

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Faculteit der Economische Wetenschappen

Bachelorscriptie

Maatregelen tegen de handel in verlieslichamen

Is artikel 20a Wet Vpb 1969 legitiem, proportioneel en kunnen er gelet op de kritiek, aanbevelingen worden gedaan ter verbetering van artikel 20a Wet Vpb 1969?

Daan de Jong

Studentnummer: 350249

Begeleider: drs. M.T.E. Robben

Rotterdam, 23 juli 2014

Hoofdstuk 1: Inleiding / 1

Hoofdstuk 2: Is artikel 20a Wet Vpb 1969 legitiem? / 4

- 2.1 Inleiding / 4
- 2.2 Verliesverrekening en inbreuken daarop /4
 - 2.2.1 Verliesverrekening en generieke inbreuken / 4
 - 2.2.2 Beleggingsinstellingen / 6
 - 2.2.3 Houdster- en financieringsmaatschappijen / 6
- 2.3 Handel in verlieslichamen / 7
- 2.4 Bezwaren in de ogen van de wetgever (wanneer is er sprake van ongewenste handel in verlieslichamen?) / 7
 - 2.4.1 De strijd tegen handel in verlieslichamen / 7
 - 2.4.2 Wetgeving tegen de handel in verlieslichamen / 8
- 2.5 Welke kanttekeningen kan je plaatsen bij de bestaansredenen van artikel 20a Wet Vpb 1969? / 9
- 2.6 Bevindingen / 11

Hoofdstuk 3: Is artikel 20a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 proportioneel? / 12

- 3.1 Inleiding / 12
- 3.2 Aandeelhouderstoets / 12
 - 3.2.1 Algemeen / 12
 - 3.2.2 Het begrip 'uiteindelijk belang' / 14
 - 3.2.3 Uitzonderingen op de hoofdregel (geen belangwijziging) / 16
- 3.3 De (non-) beleggings- en inkrimpingstoets / 17
 - 3.3.1 Algemeen / 17
 - 3.3.2 De (non-) beleggingstoets / 17
 - 3.3.3 De inkrimpingstoets / 19
- 3.4 Overige bepalingen van artikel 20a Wet Vpb 1969 / 19
- 3.5 Situaties waarin artikel 20a Wet Vpb 1969 zijn doel voorbij schiet / 20
- 3.6 Bevindingen / 22

Hoofdstuk 4: Kunnen er gelet op de kritiek, aanbevelingen worden gedaan ter verbetering van artikel 20a Wet Vpb 1969? / 23

4.1 Inleiding / 23

4.2 Wanneer is sprake van een geschikt alternatief? / 23

4.3 Mogelijke alternatieven voor, of verbeteringen op artikel 20a Wet Vpb 1969. / 24

4.4 Bevindingen / 26

Hoofdstuk 5: Conclusie / 27

Bronvermelding / 29

Hoofdstuk 1: Inleiding

Het bedrijfsleven van Nederland heeft het de afgelopen jaren zwaar te verduren gekregen. Sinds de start van de wereldwijde economische crisis hebben tal van bedrijven hun afzet, omzet en winsten zien dalen. Als gevolg hiervan hebben veel mensen hun ontslag gekregen en daalde de productie. In deze tijd van economische malaise heeft een groot aantal bedrijven het hoofd helaas niet (of nauwelijks) boven water kunnen houden. Vanaf 2009 is dan ook het aantal faillissementen significant toegenomen vergeleken bij voorgaande jaren, het waren vooral bedrijven die in de vorm van een rechtspersoon werden gedreven voor wie het weer waarin zij verkeerden te zwaar werd. Het record werd bereikt in 2013. De bedrijfstakken handel, bouwnijverheid, informatie en communicatie werden (relatief) het zwaarst getroffen.¹ Al lijkt de economische toestand erop vooruit te gaan, wordt er nog door tal van bedrijven verlies geleden. Fiscaal gezien hoeft dit niet per definitie slecht te zijn. Het voorgaande opent namelijk de deur naar verliesverrekening.

Het is voor een lichaam dat voor de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) als belastingplichtige wordt aangemerkt, mogelijk om verliezen die in een bepaald jaar geleden zijn te verrekenen met een winst die wordt behaald in bijvoorbeeld het daaropvolgende jaar. De verliesverrekening binnen de Wet Vpb 1969 is geregeld in de artikelen 20 tot en met 21a. In deze scriptie zal ik mij beperken tot artikel 20 en artikel 20a. Ik wil voorbij gaan aan de formele aspecten die zijn geregeld in artikel 20b Wet Vpb 1969 tot en met artikel 21a Wet Vpb 1969. Deze zijn voor hetgeen ik wil onderzoeken niet van belang.

De mogelijkheid tot het verrekenen van verliezen vloeit voort uit de totaalwinstgedachte. Dit principe staat opgenomen in artikel 3.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001). Totaalwinst wil zeggen dat als winst wordt aangemerkt het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. Van belang is hierbij de winst uit onderneming die gedurende het gehele bestaan van een onderneming (in Nederland) wordt genoten. Dat betekent dat de winst aan de hand van de volgende algebraïsche vergelijking wordt bepaald: het verschil tussen het eindvermogen en het beginvermogen bij aanvang van de onderneming. Dit bedrag wordt vermeerderd met de privé-onttrekkingen en verminderd met de ingebrachte kapitalen die gedurende het bestaan van de ondernemingen hebben plaatsgevonden.² Uit deze algebraïsche opvatting volgt dat de totale winst het geheel van zowel de positieve(winsten), als de negatieve (verliezen) resultaten omvat. Ook voor de Wet Vpb 1969 wordt ditzelfde begrip gehanteerd bij de bepaling van de winst. In artikel 8, lid 1 Wet Vpb 1969 staat namelijk dat de winst wordt opgevat en bepaald op voet van (onder andere) artikel 3.8 Wet IB 2001.

¹ Centraal Bureau voor de Statistiek. (2014, 23 januari). *Record faillissementen in 2013*. Geraadpleegd op <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/bedrijven/publicaties/artikelen/archief/2014/2014-004-pb.htm>

² J.G. Verseput, *De totale winst in de vennootschapsbelasting*, FED Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 2013, p. 9.

Indien er belasting wordt geheven over de totale winst die een lichaam gedurende zijn hele bestaan behaald, behoren verliezen te leiden tot een belastingreductie.³ Stevens⁴ haalt ten aanzien van het voorgaande het symmetriebeginsel aan. Hij stelt dat symmetrie, evenals het gelijkheidsbeginsel, een grondbeginsel is met een rechtsvormende werking binnen onze rechtvaardigheidsopvattingen. Wanneer de fiscus deelt in de positieve (ondernemings) resultaten, behoort hij op grond van de symmetriebenadering ook te delen in de negatieve uitkomsten. Hij pleit er zelfs voor om artikel 20a Wet Vpb af te schaffen.

Als gevolg van de mogelijkheid tot verliesverrekening is de zogeheten handel in verlieslichamen ontstaan. Kort gezegd houdt dit in dat de aandelen van een verlieslijdende onderneming verkocht worden aan een andere aandeelhouder (dit kan zowel een rechtspersoon zijn als een natuurlijk persoon). Deze nieuwe aandeelhouder tracht vervolgens met nieuwe activiteiten een winst te genereren en de verliezen die nog in de vennootschap zitten te gebruiken om de behaalde winsten mee te compenseren.

Hier lijkt op het eerste oog niets mis mee. Een belastingplichtige voor de Wet Vpb 1969 mag immers haar behaalde winsten verrekenen met eerder geleden verliezen, hetgeen zich in de bovenstaande situatie voordoet. Dat hier (een) andere aandeelhouder(s) achter zitten zou niets uit moeten maken. Per slot van rekening zijn verliezen fiscaal technisch gezien gebonden aan het heffingsobject. Het is de wetgever echter een doorn in het oog dat de aandelen enkel en alleen aangewend worden teneinde gebruik te maken van de in de vennootschap aanwezige verliezen. Om deze reden heeft de wetgever het in deze bachelor scriptie centraal staande artikel 20a Wet Vpb 1969 in het leven geroepen.

Artikel 20a Wet Vpb 1969 houdt kort gezegd in dat op het moment dat het uiteindelijke belang in een vennootschap in belangrijke mate wijzigt, dit leidt tot een beperking van de mogelijkheid tot het verrekenen van in voorgaande jaren geleden verliezen. Op deze zogeheten aandeelhouderstoets bestaat een aantal uitzonderingen. Aan de beperking van verliesverrekening kleef een aantal voorwaarden. Deze hebben betrekking op de omvang van de belangenwijziging en de (veranderende) activiteiten van het verlieslijdende lichaam. Voorts is de beperking ook niet van toepassing indien wordt voldaan aan de beleggingstoets en de inkringingstoets. In het kader van deze toetsen wordt enerzijds gekeken naar het soort bezittingen en anderzijds naar de omvang van de werkzaamheden van de vennootschap.

Het lijkt de wetgever dus te gaan om de achterliggende aandeelhouder van de vennootschap. Hetgeen op zijn zachtst gezegd opmerkelijk is, daar de belastingplichtige van de Wet Vpb 1969 de vennootschap zelf is en niet de aandeelhouder. Ik vind het daarom terecht dat Heithuis zich afvraagt om welke reden de wetgever ervoor heeft gekozen om bij het onderdeel verliesverrekening zich wel te laten leiden door wat de aandeelhouder doet.⁵ Het argument van de wetgever dat iemand anders gebruik maakt van het verlies is simpelweg incorrect. In deze bachelor scriptie zou ik derhalve de bestaansgrond van artikel 20a Wet Vpb 1969 willen

³ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht Vennootschapsbelasting studenteneditie 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2012, p. 731.

⁴ L.G.M. Stevens, 'Wat is ongewenste handel in verliesverrekening?', WFR 2000/1215.

⁵ E.J.W. Heithuis, de bijzondere bepaling tegen handel in verlieslichamen: vereenvoudiging dringend gewenst!, WFR 2005/1532.

onderzoeken. Het gegeven blijft dat de regeling er is. Naast het voorgaande zou ik ook willen kijken naar de werking van het onderhavige artikel, wat voor problemen deze oplevert en wat voor mogelijkheden er zijn wat betreft alternatieven die deze regeling zouden kunnen verbeteren.

De probleemstelling luidt als volgt:

Is artikel 20a Wet Vpb 1969 legitiem, proportioneel en kunnen er gelet op de kritiek, aanbevelingen worden gedaan ter verbetering van artikel 20a Wet Vpb 1969?

Dit onderzoek zal worden uitgevoerd met behulp van de volgende deelvragen:

- Is artikel 20a Wet Vpb 1969 legitiem?
- Is artikel 20a Wet Vpb 1969 proportioneel?
- Kunnen er gelet op de kritiek, aanbevelingen worden gedaan ter verbetering van artikel 20a Wet Vpb 1969?

Hoofdstuk 2: Is artikel 20a Wet Vpb 1969 legitiem?

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wil ik erachter komen wat de wetgever ertoe heeft bewogen een maatregel als artikel 20a Wet Vpb 1969 op te nemen teneinde de handel in verlieslichamen een halt toe te roepen. Ik zal beginnen met het begrip verliesverrekening, de maatregel tegen de handel in verlieslichamen vormt hier immers een uitzondering op. In deze paragraaf ga ik in op de inbreuken die in de Wet Vpb 1969 worden gemaakt op het totaalwinstbegrip. Deze zijn zowel generiek als specifiek van aard. Na dit uiteengezet te hebben zal ik een begin maken aan de aanleiding tot de invoering van artikel 20a Wet Vpb 1969, de handel in verlieslichamen. Ik richt me kort op de vraag hoe dit omstreden fenomeen is ontstaan. Vervolgens wil ik aan de hand van jurisprudentie en wetsgeschiedenis kijken hoe dit de spreekwoordelijke doorn in het oog wat de wetgever heeft gevormd. Na dit vast te hebben gesteld, wil ik een aantal punten van kritiek plaatsen bij de ratio van artikel 20a Wet VPB 1969 die als gevolg van de invoering (of wellicht daarvoor al) naar voren zijn gekomen.

