

Vennootschapsbelasting. Verliesverrekening. Toepassing van artikel 20a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969

6 mei 2008/nr. CPP2008/984M
Belastingdienst/Centrum voor proces-
en productontwikkeling, Sector brieven
en beleidsbesluiten

De Staatssecretaris van Financiën heeft het volgende besloten.

Dit besluit vervangt het besluit van 20 december 2005, nr. CPP2005/1946M over de toepassing van artikel 20a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (handel in verlieslichamen). Het besluit is aangepast aan het arrest van de Hoge Raad van 22 september 2006, nr. 42.444.

In onderdeel 2.3 is de omschrijving aangepast van situaties waarin de hardheidsclausule wordt toegepast.

Voor het overige zijn met dit besluit geen inhoudelijke wijzigingen beoogd. Wel zijn op verscheidene punten redactionele wijzigingen aangebracht.

Gebruikte begrippen en afkortingen
Wet Vpb: Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Artikel 20a: Artikel 20a van de Wet Vpb
Persoon: natuurlijke persoon of rechtspersoon

1. Inleiding

Dit besluit is een actualisering van het besluit van 20 december 2005, nr. CPP2005/1946M, over de toepassing van artikel 20a. Artikel 20a bevat een beperking van de mogelijkheid tot verliesverrekening voor de situatie dat het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd.

Het arrest van de Hoge Raad van 22 september 2006, nr. 42.444, is in dit besluit verwerkt. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat het begrip 'het uiteindelijke belang van een natuurlijke persoon of rechtspersoon' in artikel 20a, lid 2, onderdeel b, mede omvat de uitbreiding van het belang van een verbonden lichaam in een verliesvennootschap zonder dat een van de uiteindelijke aandeelhouders (natuurlijke personen) een belang van ten minste een derde in de verliesvennootschap heeft. In dat geval moet vanuit het verbonden lichaam worden beoordeeld of artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, van toepassing is.

Naar aanleiding van dit arrest is onderdeel 3.2. van het besluit gewijzigd. Verder is in onderdeel 2.3. de omschrijving aangepast van situaties waarin de hardheidsclausule wordt toegepast.

Voor het overige zijn met dit besluit geen inhoudelijke wijzigingen beoogd. Wel zijn op verscheidene punten redactionele wijzigingen aangebracht.

2. Toepassing van artikel 20a, eerste lid

Artikel 20a, eerste lid, is aan de orde als aannemelijk is dat in vergelijking met het begin van het oudste jaar waarvan een verlies nog niet is verrekend, het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd. Door de belangenwijziging kunnen verliezen in beginsel niet meer worden verrekend. De meest voorkomende vorm van een wijziging in het uiteindelijke belang in een belastingplichtige doet zich voor als aandelen worden vervreemd. Een belangenwijziging kan zich echter ook op andere wijze voordoen. Een wijziging in het uiteindelijke belang wordt daarom materieel getoetst. Daarbij zijn vooral bepalingen betreffende de zeggenschap, winstgerechtigdheid en winstverdeling van belang.

2.1. Omzetting van gewone aandelen in cumulatief preferente aandelen

De omzetting van (een deel van de) gewone aandelen in cumulatief preferente aandelen heeft gevolgen voor de winstgerechtigdheid en de winstverdeling. Door de omzetting komt de winst voor zover deze het cumulatief preferente dividend overstijgt, ten goede aan de gewone aandelen. Omzetting van gewone aandelen in cumulatief preferente aandelen kan daardoor een wijziging in het uiteindelijke belang tot gevolg hebben.

Ook de uitgifte van nieuwe aandelen, of een geldverstreking onder zodanige voorwaarden dat deze aangemerkt moet worden als een informele kapitaalverstreking, kan een belangenwijziging in de zin van artikel 20a, eerste lid, tot gevolg hebben.

2.2. Uiteindelijk belang in een coöperatie

Artikel 20a geldt voor alle belastingplichtigen voor de vennootschapsbelasting, dus ook voor coöperaties. Ook bij coöperaties wordt mede aan de hand van bepalingen betreffende zeggenschap, winstgerechtigdheid en winstverdeling materieel getoetst of het uiteindelijke belang in belangrijke mate is gewijzigd.

2.3. Terugkoop van aandelen door oorspronkelijke aandeelhouder

In beginsel vervalt het recht op verliesverrekening zodra het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belang-

rijke mate is gewijzigd. Zowel uit de wettekst als het systeem volgt dat het recht op verliesverrekening niet herleeft als het uiteindelijke belang in de belastingplichtige terugkeert bij de oorspronkelijke aandeelhouders.

Ter verduidelijking licht ik dit standpunt hieronder nader toe.

De wettekst

Het eerste lid bevat de hoofdregel van artikel 20a: verliezen zijn niet meer voorwaarts verrekenbaar indien het uiteindelijke belang in belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd. Het recht op verliesverrekening vervalt in dat geval met ingang van het jaar waarin de wijziging heeft plaatsgevonden.

