

De gerepareerde deelnemingsvrijstelling

Prof. Dr. J. A. G. van der Geld

1 Inleiding

Op 28 april 1990 is de nieuwe wettelijke regeling voor de deelnemingsvrijstelling in werking getreden. In de navolgende beschouwing zal op de hoofdlijnen van de aangebrachte wijzigingen worden ingegaan.

De wijzigingen die in de nieuwe regeling zijn aangebracht staan bijna geheel in het teken van een aanscherping van de regeling met het oog op onbedoeld gebruik dat volgens de wetgever van de deelnemingsvrijstelling werd gemaakt.

2 De hoofdlijnen van de 'oude' deelnemingsvrijstelling

De essentie van de deelnemingsvrijstelling zoals die van 1 januari 1970 tot 28 april 1990 heeft gegolden, kan als volgt kort worden aangegeven:

- Voor een binnenlands vennootschapsbelastingplichtig lichaam waren onder een aantal voorwaarden van vennootschapsbelastingheffing vrijgesteld alle voordelen uit hoofde van een deelneming in een kapitaalvennootschap. De vrijstelling van *alle* voordelen betekende dat dividenden en koerswinsten doch ook koersverliezen niet tot de fiscale winst van de moedermaatschappij behoorden.
- Indien het een participatie in een binnenlands dochtersubject betrof, moest aan de volgende eisen zijn voldaan wilde de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn:
 - a de moedermaatschappij diende sedert het begin van haar boekjaar onafgebroken een deelneming te bezitten in de dochtermaatschappij.¹ Dit impliceerde dat, indien een deelneming in de loop van het boekjaar van de moedermaatschappij verworven was,

het eerste jaar de deelnemingsvrijstelling nog niet van toepassing was. Dit kon zowel voordelig (koersverliezen in het eerste jaar) als nadelig (interim-dividenden uit het lopende jaar) voor belastingplichtige zijn;

- b een deelneming was in principe slechts aanwezig als de moedermaatschappij ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij bezat. Een uitzondering werd slechts gemaakt voor de zogenaamde oneigenlijke deelneming: indien een participatie kleiner dan 5% van het nominaal gestort kapitaal was verworven in het algemeen belang dan wel het aanhouden van de participatie in de lijn lag van de normale bedrijfsuitoefening van de moedermaatschappij, gold voor de voordelen uit hoofde van die participatie toch de deelnemingsvrijstelling;
- c uit de wettekst kon men destilleren dat in geval van een kapitaalvennootschap als dochtersubject de moedermaatschappij aandeelhouder in de dochtermaatschappij diende te zijn. In principe betekende dat juridisch aandeelhouderschap. In het arrest BNB 1986/118 heeft de Hoge Raad echter beslist dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing was als de moedermaatschappij weliswaar geen juridisch aandeelhouder van de dochtermaatschappij was

Prof. Dr. J. A. G. van der Geld is als fiscaal-econoom enige jaren werkzaam geweest als belastinginspecteur. Sinds 1981 is hij verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg van de Katholieke Universiteit Brabant (KUB). De laatste jaren is hij tevens adviseur van Coopers & Lybrand Belastingadviseurs. In 1989 is hij gepromoveerd op een proefschrift getiteld 'De herziene deelnemingsvrijstelling, met name in internationale verhoudingen'. Per 1 september 1990 is hij benoemd tot hoogleraar belastingrecht aan de KUB.

doch wel *alle* economisch belang bij een pakket aandelen in de dochtermaatschappij had.²

- Alleen voor de buitenlandse dochtermaatschappij kwam, naast de vorenvermelde eisen, er nog een tweetal bij, namelijk de onderworpenheidseis en de niet-ter-beleggingseis. De onderworpenheidseis hield in dat de dochtermaatschappij in het land waar zij feitelijk gevestigd was, subjectief onderworpen moest zijn aan een winstbelasting geheven door de centrale overheid. Hoe hoog die buitenlandse winstbelasting was, deed niet ter zake.

De niet-ter-beleggingseis onthield de deelnemingsvrijstelling indien de aandelen in de buitenlandse dochtermaatschappij geacht konden worden ter belegging te worden gehouden. Dit is een anti-kapitaalvluchtbepaling, die in verband gezien moet worden met de fiscale regeling voor beleggingsinstellingen.³

- Kosten die verband hielden met een buitenlandse deelneming werden niet in aftrek op de winst toegestaan. Kwantitatief belangrijkste element in deze niet-afrekbare kosten waren de rentekosten ten aanzien van leningen ter financiering van (de aandelen in) buitenlandse deelnemingen.

Voor de vraag wanneer een lening (en dus de rentekosten van die lening) geacht werden verband te houden met een buitenlandse deelneming, hanteerde de Hoge Raad primair de zogenaamde historische methode. Deze methode impliceert dat men het feitelijk historisch (gebrek aan) verband tussen een lening en een deelneming doorslaggevend acht. Deze methode is in het verleden vrij manipulatiegevoelig gebleken, omdat bij juiste tax-planning een feitelijk historisch verband tussen lening en buitenlandse deelneming te voorkomen is.

