

OPINIE

dr. F.P.J. Snel

Opinie

Latente verliezen en belangwisseling | dr. F.P.J. Snel | NTFR 2024/716

1

Algemeen

TK | Tweede Kamer wil prioriteit bij opsporing fraude waar veel geld in omgaat | NTFR 2024/717

5

EK | Eerste Kamer wil belastingverhogingen terugdraaien die bedoeld waren voor dekking extra verhoging minimumloon | Noot: Redactie | NTFR 2024/718

5

Arbeid, loon en resultaat

Rechtbank Gelderland zp Arnhem | Schenking aan vier werknemers is geen loon | Noot: Konijn | NTFR 2024/719

5

Belastingdienst | Kennisgroepstandpunt 30%-regeling, overgangsregelingen, vergoeding genoten | NTFR 2024/720

6

Inkomensvoorzieningen en pensioenen

Belastingdienst | CAP beantwoordt geen vragen over werking en uitleg Pensioenwet | NTFR 2024/721

7

Sociale Zekerheid

Rijksoverheid | Lage-inkomensvoordeel werkgevers vervalt per 1 januari 2025 | Noot: Redactie | NTFR 2024/722

7

Inkomsten uit vermogen/Inkomen uit sparen en beleggen

Gerechtshof Den Haag | Werkelijk rendement lager dan dat berekend volgens Wet rechtsherstel box 3 | Noot: Nieuwenhuizen | NTFR 2024/723

8

Inkomstenbelasting diversen

Gerechtshof Amsterdam | Navorderingsaanslag wegens ontbreken onderbouwing zorgkosten | Noot: Bierlaagh | NTFR 2024/724

9

Gerechtshof 's-Hertogenbosch | Herverdeling box 3-grondslag bij onherroepelijke aanslagen in geval van verliesverrekening mogelijk | Noot: Fase | NTFR 2024/725

10

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Eindhoven | Niet voldaan aan grotendeelscriterium omdat meer uren in dienstbetrekking is gewerkt | Noot: Vrolijkx | NTFR 2024/726

11

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Breda | Hypotheekrenteafrek terecht 50/50 verdeeld omdat er geen gezamenlijke keuze is gemaakt met de ex-partner | Noot: Postema | NTFR 2024/727

11

Belastingdienst | Gewijzigd KGS herleven fiscaal partnerschap bij niet-ontvankelijk echtscheidingsverzoek | Noot: Redactie | NTFR 2024/728

12

Belastingdienst | Kennisgroepstandpunt dieetaftek bij overlappende dieettyperingen | Noot: Redactie | NTFR 2024/729

12

Belastingdienst | Kennisgroepstandpunt box 3 en geruisloze terugstorting te veel betaalde lijfrentepremies en/of -inleg | Noot: Redactie | NTFR 2024/730

13

Belastingdienst | Kennisgroepstandpunt extra salaris- en verblijfkosten verplegend personeel tijdens vakantie | Noot: Redactie | NTFR 2024/731

14

Vennootschapsbelasting/Dividendbelasting

Hoge Raad | Geen belastingplicht omdat niet sprake is van een nijverheidsbedrijf en meetregelings niet van toepassing zijn | Noot: Bresser | NTFR 2024/732

15

Hoge Raad | Terechte rentecorrecties en buitengewone last niet aannemelijk, want onderbouwing ontbreekt (art. 81.1 Wet RO) | NTFR 2024/733

17

Parket bij de Hoge Raad | Tweede cassatieronde: Toepassing fraud legis bij private-equityovernamestructuur | Noot: Lohuis | NTFR 2024/734

18

TK | Tweede Kamer wil nieuwe rechtsvorm: de 'rentmeestervenootschap' | Noot: Redactie | NTFR 2024/735

20

17

Successiewet

Belastingdienst | Kennisgroepstandpunt begrip ‘objectieve onderneming’ in relatie tot voortzettingsvereis-
te en bezitstermijn | Noot: Van Beelen | NTFR 2024/736 21

Belastingen van rechtsverkeer

Ministerie Financiën | Internetconsultatie aanpassing kavelruilvrijstelling | Noot: Van Haperen |
NTFR 2024/737 22