In artikel 20a, tweede tot en met twaalfde lid, wordt vervolgens uitgewerkt onder welke voorwaarden en omstandigheden het eerste lid niet van toepassing is. Het betreft een limitatieve opsomming van specifieke situaties waar verliezen toch nog verrekend worden. De situatie waarbij het uiteindelijke belang in de belastingplichtige terugkeert bij de oorspronkelijke aandeelhouders is niet genoemd.

De wetsgeschiedenis

Artikel 20a treedt in werking zodra het uiteindelijke belang in een belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd. Daartoe vindt van jaar tot jaar een aandelentoets plaats. Het is daarbij niet van belang of in het tussenliggende jaar winst of verlies is behaald. Dit is een belangrijk verschil met het oorspronkelijke wetsvoorstel. Het oorspronkelijke wetsvoorstel ging uit van een stelsel waarin eerst op het moment dat verliesverrekening aan de orde komt, dus in een volgend winstjaar, zou worden beoordeeld of verliezen met de winst van dat jaar kunnen worden verrekend. Door deze systeemwijziging, die in de loop van het wetgevende proces heeft plaats gevonden, is mogelijk enige verandering ontstaan.

Het herleven van het recht op verliesverrekening is tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel aan de orde geweest. In de Nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel is op vragen van de NOB geantwoord dat verliezen herleven zodra een terugoverdracht van de aandelen plaatsvindt aan de oorspronkelijke aandeelhouders. Dit antwoord heeft echter betrekking op het oorspronkelijke wetsvoorstel en is dus niet meer van betekenis doordat in de uiteindelijke regeling een andere

toets is opgenomen. Volgens de in de Wet Vpb opgenomen regeling gaat het recht op verliesverrekening bij een belangrijke belangenwijziging definitief en onmiddellijk verloren, tenzij voldaan wordt aan één van de in artikel 20a, tweede en volgende leden van de Wet Vpb beschreven uitzonderingssituaties.

Overigens zijn de uitzonderingssituaties zodanig ruim dat in de meeste gevallen één van de uitzonderingen van toepassing zal zijn. Verliezen blijven dan, al dan niet beperkt, verrekenbaar. Het is echter ook mogelijk dat verliezen definitief verloren gaan. Dit is tijdens de (latere) parlementaire behandeling meermalen aan de orde geweest. Verliezen gaan na een belangrijke aandeelhouderswisseling definitief verloren indien deze zijn behaald in een jaar waarin de bezittingen grotendeels uit beleggingen bestonden, indien sprake is van een beëindiging van de activiteiten of indien niet wordt gekozen voor de mogelijkheid tot winstsplitting van het negende lid¹ (thans elfde lid).

De bedoeling

Ook de bedoeling van de regeling geeft geen aanleiding verliezen te laten herleven bij terugoverdracht van de aandelen aan de oorspronkelijke aandeelhouders. De oorspronkelijke situatie zal vrijwel nooit meer volledig worden hersteld. Bij de overdracht van de aandelen door de oorspronkelijke aandeelhouder zal bij de bepaling van de prijs rekening zijn gehouden met de waardedrukkende werking van artikel 20a, eerste lid. Het herleven van de mogelijkheid tot verliesverrekening bij de terugoverdracht aan de oorspronkelijke aandeelhouder, is echter een waardeverhogende factor. Ook daarmee zal bij de prijsbepaling rekening worden gehouden. Door de verkoper wordt een voordeel behaald met de 'handel in verliezen' terwijl die verliezen niet door deze partij zijn geleden. Met de invoering van artikel 20a is beoogd de bestaande bepaling tegen de handel in verliesvennootschappen in overeenstemming te brengen met de oorspronkelijke bedoelingen. De voorloper van artikel 20a, artikel 20, vijfde lid (oud), van de Wet Vpb was bedoeld tegen elke vorm van handel in verliezen.²

Het niet doen herleven van de verliesverrekening bij terugoverdracht van de aandelen door de oorspronkelijke aandeelhouder acht ik hiermee in overeenstemming.

Hardheidsclausule onder (zeer) bijzondere omstandigheden

Ik ben in beginsel bereid, met toepassing van artikel 63 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, af te wijken van de boven geschetste toepassing van artikel 20a indien wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:
– de verliescompensatie komt uitsluitend ten goede aan de oorspronkelijke

aandeelhouders die de verliezen hebben geleden, en

– in de prijs van de aandelen is geen vergoeding voor het herleven van de verliescompensatie begrepen, en
– gedurende de periode dat het belang in de verliesvennootschap bij derden heeft berust zijn geen latente winsten ontstaan of ingebracht waarmee de verliezen kunnen worden verrekend.

Verzoeken om toepassing van de hardheidsclausule moeten worden gericht aan Belastingdienst/Centrum voor Proces- en Productontwikkeling, Postbus 20201, 2500 EE Den Haag.