- Op de hoofdregel, dat positieve en negatieve voordelen uit hoofde van de deelneming buiten de fiscale winst van de moeder blijven, werd een belangrijke uitzondering gemaakt in het geval de dochtermaatschappij werd geliquideerd. Dan mocht een eventueel te becijferen verlies op de participatie in de dochtermaatschappij bij de moedermaatschappij wel ten laste van haar fiscale resultaat worden

gebracht. Dit liquidatieverlies werd becijferd als het positieve verschil tussen het door de moedermaatschappij voor de deelneming opgeofferde bedrag en het totaal van de liquidatie-uitkeringen. Het verlies mocht in aanmerking worden genomen in het jaar dat de liquidatie van de dochtermaatschappij was voltooid.

De 'oude' wettelijke regeling geldt op hoofdpunten ook nog na 27 april 1990. Alleen op de hierna in de paragrafen 3 en volgende genoemde punten zijn wijzigingen aangebracht, die veelal het karakter hebben van nadere verfijningen ter handhaving van anders verloren gaande claims van de fiscus.

3 De aangebrachte wijzigingen

3.1 Afschaffing van de annaal-bezitseis

Aangezien er sinds de invoering van het Besluit op de Vennootschapsbelasting in 1941 geen rationele plaats meer was voor de annaal-bezitseis is deze terecht afgeschaft. Men kan er zich slechts over verwonderen dat deze eis een kleine vijftig jaar volstrekt overbodig is gehandhaafd! Voor wat betreft de inwerkingtreding van het vervallen van de annaal-bezitseis zij nog gewezen op de verwarrende opmerking van de staatssecretaris gedaan in de Nadere MvA aan de Eerste Kamer.⁴ De staatssecretaris merkt daar op dat, indien een nog onder de oude regeling en in de loop van een boekjaar (van de moedermaatschappij) verworven deelneming vóór inwerkingtreding van de nieuwe regeling op 28 april 1990 in waarde is gedaald en die waardedaling ook in de boekhouding tot uitdrukking is gebracht, het boekverlies ten gevolge van die waardedaling nog in aftrek kan worden gebracht. Naar mijn mening kan normaliter slechts winst of verlies *per jaar* worden vastgesteld. De enige voor belastingplichtige veilige oplossing voor het probleem zou dan ook geweest zijn het boekjaar vóór 28 april 1990 af te sluiten (uiteraard na de benodigde statutenwijziging).⁵

Gezien de gedane uitlating van de staatssecretaris is verdedigbaar dat ook de belastingplichtige die geen kort boekjaar heeft ingelast, maar in het op 28 april 1990 lopende boekjaar een boekhoud-

kundige afwaardering op de 'niet-annaal-bezeten' deelneming heeft verwerkt, deze afboeking als fiscaal verlies mag nemen.

3.2 Afrekening bij omzetting afgewaardeerde vordering op concernmaatschappij in aandelenkapitaal

De reden voor dit onderdeel van de reparatiewetgeving is het arrest HR BNB 1978/140. In dat arrest besliste de HR dat op een afgewaardeerde vordering op de dochtermaatschappij door de moeder geen winst behoefde te worden genomen indien, op het moment dat die vordering werd gestort op nieuw uit te geven aandelen door de dochter, de waarde in het economisch verkeer gelijk was aan de fiscale boekwaarde van de vordering. Indien het de dochter later beter verging, voorkwam de moeder zodoende een belaste opwaardering van de vordering op de dochter, omdat de vordering was omgezet in een uitbreiding van de deelneming, waarvoor de deelnemingsvrijstelling gold.

Het valt op dat in geval van omzetting van een vordering in aandelenkapitaal voortaan direct afgerekend moet worden over de volledige in het verleden ten laste van de fiscale winst gebrachte afwaardering, terwijl in geval van omzetting van een verliesgevende vaste inrichting in een dochter de fiscale claim veel minder bot wordt gehandhaafd.⁶ De directe afrekening in geval van omzetting van een binnen concernverband afgewaardeerde vordering is uiteindelijk gekozen omdat het arrest HR BNB 1988/217 de reikwijdte van de wetwijziging op dit punt fors zou hebben verkleind.⁷ Hoewel ik het met deze interpretatie van het arrest BNB 1988/217 niet eens ben,⁸ spreekt de relatieve eenvoud van de uiteindelijk gekozen methode van claimhandhaving mij erg aan. Het had wel voor de hand gelegen om bij de in een dochtermaatschappij omgezette verliesgevende v.i. ook te kiezen voor directe afrekening in plaats van partiële, tijdelijke uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling.

Winstneming is slechts geboden voor zover de afwaardering plaats vond ten laste van in Nederland belastbare winst van belastingplichtige of een met hem verbonden maatschappij.⁹

Onder het afwaarderen op een vordering vallen ook allerlei handelingen die strikt genomen niet als zodanig zijn te kwalificeren,¹⁰ maar materieel op hetzelfde neerkomen, aldus de staatssecretaris. De oorzaak van de afwaardering is niet relevant,¹¹ zodat ook afwaarderingen als gevolg van valutawaardeschommelingen onder de nieuwe regeling vallen.