2.1 Verliesverrekening en inbreuken daarop

2.2.1 Verliesverrekening en generieke inbreuken

Eerder heb ik al aangegeven hoe de door de wetgever gekozen benadering van het bepalen van de winst – totaalwinst – ertoe leidt dat het verrekenen van verliezen mogelijk is. In zijn puurste vorm zou dit zelfs betekenen dat de overheid zou delen in het verlies van een belastingplichtige middels het uitkeren van een bedrag dat gelijk is aan het tarief van de vennootschapsbelasting⁶ vermenigvuldigd met de grootte van het verlies. Er is voor de Wet Vpb 1969 niet voor een belastingteruggaaf gekozen, doch voor het verlenen van een belastingreductie.⁷ Zoals opgenomen staat in artikel 20, lid 2 Wet Vpb 1969 is het voor een belastingplichtige mogelijk om een verlies te verrekenen met de belastbare winsten van het voorafgaande jaar ('carry-back') en de negen volgende jaren (carry-forward), mits het verlies door de inspecteur is vastgesteld bij voor bezwaar vatbare beschikking.⁸ Een logische vraag die je je kunt stellen is: wat is eigenlijk het probleem van carry-forwardtermijn? Het antwoord op deze vraag leidt tot een vrij zure realiteit. Na negen jaar zijn de verliezen niet meer te verrekenen, dit betekent dat je een geleden verlies kwijt bent! Dit fenomeen wordt ook wel 'verliesverdamping' genoemd. Hierbij valt al op dat de wetgever niet schroomt om inbreuk te maken op de totaalwinstgedachte. Nu heeft de wetgever gelukkig te pas de beperking op het verrekenen van verliezen over de jaargrenzen heen (aangeduid als 'verticale verliesverrekening') voor een relatief korte periode gewijzigd. Zo bestond er voor de jaren 2009, 2010 en 2011 de mogelijkheid tot opteren voor een verlenging van de carry-backtermijn. De leden 10 en 11 van artikel 20 Wet Vpb 1969, die per 1 januari 2012 zijn komen te vervallen, stonden toe dat de carry-backtermijn verlengd zou worden met 2 jaar, dit ten koste van de carry-forwardtermijn, die 6 jaar werd. Als restrictie werd opgelegd, ingeval er werd geopteerd voor deze termijnverandering, dat het bedrag dat maximaal verrekend

⁶ Artikel 22 Wet VPB 1969.

⁷ Hetzelfde geldt overigens voor het inkomen dat wordt gegenereerd uit een IB-onderneming.

⁸ Voor de inkomstenbelasting geldt, met de toepassing van artikel 3.150 Wet IB 2001, dat het verrekenen van een verlies met het inkomen uit werk en woning mogelijk is voor de drie voorafgaande jaren en de negen volgende jaren.

mocht worden met elk van de drie jaren €10.000.000 bedroeg. Dit alles werd ingevoerd in verband met de economische crisis.

In het verleden waren de mogelijkheden tot verliesverrekening veel ruimer. Het is pas sinds het jaar 2007 dat de termijnen van verliesverrekening sterk aan banden zijn gelegd.⁹ Voor 2007 (vanaf 1995) was het namelijk zo dat er onbeperkte voorwaartse verliesverrekening mogelijk was en wat betreft de achterwaartse verliesverrekening gold een termijn van drie jaar. De vraag die als gevolg van de invoering van deze wetsverandering rijst is natuurlijk: waarom? Bij een onbeperkte voorwaartse verliesverrekening is immers de inbreuk op totaalwinst een stuk minder.¹⁰ Hetzelfde geldt voor een langere termijn voor de achterwaartse verliesverrekening, al valt een beperking van deze termijn nog wel vanuit een budgettair oogpunt nog wel enigszins te verdedigen. Het is verstandig eerst te kijken naar de motivatie van de onbeperkte carry forward zoals die sinds 1995 gold. Er werd namelijk verwezen naar de verbetering van de fiscale infrastructuur en in het bijzonder Nederland als vestigingsplaats voor ondernemingen.¹¹ Daar waar men zich tot 2007 meer leek te bekommeren om eventuele nieuwe ondernemingen, ligt de focus bij het “nieuwe” voorstel meer op bestaande ondernemingen. Zo wordt er in de Memorie van Toelichting¹² bepleit dat wanneer een onderneming geen winst weet te realiseren binnen negen jaar, er wellicht getwijfeld moet worden aan de levensvatbaarheid van de onderneming. Met deze gedachte wordt ook gesteld dat het beter in een beleid dat gericht is op economische dynamiek past om de termijn te beperken en hiervoor in ruil een tariefsverlaging te introduceren. De staatssecretaris geeft aan dat op deze wijze worden winstgevende ondernemingen bevoordeeld ten opzichte van langdurig verlieslijdende ondernemingen.

Ik zou willen stellen dat het argument van de staatssecretaris dat getwijfeld moet worden aan de levensvatbaarheid van de onderneming als vreemd aangemerkt kan worden. Men kan zich de volgende vraag stellen: als de onderneming toch niet levensvatbaar is, wat dan het probleem is van een onbeperkte carry-forwardtermijn? Het zal voor de overheid dan namelijk geen nadelige budgettaire gevolgen hebben.¹³

2.2.2 Beleggingsinstellingen

⁹ Nota ‘Werken aan winst’.

¹⁰ Ook in dat geval wordt totaalwinst nog steeds niet volkomen gewaarborgd. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een vennootschap met een nog onbenutte (voorwaartse) verrekenbare verliezen wordt geliquideerd. In dit geval zou een negatieve Vpb uitkomst bieden.

¹¹ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht Vennootschapsbelasting studenteneditie 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2012, p. 732.

¹² MvT, Kamerstukken II, 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 22.

¹³ Als het budgettair neutraal zou moeten, zou er ergens in de toekomst een belastingclaim verloren zijn gegaan, die niet via het schrappen van de onbeperkte carry forward wordt geïncasseerd. Dit staat haaks op de insteek van wetgever dat dergelijke ondernemingen toch nooit een verliesverrekeningstermijn van langer dan negen jaar uitzitten.

De tweede inbreuk op verliesverrekening staat opgenomen in artikel 20, lid 3 Wet Vpb 1969. Verliezen die geleden zijn in periode waarin een belastingplichtige als beleggingsinstelling is aangemerkt (statusperiode), zijn niet verrekenbaar met winsten die zijn genoten buiten de statusperiode. Tevens zijn verliezen die buiten de statusperiode zijn geleden niet verrekenbaar met winsten die zijn genoten binnen de statusperiode. De aanleiding voor het invoeren van deze maatregel was het arrest HR 11 november 1992, BNB 1993/207.

In dit arrest leidde het wettelijke systeem ertoe dat een verlies geleden buiten de statusperiode verrekend diende te worden met winsten behaald tijdens de statusperiode. Aangezien er in die periode een tarief van 0% gold, zou de verrekening niet een teruggaaf van belasting tot gevolg hebben. De belastingplichtige achtte dit logischerwijs niet wenselijk en deed een beroep op de compartimenteringsgedachte en stelde dat het voorgaande in strijd was met een redelijke wetstoepassing. De Hoge Raad besloot dat dit niet het geval was. Nu was deze uitkomst in de ogen van de wetgever niet onwenselijk. Er zat ook een keerzijde aan de uitspraak van de Hoge Raad. Zo heeft de staatssecretaris aangegeven dat naar zijn mening de omgekeerde situatie dient te worden voorkomen.¹⁴

2.2.3 Houdster- en financieringsmaatschappijen

Ook voor houdster en financieringsmaatschappijen geldt dat zij hun eigen regeling hebben. De beperking toont wel overeenkomsten met die voor beleggingsinstellingen, in de zin dat bij beide er wordt gekeken of ze een bepaalde status hebben. Artikel 20, lid 4 Wet VPB 1969 stelt namelijk dat wanneer een lichaam gedurende minimaal nagenoeg het hele jaar voor 90 procent of meer werkzaamheden verricht die bestaan uit het houden van deelnemingen (houdstermaatschappij) of het financieren van met hem verbonden lichaam (financieringsmaatschappij), zij geleden verliezen enkel kan verrekenen met belastbare winsten indien deze winsten zijn ontstaan in jaren waarin het lichaam eveneens als houdster- of financieringsmaatschappij werd aangemerkt.

De wetgever heeft deze verliesverrekeningsbeperking ingevoerd volgend op een in zijn ogen onwenselijke uitkomst van het Bosal Holding-arrest.¹⁵ In deze zaak ging het om de vraag of een beperking in de aftrek van kosten in verband met buitenlandse deelnemingen in strijd was met het EG-recht. Deze vraag werd door het HvJ EG bevestigend beantwoord, dit betekende dat (rente)kosten volledig aftrekbaar waren, maar hier tegenover vaak een geringe winst stond (voordelen uit hoofde van een deelneming zijn immers vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet VPB 1969). Dit betekende dan vaak voor houdstervennootschappen dat er per saldo een verlies overbleef dat niet gecompenseerd kon worden. Indien in dat geval een belastingplichtige nieuwe winstgevendende activiteiten ging 'bijmengen', konden deze verliezen wel worden verrekend en werd de heffingsgrondslag uitgehold.¹⁶

2.3 Handel in verlieslichamen

¹⁴ Kamerstukken II, 1994-1995, 23 962, nr. 3, p. 6.

¹⁵ HvJ EG 18 september 2003, zaak C-168-01 (Bosal Holding), BNB 2003/344.

¹⁶ Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 8, onder I.6.

Indien een onderneming niet in staat blijkt te zijn om winsten te genereren met haar activiteiten, leidt dit tot verliesverdamping. Deze verliesverdamping kan echter voorkomen worden. Wanneer door (een) andere aandeelhouder(s) een ‘lege’ vennootschap wordt overgenomen en er vervolgens nieuwe winstgevende activiteiten worden opgezet, kan dit leiden tot een lagere vennootschapsbelastingsschuld. De winsten die voortvloeien uit deze activiteiten, waar normaliter belasting over moet worden betaald, kunnen nu (gedeeltelijk) tegenover de door de vorige aandeelhouder(s) geleden verliezen worden gezet. De verliezen die eerst leken te verdampen, kunnen nu alsnog benut worden. Ook voor de verkoper is dit gunstig, het belastingvoordeel dat de koper krijgt heeft voor hem waarde. De verkoper en de koper zullen dus tezamen een prijs overeenkomen voor de overname, het belastingvoordeel zit verdisconteerd in deze prijs.

Al sinds jaar en dag stuit de handel in verlieslichamen op oppositie vanuit de fiscus. Er is dan ook sinds de invoering van de Wet Vpb 1969 voor het eerst sprake van fiscale wetgeving tegen dit verschijnsel, dit in de vorm van artikel 20, lid 5, (oud) Wet Vpb 1969. Haar voorganger – het Besluit Vpb 1942 – bevatte namelijk niet zo’n dergelijke maatregel. Het was vooral tijdens de periode waarin de Nederlandse bezittingen van een groot aantal cultuurmaatschappijen (waarvan inkomsten die vloeide uit zo’n soort maatschappij objectief waren vrijgesteld) werden genationaliseerd door Indonesië¹⁷, dat de creativiteit van de praktijk geen grenzen kenden en zij massaal aan de haal gingen met deze vennootschappen. Als gevolg van de nationalisering ontstonden er veel vennootschappen die geen bezittingen meer hadden en dus geen winst meer konden maken, maar nog wel compensabele verliezen hadden.