2.4. Verhanging van een dochtervennootschap binnen een concern

Artikel 20a is niet van toepassing in geval van een 'interne verhanging'. Met een 'interne verhanging' wordt de situatie bedoeld waarbij binnen een concern, de aandelen in een belastingplichtige door een volledige dochtervennootschap worden overgedragen aan de tophoudstervennootschap of een andere volledige dochtervennootschap.

De toepassing van artikel 20a vereist een wijziging in het uiteindelijke belang in de belastingplichtige. Bij interne verhanging binnen concern is daarvan geen sprake. Het uiteindelijke belang in de verhangen vennootschap blijft immers berusten bij (de uiteindelijke aandeelhouders van) de tophoudstervennootschap.

Een 'interne verhanging' moet worden onderscheiden van een 'interne belangenverschuiving'. Met een 'interne belangenverschuiving' wordt bedoeld op de verkoop van aandelen in een belastingplichtige aan een andere zittende aandeelhouder in de belastingplichtige. Een zogenaamde 'interne belangenverschuiving' valt wel onder de toepassing van artikel 20a.

In de Nota naar aanleiding van het verslag is over een 'interne belangenverschuiving' opgemerkt dat er in het algemeen geen goede argumenten zijn om anders aan te kijken tegen een overdracht van aandelen door een zittende aandeelhouder aan een andere zittende aandeelhouder dan aan een nieuw toetredende aandeelhouder. In beide gevallen is sprake van een wijziging in het uiteindelijke belang.

Overigens is in artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, wel een uitzondering gemaakt voor een uitbreiding van het uiteindelijke belang door een persoon die al ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang bezit.

2.5. Latent aanwezige verliezen bij aanvang van het boekjaar

Naar mijn mening kan artikel 20a ook betrekking hebben op verliezen die bij de aanvang van het boekjaar waarin de

belangenwijziging plaatsvindt materieel in bepaalde activa aanwezig zijn, maar pas later worden gerealiseerd.

Een voorbeeld is de situatie waarin vast staat dat bij de aanvang van het boekjaar waarin de belangenwijziging plaatsvindt, de waarde van het aanwezige onroerend goed aanzienlijk lager is dan de boekwaarde. Het bij een latere verkoop gerealiseerde verlies kan met toepassing van artikel 20a, alsnog van verrekening worden uitgesloten. Bij een deelneming kan dit als een verlies pas bij de liquidatie van de deelneming tot uitdrukking wordt gebracht. Hier staat tegenover dat ook rekening mag worden gehouden met aanwezige positieve stille reserves (vergelijk de mogelijkheid tot herwaardering in artikel 20a, twaalfde lid).

Over de toepassing van artikel 20a bestaat op dit punt nog geen jurisprudentie. Die is er wel over de toepassing van artikel 20 vijfde lid (oud), van de Wet Vpb.

Het betreft zowel situaties waarin sprake is van latent aanwezige winsten als verliezen. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 12 februari 1986, nr. 23.275 beslist dat het niet met de strekking van artikel 20, vijfde lid (oud), van de Wet Vpb verenigbaar is om dit voorschrift toe te passen voor zover verliezen worden verrekend met winsten welke voortvloeien uit stille reserves, die in het lichaam aanwezig waren ten tijde van de aandeelhouderswisseling. Van zodanige onverenigbaarheid is volgens de Hoge Raad mede sprake als ten tijde van de overgang stille reserves aanwezig zijn in bedrijfsmiddelen, welke bedrijfsmiddelen na dat tijdstip worden gebezigd tot het behalen van winst.

Daar tegen over staat dat het met de strekking van artikel 20, vijfde lid (oud), van de Wet Vpb evenmin verenigbaar is om de toepassing van het voorschrift achterwege te laten als, ten tijde van de aandeelhouderswisseling (fiscaal) negatieve (stille) reserves aanwezig zijn. In zijn arrest van 22 maart 1995, nr. 29.493 besliste de Hoge Raad dat ook na het jaar van staking tot uitdrukking gebrachte verliezen tot de gestaakte onderneming kunnen worden gerekend ook al zijn de verliezen pas genomen na het moment van de staking.

In lijn met deze arresten heeft op 7 januari 2003 het gerechtshof te Den Haag uitspraak gedaan over een geschil betreffende de verrekening van mee gekochte liquidatieverliezen. De uitspraak is door de Hoge Raad bevestigd in zijn arrest van 9 april 2004, nr. 39.406. De Hoge Raad oordeelde dat het met de strekking van artikel 20, vijfde lid, (oud) van de Wet Vpb strookt de bepaling ook toe te passen voor zover de verliezen in fiscale zin weliswaar pas zijn gerealiseerd na de overgang van

belangen, maar voortvloeien uit feiten en omstandigheden die zich voor die overgang hebben voorgedaan.