3.3 Afrekening bij vervreemding afgewaardeerde vordering op concernmaatschappij aan concernmaatschappij

Vervreemding van een binnen het concern ten laste van de Nederlandse winst afgewaardeerde vordering aan een verbonden lichaam leidt ingevolge artikel 13d, lid 1 en lid 2, letter b Wet Vpb'69 in principe tot afrekening bij de vervreemdende Nederlandse concernmaatschappij over het bedrag van de in Nederland destijds gepresenteerde afwaardering op de vervreemde vordering. Hier kan de minister toestaan afrekening geheel of gedeeltelijk achterwege te laten indien de vordering binnen bereik van de Nederlandse fiscus blijft, zoals in geval van een vervreemding aan een in Nederland gevestigde en werkzame concernmaatschappij. Gezien de toelichting op het amendement waarbij deze regeling (artikel 13b, lid 2, letter b en lid 3 Wet Vpb'69) in de wet is opgenomen, ligt het voor de hand dat de minister voor niet-afrekenen ten minste zal eisen dat de vordering bij de kopende concernmaatschappij weer zal worden opgeboekt tot aan het bedrag waarvoor de verkopende concernmaatschappij had moeten opboeken als de vordering niet was vervreemd.¹²

Bij deze bepaling en die genoemd in paragraaf 3.6 is een wettelijk vermoeden van verbondenheid opgenomen. Dat wil zeggen dat bij vervreemding aan een niet in Nederland gevestigd lichaam dit lichaam geacht wordt verbonden te zijn, tenzij belastingplichtige het tegendeel aannemelijk maakt.

3.4 Afrekening bij overbrenging van een afgewaardeerde vordering op een concernmaatschappij naar een (deel van een) onderneming, waarvan de winst niet in Nederland wordt belast
Letter c van het tweede lid van artikel 13d Wet

Vpb'69 bepaalt dat compenserende winstneming is voorgeschreven indien en voor zover een in het verleden binnen het concern ten laste van de Nederlandse winst afgewaardeerde vordering 'wordt overgebracht naar het vermogen van een buiten Nederland gedreven onderneming dan wel naar het vermogen van een buiten Nederland gedreven gedeelte van een onderneming op de winst waarvan een regeling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is.'

Deze bepaling ziet op de gevallen waarin een besmette afgewaardeerde vordering¹³ buiten het effectieve bereik van de Nederlandse fiscus wordt gebracht. 'Het betreft hier de gevallen dat de afgewaardeerde vordering:

1^e in eerste instantie behoort tot het vermogen van een vaste inrichting in Nederland van een niet in Nederland gevestigd lichaam, doch overgaat van de vaste inrichting in Nederland naar het buitenlandse hoofdkantoor of naar een vaste inrichting in een ander land;

2^e in eerste instantie behoort tot het binnenlandse deel van het ondernemingsvermogen van een in Nederland gevestigd lichaam, en later overgaat naar een buitenlandse vaste inrichting van dat lichaam.'¹⁴

3.5 Afrekenen bij prijsgeven afgewaardeerde vordering op concernmaatschappij

De eerste volzin van artikel 13d, lid 4 Wet Vpb'69 bepaalt dat ook directe, compenserende winstneming dient plaats te vinden indien een besmette afgewaardeerde vordering geheel of gedeeltelijk wordt prijsgegeven. Behalve tot het bedrag dat binnen het concern ten laste van de Nederlandse winst is afgeboekt, is de winstneming in dit geval beperkt tot het bedrag dat bij de concerndebitrice ter zake van het prijsgeven van de vordering niet tot belastbare winst leidt. In geval van een zakelijk verantwoorde kwijtschelding van een afgewaardeerde vordering op een in Nederland gevestigde en werkzame concernmaatschappij, zal dus maximaal winstneming optreden tot het bedrag van de kwijtscheldingswinst ex artikel 8, letter c Wet IB'64.

3.6 Afrekenen indien de onderneming van de debitrice/concernmaatschappij (geheel of gedeeltelijk) wordt vervreemd aan een concernmaatschappij

Artikel 13b, lid 4, tweede volzin Wet Vpb'69 bepaalt dat ook compenserende winstneming dient plaats te vinden indien de onderneming van de debitrice van de afgewaardeerde vordering geheel of voor een deel wordt vervreemd aan een verbonden lichaam.

Deze bepaling werkt vrij grof in die zin dat al bij de vervreemding van een gedeelte van de onderneming de sanctie werkt. Hoe groot dat gedeelte moet zijn zou van de omstandigheden af moeten hangen. Bijvoorbeeld indien de debitrice een lichaam is dat een materiële onderneming drijft komt het mij redelijk voor te eisen dat de sanctie slechts van toepassing is indien het vervreemde deel van de onderneming ten minste een zelfstandig onderdeel van de onderneming is. Niet elke vervreemding van een vermogensbestanddeel binnen het concern vormt dan direct een probleem.

3.7 Partiële uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling bij omzetting van een verliesgevende v.i. in een dochtermaatschappij

In geval een buitenlandse vaste inrichting (v.i.) wordt omgezet in een buitenlandse dochtermaatschappij zou onder de oude regeling een claim van de fiscus verloren kunnen gaan. Indien de v.i. namelijk in het recente verleden verliesgevend was, dan heeft zo'n verlies de wereldwinst van het betreffende lichaam verminderd, terwijl gelijktijdig is bepaald dat eventuele toekomstige positieve resultaten uit de v.i. de komende acht jaar in zoverre niet (zoals normaal is) buiten de Nederlandse heffing worden gehouden. De Nederlandse wetgever staat dus verliesneming toe, maar vestigt tegelijk een claim tot compenserende winstneming als het de v.i. weer beter gaat. Deze claim tot compenserende winstneming van de Nederlandse fiscus zou gefrustreerd kunnen worden door de v.i. op het juiste moment om te zetten in een dochtervennootschap. Onder de nieuwe wettelijke regeling wordt deze claim van de fiscus in principe gehandhaafd door een partiële uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling

zolang de claim van de fiscus nog niet is goedge- maakt. Partiële uitsluiting wil zeggen alleen voor positieve deelnemingsresultaten: negatieve deel- nemingsresultaten blijven vrijgesteld (dat wil zeg- gen zijn niet aftrekbaar).

