rente niet aftrekbaar zijn op grond van het eerste lid, onderdeel c van dit artikel. Van zakelijke overwegingen is hier geen sprake en bij de ontvanger is sprake van verliesverrekening, waardoor het leveren van tegenbewijs niet mogelijk zal zijn. De werking van art. 10a Wet Vpb 1969 ten aanzien van de renteaftrek in BNB 1993/197 en BNB 1999/323 zal afhankelijk zijn van de vraag of de aangekochte verliezen getroffen worden door art. 20a Wet Vpb 1969. Vallen deze verliezen onder het toepassingsbereik van dit artikel, dan is er sprake van een compenserende heffing als bedoeld in art. 10a, derde lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969, waardoor de aftrek van rente niet zal worden beperkt. Zowel in BNB 1993/197 als in BNB 1999/323 zal de verrekening van de verliezen die zijn geleden in de jaren voorafgaande aan de aandeelhouderswisseling beperkt zijn geweest door art. 20a Wet Vpb 1969. De verliesvennootschap in BNB 1999/323 zou eventueel nog kunnen voldoen aan de beleggings- en werkzaamhedentoets (vierde lid), maar een verrekening van de verliezen met de toekomstige rentebaten zou dan alsnog uitgesloten zijn op basis van het zesde lid jo. achtste lid, onderdeel a. Bij het aanvangen van de rentestructuur was de onderneming immers al gestaakt.

³²¹ Conclusie plv. P-G Van Soest bij HR 30 juni 1999, nr. 34 219, BNB 1999/323, punt 8.2.

5.5.5 *Beperking voorkomingsmethoden*

In hoofdstuk 4 heb ik een aantal methoden genoemd, waarbij de fiscus zich mogelijk zou kunnen beroepen op het leerstuk van *fraus legis*. Het realiseren van stille reserves door middel van transacties tussen gelieerde partijen wordt volgens de Staatssecretaris bestreden als aan de realiteit van de transactie moet worden getwijfeld.³²² Daarbij wordt onder andere als voorbeeld genoemd de ‘terugoverdracht’ van de economische eigendom. Een andere in hoofdstuk 4 genoemde methode is het kunstmatig creëren van rentebaten, waarbij deze rentebaten niet worden beperkt door de genoemde renteaftrekbepalingen in de Wet Vpb 1969. Uit BNB 1993/196 blijkt dat bij het toepassen van een methode ter voorkoming van verliesverdamping geen sprake kan zijn van *fraus legis*, mits het gaat om eigen verliezen. De aanwezige compenserende heffing voorkomt dat in strijd wordt gekomen met doel en strekking van de wet. Zowel bij het realiseren van stille reserves als bij het kunstmatig creëren van rentebaten is er sprake van een compenserende heffing, die gelegen is in respectievelijk de stille reserves en de gecreëerde rentebaten die ten volle als winst in aanmerking worden genomen. Dat er feitelijk geen heffing plaatsvindt, doordat de vennootschap beschikt over compensabele verliezen, doet daar niets aan af. De Staatssecretaris lijkt hieraan voorbij te gaan met zijn uitspraken in het besluit van 16 februari 2012.

Vervolgens rijst de vraag of het leerstuk van *fraus legis* in stelling kan worden gebracht bij het toepassen van een van deze methoden ter voorkoming van verdamping van aangekochte verliezen, die niet onder het toepassingsbereik van art. 20a Wet Vpb 1969 vallen. Hiervoor heb ik Bavinck aangehaald, die over BNB 1993/197 opmerkt dat als de verliezen ondanks art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969 nog in stand blijven, de Hoge Raad hier geen verdere nuancering hoort aan te brengen.³²³ Nickel concludeert op basis van BNB 1999/323 het volgende:

*“Indien de antimisbruikmaatregel van art. 20, vijfde lid (oud) Wet VPB 1969 niet bij de crediteur kan worden toegepast, moet worden aangenomen dat de wetgever heeft aanvaard dat de verliescompensatie behouden blijft, zodat toch sprake is van compenserende heffing.”*³²⁴

Volgens Nickel nuanceert de Hoge Raad hiermee zijn uitspraak in BNB 1993/197. Naar mijn mening is dit echter niet het geval. Zowel in BNB 1993/197 als in BNB 1999/323 was sprake van rechten op verliescompensatie die niet onder het toepassingsbereik van art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969 vielen. Echter, de verschillen tussen beide zaken, aan-/afwezigheid van een onderneming en de tijd tussen de aandeelhouderswisseling en de renteconstructie, hebben de doorslag gegeven om in het ene arrest wel *fraus legis* toe te passen en in het andere niet. Post merkt evenals Nickel op dat als art. 20a Wet Vpb 1969 niet van toepassing is, het benutten van de verliezen op zichzelf als geoorloofd moet worden beschouwd.³²⁵ Dit baseert hij op het feit dat art. 20a Wet Vpb 1969 op een zodanig gedetailleerde wijze is vormgegeven dat deze een voldoende dam zou moeten opwerpen tegen ongewenste handel in verliezen. De kans dat de rechten op verliesverrekening ondanks art. 20a Wet Vpb 1969 nog behouden blijven, maar een zodanige verliescompensatie wel valt onder de door de wetgever bedoelde ongewenste verliescompensatie die hij heeft gepoogd te bestrijden met art. 20a Wet Vpb 1969 acht ik evenals Post zeer klein. Zoals hiervoor al gezegd is art. 20a Wet Vpb 1969 de

³²² Besluit van 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M, BNB 2012/98, par. 2.3.

³²³ Zie de noot van C.B. Bavinck in HR 10 maart 1993, nr. 28 484, FED 1993/658.

³²⁴ S.F.M. Nickel, *Fraus legis* en renteaftrek in de vennootschapsbelasting, TFO 2003/169, par. 2.2.