Deze jurisprudentie acht ik ook van betekenis voor de toepassing van artikel 20a. Wel dienen de verliezen al materieel aanwezig te zijn ten tijde van de aanvang van het jaar waarin de belangenwijziging zich voordoet. Anders dan artikel 20, vijfde lid (oud), beperkt artikel 20a de verliesverrekening immers niet tot aan het tijdstip van de belangenwijziging, maar tot de aanvang van het jaar waarin de belangenwijziging heeft plaatsgevonden.

3. Toepassing van artikel 20a, tweede lid, onderdeel b

3.1. Verwerving van ten minste een derde van de aandelen in een belastingplichtige gevolgd door een uitbreiding van dit belang met meer dan 30 procent van de aandelen waardoor het uiteindelijke belang in de belastingplichtige opnieuw in belangrijke mate wordt gewijzigd

Sommige wijzigingen in het uiteindelijke belang beperken de mogelijkheid van verliesverrekening niet. Volgens artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, is dat het geval als een persoon zijn uiteindelijke belang in de belastingplichtige vergroot en deze persoon bij het begin van het oudste jaar, bedoeld in het eerste lid van dit artikel, al ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang in de belastingplichtige had. De bepaling beoogt de mogelijkheid van verliesverrekening in stand te laten voor verliesjaren waarin de persoon al bij de aanvang van dat verliesjaar, ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang had. Artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, heeft als toetsmoment echter het begin van het oudste jaar, bedoeld in het eerste lid. Bij een letterlijke toepassing van dit criterium blijkt de ontheffing niet in alle gevallen van toepassing te zijn op verliesjaren waarin de verkrijgende persoon al bij de aanvang van dat verliesjaar, een derde deel van het uiteindelijke belang had. Om dit onbedoelde effect te voorkomen keur ik het volgende goed.

Goedkeuring

Bij uitbreiding van het uiteindelijke belang door een persoon die al in het bezit is van ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang in de belastingplichtige, is artikel 20a, eerste lid niet van toepassing op een verlies, dat is geleden in een jaar waarin deze persoon al bij de aanvang van dat jaar, ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang had.

Voorbeeld

Een beleggingsvennootschap lijdt in de jaren 1 tot en met 5 verlies.

In jaar 1 bezitten A en B ieder 50% van de aandelen.

In jaar 2 verkopen A en B ieder 10% van de aandelen aan C.

Bij het begin van jaar 3 hebben A en B ieder 40% van de aandelen. C bezit 20% van de aandelen. In de loop van jaar 3 verkopen A en B ieder nog eens 10% van de aandelen aan C.

Bij de aanvang van jaar 4 hebben A en B ieder 30% en bezit C 40% van de aandelen.

In jaar 5 koopt C de resterende 60% van de aandelen.

Ten opzichte van het begin van het oudste verliesjaar (jaar 1) is in jaar 3 voor het eerst sprake van een in belangrijke mate gewijzigd belang. In dat jaar is in vergelijking met het oudste verliesjaar in totaal meer dan 30 procent van de aandelen vervreemd. Daardoor wordt voldaan aan de voorwaarde van artikel 20a, eerste lid. De verliezen over de jaren 1 en 2 zijn niet meer verrekenbaar. Het verlies over jaar 3 blijft wel verrekenbaar. In jaar 5 worden de resterende 60% van de aandelen aan C verkocht. In jaar 5 is dus opnieuw sprake van een belangrijke wijziging in het belang. Artikel 20a, eerste lid is wederom van toepassing. Hoewel C bij de aanvang van jaar 5 in het bezit is van meer dan een derde deel van het uiteindelijke belang, wordt niet voldaan aan de uitzondering van artikel 20a, tweede lid, onderdeel b. Vereist is immers dat C 'bij het begin van oudste jaar, bedoeld in het eerste lid' ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang in de belastingplichtige moet bezitten. In het voorbeeld is 'het oudste jaar, bedoeld in het eerste lid', het jaar 3 en bij de aanvang van jaar 3 is C niet in het bezit van een derde deel van het belang. Een letterlijke toepassing van de bepaling heeft tot gevolg dat bij de uitbreiding van het bezit van C met de resterende 60% van de aandelen in jaar 5 de verliezen van jaar 3 en 4 (de jaren voorafgaande aan weer een 'belangrijke wijziging') niet verrekenbaar zijn. Hier doet niet aan af dat C bij de aanvang van jaar 4 wel meer dan een derde deel van de aandelen bezat. De goedkeuring bewerkstelligt dat het verlies van jaar 4 toch verrekenbaar blijft.