Ministerie Financiën | Internetconsultatie aanpassing splitsingsvrijstelling | Noot: Simonis | NTFR 2024/738
23

Omzetbelasting

Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem | Door gebruik van btw-nummer toegekend op grond van KvK-in-
schrijving is verleggings-btw verschuldigd | Noot: Blank | NTFR 2024/739 25

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Breda | Bezwaar terecht niet-ontvankelijk verklaard omdat belang-
hebbende door overdracht btw-vordering geen belang bij bezwaar had | Noot: Vroon | NTFR 2024/740 26

Staatssecretaris Fiscaliteit en Belastingdienst | Hoop op spoedig akkoord VIDA-pakket | Noot: Wolf |
NTFR 2024/741 26

Accijnzen

Rechtbank Gelderland zp Arnhem | Vrijstelling energiebelasting en ODE voor aardgasverbruik bij drogen
zand bij productie cellenbeton | Noot: El Oiskhiri | NTFR 2024/742 27

Staatssecretaris Fiscaliteit en Belastingdienst | Beleidsopties bouwstenenrapport voor volgend kabinet |
Noot: Redactie | NTFR 2024/743 28

Motorrijtuigen en belastingen

Belastingdienst | Kennisgroepstandpunt kwalificatie motorrijtuig met lepelsysteem als zwaar motorrijtuig
voor BZM | Noot: Redactie | NTFR 2024/744 28

Formeel belastingrecht

Hoge Raad | Hof verzuimt proceskostenvergoeding toe te kennen voor schriftelijke zienswijze na inciden-
teel hoger beroep | Noot: Okhuizen | NTFR 2024/745 29

Hoge Raad | Bij geringe verwijtbaarheid kan termijnoverschrijding verschoonbaar zijn | Noot: Sathanant-
han | NTFR 2024/746 31

Hoge Raad | Geen terugverwijzing omdat niet is gehoord; verzoek betalingsonmacht griffierecht afgewe-
zen (art. 80a Wet RO) | NTFR 2024/747 33

Gerechtshof Amsterdam | Duurzame band met Nederland is niet verbroken; navorderingen gehandhaafd
| Noot: Meijer | NTFR 2024/748 33

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Breda | Bestuurder na ontbinding onbevoegd; beroep is daarom niet
namens nv ingesteld | Noot: Huygen van Dyck-Jagersma | NTFR 2024/749 35

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Breda | Niet aannemelijk maken van verzending uitnodiging en aan-
maning aangifte leidt tot vernietiging verzuimboete | Noot: Perdaems | NTFR 2024/750 36

Ministerie Financiën | Pre-consultatie beleidsrichting direct aanpassen | Noot: Redactie | NTFR 2024/751 37

Ministerie Financiën | Stand van zaken UBO-registers 2024 | Noot: Dijkstra | NTFR 2024/752 38

Invordering

Belastingdienst | Kennisgroepstandpunt bekendmaking belastingaanslag vof die niet meer bestaat | Noot:
Redactie | NTFR 2024/753 39

Internationaal en Europees

A-G Hof van Justitie van de Europese Unie | Art. 10a Wet Vpb 1969 volgens A-G HvJ niet in strijd met vrij-
heid van vestiging | Noot: Albert | NTFR 2024/754 40

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Breda | Nederland kan heffen over door inwoner van België genoten
pensioenuitkering | Noot: Maree | NTFR 2024/755 42

Latente verliezen en belangwisseling

Op 23 februari 2024 is een conclusie genomen in een zaak over de toepassing van art. 20a Wet Vpb 1969. De casus betreft een vastgoedvennootschap.¹ Op het moment dat de aandelen in de vastgoedvennootschap werden verkocht, was de waarde van de vastgoedobjecten lager dan de fiscale boekwaarde. Na de aandelenverkoop verkocht de vennootschap deze vastgoedobjecten en realiseerde daardoor een fiscaal verlies. De procedure ging over de vraag of de verliesverrekeningsbeperking van art. 20a ook van toepassing is op latente verliezen die na de belangenwisseling gerealiseerd worden.