³²⁵ D.R. Post, *Methoden ter voorkoming van verliesverdamping*, TFO 2011/145, par. 5.3.2.

vervanger van art. 20, vijfde lid (oud), Wet Vpb 1969, waarbij de tekortkomingen van de oude regeling grotendeels zijn weggenomen.³²⁶ In zoverre deel ik de opvatting van Post dat art. 20a Wet Vpb 1969 een voldoende dam zou moeten opwerpen tegen ongewenste handel in verliezen. Maar doet zich een situatie voor dat een constructie op een zodanige wijze is vormgegeven dat de verliezen niet worden beperkt door art. 20a Wet Vpb 1969 maar de verrekening ervan wél in strijd zou zijn met doel en strekking van die bepaling, sluit ik niet uit dat in een dergelijke situatie de Hoge Raad toch fraus legis zal toepassen. Gedacht kan worden aan een vennootschap met compensabele verliezen die bepaalde vermogensbestanddelen overdraagt aan de moeder vennootschap tegen schuldigerkenning. De renteaftrek bij de moeder vennootschap wordt niet beperkt door art. 10a Wet Vpb 1969, waardoor de winsten van de moeder vennootschap verrekend kunnen worden met de aangekochte verliezen. In een dergelijk geval bestaat er nog steeds een mogelijkheid dat fraus legis zal worden toegepast ten aanzien van de renteaftrek. In zoverre is BNB 1993/197 naar mijn idee niet achterhaald.

Verder wil ik in dit verband verwijzen naar de ‘toezegging’ van de Staatssecretaris.³²⁷ Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werken aan winst merkte hij op geen bezwaar te hebben tegen het voorkomen van verliesverdamping binnen de kaders van wet en jurisprudentie, mits het gaat om eigen verlies van de onderneming en niet om gekochte verliezen. Dit lijkt in overeenstemming te zijn met de hiervoor besproken jurisprudentie. Deze ‘toezegging’ lijkt in zoverre dan ook vrij weinig toe te voegen.

5.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht of de fiscus zich met succes zou kunnen beroepen op het leerstuk van fraus legis om het gebruik van bepaalde methoden ter voorkoming van verliesverdamping te bestrijden. Fraus legis kan in stelling worden gebracht als belastingverijdeling de doorslaggevende reden is voor het verrichten van de rechtshandeling en de rechtshandeling leidt tot een situatie die in strijd is met doel en strekking van de wet. Bij het toepassen van een methode met als enig doel het voorkomen van verliesverdamping zal voldaan zijn aan het motiefvereiste. Door middel van het toepassen van die methode wordt immers een situatie bereikt waarbij minder belasting hoeft te worden afgedragen, wat ook het beoogde doel is van de belastingplichtige. Ten aanzien van het doelvereiste heb ik geconcludeerd dat om twee redenen geen sprake is van strijdigheid met doel en strekking van de wet. Een belangrijke reden is gelegen in het systeem van de Wet Vpb 1969, dat gebaseerd is op de totaalwinstgedachte. Naar analogie van onder andere BNB 1997/297 kan gesteld worden dat het verrichten van handelingen om de rechten op verliescompensatie binnen de geldende wettelijke termijnen te realiseren in overeenstemming is met het door de wetgever tot stand gebrachte systeem. Daarnaast volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat bij aanwezigheid van een compenserende heffing geen sprake kan zijn van strijdigheid met doel en strekking van de wet. Uit BNB 1993/196 volgt dat deze compenserende heffing ook aanwezig is indien door verrekening van verliezen feitelijk geen vennootschapsbelasting verschuldigd is. Dit zal slechts anders zijn als het gaat om gekochte verliezen (BNB 1993/197). Daarbij dient bedacht te worden dat het gaat om verliezen die niet worden beperkt door art. 20a Wet Vpb 1969. Bij een verrekening van deze verliezen door middel van het toepassen van een kunstmatige constructie bestaat er mijns inziens nog wel een mogelijkheid dat fraus legis zal worden toegepast, indien met een dergelijke verrekening in strijd wordt getreden met doel en

³²⁶ Zie NDFR artikelsgewijs commentaar op art. 20a Wet Vpb 1969, par. 1.

³²⁷ Deze toezegging van de Staatssecretaris heb ik geciteerd in par. 3.4.5 van dit onderzoek. Zie ook Handelingen I, 2009/2010, nr. 14, p. 506.

strekking van art. 20a Wet Vpb 1969. Dit is in mijn optiek niet anders na BNB 1999/323. Daarbij dient wel opgemerkt te worden dat art. 20a Wet Vpb 1969 zodanig gedetailleerd is vormgegeven dat het niet voor de hand ligt dat het verrekenen van een verlies dat niet onder de reikwijdte van deze bepaling valt als ongewenst zal worden beschouwd.

6 CONCLUSIE

6.1 Inleiding

In dit onderzoek is stilgestaan bij het fenomeen ‘verliesverdamping’ en de mogelijkheden die de belastingplichtige ter beschikking staan om te voorkomen dat verliezen verloren gaan. De vraag is in hoeverre deze kunstmatige constructies fiscaal geoorloofd zijn. Dit is onderzocht aan de hand van de volgende onderzoeksvraag:

In hoeverre worden methoden ter voorkoming van verliesverdamping beperkt door goed koopmansgebruik en de overige bepalingen in de wet en jurisprudentie?

Om een antwoord op deze vraag te kunnen formuleren ben ik ingegaan op verschillende deelgebieden van de nationale wet- en regelgeving. In de volgende paragraaf zal ik mijn bevindingen samenvatten en zal een antwoord op de onderzoeksvraag worden gegeven.

