

Keuzeregeling voor liquidatieverliezen

Een voorstel tot wijziging van de liquidatieverliesregeling

R. Gielen LL.M.,¹ mr. W.Y. Ip² en mr. L.J.A. Pieterse³

1. Inleiding

1.1. *De liquidatieverliesregeling: een fiscale ‘aantrekkelijkheid’*

De deelnemingsvrijstelling zoals zij in Nederland geldt, mag gerust vermaard worden genoemd.⁴ Deze regeling, die ook in buitenlandse verhoudingen dubbele belasting voorkomt, heeft een vaste plaats in het fiscale bestel van ons land weten te veroveren. Wie beweert dat Nederland een aantrekkelijk vestigingsklimaat heeft, noemt daarbij doorgaans in één adem de deelnemingsvrijstelling.⁵ Ook wat dat betreft staat de deelnemingsvrijstelling op de kaart. Dat zij een belangrijke factor is die een goed vestigingsklimaat mede bepaalt, en investeringen bevordert, wordt door niemand in twijfel getrokken. Het is voor de in Nederland gevestigde hoofdkantoren van (buitenlandse) ondernemingen (namelijk) van groot belang dat zij, gezien de relatief beperkte omvang van de Nederlandse markt, hun positie kunnen versterken door ook in het buitenland te investeren en dat de voordelen daarvan in Nederland worden vrijgesteld. Als dergelijke investeringen tot een verlies lijden, en dat kan gebeuren, moet zodanig verlies – op enig moment – in aanmerking kunnen worden genomen, zo meent de wetgever.⁶ Tegen deze achtergrond is het te verklaren dat de wet toestaat dat een verlies dat ontstaat doordat een (buitenlandse) deelneming wordt geliquideerd, aftrekbaar is. Deze mogelijkheid wordt, en daar is iedereen het over eens, tot de ‘fiscale aantrekkelijkheden’ van Nederland gerekend.⁷

1 Remy Gielen is werkzaam bij KPMG Meijburg & Co en verricht onderzoek aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam.

2 Stephan Ip is werkzaam bij Rechtbank Haarlem en verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. Deze bijdrage is in de laatstgenoemde hoedanigheid geschreven.

3 Rens Pieterse is verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam.

4 Maarten Schinkel, ‘Mick en Bono zijn hier niet voor het wegennet’, *NRC Handelsblad* 8 december 2011, p. 26.

5 Met hoofdkantoren naar de top. Actie-agenda ter versterking van het vestigingsklimaat, de acquisitie en het behoud van internationale bedrijven en talenten. Actie-agenda opgesteld door het Topteam Hoofdkantoren, juni 2011, p. 23 en *NRC Handelsblad* 3 januari 2012, p. 24-25 (‘Poldermodel biedt een dijk van een kans’).

6 Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 19 968, nr. 13, p. 10.

7 Vgl. het verslag van P.F.E.M. Merks, ‘De wet van de remmende voorsprong. Staatssecretaris Wijn op de Vrije Universiteit te Amsterdam (...)’, *WFR* 2004/457, p. 457.

1.2. *In vogelvlucht: de regeling en haar problemen*

De regeling die een geleden liquidatieverlies aftrekbaar stelt, oogt eenvoudig: aftrekbaar is het positieve verschil tussen het voor de deelneming opgeofferde bedrag en het totaal van de liquidatie-uitkeringen.⁸ Maar de schijn bedriegt, want mede als gevolg van de buitengemeen complexe bepalingen die de vaststelling van het opgeofferde bedrag beheersen, kent de regeling een aantal onvolkomenheden. In de literatuur is dit niet onopgemerkt gebleven. Zo beschrijft Hofman in het kader van de liquidatie van een tussenhoudster enige situaties waarin zich een (onbedoelde) samenloop van anti-misbruikbepalingen kan voordoen, waardoor ook 'eigen' operationele verliezen van de tussenhoudster teloor gaan.⁹ Voorts blijkt het in de praktijk vaak niet eenvoudig om na een reeks van zich opeenvolgend voordoende fusies en/of splitsingen, het voor een deelneming opgeofferde bedrag te 'reconstrueren'. Ook de verhangung van deelnemingen binnen fiscale eenheid (al dan niet in het zicht van liquidatie) vraagt om de nodige administratieve inspanningen van de belastingplichtige, wil deze achteraf in staat zijn om het opgeofferde bedrag juist te bepalen.¹⁰ Dit laatste wordt, tot slot, verder bemoeilijkt door de recente arresten van de Hoge Raad inzake de aan een deelneming verstrekte onzakelijke lening, welke arresten meebrengen dat niet in aftrek toegelaten afwaarderingsverliezen (uiteindelijk) bij het opgeofferde bedrag mogen worden opgeteld.¹¹ Als het liquidatieverlies eenmaal is becijferd, en dat is dus (lang) niet altijd een sinecure te noemen, dan kan dat pas worden genomen op het tijdstip waarop de liquidatie is voltooid, zo bepaalt de wet.¹² Deze eis leidt ertoe dat er een fiscaal belang mee gediend is om een liquidatie zo snel mogelijk te voltooien, maar het zal duidelijk zijn dat de regeling een averechts effect kan hebben op de reorganisatiekansen van een onderneming.¹³