De A-G concludeert dat art. 20a ook van toepassing is op latente verliezen die na de belangenwisseling gerealiseerd worden.

In deze zaak komen twee onderwerpen aan de orde die van breder belang zijn dan slechts de toepassing van art. 20a: (1) de samenloop van het totaalwinstbeginsel en verliesverrekening; (2) het recht om op een wettekst te vertrouwen. Daarnaast kunnen kanttekeningen geplaatst worden bij de interpretatie door de A-G van de wetsgeschiedenis en van oudere jurisprudentie.

De afweging van de A-G

De A-G komt tot dit oordeel op basis van de volgende afweging:

7.1 De belanghebbende kan toegegeven worden dat toepassing van art. 20a Wet Vpb op bij de belangwijziging latente en pas later gerealiseerde verliezen niet bijdraagt aan de eenvoud en aan de met de verliesvaststellingsbeschikking en overigens (bijvoorbeeld in de leden 11 en 12 van art. 20a) beoogde rechtszekerheid (...).

7.2 Daar staat tegenover dat uit niets blijkt dat de wetgever bij de invoering van de verliesvaststellingsbeschikking ook iets met latente verliezen gewild zou hebben, eerder inteendeel, nu latente verliezen hoe dan ook niet verrekend kunnen worden. (...) De mogelijke complicatie van latente verliezen was in 1994 bekend (...).

7.3 Ook staat daar tegenover dat het niet-toepassen van art. 20a Wet Vpb op bij de belangwijziging latente verliezen manipulatiemogelijkheden creëert die de wetgever met de invoering van die bepaling juist wilde uitsluiten en die bij niet-uitsluiting evenzeer tot uitvoerige discussie zouden kunnen leiden over wellicht moeilijk achterhaalbare historische feiten en omstandigheden. (...)

7.4 Uit de boven geciteerde wetsgeschiedenis volgt niet dat de wetgever zich heeft gerealiseerd dat de onderhavige discussie over latente verliezen zou kunnen ontstaan, wellicht omdat hij er na de invoering van de verliesvaststellingsbeschikking in 1995 vanuit ging dat over latente verliezen niet nagedacht hoefde te worden omdat zij hoe dan ook niet verrekenbaar waren, nu alleen gerealiseerde ver-

liezen bij beschikking vastgesteld kunnen worden. Latente verliezen waren overigens in het prebeschikkingstijdperk evenmin verrekenbaar, ook niet na realisatie, zo bleek uit de rechtspraak. De wetgever realiseerde zich kennelijk niet dat latente verliezen op een gegeven moment gerealiseerd kunnen worden en dat dan in verband met de toepassing van art. 20(5) (oud) en art. 20a Wet Vpb de vraag kan rijzen aan welke jaren dat gerealiseerde verlies toegerekend moet worden: aan jaren vóór de belangwijziging of aan jaren daarna? De rechter heeft die vraag voor het oude regime opgelost: temporeel toerekenen. Voor de wetgever bestond er mijns inziens dan geen duidelijke aanleiding om op dat punt iets te regelen in het nieuwe regime van art. 20a Wet Vpb, dat volgens de wetgever (zie de boven geciteerde wetsgeschiedenis) behalve voor wat betreft een aanscherping om manipulaties te ondervangen, immers juist continuïteit inhield.

7.5 Met het Hof zie in de tekst noch de parlementaire behandeling(en) van art. 20a Wet Vpb aanwijzingen dat latente verliezen vanaf 1995 of 2001 niet meer getroffen zouden worden. Geleden en gerealiseerd zijn geen synoniemen (zie 4.12 hierboven) en de deelnemers aan de parlementaire behandelingen dachten kennelijk niet verder dan aan bij beschikking vastgestelde verliezen omdat art. 20 Wet Vpb vanaf 1995 bepaalde dat alleen aldus vastgestelde verliezen voor verrekening in aanmerking komen. (...) Aan latente verliezen is kennelijk niet gedacht. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt wel dat de wetgever bij de invoering van art. 20a de lijn van art. 20(5) wilde doortrekken (zie 4.7 hierboven), dus kennelijk wilde blijven toepassen zoals de oude bepaling werd uitgelegd in de tot dan toe gewezen rechtspraak, en dat hij met de opvolgende wijzigingen (de werking van) de artt. 20(5) resp. 20a alleen maar wilde aanscherpen (zie 4.9 en 4.13 hierboven). Dat duidt er niet op dat de wetgever in 1995 of 2001 of enig ander moment wilde bevorderen dat bij belangwijziging latente verliezen na posterieure realisering toch voor fiscale neutralisering van posterieure winsten gebruikt zouden kunnen worden ten gunste van de nieuwe aandeelhouders.