6.2 Samenvatting en Conclusie

Het wettelijke systeem van de Wet Vpb 1969 is gebaseerd op het totaalwinstbeginsel, dat inhoudt dat de winst die de belastingplichtige behaalt gedurende de gehele levensduur in de heffing wordt betrokken. Deze totaalwinst wordt om budgettaire, praktische en uitvoeringstechnische redenen opgesplitst in moten van jaarwinst, waarover jaarlijks de heffing plaatsvindt. Doordat is bepaald dat de belastingheffing jaarlijks zal geschieden, dient ook ieder jaar de belastbare winst bepaald te worden. Dit gebeurt aan de hand van goed koopmansgebruik ex art. 3.25 Wet IB 2001. Goed koopmansgebruik is vormgegeven in de jurisprudentie. Hieruit kunnen drie hoofdbeginselen worden gedestilleerd, te weten realiteit, voorzichtigheid en eenvoud. De hoofdbeginselen van goed koopmansgebruik kunnen worden onderverdeeld in concretere deelbeginselen, zoals het realisatiebeginsel en het matchingbeginsel. Indien de berekening van de belastbare winst leidt tot een negatief bedrag, wordt dit aangemerkt als verlies. Dit verlies komt, onder voorwaarden, in aanmerking voor verticale verliescompensatie.

De termijnen van verliesverrekening zijn, in het kader van de Wet werken aan winst, beperkt tot negen jaar vooruit (carry forward) en één jaar achteruit (carry back). Tijdens de parlementaire behandeling werden hiertoe diverse argumenten aangedragen.³²⁸ Voor het beperken van de termijnen hebben vooral budgettaire redenen een rol gespeeld. Door de Staatssecretaris werd aangevoerd dat de aanpassing in het regime van verliesverrekening structureel 560 miljoen euro zou opleveren voor de staatskas. De beperking van de verliescompensatietermijnen in combinatie met een generieke tariefsverlaging leidt volgens de bewindsman tot een lastenverschuiving naar langdurig verlieslijdende ondernemingen ten gunste van winstgevende ondernemingen. Daarnaast merkte hij op zijn twijfels te hebben over de levensvatbaarheid van ondernemingen die niet binnen een begrensd aantal jaren er in slagen per saldo winst te maken. Verder zou de mogelijkheid van achterwaartse verliesverrekening onder andere zorgen voor instabiele belastingopbrengsten. Deze argumentatie is in mijn optiek niet geheel juist. Ter onderbouwing van mijn standpunt heb ik verscheidene tegenargumenten aangedragen. De beperking van de termijnen treft ook ondernemingen die zodanig winstgevend zijn geworden dat zij van de verliescompensatie gebruik kunnen maken. Deze inmiddels aanwezige winstgevendheid zou ook de twijfels moeten wegnemen over de levensvatbaarheid van die ondernemingen. Daarnaast kunnen zeer lang lopende projecten en olie- en

³²⁸ Kamerstukken II, 2004/2005, 30 107, nr. 2, p. 33.

gaswinsten zwaar getroffen worden door de beperking van de termijnen. Het is in mijn ogen niet verdedigbaar dat deze ondernemingen het kind van de rekening worden van de budgettaire nood om een tariefsverlaging mogelijk te maken. Ook lijkt het mij niet *fair* om het risico van wisselende bedrijfsresultaten af te wentelen op de ondernemer. Bovendien worden door de beperking van de verliescompensatietermijnen riskante investeringen ontmoedigd. Tot slot kunnen ook vraagtekens worden geplaatst bij de aangevoerde budgettaire opbrengst die een beperking met zich zou brengen. Bij de berekening is immers geen rekening gehouden met de negatieve gedragseffecten van belastingplichtigen. Indien de conclusie van Kampschöer, die door middel van empirisch onderzoek aantoonde dat verliesverdamming going concern nauwelijks voorkomt, doorgetrokken zou kunnen worden naar de huidige situatie, zou dat betekenen dat de beperking van de verliescompensatietermijnen nauwelijks extra belastingopbrengsten zal opleveren.³²⁹

Verder is in dit verband ook de samenhang tussen verliescompensatie en totaalwinst van belang. De Wet Vpb 1969 heeft het totaalwinstbeginsel als uitgangspunt. Dit houdt mijns inziens in dat niet minder maar ook niet meer dan de totaalwinst van de onderneming gedurende de gehele levensduur in de heffing dient te worden betrokken. Het fundament van de verliescompensatieregeling is naar mijn idee dan ook het voorkomen dat er meer dan de daadwerkelijk gemaakte totaalwinst in de heffing wordt betrokken. Dit zou in beginsel een onbeperkte verliescompensatie tot gevolg moeten hebben. Praktische overwegingen rechtvaardigen echter wel een beperking van de achterwaartse verliescompensatie.

De beperking van de verliescompensatietermijnen heeft tot gevolg dat belastingplichtigen zullen trachten verliesverdamming tegen te gaan door middel van kunstmatige constructies. In het kader van de onderzoeksvraag heb ik diverse methoden waarmee verliesverdamming kan worden voorkomen de revue laten passeren. Daarbij heb ik ze onderverdeeld in drie categorieën: het realiseren van stille reserves, het verschuiven van winsten binnen het raamwerk van goed koopmansgebruik en het creëren van winsten. Vervolgens zijn deze methoden beoordeeld op hun fiscale aanvaardbaarheid. Bij een aantal daarvan zijn de regels op het gebied van stelselwijzigingen van belang. Uit de jurisprudentie blijkt dat de belastingplichtige vrijwillig mag overgaan op een ander stelsel, mits het nieuwe stelsel conform goed koopmansgebruik is, geen sprake is van willekeur en met de wijziging geen incidenteel fiscaal voordeel wordt beoogd.³³⁰ Een stelselwijziging in verband met dreigende verliesverdamming leidt naar mijn mening niet tot het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel, maar het zorgt er slechts voor dat een incidenteel fiscaal nadeel wordt voorkomen. Het belang van dit verschil is echter niet bijster groot meer. Uit de toezegging van de Staatssecretaris in het besluit van 16 februari 2012 lijkt namelijk opgemaakt te kunnen worden dat een stelselwijziging ter voorkoming van verliesverdamming zal worden toegestaan door de fiscus.³³¹