2.4 Bezwaren in de ogen van de wetgever (wanneer is er sprake van ongewenste handel in verlieslichamen?)

2.4.1 De strijd tegen handel in verlieslichamen

Hét arrest dat de hele reeks van ingrijpen vanuit de overheid aanwakkerde dateerde van 31 december 1958¹⁸. In dit arrest ging het erom of een NV eindigde doordat de aandelen in handen van een ander persoon kwamen nadat een NV, die verrekenbare verliezen had, was “leeg” gemaakt en haar vermogen was vereffend. De fiscus trachtte de Hoge Raad ervan te overtuigen dat dit het geval was. Zo werd dan ook door de inspecteur betoogd dat het bedrijfsdoel van de NV in kwestie was volbracht, dit zou op grond van (het toen geldende art. 1683, 2^e, BW) betekenen dat dit bij rechtswege leidt tot het einde van de NV. De Hoge Raad verwierp deze argumentatie, door te stellen dat een NV slechts eindigt indien zich gevallen voordeden als genoemd in (destijds) artikel 55 van het Wetboek van Koophandel, of artikel 37b van dezelfde wet. Als gevolg van dit arrest antwoordde de staatssecretaris met een machtiging voor de toepassing van richtige heffing (artikel 31 e.v. AWR) en het leerstuk van wetsontduiking (fraus legis) wanneer het zaken van handel in verlieslichamen betrof.¹⁹

¹⁷ D.R. Post, *De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1.

¹⁸ HR 31 december 1958, nr. 13747, BNB 1959/64.

¹⁹ Resolutie van 13 maart 1962, nr. B2/4269, BNB 1962/206.

Hieruit is af te leiden dat er volgens de staatssecretaris sprake is van misbruik²⁰ op het moment dat:

- een vennootschap gedurende een aantal jaren geen verliezen heeft kunnen verrekenen en zij ook niet het vooruitzicht heeft dat dit nog wel zal gebeuren. De vennootschap blijft met compensabele verliezen zitten;
- een vennootschap nagenoeg geen (winstgevende) activiteiten meer heeft en dus “leeg” is;
- de aandelen van een vennootschap worden overgedragen aan andere aandeelhouders; en
- heffing van vennootschapsbelasting over de na de overneming door die naamloze vennootschap te behalen winsten geheel of gedeeltelijk te voorkomen de nieuwe aandeelhouders ertoe hebben bewogen de overname te doen. In dit geval maakt in de ogen van de staatssecretaris iemand gebruik van verliezen die niet door hem zijn geleden.²¹

Met de introductie van deze resolutie leek de fiscus een nieuw middel te hebben om in de strijd tegen de handel in verlieslichamen te gooien. Het zoeken naar arresten waarin richtige heffing of het leerstuk van wetsontduiking succesvol is toegepast zal geen vruchten afwerpen.²²

2.4.2 Wetgeving tegen de handel in verlieslichamen.

Aangezien de resolutie allerminst succesvol was²³, was het wachten op een zet van de wetgever. Het idee voor wat deze zet in zou gaan houden kwam voor het eerst op in het wetsontwerp ‘Vennootschapsbelasting 1960’. Dit heeft uiteindelijk geleid (door vernumming) tot het artikel 20, lid 5 met de invoering van de Wet VPB 1969. Het was een logisch gevolg van een gefaalde poging het “misbruik” in de handel in verlieslichamen een halt toe te roepen.

Derhalve werd ook een tamelijk beknopte toelichting gegeven op de invoering van de maatregel.²⁴

‘De bepaling van het zesde lid van artikel 19 is ingegeven door de noodzaak een dam op te werpen tegen het sinds de verruiming van de compensatietermijn in 1953 ingeslopen misbruik van het verhandelen van lege vennootschappen louter om derden te doen profiteren van een in zulk een vennootschap nog aanwezig verrekenbaar verlies.’

²⁰ Ik ben van mening dat inzake de handel in verlieslichamen voorzichtig met deze term om dient te worden gegaan. Zo zou ik in het geval dat een aandeelhouder met een onderneming die een zwaar weer verkeerd (lees: compensabele verliezen heeft en geen vooruitzicht heeft waarin deze verliezen gebruikt kunnen worden) en enkel middels een overdracht van de aandelen nog iets van deze verliezen te gelde kan maken, de term ‘misbruik’ willen vermijden.

²¹ Wat eigenlijk natuurlijk niet het geval is. Het blijft dezelfde vennootschap die dit verlies zal benutten!

²² Hetgeen in de ogen van velen na alle kritiek geheel in de lijn der verwachtingen lag.

²³ Bij afwezigheid van wetgeving tegen de handel in verlieslichamen, impliceert immers de structuur van de vennootschapsbelasting dat bij overdracht van de aandelen van een vennootschap haar verliezen verrekenbaar blijven.

²⁴ Kamerstukken II, 1959-1960, 6000, nr. 3, p. 21.

Hieruit valt op te maken dat de bezwaren van de wetgever niet zozeer waren veranderd. Wel is tijdens de parlementaire behandeling naar voren gekomen wat geacht wordt onder deze bezwaren te vallen.²⁵ Het spreekt voor zich dat de kritiek zich voortzette na de invoering van deze regelingen, maar er werden in de literatuur ook knelpunten opgemerkt ten aanzien van de maatregel.²⁶ Van Soest en Bierlaagh stelden bijvoorbeeld dat artikel 20, lid 5 (oud) Wet Vpb 1969 niet van toepassing was in geval van een overdracht van aandelen binnen een bestaande aandeelhouderskring. Het bleef heb ook niet onopgemerkt dat wanneer het een vennootschap betrof die louter belegde, de onderhavige regeling geen toepassing vond. Dit werd later nog maar eens goed duidelijk na een uitspraak van de Hoge Raad. De Hoge Raad stelde een belanghebbende in het gelijk, die na een aandelenoverdracht verliezen wilde verrekenen die niet door de aandeelhouders van dat moment waren geleden. Het ging hier om een vennootschap die de volgende statutaire doelstelling had: het beleggen in effecten, roerende en onroerende zaken, waaronder schuldvorderingen, het bemiddelen bij financieringen, het deelnemen in, besturen van, of zich financieel of anderszins te interesseren bij vennootschappen en/of ondernemingen.²⁷ In de praktijk bleek artikel 20, lid 5 (oud) Wet Vpb 1969 niet te werken. Naast het voorgaande was het criterium dat de regeling van toepassing zou zijn in het geval de materiële onderneming volledig of nagenoeg volledig gestaakt zijn, relatief eenvoudig te omzeilen. Zo kon een belastingplichtige haar activiteiten duurzaam inkrimpen en vervolgens de aandelen overdragen. Wanneer de nieuwe aandeelhouders hetzelfde deden en daarnaast nieuwe (winstgevende) activiteiten inbrachten, kon de belastingplichtige gewoon gebruik maken van de nog aanwezige compensabele verliezen.²⁸ Om deze reden werd op 27 juni 2000 een nieuw wetsvoorstel ingediend teneinde een verbeterde regeling in te voeren.²⁹ Dit heeft geleid tot de invoering van artikel 20a Wet Vpb 1969.

2.5 Welke kanttekeningen kan je plaatsen bij de bestaansredenen van artikel 20a?

De maatregelen die door de wetgever zijn genomen door de jaren heen zijn buitengewoon omstreden. Tijdens het proces is door verscheidene auteurs kritiek daarop geuit. Kort na de publicatie van de resolutie van 13 maart 1962 trok Brüll de beslissing van de staatssecretaris om de handel in verlieslichamen te bestrijden met de middelen richtige heffing en het leerstuk van wetsontduiking in twijfel.³⁰ Hij stelde dat de vaststelling van de jaarwinsten weliswaar formeelrechtelijk definitief is, maar dat de jaarwinsten slechts het karakter hebben van een voorschot. De eindafrekening over de totale winst vindt pas plaats bij het eindigen van de onderneming. Er dient voor gezorgd te worden dat niet meer aan voorschotten op de eindafrekening is betaald dan correspondeert met de aangroei van de totale winst welke tot dat

²⁵ Kamerstukken II, 1968-1969, 6000, nr. 22, p. 30 e.v.

²⁶ J. van Soest en H.M.M. Bierlaagh, 'De lege naamloze vennootschap; verrekening van verliezen over de leegte heen', *De NV*, december 1968, p. 161 e.v.

²⁷ HR 9 november 1994, nr. 29.675, BNB 1995/20.

²⁸ D.R. Post, *De invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening*, SDU 2012, p. 119.

²⁹ Wet van 14 december 2000, Stb. 2000, 567 houdende wijziging van enkele belastingwetten c.a. in verband met de tweede tranche van het ondernemerspakket 2001 (Wet ondernemerspakket 2001).

³⁰ D. Brüll, 'De fiscus en de lege N.V.', *WFR* 1962/4598, p. 245 e.v.

moment heeft plaatsgevonden.³¹ Brüll laat weten dat dit zogenoemde wettelijke programma met betrekking tot de omvang van de totale winst zou zijn erkend door de mogelijkheid tot verticale verliesverrekening.

In de kritiek van Brüll benaderde hij het probleem wetsystematisch en beginselenrechtelijk. Hij stelde namelijk dat er op basis van deze twee punten vrijwel niets tegen de handel in verliesvennootschappen kon worden ingebracht. De winst van een vennootschap wordt bepaald aan de hand van de totaalwinstbepaling. De wetgever heeft bevestigd dat dit de manier is om de winst te bepalen door verticale verliesverrekening toe te staan. Naar de mening van Brüll is het in de weg staan van een vorm van deze verliesverrekening dan ook een inbreuk op het systeem dat de wetgever zelf heeft gecreëerd.

Brüll was absoluut niet de enige die zich niet kon vinden in de maatregelen die opgenomen waren in de resolutie. Ook Van Soest³² had kritiek daarop. Hij merkte op dat het subject van de vennootschapsbelasting het juridische lichaam is. Het zou derhalve compleet irrelevant moeten zijn of aandeelhouder A of aandeelhouder B een belang heeft in deze belastingplichtige. Hij ziet niet in hoe er sprake kan zijn van misbruik in het geval dat er wordt besloten om met een lichaam andere activiteiten te gaan verrichten om winst te maken, deze winst te compenseren met een in het verleden geleden verlies en er in de tussentijd aandelen worden verkocht.

Tot slot betoogt Hofstra³³ dat terwijl de fiscus “misbruik” in de handel in verlieslichamen aanvecht, de structuur van de vennootschapsbelasting over het hoofd wordt gezien. Er is geen wettelijke bepaling die de overdracht van aandelen van een vennootschap die verliezen heeft tegen gaat. De enige logische conclusie kan dan zijn dat het gebruiken van verrekenbare verliezen onmogelijk verboden kan worden.

Nadat bekend werd dat er een wettelijke bepaling aan zat te komen die de handel in verlieslichamen tegen zou gaan, werd er niet gearzeld om hierbij kanttekeningen te plaatsen. Veelal werd er voortgeborduurd op hetgeen geuit naar aanleiding van de resolutie. Doch Verburg voegt bijvoorbeeld toe dat naar zijn mening het er niet toe doet op welke manier men de compensabele verliezen heeft verworven. Er is in zijn ogen sprake van normaal gebruik van toelaatbare middelen om belastingheffing te ontgaan.³⁴

Duidelijk werd ook dat de wetgever er zich van bewust is dat hij ingaat tegen de structuur van de vennootschapsbelasting. Zo zei staatssecretaris Grapperhaus het volgende:³⁵

‘Ik zou willen opmerken dat de structuur niet over het hoofd wordt gezien. Wij doen doelbewust iets, dat niet past in de structuur van de vennootschapsbelasting. Dat erken ik. Maar wat is de achterliggende oorzaak daarvan? Die ligt hierin, dat toch niet aanvaardbaar is dat degenen die in werkelijkheid zelf geen verliezen hebben geleden, gebruik zouden kunnen maken van een

³¹ Dit argument werd later ook verdedigd door Grapperhaus, , ‘In de tijd beperkte verliescompensatie is uit de tijd’, WFR 1978/1073.

³² A.J. van Soest, ‘Lege naamloze vennootschappen met verrekenbare verliezen’, De NV, juni 1962.

³³ Dit doet hij in zijn noot bij de uitspraak van Hof Leeuwarden 27 februari 1967, nr. 12/67, BNB 1968/54.

³⁴ J. Verburg, ‘De controverse rondom de lege N.V.’, WFR 1967/4857.

³⁵ Kamerstukken II, 1968-1969, 6000, nr. 65.

verliescompensatie, iets, waardoor zij niet op een billijke wijze bijdragen aan de lasten van het overheidsapparaat.'