7.6 Doel en strekking van zowel art. 20(5) (oud) als art. 20a Wet Vpb wijzen er juist op dat bij de belangwijziging latente winsten niet overgaan ten gunste van de nieuwe aandeelhouders, ook niet als zij pas (ver) ná de belangwijziging worden gerealiseerd. Dat is ook wat uw boven geciteerde rechtspraak zegt, die weliswaar alleen over art. 20(5) (oud) Wet Vpb ging, maar dezelfde lijn ook bleef volgen ná de invoering van de verliesvaststellingsbeschikking in 1995. De met die beschikking beoogde rechtszekerheid was voor u dus geen aanleiding om anders te gaan denken over de niet-overdraagbaarheid van bij de belangwijziging al latente verliezen. Het was mijns inziens onder alle regimes uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever dat verliezen toerekenbaar aan de bezitsperiode van de oude aandeelhouders benut zouden kunnen worden door de nieuwe aandeelhouders, zelfs niet binnenjaars, zo bleek uit de aanscherping in 2011. Dat de wetgever zich niet heeft gerealiseerd dat het dan misschien wel praktisch zou zijn geweest om de ten tijde van de belangwisseling latente verliezen bij beschikking vast te stellen (of dat niet nodig vond), maakt dat mijns inziens niet anders.

* dr. F.P.J. Snel - belastingadviseur verbonden aan Snel Corporate Tax & Law en als docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen. De auteur is bereikbaar via f.snel@snel-ctl.com

1 Conclusie A-G Wattel van 23 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:197, NTFR 2024/556.

7.7 De Crédit Suisse-arresten lijken mij geen licht te werpen op onze kwestie omdat het in die zaken ging om gekunstelde binnenjaarse compensatie (aangekochte realisatiewinsten die in hetzelfde jaar werden weggevaagd met gekunstelde enorme rentelasten) in de jaren 2004-2008, dus v or de boven (4.9) beschreven wijziging van art. 20a Wet Vpb in 2011 die ook binnenjaarse benutting van voor-wijzigingverliezen door na-wijziging-aandeelhouders onmogelijk maakte. Het ging bovendien om aangekochte (realisatie)winsten en niet om aangekochte (latente) verliezen. (...)

Continuiteit met oudere jurisprudentie en de (niet-expliciete) bedoeling van de wetgever zijn in de ogen van de A-G dus doorslaggevend.

De samenloop van het totaalwinstbeginsel en verliesverrekening

Het totaalwinstbegrip is in mijn ogen een belangrijk onderdeel van het fundament van de vennootschapsbelasting: de winst die een entiteit gedurende haar volledige bestaan maakt en die in zijn geheel door de heffingspoort gaat. Als dat niet zo is, betaalt die entiteit immers te veel belasting (als er meer winst door de heffingspoort gaat) of juist te weinig (als er minder winst door de heffingspoort gaat). Ik realiseer me dat het volledig toepassen van het totaalwinstbegrip niet altijd mogelijk is. Er zijn noodzakelijke uitzonderingen. Maar uitzonderingen die inhouden dat het totaal aan winst dat de heffingspoort passeert niet meer gelijk is aan de winst die een entiteit gedurende haar volledige bestaan maakt, moeten er zo weinig mogelijk zijn. En dat geldt des te sterker voor zover een uitzondering betekent dat er meer winst belast wordt (i.e. een uitzondering ten nadele van de belastingplichtige).

Een beperking in de verliesverrekening is een uitzondering op het totaalwinstbegrip. Ik ken de argumenten van de wetgever om verliesverrekening te beperken. Maar ik vind die niet altijd volledig overtuigend; de doodoener 'budgettair belang' is vaak het doorslaggevende argument.