In deze bijdrage laten wij deze probleemvelden links liggen en concentreren wij ons op de uitgangspunten van de liquidatieverliesregeling. Als gevolg van de door de wetgever gehuldigde 'forfaitaire'¹⁴ benadering kan het ingevolge deze regeling te nemen verlies veel minder belopen dan het verlies dat bij de deelneming verloren gaat. Maar het is ook mogelijk dat bij de moedermaatschappij een liquidatieverlies tot uitdrukking komt, terwijl de deelneming minder of zelfs helemaal geen verlies heeft geleden dan wel geen verlies verloren gaat.¹⁵ Hierna onderzoeken wij het theoretische fundament van de liquidatieverliesregeling (§ 2). Op basis van die analyse bezien wij in hoeverre de huidige regeling daarmee in overeenstemming is, dan wel zou moeten worden herzien (§ 3). Hierbij wordt tevens aandacht geschonken aan

8 Art. 13d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: de wet).

9 A.W. Hofman, 'Tussenhoudsterperikelen in de liquidatieverliesregeling', *WFR* 2006/1344, § 3.3.

10 Zie het dat art. 13d lid 10 van de wet de mogelijkheid biedt om het opgeofferde bedrag jaarlijks door de inspecteur te laten vaststellen.

11 Zie m.n. HR 25 november 2011, nr. 10/05161, *V-N* 2011/63.11. Zie over deze arresten o.m. (kritisch) M. Nieuweboer, 'Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!', *NtFR* 2012/292.

12 Art. 13d lid 9 van de wet.

13 A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, derde druk, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2011, § 8.4.2.

14 *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 22, p. 29 r.k.

15 W.C.M. Martens (a.w., p. 99) demonstreert dat aan de hand van een voorbeeld.

de vraag of EU-rechtelijke ontwikkelingen al dan niet tot een dergelijke herziening dwingen (§ 4). In § 5 komen wij tot een voorstel tot aanpassing van het huidige art. 13d van de wet.

2. Deelnemingsvrijstelling en liquidatieverliesregeling

2.1. *Historische achtergrond*

Om de ratio van de (huidige) liquidatieverliesregeling goed te kunnen doorgronden, is het zaak kort stil te staan bij haar historische achtergrond. Die achtergrond is niet los te zien van die van de deelnemingsvrijstelling. Een voorloper van de deelnemingsvrijstelling is te vinden in de Bedrijfsbelasting 1893, waarin meervoudige heffing van winstbelasting binnen een concern werd voorkomen. Enkele decennia later, onder vigeur van het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942, gold de deelnemingsvrijstelling alleen voor dividenden.¹⁶ De koersresultaten op deelnemingen werden in de heffing betrokken, al bestonden er nogal wat mogelijkheden om belaste koerswinst te voorkomen dan wel te transformeren in onbelaste dividenduitkeringen.¹⁷ Een deelneming kon ook aanleiding geven tot het constateren van een verlies, bijvoorbeeld omdat zij met ernstige (structurele) verliezen te kampen had.¹⁸ Het besluit stond toe dat in zodanige situatie de moeder haar deelneming kon afwaarderen, en wel tot lagere bedrijfswaarde. Met ingang van 1970 is de deelnemingsvrijstelling verruimd en vallen alle waardeveranderingen onder de vrijstelling.¹⁹ Dit betekent ook dat een reëel verlies op een deelneming niet (meer) kan worden afgetrokken. Onder omstandigheden komen verliezen toch in aftrek; dat is het geval als sprake is van liquidatieverliezen. Bij de herziening van de deelnemingsvrijstelling in 1990 werd de liquidatieverliesregeling aanzienlijk aangescherpt.

2.2. *Ratio liquidatieverliesregeling*

De ratio van de liquidatieverliesregeling krijgt gestalte in het licht van de rechtvaardigingsgrond van de deelnemingsvrijstelling. Deze vrijstelling is erop gericht dat in deelnemingsverhoudingen “een sluitend systeem [ontstaat] waarbij winsten zowel als verliezen voor de vennootschapsbelasting slechts éénmaal in aanmerking worden genomen”.²⁰ Deze omschrijving geeft uitdrukking aan de ‘ne bis in idem’-regel en daarmee is meteen de ratio (of de rechtvaardigingsgrond) van de deelnemingsvrijstelling gegeven.²¹ Deze regel, winst behoort slechts eenmaal in de vennootschapsbelasting te worden betrokken, is beperkt tot deelnemingsverhoudingen, dat wil

16 Art. 10 lid 1 van het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942 (hierna: het besluit).

17 J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), derde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 44.

18 Vgl. *Kamerstukken II* 1961/62, 6000, nr. 6, p. 14-15.

19 Art. 13 van de wet.

20 *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, p. 14 l.k. Zie verder over de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling: J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), derde druk, Deventer: Kluwer 2011, § 2.3.