De stille reserves kunnen worden gerealiseerd door het activum waarin deze stille reserves schuilgaan te verkopen aan een andere partij. Veelal gaat het hierbij om een gelieerde partij. Daarbij dienen wel de regels voor transfer pricing in acht te worden genomen. Ingeval dat activum dat wordt verkocht nog nodig is voor de

³²⁹ Zie voor de conclusie van Kampschöer G.W.J.M. Kampschöer, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p. 122.

³³⁰ HR 14 januari 1970, nr. 16 270, BNB 1970/68.

³³¹ Besluit van 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M, BNB 2012/98, par. 2.3.

bedrijfsvoering kan gebruik worden gemaakt van een sale-lease-back-constructie. Een sale-lease-back van immateriële activa behoort eveneens tot de mogelijkheden. Bij een sale-lease-back is het van belang dat bij de verkoop van het object niet alleen de juridische maar ook de economische eigendom overgaat op de overnemer. De lease-transactie die vervolgens tot stand komt dient aangemerkt te worden als een operational lease. Uit de jurisprudentie blijkt dat het leaseobject aan de lessor dient te worden toegerekend, tenzij de gehele economische eigendom bij de lessee is komen te berusten.³³² Doordat er in de praktijk nogal wat onduidelijkheden waren over waar precies de grens ligt tussen financial lease en operational lease is de zogenoemde Leaseregeling tot stand gebracht. De voorwaarden in de Leaseregeling komen niet geheel overeenkomen met de in de jurisprudentie gestelde voorwaarden, waardoor die meer een safe-harbourregeling biedt. Daarnaast is door het bijzondere karakter van de sale-lease-back van immateriële activa bij resolutie van 26 augustus 1994 criteria vastgesteld ter beoordeling ervan.³³³

In het besluit van 16 februari 2012 heeft de Staatssecretaris een soepele opstelling van de fiscus beloofd ten aanzien van methoden ter voorkoming van verliesverdamping. Daarnaast heeft hij expliciet toegezegd dat een verkoop van activa of een sale-lease-back van materiële dan wel immateriële activa mag worden toegepast om verliesverdamping te voorkomen. Daar voegt hij er wel aan toe dat transacties waarbij aan de realiteit moet worden getwijfeld zullen worden bestreden met, naar ik meen, het leerstuk van *fraus legis*. Uit de jurisprudentie volgt naar mijn mening dat het toepassen van *fraus legis* bij dergelijke transacties niet tot de mogelijkheden behoort. De Hoge Raad heeft beslist dat bij aanwezigheid van een compenserende heffing geen sprake kan zijn van strijdigheid met doel en strekking van de wet.³³⁴ Uit BNB 1993/196 blijkt verder dat deze compenserende heffing ook aanwezig is indien door verrekening van verliezen feitelijk geen vennootschapsbelasting is verschuldigd. Dit zal slechts anders zijn als het gaat om gekochte verliezen, die niet worden beperkt door art. 20a Wet Vpb 1969 maar de verrekening ervan wel in strijd is met doel en strekking van deze bepaling (BNB 1993/197).³³⁵ Bij het realiseren van stille reserves is de compenserende heffing gelegen in de belastbare winst die ontstaat als gevolg van de verkooptransactie. Het lijkt me dan ook niet voor de hand te liggen dat de Hoge Raad dergelijke transacties in strijd met doel en strekking van de wet zal oordelen.

De meest eenvoudige manier waarmee de stille reserves kunnen worden gerealiseerd is het herwaarderen van het desbetreffende activum naar de waarde in het economische verkeer. De Staatssecretaris is van mening dat een vrijwillige herwaardering in strijd is met het voorzichtigheidsbeginsel en het realisatiebeginsel.³³⁶ Daarnaast zou een waardering op werkelijke waarde volgens hem een jaarlijkse taxatie vergen, dat het eenvoudsbegin­sel niet ten goede zal komen. Het realisatiebeginsel geeft naar mijn mening het uiterste moment voor winstneming en het voorzichtigheidsbeginsel geeft de ondernemer geen verplichting. Ook zijn opvatting van het eenvoudsbegin­sel kan worden weerlegd met het feit dat bijvoorbeeld onroerende zaken jaarlijks worden getaxeed voor de toepassing van de Wet waardering onroerende zaken. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad valt eveneens op

³³² Zie E.P.M. Coenen, Over economisch belang, beschikkingsmacht en leasing, TFO 1995/6, par. 2.1. Zie in dit verband tevens het Lease-arrest: HR 8 mei 1985, nr. 22 635, BNB 1986/75.

³³³ Resolutie 26 augustus 1994, nr. DB94/3035M, BNB 1994/316.

³³⁴ HR 10 maart 1993, nr. 27 295, BNB 1993/194.

³³⁵ Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat art. 20a Wet Vpb 1969 zodanig gedetailleerd is vormgegeven dat het niet voor de hand ligt dat het verrekenen van een verlies dat niet onder de reikwijdte van deze bepaling valt als ongewenst zal worden aangemerkt.