De beperkingen van verliesverrekening bij een aandeelhouderswisseling zijn een grote uitzondering, ten nadele van de belastingplichtige. Een uitzondering die niet alleen ingaat tegen het totaalwinstbegrip, maar ook tegen een ander fundament van de vennootschapsbelasting. Name-lijk dat een vennootschap zelfstandig belastingplichtig is, los van de aandeelhouder(s). Art. 20a Wet Vpb 1969 is daarom een regeling waarop ik fundamentele kritiek heb.²

De Hoge Raad kan art. 20a Wet Vpb 1969 niet opzijschuiven. Maar gelet op de fundamentele kritiek, vind ik dat de Hoge Raad de regeling in dit artikel zoveel mogelijk in het voordeel van de belastingplichtige moet toepassen om daarmee de inbreuk op het totaalwinstbeginsel zo beperkt mogelijk te houden. Dat is helaas niet wat de A-G in deze zaak concludeert.

Het recht om op een wettekst te vertrouwen

Rechtszekerheid brengt mee dat het recht zo duidelijk en kenbaar mogelijk moet zijn. Dat impliceert dat als een wettekst volstrekt duidelijk is, de wettekst gevolgd moet

worden. Ook op dat uitgangspunt zijn uitzonderingen mogelijk. Maar we moeten zeer voorzichtig zijn met een andere uitleg dan die volgt uit een duidelijk wettekst, ook als die andere uitleg beter strookt met de bedoeling van de wetgever. Als de wettekst duidelijk is, mag je toch aannemen dat die de bedoeling van de wetgever weergeeft. Het is beledigend om te zeggen dat de wetgever zijn eigen wettekst niet (volledig) begreep. Slechts in bijzondere gevallen vind ik een uitzondering op deze regel toelaatbaar. Daarbij zou altijd als voorwaarde moeten gelden dat die andere uitleg voor een geinformeerde belastingplichtige vanaf inwerkingtreding van de wettelijke bepaling duidelijk kenbaar is geweest.

Wat betreft de vraag welk deel van de winst die een entiteit gedurende haar volledige bestaan maakt, is art. 20a Wet Vpb 1969 klip en klaar. Art. 20a lid 1 spreekt over 'de verliezen geleden voor het tijdstip waarop de wijziging heeft plaatsgevonden'.

Art. 20 geeft een definitie van verlies: 'Indien de berekening van de belastbare winst (...) leidt tot een negatief bedrag, wordt dit aangemerkt als een verlies.'

Art. 8 lid 1 Wet Vpb 1969 verwijst naar art. 3.25 Wet IB 2001 voor de berekening van de (belastbare) winst per jaar. Daarin staat: 'De in een kalenderjaar genoten winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. (...)

Kort en goed: uit de wettelijke regeling volgt dat 'latente verliezen' (negatieve elementen bij de winstberekening die op grond van goed koopmansgebruik nog niet meege-
nomen hoeven (of zelfs mogen) te worden), niet onder de verliesverrekeningsbeperking van art. 20a lid 1 vallen. Naar mijn mening is de wettekst volstrekt duidelijk.

Ik wijs hiervoor op het ex-warrant-arrest met de daarin opgenomen overwegingen van de Hoge Raad:

'3.8. Uit de zojuist vermelde wetsgeschiedenis (...) moet worden afgeleid dat de Staatssecretaris en de leden van de Tweede en de Eerste Kamer het erover eens waren dat ex-warrantleningen onder het bereik van artikel 25a zouden moeten vallen, zij het dat steeds bij vele Kamerleden twijfel is blijven bestaan of de wettekst daarvoor toereikend is. Derhalve moet worden bezien of de wens van de wetgever ex-warrantleningen onder de werking van artikel 25a te doen vallen een voldoende grondslag biedt om dit artikel in die zin uit te leggen.