21 P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 25.

zeggen tot waar de “verlengstukgedachte geacht wordt werkzaam te zijn”.²² Dat de Staatssecretaris van Financiën zich in deze omschrijving kan vinden, bleek tijdens de parlementaire behandeling van de herziening van de deelnemingsvrijstelling (per 28 april 1990). In de memorie van toelichting liet hij optekenen dat bij

“het bezien van de wetshistorie en de literatuur inzake de rechtsgrond voor de deelnemingsvrijstelling (...) steeds sprake [is] van een zeker evenwicht tussen twee tegenstrijdige uitgangspunten, te weten het uitgangspunt dat ieder in de wet aangewezen lichaam als zelfstandige entiteit in de heffing moet worden betrokken en het uitgangspunt dat dezelfde winst niet tweemaal in de heffing mag worden betrokken. Deze spanning zit in de grondslagen van de vennootschapsbelasting. Het resultaat in de deelnemingsvrijstelling wordt in de literatuur wel aangeduid als de verlengstukgedachte. Het gaat er niet om elders belaste winst in alle omstandigheden vrij te stellen, maar om elders belaste ‘eigen winst’, of wel winst uit een bezit dat in de lijn ligt van de normale uitoefening van de door de belastingplichtige gedreven onderneming”.²³

Ook de Hoge Raad heeft de ‘ne bis in idem’-regel omarmd, zo volgt (onder meer) uit een in 2002 gewezen arrest, waarin hij overwoog dat de “deelnemingsvrijstelling [ertoe] strekt te voorkomen dat ter zake van de door de dochtermaatschappij gegenereerde winst tweemaal vennootschapsbelasting wordt geheven, namelijk eerst bij de dochtervennootschap over de door haar behaalde winst, en nadat die winst is uitgekeerd aan de moedervennootschap, bij deze laatste over de aan haar uitgekeerde winst. De werking van de deelnemingsvrijstelling is te vergelijken met een belastingheffing als ware de dochter met de moeder geconsolideerd”.²⁴

De (beschreven) ratio van de deelnemingsvrijstelling geldt ook in buitenlandse verhoudingen, zij het dat er dan nog een dimensie aan wordt toegevoegd. De vrijstelling functioneert dan tevens als een eenzijdige maatregel ter voorkoming van dubbele belasting.

De deelnemingsvrijstelling stelt voordelen vrij en daaronder vallen ook negatieve voordelen, zodat een verlies dat wordt geleden bij liquidatie van de deelneming niet in aftrek op de winst kan worden gebracht. De liquidatieverliesregeling vormt daarop een uitzondering (art. 13d van de wet). Deze uitzondering laat zich “niet (...) verklaren uit karakter en structuur van de deelnemingsvrijstelling”, zo heeft Verburg in zijn befaamde handboek opgetekend.²⁵ De verklaring kan wel worden gezocht (en gevonden) in de wens van de wetgever te voorkomen dat een verlies bij liquidatie noch bij de moedervennootschap noch bij de te liquideren deelneming (effectief) vergolden kan worden. De mogelijkheid om liquidatieverlies bij de moedervennootschap in aanmerking te nemen, doet recht aan de gedachte dat verliezen bij de heffing van vennootschapsbelasting zo veel mogelijk behoren te worden vergolden.²⁶ Deze gedachte komt in de wettelijke regeling overigens slechts in beperkte mate tot uitdrukking²⁷

22 J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2000, p. 290. Hij voegt daar op treffende wijze aan toe: “Men zou kunnen zeggen dat de ‘ne bis in idem’-regel haar bedding vindt in de verlengstukgedachte”.

23 *Kamerstukken II* 1987/88, 19 968, nr. 5, *V-N* 1988, p. 314.

24 HR 24 mei 2002, nr. 37 021, *BNB* 2002/262, r.o. 3.3.

25 J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2000, p. 335.

26 *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, p. 14.

27 Vgl. W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting*, negende druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 99.

(zie § 3). Het is verleidelijk om de liquidatieverliesregeling te typeren als een vreemd element in de deelnemingsvrijstelling, “dat daarin eigenlijk niet past”.²⁸ Maar gelet op de ratio van de deelnemingsvrijstelling om winsten (en verliezen) niet meer dan eenmaal in de heffing te betrekken (§ 2.2), is het niet onlogisch, en zelfs aangewezen, dat verlies eenmaal vergolden moet kunnen worden.²⁹ Zo bezien vormt de liquidatieverliesregeling niet zozeer een uitzondering op de hoofdregel, maar een onderdeel van de beoogde systematiek,³⁰ dat wil zeggen een logisch sluitstuk van de deelnemingsvrijstelling. De theoretische consequentie daarvan is, dat het de belastingplichtige zou moeten zijn toegestaan om de onverrekend gebleven verliezen van de deelneming te benutten.

2.3. *Tussenconclusie*

De wet hanteert als uitgangspunt dat ieder aangewezen lichaam op zelfstandige basis in de heffing van vennootschapsbelasting wordt betrokken. De deelnemingsvrijstelling doorkruist dit uitgangspunt. De vrijstelling, die als een regeling van fiscaal concernrecht kan worden getypeerd, beoogt te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding winsten en verliezen meer dan eenmaal in de heffing van vennootschapsbelasting worden betrokken. De werking ervan is – volgens de Hoge Raad – te vergelijken met een belastingheffing als ware de deelneming met het deelnemende lichaam geconsolideerd. Dit betekent tevens dat verliezen die de deelneming heeft geleden, maar onverrekend zijn gebleven, (zoveel mogelijk) op het niveau van de (deelnemende) belastingplichtige moeten kunnen worden vergolden.

