

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Faculteit der Economische Wetenschappen

Bachelorscriptie

Beperkt of onbeperkt?

Verliesverrekening binnen de Vennootschapsbelasting

Wouter de Win
Studentnummer: 295127
Begeleider: drs. M. Nieuweboer
Rotterdam, 29 juli 2009

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	4
1.1 Situatie schets.....	4
1.2 Probleemstelling.....	4
1.3 Opzet.....	5
1.4 Kader scriptie.....	5
2. Het kader en de werking van de verliesverrekening binnen de VPB.....	6
2.1 De ontwikkeling van verliesverrekening binnen de wet VPB.....	6
2.2 Verliesverrekening en de economie.....	8
2.3 Waarom is artikel 20 Wet VPB 1969 aangepast.....	9
2.4 Behandeling artikel 20 Wet VPB 1969 van na 1 januari in de parlementaire geschiedenis.....	10
2.5 Werkingswijze verliesverrekening van na 1 januari 2007.....	11
2.6 Conclusie.....	12
3. De ruimte voor verliesverjonging en de strekking van de verliescompensatie.....	13
3.1 Verliescompensatie en de ruimte om verliesverdamping te voorkomen.....	13
3.2 De ruimte om verliesverjonging toe te passen binnen de Wet VPB 1969.....	14
3.2.1 Beïnvloeding van de totaalwinst.....	15
3.2.2 Beïnvloeding van de jaarwinst.....	15
3.2.3 De fictieve winst/verliesnemingen forceren.....	16
3.2.4 Praktische invulling methodes.....	17
3.3 Doel van artikel 20 Wet VPB 1969.....	17
3.3.1 Bedoeling van artikel 20 Wet VPB 1969.....	18
3.3.2 De strekking van artikel 20 Wet VPB 1969.....	18
3.4 Wijze waarop verliesverjonging oneindig gemaakt kan worden.....	22
3.4.1 Realiseren van stille reserves door intercompany transacties;.....	22
3.4.2 Doorberekenen van kosten/fees intercompany;.....	23
3.4.3 Afbouwen voorzieningen/Wijziging fiscale waardering.....	23
3.4.3.1 Afbouw voorzieningen.....	23
3.4.3.2 Wijziging fiscale waardering.....	24
3.4.4 Activering kosten.....	26

3.4.5	Inbreng van winstgevende activiteit.....	27
3.4.6	Overdracht activa tegen schulderkenning.....	29
3.4.7	Verlenging boekjaar.....	30
3.4.8	Bijzondere baten gevolgd door bijzondere lasten in het volgende jaar.....	31
3.4.9	Andere manieren.....	31
3.4.9.1	Technolease.....	31
3.4.9.2	Forceren van verplichte winstneming.....	33
3.5	Conclusie.....	34
4.	Conclusie.....	35
4.1	Artikel 20 Wet VPB 1969, de totstandkoming en werking.....	35
4.2	Verliesverjoning onder artikel 20 Wet VPB 1969 en de gewenste aanpassingen.....	36
4.3	Beantwoording probleemstelling.....	36
4.4	Aanbevelingen.....	37
5.	Literatuurlijst.....	38
5.1	Literatuur.....	38
5.2	Jurisprudentie.....	39
5.3	Kamerstukken.....	39
5.4	Resoluties en Besluiten.....	39

1. Inleiding

1.1 Situatie schets

Sinds 2007 heeft de wetgever ervoor gekozen de verliesverrekening binnen de Vennootschapbelasting, vastgelegd in artikel 20 Wet VPB 1969, aan banden te leggen. Gekozen is voor een voorwaartse verliesverrekening van maximaal negen jaar en een achterwaartse verliesverrekening van een jaar.

Anno 2009 beleeft de wereld sinds tijden een zware economische crisis. Wereldwijd krimpen economieën, duiken bedrijven in het rood en lopen werkloosheidscijfers op. In tijden als deze schreeuwt de bevolking om ingrijpen van de overheid. De overheid opereert veelal op het fiscale vlak wanneer zij wil sturen binnen een economie. Gerenommeerde fiscalisten als Stevens¹, Brandsma, Van der Geld en de Vries² stellen in hun artikelen dan ook dat om de crisis het hoofd te bieden er weer terug gegaan moet worden naar onbeperkte (voorwaartse) verliesverrekening in de Vennootschapbelasting.

1.2 Probleemstelling

Voordat artikel 20 Wet VPB 1969 eventueel weer terug gaat naar de onbeperkte verliesverrekening is het goed eerst te bekijken wat de betekenis en de werking is van artikel 20 Wet VPB 1969. In deze scriptie wil ik ingaan op de mogelijkheden om verliesverdamping te voorkomen binnen de huidige wet en regelgeving. Op deze wijze kan inzicht worden verworven over de mate waarin artikel 20 Wet VPB 1969 daadwerkelijk zorgt voor beperkte verliesverrekening. Vervolgens is het interessant om te bezien of er aanvullende regelgeving gewenst is op het gebied van de verliesverrekening. Om de werking van artikel 20 Wet VPB 1969 te ontrafelen zal in deze scriptie de volgende probleemstelling centraal staan:

Voorkomt artikel 20 Wet VPB 1969 daadwerkelijk de mogelijkheid tot oneindige verliescompensatie?

Aan het eind van de scriptie moet een duidelijk inzicht bestaan over artikel 20 Wet VPB 1969, waarbij strekking, werking, doel, en de bedoeling centraal staan.

¹ Stevens, L, Creatief door de recessie Maak het fiscale stelsel crisisbestendig, Financieel Dagblad, 13-12-2008.

² R.P.C.W.M. Brandsma, J.A.G. van der Geld en R.J. de Vries, fiscaal crisispakket 2009, WFR 2009/313.

1.3 Opzet

Om tot een goed antwoord van de probleemstelling te komen, zal aan de hand van een tweetal deelvragen de verschillende facetten van het antwoord op deze stelling belicht worden.

Eerst zal worden gekeken naar de geschiedenis en het kader van waaruit artikel 20 Wet VPB 1969 gezien dient te worden. Vervolgens kan de werking van het artikel besproken worden. Dit zal gebeuren in hoofdstuk 2 aan de hand van de volgende deelvraag:

Hoe wordt in de tijd beperkte verliesverrekening geregeld binnen de Wet VPB 1969?

Om te zien of artikel 20 Wet VPB 1969 daadwerkelijk zorgt voor verliesverdamping nadat de periode van verliescompensatie ten einde is wordt bekeken in hoofdstuk 3. Dit door te bekijken wat er onder hoofdstuk 3 voor mogelijkheden bestaan om verliezen te verjongen. De mogelijkheden kunnen getoetst worden aan de strekking van de verliescompensatie om te bezien of aanvullende regelgeving gewenst is. Dit alles wordt gedaan door in hoofdstuk 3 de volgende vraag te beantwoorden:

Op welke wijze kan verliesverjonging/voorkoming van verliesverdamping plaats vinden binnen de Wet VPB 1969 en valt dit onder de strekking van de beperking van verliescompensatie of is aanvullende regelgeving gewenst?

Door beantwoorden van de twee voorgaande deelvragen zal een goede uitwerking van de probleemstelling gegeven kunnen worden. De uitwerking van de probleemstelling wordt gegeven in de conclusie van deze scriptie.

1.4 Kader scriptie

In deze scriptie wordt in gegaan op artikel 20 Wet VPB 1969. De werking van de verliesverrekening, de mogelijkheid van verliesverjonging en de wenselijkheid hiervan vormen de leidraad van deze scriptie. Buitenlandse verliesverrekening zal buiten beschouwing van deze scriptie blijven.

2. Het kader en de werking van de verliesverrekening binnen de Wet VPB 1969

In dit eerste hoofdstuk wordt getracht de vraag 'hoe wordt in de tijd beperkte verliesverrekening geregeld in de Wet VPB 1969' te beantwoorden. Allereerst wordt gekeken naar de ontwikkeling van de wet en de discussie in de literatuur die daaromtrent wordt gevoerd. Vervolgens wordt een uitstapje gemaakt naar de economische betekenis van verliesverrekening. Hierna wordt bekeken waarom de wetgever de verliesverrekening beperkt en hoe zij dit verantwoord heeft in het parlement. Na de bespreking van de totstandkoming en behandeling van de regeling kan vanuit het juiste perspectief worden gekeken naar de werking van de verliesverrekening binnen de huidige wetgeving.

2.1 De ontwikkeling van verliesverrekening binnen de Wet VPB 1969

Voor dat artikel 20 Wet VPB 1969 in zijn huidige vorm wordt besproken, zal eerst gekeken worden naar de geschiedenis van verliesverrekening binnen de wet en de literatuur.

Ontwikkeling van de wet

In het onderstaande schema is een overzicht gegeven van de ontwikkeling van de verliesverrekeningstermijn binnen de wet³.

Periode	Carry Back	Carry forward
1927 - 1940	-	2 jaar
1940 - 1942	-	5 jaar
1969 - 1972	1 jaar	6 jaar
1973	1 jaar	8 jaar
1974 - 1983	2 jaar	8 jaar
1984 - 1994	3 jaar	8 jaar
1995 - 2007	3 jaar	oneindig
2007 - heden	1 jaar	9 jaar

³ Q.W.J.C.H De Kok, De Wet VPB 2007, Kluwer, 2006, blz. 90.

Ontwikkeling binnen de literatuur

In de periode 1940 – 1960 ontstaat langzamerhand de discussie over de noodzaak van een regeling ter compensatie van verliezen. Van Den Berghe⁴, later staatssecretaris van financiën, brengt in 1949 in een preadvies aan de Vereniging voor Belastingwetenschap naar voren dat een regeling voor verliescompensatie gewenst is. Hij geeft als voornaamste reden dat anders over langere periode gezien meer belasting moet worden betaald dan met de behaalde totaalwinsten overeenkomt.

In de daarop volgende literatuur zijn twee leidende auteurs te onderscheiden. Grapperhaus pleit voor onbeperkte verliescompensatie terwijl Hofstra tegen onbeperkte verliescompensatie was. De visies van beide auteurs zullen kort worden beschreven.

Grapperhaus⁵ stelt dat jaarwinsten voorschotten zijn op de totaalwinst en dat dit onbeperkte verliescompensatie rechtvaardigt. Het verlies van vandaag heeft immers te maken met de winst van morgen. Een onderneming opereert continu in de tijd, dat de fiscus hier administratieve jaren van winst of verlies van wil maken doet hier niets aan af. Grapperhaus constateert wel dat onbeperkte verliescompensatie alleen mogelijk is wanneer hier geen dwingende praktische of principiële bezwaren tegen bestaan.

Hofstra⁶ is van mening dat wel een relatie is te onderkennen tussen verliescompensatie en de totaalwinstgedachte, maar dat hier niet noodzakelijkerwijze onbeperkte verliescompensatie uit voortvloeit. Door enkel het totaalwinst begrip te onderkennen vergeet men het wetsysteem. Het wetsysteem stelt bijvoorbeeld dat de aanslag niet als voorschot, maar als eigen verplichting met een onherroepelijk karakter moet worden gezien. Hofstra pleit verder voor het op enig punt afsluiten van het verleden zoals gebeurt in het strafrecht, het zogenoemde verjaringsbeginsel.