Tijdens de partiële uitsluiting van de deelne- mingsvrijstelling is de beperking van de kostenaf- trek in verband met de buitenlandse deelneming wel 'gewoon' van toepassing.¹⁵ In een aantal gevallen werkt de hoofdregel niet (afdoende) en wordt daarom voorgesteld belastingplichtige te verplichten tot (de afboeking compenserende) winstneming op het moment dat de fiscale claim anders verloren zou zijn gegaan. Het betreft de volgende gevallen:

- 1 de 'beclaimde' aandelen worden overgedra- gen aan een niet in Nederland gevestigd con- cernlichaam;
- 2 de onderneming van de 'beclaimde' deelne- ming wordt (geheel of gedeeltelijk) vervreemd aan een concernmaatschappij.¹⁶ Dan blijft de claim formeel intact, maar op de 'besmette' deelneming worden geen positieve voordelen meer genoten, terwijl de onderneming gewoon in het concern blijft;
- 3 de 'beclaimde' aandelen worden ingebracht in een buitenlandse vaste inrichting, waardoor de te belasten winst zou moeten worden vrijge- steld als v.i.-winst en dus feitelijk nog niet in Nederland zou worden belast;
- 4 een buitenlands concernlichaam verwerft recht op (een groot deel van) de winstreserves van de 'beclaimde' deelneming, zodat de Neder- landse moeder feitelijk geen of weinig belaste positieve deelnemingsvoordelen zal genieten. Te denken valt hier aan het plaatsen bij een bui- tenlandse concernvennootschap van aandelen, al of niet met bijzondere winstrechten.

3.8 Aanscherping van de bewijslast bij de kos- tenaftrekbeperkingsbepaling

De bewijspositie van de fiscus is onder de nieuwe wettelijke regeling (onder andere) op het punt van de niet-aftrekbare kosten in verband met een bui- tenlandse deelneming zeer fors versterkt.

Het betreft in wezen twee afzonderlijke rege- lingen.

Het wettelijk vermoeden is geformuleerd dat de

kosten van een lening, die binnen 6 maanden vóór de verwerving van een deelneming is aangegaan, verband houden met die deelneming. Deze fictie is opzij te zetten indien belastingplichtige aanne- melijk kan maken (hier dus de normale vorm van bewijsvoering!) dat de lening niet voor het verwer- ven van de deelneming is aangegaan. Tijdens de parlementaire behandeling is duidelijk geworden dat indirect bewijs hier ook volstaat. Dat impli- ceert dat belastingplichtige aannemelijk kan maken dat een binnen de genoemde zesmaands- periode opgenomen lening voor iets anders is aangewend dan voor de aankoop van c.q. stor- ting van kapitaal in de buitenlandse deelneming. Daarnaast zal belastingplichtige van alle kosten die verband houden met een deelneming voor- taan overtuigend moeten bewijzen (in plaats van aannemelijk maken) dat die kosten leiden tot in Nederland belastbare winst.

Dit zijn heel vervelende bepalingen omdat elke Vpb-plichtige met een of meer buitenlandse deel- nemingen er zowat voortdurend mee te maken krijgt en niet slechts degenen 'die de problemen opzoeken'.

3.9 Voor niet-onderworpen dochters slechts aftrek van deelnemingskosten en negatieve deel- nemingsvoordelen voor zover daar positieve deelnemingsvoordelen tegenover staan

In het nieuwe artikel 13a Wet Vpb'69 is een rege- ling opgenomen die moet voorkomen dat voorde- len uit een niet-onderworpen buitenlandse deel- neming feitelijk niet in Nederland kunnen worden belast (omdat geen dividenden worden uitge- keerd, noch de deelneming wordt verkocht), ter- wijl wel kosten in verband met de buitenlandse deelneming alsmede waardedalingen van de deelneming in aftrek gebracht zouden kunnen worden. De regeling houdt in dat, indien de deel- nemingsvrijstelling louter niet van toepassing is omdat niet voldaan is aan de onderworpenheids- eis, slechts aftrek van deelnemingskosten en negatieve deelnemingsvoordelen wordt verkre- gen voor zover daar positieve deelnemingsvoor- delen tegenover staan. Er geldt een in de tijd onbeperkte carry forward van kosten c.q. nega- tieve deelnemingsresultaten, maar geen carry back.

3.10 Geen deelnemingsvrijstelling indien aandelen als voorraad worden gehouden

Deze wijziging is overgenomen van het ingetrokken initiatiefvoorstel-Vermeend, maar heeft in de nieuwe wettelijke regeling een veel beperkter invulling gekregen dan Vermeend voor ogen stond. Het op basis van de tekst van de bepaling in principe ruime bereik van de bepaling is door de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling fors beperkt. Hij heeft namelijk medegedeeld dat de bepaling louter ziet op de handel in kasgeld-BV's. De aandelen in dochter-subjecten die een materiële onderneming drijven worden volgens de staatssecretaris nimmer als voorraad gehouden. Kasgeld-BV's heeft hij vervolgens nog nader gedefinieerd als lichamen die louter kasgelden bezitten of eventueel overige beleggingen. Met name de laatste toevoeging laat nog enige onzekerheid voor andere gevallen dan de 'klassieke' kasgeld-BV.