3. **Praktische en theoretische aspecten van de forfaitaire benadering**

Ten grondslag aan de in § 1.2 geschetste problematiek ligt steeds de keuze van de wetgever, om ter bepaling van de omvang van het liquidatieverlies uit te gaan van het door de moedervennootschap opgeofferde bedrag. In deze paragraaf bezien wij de overwegingen die de basis vormen voor deze keuze.

3.1. *Praktische aspecten van het opgeofferde bedrag*

Het te nemen liquidatieverlies is krachtens het eerste lid van art. 13d van de wet beperkt tot het verschil tussen het voor de deelneming opgeofferde bedrag en de liquidatie-uitkering. Als gezegd, wordt daarmee niet aangesloten bij de daadwerkelijk door

28 Aldus H.J. Hofstra, die vond dat de bepaling maar het beste kon worden geschrapt (*Inflatieneutrale belastingheffing*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1978, p. 137). Van Overbeeke heeft (evenszins) betoogd dat de liquidatieverliesregeling “niet kan worden beargumenteerd met behulp van de grondslag van de deelnemingsvrijstelling” (M.P. van Overbeeke, ‘Fiscale grondslagen voor de aftrek van buitenlandse liquidatieverliezen’, *De NV* september/oktober 1986, p. 171).

29 J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), derde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 122 en P.G.H. Albert, *Deelnemingsvrijstelling*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 329.

30 M.J. van Dieren en C.L. van Lindonk, ‘Liquidatieverliesregeling: een uitzondering in de deelnemingsvrijstelling?’, *WFR* 2005/1589, § 8.

de deelneming geleden verliezen. Er zijn – in tegendeel – tal van situaties denkbaar waarin het te nemen liquidatieverlies in het geheel geen verband houdt met de door de dochter geleden verliezen.³¹ Wordt bijvoorbeeld een bedrag aan goodwill boven de reëel intrinsieke waarde van een deelneming betaald, dan zal een (spoedige) liquidatie als gevolg van tegenvallende winsten veelal in een verlies bij de moeder resulteren, ook al heeft de deelneming in het geheel geen verliezen geleden. Anderzijds zal bij een deelneming die niet in staat is zijn vermogen te handhaven, vaak sprake zijn van daadwerkelijk geleden (niet voor compensatie vatbare) verliezen die in omvang het opgeofferde bedrag overtreffen.

Deze forfaitaire benadering lijkt niet te stroken met de in § 2.1 weergegeven grondgedachte dat geleden verliezen zoveel mogelijk bij de heffing van de belasting worden vergolden. Wie achter de keuze van de wetgever een gedegen theoretische onderbouwing vermoedt – en zulks ook mag vermoeden³² – komt bij lezing van de memorie van toelichting evenwel bedrogen uit:

“Zoals ter aangewezen plaatse is uiteengezet, wordt de voorgestelde regeling gemotiveerd met het feit dat door de liquidatie van de dochter voorgoed de mogelijkheid verloren gaat de verliezen van deze maatschappij nog met winsten van haarzelf te compenseren. Insteede van dit onverrekenend gebleven verlies vast te stellen en over te brengen naar de moedermaatschappij – welk regime op grote praktische bezwaren zou stuiten – hebben de ondergetekenden gemeend aansluiting te moeten zoeken bij het verlies dat zich bij de moedermaatschappij manifesteert. Dit verlies is gesteld op het verschil tussen het bedrag dat voor de verkrijging van de deelneming c.a. is opgeofferd, en de som van de daarop ontvangen liquidatie-uitkeringen”.³³

De keuze voor verliesneming tot ten hoogste het opgeofferde bedrag werd door de wetgever derhalve niet zozeer in overeenstemming met de ratio van de liquidatieverliesregeling, als wel pragmatisch wenselijk geacht. Van der Geld meent evenwel dat de wetgever “niet serieus bedoeld”³⁴ kan hebben dat “eigenlijk het verlies van de dochter bij de moeder zou moeten worden vergolden”. De parlementaire toelichting die het tegendeel lijkt te suggereren houdt hij voor ongenueanceerd.³⁵

Hij acht deze niet alleen theoretisch onjuist, maar ook het feit dat de praktische uitwerking van de regeling “volstrekt niet spoort” met het overboeken van het verlies van de dochter naar de moeder, wijst er zijns inziens op dat de wetgever zich ongelukkig moet hebben uitgedrukt.

De vraag rijst welke “grote praktische bezwaren” de wetgever op het oog heeft gehad, en of deze zich zouden manifesteren aan de zijde van de belastingplichtige of de belastingdienst.

31 Zie voor enige voorbeelden: J.W. Zwemmer, *Verliescompensatie*, (FM nr. 35), vierde druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 62; S.A.W.J. Strik en R.J. de Vries e.a., *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 2.4.13.A.d.

32 Zo ook A.L. Brok, ‘De deelnemingsvrijstelling in de ontwerp-wet op de Vennootschapsbelasting 1960’, *MAB* 1962, p. 64.

33 *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, p. 20.

34 J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), derde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 120.