Post⁷ concludeert na het bekijken van onder andere de artikelen van Grapperhaus en Hofstra dat de relatie tussen de totaalwinst en de verliescompensatie altijd heeft bestaan. Hij stelt dat

⁴ W.H. van den Berge, Beginselen van de belastingheffing (Prae-advies voor de Vereniging van Belastingwetenschap nr. 68), blz. 81. Uit J.W. Bellingwout, Een win-win alternatief voor verliescompensatie, WFR 2005/1518.

⁵ F. H. M. Grapperhaus, Onbeperkte voorwaartse verliescompensatie een eis van rechtvaardigheid, WFR 1979/669.

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

⁷ D.R Post, Verliescompensatie en totaalwinst: meer dan een mythe?, WFR 2006/433.

de verliescompensatie voortspuit uit de totaalwinstgedachte. De inbreuk op de totaalwinstgedachte is net als op andere plaatsen binnen de Wet VPB 1969 noodzakelijk voor een goed systeem van belastingheffing.

In het verleden is de staatssecretaris ingegaan op de artikelen van Grapperhaus en Hofstra. Hij merkte op dat belastingheffing primair gaat om het verdelen van collectieve lasten en een daarop afgestemd tarief.⁸ De wetgever doet dit door gebruik te maken van een systeem met beperkte verliescompensatie. Zij lijkt daarmee aan te sluiten bij de conclusies van Post: beperkte verliescompensatie is onderdeel van een systeem om belasting te heffen. De argumenten die de wetgever hiervoor aanvoert zullen in paragraaf 2.3 en 2.4 besproken worden.

2.2 Verliesverrekening en de economie

Niet alleen binnen het fiscaal recht bestaat discussie over de verliesverrekening. Vanuit economisch perspectief wordt verliesverrekening eveneens bediscussieerd. Om de hierna te behandelen mening van de wetgever in het juiste perspectief te kunnen plaatsen, zal in deze paragraaf de economische discussie met betrekking tot verliesverrekening worden samengevat.

In de huidige tijd van economische crisis staan veel financiële en fiscale regels ter discussie. De vraag is welke aanpassing bijdraagt aan het gewenste herstel. In hun artikel “Fiscaal crisispakket 2009” gaan Brandsma, Van der Geld en de Vries⁹ in op de verliescompensatie zoals deze in de huidige wet is vormgegeven. Zij stellen dat een carry back van drie jaar wenselijk is met als argument dat ondernemingen die nu verlies maken de beschikking krijgen over liquide middelen. Verder dient volgens hen de totaalwinstgedachte gerespecteerd te worden en moet de carry forward termijn weer onbeperkt worden.

Van den Dool¹⁰ laat in zijn artikel zien waarom een onbeperkte termijn van verliesverrekening beter is voor de economische groei dan een beperkte termijn van verliesverrekening. Wanneer een belastingplichtige te maken heeft met beperkte termijnen van verliesverrekening, kan deze eveneens te maken krijgen met een onverrekenbaar verlies. De fiscus deelt mee in het risico van verlies en winst door middel van belastingheffing, bij verlies kan de

⁸ Handelingen II, 28 november 1979, blz. 1619.

⁹ Brandsma, R.P.C.W.M, Geld, J.A.G. van der, Vries R.J. de, fiscaal crisispakket 2009, WFR 2009/313.

¹⁰ Dool, R.P. van den, Verliesverrekening in economisch perspectief, Forfaitair 2009/194.

belastingplichtige dit verrekenen met eerdere dan wel latere winsten. Is een verlies onverrekenbaar dan ligt het verlies volledig bij de belastingplichtige. Het risico dat verlies niet verrekend kan worden is bij beperkte termijnen groter, een groter risico verhoogt de investeringsdrempel voor ondernemers. Een verhoogde investeringsdrempel zorgt voor minder investeringsbereidheid van ondernemers. Investeringsdrempel is nodig om de economie te voorzien van de gewenste groei. Uit investeringsoogpunt bezien is een onbeperkte verliescompensatie optimaal.

Verliesverrekening is economisch gezien optimaal wanneer dit onbeperkt kan. Toch kiest de overheid voor een aanpassing van de termijn. De reden hiervoor wordt besproken in de volgende paragraaf.

2.3 Waaron is artikel 20 Wet VPB 1969 aangepast?

In 1995 was, zoals in paragraaf 2.1 is behandeld, gekozen voor een onbeperkte termijn van carry forward. Dit om de fiscale concurrentiepositie van Nederland te verbeteren.¹¹ Twaalf jaar na 1995 werd echter weer gekozen voor een beperking van de carry forward termijn. Vanwaar deze omslag? Het antwoord op deze vraag is grondslagverbreding. De verlaging van het tarief van de vennootschapbelasting zou voor 75% gedekt moeten worden door de grondslagverbreding. De lastenverzwaring moest in belangrijke mate gedragen worden door ondernemers die na een periode van verlies weer winstgevend worden (€ 720 mln. lastenverzwaring).¹²

In de memorie van toelichting staat dat een beperking van de verliescompensatie ten gunste van een tariefsverlaging een verschuiving is van lasten van winstmakende naar verliesmakende ondernemingen, passend bij een beleid dat gericht is op economische dynamiek.¹³ De beperking voor de carry back wordt beargumenteerd door te stellen dat door terug wenteling van verliezen uit het heden alsnog consequenties worden verbonden aan belastingheffing in het verleden. De bedrijfseconomische realiteit is echter dat de consequenties voor de toekomst zijn. De wetgever lijkt aan te sluiten bij de opvattingen van Hofstra. De belastingaanslagen zijn onherroepelijke en op enig moment afgesloten. De beperking van de carry forward termijn wordt verdedigd door te stellen dat wanneer bedrijven er niet in slagen binnen negen jaar hun verlies weg te werken niet getwijfeld moet worden aan

¹¹ J.W. Bellingwout, Een win-win alternatief voor verliescompensatie, WFR 2005/1518.

¹² Tweede Kamer. Vergaderjaar 2005-2006, 30572, nr. 4, blz. 11.

¹³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 572, nr. 3, blz. 22- 23.

hun levensvatbaarheid. Of het aan de wetgever is om hierover te twijfelen en daar vervolgens haar regelgeving op te stoelen is de vraag. Een erg sterk argument van de wetgever vind ik het niet.

2.4 Behandeling artikel 20 Wet VPB 1969 van na 1 januari 2007 in de parlementaire geschiedenis

Nu duidelijk is waarom de wetgever gekozen heeft voor de aanpassing van artikel 20 Wet VPB 1969 zal in deze paragraaf gekeken worden naar de parlementaire geschiedenis. Hierdoor is te zien hoe de wetgever de werking en strekking van artikel 20 Wet VPB 1969 in het parlement heeft verdedigd.

Alvorens de Wet 'Werken aan winst', waarvan de aanpassing van de verliesverrekening een onderdeel was, werd behandeld in de Tweede Kamer, heeft de Raad van State een advies geschreven. In dit advies gaat de Raad in op de problematiek van de verliesverrekening.¹⁴ De Raad merkt op dat de beperking van voorwaartse verliesverrekening leidt tot een materiële inbreuk op het totale winstbegrip. De Raad stelt: *'Er is geen reden aangevoerd waarom een lastenverschuiving voor langdurig verlieslijdende ondernemingen ten gunste van winstgevende ondernemingen past in een beleid dat is gericht op meer economische groei.* In Paragraaf 2.3 was te lezen dat de wetgever dit aangaf als argument om de lasten te verschuiven. De Raad acht hierdoor een beperking in verliesbeperking niet gerechtvaardigd door het beleid dat is opgesteld. De Raad adviseert hierom de beperking van verliescompensatie te heroverwegen.

Naar aanleiding van dit advies van de Raad merkt de wetgever tijdens de parlementaire behandeling het volgende op: *'Teneinde constructies te voorkomen adviseert de Raad toe te staan dat verliesverdamping wordt voorkomen of uitgesteld door herwaardering van de bezittingen tot ten hoogste het bedrag van het verlies. Ongerealiseerde vermogenswinsten kunnen zo worden benut (...). Voorts is toegelicht waarom wordt gekozen voor een tariefsverlaging deels gefinancierd door een beperking van de verliesverrekening. Het creëren van ruimere mogelijkheden om verliezen te verjongen, zou het effect van de beperking van de verliesverrekening voor een deel ongedaan maken. Bovendien zou vaststelling van de omvang van de onrealiseerde winsten tot discussies leiden en spanning veroorzaken met het*

¹⁴ Tweede Kamer. Vergaderjaar 2005-2006, 30572 , nr. 4, blz. 11.

beginsel van jaarwinstbepaling volgens goed koopmansgebruik. Binnen de mogelijkheden die de wet en jurisprudentie daarvoor bieden, zijn er overigens geen bezwaren tegen het vermijden van verliesverdamping. In dit verband zijn de bepalingen tegen handel in verlieslichamen en de jurisprudentie op het gebied van stelselwijzigingen van belang'.¹⁵

De wetgever erkent hiermee de mogelijkheid tot constructievorming die de Raad aangeeft. Vervolgens geeft zij echter aan geen problemen te hebben als er binnen de wet en jurisprudentie verliesverjonging wordt toegepast. Met dit antwoord zet de wetgever de deur naar constructievorming uitdrukkelijk open.

2.5 Werkingswijze verliesverrekening na 1 januari 2007

Om inzicht te krijgen in de werkingwijze van artikel 20 Wet VPB 1969 zal dit artikel met behulp van de verschillende leden beschouwd worden. Er zal een overzicht worden gegeven van de voor deze scriptie relevante onderdelen van artikel 20 Wet VPB 1969.

Artikel 20, lid 1, Wet VPB 1969 luidt als volgt: *Indien de berekening van de belastbare winst of van het Nederlandse inkomen leidt tot een negatief bedrag, wordt dit negatieve bedrag aangemerkt als een verlies.* Hieruit volgt dat voor de berekening van het verlies aangesloten wordt bij de berekening van de belastbare winst of van het Nederlandse inkomen ex artikel 8, eerste lid Wet VPB 1969.

Artikel 20, lid 2, Wet VPB 1969 luidt: *Een verlies wordt verrekend met de belastbare winsten, onderscheidenlijk de Nederlandse inkomens, van het voorafgaande jaar en de negen volgende jaren, mits het verlies door de inspecteur is vastgesteld bij voor bezwaar vatbare beschikking.*

Hieruit blijkt dat na de aangifte, het verzoek om de beschikking, van de belastingplichtige de belastinginspecteur bij een voor bezwaar vatbare beschikking het verlies vaststelt dat beschikbaar is voor verliescompensatie.

In artikel 20b Wet VPB 1969 wordt de vaststelling van dit verlies geregeld. Het verlies wordt door de inspecteur vastgesteld; gelijktijdig met de aanslag over het betreffende jaar. Het door de inspecteur vastgestelde verlies is vervolgens één jaar terug te wentelen of beschikbaar voor

¹⁵ Tweede Kamer. Vergaderjaar 2005-2006, 30572 , nr. 4, blz. 13.

verliescompensatie voor een periode van negen jaar. De formele uitwerking van de achter- en voorwaartse verliesverrekening is geregeld in de artikelen 21 en 21a Wet VPB 1969.