3.9. Hierbij is van belang dat het toenmalige kamerlid Vermeend uitdrukkelijk verklaarde – in verband met de door de rechter in acht te nemen bedoeling van de wetgever – dat naar het oordeel van zijn fractie het wetsvoorstel mede de strekking had de ex-warrantobligaties onder de regeling van het fictieve rendement te brengen (Handelingen II, 1989/90, blz. 6658), dat de Staatssecretaris opmerkte "dat de door mij in de parlementaire stukken neergelegde en dus authentieke interpretatie hier geen oppositie ontmoet" (Handelingen II 1989/90, blz. 6664), alsmede dat hij in dit verband aan de Eerste Kamer schreef: "Ik meen met het bovenstaande duidelijk te hebben gemaakt, dat de twijfel over de werkingssfeer van het wetsvoorstel, die door belanghebbenden is opgeroepen, bij de Regering niet bestond en in de Tweede Kamer niet is gedeeld. In termen van interpretatie van wetgeving ligt daarmee de bedoeling van de wetgever in de parlementaire stukken vast; in zoverre is dan ook het gevaar dat de rechter zou oordelen dat de wetgever – bewust – een onduidelijkheid heeft laten be-

2 F.P.J. Snel, *Van moeders en dochters* (diss. UvA Amsterdam), Amersfoort: Sdu 2005, par. 6.9.

staan niet aanwezig” (Kamerstukken I, 1989/90, 20 648, nr 2a, blz. 2).

3.10. Ondanks deze uitlatingen moet de in het slot van 3.8 verwoorde vraag ontkennd worden beantwoord. Het is immers niet mogelijk met een beroep op de bedoeling van de wetgever te bereiken dat de wettekst moet worden uitgelegd zoals deze welbewust nu juist niet is geformuleerd: de wetgever kan niet enerzijds de tekst “ingeval een ander is of was gerechtigd” afwijzen wegens de door de Staatssecretaris – terecht – voorziene complicaties (Kamerstukken II, 1988/89, 20 648, nr. 8, blz. 12) en anderzijds een uitleg aan de tekst geven die erop neerkomt dat deze als het om ex-warrantleningen gaat moet worden gelezen als de afgewezen tekst.³

Ook uit jurisprudentie kan dus worden afgeleid dat een duidelijke wettekst boven de bedoeling van de wetgever gaat.

Overigens volgt ook uit de wetssystematiek dat art. 20a alleen op gerealiseerde verliezen slaat. Ik verwijs naar de noot van Simonis in *NTRF*:

‘Bij een grammaticale interpretatie van de wettekst lijkt het onlogisch dat latent aanwezige verliezen (en winsten) dan ook onder het toepassingsbereik van art. 20a Wet Vpb 1969 zouden vallen. Indien op grond van de hoofdregel (art. 20 Wet Vpb 1969) een verlies namelijk al niet kan worden verrekend (omdat deze nog niet is gerealiseerd en niet uit de aangifte blijkt en dus ook niet kan zijn vastgesteld bij voor bezwaar vatbare beschikking), hoe kan een dergelijk verlies dan wel onder de uitzondering (art. 20a Wet Vpb 1969) op die hoofdregel vallen?’⁴

De interpretatie door de A-G van oudere jurisprudentie en van de wetgeschiedenis

De A-G gaat – naar mijn mening – vooral af op wat in de wetgeschiedenis niet aan de orde gekomen is. Hij plaatst dat in het licht van de wetenschap van destijds en meent dat stilzwijgend bedoeld is de lijn van de oudere jurisprudentie voort te zetten.

Ik kan die redenering over stilzwijgende bedoelingen billijken. Maar, er is wel meer dat de wetgever niet gezegd heeft en waarvan je zou kunnen vinden dat het wel stilzwijgend bedoeld is. Je kunt daarom ook het volgende meewegen. Het ex-warrant-arrest is van voor deze wetswijziging. Je mag aannemen dat de ambtenaren en politici zich bewust waren van het belang om de wettekst en de bedoeling daarvan te laten samenvallen. Je mag ook veronderstellen dat de ambtenaren die de conceptwettekst hebben opgesteld zich goed bewust waren van de wettelijke definitie van ‘verlies’ en van de discussies over latente verliezen. Dit zal ook gelden voor de professionele fiscalisten die op de achtergrond de verschillende politieke partijen adviseerden. Daarom vind ik het niet waarschijnlijk dat de wetgever wilde dat latente verliezen onder art. 20a zouden vallen.