35 Zie vorige voetnoot. Overigens gaat Van der Geld ook in op het tweede, hierna weergegeven citaat uit de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II* 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 23-24). Wat hem betreft lijkt het erop dat de Staatssecretaris hier “vrij gedachteloos de destijds [d.w.z. bij de totstandkoming van de regeling] gebezigde formulering heeft overgenomen”.

Naar een nadere duiding van de vermeende bezwaren zoekt men in de parlementaire geschiedenis bij de invoering van de liquidatieverliesregeling, tevergeefs. In de literatuur zijn wel aanwijzingen te vinden. Zo merkt Van Overbeeke op dat verliesoverheveling naar de moedermaatschappij “toegang tot de administratie van alle daarvoor in aanmerking komende buitenlandse dochtervennootschappen vereist”.³⁶

Het vermoeden dat de wetgever vooral het oog heeft gehad op bezwaren in grensoverschrijdend verband, weet zich bevestigd wanneer de sluis die om de motivatie hangt alsnog wordt gelicht, en wel bij de behandeling van de Wet van 25 april 1990, Stb. 1990, 73:

“Zoals ook in de inleiding hiervoor vermeld, is destijds om praktische bezwaren te vermijden ervoor gekozen om niet het onverrekende verlies van de dochter over te brengen, maar om aansluiting te zoeken bij het verlies dat de in Nederland belastingplichtige moeder op haar investering lijdt. Die benadering ondersteunt ik. Het overbrengen van de verliezen van de dochter zou inderdaad op bezwaren stuiten. Er zou rekening moeten worden gehouden met de specifieke wijze van winstbepaling en verliesverrekening van de desbetreffende landen”.³⁷

Brok, evenwel, betoogde bij de introductie van de regeling reeds dat de praktische bezwaren verbonden aan de overheveling van onverrekende verliezen van *binnenlandse* dochters naar de moeder “gezien het belang dat er mede gediend wordt” nauwelijks wezenlijk zijn. De auteur stelt dan ook dat de keuze voor de forfaitaire benadering in elk geval in binnenlandse situaties niet voldoende is onderbouwd.³⁸

3.2. *Theoretische aspecten van een forfaitaire benadering*

Hoewel het voorgaande doet vermoeden dat de keuze voor het opgeofferde bedrag als maatstaf voor het liquidatieverlies uitsluitend is ingegeven door pragmatische argumenten, blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de wetgever tevens oog heeft gehad voor een meer dogmatische onderbouwing. Desgevraagd gaf Kamerlid Vermeend bij de verdediging van zijn initiatiefwetsvoorstel tot het tegengaan van oneigenlijk gebruik in de vennootschapsbelasting aan, zich geheel te kunnen vinden in de opvattingen van De Vries dat het liquidatieverlies bij de moeder subjectief dient te worden bepaald.³⁹ Met instemming citeert hij De Vries, die schrijft dat naar zijn mening “de overbrenging van het compensabele verlies van de geliquideerde dochter naar de moeder uit theoretisch oogpunt juist [zou] moeten worden afgewezen (...) Een bij liquidatie van de dochter aanwezig compensabel verlies gaat immers veelal gepaard met een (zeer) lage vermogensstand of een negatief vermogen bij de dochter, waardoor dit verlies wordt gedragen door de aandeelhoudster van de dochter (dus door de moeder) en door de crediteuren van de dochter (dus door de moeder

36 M.P. van Overbeeke, ‘Fiscale grondslagen voor de aftrek van buitenlandse liquidatieverliezen’, *De NV* september/oktober 1986, p. 170.

37 *Kamerstukken II* 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 23-24

38 A.L. Brok, ‘De deelnemingsvrijstelling in de ontwerp-wet op de Vennootschapsbelasting 1960’, *MAB* 1962, p. 65-66.

39 *Kamerstukken II* 1987/1988, 19 729, nr. 10, p. 37-38.

en derden-crediteuren) op het liquidatietijdstip”.⁴⁰ De Vries vervolgt: “Tengevolge van de ontbindingsdaad van de dochter vindt dan ook in feite verliesconsolidatie plaats ten laste van de moeder (als aandeelhouder en als creditrice) en ten laste van derden-crediteuren. Voorzover het compensabele verlies ten gevolge van de ontbinding van de dochter definitief ten laste van derden-crediteuren komt, bestaat dan ook naar mijn mening geen aanleiding dit (gedeelte van het) verlies alsnog in mindering op de winst van de moedermaatschappij te brengen omdat dit (gedeelte van het) verlies immers niet ten koste van het vermogen van de moeder is gegaan. Het nog resterende deel van het compensabele verlies daarentegen wordt wel door de moeder gedragen in haar hoedanigheid van aandeelhoudster en/of creditrice. Slechts indien en voorzover de moeder bij liquidatie van de dochter mitsdien minder terugontvangt dan hetgeen voor deelneming en/of haar duurzame financieringsvordering is opgeofferd, wordt het compensabele verlies van de dochter door de moeder gedragen en vormt slechts dit vermogensnadeel voor de moeder een verlies dat vatbaar voor aftrek hoort te zijn”.