Artikel 20 Wet VPB 1969 kent tevens aparte regels voor houdster- en financieringsmaatschappijen welke buiten de beschouwing van deze scriptie worden gelaten.

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is gezocht naar het antwoord op de vraag *‘Hoe wordt in de tijd beperkte verliesverrekening geregeld in de wet vennootschapbelasting?’*. Allereerst werd gekeken naar de geschiedenis en de totstandkoming van de wettelijke regeling. Verliescompensatie blijkt al tijden onderwerp van discussie en de termijnen zijn zeer veranderlijk. De grote voorstander van een onbeperkte verrekeningstermijn is Grapperhaus, de grote tegenstander is Hofstra. De wetgever heeft ervoor gekozen om de compensatietermijn te beperken. Politieke en economische beweegredenen liggen ten grondslag aan de beslissing om de carry back en carry forward termijnen te beperken.

Onder de huidige wetgeving zorgt artikel 20 Wet VPB 1969 voor de voorkoming van oneindige verliescompensatie. De termijnen zijn beperkt van één jaar voor carry back tot negen jaar voor carry forward. Vaststelling en verrekening van het te verrekenen verlies gebeurt middels een voor bezwaar vatbare beschikking van de inspecteur.

Tijdens de parlementaire behandeling is door de wetgever opgemerkt dat constructies om verliesverjonging toe te passen, wanneer uitgevoerd binnen de wetgeving en jurisprudentie, toegestaan zijn. Wat de gevolgen zijn van deze opmerking zal in het vervolg van deze scriptie duidelijk worden.

3. De ruimte voor verliesverjonging en de strekking van de verliescompensatie.

Naar aanleiding van het vorige hoofdstuk is de vraag welke methoden ter voorkoming van verliesverdamping er mogelijk zijn en of deze wel of niet binnen de strekking van de verliescompensatie zouden moeten vallen. In dit hoofdstuk wordt naar een antwoord gezocht op de volgende deelvraag:

Op welke wijze kan verliesverjonging/voorkoming van verliesverdamping plaats vinden binnen de Wet VPB 1969, en valt dit onder de strekking van de beperking van verliescompensatie of is aanvullende regelgeving gewenst?

Dit door eerst te kijken naar de ruimte die er is om verliesverdamping te voorkomen en hoe deze ruimte gebruikt kan worden. Vervolgens naar de strekking en de bedoeling van de verliesverrekening. Tot slot worden de methoden ter voorkoming van verliesverdamping besproken en gekeken of deze al dan niet in strijd zijn met de strekking van de verliescompensatie.

3.1 Verliescompensatie en de ruimte om verliesverdamping te voorkomen

Wanneer een belastingplichtige haar verlies na negen jaar nog niet heeft ingelopen, dreigt verdamping van het verlies. Mocht zij in jaar tien winst generen, is het niet meer mogelijk dit af te zetten tegen verliezen van jaar één. Om te voorkomen dat de verliezen verdampen kan de belastingplichtige, naast het realiseren van winst, trachten op andere manieren winsten aan te trekken. Hoe meer winsten genomen kunnen worden tijdens de compensatietermijn, hoe minder verlies verdampt. Optimaal is wanneer een belastingplichtige er in slaagt al zijn verliezen te compenseren voor het einde van de termijn. De vraag is natuurlijk in hoeverre verliesverjonging in overeenstemming is met de strekking van verliescompensatie. Zoals de Staatssecretaris opmerkte, wordt de ruimte die daarvoor bestaat binnen de verliescompensatie bepaald in de wet en regelgeving.

Kijkend naar de wet en regelgeving is het arrest van de Hoge Raad van 10 maart 1993¹⁶ van belang. De situatie luidde als volgt; belanghebbende, een holding-BV, is opgericht door C BV en D BV, die ieder 50% van de aandelen in de werkmaatschappij A BV bezaten. C BV en D BV stortten hun deelneming in belanghebbende - f 2 500 000 - vol door inbreng van alle aandelen A BV ter waarde van f 54 400 000. Ten bedrage van de overwaarde sloten zij met belanghebbende overeenkomsten van geldlening tegen een door belanghebbende te betalen

¹⁶HR 10 maart 1993, BNB 1993/196.

rente. Tussen A BV en belanghebbende kwam op basis van art. 15 Wet VPB 1969 een fiscale eenheid tot stand met als gevolg dat de niet-onaanzienlijke winst van A BV is gecompenseerd met de door belanghebbende te betalen rente aan C BV en D BV, die beide over compensabele verliezen beschikten. Het geschil betrof de vraag of de rente op de lening al dan niet aftrekbaar was, omdat mogelijk sprake was van fraus legis.

De Hoge Raad heeft het volgende overwogen: *'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 verdamping 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'*.¹⁷

De rentebetalingen gedaan door de belastingplichtige kwalificeerden niet als fraus legis en aftrek was zodoende niet in strijd met de wet. Van belang is wat de Hoge Raad stelt in de voorafgaande zin. De Hoge Raad stelt dat *zulks* niet in strijd komt met de strekking van de verliescompensatie. Zulks is in deze het aantrekken van winstbestanddelen om verrekening van verliezen te bespoedigen en daarmee verdamping te voorkomen. De redenering van de Hoge Raad volgend, zou eveneens in andere situaties waarin winstbestanddelen worden aangetrokken, deze handeling niet in strijd zijn met de strekking van de verliescompensatie. Dit gegeven, samen met opmerking van de staatssecretaris dat de jurisprudentie gerespecteerd wordt, stelt belastingplichtigen in staat winstbestanddelen aan te trekken zonder in strijd met de verliescompensatie te handelen. Op welke wijze dit kan gebeuren zal in de volgende paragrafen uiteengezet worden.

3.2 De ruimte om verliesverjonging toe te passen binnen de Wet VPB 1969

Alvorens te bekijken welke manieren er zijn om binnen de strekking van verliescompensatie winstbestanddelen aan te trekken, moet eerst terug gegaan worden naar de basis, het winstbegrip. Verliezen kunnen enkel worden gecompenseerd met winsten, het is dus zaak om binnen de verrekeningstermijn belastbare winst aan te trekken. Maar hoe werkt de winstbepaling binnen de Wet VPB 1969?

Van belang zijn drie onderdelen waar binnen winsten kunnen worden beïnvloed om verlies te compenseren, te weten: de totaalwinst, de jaarwinst en de fictieve winstneming (respectievelijk fictieve baten en niet-aftrekbare lasten).

¹⁷ HR zie noot 23.

3.2.1 De beïnvloeding van de totaalwinst

De totaalwinstgedachte stelt dat een ondernemer moet worden belast over de gehele periode dat deze als ondernemer presteert. De totaalwinst van een onderneming kan pas worden vastgesteld wanneer deze gestaakt is. Omdat tussentijds tot belastingheffing over wordt gegaan, is de jaarwinst in het leven geroepen. Deze zal in de volgende paragraaf aan de orde komen.

Door winstgenererende activiteiten te verwerven, kan een ondernemer zorgen dat zijn totaalwinst wordt verhoogd. Deze verhoging werkt via de jaarwinst door in het jaarlijkse resultaat en kan zodoende gebruikt worden voor de compensatie van verliezen. Voor deze scriptie is het overhevelen van winspotentie naar verliesondernemingen van belang.

Stille reserves die een belastingplichtige opbouwt, worden tijdens hun aanwas niet belast. Stille reserves vallen onder de totaalwinst, pas wanneer ze worden gerealiseerd door overdracht of staking vallen ze in de hierna te bespreken jaarwinst.

3.2.2 De beïnvloeding van de jaarwinst

De jaarwinst is een deel van de totaalwinst dat aan een bepaald jaar kan worden toegerekend. Van belang is op welke wijze dit gebeurt en op welke periode dit ziet. De jaarwinst ligt wettelijk vastgelegd in artikel 3.25 Wet IB 2001 en is via de schakel bepaling van artikel 8 Wet VPB 1969 van overeenkomstige toepassing binnen de vennootschapbelasting. In dit artikel staat dat de jaarwinst wordt bepaald in een kalenderjaar. Winstbepaling vindt in dat jaar plaats op basis van goedkoopmansgebruik en een bestendige gedragslijn. Artikel 7, lid 4 Wet VPB 1969 stelt dat een belastingplichtige zijn boekjaar mag kiezen. Dit hoeft niet gelijk te zijn aan een kalenderjaar. De verschillende facetten van de jaarwinst zullen nu nader worden toegelicht.

Goedkoopmansgebruik en de jaarwinst

Verdeling van de totaalwinst in jaarwinsten gebeurt op grond van artikel 3.25 wet IB 2001. De jaarwinst wordt bepaald op grond van goedkoopmansgebruik en met in achtneming van een bestendige gedragslijn. Het goedkoopmansbegrip omvat een aantal beginselen welke zijn gevormd in de jurisprudentie en hierna kort zullen worden besproken. De wisselwerking tussen deze dynamische beginselen bepaalt de werking van goedkoopmansgebruik.

Het realisatiebeginsel

Het realisatiebeginsel, ook wel aangeduid als het veroorzakingsbeginsel, stelt dat voordelen en lasten moeten worden toegerekend aan het jaar waarop ze betrekking hebben. De kosten dienen toegerekend te worden aan opbrengsten, beide moeten in het zelfde jaar worden verantwoord. Het matchen van kosten is een uitvloeisel van het realisatiebeginsel en wordt aangeduid met het matchingprincipe. Het realisatiebeginsel is erop gericht het willekeurig verantwoorden van winsten en verliezen tegen te gaan. Deze willekeur zou in het voordeel van de belastingplichtige kunnen zijn, hij neemt kosten in een winstjaar en verantwoord zijn winsten in een verliesjaar. Goedkoopmansgebruik staat deze manier van handelen niet toe.

Voorzichtigheidsbeginsel

Het voorzichtigheidsbeginsel stelt dat een ondernemer verliezen mag nemen zodra deze bekend zijn, niet per definitie gerealiseerd, winsten moeten worden verantwoord wanneer deze werkelijk behaald zijn. Gelet op het realisatiebeginsel valt meteen de wisselwerking tussen de beginselen op. Het realisatiebeginsel stelt dat winstneming mag worden uitgesteld tot uiterlijk het jaar waarin deze gerealiseerd is. Het voorzichtigheidsbeginsel stelt vanaf wanneer een belastingplichtige zijn winst als gerealiseerd mag aanmerken.

Jaarbepaling

Artikel 3.25 Wet IB 2001 spreekt over een kalenderjaar wanneer het gaat over de jaarwinst bepaling. Belastingplichtigen in voor de Wet VPB 1969 kunnen zelf hun boekjaar kiezen, los van het kalenderjaar. Deze mogelijkheid is opgenomen in artikel 7.4 Wet VPB 1969. Op grond van het Burgerlijk Wetboek geldt: het boekjaar in beginsel een kalenderjaar is, tenzij de statuten van de belastingplichtige anders bepalen.

3.2.3 De fictieve winst/verliesnemingen forceren

De Wet op de Wet VPB 1969 kent een aantal ficties welke belastingplichtigen verplicht winsten te nemen, ook wanneer er (nog) geen winst wordt gerealiseerd. Door zo te handelen dat fictieve winstneming wettelijk verplicht wordt, kan verlies worden gecompenseerd. Denk hierbij aan artikelen 13b, 13ba en 15ai Wet VPB 1969. Hoe deze bepalingen gebruikt kunnen worden om verlies te compenseren zal in paragraaf 3.4.9.2 worden besproken.