³³⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën, 8 maart 2012, nr. AFP2012/118, Bijlage 1, Notitie goed koopmansgebruik, par. 3.

te maken dat een herwaardering niet wordt verboden door goed koopmansgebruik.³³⁷ Deze arresten zijn geweest in de jaren 30 van de vorige eeuw, waardoor er nog wel enige twijfels kunnen bestaan over de geldigheid ervan. In recentere jurisprudentie zijn echter wel sterke aanwijzingen te vinden dat een herwaardering niet in strijd is met goed koopmansgebruik.³³⁸ Doordat het fiscale handelen over het algemeen gericht is op het uitstellen van winstneming is een stelsel op werkelijke waarde tot nu toe zelden verdedigd. In de schaarse gevallen waarbij dit wel gebeurde is het in de jurisprudentie echter niet afgewezen. Indien de belastingplichtige kiest voor een waardering op werkelijke waarde dient dit wel stelselmatig te gebeuren. Een incidentele herwaardering behoort niet tot de mogelijkheden, omdat er dan een bestendige gedragslijn ontbreekt. Het stelselmatig waarderen op werkelijke waarde om daarmee verliesverdamping te voorkomen heeft als nadeel dat in navolgende jaren belasting zal moeten worden betaald over de waardeinstijging van het activum indien er geen compensabele verliezen meer voorhanden zijn.

Een andere mogelijkheid om te voorkomen dat verliezen verdampen is gelegen binnen het raamwerk van goed koopmansgebruik. Hiervoor was al aangegeven dat de belastingplichtige de mogelijkheid heeft om één of meer van zijn waarderingsstelsels te wijzigen. Het laten vrijvallen van een herinvesteringsreserve behoort eveneens tot de mogelijkheden. Daarentegen acht ik een vrijval van een voorziening niet mogelijk, omdat daarmee strijdigheid ontstaat met het matchingbeginsel. Op basis van het matchingbeginsel is het eveneens niet mogelijk om uitgaven te activeren die niet op enigerlei wijze aan een toekomstig jaar zijn toe te rekenen. Voor bepaalde uitgaven, waarvan niet met zekerheid kan worden gezegd dat deze in de toekomst nut zullen opleveren, laat het matchingbeginsel echter wel ruimte voor keuze. Zodoende kan de belastingplichtige met compensabele verliezen ervoor kiezen om die uitgaven te activeren, indien en voor zover op de balansdatum het bedrag van deze uitgaven niet als verloren moet worden beschouwd. Het is eveneens mogelijk om een in de oorspronkelijke aangifte gemaakte keuze, waarbij de kosten in één keer ten laste van de winst zijn gebracht, te herroepen om die kosten vervolgens (deels) te activeren, zolang de aanslag over dat jaar niet onherroepelijk vaststaat. Verder kan binnen het raamwerk van goed koopmansgebruik worden genoemd de mogelijkheid van verlenging van het boekjaar. Daarbij geldt wel als vereiste dat de statuten dienen te worden gewijzigd, waardoor de uitvoering ervan veel inspanning vergt en onnodige kosten met zich meebrengt. Tot slot is er in deze categorie de mogelijkheid van willekeurige afschrijving, op grond waarvan de belastingplichtige in het jaar waarin verliezen dreigen te verdampen kan kiezen voor een afschrijving van nihil voor het bedrijfsmiddel dat hiervoor in aanmerking komt.

De derde categorie methoden waarmee verliesverdamping kan worden voorkomen is winstcreatie. Het inbrengen of ontwikkelen van winstgevendende activiteiten is naar mijn mening in beginsel fiscaal acceptabel. Ter voorkoming van verliesverdamping kan de belastingplichtige met compensabele verliezen er eveneens voor kiezen om kunstmatig rentebaten te creëren door bijvoorbeeld een activum over te dragen aan een gelieerde partij, waarbij de koopsom schuldig wordt gebleven. Daarbij dienen wel de renteaftrekbepalingen in de Wet Vpb 1969 in acht te worden genomen. Als deze renteaftrekbepalingen niet het gewenste resultaat opleveren bestaat de

³³⁷ Zie onder andere HR 29 mei 1925, B. 3608, HR 12 januari 1927, B. 3978, HR 17 december 1930, B. 4863 en HR 9 mei 1935, B. 5866. Zie voor een uitgebreid overzicht de conclusie van A-G Van Soest bij HR 14 juni 1978, nr. 18 405, BNB 1979/181.

³³⁸ Zie onder andere HR 10 augustus 2007, nr. 39 548, BNB 2007/300, waarin de Hoge Raad oordeelde dat goed koopmansgebruik niet verplicht om vooruit te lopen op toekomstige waardeinstijgingen. De Hoge Raad zegt daarbij niet dat het in strijd is met goed koopmansgebruik om vooruit te lopen op toekomstige waardeinstijgingen.

mogelijkheid dat de fiscus zich gaat beroepen op het leerstuk van *fraus legis*. De kans op succes voor de fiscus acht ik echter zeer klein. Zoals al verteld past de Hoge Raad geen *fraus legis* toe bij aanwezigheid van een compenserende heffing. In dit geval kan de compenserende heffing worden gevonden in de rentebate die ten volle als winst in aanmerking wordt genomen. Dat door middel van het verrekenen van verliezen feitelijk geen vennootschapsbelasting is verschuldigd doet daar niets aan af. Verder is er nog de mogelijkheid om kosten en fees door te berekenen ten aanzien van gelieerde vennootschappen. Dit lijkt mij op basis van de transfer pricingregels echter geen keuze, maar wellicht is enige sturing in de tijd mogelijk. De belastingplichtige met compensabele verliezen kan er ook voor kiezen om de antimisbruikbepalingen van art. 13b(a) Wet Vpb 1969 over zich af te roepen, waardoor een belastbare winst ontstaat als gevolg van de sanctie. Daarbij levert het vervreemden van een dergelijke vordering (art. 13b Wet Vpb 1969) alleen voordeel op als de vordering in de toekomst onbelast of tegen een aanzienlijk lager tarief dan in Nederland in waarde zou toenemen. Het omzetten in aandelen of het prijsgeven lijkt mij daarom een betere optie, omdat een toekomstige waardestijging van de deelneming onbelast is door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

De laatstgenoemde mogelijkheid om verliesverdamping te voorkomen, die niet onder de genoemde categorieën valt, is het in overleg treden met de Belastingdienst, dat doorgaans gepaard zal gaan met het gebruiken van de verliesverrekeningsrechten in het kader van een fiscaal compromis. Als gevolg van de beloofde soepele opstelling zullen belastingplichtigen naar verwachting minder snel in overleg gaan met de fiscus. Het risico dat de fiscus een bepaalde constructie zal bestrijden is immers aanzienlijk afgenomen.