3.3. *Tussenconclusie*

Waar het aankomt op de ratio of rechtvaardigingsgrond van de liquidatieverliesregeling en de voorkeur voor de forfaitaire benadering in het bijzonder, bestaat niet enkel in de literatuur verschil van mening, maar lijkt ook de wetgever op twee gedachten te hinken. In de uit hetzelfde parlementaire jaar daterende Kamerstukken lijkt op de ene plaats de wetgever de keuze voor het opgeofferde bedrag als een onvolmaakte maar praktische uitwerking te zien; op de andere plaats tevens als de theoretisch juiste.

De strekking van de keuze voor het opgeofferde bedrag blijft bij lezing van de parlementaire geschiedenis wat in nevelen gehuld. Menen wij een aan de liquidatieverliesregeling ten grondslag liggende gedachte te kunnen ontwaren, dan is het dat verliezen zo veel mogelijk behoren te worden vergolden (zie § 2.2). Naar onze mening gaat het de wetgever derhalve niet zozeer om het verlies dat de moeder lijdt, maar om het feit dat de deelneming de mogelijkheid tot zelfstandige verliescompensatie ten gevolge van haar liquidatie wordt ontnomen. In dit licht lijkt het logisch om alsdan in voorkomende gevallen aan te sluiten bij de daadwerkelijk geleden verliezen. De in § 3.1 weergegeven opvatting van Van der Geld achten wij daarom betwistbaar; zij laat zich althans niet staven door de uitlatingen van de wetgever zelf. Wel dient te worden bezien, of de ene of andere methode kan leiden tot klaarblijkelijk onredelijke uitkomsten. Daarvan kan onzes inziens sprake zijn indien zich als gevolg van (onbeperkte) verliesoverheveling, dubbele verliesverrekening voordoet (zie § 5 hierna).

⁴⁰ N.H. de Vries, 'Enkele kanttekeningen bij de kritiek op het initiatief-wetsvoorstel-Vermeend inzake de reparatie van de deelnemingsvrijstelling', in: L.W. Sillevius e.a. (red.), *Leids Fiscaal Jaarboek* 1987. Fiscaal ondernemingsrecht, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 202-207.

4. Houdbaarheid van de forfaitaire benadering in het licht van latere ontwikkelingen

Hiervoor in § 3.1 en § 3.2 stelden wij reeds de vraag, of de ruim 50 jaar geleden gesignaleerde – wat krachteloos naar voren gebrachte – bezwaren nog aanwezig moeten worden geacht. Deze vraag dringt zich temeer op, nu de onlangs geïntroduceerde regeling voor de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten vaste inrichtingen in art. 15i van de wet een faciliteit kent die bij de feitelijk geleden verliezen aansluit.⁴¹ Hoe laat deze discrepantie ten opzichte van de liquidatieverliesregeling zich verklaren? Zou de weging van de praktische bezwaren die de wetgever destijds zag, thans anders kunnen uitvallen?

4.1. *Stakingsverliezen in de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten*

Sinds 1 januari 2012 is de zogenaamde objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten in werking getreden. Deze objectvrijstelling, geregeld in de artikelen 15e tot en met 15j van de wet, brengt – kort gezegd – mee dat aan buitenlandse vaste inrichtingen toerekenbare positieve en negatieve bedragen van de winst, in mindering komen op de (wereld)winst van de belastingplichtige. Indien sprake is van verliezen op het niveau van de vaste inrichting, betekent dit een verhoging van de winst van de belastingplichtige. Oftewel: vaste inrichtingsverliezen komen niet langer in aftrek. De objectvrijstelling kent in art. 15i van de wet niettemin een bepaling die, evenals de liquidatieverliesregeling, tot uitgangspunt heeft dat definitieve verliezen van de buitenlandse vaste inrichting op enigerlei wijze voor verrekening in aanmerking moeten komen. Onder definitieve verliezen dient in dit verband te worden verstaan: verliezen die onverrekenbaar worden doordat de activiteiten van de vaste inrichting in het desbetreffende land zijn gestaakt ('stakingsverliezen').⁴² Omdat een voor een vaste inrichting 'opgeofferd bedrag' zich moeilijk laat denken, sluit art. 15i van de wet aan bij het saldo van de daadwerkelijk met de vaste inrichting behaalde resultaten. Bij de bepaling van dit saldo dient evenwel rekening te worden gehouden met eventuele tegemoetkomingen in het vaste inrichtingsland. Is in het vestigingsland van de vaste inrichting op enige wijze rekening gehouden met (verliezen die mede hebben geleid tot) een negatief saldo, dan blijft de objectvrijstelling hierop van toepassing. Het vierde lid, onderdeel b, van art. 15i van de wet voegt daaraan nog toe dat de bewijslast ter zake van de aanwezigheid en omvang van een stakingsverlies op de belastingplichtige rust. "Het moet gaan om een gebleken stakingsverlies", aldus de memorie van toelichting.⁴³ "Onduidelijk" blijft volgens de redactie van Vakstudie Nieuws evenwel, "hoe in dit verband moet worden omgegaan met de goed denkbare mismatches tussen de verliezen, zoals berekend naar

41 Weliswaar in een geheel andere vorm, waarbij alle verliezen – voor zover daarvoor generlei voorkoming is verleend – en winsten dienen te worden gesaldeerd.