3.2.4 Praktische invulling van de methodes

Nu duidelijk is op welke wijze een belastingplichtige zijn winstneming kan beïnvloeden om zo verlies te compenseren, moet bekeken worden op welke manieren dit zou kunnen. Kampschöer¹⁸ onderscheidt naar aanleiding van door hem verricht empirisch onderzoek, in de ruimte die de wet hiertoe laat, tien manieren om te voorkomen dat verlies verdampt:

1. realiseren van stille reserves door intercompany transacties;
2. doorberekenen van kosten/fees intercompany;
3. afbouwen voorzieningen/wijziging fiscale waardering;
4. activering van kosten;
5. inbreng van winstgevende activiteiten;
6. overdracht activa tegen schulderkenning;
7. verlenging boekjaar;
8. bijzondere baten gevolgd door bijzondere lasten in het volgende jaar;
9. overleg met de inspecteur;
10. gebruik in het kader van een fiscaal compromis.

Deze tien manieren vinden elk op een andere wijze haar uitwerking. De eerste acht hebben te maken met fiscale planning en de laatste twee betreffen meer praktische oplossing om te voorkomen dat verlies verdampt. In paragraaf 3.4 zal verder worden ingegaan op de toepassing van enkele van deze methodes en of deze vallen onder de strekking van de verliescompensatie. Voor dat dit mogelijk is, wordt eerst de strekking van de verliescompensatie behandeld.

3.3 Het doel van artikel 20 Wet VPB 1969

De staatssecretaris heeft, zoals in paragraaf 2.4 staat beschreven, tijdens de parlementaire behandeling de deur naar verliesverjonging opengezet. Hij geeft geenszins aan dat verliesverjonging onwenselijk is, mits de verliesverjonging binnen de kaders van de wet en jurisprudentie plaatsvindt. Wordt hiermee bedoeld dat alle in de vorige paragraaf opgesomde methoden van verliesverjonging vallen onder de strekking en het doel van artikel 20 Wet VPB 1969? En wat is de bedoeling van de wetgever met de beperking van de compensatietermijn?

¹⁸ G.W.J.M. Kampschöer, De beperking van de verliesverrekeningstermijn, WFR 2006/785.

3.3.1 De bedoeling van artikel 20 Wet VPB 1969

De wetgever laat in het midden welke methodes ter voorkoming van verliesverdamping volgens haar vallen binnen de kaders van de wet en jurisprudentie. Duidelijk is dat de wetgever tracht verlies na negen jaar te laten verdampen. Als alle belastingplichtigen in staat zouden zijn alle verliesverdamping te voorkomen dan loopt de wetgever de EUR 720 miljoen mis die wordt beoogd met de instelling van de beperkte termijn voor verliesverrekening. Het lijkt niet de bedoeling dat door toepassing van de methodes van paragraaf 3.2.4 het mogelijk is dat in het geheel geen verlies verdampt, de maatregel mist dan haar doel. Wat zou de wetgever wel bedoeld hebben?

3.3.2 De strekking van artikel 20 Wet VPB 1969

Het is van belang de bedoeling van de wetgever van betekenis te voorzien om te kunnen bepalen welke manieren wel in lijn zijn met artikel 20 Wet VPB 1969 en welke niet. Artikel 20 Wet VPB 1969 stelt dat een belastingplichtige gedurende negen jaren na zijn verliesjaar en één jaar daarvoor haar verlies mag compenseren met winsten. Anders gezegd, de winsten die worden behaald binnen de gestelde termijn mogen gebruikt worden om het verlies te compenseren. Wanneer er vanuit wordt gegaan dat de winsten gebruikt mogen worden, zou dit zowel voor de gerealiseerde als de aangegroeide ongerealiseerde winsten moeten opgaan. Beide winsten zijn immers toe te rekenen aan een bepaald jaar binnen de verliescompensatie, met als verschil dat één (nog) niet is gerealiseerd. Aangenomen dat deze latente winsten bruikbaar moeten zijn, is het van belang om te bekijken wat de mogelijkheden hiertoe zijn. Aan de hand van de hierop volgende bespreking van de jurisprudentie en literatuur wordt een manier gezocht om te komen tot compensatie van verlies met beide soorten winsten. Er zijn in dit geval twee zaken van belang; kunnen stille reserves worden gerealiseerd en kunnen deze dan worden toegerekend aan jaren binnen de verliescompensatietermijn?

Jurisprudentie en literatuur

Allereerst zal bekeken moeten worden of er een mogelijkheid bestaat om stille reserves te realiseren. Het voorzichtigheidsbeginsel schrijft immers voor dat winsten pas genomen mogen worden wanneer deze zijn gerealiseerd.

Op 14 juni 1978 overwoog de Hoge Raad¹⁹ dat goedkoopmansgebruik zich er niet tegen verzet om te waarden boven de kostprijs, in dit arrest tot de bedrijfswaarde, wanneer de behaalde winst is vrijgesteld. Naar aanleiding van dit arrest en de hierop volgende parlementaire geschiedenis concludeert De Bont²⁰ dat aan het voorzichtigheidsprincipe niet hoeft te worden voldaan wanneer de winsten niet onderhevig zijn aan heffing.

Belangrijke principes binnen het goedkoopmansgebruik zijn, zoals in paragraaf 3.2.2 besproken, het voorzichtigheidsbeginsel en het realisatieprincipe. De samenhang tussen deze twee beginselen bepaalt in hoeverre de belastingplichtigen in staat zouden kunnen zijn om activa te kunnen waarden boven kostprijs. De Bont concludeert: *'het voorzichtigheidsprincipe en daarmee het realisatieprincipe geven de ondernemer echter het recht winstneming – in strijd met de werkelijkheid – uit te stellen (...) uit het realisatiebeginsel vloeit voort slechts het moment dat bepaalt waarop de winst uiterlijk dient te worden genomen, Het realisatiebeginsel speelt geen rol bij het vaststellen van het moment waarop de winst mag worden genomen.'*²¹

De Hoge Raad²² wees 12 februari 1986 arrest over een geschil inzake de verliesverrekening van artikel 20, lid 5 Wet VPB 1969, de voorloper van het huidige artikel 20a Wet VPB 1969. In deze casus had belanghebbende zijn onderneming overgedragen aan een BV. De BV wilde winsten verrekenen met opstaande verliezen van de onderneming, echter artikel 20, lid 5 Wet VPB 1969 voorkwam dit. De Hoge Raad oordeelde: *'(..) met die strekking is het niet verenigbaar dat wetsvoorschrift (artikel 20, lid 5 Wet VPB 1969) toe te passen voor zover verliezen verrekend worden met winsten welke voortvloeien uit stille reserves die in het lichaam aanwezig waren ten tijde van de hier bovenbedoelde overgang van belangen'*. Van belang is dat de Hoge Raad hier overweegt dat winsten die zijn toe te rekenen aan stille reserves, welke ten tijden van de overdracht al bestonden, beschikbaar zijn voor verliescompensatie. De Hoge Raad rekent hier dus stille reserves toe aan de periode binnen de verliescompensatietermijn en staat vervolgens verrekening daarvan toe.

¹⁹ HR, 14 juni 1978, BNB 1979/181.

²⁰ G.J.M.E. De Bont, Herwaarden op hogere bedrijfswaarde, indien compensabele verliezen dreigen te verdampen, WFR 1994/238.

²¹ De Bont, zie noot 10.

²² HR 12 februari 1986, BNB 1986/201.

A-G van Soest concludeert als volgt na deze uitspraak: ' (...) *Als evenwel uit het verleden niet alleen verliezen stammen maar ook fiscale boekwaarden waar waarin stille reserves schuilgaan, latente winsten dus, beantwoord het aan de bedoeling van de wettelijke regeling die oude verliezen wel te verrekenen met winsten door realisatie van stille reserves.* De A-G stelt hiermee eveneens dat ongerealiseerde winsten die toe te rekenen zijn aan jaren binnen de verliescompensatie termijn beschikbaar zouden moeten zijn voor verrekening.

Van Soest had eerder al eenzelfde standpunt in genomen welke door de Hoge Raad werd gevolgd. De Hoge Raad²³ oordeelde op 6 juni 1979 dat het niet verenigbaar is artikel 20, lid 5 Wet VPB 1969 toe te passen voor zover verliezen worden verrekend met winsten welke voortvloeien uit stille reserves wanneer die reserves in het lichaam aanwezig waren ten tijde van de in dat voorschrift bedoelde overgang van belangen.

Uit deze uitspraken en noten van de A-G kan worden afgeleid dat de jurisprudentie mogelijkheden biedt om stille reserves, wanneer deze gerealiseerd worden, toe te rekenen aan jaren binnen de verliesverrekeningstermijn. Deze opvatting van de Hoge Raad en de A-G kunnen gevolgd worden wanneer stille reserves worden gerealiseerd binnen de verliescompensatie termijn door middel van opwaardering of vrijval door overdracht.

Interpretatie met oog op artikel 20 Wet VPB 1969

Zoals in het begin van deze paragraaf is aangegeven waren er twee zaken van belang; kunnen ongerealiseerde reserves worden gerealiseerd, en zijn deze vervolgens toe te rekenen aan jaren binnen de verliescompensatietermijn?

Het voorzichtigheidsbeginsel staat realisatie van stille reserves in eerste instantie in de weg. Het bleek dat, wanneer de gedachte van De Bont gevolgd wordt, het voorzichtigheidsbeginsel van ondergeschikt belang is wanneer de winsten niet onderhevig zijn aan heffing. In het geval winsten worden gebruikt om verlies te compenseren zal derhalve het voorzichtigheidsbeginsel hier aan niet in de weg kunnen staan.

De Hoge Raad heeft zich uitgesproken over de toerekening van stille reserves. De Hoge Raad stelt dat stille reserves, zijnde latente winsten, dienen te worden toegerekend aan jaren binnen de verliescompensatietermijn waarop zij betrekking hebben. Het ging in deze casus om overdracht van een onderneming en het later realiseren van de stille reserves. Het gaat er om dat de Hoge Raad bereid is stille reserves toe te rekenen aan jaren waarin compensatie mogelijk was. De Hoge Raad erkent daarmee dat het in de lijn is met de verliesverrekening

²³ HR 16 juni 1979 , BNB 1980/214.

om ongerealiseerde winsten toe te rekenen aan verliescompensatie jaren. Het standpunt dat dit onder de huidige strekking van toepassing is lijkt daarmee gegrond.

Alles beschouwend is het in lijn met artikel 20 Wet VPB 1969 om zowel gerealiseerde als ongerealiseerde winsten te gebruiken om verliezen mee te compenseren, mits deze winsten haar oorsprong vinden in de verliescompensatie jaren. Dit brengt met zich mee dat ongerealiseerde winsten die hun oorsprong vinden buiten de verliesverrekeningstermijn niet beschikbaar zijn voor compensatie. Om de toerekening te verduidelijken is onderstaand voorbeeld toegevoegd.