Hier komt tevens nog een keer goed naar voren wat de wetgever nu zo onwenselijk vindt.

2.6 Bevindingen

Verliesverrekening – en daarmee ook totaalwinst – kent een aantal inbreuken. Deze kunnen zowel generiek als specifiek van aard zijn. Denk hierbij aan de carry back/forward-termijnen respectievelijk de beleggingsinstellingen en de houdster- en financieringsmaatschappijen. Zo zijn de laatstgenoemde belastingplichtigen specifiek met aanzien des subject. De inbreuk die centraal staat in deze scriptie is artikel 20a Wet Vpb 1969. Deze inbreuk is tevens specifiek van aard, in die zin dat wordt gekeken naar de aandeelhouders van de belastingplichtige. De ratio achter de maatregel is niet met open armen ontvangen. Naar de mening van velen is een dergelijke maatregel fundamenteel verwerpelijk.

Hoofdstuk 3: Is artikel 20a Wet Vpb 1969 proportioneel?

3.1 Inleiding

Alvorens mij te kunnen richten op mogelijke alternatieven voor de regeling tegen ongewenste handel in verlieslichamen, dien ik uiteen gezet te hebben hoe deze maatregel thans zijn toepassing vindt. Deze scriptie strekt niet zozeer tot het in extenso behandelen van de techniek van artikel 20a Wet Vpb 1969. Ik wil meer een achterliggend probleem en de gevolgen van uitwerking van artikel 20a Wet Vpb 1969 onder de loep nemen. Ik zal daarom, weliswaar in relatief beperkte mate, ingaan op de werking van deze regeling. Aan bod zullen komen de in het onderhavige artikel centraal staande toetsen, te weten:

- de aandeelhouderstoets,

- de beleggingstoets en
- de inkrimpingstoets.

Vervolgens zal ook nog kort aandacht uitgaan aan de overige aspecten van artikel 20a Wet Vpb 1969. Tot slot volgt de vraag of de regeling zijn doel niet voorbij schiet, of met andere woorden, doen zich situaties van ‘overkill’ voor?

3.2 De aandeelhouderstoets

3.2.1 Algemeen

Het spreekt voor zich dat een maatregel tegen de handel in verlieslichamen pas van toepassing is in de situatie dat er aandelen worden overgedragen. Uit artikel 20a, lid 1 Wet, Vpb 1969 volgt dat indien aannemelijk is dat het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate, dat wil zeggen voor ten minste 30%³⁶, is gewijzigd, de voorwaartse verliesverrekening van artikel 20 niet meer mogelijk is. De wetgever heeft nergens uitgebreid gemotiveerd waarom er voor een percentage van 30 is gekozen en lijkt daarom arbitrair. Post³⁷ betoogt dat bijvoorbeeld net zo goed, of wellicht beter zelf, gekozen had kunnen worden voor een 1/3-criterium. Hij verwijst naar artikel 10a, lid 4 en 5, Wet Vpb 1969 voor verbonden lichamen en verbonden natuurlijke personen. Hij voegt hier wel aan toe dat het hier weliswaar niet om de vraag gaat of wordt overgedragen aan een verbonden lichaam of verbonden persoon, maar er zijn blijkbaar niet meer argumenten gegeven voor een 30%-grens dan voor een 1/3-grens. Tot slot verwijst Post naar artikel 20a, lid 2, onderdeel b, Wet Vpb 1969, waar ook wordt aangesloten bij een belang van een derde.³⁸

Er dient voor de toepassing van de aandeelhouderstoets dus gekeken te worden naar een tweetal momenten. Het eerste moment is het begin van het oudste jaar waarvan een verlies nog niet volledig is verrekend (in het vervolg wordt dit ‘het oudste verliesjaar’ genoemd). Het tweede moment is waar het uiteindelijke belang in de belastingplichtige voor ten minste 30% is gewijzigd. Worden er verliezen geleden in jaren voorafgaand aan het jaar waarin de (gedeeltelijke) aandeelhouderswisseling plaatsvindt, dan zijn deze verliezen niet meer voorwaarts verrekenbaar. Hetzelfde geldt voor verliezen die worden geleden in het jaar van de aandeelhouders-wisseling, doch voorafgaand aan de wijziging, (in artikel 20a, lid 1, Wet Vpb 1969 staat immers dat de resultaten voor en na de wijziging afzonderlijk dienen te worden berekend).³⁹

Ter verduidelijking van dit lid is er in de nota van wijziging nog een aantal voorbeelden gegeven:⁴⁰

‘Voorbeelden

³⁶ Kamerstukken II, 1999-2000, 27 209, nr. 3, p. 12.

³⁷ D.R. Post, 2012, *De invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening*, SDU 2012, p. 150.

³⁸ Ik zal hier in hoofdstuk 4 nog op ingaan.

³⁹ Dit is pas met ingang van 1 januari 2011 de toepassing van dit lid. De aanleiding hiervoor was de uitkomst het arrest van HR 21 november 2008, BNB 2009/42.

⁴⁰ Kamerstukken II, 2010-2011, 32 504, nr. 7, p. 4.

Stel de winst na giftenaftrek van het jaar van belangwijziging (jaar t) bestaat uit de volgende gedeelten vóór respectievelijk na die wijziging:

a. +50 en +40:

de belastbare winst jaar t is 90;

eerdere verliezen kunnen worden verrekend met 50 hiervan, terwijl latere verliezen kunnen worden verrekend met 40.

b. +50 en -40:

– het negatieve bedrag van 40 wordt toegerekend aan het volgende jaar (jaar t+1) en verlaagt de belastbare winst van dat jaar;

– de belastbare winst jaar t is 50, eerdere verliezen kunnen met deze 50 worden verrekend.

c. -40 en +50:

– het negatieve bedrag van 40 wordt toegerekend aan het vorige jaar (jaar t-1) en verlaagt de belastbare winst van dat jaar;

– de belastbare winst jaar t is 50, latere verliezen kunnen met deze 50 worden verrekend.

d. -40 en -50:

– het negatieve bedrag van 40 wordt toegerekend aan het vorige jaar (jaar t-1) en verlaagt de belastbare winst van dat jaar;

– het negatieve bedrag van 50 wordt toegerekend aan het volgende jaar (jaar t+1) en verlaagt de belastbare winst van dat jaar;

– de belastbare winst jaar t is nihil.

e. -40 en +50, er is geen voorafgaand jaar

– het negatieve bedrag van 40 wordt niet in aanmerking genomen omdat er geen voorafgaand jaar is;

– de belastbare winst jaar t is 50, latere verliezen kunnen met deze 50 worden verrekend.

f. +50 en -40, er is geen volgend jaar

– het negatieve bedrag van 40 wordt niet in aanmerking genomen omdat er geen volgend jaar is;

– de belastbare winst jaar t is 50, eerdere verliezen kunnen met deze 50 worden verrekend.

g. +50 en -50

– het negatieve bedrag van 50 wordt toegerekend aan het volgende jaar (jaar t+1) en verlaagt de belastbare winst van dat jaar;

– de belastbare winst jaar t is 50, eerdere verliezen kunnen met deze 50 worden verrekend.'

Uit deze voorbeelden blijkt goed wat de bedoeling is van artikel 20a (lid 1) Wet Vpb 1969.

Met betrekking tot voorbeeld e, zegt de staatssecretaris dat de situatie waarin er geen voorafgaand jaar is kan voorkomen als de belangwijziging plaatsvindt in het jaar waarin de vennootschap is opgericht. Vanuit de NOB leidde dit voorbeeld tot vragen. Zo werd er opgemerkt dat er geen sprake is van een 'oudste jaar waarvan een verlies nog niet volledig is verrekend', ergo er kan geen sprake zijn van toepassing van artikel 20a Wet Vpb 1969. Hier werd op zijn beurt weer op gereageerd dat in dit geval het jaar van de verhandeling van aandelen zelf het oudste jaar is waarvan een verlies nog niet volledig is verrekend.⁴¹

3.2.2 Het begrip 'uiteindelijk belang'

Er wordt in het eerste lid van artikel 20a Wet Vpb 1969 gesproken over een 'uiteindelijk belang'. Van belang voor deze regeling is dus dat het geheel aan vennootschappen volledig

⁴¹ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 12 november 2010, nr. AFP/2010/569.

wordt doorgelopen totdat men aankomt bij de aandeelhouders/natuurlijke personen. Zoals ik in paragraaf 2.2.2 heb gezegd, werd er bij artikel 20, lid 5 (oud) Wet Vpb 1969 alleen rekening gehouden met externe aandeelhouderswisselingen. Voor artikel 20a Wet Vpb 1969 daarentegen dient gekeken te worden naar zowel externe als interne aandeelhouderswisselingen, interne verhangingen. Binnen concernverband kan er vrij gehandeld kan worden in verlieslichamen, mits de hiervoor genoemde aandeelhouders/natuurlijke personen niet veranderen. Een dochtervennootschap waarin men een volledig belang heeft kan derhalve gerust worden overgedragen aan een andere dochtervennootschap waarin men ook een volledig belang heeft. Artikel 20a Wet Vpb 1969 zal in dit geval geen roet in het eten gooien. Een andere situatie waarin de verliesverrekening niet belemmerd wordt, is indien een verlieslichaam eerst middellijk werd gehouden – dat wil zeggen via een andere vennootschap – en vervolgens onmiddellijk wordt gehouden. Er vindt hier slechts een verschuiven van indirect naar direct belang plaats en dus geen verschuiven van het uiteindelijke belang.

Ten aanzien van het begrip ‘belang’ stond niet direct vast dat dit het begrip was dat zou worden opgenomen in de wet. Zo werd er ook gedacht aan begrippen als ‘zeggenschap’ en ‘gerechtigdheid’. Naar de mening van de staatssecretaris zouden deze begrippen echter tot teveel onduidelijkheid leiden in de praktijk en dus is de keuze toch op ‘belang’ gevallen. Daarnaast geeft de staatssecretaris aan dat het begrip belang ook voorkomt in andere bepalingen in de Wet Vpb en moet, conform de uitleg bij die bepalingen, materieel worden getoetst.⁴² Kok is van mening dat het een misvatting is dat in de praktijk het begrip ‘belang’ wel duidelijk is, juist door die materiële toets.⁴³ Post stelt daarom voor om aan te sluiten bij het begrip ‘belang’ zoals dat staat in artikel 10a Wet Vpb 1969. Een ‘belang’ komt namelijk voor in artikel 10a, lid 4 en lid 5, Wet Vpb 1969 waar voor een definitie van een verbonden lichaam respectievelijk verbonden persoon ook wordt aangesloten bij dit begrip. Hij geeft aan dat er uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat er voor de toepassing van artikel 20a Wet Vpb 1969 geen zelfstandig begrip ‘belang’ is geïntroduceerd.⁴⁴ Ik zie daarom ook niet in waarom dit idee niet zou kunnen worden ingevoerd⁴⁵, zeker omdat er in artikel 10a, lid 4, Wet Vpb 1969 een hele reeks aan artikelen (waaronder artikel 20, een artikel over verliesverrekening) wordt gegeven waarvoor de in dat lid genoemde onderdelen van toepassing zijn.

De vraag blijft dus wat er dan zoal als belang kan worden aangemerkt. De meest voor de hand liggende variant is natuurlijk simpelweg de overdracht van aandelen. Doch de toepassing van artikel 20a Wet Vpb 1969 kan ook plaatsvinden in situaties waarin er bijvoorbeeld sprake is van de inkoop van aandelen, of de overdracht van economisch eigendom. De staatssecretaris heeft in een brief aangegeven dat hybride leningen (artikel 10, lid 1, onderdeel d, Wet Vpb 1969-leningen) ook meetellen bij de beoordeling of er sprake is van een verbonden lichaam.⁴⁶

⁴² Kamerstukken II, 2000-2001, 27 209, nr. 7, p. 16.

⁴³ Q.W.J.C.H. Kok, De beperking van verliesverrekening in de vennootschapsbelasting, WFR 2001/729.

⁴⁴ D.R. Post, 2012, *De invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening*, SDU 2012, p. 160-161.