42 En niet binnen drie jaar worden voortgezet, zie art. 15i lid 3 van de wet.

43 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 102.

Nederlandse maatstaven en de verliezen zoals berekend naar maatstaven van het land van de buitenlandse onderneming”.⁴⁴

Praktische bezwaren die de kop opsteken wanneer men zich inlaat met uitheemse maatstaven van verliesbepaling mogen voor de wetgever, anders dan voorheen, dan weliswaar geen belemmering meer vormen, maar vooralsnog is het onduidelijk, hoe daarmee moet worden omgegaan. Bedacht moet worden dat de stakingsverliesregeling haar bestaan en vormgeving (vermoedelijk) hoofdzakelijk dankt aan de door het HvJ EU aan een objectvrijstelling gestelde eisen.⁴⁵ De wetgever heeft de praktische hobbels dan maar voor lief genomen, vermoeden wij.

4.2. *Liquidatieverlies in EU-rechtelijke context*

Niet toevallig dook de hiervoor in § 3.2 weergegeven opvatting van De Vries weer op in de parlementaire annalen toen de Staatssecretaris van Financiën zich moest uitlaten over de verenigbaarheid van de liquidatieverliesregeling met het arrest *Marks & Spencer*.⁴⁶ In dit arrest heeft het HvJ EU geoordeeld dat het EU-recht niet in de weg staat aan een wettelijke regeling, “volgens welke het voor een ingezeten moedervennootschap (...) niet mogelijk is, het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap af te trekken van haar belastbare winst, terwijl het voor deze moedervennootschap wel mogelijk is, het verlies van een ingezeten dochtervennootschap af te trekken”.⁴⁷ Het is evenwel strijdig met het EU-recht, zo vervolgt het HvJ EU, “om de ingezeten moedervennootschap van een dergelijke mogelijkheid uit te sluiten in een situatie waarin de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput (...) en er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend”.⁴⁸ In dat opzicht is de vraag of de liquidatieverliesregeling die een ‘forfaitaire benadering’ behelst (zie § 3.1) niet te beperkt is. In de literatuur wordt deze vraag bevestigend beantwoord. Van Sonderen en Kok wijzen erop dat het liquidatieverlies slechts bij toeval zal overeenkomen met het door de dochtermaatschappij werkelijk geleden verlies.⁴⁹ Als de buitenlandse verliezen de verliesneming die is gebaseerd op het opgeofferde bedrag overtreffen, voldoet Nederland niet aan zijn EU-rechtelijke verplichtingen, zo menen zij. De Staatssecretaris volhardt echter in het standpunt dat de gekozen vormgeving⁵⁰ van de liquidatieverliesregeling verenigbaar is met het EU-recht.⁵¹ De Nederlandse liquidatieverliesregeling biedt volgens de Staatssecretaris voldoende mogelijkheid voor overheveling van buitenlandse verliezen.⁵² Een Nederlandse moedermaatschappij hoeft niet

44 *V-N* 2012/46A.4, p. 157.

45 Vgl. A.J.A. Stevens, ‘De objectvrijstelling’, *NFR-B* 2012/4, § 2.

46 HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03, *V-N* 2005/60.15.

47 Aldus r.o. 59 van het arrest.

48 Zie vorige voetnoot.

49 J.C.M. van Sonderen en Q.W.J.C.H. Kok, ‘Over verliesverrekening in de tijd, grensoverschrijdende fiscale eenheden, de liquidatieverliesregeling en een aftrekbeperking voor aandelen en opties’, *MBB* 2006/293, p. 298-300.

50 Met uitzondering van de (inmiddels vervallen) 25%-eis voor buitenlandse deelneming.

51 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 7.

52 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 107, nr. 9, p. 22-23.

de ‘daadwerkelijke verliezen van de buitenlandse dochtermaatschappij in aanmerking te nemen’, aldus de Staatssecretaris.⁵³ Onzes inziens impliceert hij daarmee dat bij liquidatie een onderscheid tussen een vaste inrichting en een deelneming (vgl. § 4.1) gerechtvaardigd is. Dat terwijl de wetgever van meet af aan heeft beoogd een gelijkwaardige fiscale behandeling van buitenlandse deelnemingen en buitenlandse vaste inrichtingen tot stand te brengen.^{54,55}

Slechts in een aantal andere EU-landen doen zich de vorengenoemde problemen niet, althans niet geheel, voor.⁵⁶ In Denemarken, Italië, Letland, Litouwen, Oostenrijk en Zweden kunnen buitenlandse (dochter)verliezen, los van de vraag of het gaat om liquidatieverliezen, door een moedervernootschap in aanmerking worden genomen.⁵⁷ Het verschil in behandeling van (liquidatie)verliezen in verschillende EU-landen is niet bevorderlijk voor de Europese interne markt.⁵⁸ Een geharmoniseerde (liquidatie) verliesregeling in de EU⁵⁹ is dan ook – voor Nederland – wenselijk, zo vinden wij.