Boekjaar	Waarde Stille reserve
0	110
1	120
2	130
3	140
4	150
5	160
6	170
7	180
8	190
9	200
10	210

In jaar 0 boekt de belastingplichtige een verlies, op dat moment is de waarde van de stille reserve 110. De winsten van de negen hierop volgende boekjaren komen in aanmerking voor verliescompensatie. De stille reserve is in die periode aangegroeid tot een waarde van 200. De ongerealiseerde winst die is toe te rekenen aan de periode van verliesverrekening bedraagt 90 (200-110). De belastingplichtige kan deze 90 gebruiken om haar verlies uit jaar 0 te compenseren. De 110 die al aanwezig was voor dat de verliesverrekeningstermijn ging lopen is geen winst die toe te rekenen is aan diezelfde verliesverrekeningstermijn.

De winsten die nu gebruikt kunnen worden, vinden hun oorsprong in de onderneming. Deze uitleg van artikel 20 Wet VPB 1969 lijkt gegrond, verliezen uit de bedrijfsvoering worden gecompenseerd met winsten uit deze bedrijfsvoering. Het is daarom zaak om winsten die geen betrekking hebben op deze bedrijfsvoering, zijnde de winsten die gecreëerd of verschoven worden om verlies te compenseren, buiten de verliesverrekening te houden. Een inbreng van de winstgevende activiteit en de verlenging van het boekjaar, op beide wordt hierna nog teruggekomen, leiden tot winsten die hun oorsprong niet vinden in de onderneming en de termijn maar zijn handelingen ter voorkoming van verdamping. Handelingen als deze horen niet onder de strekking van artikel 20 Wet VPB 1969.

3.4 Wijze waarop verliesverjonging oneindig gemaakt kan worden, en of dit in lijn is met de strekking van de verliesverrekening?

In paragraaf 3.3 werd een overzicht gegeven van tien manieren om verliesverdamping tegen te gaan. In dit hoofdstuk wordt in gegaan op enkele van deze tien manieren en hoe deze haar uitwerking vinden. Verder wordt gekeken of er nog andere manieren zijn om verliesverdamping te voorkomen. Na de bespreking wordt bij elke methode bekeken of deze al dan niet in overeenstemming is met de strekking neergelegd in de vorige paragraaf. Wanneer dit niet het geval is, wordt een oplossing gegeven om deze methode uit te bannen.

3.4.1 Het realiseren van stille reserves door intercompany transacties;

Transacties die plaatsvinden tussen gelieerde ondernemingen, intercompany transacties, bieden een mogelijkheid voor een belastingplichtige om haar stille reserves te realiseren. Intercompany transacties dienen op grond van artikel 8b Wet VPB 1969 op zakelijke gronden plaats te vinden. Dit betekent dat wanneer er activa die stille reserves bevatten worden overgedragen, deze op grond van artikel 8b Wet VPB 1969 overgedragen dienen te worden tegen waarde in het economische verkeer. Door deze overdracht realiseert de belastingplichtige haar stille reserves en dient zij deze tot haar winst rekenen. De verkrijger waardeert dit activum tegen waarde in het economische verkeer, deze waarde vormt de afschrijvingsbasis. Intercompany transacties resulteren in het verplicht nemen van winst. In de volgende gevallen van intercompany transacties verplicht de wet tot afrekenen over de stille reserves.

Fiscale eenheid

Binnen de fiscale eenheid kan een belastingplichtige zonder heffing vermogensbestanddelen overdragen aan andere vennootschappen binnen deze fiscale eenheid. Deze vennootschap kan vervolgens worden ontvoegd en het vermogensbestanddeel is samen met bijbehorende reserves overgegaan zonder dat heffing heeft plaats gevonden.

Om dit te voorkomen is artikel 15ai Wet VPB 1969 opgenomen. Dit artikel stelt dat wanneer een belastingplichtige vermogensbestanddelen overdraagt binnen de fiscale eenheid op het tijdstip van ontvoeging van de overdrager dan wel de overnemer de boekwaarde van het bestanddeel gesteld moet worden op de waarde in het economische verkeer. De overdrager wordt op deze manier gedwongen de stille reserves tot zijn winst te rekenen. Het artikel kent enkele uitzonderingsbepalingen welke de regeling niet van toepassing verklaren.

Ruisende juridische splitsing

Belastingplichtige kan een deel van zijn onderneming en bijbehorende vermogensbestanddelen afsplitsen. De nieuwe onderneming bevindt zich dan tevens binnen het concern. De splitsing brengt een realisatiemoment met zich mee op grond van artikel 14a Wet VPB 1969, de gerealiseerde winst kan worden gebruikt voor verliescompensatie.

In lijn met de bedoeling van verliesverrekening?

De strekking van artikel 20 Wet VPB 1969 brengt met zich mee dat de gerealiseerde stille reserves toegerekend moeten worden aan de jaren van de verliesverrekeningstermijn. Gerealiseerde stille reserves die toe te rekenen zijn aan jaren binnen de verliesverrekeningstermijn komen in aanmerking voor compensatie met verliezen. Het realiseren van stille reserves op deze wijze is niet in strijd met de verliesverrekening.

3.4.2 Doorberekenen van kosten/fees intercompany;

Het doorberekenen van kosten van intercompany transacties moet volgens art 8b Wet VPB 1969 'at arm's length' gebeuren oftewel op zakelijke gronden. De verplichting haalt echter de betekenis van deze methode weg. Er is geen keuze om kosten door te berekenen, het is wettelijk verplicht. Een belastingplichtige kan slechts door het leveren van nieuwe diensten aan gelieerde ondernemingen zorgen voor meer inkomsten. Het realiseren van winsten op deze wijze is niet in strijd met de verliesverrekening.

3.4.3 Afbouwen voorzieningen/Wijziging fiscale waardering;

3.4.3.1 Afbouwen voorzieningen

Het afbouwen van voorzieningen is fiscaal interessant wanneer deze aanwezig zijn op de fiscale balans. Sinds het baksteenarrest is het mogelijk voor belastingplichtige om fiscale voorzieningen te treffen wanneer deze voldoen aan door de Hoge Raad gestelde voorwaarden. De Hoge Raad²⁴ oordeelde dat onder volgende omstandigheden goedkoopmansgebruik met zich meebrengt een voorziening te vormen:

- 1. De toekomstige uitgaven vinden hun oorsprong in feiten of omstandigheden, die zich in de periode voorafgaand aan de balansdatum hebben voorgedaan.*
- 2. De toekomstige uitgaven kunnen ook overigens aan die periode worden toegerekend.*

²⁴ HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409 en Sillevius, L.W, Cursus Belastingrecht Editie: Inkomstenbelasting, 3.2.25. Fiscale reserves en voorzieningen, Kluwer.

3. *Ter zake van die toekomstige uitgaven bestaat een redelijke mate van zekerheid dat zij zich zullen voordoen.*

Naast de verplichting uit goedkoopmansgebruik kan onder de huidige wetgeving eveneens een reserve gevormd worden. Dit is in artikel 3.53 Wet Inkomstenbelasting 2001 geregeld in de vorm van een egalisatiereserve. De egalisatiereserve ziet op de verdeling van kosten en kent grofweg gelijkende voorwaarden als die onder goedkoopmansgebruik gelden. Er zijn enkele gevallen te onderscheiden waarin het matchingprincipe niet dwingend is maar de belastingplichtige een keuze heeft al dan niet een voorziening te vormen. Douma en Lubbers onderscheiden de volgende gevallen: *Er is geen nauw verband maar wel enig verband tussen uitgaven en opbrengsten en wanneer onzekerheid met betrekking tot de opbrengsten is.*²⁵

Een belastingplichtige kan niet naar willekeur voorzieningen vormen en vrij laten vallen. Een voorziening valt vrij in de volgende gevallen: de uitgave waarop de voorziening betrekking heeft wordt gerealiseerd of vervalt; het activum waarop de voorziening betrekking heeft verlaat de onderneming; de onderneming stopt in Nederland belastingplichtig te zijn of wordt geliquideerd.

Er zijn in deze casus twee opties om de voorziening vrij te laten vallen. Ten eerste de uitgave doen waarop de voorziening betrekking heeft. Wanneer de voorziening is opgebouwd ten behoeve van een bepaalde uitgave kan de belastingplichtige deze uitgave doen ten laste van de voorziening. Als zij hierbij kiest een kleiner bedrag uit te geven dan de voorziening groot is zal dit overige deel als winst moeten worden genomen. Ten tweede kan de belastingplichtige het activum waarop de voorziening slaat teniet laten gaan of overdragen. Als het activum niet meer tot het ondernemingsvermogen behoort, valt de voorziening vrij en moet deze tot de winst gerekend worden.

3.4.3.2 Wijzigen fiscale waardering

Een wijziging in de waarderingsgrondslag leidt in beginsel tot een herwaardering van de activa die op de balans staan. Een herwaardering die een opwaardering tot gevolg heeft leidt tot winstneming bij de belastingplichtige. De vraag is onder welke omstandigheden het mogelijk is om van waarderingsstelsel te veranderen.

²⁵ Douma, S.C.W, Lubbers, O.A, De rol van het matchingbeginsel bij de toerekening van uitgaven, WFR 2002/111.

Van den Dool²⁶ heeft in zijn artikel de eisen onderzocht welke ten grondslag liggen aan een stelselwijziging. Hij stelt dat aan twee eisen voldaan moet worden wil een stelselwijziging doorgang kunnen vinden. De twee eisen zijn:

- 1. Het stelsel dient in overeenstemming te zijn met goedkoopmansgebruik*
- 2. De stelselwijziging dient niet willekeurig te gebeuren en, mag niet gericht zijn op het na streven van een incidenteel fiscaal voordeel.*

De eerste eis stelt dat het stelsel in overeenstemming dient te zijn met goedkoopmansgebruik. Wanneer een belastingplichtige winst naar voren wil halen zal zij trachten haar activa op te waarderen naar boven de huidige boekwaarde of zelfs hoger dan de historische kostprijs. In paragraaf 3.1 bleek dat het naar voren halen van winstbestanddelen in het kader van verliescompensatie niet in strijd is met de strekking van de verliescompensatie.

In paragraaf 3.3.2 bleek al dat wanneer de gedachte van De Bont wordt gevolgd het realiseren van stille reserves niet in strijd is met goedkoopmansgebruik wanneer deze winst is vrijgesteld. Een belastingplichtige kan kiezen voor een opwaardering door middel van een stelselwijziging. De opwaardering kan plaats vinden tot de bedrijfswaarde. Waarderen op lagere dan wel hogere verkoopwaarde is in strijd met het goedkoopmansgebruik. De staatssecretaris heeft dit nogmaals benadrukt in het Besluit van 14 november 2000.²⁷

Samengevat is het niet in strijd met goedkoopmansgebruik om activa te herwaarderen tot bedrijfswaarde. Het voorzichtigheidsbeginsel is namelijk van ondergeschikt belang wanneer de winsten die gerealiseerd worden niet aan heffing onderhevig zijn.

Aan de eerste eis dat het stelsel in overeenstemming met goedkoopmansgebruik moet zijn is voldaan. De tweede eis is dat geen sprake mag zijn van willekeur en met de wijziging geen incidenteel voordeel wordt behaald. Wanneer de waarderingsgrond verandert en deze waardering sinds die verandering gevolgd wordt, is naar mijn mening geen sprake van willekeur. De Hoge Raad overwoog dat wanneer voor slechts één bedrijfsmiddel het stelsel verandert er nog altijd geen sprake is van willekeur.²⁸

²⁶ R.P. Van den Dool, Fiscale winst en stelselwijziging, TFO 1993/216.