Uit het voorgaande volgt dat de belastingplichtige diverse methoden ter beschikking staan om verliesverdamping te voorkomen. De bestrijding hiervan lijkt voor de fiscus een schier onmogelijke opgave, daar de toepassing van het leerstuk van *fraus legis* niet mogelijk lijkt ten aanzien van deze methoden. In het verlengde hiervan kan worden afgevraagd wat nog het nut is van een beperkte voorwaartse verliescompensatie. Als verliesverdamping toch nauwelijks voorkomt, en daarmee dus nauwelijks extra belastingopbrengsten oplevert, wat is dan nog de rechtvaardiging voor een beperking ervan? Daarnaast heeft de Staatssecretaris aangegeven dat het voorkomen van verliesverdamping binnen de kaders van wet en jurisprudentie zal worden toegestaan.³³⁹ Dit lijkt mij overigens niet meer dan logisch. Immers, ook de Staatssecretaris is gebonden aan dezelfde wet en jurisprudentie. Ook is zoals gezegd een soepele opstelling beloofd ten aanzien van methoden ter voorkoming van verliesverdamping. Het is ietwat tegenstrijdig dat enerzijds de termijn van voorwaartse verliesverrekening beperkt is, en anderzijds een soepele opstelling wordt beloofd. Een onbeperkte voorwaartse verliescompensatie is naar mijn idee de beste oplossing. Daarmee zal recht worden gedaan aan het totaalwinstbeginsel. Bovendien zou een onbeperkte voorwaartse verliescompensatie een hoop administratieve rompslomp en discussies inzake de jaarwinstbepaling voorkomen.

³³⁹ Besluit van 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M, BNB 2012/98.

LITERATUURLIJST

Jurisprudentie

- HR 29 mei 1925, B. 3608
- HR 26 mei 1926, NJ 1926/723
- HR 16 juni 1926, B. nr. 3843
- HR 12 januari 1927, B. 3978
- HR 17 december 1930, B. 4863
- HR 9 mei 1935, B. 5866
- HR 15 oktober 1947, B. 8410
- HR 19 januari 1955, nr. 12 017, BNB 1955/67
- HR 14 november 1956, nr. 12 818, BNB 1957/1
- HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208
- HR 19 juni 1957, nr. 13 149, BNB 1957/240
- HR 8 oktober 1958, nr. 13 616, BNB 1958/352
- HR 16 december 1959, nr. 14092, BNB 1960/34
- HR 14 januari 1970, nr. 16 270, BNB 1970/68
- HR 3 juni 1970, nr. 16 357, BNB 1970/176
- HR 10 juni, nr. 16 310, BNB 1970/177
- HR 12 juni 1972, nr. 16 659, BNB 1972/63
- HR 14 juni 1978, nr. 18 405, BNB 1979/181
- HR 3 januari 1979, nr. 19 086, BNB 1979/85
- HR 6 juni 1979, nr. 19 154, BNB 1980/214
- HR 23 juni 1982, nr. 20 783, BNB 1982/239
- HR 22 juli 1982, nr. 20 953, BNB 1982/243
- HR 4 mei 1983, nr. 21 669, BNB 1983/194
- HR 8 juni 1983, nr. 21 630, BNB 1983/236
- HR 7 december 1983, nr. 22 134, BNB 1984/21
- HR 21 november 1984, nr. 22 092, BNB 1985/32
- HR 20 maart 1985, nr. 23 003, BNB 1985/171
- HR 8 mei 1985, nr. 22 635, BNB 1986/75
- HR 11 juni 1986, nr. 23 641, BNB 1986/283
- HR 10 september 1986, nr. 23 500, BNB 1986/323
- HR 10 december 1986, nr. 24 234, BNB 1987/101
- HR 17 juni 1987, nr. 24 535, BNB 1987/289
- HR 11 mei 1988, nr. 24 918, BNB 1988/289
- HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217
- HR 17 januari 1990, nr. 24 948, BNB 1990/75
- HR 11 juli 1990, nr. 26 306, BNB 1990/293