⁴⁵ De wetgever zou er bijvoorbeeld voor kunnen kiezen artikel 20a Wet Vpb 1969 toe te voegen aan het rijtje dat staat opgenomen in artikel 10a, lid 4, aanhef, Wet Vpb 1969.

⁴⁶ Brief van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2001, nr. AFP2001/920

Gelet op de suggestie van Post van de vorige alinea, zou je deze lijn door kunnen trekken naar artikel 20a Wet Vpb 1969 en kunnen zeggen dat wanneer een lening feitelijk als eigen vermogen fungeert, aflossing van deze lening als een overdracht van een belang kan worden aangemerkt.

In de bovengenoemde parlementaire geschiedenis werd overigens niet volledig gezwegen over wat het begrip ‘belang’ mogelijk zou kunnen inhouden. Zo werd er gevraagd wat het effect is van de certificering van aandelen. De staatssecretaris antwoordde met het voorbeeld van een situatie waarin converteerbare obligaties, waarbij de zeggenschap via prioriteitsaandelen geheel aan de obligatiehouder toekomt. Hij geeft aan dat de certificering van aandelen door middel van een stichting administratiekantoor voor de toepassing van artikel 20a, lid 1, Wet Vpb 1969 niet als wijziging wordt aangemerkt. Daarnaast kwam ook de vraag aan de orde wat er zou gebeuren bij een emissie van aandelen, bijvoorbeeld aan personeel in het kader van een personeelsoptieregeling. Hier geeft de staatssecretaris aan dat door een emissie van aandelen kan de zeggenschap of de uiteindelijke gerechtigdheid worden gewijzigd. En dat opzicht een emissie van aandelen niet verschilt van een verkoop van aandelen. Ook voor een emissie of vervreemding van aandelen aan het personeel in kader van een optieregeling geldt dat het onderhavige artikel toepassing vindt. Dit geldt uiteraard alleen als er sprake is van een wijziging in belangrijke mate van de aandeelhouders.⁴⁷ Tot slot wil ik ten aanzien van het begrip ‘belang’ nog even in gaan op een onduidelijkheid die geschetst wordt door Van de Streek en Strik.⁴⁸ Zij vragen zich af of artikel 20a Wet Vpb 1969 ook van toepassing is bij een overdracht van een belang van ten minste 30% – naar het belang in het nominaal geplaatste aandelenvermogen – van (cumulatief) preferente aandelen. Er kleven aan (cumulatief) preferente aandelen immers slechts beperkte rechten en plichten kleven. Naar de mening van bovengenoemden zou dit te ver gaan.

3.2.3 Uitzonderingen op de hoofdregel (geen belangwijziging)

Op de hoofdregel van lid 1 van artikel 20a Wet Vpb 1969 bestaat een drietal uitzonderingen. Deze uitzonderingen zijn opgenomen in de leden 2 en 3 van dit artikel. In artikel 20a, lid 2, onderdeel a, Wet Vpb 1969 staat dat voor de toepassing van de hoofdregel een wijziging in het uiteindelijke belang buiten aanmerking blijft voor zover de wijziging voortvloeit uit een overgang krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht.

Deze uitzondering is dus van toepassing wanneer een (natuurlijke) persoon, die een belang van minimaal 30% heeft in een verlieslichaam, komt te overlijden. Dit belang zal dan via de erfenis in handen van de erfgenamen komen, zonder dat de hoofdregel van lid 1 ervoor zal zorgen dat verliesverrekening belemmerd wordt. Een andere situatie waarin belemmering van verliesverrekening niet plaats zal vinden, is wanneer als gevolg van een echtscheiding een belang van minimaal 30% in een verlieslichaam vanuit de huwelijksgemeenschap terecht

⁴⁷ Kamerstukken II, 2000–2001, 27 209, nr. 6, p. 39-40.

⁴⁸ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus belastingrecht Vennootschapsbelasting studenteneditie 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2012, p. 753-754.

komt bij 1 van de (ex-) echtgenoten. Ondanks dat hier een “ander” dan de originele aandeelhouder van de verliesverrekening gebruik kan maken, kon zelf de wetgever er niet omheen dat het in deze situaties onwenselijk was om de hoofdregel van artikel 20a Wet Vpb 1969 toe te passen. Ook de wetgever weet dat wanneer zich dergelijke gevallen voordoen, het doel van deze overdracht niet was het ontgaan van belastingheffing.

De tweede uitzondering staat in artikel 20a, lid 2, onderdeel b, Wet Vpb 1969. Het gaat bij deze uitzondering om wijzigingen die betrekking hebben op een uitbreiding van het uiteindelijk belang van een natuurlijke persoon of rechtspersoon⁴⁹ die bij het begin van het oudste verliesjaar, reeds ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang in de belastingplichtige had. Stel een verlieslichaam heeft twee aandeelhouders, aandeelhouder A en aandeelhouder B. Aandeelhouder A heeft 35% van de aandelen en aandeelhouder B heeft 65% van de aandelen. Indien B nu zijn aandelen overdraagt aan A, is er in beginsel sprake van een wijziging van het uiteindelijke belang van ten minste 30% en dus wordt de verliesverrekening belemmerd. Er kan nu echter een beroep gedaan worden op de uitzondering van het tweede lid, omdat A reeds een belang van meer dan een derde had. De overweging die aan die uitzondering ten grondslag ligt, is dat die persoon reeds zozeer bij de vennootschap is betrokken, dat het hem bij de uitbreiding van zijn aandelenpakket meer zal gaan om de vergroting van zijn betrokkenheid bij de activiteiten van het lichaam dan om de verruiming van zijn mogelijkheden te profiteren van de nog openstaande verliezen.⁵⁰

De derde en laatste uitzondering is opgenomen in artikel 20a, lid 3, Wet Vpb 1969. De hoofdregel is niet van toepassing indien het de belastingplichtige niet bekend is of bekend had kunnen zijn dat het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd, mits de wijziging niet uitgaat boven hetgeen als gebruikelijk kan worden aangemerkt. De bepaling is met name bedoeld voor aandeelhouderswisselingen bij verliesgevende beursgenoteerde vennootschappen, waarbij geen sprake is van opkoop van aandelen. Het is voor zulke vennootschappen namelijk lastig te achterhalen of het uiteindelijke belang is gewijzigd, dit gaat op voor zowel de fiscus als voor de belastingplichtige. Dit geldt overigens alleen voor aandelen die op de beurs worden verhandeld. Het laatste gedeelte van het derde lid voorkomt namelijk dat bij een overname er geen beroep kan worden gedaan op de uitzondering.⁵¹ Bij een overname kan men er immers van uitgaan dat de belastingplichtige zich ervan bewust was dat er een wijziging in het uiteindelijke belang zou volgen.

3.3 De (non-) beleggings- en inkrimpingstoets

3.3.1 Algemeen

⁴⁹ De toevoeging van ‘of een rechtspersoon’ heeft tot de nodige verwarring geleid. Zie E.J.W. Heithuis, de bijzondere bepaling tegen handel in verlieslichamen: vereenvoudiging dringend gewenst!, WFR 2005/1532. en in gelijke zin D.R. Post, *De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling*, Deventer: Kluwer 2009, p. 58 e.v.

⁵⁰ Kamerstukken II, 2000–2001, 27 209, nr. 7, p.16 e.v.

⁵¹ Kamerstukken II, 1999-2000, 27 209, nr.3, p. 56 e.v.

Wanneer er een wijziging in belangrijke mate heeft plaatsgevonden, dan zijn de nog te verrekenen verliezen in eerste aanleg niet meer verrekenbaar. Voordat de verticale verliesverrekening belemmerd wordt, moet er gekeken worden naar artikel 20a, lid 4 tot en met 7, Wet Vpb 1969. In deze leden staat namelijk een ontsnappingsroute beschreven, dit in de vorm van de (non-) beleggingstoets en de inkrimpingstoets.

In paragraaf 2.4 stond vermeld dat een van de tekortkomingen van artikel 20, lid 5 (oud) Wet Vpb 1969, dat de regeling niet van toepassing was op vennootschappen die louter belegden.⁵² Naar aanleiding hiervan heeft de wetgever in artikel 20a, lid 4, aanhef Wet, Vpb 1969 jo. artikel 20a, lid 6 Wet Vpb 1969 de (non-) beleggingstoets opgenomen. Een andere tekortkoming van artikel 20, lid 5 (oud) Wet Vpb 1969 was dat dit artikel naar de mening van de wetgever niet goed werkte in situaties van duurzame inkrimping.⁵³ Derhalve heeft de wetgever de inkrimpingstoets ingevoerd. Het is belangrijk dat in beginsel cumulatief aan deze toetsen dient te worden voldaan, wil men de hoofdregel niet van toepassing laten zijn.⁵⁴

3.3.2 De (non-) beleggingstoets

In artikel 20a, lid 4, aanhef, Wet Vpb 1969 staat het volgende geschreven: Het eerste lid (de hoofdregel) is voorts niet van toepassing op een verlies dat is geleden in een jaar waarin de bezittingen van de belastingplichtige gedurende ten minste negen maanden niet grotendeels (dat wil zeggen meer dan 50%) uit beleggingen bestonden. Met andere woorden, de belastingplichtige is voorlopig veilig wanneer haar beleggingen voor maximaal drie maanden wél voor meer dan 50% uit beleggingen bestaan.⁵⁵ In artikel 20a, lid 6, Wet Vpb 1969 stelt nog wel een duidelijke voorwaarde aan de verliesverrekening. Zo mag een verlies waarop de onderhavige toets van toepassing is, slechts worden verrekend met belastbare winst die is gegenereerd in een jaar waarin de bezittingen van de belastingplichtige gedurende ten minste negen maanden niet grotendeels bestaan uit beleggingen. Uit dit artikel valt dus op te maken dat de (non-) beleggingstoets per jaar moet worden uitgevoerd. Er moet immers een vergelijking gemaakt worden tussen de winstjaren en de verliesjaren. Bestaan de bezittingen van de belastingplichtige dus zowel in het winstjaar als in het verliesjaar gedurende maximaal drie maanden voor meer dan 50% uit beleggingen, dan zijn wordt de verliescompensatie niet belemmerd.⁵⁶

Evident is dat het van groot belang is dat er geen twijfel bestaat over wat er als een belegging wordt aangemerkt, bij de beoordeling of aan de onderhavige toets wordt voldaan. In de Memorie van Toelichting⁵⁷ is door de wetgever gezegd wat er onder beleggingen wordt verstaan. Voorbeelden hiervan zijn: aandelen die ter beurze zijn genoteerd, uitstaande

⁵² Zie naast het in die paragraaf genoemde arrest onder andere: HR 22 maart 1995, BNB 1995/152, HR 29 januari 1997, BNB 1997/89 en HR 28 januari 1998, BNB 1998/95.

⁵³ Kamerstukken II, 1999-2000, 27 209, nr. 3, p. 11 e.v.

⁵⁴ Indien in aan de (non-) beleggingstoets is voldaan, doch niet aan de inkrimpingstoets, bestaat de kans dat middels artikel 20a, lid 11, Wet Vpb 1969 soelaas wordt geboden en een gedeelte van de verliezen alsnog verrekenbaar zijn.

⁵⁵ Er moet nog wel aan de inkrimpingstoets voldaan worden.

⁵⁶ Zie vorige voetnoot.

⁵⁷ MvT, Kamerstukken II, 1999-2000, 27 209, nr. 3, p. 12.

deposito's en obligaties en onroerende zaken die geen band hebben met de materiële onderneming van de belastingplichtige. In een nader rapport geeft hij aan dat het gaat om activa die geen functie in de onderneming vervullen maar die worden gehouden met het oog op het verkrijgen van rendement dat bij normaal, actief, vermogensbeheer mag worden verwacht.⁵⁸ De staatssecretaris heeft ook aangegeven dat voor banken en verzekeringsmaatschappijen doorgaans het aanhouden van waardepapieren, liquiditeiten en vorderingen een functie vervullen voor de onderneming.