3.11 Reparaties van de liquidatieverliesregeling

De principiële uitgangspunten van de liquidatieverliesregeling zijn intact gebleven. Het liquidatieverlies blijft in principe becijferd worden op het positieve verschil tussen het voor de deelneming opgeofferde bedrag en het totaal van de liquidatie-uitkeringen. Wel is een groot aantal bepalingen opgenomen tegen wat men als oneigenlijk gebruik ziet. Het gaat om de in de volgende subparagrafen genoemde nieuwe bepalingen.

3.11.1 Tussenholdingbepaling

De wetgever heeft het niet terecht geoordeeld indien een liquidatieverlies genomen zou kunnen worden als het geliquideerde lichaam niet zelf verlies heeft geleden, maar de verliezen 'verder onder' in het concern, bijvoorbeeld door een kleindochtermaatschappij, zijn geleden. Voortaan wordt daarom uit het te nemen liquidatieverlies geëlimineerd het deel van het verlies dat materieel niet door de geliquideerde dochter zelf is geleden, maar door lichamen verder 'onder' in het concern. Technisch gebeurt dit door uit het liquidatieverlies te elimineren waardedalingen van deelnemingen van de geliquideerde dochter. Er geldt een salderingsregeling, die meebrengt dat de waardedalingen van deelnemingen van de

geliquideerde dochter worden gesaldeerd met waardestijgingen van andere deelnemingen van de geliquideerde dochter.

De tussenholdingbepaling geldt ook voor verliezen op deelnemingen van de geliquideerde dochter als zo'n verlies een vervreemde deelneming van de geliquideerde dochter betreft.¹⁷

Het verlies dat als gevolg van de tussenholdingbepaling nu niet genomen mag worden, wordt – voor zover het een waardedaling betreft van een deelneming, die als liquidatie-uitkering wordt verkregen – doorgeschoven in de vorm van een ophoging van het voor de als liquidatie-uitkering verworven deelneming opgeofferde bedrag.

3.11.2 Voortzetting onderneming binnen concern

Een liquidatieverlies mag slechts genomen worden indien de onderneming van het ontbonden lichaam, indien deze niet is gestaakt, geheel of gedeeltelijk is voortgezet uitsluitend door een ander dan de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam.

De staatssecretaris is van mening dat het in de voortzettingbepaling gehanteerde begrip onderneming ruim dient te worden opgevat en dan ook tevens beleggingsactiviteiten omvat. Ook in geval van gedeeltelijke voortzetting is de onderhavige bepaling van toepassing. Slechts als het om een zeer geringe voortzetting gaat zal hier in de uitvoerings sfeer enig soelaas geboden worden.

Het verlies, dat als gevolg van de voortzettingbepaling nu niet genomen mag worden, wordt op verzoek van belastingplichtige bij beschikking vastgesteld en doorgeschoven. De wijze van doorschuiving van dit liquidatieverlies verschilt naar gelang de hoedanigheid van het lichaam dat de overgedragen onderneming voortzet. Zet de moedermaatschappij van de geliquideerde dochter zelf de onderneming van die dochter (geheel of gedeeltelijk) voort dan mag zij het nu niet te nemen liquidatieverlies nemen op het moment dat de overgedragen onderneming door haar geheel is gestaakt dan wel deze onderneming geheel of gedeeltelijk is voortgezet buiten het concern en aan de overige eisen is voldaan.¹⁸ Indien niet de moedermaatschappij van de geliquideerde dochter maar een andere concern-

maatschappij de onderneming van het geliquideerde lichaam (geheel of gedeeltelijk) voortzet, is bepaald dat het nu niet te nemen liquidatieverlies wordt doorgeschoven (in de vorm van een ophoging van het opgeofferde bedrag) naar het lichaam dat de onderneming voortzet.

3.11.3 'Gebruik' verlies door oude of nieuwe concern

Geen liquidatieverlies mag worden opgenomen indien ter zake daarvan recht bestaat op enigerlei fiscale tegemoetkoming anders dan die volgens de Nederlandse liquidatieverliesregels. Dit geldt zowel voor een fiscale tegemoetkoming jegens een concernmaatschappij als jegens (het concern van) een derde maatschappij of persoon, die de onderneming van het geliquideerde lichaam geheel of gedeeltelijk voortzet.

Of recht bestaat op enigerlei fiscale tegemoetkoming dient objectief te worden beoordeeld. De (buitenlandse) wetgeving moet een mogelijkheid tot verliesrekening bevatten; niet van belang is of er ook feitelijk wel een mogelijkheid tot verrekening is, en ook het afstand doen van het recht op verliescompensatie resulteert niet in het mogen nemen van een liquidatieverlies in Nederland.

Indien de omvang van de fiscale tegemoetkoming gering is in vergelijking met het liquidatieverlies dat niet genomen mag worden, heeft de staatssecretaris toegezegd met toepassing van de hardheidsclausule toe te staan dat het liquidatieverlies toch geheel of gedeeltelijk in aanmerking wordt genomen.