3.2. Uitbreiding van het belang van een persoon die reeds ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang in de belastingplichtige had

Volgens artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, blijft voor de toepassing van artikel 20a, eerste lid, buiten aanmerking een belangenwijziging die betrekking heeft op een uitbreiding van het uiteindelijke belang van een persoon die reeds ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang in de belastingplichtige had. Het gaat daarbij om het uiteindelijke belang in de belastingplichtige en wel van iedere persoon afzonderlijk. Die persoon kan een natuurlijke persoon zijn maar ook een rechtspersoon. In de

voorgaande versies van dit besluit is gesteld dat bij de uitbreiding van het uiteindelijke belang van een rechtspersoon bedoeld is de uitbreiding van het belang door een rechtspersoon die zelf geen achterliggende belanghebbenden heeft, zoals een stichting en een vereniging. Dus rechtspersonen waar de bezittingen 'in de dode hand' verkeren.

In zijn arrest van 22 september 2006, nr. 42.444, oordeelde de Hoge Raad echter dat de uitzondering van artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, ook van toepassing is op de uitbreiding van het belang van een verbonden lichaam in een verliesvennootschap zonder dat een van de uiteindelijke aandeelhouders (natuurlijke personen) een belang van ten minste een derde in de verliesvennootschap heeft. In dat geval moet vanuit het verbonden lichaam worden beoordeeld of artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, van toepassing is.

Naar mijn oordeel volgt uit dit arrest dat het begrip 'uiteindelijke belang van een rechtspersoon', naast de rechtspersonen die zelf geen achterliggende belanghebbenden hebben, mede omvat het belang van de laatste rechtspersoon aan de top van een keten van rechtspersonen (tophoudstervenootschap). Een directe of indirecte uitbreiding van een belang in een verliesvennootschap door een tophoudstervenootschap die reeds een belang van ten minste een derde heeft in de verliesvennootschap blijft voor de toepassing van artikel 20a, eerste lid, van de Wet Vpb buiten aanmerking. Het is geen beletsel als het belang in dit lichaam vervolgens weer berust bij natuurlijke personen die zelf niet ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang in het verlieslichaam houden.

Voorbeeld 1

Er is sprake van een tophoudstervenootschap X met 4 natuurlijke personen als aandeelhouder. Ieder van de aandeelhouders bezit 25% van de aandelen X. X heeft een 50% belang in vennootschap Y. Y bezit 40% van de aandelen in vennootschap Z. De overige 60% van de aandelen Z zijn in handen van een derde. Y vergroot het belang in Z door de resterende 60% van de aandelen in Z over te nemen.

De uitzondering van artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, is hier niet van toepassing. Er is geen sprake van een uitbreiding van het 'uiteindelijke belang van een rechtspersoon' (X) die al ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang in het verlieslichaam (Z) had. Het 'uiteindelijke belang' van X in het verlieslichaam (Z) voorafgaand aan de uitbreiding bedraagt 20%. Niet van belang is dat Y zelf wel meer dan een derde deel van de aandelen in het verlieslichaam bezit. Y geldt namelijk niet als de 'uiteindelijke rechtspersoon'.

Voorbeeld 2

Er is sprake van een tophoudstervennootschap X met 4 natuurlijke personen als aandeelhouder. Ieder van de aandeelhouders bezit 25% van de aandelen X. X heeft een 100% belang in vennootschap Y. Y bezit 40% van de aandelen in vennootschap Z. De overige 60% van de aandelen Z zijn in handen van een derde. Y vergroot het belang in Z door de resterende 60% van de aandelen in Z over te nemen.

De uitzondering van artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, is hier wel van toepassing. Er is sprake van een uitbreiding van het 'uiteindelijke belang van een rechtspersoon' (X) die al ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang in het verlieslichaam (Z) had.

Hier doet niet aan af dat de belanghebbenden in X (natuurlijke personen) ieder afzonderlijk slechts beschikken over een uiteindelijk belang van minder dan een derde in het verlieslichaam (Z).

Volledigheidshalve merk ik op dat indien in het voorbeeld de resterende 60% van de aandelen niet door vennootschap Y of X zouden worden aangekocht, maar door een of meer van de aandeelhouders natuurlijke personen in X, niet wordt voldaan aan de voorwaarde van artikel 20a, tweede lid, onderdeel b. De uiteindelijke aandeelhouders natuurlijke personen houden immers individueel minder dan een derde deel van het uiteindelijke belang in het verlieslichaam.

Voorbeeld 3

Dezelfde situatie als voorbeeld 2 met dien verstande dat de natuurlijke personen hun aandelen in de vennootschap X houden door middel van vier persoonlijke houdster BV's. Deze staan aan de top van een keten van rechtspersonen. Individueel houden ze minder dan een derde deel van het uiteindelijke belang in het verlieslichaam. Er wordt dus niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, ongeacht of de resterende 60% van de aandelen worden aangekocht door de natuurlijke personen, door hun persoonlijke houdster BV's of door de vennootschappen Y of X.