²⁷ Besluit 14 november 2000, nr. CPP2000/2118 (voortzetting van Besluit van 1 maart 1996, nr. 563DGM5, BNB 1996/198.

²⁸ HR 14 april 1999, nr. 34 137, BNB 1999/326.

De vraag is dan of er met een stelselwijziging een incidenteel voordeel wordt behaald. Meeles²⁹ kwam tot de conclusie dat er een incidenteel voordeel wordt bereikt wanneer winsten later tegen een lager tarief of helemaal niet meer worden belast. Van den Dool³⁰ stelt zich op de mening dat dit niet het geval is bij de opwaardering om verliesverdamping tegen te gaan. Hij beargumenteert dat wanneer de winst wegvalt in de verliescompensatie, geen sprake is van een incidenteel voordeel voor de belastingplichtige. De belastingplichtige voorkomt hier enkel mee dat hij onevenredig zwaar wordt belast, vanuit oogpunt van de totaalwinstgedachte, door de beperkte verliescompensatie. Concluderend kan gesteld worden dat met een stelselwijziging een fiscaal nadeel wordt voorkomen, en geen fiscaal voordeel behaald.

Het wijzigen van een methode van fiscale waardering kan leiden tot winst welke gebruikt kan worden voor de verliescompensatie. Dat hiermee op het scherpst van de snede van het goedkoopmansgebruik wordt geacteerd brengt uiteraard wel de nodige risico's met zich mee. Toch is er genoeg onderbouwing om deze manier van voorkoming van verliesverdamping toe te passen.

In lijn met de bedoeling van verliesverrekening?

De realisatie van stille reserves is mogelijk door een stelselwijziging. De stille reserves die toe te rekenen zijn aan de jaren binnen de verliesverrekeningstermijn moeten beschikbaar zijn voor verliescompensatie. Het is niet in strijd met de verliesverrekening om deze reserves te realiseren en voor zover mogelijk te gebruiken voor verliescompensatie.

3.4.4 Activering kosten

Het activeren van kosten is de tegenhanger van de mogelijkheid om een voorziening te treffen. Wanneer de belastingplichtige de kosten activeert zullen deze niet doorwerken naar het resultaat dat wordt genoten. De kosten worden geactiveerd op de balans gezet en zullen later ten laste van de winst vrijvallen. Het activeren van kosten vloeit voort uit het realisatiebeginsel van goedkoopmansgebruik. Bij uitgaven ten behoeve van een reclamecampagne die langer loopt dan een jaar brengt goedkoopmansgebruik met zich mee dat deze kosten geactiveerd mogen worden, zo oordeelde de Hoge Raad³¹.

²⁹ D.A.M. Meeles, Stelselwijzigingen, MBB nr 6, juni 1970, blz 101.

³⁰ R.P. van den Dool. Zie noot 26.

³¹ HR, 19 maart 1975, BNB 1976/120.

Wanneer wordt gekozen voor activering van kosten dient dit met een bestendige gedragslijn te gebeuren. Het is de belastingplichtige toegestaan deze lijn per gebeurtenis te kiezen³². Als de belastingplichtige de mogelijkheid heeft om haar kosten te activeren, leidt dit op korte termijn tot een hogere winst.

In lijn met de bedoeling van verliesverrekening?

Door kosten te activeren, worden er geen kosten ten laste van de winst gebracht die geen betrekking hebben op die winst. Het is niet de bedoeling van de verliesverrekening om winsten te verschuiven naar jaren binnen de verliesverrekeningstermijn, anderszins zouden er geen kosten moeten worden genomen die geen betrekking hebben op de termijn. Het activeren van kosten is niet in strijd met de verliescompensatie.

3.4.5 Inbreng van winstgevende activiteit

Een onderneming die reeds een aantal jaar verliesgevend is geweest kan een winstgevende activiteit overnemen van een andere onderneming. De winst die gemaakt wordt op deze nieuw verworven activiteit kan worden gebruikt om het bestaande verlies te compenseren. Bij overdracht tegen aandelen dient rekening gehouden te worden met de werking van artikel 20a Wet VPB 1969. Wanneer dit artikel van toepassing is zal verlies verloren gaan voor compensatie. In de regel zal deze methode veelal gaan over het verkrijgen van winstgevende activiteiten binnen concern verband. Daarbij dient at arm's length gehandeld te worden, dit betekent dat de onderneming verkrijgt tegen waarde in het economische verkeer. Hieronder zijn een tweetal manieren beschreven waarmee de verliesonderneming gebruik kan maken van de winstpotentie van concerngenoten.

Fusie

Een voorbeeld is het juridisch fuseren van een verlieslichaam met een winstgevend lichaam binnen een concern. Op grond van artikel 14b Wet VPB 1969 kan dit niet geruisloos gebeuren omdat er een lichaam met voor compensatie beschikbare verliezen fuseert. De winst die door het verlieslichaam genomen moet worden bij deze fusie kan worden gebruikt voor verliescompensatie. Het uiteindelijke belang in de belastingplichtige is niet veranderd, de moeder blijft aandeelhouder, hiermee is artikel 20a Wet VPB 1969 niet van toepassing. De winst die de gefuseerde onderneming maakt kan gebruikt worden voor verliescompensatie.

³² HR 2 maart 1994, BNB 1994/164.

VOF

Een verliesonderneming kan een VOF aangaan met een winstmakende onderneming uit het concern. De verliesonderneming kan haar gedeelte van de VOF winst gebruiken om verlies te compenseren. De inbreng van de onderneming brengt wel een afrekenen met zich mee over in gebrachte activiteiten.

Door de verkrijging van winstgevende activiteiten verhoogt een belastingplichtige haar totaalwinst. In de jaren van de verliescompensatie leidt dit tot hogere jaarwinsten. De extra behaalde winst kan worden gecompenseerd en is zodoende belastingvrij.

In lijn met de bedoeling van de verliescompensatie?

Het betreft een handeling die erop gericht is om verliescompensatie te realiseren met winsten die niet zijn toe te rekenen aan de bedrijfsuitoefening die ten grondslag lag aan de verliezen. Hierom is het inbrengen van een winstgevende activiteit niet in overeenstemming met de strekking van de verliescompensatie. De Hoge Raad³³ overwoog in het in paragraaf 3.1 besproken arrest dat dit niet in strijd is met de strekking van de verliescompensatie. Toch behoort dit mijns inziens niet tot de strekking van artikel 20 Wet VPB 1969. Het aantrekken van winst van buiten de verliesverrekeningstermijn zou om de hierboven besproken redenen niet in aanmerking moeten komen voor compensatie.

Een manier om te voorkomen dat de inbreng van winstgevende activiteiten kan leiden tot verliescompensatie is door het opnemen van een activiteitentoets zoals deze al bestaat voor de houdster en financieringsmaatschappijen. Het moet voor belastingplichtige mogelijk blijven te innoveren en met winst van deze activiteiten hun verlies te compenseren. Wanneer een belastingplichtige zelf nieuwe winstgevende activiteiten ontplooit mag dit geen invloed hebben op haar verliesverrekening. Dit kan bereikt worden door in de activiteitentoets op te nemen dat sprake moet zijn van inbreng van een nieuwe winstgevende activiteit. Bij zelf ontwikkelde activiteiten kan geen sprake zijn van inbreng, deze vallen zodoende niet onder de uitsluiting. Door de activiteitentoets heeft het binnen concerns schuiven van winstgevende activiteiten geen nut meer wanneer enkel verliescompensatie het doel is

³³ HR 10 maart 1993, BNB 1993/196.

3.4.6 Overdracht activa tegen schulderkenning

In paragraaf 3.5.1 is al beschreven dat door middel van vervreemding van activa stille reserves kunnen worden gerealiseerd. Een belastingplichtige kan haar activa eveneens vervreemden tegen een schulderkenning van de verkrijger. De vordering op de verkrijger zal de belastingplichtige voor waarde in het economische verkeer opnemen op haar balans. In wezen betreft dit een variant op paragraaf 3.5.1 en niet een aparte wijze van voorkoming zoals Kampschoër betoogt. De methode is dan ook om dezelfde redenen als in paragraaf 3.5.1 niet in strijd met de bedoeling van de verliesverrekening.

3.4.7 Verlenging boekjaar

In paragraaf 3.2.2 is uiteengezet hoe de boekjaar bepaling en verlening binnen de VPB is geregeld. Een belastingplichtige kan haar boekjaar wijzigen, hiervoor dient zij haar statuten te wijzigen. Deze wijziging dient niet enkel gebaseerd te zijn op het behalen van een fiscaal voordeel. In de memorie van antwoord stelde de wetgever over de angst voor manipulaties het volgende:

Naar hun mening biedt het vierde lid van dit artikel voldoende waarborg tegen een louter om fiscale redenen toegepaste verlenging of verkorting van het boekjaar. In dat geval is immers geen sprake meer van een regelmatige boekhouding met geregelde jaarlijkse afsluitingen, zodat voor het door de belastingplichtige gekozen boekjaar het kalenderjaar in de plaats treedt. De ondergetekenden menen derhalve dat de gevaren van de door deze leden gevreesde manipulaties niet van dien aard zijn dat daardoor een nadere uitwerking van het begrip boekjaar, die tot een verzwaring van de wettekst zou leiden, gerechtvaardigd is³⁴.

In paragraaf 3.3.5 is betoogd dat het voorkomen van verliesverdamping niet het behalen is van een voordeel maar het voorkomen van een fiscaal nadeel. Het Hof van 's-Hertogenbosch³⁵ heeft geoordeeld over de volgende situatie: Een belastingplichtige had een kort boekjaar tussengevoegd om zo tweemaal gebruik te kunnen maken van de voorraadaftrek, om op deze manier gezien vanuit de totaalwinstgedachte een fiscaal nadeel te voorkomen. De inspecteur stelde zich op het standpunt dat het een fiscaal voordeel betrof.

Het Hof volgde de zienswijze die beschreven werd in paragraaf 3.3.5 en besloot dat de verkorting van een boekjaar ter voorkoming van een incidenteel fiscaal nadeel niet in strijd is met goedkoopmansgebruik. In haar overwegingen merkt het Hof tevens op dat het veranderen

³⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 1962-1963, 6000, nr.9, blz 10.

³⁵ HOF 's-Hertogenbosch, Eerste Meerv. Belastingk., 26 mei 1989, BNB 1991/11.

van boekjaar niet leidt tot een onregelmatige jaarlijkse boekhouding van de belastingplichtige en zodoende niet in strijd met artikel 7, lid 4 Wet VPB 1969 wordt gehandeld.