In aanvulling op het voorgaande staat in artikel 20a, lid 8, Wet Vpb 1969 nog een aantal definities ten aanzien van de beleggingstoets. In onderdeel a van dit lid staat, dat onder beleggingen mede begrepen worden liquide middelen alsmede onroerende zaken die zijn bestemd om direct of indirect ter beschikking te worden gesteld aan anderen dan met de belastingplichtige verbonden lichamen. Belangrijk hierbij is dat bedrijfsgebonden liquide middelen (tijdelijk overtollige liquiditeiten, die ervoor zijn bestemd om na verloop van tijd weer binnen de onderneming te worden aangewend) geen beleggingen zijn.⁵⁹ Het valt op dat dit onderdeel enkel betreft het ter beschikking stelling van onroerende zaken aan anderen dan met de belastingplichtige verbonden lichaam. Wat uitnodigt tot de vraag: hoe wordt onroerend goed gekwalificeerd dat ter beschikking wordt gesteld aan lichamen die wel verbonden zijn met de belastingplichtige? Hierover wordt door de staatssecretaris gezegd dat er overwogen moet worden of er sprake is van passieve verhuur, dan wel sprake is van verhuur als ondernemingsactiviteit. De uitkomst luidt, dat er sprake is van beleggingen respectievelijk sprake is van geen beleggingen.⁶⁰

Tot slot is in artikel 20a, lid 8, onderdeel b, Wet Vpb 1969 een tegemoetkoming opgenomen ten aanzien van het begrip 'beleggingen'. Zo worden bij een belastingplichtige die een onderneming drijft waarvan de werkzaamheden noodzakelijkerwijs meebrengen dat gelden worden belegd die aan hem, anders dan als eigen vermogen, zijn toevertrouwd door lichamen of natuurlijke personen die niet met hem verbonden zijn, de beleggingen die rechtstreeks samenhangen met die gelden niet als belegging aangemerkt. Indien er dus belegd wordt met liquiditeiten die zijn verkregen van niet met de belastingplichtige verbonden personen (bijvoorbeeld spaarders), dan worden deze beleggingen voor de toepassing van dit artikel niet als zodanig aangemerkt.

3.3.3 De inkrimpingstoets

In artikel 20a, lid 4, onderdeel a en b, Wet Vpb 1969 jo. artikel 20a, lid 5 en lid 7, Wet Vpb 1969 zijn additionele voorwaarden opgenomen waaraan dient te worden voldaan, teneinde de hoofdregel niet van toepassing te laten zijn. Onderdeel a houdt in dat direct voorafgaande aan de wijziging van het uiteindelijk belang, de gezamenlijke omvang van de werkzaamheden van het lichaam niet is afgenomen tot minder dan 30% van hoe deze waren bij het begin van het oudste verliesjaar. Daarnaast mag, zoals beschreven staat in onderdeel b, ook het voornemen

⁵⁸ Kamerstukken II, 1999-2000, 27 209, nr. A.

⁵⁹ Besluit van 6 mei 2008, nr. CPP2008/984M, NTFR 2008/1023, BNB 2008/176, V-N 2008/27.16, onderdeel 5.1.

⁶⁰ Zie hierboven genoemde besluit, onderdeel 4.2.

niet bestaan om het voorgaande binnen een periode van drie jaar alsnog te laten gebeuren. Lid 5 voorkomt dat werkzaamheden die zijn aangevangen na de wijziging, buiten aanmerking blijven. Tot slot bewerkstelligt lid 7 dat het oudste verliesjaar veranderd bij recent aangevangen werkzaamheden.

Net als bij de beleggingstoets is het zaak dat er duidelijkheid bestaat inzake de begrippen in de inkringingstoets. Het begrip dat logischerwijs goed gedefinieerd dient te zijn is het begrip ‘werkzaamheden’. De vraag die gesteld dient te worden is: welke werkzaamheden werden door de belastingplichtige verricht voor de belangenwijziging? De toelichting op de nota van wijziging wordt het volgende hierover gezegd:⁶¹

‘In de tweede plaats betreft het de situatie waarin de werkzaamheden op het tijdstip van de aandeelhouderswisseling in vergelijking met het oudste verliesjaar, met meer dan 70% zijn ingekrompen. Onderdeel b ziet op deze situatie. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van zo'n inkringing, kunnen verschillende factoren een rol spelen, zoals de personeelsbezetting, de omzet en de bezittingen. Welke factoren doorslaggevend zijn, hangt af van de desbetreffende bedrijfstak. Bij een arbeidsintensief bedrijf, zoals een bedrijf dat IT-deskundigen detacheert, zal de personeelsbezetting de belangrijkste factor vormen. Bij bijvoorbeeld een energiebedrijf zullen vooral de omzet en de materiële vaste activa relevant zijn.’

3.4 Overige bepalingen van artikel 20a Wet Vpb 1969

Naast de hiervoor behandelde toetsen, die de kern vormen van artikel 20a Wet Vpb 1969, is er nog een aantal bepalingen. Deze staan opgenomen in artikel 20a, lid 9 tot en met lid 12, Wet Vpb 1969.

Achterwaartse verliesverrekening

In lid 1 wordt enkel gesproken over voorwaartse verliesverrekening en derhalve was er nog een bepaling nodig om de achterwaartse verliesverrekening te beperken, deze is te vinden in artikel 20a, lid 9, Wet Vpb 1969. Opmerkelijk met betrekking tot de bepaling ter voorkoming van de achterwaartse verrekening van verliezen, is dat deze in onderdeel a een geheel eigen criterium kent. Zo is achterwaartse verliesverrekening gewoon mogelijk wanneer de werkzaamheden van de belastingplichtige niet inkrimpen tot minder dan 10%. Deze grens is dus milder dan degene die geldt voor de voorwaartse verliesverrekening (de werkzaamheden mogen niet inkrimpen tot minder dan 30%)

Zekerheid vooraf

In artikel 20a, lid 10, Wet Vpb 1969 kan verzocht worden om zekerheid ten aanzien van de toetsen die in het onderhavige artikel zijn opgenomen. Op deze wijze kan in feite op voorhand al worden bepaald of de verliesverrekening belemmerd gaat worden. Op deze wijze komt de wetgever, terecht, de belastingplichtige enigszins tegemoet.

Toerekenen van werkzaamheden vóór de belangenwijziging

⁶¹ Kamerstukken II, 2000-2001, 27209, nr. 7, p.17.

Uit lid 11 volgt, dat de inspecteur op verzoek het voorwaarts verrekenen van verliezen alsnog toe kan staan. Deze verrekening kan plaatsvinden voor zover de winsten die daar tegenover staan toe te rekenen zijn aan werkzaamheden die reeds aanwezig waren direct voorafgaande aan de wijziging in het uiteindelijke belang. Hier kan slechts om verzocht worden, indien niet is voldaan aan de inkrimpingstoets, doch wel is voldaan aan de (non-) beleggingstoets. Ook hierin wordt de belastingplichtige enigszins tegemoet gekomen.

Vrijwillige herwaardering

De laatste tegemoetkoming is opgenomen in artikel 20a, lid 12, Wet Vpb 1969. Hier staat de wetgever het toe dat, in het geval de verliezen niet meer verrekenbaar zijn, de belastingplichtige op het onmiddellijk daaraan voorafgaande tijdstip alle activa mag herwaarderen naar de waarde in het economisch verkeer. Dit betekent dat de aanwezige verliezen gecompenseerd kunnen worden met het resultaat dat voortvloeit uit de vrijval van de stille reserves.

3.5 Situaties waarin artikel 20a Wet Vpb 1969 zijn doel voorbij schiet

Artikel 20a Wet Vpb 1969 is een anti-misbruikbepaling en beoogt derhalve misbruik in de handel in verlieslichamen te bestrijden. Een zuur gevolg hiervan kan zijn, zeker bij een artikel met zoveel toeters en bellen als artikel 20a Wet Vpb 1969, dat zo'n regeling zijn doel voorbij schiet. Het betreft hier situaties waarin niet ongewenste handelingen van een belastingplichtige toch onder de toepassing van de anti-misbruikbepaling vallen, het velt dus gevallen neer waar geen sprake is van misbruik! In deze paragraaf wil ingaan op een aantal gevallen waarin dit plaatsvindt.

- Een belangrijk punt dat op te merken is inzake de maatregel tegen ongewenste handel in verlieslichamen, is het gegeven dat 'animus compensandi' geen vereiste is voor de toepassing van artikel 20a Wet Vpb 1969. Dit kwam aan het licht naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad inzake het arrest HR 4 mei 1997.⁶² In dit arrest verwierp de Hoge Raad het standpunt van de belastingplichtige dat de uitsluiting van de verliesverrekening slechts van toepassing zou moeten zijn op gevallen waarin werd beoogd om van de verliesverrekening gebruik te maken (de animus compensandi). Ik ben van mening dat dit tegen het doel en strekking van de anti-misbruikbepaling ingaat.
- In hoofdstuk 3.2.1 ben ik ingegaan op vanaf welk percentage de hoofdregel zijn toepassing vindt. Ik heb daar betoogd dat het gezien de achtergrond van de regeling wellicht geschikter is om aan te sluiten bij een grotendeels-criterium, in plaats van een in belangrijke mate-criterium. De reden hiervoor was dat in het gevalt dat er een wijziging plaatsvindt in belangrijke mate, er nog steeds voor 70% van de "oude" aandeelhouders een belang hebben in de belastingplichtige. Je kunt je ook afvragen of het niet beter zou zijn om ook zo'n manier van denken los te laten op het verrekenen van verliezen. Thans geldt dat alle verliezen niet meer verrekenbaar zijn, zodra

⁶² HR 4 mei 1997, nr. 18 141, BNB 1977/211.

aannemelijk is dat er in belangrijke mate een wijziging in het uiteindelijke belang heeft plaatsgevonden.⁶³ Is het billijk dat in dit geval de “oude” aandeelhouders ook hun verliesverrekening kwijtraken? Ik ben van mening dat dit allerm minst het geval is.

- In hoofdstuk 3.2.3 heb ik de uitzonderingen op de aandeelhouderstoets afzonderlijk van elkaar besproken. Ik ben hier voorbij gegaan aan een onwenselijke samenloop die zich voor kan doen tussen de uitzonderingen van artikel 20a, lid 2, onderdeel a en b, Wet Vpb 1969. Spanjersberg en Rambhadjan signaleerden dit probleem en laten aan de hand van het volgende voorbeeld zien wat voor samenloop er op kan treden⁶⁴:

‘Voorbeeld

Vader heeft een 100%-belang in een beleggingsvennootschap. De vennootschap heeft sinds de oprichting in januari 2001 tot en met 2004 alleen maar verliezen geleden. Bij het overlijden in 2002 van vader hebben moeder en kind ieder 50% van de aandelen geërfd. In 2004 heeft het kind de resterende 50% van moeder gekocht.

De uitwerking is als volgt.

In 2002 is er in beginsel ten opzichte van het begin van 2001 sprake van een relevante aandeelhouderswijziging op grond van art. 20a, eerste lid, Wet VPB 1969. Ten gevolge van de korting van het tweede lid, onderdeel a, kan deze wijziging geheel buiten beschouwing worden gelaten. Het jaar 2001 blijft het oudste verliesjaar. In 2004 vindt er ten opzichte van 2001 een 100% wijziging plaats. Hiervan is buiten beschouwing te laten op grond van het tweede lid, onderdeel a, 50% (krachtens erfrecht bij overlijden van vader). Voor de resterende 50% dient een beroep te worden gedaan op het tweede lid, onderdeel b. Aan het begin van 2001 was het kind echter geen aandeelhouder van de vennootschap, dat was de vader. Vader heeft zijn belang niet uitgebreid. Als gevolg van de letterlijke tekst van art. 20a zouden dus alle verliezen voorafgaande aan 2004 vervallen. ‘

Zij benadrukken nog wel de mogelijkheid dat de verliezen uit 2003 eventueel nog verrekenbaar zou kunnen zijn wanneer de tegemoetkoming van het besluit van de staatssecretaris van 6 mei 2008 wordt toegepast.⁶⁵ Naar hun mening, die ik overigens deel, is het voorgaande in strijd met de ratio van de regeling, en dienen in het geheel geen verliezen te vervallen.