Maar ook de stelling van de A-G over ‘stilzwijgende gewenste continuïteit’ in de paragrafen 7.4-7.6 is in mijn ogen niet goed onderbouwd.

In 1995 oordeelde Hoge Raad over de volgende casus:

‘In 1981 heeft belanghebbende in verband met aanhoudende verliezen en de als gevolg hiervan ontstane slechte financiële positie haar activiteiten in de veemesterij beëindigd en de slagerij gesloten. Haar voorraden en een gedeelte van haar vaste activa zijn in datzelfde jaar verkocht. Enkele andere activa, bestaande uit onroerende goederen (onder meer een aantal stallen en silo's) en inventaris van de slagerij, waren aan het eind van dat jaar nog niet verkocht en zijn op de balans blijven staan. In 1982 en 1983 zijn de aldus overgebleven activa alsnog verkocht. Deze verkoop heeft in totaal een boekverlies van f 281.681,- opgeleverd. Nadat in 1982 alle aandelen in belanghebbende achtereenvolgens in handen van A en na diens overlijden in handen van diens erfgenamen waren gekomen, zijn op 4 juni 1984 deze aandelen overgedragen aan C B.V., later genaamd D B.V., zijnde een los van bedoelde erfgenamen staande vennootschap. Sedert 1985 onderneemt belanghebbende nieuwe activiteiten en sedert 1986 maakt zij winst.’⁵

De relevante wettekst (art. 20 lid 5 Wet Vpb 1969) van destijds luidde:

‘Verliezen van een lichaam dat zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt worden niet verrekend met winsten van volgende jaren tenzij deze winsten hoofdzakelijk ten goede kunnen komen aan de natuurlijke personen die onmiddellijk of middellijk aandeelhouder, lid, deelnemer of deelgerechtigde waren op het tijdstip waarop het lichaam zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt (...).’

De Hoge Raad oordeelde:

‘3.2. In geschil is de vraag of artikel 20, lid 5, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (tekst 1989) aan een verrekening van eerdergenoemd boekverlies (f 281.681,-) met de winst over het onderhavige jaar (1989) in de weg staat.

3.3. Deze vraag is door het Hof, ten nadele van belanghebbende, bevestigend beantwoord. Daartoe heeft het, kort samengevat, overwogen dat belanghebbende haar onderneming in 1981 definitief heeft gestaakt en tot de aandeelhouderswisseling op 4 juni 1984 geen nieuwe activiteiten heeft ontplooid, die als het drijven van een onderneming in de zin van genoemde wetsbepaling kunnen worden aangemerkt, en heeft het kennelijk op grond daarvan aangenomen dat het onderhavige boekverlies aan de gestaakte onderneming – dus aan de veemesterij en de slagerij – moet worden toegerekend.

3.4. De tegen dit oordeel gerichte middelen, die zowel een motiveringsklacht als een rechtsklacht inhouden, kunnen geen van beide tot cassatie leiden. Het betreft een oordeel dat deels feitelijk van aard is en, mede gezien de hiervóór in 3.3 omschreven redengeving van het Hof, als zodanig niet onbegrijpelijk is en ook voldoende is gemotiveerd, zodat het in zoverre in cassatie moet worden geëerbiedigd. Het geeft voorts geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, nu immers het onderhavige artikel 20, lid 5, meebrengt dat liquidatieverliezen die eerst na het staken van de onderneming bij de verkoop van haar activa opkomen en in verband daarmee als verliezen van de gestaakte onderneming moeten worden aangemerkt, niet kunnen worden verrekend met winsten van volgende jaren, die

3 HR 24 januari 1996, nr. 29954; ECLI:NL:HR:1996:AA1820.

4 *NTRF* 2024/556. In dezelfde zin: M.W. Verhagen in zijn commentaar op art. 20a in *NDFR* (aantekening 2.11).