Een belastingplichtige die in zijn laatste boekjaar van de verliescompensatie periode winstgevend is maar nog niet zijn volledige verlies in heeft gelopen kan ervoor kiezen zijn boekjaar te verlengen. Na statuten wijziging zal dan een boekjaar volgen dat langer is dan een kalenderjaar. Omdat er een jaarlijkse afsluiting is vereist kan een belastingplichtige in theorie zijn boekjaar niet met meer dan één jaar verlengen. Wanneer zij bijvoorbeeld statutair een boekjaar heeft van 1 mei tot 31 april kan zijn kiezen per 30 april af te sluiten op 29 april zodoende het boekjaar nog een doorloopt tot 29 april van het volgende jaar. Een wijziging kan niet met terugwerkende kracht worden ingevoerd, zo heeft de Hoge Raad bepaald.³⁶ Daarnaast mag een belastingplichtige niet twee boekjaren binnen een kalenderjaar laten aanvangen en eindigen, tenzij het eerste korte boekjaar een termijn van 12 maanden betreft, zo werd bepaald in het arrest van de Hoge Raad op 2 maart 1994.³⁷

Door deze verlenging is de belastingplichtige in staat meer van zijn behaalde winst te gebruiken voor verliescompensatie en wordt verdamping van dit deel voorkomen.

In lijn met de bedoeling van de verliesverrekening?

Het verlengen van boekjaar is een evident voorbeeld van het betrekken van winsten in de periode van verliestermijnen. Het laatste jaar van de termijn wordt verlengd met als doel meer winst te kunnen toerekenen aan compensabele verliezen. Dat deze handeling geheel in lijn met de wet kan plaats vinden doet niet af aan het feit dat winsten binnen de verliestermijn worden betrokken die daar niet thuis horen. De verlenging van een boekjaar is zodoende in strijd met de strekking van artikel 20 Wet VPB 1969. De vraag is of deze methode, het laatste redmiddel wanneer in de eerdere 9 jaren het verlies niet ingelopen is, een reële bedreiging is van artikel 20 Wet VPB 1969 en zodoende vraagt om een anti-misbruikbepaling.

Er van uitgaand dat er een anti-misbruikbepaling gewenst is, kan een en ander op de volgende wijze vorm gegeven worden. Het venijn zit hem in het fiscale nadeel dat wordt voorkomen in plaats van een voordeel behalen. In hoofdstuk 3.4.5 staat dat de wetgever niet expliciet bepaald heeft dat het compenseren van verlies een fiscaal voordeel is. Aangesloten bij de

³⁶ HR 16 december 1991, BNB 1992/71.

³⁷ HR 2 maart 1994, BNB 1994/123.

uitspraken van de Hoge Raad en literatuur, kan worden geconcludeerd dat er sprake is van voorkoming van een nadeel. Oplossing kan zijn het opnemen van een anti-misbruikbepaling die stelt dat het compenseren van verlies een fiscaal voordeel is in de zin van artikel 7 lid 4 Wet VPB 1969. Door deze anti-misbruik bepaling wordt voorkomen dat boekjaarverlenging een methode is om verliesverdamping te voorkomen.

Probleem is dat deze bepaling doorwerkt naar de methode 'wijziging van de fiscale waardering'. Bij de wijziging van fiscale waardering mag eveneens geen incidenteel fiscaal voordeel worden behaald. De fiscale waarderingswijziging is wel in overeenstemming met artikel 20 Wet VPB 1969 en mag niet geraakt worden door de anti-misbruik bepaling. In de anti-misbruik bepaling dient duidelijk opgenomen te worden dat deze enkel geldt ter zake van een boekjaarverlenging. Op deze manier blijft de wijziging van de fiscale waardering, welke wel in overeenstemming is met doel van artikel 20 Wet VPB 1969, buiten schot.

Mijns inziens is de bedreiging van artikel 20 Wet VPB 1969 echter niet groot genoeg om een dergelijke anti-misbruikbepaling te rechtvaardigen. Het verlengen van een boekjaar zal veelal als laatste mogelijkheid worden gebruikt. Het vergt daarnaast de nodige inspanning van de belastingplichtige, immers dient zij haar statuten te veranderen en haar boekhouding volledig aan te passen. Een oplossing kan zijn de in de conclusie te bespreken algemene bepaling.

3.4.8 Bijzondere baten gevolgd door bijzondere lasten in het volgende jaar

Als een belastingplichtige in staat is bijzondere baten te realiseren kan zij proberen deze zo vroeg mogelijk te nemen. Als dit in een later jaar de consequentie heeft dat er bijzondere lasten moeten worden genomen, welke buiten de compensatietermijn vallen, is hiermee een voordeel te behalen voor de belastingplichtige.

3.4.9 Andere manieren?

Naast de door Kampschoër onderkende methoden ter voorkoming van verliesverdamping kent de praktijk nog enkele andere mogelijkheden ter voorkoming van verliesverdamping binnen de wet en regelgeving. In deze paragraaf zullen de overige methoden worden besproken.

3.4.9.1 Technolease

Door de werking van artikel 20 Wet VPB 1969 worden belastingplichtigen uitgedaagd zeer creatief om te gaan met hun winsten en verliezen om zo verliesverdamping te voorkomen. In zijn artikel stipt Leenders³⁸ aan dat met de beperking van de verliesverrekeningstermijn mogelijk, de technolease weer terug zal keren. Technolease omvatte sell-and-lease-back constructies van immateriële activa. De boekwinst op de verkoop werd bij belastingplichtigen tot hun winst gerekend, de huurbetalingen die daarop volgden waren kosten en zodoende aftrekbaar van de winst. Grote ondernemingen als Philips en Fokker kwamen met deze constructies in het nieuws, voornamelijk omdat aan de realiteit van de transactie werd getwijfeld. Begin jaren negentig bestonden er in de wetgeving geen criteria op het gebied van sale-and-leaseback constructies. De constructies werden toegepast en simpelweg vermeld in de aangifte.

Philips wilde samen met de Rabobank een grote technolease opzetten en wilde hier van tevoren de fiscale behandeling af stemmen met de belastingdienst. Eerst was dit niet mogelijk, na lang overleg tussen de partijen besloot de staatssecretaris de zekerheid toch te verschaffen. In de kamer kwamen vragen over de zekerheid en of deze al dan niet voor andere belastingplichtigen gold. De staatssecretaris heeft toentertijd bepaald dat nieuwe technolease constructies getoetst zouden worden aan die van Philips/Rabobank.³⁹ Later heeft Fokker eveneens in samenspraak met de overheid een omvangrijke technolease constructie opgezet.

De wetgever heeft in augustus 1994 bepaald onder welke voorwaarden deze constructies mogen plaats vinden.⁴⁰ Dit Besluit is in 2000 ongewijzigd overgenomen en nog altijd van kracht.⁴¹ De in het Besluit vastgelegde voorwaarden luiden:

- *Essentiële voorwaarde is dat bij de koper sprake is van een economisch belang bij het activum, gevoegd bij de beschikkingsmacht om dat belang te realiseren (...).*
- *De transactie moet de reële exploitatie van een immaterieel activum behelzen en moet ook met dat motief zijn aangegaan. (...)*

Met de terugkeer van de beperkte verliescompensatie zou eveneens de terugkeer van de technolease aanstaande kunnen zijn.

³⁸ V.S.Th. Leenders, Verliesverrekening vanaf 2007: technolease revisited?, Forfaitair 2005/156.

³⁹ Technolease, VN 1997/1253.

⁴⁰ Resolutie van 26 augustus 1994, nr. DB94/3035M, BNB 1994/316.

⁴¹ CPP2000/2660, 4 december 2000.

In lijn met de bedoeling van de verliesverrekening?

Bij technolease, en andere sale-and-lease-back handelingen, worden eveneens stille reserves die zich in de onderneming bevinden te gelde gemaakt voor verliescompensatie. De stille reserves komen voort uit de onderneming en zijn, voor zover toerekenbaar aan de verliesverrekeningstermijn, beschikbaar voor verliescompensatie. De goodwill die besloten ligt in de stille reserve is eveneens beschikbaar. De goodwill is waarde gecreëerd binnen de onderneming. De waarde die te gelde wordt gemaakt bij realisatie welke toegerekend kan worden aan jaren binnen de verliescompensatie mogen gebruikt worden voor verrekening. Dat de belastingdienst hier in het verleden al aan heeft meegewerkt duidt op dat technolease niet in strijd wordt geacht met de verliescompensatie. Daarnaast is het eerder besproken Besluit, waarin de voorwaarden aan technolease vermeld staan, nog altijd van kracht.

3.4.9.2 Forceren van verplichte winstneming

In paragraaf 3.2.3 is te lezen dat de Wet VPB 1969 enkele bepalingen kent die belastingplichtige verplicht winst te nemen. Deze bepalingen kunnen de belastingplichtige in staat stellen om haar voor compensatie beschikbare verliezen te benutten. Bij het realiseren van de stille reserves werden al een tweetal geforceerde winstnemingen besproken evenals bij de inbreng van winstgevendende activiteiten. Hierna volgen enkele andere de bepalingen;

Vervreemding afgewaardeerde vordering

Artikel 13b VPB 1969 stelt dat als een belastingplichtige een afgewaardeerde vordering waarin zij of een verbonden lichaam een deelneming heeft, vervreemdt aan een verbonden lichaam, het bedrag ter grote van de afwaardering tot de winst van de onderneming moet worden gerekend. Een belastingplichtige met verliezen kan afgewaardeerde vordering op een verbonden lichamen tegen de boekwaarde vervreemden aan een verbonden lichaam. De handeling leidt tot het verplicht nemen van een winst ter grote van de afwaardering. De eventueel latere winst op de vordering wordt binnen het concern gerealiseerd bij de overnemende onderneming.

Omzetten afgewaardeerde vordering

Artikel 13ba Wet VPB 1969 geeft enkele situaties waarin de afwaardering van een vordering op een lichaam waarin de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden lichaam een deelneming heeft, door een belastingplichtige moet worden teruggenomen. Dit gebeurt wanneer de in lid 2 benoemde omzettingen van de vordering zich voordoen. Als een

van deze situaties zich voor doet zal de belastingplichtige een winst moeten verantwoorden ter grote van de afwaardering van de vordering. Door zich bewust schuldig te maken aan een van deze handeling kan de belastingplichtige fictieve winstneming forceren.

3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk werd antwoord gezocht op de vraag: *Op welke wijze kan verliesverjonging/voorkoming van verliesverdamping plaats vinden binnen de Wet VPB 1969, en valt dit onder de strekking van de verliescompensatie of is aanvullende regelgeving gewenst?*

De eerste deel van gaat over de wijze waarop verliesverjonging plaats kan vinden binnen de Wet VPB 1969. Het blijkt dat er binnen de wet en jurisprudentie ruimte is voor de toepassing van verliesverjonging. Kampschoër heeft vervolgens geconcludeerd dat er tien verschillende methodes zijn te onderscheiden waarmee deze ruimte benut kan worden.

Het tweede deel van de vraag ziet op het feit of de wetgever bedoeld heeft dat verlies mogelijk niet kan verdampen. Het ligt binnen de strekking van artikel 20 Wet VPB 1969 om winsten, gerealiseerd als wel ongerealiseerd, te gebruiken voor verliescompensatie. Voorwaarde is wel dat deze winsten toerekenbaar zijn aan de jaren binnen de verliescompensatie, zijn ze dit niet dan komen ze niet in aanmerking voor compensatie. Middels wettelijke bepalingen kan worden bewerkstelligd dat methodes die niet in overeenstemming zijn met de strekking van de verliescompensatie niet meer toepasbaar zijn.