- HR 6 november 1991, nr. 27 102, BNB 1992/97
 - HR 18 december 1991, nr. 27 066, BNB 1992/71, FED 1992/382
 - HR 8 juli 1992, nr. 28 211, BNB 1992/308
 - HR 27 januari 1993, nr. 28 708, BNB 1993/119
 - HR 10 maart 1993, nr. 27 295, BNB 1993/194
 - HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196
 - HR 10 maart 1993, nr. 28 484, BNB 1993/197, FED 1993/658
 - HR 19 januari 1994, nr. 28 646, BNB 1994/87
 - HR 9 februari 1994, nr. 28 787, BNB 1994/231
 - HR 2 maart 1994, nr. 29 316, BNB 1994/123
 - HR 12 april 1995, nr. 29 866, BNB 1995/180
 - HR 6 september 1995, nr. 29 927, BNB 1996/4
 - HR 20 december 1995, nr. 29 737, BNB 1996/5
 - HR 7 mei 1997, nr. 32 162, BNB 1997/194
 - HR 15 juli 1997, nr. 31 552, BNB 1997/296
 - HR 15 juli 1997, nr. 31 620, BNB 1997/297
 - HR 26 augustus 1998, nr. 33417, BNB 1998/409
 - HR 17 maart 1999, nr. 33 808, BNB 1999/325
 - HR 30 juni 1999, nr. 34 219, BNB 1999/323
 - HR 11 oktober 2000, nr. 34 805, BNB 2001/121
 - HR 10 augustus 2001, nr. 35 890, BNB 2001/399
 - HR 8 februari 2002, nr. 36 358, BNB 2002/118
 - HR 18 oktober 2002, nr. 36 901, V-N 2002/52.18
 - HR 23 januari 2004, nr. 38 258, BNB 2004/142
 - HR 10 augustus 2007, nr. 39548, BNB 2007/300
 - HR 11 juli 2008, nr. 43 376, BNB 2008/266
 - HR 10 juli 2009, nr. 43 363, BNB 2009/237
 - HR 18 december 2009, nr. 44 021, BNB 2010/79
 - HR 28 januari 2011, nr. 10/00650, BNB 2011/85
 - HR 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213
-
- Hof Arnhem 9 januari 1964, nr. 403/62, BNB 1964/185
 - Hof 's-Gravenhage 10 september 1969, BNB 1970/197
 - Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 1973, nr. 635/1972, BNB 1974/46
 - Hof 's-Gravenhage 14 mei 1974, nr. 14/1971, BNB 1974/195
 - Hof 's-Gravenhage, 7 december 1976, BNB 1978/159
 - Hof Leeuwarden 18 september 1981, nr. 69/80, BNB 1982/307
 - Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 1989, nr. 1318/1988, BNB 1991/11
 - Hof Amsterdam 10 november 1992, nr. 1518/91, BNB 1994/123

- Hof Amsterdam 23 maart 1993, nr. 91/0507, V-N 1994/391
- HvJ EG 18 september 2003, nr. C-168/01, BNB 2003/344

Besluiten

- Besluit van 15 november 1999, nr. AFZ99/3262M, BNB 2000/66
- Besluit van 14 november 2000, nr. CPP2000/2118M, V-N 2000/53.1
- Besluit van 4 december 2000, nr. CPP2000/2660, V-N 2000/55.1
- Besluit van 27 juni 2001, nr. RTB2001/2423, V-N 2001/37.28
- Besluit van 6 mei 2008, nr. CPP2008/984M, V-N 2008/27.16
- Besluit van 5 juli 2011, nr. BLKB2011/1087M, BNB 2011/239
- Besluit van 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M, BNB 2012/98

Kamerstukken

- Kamerstukken II, 1958/1959, nr. 5 380, nr. 3
- Kamerstukken I, 6000, 1959/1960, 6000, nr. 3
- Kamerstukken II, 1983/1984, 18 242, nr. 6
- Kamerstukken II, 1994/1995, 23962, nr. 3
- Kamerstukken II, 1998/1999, 26 727, nr.3
- Kamerstukken II, 2000/2001, 27 209, nr. 6
- Kamerstukken I, 2000/2001, 27 209, nr. 89b
- Kamerstukken II, 2004/2005, 30 107, nr. 2
- Kamerstukken II, 2004/2005, 30572, nr. 8
- Kamerstukken II, 2005/2006, 30107, nr. 2
- Kamerstukken II, 2005/2006, 30572, nr. 3
- Kamerstukken II, 2005/2006, 30572, nr. 4
- Kamerstukken II, 2005/2006, 30 107, nr. 9
- Handelingen I, 2009/2010, nr. 14

Boeken

- Brüll, D., Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, N.V. Uitgeverij FED: Amsterdam 1965
- Brüll, D., Zwemmer, J.W., Cornelisse, R.P.C., Goed koopmansgebruik, FED: Deventer 2012, achtste druk (vanaf de vijfde druk bewerkt door R.P.C. Cornelisse)
- Cornelisse, R.P.C., Enige fiscale aspecten van goodwill, Kluwer: Deventer 1992
- Van den Dool, R.P., Heithuis, E.J.W., Kampschöer, G.W.J.M., De Nies, IJ., Compendium Vennootschapsbelasting, Kluwer: Deventer, 2011, tiende druk
- Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P., Schuver, B.F., Inkomstenbelasting (alsmede hoofdzaken loonbelasting), Kluwer: Deventer 2010, vijfde herziene druk

- Jacobs, J.J.M., Balanscontinuïteit en foutenleer, FED: Deventer 1974
- Kampschöer, G.W.J.M., Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor de verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening, Universitaire Pers: Maastricht 1992
- Lubbers, A.O., Goed koopmansgebruik: een onderzoek naar de rol van de wetgever en rechter bij de introductie en ontwikkeling van goed koopmansgebruik, Sdu: Amersfoort 2005
- Meussen, G.T.K., Voorkoming van verliesverdamping, In: Totaalwinst, Fiscaal Economisch Instituut, Rotterdam 2001
- Sillevius, L.W., Kempen, M.L.M., Van Westen, G.W.B., e.a., Studenteneditie 2008-2009, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)
- Stevens, L.G.M., Belasting naar draagkracht, Kluwer: Deventer, 1980, p. 322
- Strik, W.J., en De Vries, N.H., e.a., Studenteneditie 2009-2010, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)
- IJzerman, R.L.H., Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Kluwer: Deventer, 1990
- Zwemmer, J.W., Verliescompensatie, Kluwer: Deventer 2003, vierde herziene druk
- Zwemmer, J.W., Goed koopmansgebruik en waardering op werkelijke waarde, In: Schonis-bundel, Kluwer: Deventer, 2006