3.11.4 'Holland-routing'-bepaling

Liquidatieverliezen op buitenlandse deelnemingen zijn niet aftrekbaar indien de buitenlandse deelneming:

- is verkregen van een buitenlands concernlichaam, en
- de buitenlandse deelneming binnen drie jaar na verkrijging haar onderneming staakt dan wel ontbonden wordt.

In artikel 13f Wet Vpb'69 is verder nog een tweetal anti-ontgaansbepalingen opgenomen, die het volgende ontwijkgedrag bestrijden:

a *Getrapte verkoop via een in Nederland gevestigde concernmaatschappij*

Om niet te voldoen aan de voorwaarde dat de buitenlandse deelneming van een buitenlandse concernmaatschappij moet zijn verkregen zou gekozen kunnen worden voor het tussenschakelen van een Nederlandse concernvennootschap, die de deelneming eerst koopt en dan aan een andere Nederlandse concernmaatschappij doorverkoopt, waarna de laatste de deelneming liquideert. Artikel 13f, lid 2 Wet Vpb'69 verhindert dit.

b *Tussenschuiven van een – ook te liquideren – tussenholding*

De nieuwe Holland-routingbepaling zou ook ontdoken kunnen worden door het te liquideren lichaam allereerst over te dragen aan een al of niet in Nederland gevestigde tussenholding waarna eerst dat lichaam en daarna de tussenholding wordt geliquideerd. Hiertegen richt zich het derde lid van artikel 13f Wet Vpb'69.

Met de nieuwe bepaling probeert de wetgever met een tijdslimiet het dumpen van verliezen in Nederland te voorkomen. Dit werkt slechts voor de simpele gevallen van Holland-routing. Het blijft voordelen opleveren om structureel risicovolle activiteiten via een buitenlandse dochter onder een Nederlandse (tussen)holding te 'hangen'.¹⁹ Dit te meer daar er (anders dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel) geen enkele eis wordt gesteld aangaande het verband tussen de activiteiten van de buitenlandse dochter en die van de Nederlandse moeder.

3.11.5 Introductie 25%-eis voor buitenlandse deelneming

Bij tweede nota van wijziging is naast de Holland-routingbepaling de regeling van artikel 13d, eerste lid, laatste volzin Wet Vpb'69 ingevoerd. Deze bepaling houdt – globaal gesteld – in dat op een buitenlandse deelneming geen liquidatieverlies mag worden genomen indien de moedermaatschappij in de periode van vijf jaar vóór de (gehele of nagenoeg gehele) staking van de onderneming tot aan de liquidatie niet steeds ten minste 25% van de aandelen in die dochtermaatschappij had.²⁰ De bepaling is gericht tegen de handelwijze om bij dreigende liquidatie de deelneming 'even snel' uit te breiden in verband met het te

nemen liquidatieverlies. De lol van zo'n 'blitz-uitbreiding' is overigens beperkt. Voor de nieuw bijgekochte aandelen resulteert geen voordeel, indien de prijs van de bijgekochte aandelen in de deelneming reëel is.²¹ Slechts voor de al langer in het bezit van de moedermaatschappij zijnde aandelen zou zonder de 25%-eis een voordeel kunnen resulteren indien voor die aandelen een hoog opgeofferd bedrag geldt.

De 25%-eis heeft een erg beperkte werkingsfeer. De bepaling werkt slechts in de gevallen dat niet vanaf de verwervingsdatum direct al 25% of meer in de deelneming is verworven. Omgekeerd geformuleerd: indien de Nederlandse moedermaatschappij direct vanaf de verwerving van de buitenlandse deelneming maar 25% of meer van haar aandelenkapitaal bezit, is altijd aan de 25%-eis voldaan. Deze interpretatie van de 25%-eis blijkt niet uit de wettekst maar wel zonneklaar uit de MvA (Eerste Kamer).

Het is volstrekt onduidelijk waarom de 25%-eis en de bepalingen tegen Holland-routing naast elkaar zijn opgenomen. De wetgever had wijs gehandeld indien hij de Holland-routingbepaling met zijn ingewikkelde anti-misbruik satellietbepalingen had geschrapt en als compensatie de veel simpeler 25%-eis qua werkingsfeer wat had uitgebreid in die zin dat om een liquidatieverlies op een buitenlandse deelneming te mogen nemen deze moedermaatschappij de te liquideren deelneming ten minste vijf jaar dient te bezitten. De 25%-eis zou dan dus niet beperkt zijn tot uitbreidingen van onder de 25% tot 25% of meer. Men moet dan voor verliesneming ten minste vijf jaar lang ten minste 25% van de aandelen van de geliquideerde buitenlandse dochter hebben bezeten.

3.11.6 Verzwaarde bewijslast ook op dit punt
Volgens het achtste lid, letter c van artikel 13d Wet Vpb'69 moet belastingsplichtige voortaan *aantonen* (in plaats van het gebruikelijke *aannemelijk maken*):

- 1 de omvang van het liquidatieverlies, alsmede
- 2 dat de verliezen van het geliquideerde lichaam niet binnen het concern worden 'gebruikt', alsmede
- 3 dat, indien de onderneming van het geliquideerde lichaam geheel of gedeeltelijk is voort-

gezet, dit is geschied door een ander dan de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam.