3.3. Uitbreiding van het belang in een belastingplichtige door een persoon die samen met zijn huwelijkspartner reeds in het bezit is van ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang in de belastingplichtige

Voor het begrip het uiteindelijke belang wordt gekeken naar de uiteindelijke belanghebbenden en wel voor iedere belanghebbende afzonderlijk. Het kan voorkomen dat een echtpaar in gemeenschap van goederen is getrouwd en gemeenschappelijk wel, maar individueel niet, aan het een derde criterium wordt voldaan.

Stel een echtpaar is in gemeenschap van goederen getrouwd en bezit 40% van de aandelen in een verliesvennootschap. In 2005 koopt het echtpaar de overige 60% van de aandelen.

In een gemeenschap van goederen zijn de partners ieder voor de helft gerechtigd. In het voorbeeld hebben de partners dus ieder slechts 20% – en dus minder dan een derde – belang in de vennootschap. Individueel wordt niet aan het een derde criterium van de uitzondering van artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, voldaan. Artikel 20a, eerste lid, is van toepassing.

Een huwelijksgemeenschap is zowel in economische als in juridische zin de meest vergaande vorm van een belangsgemeenschap die in het maatschappelijke verkeer als een eenheid wordt aangemerkt. Voor zover nodig keur ik daarom het volgende goed.

Goedkeuring

Voor de toepassing van artikel 20a, tweede lid, onderdeel b, worden aandelen die behoren tot een huwelijksgoederengemeenschap tot één zelfde belang gerekend.

Deze goedkeuring geldt niet als de echtgenoten buiten gemeenschap van goederen zijn getrouwd. In dat geval kiezen zij er immers voor hun vermogen zowel juridisch als economisch niet als een eenheid te behandelen.

4. Toepassing van artikel 20a, vierde lid

4.1. Werkzaamhedentoets en fiscale eenheid

In artikel 20a, vierde lid, is de zogenoemde werkzaamhedentoets opgenomen. De vraag is gesteld hoe de toets wordt toegepast in de situatie waarin een fiscale eenheid de aandelen in een andere fiscale eenheid overneemt waarna onderdelen van beide concerns worden samengevoegd, terwijl andere werkzaamheden worden gestaakt. Voor de uitkomst van de werkzaamhedentoets maakt het verschil of naar de werkzaamheden van de overgenomen fiscale eenheid als geheel wordt gekeken of dat per afzonderlijke vennootschap wordt getoetst.

De werkzaamhedentoets vindt plaats op het niveau van de belastingplichtige. Bij een fiscale eenheid vindt de werkzaamhedentoets op het niveau van de fiscale eenheid plaats. Voor de werkzaamhedentoets wordt onderzocht of de werkzaamheden van de overgenomen fiscale eenheid gezamenlijk in de nieuwe fiscale eenheid in voldoende mate worden voortgezet. Voor vennootschappen die geen deel uitmaken van een fiscale eenheid wordt de toets voor elke vennootschap afzonderlijk gemaakt.

Volledigheidshalve vermeld ik dat met ingang van 1 januari 2003, in artikel 15ae van de Wet Vpb, regels gegeven zijn voor de verrekening van verliezen over het voegingstijdstip heen.

4.2. Beleggingstoets en verhuur van onroerend goed aan een verbonden lichaam

In artikel 20a, vierde lid, is de zogenoemde beleggingstoets opgenomen. Als voorwaarde geldt onder meer dat in het jaar waarin de verliezen zijn geleden, de bezittingen gedurende ten minste negen maanden niet grotendeels uit beleggingen bestonden. Volgens artikel 20a, achtste lid, onderdeel a, wordt mede als belegging aangemerkt, de verhuur van onroerende zaken aan een niet verbonden lichaam als bedoeld in artikel 10a, vierde lid. Hieruit volgt overigens niet dat bij de verhuur aan een verbonden lichaam geen sprake is van een belegging.

Vaak zijn binnen een concern de onroerende zaken ondergebracht in een zelfstandige vennootschap die deze verhuurt aan een verbonden werkmatschappij. Het (passief) verhuren van onroerende zaken kwalificeert meestal als belegging. Verhuur kan echter ook plaatsvinden in het kader van een onderneming. De feitelijke omstandigheden zijn bepalend of sprake is van een belegging dan wel van een onderneming.

Net als bij de werkzaamhedentoets vindt de beleggingstoets plaats op het niveau van de belastingplichtige en niet op concernniveau. Bij een fiscale eenheid vindt de beleggingstoets plaats op het niveau van de fiscale eenheid.

4.3. Gebruik fiscale boekwaarde of waarde economische verkeer

Volgens artikel 20a, vierde lid, mogen de bezittingen van de belastingplichtige gedurende ten minste negen maanden niet grotendeels uit beleggingen bestaan. De bepaling geeft niet aan of sprake moet zijn van een aaneengesloten periode van negen maanden. Ook is niet aangegeven of de vergelijking wordt gemaakt op basis van de fiscale boekwaarde of de waarde in het economische verkeer.