Artikelen

- De Boer, R.A. en Naalden, J.C.J.G.M., Het leerstuk van fraus legis – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 1), Forfaitair 2013/231
- De Bont, G.J.M.E., Herwaarden op hogere bedrijfswaarde, indien compensabele verliezen dreigen te verdampen, WFR 1994/238
- Bruijsten, C., Stelt de compenserende heffing een kwantitatieve grens aan de toepassing van fraus legis, WFR 2004/1150
- Bruijsten, C., Een rangorderegeling voor de beginselen van goed koopmansgebruik, WFR 2005/540
- Bruins Slot, W., De leaseregeling, de aanschrijving en de toekomst van de technolease, WFR 1994/1303
- Bruins Slot, W., Herwaardering onroerende zaken ter voorkoming van verliesverdamping, NTFR 2011/2711
- Coenen, E.P.M., Over economisch belang, beschikkingsmacht en leasing, TFO 1995/6
- Van den Dool, R.P., Fiscale winst en stelselwijziging, TFO 1993/216
- Van den Dool, R.P., Verliesverrekening in de Vpb, Belastingbrief 2001/10
- Van den Dool, R.P., Verliesverrekening in economisch perspectief, Forfaitair 2009/194
- Doornebal, J., Invulling van goed koopmansgebruik, NTFR 2003/469
- Douma, S.C.W. en Lubbers, A.O., De rol van het matchingbeginsel bij de toerekening van uitgaven, WFR 2002/111
- Van Eijdsden, J.A.R., Enkele formele aspecten van verliesverrekening, WFR 2005/1526
- Essers, P.H.J., In de nood leert men zijn vrienden kennen, NTFR 2009/2131

- Grapperhaus, F.H.M., Onbeperkte voorwaartse verliescompensatie een eis van rechtvaardigheid, WFR 1979/669
- Grapperhaus, F.H.M., In de tijd beperkte verliescompensatie is uit de tijd, WFR 1978/1073
- De Gunst, H., De risico's van economische eigendom, enige fiscale aspecten van leasing, WFR 2003/10
- Hofstra, H.J., Verrekening van positieve en negatieve inkomens in de tijd, WFR 1979/277
- Kavelaars, P., Handel in verlies- en in herinvesteringsvennootschappen aan banden, TFO 2000/286
- Kavelaars, P., Misbruik van fiscaal recht in de Europese Unie, Van Mens tot Mens, nr. 28, 2011
- Van Kemmeren, E.C.C.M., Fraus legis in de vennootschapsbelasting, TFO 1994/21
- Kooiman, W.R., De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB 2012/06
- Langereis, C.J. en In de Braekt, M.J.F., Is er een grens tussen fraus legis en fraude?, MBB 1995
- Lubbers, A.O., Onduidelijkheden bij de verplichte waardering van activa op werkelijke waarde, NTFR 2008/288
- Marres, O.C.R., Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage, WFR 2008/1431
- Meussen, G.T.K., Ontwikkelingen rondom goed koopmansgebruik in de jurisprudentie vanaf 1990, TFO 2003/139
- Meussen, G.T.K., Werken aan winst: Over waarderingsperikelen, afschrijvingsvraagstukken en voorkoming van verliesverdamping, Tribuut 2006/06
- De Mooij, P.J.M., De verrekening van verliezen, te beperkt of terecht beperkt?, WFR 1994/261
- Nickel, S.F.M., Fraus legis en renteaftrek in de vennootschapsbelasting, TFO 2003/169
- Nieuwenhuizen, J.H.M., Vrije ontwikkelingen in de wetsontduiking, WFR 1999/159
- Post, D.R., Verliescompensatie en totaalwinst: meer dan een mythe?, WFR 2006/433
- Post, D.R., Methoden ter voorkoming van verliesverdamping, TFO 2011/145
- Post, D.R., Verliesverjonging anno 2012: Tijd voor de Kafka-test?, NTFR 2012/904
- Van Sonderen, J.C.M., (Grensoverschrijdende) verliesverrekening, MBB 2005/06
- Stevens, L.G.M., Doe niet zo moeilijk over verliesverjonging, FD 14 april 2011
- Stevens, S.A., Naar een evenwichtige behandeling van verliezen, WFR 2005/1503
- Strik, S.A.W.J., Wetsvoorstel Werken aan winst: gaat het werken?, WFR 2006/1049
- Vording, H., Een bestendig fiscaal vestigingsklimaat: naar een lager vpb-tarief, WFR 2005/621
- De Vries, R.J., Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving, WFR 2010/114
- De Vries, R.J. en Post, D.R., Naar een convergerend begrip "incidenteel fiscaal voordeel", WFR 2010/960
- Zwemmer, J.W., De Rekenkamer onder vuur, WFR 1996/1663

Overige

- Brief Staatssecretaris van Financiën, 8 maart 2012, nr. AFP2012/118, V-N 2012/16.3
- Een nieuwe kijk op economische eigendom in de Vennootschapsbelasting, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 231, Kluwer: Deventer 2007
- Fiscale aspecten van leasing, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 217, Kluwer: Deventer 2001
- NDFR artikelsgewijs commentaar op art. 31 AWR
- NDFR artikelsgewijs commentaar op art. 31 AWR
- Redactie Vakstudie Nieuws, artikelsgewijs commentaar op art. 7, vierde lid, Wet Vpb 1969
- Redactie Vakstudie Nieuws, Brief staatssecretaris aan Eerste Kamer betreffende toezeggingen, V-N 2012/16.3
- Resolutie Ministerie van Financiën 10 augustus 1987, nr. DB87/4966, V-N 1987/1842, 3
- Resolutie 26 augustus 1994, nr. DB94/3035M, BNB 1994/316