- In hoofdstuk 3.3.2 heb ik uiteengezet wat de (non-) beleggingstoets was en wat er ten aanzien van deze toets onder ‘beleggingen’ werd verstaan. Hier kwam naar voren dat onroerend goed dat ter beschikking wordt gesteld aan een niet met de belastingplichtige verbonden persoon, als belegging wordt aangemerkt. Uit het aldaar genoemde besluit⁶⁶ viel af te leiden dat zelf onroerend goed dat ter beschikking wordt gesteld aan met de belastingplichtige verbonden personen, aangemerkt kan worden als belegging. Ik ben van mening dat wat dit betreft enige terughoudendheid op zijn plaats is. Zo zou betoogd kunnen worden dat het ter beschikking stellen van onroerend goed aan verbonden personen meer gezien kan worden als eigen gebruik. Dit lijkt mij zeker

⁶³ Hierbij ga ik ervan uit dat niet aan de (non-) beleggings- en inkrimpingstoets wordt voldaan.

⁶⁴ Chr. Spanjersberg en A.P.J.D. Rambhadjan, ‘Verliescompensatie: een tussenbalans’, WFR 2003/1943.

⁶⁵ Besluit van 6 mei 2008, nr. CPP2008/984M, NTFR 2008/1023, BNB 2008/176, V-N 2008/27.16, onderdeel 3.1.

⁶⁶ Zie vorige voetnoot, onderdeel 4.2.

het geval wanneer het een 100% dochtervennootschap betreft. Hetzelfde zou gesteld kunnen worden ten aanzien van liquiditeiten die ter beschikking worden gesteld aan verbonden personen.

3.6 Bevindingen

In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de techniek van artikel 20a Wet Vpb 1969. Artikel 20a Wet Vpb 1969 bevat een drietal toetsen dat dient te worden uitgevoerd alvorens te kunnen vaststellen of al dan niet de verliesverrekening belemmerd wordt. Het betreft hier de aandeelhouders-, (non-) beleggings- en de inkrimpingstoets. Naast deze drie hoofdcomponenten, is er tevens een aantal overige bepalingen die enerzijds soelaas bieden aan de belastingplichtige en anderzijds de verliesbeperking uitbreiden. Tot slot is naar voren gekomen dat in bepaalde gevallen de huidige regeling tot overkill kan leiden.

Hoofdstuk 4: Kunnen er gelet op de kritiek, aanbevelingen worden gedaan ter verbetering van artikel 20a Wet Vpb 1969?

4.1 Inleiding

Het behoeft geen verdere toelichting om te stellen dat artikel 20a Wet Vpb 1969 allerminst een perfecte regeling is. Na alle kritiek die is geuit zou je zeggen dat artikel 20a Wet Vpb 1969 schreeuwt om verbeteringen. Om nog maar te zwijgen over de vraag of het überhaupt bestaan van een dergelijke maatregel wenselijk is. In dit hoofdstuk wil ik mij storten op de vraag of er, al dan niet gegeven het bestaan van een maatregel tegen de handel in verlieslichamen, alternatieven zijn die beter passen bij de systematiek van de Wet Vpb 1969. Ik zal trachten deze vraag te beantwoorden door te beginnen met het vaststellen wanneer een alternatief leidt tot een verbetering van de huidige wetgeving inzake de handel in verlieslichamen. Vervolgens wil ik kijken naar hoe er in het buitenland omgegaan wordt met de handel in verlieslichamen. Tot slot zullen in de voorlaatste paragraaf van dit hoofdstuk mogelijke alternatieven en mogelijke verbeteringen op artikel 20a Wet Vpb 1969 worden beschreven.

4.2 Wanneer is er sprake van een geschikt alternatief?

Er is mijns inziens een tweetal situaties te onderscheiden. Ik wil enerzijds ingaan op de situatie waarin er geen maatregel tegen de handel in verlieslichamen is en anderzijds ingaan op de situatie zoals die thans is, dus met maatregel. De reden waarom ik dit onderscheid wil maken, is omdat is gebleken dat de strijd tegen ongewenste handel in verlieslichamen niet kan slagen zonder wettelijke regelgeving. Dit is wel gebleken uit het in hoofdstuk 2 aangehaalde arrest HR 31 december 1958, nr. 13747, BNB 1959/64. Hetzelfde geldt voor de onsuccesvolle toepassing van de maatregelen die werden genoemd in de resolutie die werd uitgevaardigd door de staatssecretaris.⁶⁷ Hieruit valt af te leiden dat de handel in verlieslichamen doorgaans niet als misbruik kan worden aangemerkt. Aan de andere kant is het een feit dat er al gedurende een lange tijd wetgeving bestaat tegen het verhandelen van verlieslichamen. Zoals ik al eerder heb aangegeven is artikel 20a Wet Vpb 1969 absoluut geen pronkstuk van de Nederlandse fiscale wetgeving. Derhalve is het zaak dat er alternatieven voor het huidige artikel 20a Wet Vpb 1969 worden ingevoerd.

In de trant van uit de in de vorige hoofdstukken opgenomen bevindingen kan een aantal lessen worden getrokken, die bij het doen van aanbevelingen ter verbetering van artikel 20a Wet Vpb 1969 van belang zijn:

- Wellicht wel de belangrijkste voorwaarde is dat in billijke situaties de anti-misbruikbepaling tegen de ongewenste handel in verlieslichamen geen toepassing vindt.

- In hoofdstuk 2 had de kritiek op maatregelen en wetgeving tegen de ongewenste handel in verlieslichamen en fundamenteel karakter. Het grootste bezwaar tegen maatregelen tegen de handel in verlieslichamen, of voor maatregelen die verliesverrekening belemmeren in het algemeen, is dat dit een inbreuk is op het totaalwinstbegrip. Ik wil benadrukken dat totaalwinst niet zomaar een begrip is. Het totaalwinstbeginsel beschrijft immers hoe de winst wordt bepaald voor de toepassing van een winstbelasting! Bij iedere inbreuk die wordt gemaakt op een begrip met een dergelijke significantie, is een grote mate van terughoudendheid mijns inziens ten zeerste gewenst.

- Uit hoofdstuk 2 blijkt tevens dat (bewust) de structuur van de Wet Vpb 1969 over het hoofd wordt gezien. Het lijkt naar mijn mening geenszins ongewenst een bepaling van kracht te laten zijn die beter aansluit bij de structuur van de wet waarin deze zich bevindt.

- Een alternatief moet de “oude” aandeelhouders zo veel mogelijk ontzien.

⁶⁷ Resolutie van 13 maart 1962, nr. B2/4269, BNB 1962/206.

- Hoofdstuk 3 ziet toe op de technische aspecten van artikel 20a Wet Vpb 1969. Er bleek in een aantal situaties sprake te zijn van overkill. Een alternatief moet een minimale mate van overkill bevatten.
- Wellicht wel de belangrijkste voorwaarde is dat in billijke situaties de anti-misbruikbepaling tegen de ongewenste handel in verlieslichamen geen toepassing vindt.

Ik ben mij ervan bewust dat al sinds jaar en dag (onder hevige kritiek) wetgeving bestaat tegen ongewenste handel in verlieslichamen en ik zie de wetgever derhalve geen drastische maatregelen nemen ter versoepeling van de huidige wetgeving.⁶⁸ Met dat in het achterhoofd zou ik iedere verbetering die gemaakt kan worden met open armen verwelkomen.

4.3 Mogelijke alternatieven voor, of verbeteringen op artikel 20a Wet Vpb 1969.

In deze paragraaf wil ik een aantal alternatieven opperen om tot een mijns inziens betere maatregel tegen ongewenste handel in verlieslichamen te komen.

Artikel 20a Wet Vpb 1969 afschaffen en het marktmechanisme zijn werk laten doen.

Het allereerste alternatief dat ik zou willen aandragen, is om artikel 20a Wet Vpb 1969 te schrappen uit de Wet Vpb 1969. Het gevolg hiervan is dat de aandelen in een belastingplichtige met een verlies gewoon kunnen worden verhandeld. Ik zie hier in beginsel geen probleem in. De belastingplichtige wordt als het ware als product gezien en het marktmechanisme zal zorgen voor een gepaste prijs voor de aandelen in de belastingplichtige. Op deze manier wordt er geen inbreuk gemaakt op het totaalwinstbegrip.

Artikel 20a Wet Vpb 1969 afschaffen en een tax credit verlenen.

De wetgever heeft aangegeven het onwenselijk te vinden dat een aandeelhouder die zelf geen verlies heeft geleden wel gebruik kan maken van dit verlies. Er zou voor gekozen kunnen worden om een tax credit te verlenen aan de belastingplichtige die een verlies heeft geleden. Op deze manier profiteert er geen andere aandeelhouder van niet door hem geleden verliezen, wordt de “oude” aandeelhouder niet ontzien en is er ten aanzien van verliesverrekening (tot en met dat moment) geen inbreuk op totaalwinst. Hier zou natuurlijk vanuit een budgettair oogpunt bezwaar op geleverd kunnen worden. Een tax credit zou overigens geen vreemd verschijnsel zijn. Binnen de Wet IB 2001 geldt namelijk dat een verlies uit aanmerkelijk belang dat niet verrekend kan worden, omgezet kan worden in een belastingkorting.⁶⁹

Tegenbewijs mogelijkheid.

Ook de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs is mijns inziens een absolute vereiste binnen een anti-misbruikbepaling. Dit zou betekenen dat de belastingplichtige de mogelijkheid krijgt om aannemelijk te maken dat aan de wijziging in het belang (grotendeels)

⁶⁸ Al valt natuurlijk te betogen dat artikel 20a Wet Vpb 1969 zoals die thans zijn toepassing vindt, als tamelijk drastisch kan worden aangemerkt.

⁶⁹ Artikel 4.53 Wet IB 2001

zakelijke motieven ten grondslag liggen. Het is de wetgever moeilijk kwalijk te nemen dat hij louter gevallen waarin sprake is van misbruik tackelt. Door de grote variëteit aan casus die zich voor kunnen doen, kan het voorkomen dat ook een bonafide geval binnen toepassing van de wet vallen. Ik begrijp alleen geenszins waarom de wetgever er voor heeft gekozen om geen tegenbewijsregeling op te nemen.⁷⁰

Het percentage van de verliezen dat niet verrekend kan worden laten corresponderen met grootte van de wijziging in het uiteindelijke belang in de belastingplichtige.

In hoofdstuk 3.5 heb ik mijn ongenoegen ten aanzien van het volledig belemmeren van verliesverrekening geuit, ingeval van een gedeeltelijke wijziging in het uiteindelijke belang in een belastingplichtige. Het lijkt mij billijker dat het percentage van de verliezen dat niet verrekenbaar is gelijk is aan de mate waarin het uiteindelijke belang wijzigt. Dit betekent dat wanneer er een overdracht van 50% van de aandelen in de belastingplichtige plaatsvindt, de aanwezige verliezen ook voor 50% niet verrekenbaar zijn. Ik ben me ervan bewust dat de belastingplichtige de verliezen verrekend. Dit betekent dat de “oude” aandeelhouder nog altijd een deel van zijn verliezen niet kan verrekenen en dat de nieuwe aandeelhouder ook profiteert van de verliesverrekening.⁷¹

Onwenselijke samenloop tussen uitzonderingen verhelpen

Teneinde de overkill van de onderhavige regeling te beperken, is het mijns inziens zaak dat de samenloop tussen uitzonderingen, die als doel hebben bepaalde aandeelhouders te ontzien, ertoe leidt dat bonafide situaties onder de toepassing van artikel 20a Wet Vpb 1969 vallen. In hun bijdragen in het WFR⁷² hebben Spanjersberg en Rambhadjan ten aanzien van deze samenloop een suggestie gedaan om het in hoofdstuk 3.5 genoemde probleem te verhelpen. Kort gezegd hield dit probleem in dat strikt genomen de uitzondering van onderdeel b niet van toepassing kan zijn, ingeval een erfgenaam de geërfde aandelen van een andere erfgenaam overneemt. Zij stellen dat door te bepalen dat bij de toepassing van artikel 20a, lid 2, onderdeel b, Wet Vpb 1969, mede in aanmerking genomen moet worden een bezit verkregen als rechtsopvolger krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht de overkill weggenomen kan worden.