Mijn conclusie is dat geen sprake hoeft te zijn van een aaneengesloten periode van negen maanden. Wat betreft de waardering ligt het in de rede dat aaneengesloten wordt bij de waarde in het economische verkeer van de bezittingen en de daar van deel uit makende beleggingen.

De waarde in het economische verkeer geeft de actuele aanwending van het vermogen van de vennootschap weer. Daarbij kan worden uitgegaan van de waarde van de bezittingen zoals deze blijken uit de commerciële jaarstukken opgemaakt volgens de bepalingen van titel 9, boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, dan wel volgens soortgelijke

buitenlandse wettelijke regelingen. Dit geldt uiteraard ook voor toepassing van artikel 20a, zesde en negende lid.

5. Toepassing van artikel 20a, achtste lid

5.1. Begrip liquide middelen

Volgens artikel 20a, achtste lid, onderdeel a, worden voor de toepassing van dat artikel onder beleggingen mede begrepen liquide middelen. Naar mijn oordeel worden daarmee niet bedrijfsgebonden liquide middelen bedoeld.

Voor de beleggingstoets moet onderscheid worden gemaakt tussen de bezittingen die een functie vervullen in de uitoefening van de onderneming en bezittingen die worden aangehouden met het oog op het verkrijgen van rendement dat bij normaal (actief) vermogensbeheer mag worden verwacht. Bedrijfsgebonden liquide middelen worden niet aangemerkt als beleggingen.

6. Toepassing van artikel 20a, twaalfde lid

6.1. Samenloop van artikel 20a, elfde lid en twaalfde lid

Artikel 20a, elfde lid, biedt – kort gezegd – de mogelijkheid verliezen te verrekenen met winsten die zijn toe te rekenen aan activiteiten welke na de belangenwijziging zijn voortgezet (de zogenoemde winstsplitsing).

Daarnaast biedt artikel 20a, twaalfde lid, een mogelijkheid verliezen te verrekenen door middel van herwaardering. Alleen als verliezen definitief verloren gaan is een herwaardering op de voet van het twaalfde lid mogelijk. Als het belang in belangrijke mate is gewijzigd gaan verliezen definitief verloren indien deze zijn behaald in een jaar waarin de bezittingen gedurende ten minste negen maanden grotendeels uit beleggingen bestonden, indien sprake is van een beëindiging van de activiteiten of indien niet wordt gekozen voor de mogelijkheid tot winstsplitsing, opgenomen in het elfde lid.

Als gekozen wordt voor de mogelijkheid van de winstsplitsing gaan de verliezen niet definitief verloren. Herwaardering op de voet van het twaalfde lid is in dat geval dus niet mogelijk. Voor de verrekening van een verlies uit éénzelfde verliesjaar kan daardoor geen sprake zijn van een samenloop van artikel 20a, elfde lid en twaalfde lid.

Een samenloop van het elfde en het twaalfde lid is wel mogelijk, als sprake is van meer verliesjaren, waarbij in één of meer van deze verliesjaren de bezittingen gedurende ten minste negen maanden niet grotendeels uit beleggingen bestonden (ondernemingsjaren) en één of meer andere verliesjaren, waarin de bezittingen gedurende meer dan drie maanden wel grotendeels uit beleggingen bestonden (beleggingsjaren). Een

dergelijke situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een vennootschap met jarenlange verliezen, waarbij in de loop der jaren de onderneming voor meer dan 70% wordt ingekrompen, waarna de overtollige bedrijfspanden grotendeels worden verhuurd en de aandelen uiteindelijk worden verkocht. Voor verrekening van de verliezen uit de ondernemingsjaren kan dan worden gekozen voor de winstsplitsing van het elfde lid. Het verlies uit de beleggingsjaren kan uitsluitend door een herwaardering als gevolg van het twaalfde lid worden verrekend. Ik merk hierbij op dat bij de verrekening van een verlies door winstsplitsing, het bepaalde in het zesde lid nog in aanmerking moet worden genomen. Dat houdt in dat uitsluitend verrekend mag worden met winsten uit de voortgezette activiteiten behaald in zogenoemde ondernemingsjaren.

6.2. Gedeeltelijke vrijval van de herinvesteringsreserve

Naast de mogelijkheid tot herwaardering staat artikel 20a, twaalfde lid toe, dat een herinvesteringsreserve in de winst wordt opgenomen. Het twaalfde lid laat de belastingplichtige de keus of, en zo ja welke bezittingen, hij herwaardeert. Hij mag daarbij zelf bepalen tot welk bedrag herwaardering plaatsvindt echter met dien verstande dat de vermogensbestanddelen ten hoogste voor de waarde in het economische verkeer te boek worden gesteld. In dit kader is er geen reden onderscheid te maken tussen het herwaarderen van bezittingen waarin een ongerealiseerde boekwinst schuilt en het laten vrijvallen van een herinvesteringsreserve die is gevormd als gevolg van de realisatie van een boekwinst op een bedrijfsmiddel.