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State heeft de staatssecretaris de in het aan de Raad gestuurde concept-wetsvoorstel opgenomen verzwaarde bewijslast tot een normale teruggebracht voor zover belastingplichtige het bewijs moet leveren dat derden (de overnemer en/of diens concernlichamen) geen recht kunnen doen gelden op een fiscale tegemoetkoming ter zake van verliezen die bij de geliquideerde dochter onverrekend zijn gebleven.

Een andere verzachting van de moeilijke bewijsrechtelijke positie die belastingplichtige in de nieuwe wettelijke regeling krijgt opgelegd is opgenomen in artikel III van de nieuwe wet. Daar is bepaald dat voor zover belastingplichtige de *omvang* van het liquidatieverlies moeten aantonen en daarvoor gegevens een rol spelen die stammen uit de periode tot tien jaar voor de inwerkingtreding van het reparatiewetsvoorstel, kan worden volstaan met het aannemelijk maken (in plaats van doen blijken). Deze verzachting wordt voorgesteld omdat ondernemers volgens artikel 54 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen een wettelijke bewaarperiode hebben voor boeken en bescheiden van 10 jaar.

3.11.7 Dividendcorrectieregeling

De omvang van het liquidatieverlies wordt in de voorgestelde nieuwe regeling nog steeds in principe berekend als het verschil tussen het door belastingplichtige voor zijn deelneming opgeofferde bedrag en het totaal van de liquidatie-uitkeringen;

Het derde lid van artikel 13d Wet Vpb'69 bepaalt: 'Tot het totaal van de liquidatie-uitkeringen worden ten minste gerekend de positieve voordelen uit hoofde van de deelneming welke zijn genoten in

a het jaar waarin het ontbonden lichaam zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt, in de vijf daaraan voorafgaande en in de daaropvolgende jaren;

b het zesde tot en met het tiende jaar voorafgaande aan dat waarin het ontbonden lichaam

zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt ingeval over het desbetreffende jaar dat lichaam volgens zijn jaarrekening – opge maakt volgens de bepalingen van titel 9, boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, dan wel, ten aanzien van een deelneming in een buiten Nederland gevestigd lichaam, volgens soortgelijke buitenlandse wettelijke regelingen – verlies heeft geleden’.

Zowel de tekst van de bepaling als de parlementaire toelichting maken duidelijk dat de voorgestelde regeling niet in de plaats komt van de tot 28 april 1990 geldende waarin uitkeringen door de dochter nadat het besluit tot liquidatie is gevallen tot de liquidatie-uitkeringen gerekend moeten worden. Uitkeringen gedaan vóór de in de nieuwe wetsbepaling genoemde perioden kunnen dus nog steeds tot de liquidatie-uitkeringen gerekend moeten worden, namelijk indien het besluit tot liquidatie al is gevallen vóór die uitkering wordt gedaan.

Voor wat betreft het criterium ‘geheel of nagenoeg geheel gestaakt’ is aansluiting gezocht bij het bepaalde in artikel 20, vijfde lid, van de Wet Vpb. Alle problemen die dit criterium in artikel 20, lid 5 Wet Vpb’69 meebrengt zullen dus ook in de onderhavige regeling optreden. Deze problemen worden overigens goeddeels afgewenteld op belastingplichtige en zijn adviseur vanwege de verzwaarde bewijslast.

De verlengde dividendcorrectieregeling (met de 10-jaarsperiode) maakt het voor belastingplichtigen zinnig ernaar te streven om, indien mogelijk, in jaren van dividenduitkering commercieel althans enige winst te doen resulteren. Binnen marges kan de commerciële winst immers (net als de fiscale jaarwinst) worden beïnvloed. Men kan het ook omdraaien: indien er commercieel winst wordt gemaakt, dient men een goede reden te hebben om geen dividend uit te keren.

3.11.8 De formele vaststelling van het liquidatieverlies

In het tiende lid van artikel 13d Wet Vpb’69 wordt bepaald dat op verzoek van belastingplichtige het liquidatieverlies bij beschikking van de inspecteur wordt vastgesteld in het geval waarin het liquidatieverlies nog niet genomen mag worden van-

wege de voortzetting van (een deel van) de onderneming binnen het concern. Deze bepaling wordt deels overlapt door het bij amendement toegevoegde negende lid van artikel 13d Wet Vpb’69, waarin bepaald wordt dat het in een jaar ter zake van een deelneming opgeofferde bedrag op verzoek van belastingplichtige bij beschikking door de inspecteur wordt vastgesteld.

4 Inwerkingtreding en overgangsrecht

Zoals opgemerkt is de nieuwe wettelijke regeling op 28 april 1990 in werking getreden. Zij bevat formeel geen terugwerkende kracht. Er is zelfs enige eerbiedigende werking opgenomen ten aanzien van de omzetting van een afgewaardeerde vordering in aandelenkapitaal en de regeling voor partiële uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling bij omzetting van een verliesgevende vaste inrichting in een dochtermaatschappij. Deze nieuwe regels zijn slechts van toepassing als de omzetting (en dergelijke) plaatsvindt na 27 april 1990.