Een beperking in het begrip ‘beleggingen’ voor de toepassing van de (non-) beleggingstoets.

Wanneer er onroerend goed of liquide middelen beschikbaar worden gesteld aan een verbonden persoon, kan er naar mijn mening sprake zijn van eigen gebruik. Dat betekent dat de toets of in het kader van een onderneming deze terbeschikkingstelling plaatsvindt, in sommige gevallen niet dient te worden uitgevoerd. Zoals ik al eerder door liet schemeren, zou

⁷⁰ Met betrekking tot renteaftrekbepanking is er bijvoorbeeld wel een mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs (artikel 10a, lid 3, onderdeel a, Wet Vpb 1969).

⁷¹ Het een-op-een relateren van het economische belang dat kleeft aan het verrekenen van een verlies, vergt dat de aandeelhoudersrechten daar ok statutair op dienen te worden afgestemd. Dit zou de complexiteit ervan toe doen nemen.

⁷² Chr. Spanjersberg en A.P.J.D. Rambhadjan, ‘Verliescompensatie: een tussenbalans’, WFR 2003/1943.

dit bij een 100% dochtervennootschap het geval moeten zijn. Het is voor een dergelijk alternatief lastig te bepalen waar de grens moet liggen, maar ik ben van mening dat de volledige terbeschikkingstelling als belegging aan te merken in sommige gevallen te ver gaat. Ook hier zou een pro-rata benadering een betere uitkomst bieden.

criterium veranderen van de aandeelhouderstoets.

In hoofdstuk 3.2.1 is gesteld dat het in belangrijke mate-criterium als arbitrair kan worden aangemerkt. Nu blijft ieder percentage in zeker mate arbitrair, maar ik denk dat het wenselijk deze grens op te schuiven. Zo zou een grotendeels-criterium een geschikter alternatief zijn. Het feit dat bij een wijziging in belangrijke mate in het uiteindelijke belang van een vennootschap, 70% van de “oude” aandeelhouders ook geen recht meer hebben op verliesverrekening gaat mijns inziens te ver.

4.4 Bevindingen

De grote mate aan overkill waar het huidige artikel 20a Wet Vpb 1969 voor zorgt, is buitengewoon onwenselijk. Daarnaast is de fundamentele kritiek ook evident. Het is derhalve in mijn ogen een broodnodige zaak dat artikel 20a Wet Vpb 1969 op zijn minst wordt aangepast. In dit hoofdstuk heb ik een aantal alternatieven voor, of verbeteringen op artikel 20a Wet Vpb 1969 geopperd en uitgelegd waarom in mijn ogen dit de anti-misbruikbepaling tegen de handel in verlieslichamen ten goede zou komen. Ik heb mij hierbij laten leiden door de in hoofdstuk 4.2 opgenomen lessen.

Hoofdstuk 5 Conclusie

De onderzoeksvraag van mijn scriptie luidt als volgt:

Is artikel 20a Wet Vpb 1969 legitiem, proportioneel en kunnen er gelet op de kritiek, aanbevelingen worden gedaan ter verbetering van artikel 20a Wet Vpb 1969?

In mijn eerste deelvraag heb ik de legitimiteit van artikel 20a Wet Vpb 1969 onderzocht. Ik ben hierbij begonnen met in te gaan op de inbreuken op verliesverrekening die de Wet Vpb 1969 kent. Naast de generieke tijdsruimtelijke beperking van artikel 20, lid 2, Wet Vpb 1969, ben ik ingegaan op de specifieke inbreuken artikel 20 Wet Vpb 1969. Dit met het doel te achterhalen of artikel 20a Wet Vpb 1969 een unicum binnen de Wet Vpb 1969 is. Ik ben tot de volgende overeenkomsten en verschillen gekomen:

- Zowel bij de specifieke inbreuken van artikel 20 Wet Vpb 1969 als bij artikel 20a Wet Vpb 1969 wordt er onderscheid gemaakt tussen twee verschillende perioden voor de belastingplichtige. Bij de beleggingsinstellingen en houdster- en financieringsmaatschappijen heeft de status waarin de belastingplichtige verkeerd

invloed op het al dan niet verrekenbaar zijn van geleden verliezen. Ten aanzien van het verrekenbaar zijn van verliezen voor de toepassing van artikel 20a Wet Vpb 1969 geldt dat hier onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie vóór en de situatie na de wijziging in het uiteindelijke belang in de belastingplichtige.

- Bij alle inbreuken is van belang wat voor een activiteiten de belastingplichtige verricht. Zij het beleggingsactiviteiten, zij het financieringsactiviteiten, zij het “houdsteractiviteiten”. Doch een verschil hierin is dat bij artikel 20a Wet Vpb 1969 tevens de omvang van de werkzaamheden van belang is.
- Een groot verschil is natuurlijk dat bij artikel 20a Wet Vpb 1969 de nadruk ligt op de aandeelhouders van de belastingplichtige en bij artikel 20 Wet Vpb 1969 slechts, zoals het zou moeten zijn, de belastingplichtige zelf van belang.

Je zou kunnen stellen dat een maatregel meer legitiem wordt naarmate vergelijkbare maatregelen op meerdere plekken in de wet te vinden zijn. Artikel 20a Wet Vpb 1969 komt op bepaalde punten overeen met de inbreuken genoemd in artikel 20 Wet Vpb 1969. Doch aangezien op een essentieel punt een verschil bestaat, namelijk dat artikel 20a Wet Vpb 1969 pas in werking treedt op het moment er een aandeelhouderswijziging plaatsvindt en er bij de inbreuken van artikel 20 Wet Vpb 1969 er wordt gekeken naar het subject. Ik ben daarom van mening dat in dit geval als uniek beschouwd kan worden en dat dus de regelingen met betrekking tot beleggingsinstelling en de houdster- en financieringsmaatschappijen, niet bevorderlijk zijn voor de legitimiteit van artikel 20a Wet Vpb 1969.

Vervolgens ben ik ingegaan op de motivatie van de wetgever om een regeling tegen de ongewenste handel in verlieslichamen te in te voeren. Het kon naar de mening van de wetgever toch niet zo zijn dat iemand die geen verlies heeft geleden hier wel van kon profiteren. Het overnemen van een belastingplichtige enkel met het doel gebruik te maken van de aanwezige verliezen werd als misbruik aangemerkt. Hier volgde uiteraard veel kritiek op. De wetgever ging voorbij aan de structuur van de Wet Vpb 1969 door niet de belastingplichtige centraal te stellen, maar de achterliggende aandeelhouder. Daarnaast werd in de literatuur geuit dat een dergelijke maatregel een inbreuk op het totaalwinstbegrip was (en nog steeds is). Met andere woorden, een inbreuk op een systeem dat de wetgever zelf heeft gecreëerd. Daarnaast bleek uit de onsuccesvolle toepassing van de door de staatssecretaris uitgevaardigde resolutie dat zonder wetgeving de handel in verlieslichamen niet als misbruik kon worden aangemerkt. Al met al ben ik van mening dat artikel 20a Wet Vpb 1969 niet legitiem is.

In de tweede hoofdvraag heb ik onderzocht of artikel 20a Wet Vpb 1969 proportioneel is. Ik ben hierbij ingegaan op de werking van de drie toetsen die de kern van artikel 20a Wet Vpb 1969 vormen. Daarnaast ben ik nog kort ingegaan op de overige bepalingen van artikel 20a Wet Vpb 1969. Hieruit volgde dat in een aantal situaties er sprake is van overkill. Dat wil zeggen dat in bepaalde gevallen de anti-misbruikbepaling zijn doel voorbij schoot. De huidige regeling zorgt ervoor dat zelfs bonafide situaties kunnen worden getroffen. Gezien de

aanwezigheid van de grote mate van overkill die voortvloeit uit de toepassing van artikel 20a Wet Vpb 1969, concludeer ik dat artikel 20a Wet Vpb 1969 niet proportioneel is

In het laatste hoofdstuk kwamen eventuele alternatieven voor, of verbeteringen op artikel 20a Wet Vpb 1969 aan de orde. Ik ben begonnen met een kader te stellen waarbinnen de alternatieven moeten vallen, wil er sprake zijn van een geschikt(e) alternatief/verbetering. Mijns inziens leiden deze verbetering tot een beter artikel 20a Wet Vpb 1969.

Ik zou tot slot nog een keer willen benadrukken, dat met al hetgeen hiervoor genoemd is in het achterhoofd, het beter zou zijn voor de Nederlandse fiscale wetgeving om artikel 20a Wet Vpb 1969 af te schaffen.

Bronvermelding

Literatuurlijst

D. Brüll, 'De fiscus en de lege N.V.', WFR 1962/4598.

Grapperhaus, , 'In de tijd beperkte verliescompensatie is uit de tijd', WFR 1978/1073.

E.J.W. Heithuis, 'De bijzondere bepaling tegen handel in verlieslichamen: vereenvoudiging dringend gewenst!', WFR 2005/1532.

Q.W.J.C.H. Kok, 'De beperking van verliesverrekening in de vennootschapsbelasting', WFR 2001/729.

D.R. Post, 'De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling', Deventer: Kluwer 2009.

D.R. Post, 'De invloed van belangenwijzigingen op verliesverrekening', SDU 2012.

A.J. van Soest, 'Lege naamloze vennootschappen met verrekenbare verliezen', De NV, juni 1962.

J. van Soest en H.M.M. Bierlaagh, 'De lege naamloze vennootschap; verrekening van verliezen over de leegte heen', De NV, december 1968.

Chr. Spanjersberg en A.P.J.D. Rambhadjan, 'Verliescompensatie: een tussenbalans', WFR 2003/1943.

L.G.M. Stevens, 'Wat is ongewenste handel in verliesverrekening?', WFR 2000/1215.

J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, 'Cursus belastingrecht Vennootschapsbelasting studenteneditie 2012-2013', Deventer: Kluwer 2012.

J. Verburg, 'De controverse rondom de lege N.V.', WFR 1967/4857.

J.G. Verseput, 'De totale winst in de vennootschapsbelasting', FED Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 2013.

Jurisprudentie

Hof van Justitie:

HvJ EG 18 september 2003, zaak C-168-01 (Bosal Holding), *BNB* 2003/344.

Hoge Raad:

HR 31 december 1958, nr. 13747, *BNB* 1959/64.

HR 9 november 1994, nr. 29.675, *BNB* 1995/20.

HR 22 maart 1995, *BNB* 1995/152

HR 29 januari 1997, *BNB* 1997/89

HR 4 mei 1997, nr. 18 141, *BNB* 1977/211.

HR 21 november 2008, *BNB* 2009/42.

Gerechtshof:

Hof Leeuwarden 27 februari 1967, nr. 12/67, *BNB* 1968/54.

Kamerstukken

Kamerstukken II, 1959-1960, 6000, nr. 3.

Kamerstukken II, 1968-1969, 6000, nr. 22.

Kamerstukken II, 1968-1969, 6000, nr 65.

Kamerstukken II, 1994-1995, 23 962, nr. 3.

Kamerstukken II, 1999-2000, 27 209, nr. A.

Kamerstukken II, 1999-2000, 27 209, nr. 3.

Kamerstukken II, 2000–2001, 27 209, nr. 6.

Kamerstukken II, 2000-2001, 27 209, nr. 7.

Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 8.

MvT, Kamerstukken II, 2005/06, 30 572, nr. 3.

Kamerstukken II, 2010-2011, 32 504.

Brieven van de staatssecretaris

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2001, nr. AFP2001/920

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 12 november 2010, nr. AFP/2010/569.

Besluiten

Besluit van 6 mei 2008, nr. CPP2008/984M, NTFR 2008/1023, BNB 2008/176, V-N 2008/27.16.

Resoluties

Resolutie van 13 maart 1962, nr. B2/4269, BNB 1962/206.