Goedkeuring

Voor de toepassing van artikel 20a, twaalfde lid, is het toegestaan de herinvesteringsreserve ook gedeeltelijk in de winst op te nemen.

6.3. Afschrijving na herwaardering

Als gebruik is gemaakt van de mogelijkheid tot herwaardering kan voor de bepaling van de toekomstige afschrijvingen worden uitgegaan van de boekwaarde van de bezittingen na de herwaardering.

Ik teken daarbij wel aan dat bij de bepaling van de toekomstige afschrijvingen over de geherwaardeerde bezittingen ook de hoogte van de restwaarde opnieuw in aanmerking moet worden genomen. De afschrijvingen voor de toekomstige jaren dienen te worden bepaald aan de hand van de boekwaarde na herwaardering, de verwachte resterende gebruiksduur en de geschatte restwaarde.

6.4. Herwaardering. Het keuzemoment.

De herwaardering van artikel 20a, twaalfde lid, vindt plaats op de eindbalans van het jaar dat direct voorafgaat aan het jaar waarin de belangenwijziging zich voordoet. De keuze voor herwaardering staat in beginsel open tot het moment waarop de aanslag over het jaar voorafgaande aan dat van de belangenwijziging onherroepelijk is geworden. Het ligt overigens in de rede dat de belastingplichtige zijn keuze al eerder tot uitdrukking brengt, bijvoorbeeld tegelijk met de aangifte vennootschapsbelasting over dat jaar.

De mogelijkheid van herwaardering veronderstelt dat op het moment van de belangenwijziging de aanslag over het voorafgaande jaar nog niet definitief is vastgesteld. Het kan echter voorkomen dat de aanslag en de afgegeven verliesbeschikking over het jaar dat voorafgaat aan de belangenwijziging, al definitief zijn vastgesteld. Bij de herwaardering ontstaat dan formeel een probleem omdat de aanslag over het voorafgaande jaar al onherroepelijk is geworden.

Een redelijke wetstoepassing brengt mee dat ook in dat geval gebruik kan worden gemaakt van de mogelijkheid van herwaarderen.

Goedkeuring

Ik keur goed dat als de belangenwijziging plaatsvindt nadat de aanslag over het voorafgaande jaar onherroepelijk is geworden, de keuzetermijn voor herwaardering wordt verlengd. In dat geval kan de belastingplichtige zijn keuze voor herwaardering aan de inspecteur kenbaar maken uiterlijk op het tijdstip waarop de aanslag over het jaar waarin de belangenwijziging heeft plaatsgevonden onherroepelijk wordt.

Vragen van zekerheid

In dit verband vestig ik de aandacht op de mogelijkheid die artikel 20a, tiende lid, biedt vooraf zekerheid te vragen.

Artikel 20a krijgt pas materiële gevolgen als een aanslag naar een positief belastbaar bedrag wordt vastgesteld en geen rekening wordt gehouden met oude verliezen. De belastingplichtige kan tegen deze aanslag in bezwaar komen en daarin de toepassing van artikel 20a, eerste lid, aan de orde stellen. Meestal zal de keuzetermijn voor herwaardering dan echter zijn verlopen. Het uiterste tijdstip waarop de keuze kan worden gemaakt (het moment waarop de aanslag over het jaar voorafgaande aan de belangenwijziging onherroepelijk wordt) ligt immers normaliter (ver) voor het tijdstip waarop de inspecteur een te betalen aanslag vaststelt over een later winstjaar. Door het vragen van zekerheid voorkomt de belastingplichtige dat pas na ontvangst van de aanslag over een (veel) later winstjaar discussie ontstaat over de toepassing van artikel 20a.

De inspecteur zal op het verzoek bij voor bezwaar vatbare beslissing beschikken.

7. Inwerkingtreding; intrekken voorgaande besluit.

Dit besluit treedt in werking met ingang van de tweede dag na de dagtekening van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst en werkt terug tot en met de dagtekening van het besluit.

Het besluit van 20 december 2005, nr. CPP2005/1946M, is met de inwerkingtreding van dit besluit ingetrokken.

Dit besluit zal in de Staatscourant worden geplaatst.

*Den Haag, 6 mei 2008.
De Staatssecretaris van Financiën,
namens deze:
de directeur-generaal Belastingdienst,
J. Thunnissen..*

tiende lid en de Nota naar aanleiding van het verslag Eerste Kamer. (Schriftelijke antwoorden Tweede Kamer, kamerstuk nr.27209 en Nota n.a.v.v. EK).

² Schriftelijke antwoorden Tweede Kamer, kamerstuk nr. 27209.

¹ Zie hiervoor de Schriftelijke beantwoording van enkele vragen tijdens de plenaire vergadering in de TK over het