Conclusie

De deelnemingsvrijstelling was en is het hart van de Nederlandse vennootschapsbelasting. De regeling is met de jongste reparatie fors ingewikkelder geworden. Deels is dat onvermijdelijk omdat de wetgever zijn bedoelingen nader heeft willen preciseren, deels echter is de regeling nodeloos ingewikkeld. Belangrijkste kritiekpunt is de ongelijke bewijslastverdeling. De bewijslast wordt op twee belangrijke punten (kosten in verband met de buitenlandse deelneming en bij de liquidatieverliesregeling) erg eenzijdig op belastingplichtige afgewenteld. Met name de wat arge loze, ‘gewone’ belastingplichtige, die niet een eigen fiscale afdeling heeft of voortdurend in contact staat met zijn belastingadviseur, wordt hierdoor onterecht en onevenredig getroffen. De essentie van de deelnemingsvrijstelling als regeling ter voorkoming van economische dubbele belasting is echter gehandhaafd, zowel nationaal als internationaal gezien.

Noten

- 1 Als dochtersubject konden en kunnen slechts fungeren kapitaalvennootschappen, binnenlandse open fondsen voor gemene rekening en coöperaties.
- 2 Op de eis dat *alle* economisch belang bij het pakket aandelen bij de moedermaatschappij moet liggen ketst het recht op toepassing van de deelnemingsvrijstelling ook af in geval van vruchtgebruik van aandelen.
- 3 Voor participaties in dochtermaatschappijen die kwalificeren als een fiscale beleggingsinstelling ex artikel 28 Wet Vpb'69 is de deelnemingsvrijstelling uitgesloten, omdat de wetgever het nulprocentstarief voor de dochter/beleggingsinstelling niet wilde laten cumuleren met de deelnemingsvrijstelling bij de moedermaatschappij. Door de feitelijke vestigingsplaats van de dochter/beleggingsinstelling naar het buitenland te verplaatsen, zou men, zonder de niet-ter-beleggingseis, de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling voor participaties in beleggingsinstellingsdochters kunnen omzeilen. De niet-ter-beleggingseis bedoelt deze potentiële belastingvlucht tegen te gaan.
- 4 Kamerstuknummer 19.968, nr. 41f, p. 2.
- 5 Het inlassen van zo'n kort boekjaar lijkt mij geen probleem. Niet gezegd kan worden dat alleen daarom geen regelmatige boekhouding met geregelde jaarlijkse afsluiting gevoerd zou worden, terwijl ook geen incidenteel fiscaal voordeel wordt beoogd maar een incidenteel fiscaal nadeel wordt voorkomen (conform Hof 's-Hertogenbosch, 26 mei 1988, rolnummer 1318/1988, Vakstudie Nieuws 1990, p. 202).
- 6 Zie paragraaf 3.7 hierna.
- 7 Zie kamerstuknummer 19.968, nr. 12, p. 2, en nr. 13, p. 8 en 9.
- 8 Het in BNB 1988/217 aan de orde zijnde geval betrof een geldverstrekking, die gekwalificeerd kon worden als 'geld in een bodemloze put'. Het lijkt mij dat dit soort gevallen geen regel zijn, ook niet in de situaties waarop op een in concernverband verstrekte lening wordt afgeboekt. Anders gezegd: in de grote meerderheid van de gevallen waarin op een in concernverband verstrekte lening wordt afgeboekt, zal dat een lening zijn, die niet op basis van HR BNB 1988/217 als kapitaal is te kwalificeren.
- 9 Dit geldt ook voor de in de paragrafen 3.3 t/m 3.6 genoemde gevallen.

- 10 Zoals de verkoop van een concernvordering voor minder dan de kostprijs.
- 11 Men had wellicht kunnen menen dat alleen afwaarderingen relevant zijn die het gevolg zijn van de slechte gang van zaken bij de debitrice/concernmaatschappij.
- 12 Hiertoe is de kopende concernmaatschappij normaliter niet verplicht omdat zij kan kiezen voor waardering op (haar) kostprijs.
- 13 Zijnde een afgewaardeerde vordering waarop volgens de bepalingen van artikel 13b Wet Vpb'69 de fiscus nog een latente claim heeft.
- 14 Kamerstuknummer 19.968, nr. 13, p. 10.
- 15 Zie artikel 13c, lid 3 Wet Vpb'69.
- 16 In deze beschouwing worden de termen 'verbonden maatschappij' en 'concernmaatschappij' door elkaar gebruikt. In beide gevallen wordt bedoeld op verbonden maatschappijen in de zin van artikel 13b, lid 6 Wet Vpb'69. Dit artikellid definieert als verbonden met een lichaam:
 - 'a een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;
 - b een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in belastingplichtige;
 - c een lichaam waarin een derde ten minste voor een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige'.
- 17 Ook als die vervreemding al lang geleden heeft plaats gevonden.
- 18 Dat wil zeggen geen compensatie van het verlies door een ander en als voldaan is aan de verzwaarde bewijslast.
- 19 Dan blijft Nederland opdraaien voor de slechte kansen en stroomt het geld vrij van Vpb door Nederland in geval het goed gaat met de dochter.
- 20 In de toelichting bij de tweede nota van wijziging is door de staatssecretaris toegezegd dat indien de buitenlandse dochter minder dan vijf jaar bestaat de 25%-eis vanaf oprichting geldt.
- 21 Dit te meer als men zich realiseert dat bij aankoop van een concernlichaam van de extra aandelen in de deelneming het voor de nieuwe aandelen opgeofferde niet hoger gesteld wordt dan het bedrag dat de overdragende concernmaatschappij had opgeofferd.