5 HR 22 maart 1995, nr. 29.493; ECLI:NL:HR:1995:AA1559.

niet ten goede zijn gekomen aan de vroegere aandeelhouders.’⁶

Deze zaak ging niet over latente verliezen die na een aandeelhouderswisseling gerealiseerd worden. De voorgaande zaak ging erover of de na het staken van de onderneming gerealiseerde verliezen moeten worden aangemerkt als verliezen uit de gestaakte onderneming (niet-verrekenbaar) of als beleggingsverliezen (wel verrekenbaar des tijds). Zie ook het commentaar op de conclusie in *Vakstudie Nieuws*: ‘Onder de oude regeling was het Tatbestand het staken van de onderneming; verliezen van de gestaakte onderneming worden niet verrekend met winsten van volgende jaren (tenzij deze hoofdzakelijk ten goede komen aan dezelfde aandeelhouders). De omvang van deze verliezen was daarmee gekoppeld aan de gestaakte werkzaamheden en vermogen. Nagekomen verliezen uit een gestaakte onderneming werden als verliezen van de gestaakte onderneming aangemerkt en daarmee onder de beperking van art. 20 lid 5 Wet VPB 1969 gebracht. Dat wekt geen verbazing, omdat volgens vaste jurisprudentie nagekomen verliezen in het algemeen nog als ondernemingsverlies worden aangemerkt.’⁷

Daarom lijkt het mij onjuist om te redeneren dat op basis van dit arrest uit 1995 de wetgever bij de invoering van de nieuwe regeling (in art. 20a) in 2001 bestaand recht (op basis van jurisprudentie) wilde continueren. Domweg omdat dit arrest niet ging over de behandeling van na de aandeelhouderswisseling gerealiseerde verliezen. Dit arrest ging alleen over de vraag of een latent verlies ten tijde van staking van een onderneming aan die onderneming kon worden toegerekend.

In 2004 oordeelde de Hoge Raad:

‘Blijkens de geschiedenis van zijn totstandkoming strekt artikel 20, lid 5, van de Wet ertoe te voorkomen dat bij een in dat voorschrift bedoelde overgang van belangen verliezen van een lichaam dat zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt, worden verrekend met nadien behaalde nieuwe winsten. Met die strekking strookt het dat wetsvoorschrift ook toe te passen voor zover de verliezen in fiscale zin weliswaar pas zijn gerealiseerd na de hierbovenbedoelde overgang van belangen maar voortvloeien uit feiten en omstandigheden die zich voor die overgang hebben voorgedaan.’⁸

Dit is wel een duidelijke uitspraak over de behandeling van latente verliezen. Art. 20a is in werking getreden per 2001. De uitspraak uit 2004 over het oude art. 20 lid 5 was dus nog niet bekend bij het tot stand komen van art. 20a. Dat de wetgever bedoeld heeft om voor art. 20a de lijn van dit arrest te continueren, is dus in strijd met de tijdsvolgorde.

Kortom, als je goed kijkt naar de jurisprudentie die de wetgever kende, kun je niet zeggen dat de wetgever stilzwijgend continuïteit wenste met betrekking tot na een aandeelhouderswijziging gerealiseerde latente verliezen.

Slot

Ik kan mij niet vinden in de conclusie van de A-G dat latente verliezen die na een aandeelhouderswijziging gerealiseerd worden, niet verrekenbaar kunnen zijn op grond

van art. 20a. Ik vind dat deze conclusie aan twee belangrijke punten voorbijgaat: (1) het belang om aan het totaalwinstbeginsel zo min mogelijk afbreuk te doen; (2) het recht om op een duidelijke wettekst te vertrouwen. Daarnaast vind ik de redenering van de A-G over ‘stilzwijgende gewenste continuïteit’ niet voldoende onderbouwd.

Ik hoop dat de Hoge Raad in zijn uitspraak – ongeacht het uiteindelijke oordeel – de genoemde punten in de overwegingen betreft. En als dat gebeurt, lijkt het mij moeilijk voorstelbaar dat latente verliezen die na een aandeelhouderswijziging gerealiseerd worden, niet verrekenbaar kunnen zijn op grond van art. 20a.

6 HR 22 maart 1995, nr. 29.493, ECLI:NL:HR:1995:AA1559.

7 V-N 2024/15.9.

8 HR 9 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7333, NTFR 2004/553.