Algemene bepaling

Een overweging zou kunnen zijn om een bepaling de wet op te nemen die verbiedt verliescompensatie te realiseren door middel van kunstmatig handelen van de belastingplichtige. Een belastingplichtige mag enkel winsten gebruiken die hij eveneens zonder toepassing van kunstmatig handelen had kunnen gebruiken. Een parallel kan getrokken worden naar de *fraus legis* binnen de Wet op de Omzetbelasting 1968⁴². Hier geldt dat aftrek niet gerealiseerd mag worden via een omweg wanneer de belastingplichtige daar geen recht op heeft. Tevens mag een constructie niet met belastingvoordeel als wezenlijk doel worden gevormd. Voordeel is dat binnen de jurisprudentie de kaders kunnen worden gevormd van welke winst wel en niet in aanmerking komt voor verliescompensatie.

⁴² Hilten, M.E van, Kesteren H.W.M van, Omzetbelasting, FED Fiscale studieserie, Kluwer, 2007, blz. 36-39.

4. Conclusie

De probleemstelling die centraal stond in deze scriptie luidt: *Voorkomt artikel 20 Wet VPB 1969 daadwerkelijk de mogelijkheid tot oneindige verliescompensatie?*

Alvorens deze probleemstelling te beantwoorden, zullen eerst de uitwerkingen op de deelvragen bekeken worden. Na beantwoording van de probleemstelling is er ruimte voor een aanbeveling naar aanleiding van deze scriptie.

4.1 Artikel 20 Wet VPB 1969, de totstandkoming en werking

In hoofdstuk 2 is gezocht naar het antwoord op de vraag *'hoe wordt oneindige verliescompensatie voorkomen in de Wet VPB 1969'*. Allereerst werd gekeken naar de geschiedenis en de totstandkoming van de wet. Verliescompensatie blijkt al tijdens onderwerp van discussie en de termijnen zijn zeer veranderlijk. Politieke en economische beweegredenen liggen ten grondslag aan het aanpassen van de carry back en carry forward termijnen.

Onder de huidige wetgeving beoogt artikel 20 Wet VPB 1969 oneindige verliescompensatie te voorkomen. Dit gebeurt middels inperking van de termijnen voor carry back en carry forward van respectievelijk 1 en 9 jaar. Door een beschikking van de inspecteur van de belastingdienst wordt het voor verrekening beschikbare verlies vastgesteld. Verrekening van beschikbare verliezen gebeurt eveneens middels een voor bezwaar vatbare beschikking van de inspecteur.

Interessant is dat in de parlementaire behandeling door de wetgever is opgemerkt dat constructies om verliesverjonging toe te passen, wanneer binnen de wetgeving en jurisprudentie, toegestaan zijn..

Oneindige verliesverdamping tracht te worden voorkomen door een termijnstelling in artikel 20 Wet VPB 1969. Of deze termijn daadwerkelijk zorgt voor verliesverdamping zal worden gezien in de volgende paragraaf.

4.2 Verliesverjonging onder artikel 20 Wet VPB 1969 en de gewenste aanpassingen

In dit hoofdstuk 3 werd gezocht naar het antwoord op de vraag; *Op welke wijze kan verliesverjonging/voorkoming van verliesverdamping plaats vinden binnen de Wet VPB 1969, en valt dit onder de strekking van de verliescompensatie of is aanvullende regelgeving gewenst?*

Eerst bleek dat het voorkomen van verliesverdamping niet in strijd is met de verliescompensatie. Nadat de wetgever de deur naar constructies open had gezet, zoals beschreven in hoofdstuk 2, mits binnen de ruimte van de wet en jurisprudentie blijkt deze ruimte er ook te zijn. Naar aanleiding van empirisch onderzoek van Kampschoër bleken er verscheidene manieren om deze ruimte te benutten.

Het bleek in hoofdstuk 2 dat artikel 20 Wet VPB 1969 op dit moment niet tot gevolg heeft dat alle verliezen verdampen. Belastingplichtige kunnen verdamping via constructies voorkomen. De wetgever mist zo de beoogde grondslag verbreding, en rijst de vraag of de regelgeving moet worden aangepast?

Onder artikel 20 Wet VPB 1969 dienen verliezen binnen 9 jaar verrekend te worden met winsten. Winsten die vallen in die termijn, of betrekking hebben op die termijn, moeten gebruikt kunnen worden voor deze compensaties. Constructies om dit te verwezenlijken zijn zodoende niet in strijd met doel en strekking van artikel 20 Wet VPB 1969. Het creëren van winsten die niet uit de onderneming zelf voortvloeien of geen betrekking hebben op de jaren binnen de verliestermijn zouden niet gebruikt mogen worden voor compensatie. Op dit terrein is er behoefte aan regelgeving omdat in de huidige situatie deze constructies toepassing vinden. Een algemene bepaling die constructies verbiedt wanneer deze in strijd zijn met de beschreven strekking van artikel 20 Wet VPB 1969 verdient de voorkeur.

4.3 Beantwoording probleemstelling

De probleemstelling die deze gehele scriptie centraal stond luidt:

Voorkomt artikel 20 Wet VPB 1969 daadwerkelijk de mogelijkheid tot oneindige verliescompensatie?

De verliesverrekening is al decennia lang onderwerp van discussie dit blijkt uit de geschiedenis en de veranderlijkheid van de regeling. Het doel van artikel 20 Wet VPB 1969 is middels verliesverdamping te zorgen voor een grondslagverbreding binnen de Wet VPB 1969. De oneindige verliescompensatie dient zodoende voorkomen te worden.

De verliescompensatie is met de aanpassing van artikel 20 Wet VPB 1969 weliswaar eindig geworden maar dit leidt zoals in hoofdstuk 3 blijkt niet tot verliesverdamping. Belastingplichtigen hebben een aantal manieren om te zorgen dat ze kunstmatig hun gehele verlies inlopen en hiermee verdamping voorkomen. De regeling lijkt hiermee zijn doel te missen. In hoofdstuk 3 is door middel van een beschreven bedoeling en strekking van de

verliescompensatie bekeken welke methodes wel en niet toegestaan zouden moeten zijn. Voor de methodes die niet toegestaan zouden moeten zijn blijken manieren aanwezig om ontoepasbaarheid te bewerkstelligen. Wanneer deze ontoepasbaarheid wordt gerealiseerd zullen winsten die niet toe te rekenen zijn aan jaren binnen de verliescompensatietermijn niet meer beschikbaar zijn voor verrekening. Hierdoor kan artikel 20 Wet VPB 1969 toch de gewenste grondslagverbreding bereiken die het in haar huidige vorm mist.

Het huidige artikel 20 Wet VPB 1969 leidt ertoe dat verliezen na negen jaar verdampen. Echter zonder aanvullende regelgeving kunnen belastingplichtigen er voor zorgen dat er geen verlies meer is om te verdampen. De uitwerking is dan het zelfde als bij onbeperkte verliescompensatie. Artikel 20 Wet VPB 1969 leidt tot een beperkte termijn van verliescompensatie maar niet tot verdamping van verliezen.

4.4 Aanbevelingen

Wil de wetgever de beoogde grondslagverbreding bewerkstelligen zal zij deze aanbevolen wetswijzigingen in deze scriptie kunnen volgen. Mijns inziens is de beste oplossing een terugkeer naar de onbeperkte verliescompensatie. Het zou de wetgeving een stuk eenvoudiger maken en is van uit de totaalwinstgedachte bezien gerechtvaardigd.

De benodigde grondslagverbreding kan effectiever gerealiseerd worden op het gebied van de renteproblematiek binnen de Wet VPB 1969 dan op het gebied van de verliescompensatie. Het voert echter te ver om daar hier verder op in te gaan.

5. Literatuurlijst

5.1 Literatuur

- Bellingwout, J.W, Een win-win alternatief voor verliescompensatie, WFR 2005/1518.
- Berkhout, T.M, Fiscale padafhankelijkheid en hierarchie tussen beginselen van goedkoopmansgebruik, FED 2003/242.
- Brandsma, R.P.C.W.M, Geld, J.A.G. van der, Vries R.J. de, fiscaal crisispakket 2009, WFR 2009/313.
- Bont, G.J.M.E. de, Herwaardenen op hogere bedrijfswaarde, indien compensabele verliezen dreigen te verdampen, WFR 1994/238.
- Bruins Slot, W, Artikel 20a Wet VPB 1969 Verliesverrekening, Artikelsgewijs commentaar NDFR.
- Bruins Slot, W, De aanschrijving en de toekomst van technolease, WFR 1994/1303.
- Dool, R.P. van den, Fiscale winst en stelselwijziging, TFO 1993/216.
- Dool, R.P. van den, Verliesverrekening in economisch perspectief, Forfaitair 2009/194.
- Grapperhaus, F. H. M, Onbeperkte voorwaartse verliescompensatie een eis van rechtvaardigheid, WFR 1979/669.
- Hilten, M.E van, Kesteren H.W.M van, Omzetbelasting, FED Fiscale studiereserie, Kluwer, 2007
- Hofstra, H.J, Verrekening van positieve en negatieve inkomens en winsten in de tijd, WFR 1979/277.
- Kampschöer, G.W.J.M, De beperking van de verliesverrekeningstermijn, WFR 2006/785.
- Kok, Q.W.J.C.H de, De Wet VPB 2007, Kluwer, 2006.
- Leenders, V.S.Th, Verliesverrekening vanaf 2007: technolease revisited?, Forfaitair 2005/156.
- Meeles, D.A.M, Stelselwijzigingen, MBB nr 6, juni 1970.
- Post, D.R, Verliescompensatie en totaalwinst: meer dan een mythe?, WFR 2006/433.
- Sillevis, L.W, Cursus Belastingrecht editie: Inkomstenbelasting, Kluwer.
- Stevens, L.G.M, Creatief door de recessie Maak het fiscale stelsel crisisbestendig, Financieel Dagblad, 13-12-2008.
- Thomas, E, Artikel 20 Wet VPB 1969 Verliesverrekening, Artikelsgewijs commentaar, NDFR.
- Vakstudie Nieuws, Technolease, 1997/1253, Kluwer.

Vries, N.H. De, Vries R.J. De, Cursus Belastingrecht editie: Venootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2006.

5.2 Jurisprudentie

Hof 's-Hertogenbosch, 26 mei 1989, BNB 1991/11.

Hoge Raad 19 maart 1975, BNB 1976/120.

Hoge Raad 14 juni 1978, BNB 1979/181.

Hoge Raad 16 juni 1979, BNB 1980/214.

Hoge Raad 12 februari 1986, BNB 1986/201.

Hoge Raad 16 december 1991, BNB 1992/71.

Hoge Raad 10 maart 1993, BNB 1993/196.

Hoge Raad 2 maart 1994, BNB 1994/164.

Hoge Raad 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409.

Hoge Raad 14 april 1999, nr. 34 137, BNB 1999/326.

5.3 Kamerstukken

Tweede Kamer, vergaderjaar 1962-1963, 6000, nr. 9.

Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 23962, nr. 3.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27466, nr. 7.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29210, nr. 8.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 572, nr. 3.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 572, nr. 4.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 30572, nr. 4.

Handelingen II, 28 november 1979.

5.4 Resoluties en Besluiten

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

Besluit 14 november 2000, nr. CPP2000/2118.

Besluit van 4 december 2000, nr. CPP2000/2660