4.3. *Tussenconclusie*

Tot voor kort was het in Nederland mogelijk de verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen onmiddellijk te verrekenen met de winsten van de (Nederlandse) belastingplichtige. Onder de (nieuwe) objectvrijstelling zijn de vaste inrichtingsverliezen niet meer aftrekbaar. Daarop bestaat één uitzondering, namelijk het stakingsverlies. Bij de vaststelling van dat verlies wordt, volgens ons in het voetspoor van door het HvJ EU gestelde eisen, uitgegaan van het saldo van de daadwerkelijk met de vaste inrichting behaalde resultaten. Bij de (huidige) liquidatieverliesregeling met de ‘forfaitaire benadering’ is dat anders. Een gelijkwaardige fiscale behandeling van buitenlandse deelnemingen en buitenlandse vaste inrichtingen, zoals de wetgever beoogt, ontbreekt daardoor.

5. **Voorstel: keuzeregeling voor liquidatieverliezen**

Uit het voorgaande is genoegzaam duidelijk geworden dat er in de praktijk geen verband bestaat tussen het bij de deelneming bij liquidatie onverrekend gebleven verlies en de hoogte van het bij de moedermaatschappij in aanmerking te nemen

53 Vgl. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 4, p. 25-26.

54 Voor een nadere uiteenzetting op dit punt verwijzen wij naar: J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), derde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 189-191.

55 Deze gelijkstelling wordt door het HvJ EU in beginsel niet nagestreefd. Volgens Kiekebeld legt het HvJ EU “een zelfstandige toets aan voor zowel vaste inrichtingen als deelnemingen, waarbij definitief geleden verliezen altijd in aftrek moeten kunnen worden gebracht” (zie M.G.H. van der Kroon, ‘Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’, *WFR* 2011/1592, § 3.2.1).

56 B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student edition), zesde druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 567-568.

57 Reinout Kok, ‘Domestic and Cross-Border Loss Relief in the European Union’, *Intertax*, volume 38, Issue 12, p. 670-671.

58 Art. 3 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Concreet betekent dit afschaffing van alle kwantitatieve beperkingen of maatregelen van gelijke werking. Zie o.a. http://www.europadecentraal.nl/menu/463/Interne_markt.html.

59 Vgl. J.A.R. van Eijnsden, J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik (red.), *Common Consolidated Corporate Tax base* (CCCTB), Deventer: Kluwer 2011, p. 255.

liquidatieverlies. Mede omdat de hoogte van het liquidatieverlies vrij gemakkelijk te beïnvloeden is, kan gerust worden gezegd dat de liquidatieverliesregeling, zoals die in de artikelen 13d en 13e van de wet is opgenomen, niet alleen willekeurig werkt, maar “met het verschijnsel verliescompensatie (...) weinig te maken [heeft]”.⁶⁰

In de literatuur is, zo valt te begrijpen, onvrede geuit over de huidige regeling. Daarbij is het niet gebleven; er zijn in de loop van de tijd alternatieven voorgesteld. Zo heeft Zwemmer betoogd, dat er pas reden is in deelnemingsverhoudingen een verlies te aanvaarden, als het (gemiddeld op de aandelen) gestorte kapitaal wordt aangetast, “aangezien dan door derden aan de deelneming beschikbaar gestelde bedragen verloren gaan”.⁶¹ De vraag is wel of daarmee voldoende recht wordt gedaan aan de ratio van de regeling die immers is gelegen in de omstandigheid dat de deelneming zelf na liquidatie niet in staat is haar verliezen te compenseren. Een regeling die inhoudt dat de moedermaatschappij het ongecompenseerde verlies op enigerlei wijze zou kunnen aanwenden, past – als gezegd – naar onze mening beter bij de grondslag van de regeling en de in § 4 geschetste ontwikkelingen. Een dergelijk systeem komt neer op een vorm van verliesoverheveling. Op het moment dat het verlies van de deelneming definitief onverrekenbaar blijkt te zijn, zou de moedermaatschappij dat verlies moeten kunnen verrekenen.⁶² Deze verrekening zou evenwel niet onbeperkt moeten zijn. Aangewezen is dat slechts verliezen die worden geleden gedurende de periode dat de moeder de aandelen in de deelneming houdt, voor overheveling in aanmerking komen. Dat voorkomt handel in verlies. Ook is het zaak een andere beperking aan te brengen: als de moeder de gevolgen van een niet door de dochter te verrekenen verlies al op een andere manier in aanmerking heeft genomen, is verliesverrekening niet op haar plaats. Dat is bijvoorbeeld het geval indien en voor zover het verlies dat de dochter heeft geleden al bij de moeder tot uitdrukking is gekomen, bijvoorbeeld in een – ten laste van het resultaat gebrachte – afwaardering van een vordering op de deelneming. Deze gedachte volgend, zou de aanpassing van de deelnemingsvrijstelling zo vorm gegeven kunnen worden dat de huidige liquidatieverliesregeling ongewijzigd blijft, maar enkel wordt aangevuld met een bepaling die de belastingplichtige de keuze biedt om – in plaats van het reguliere liquidatieverlies – het onverrekend gebleven verlies van het lichaam waarin wordt deelgenomen in aftrek te brengen, als dat tenminste kan worden aangetoond. Daartoe zou art. 13d van de wet met een ‘nieuw negende lid’ kunnen worden uitgerust,⁶³ waarvan de tekst als volgt zou kunnen luiden:

9. Indien de belastingplichtige daarom verzoekt wordt het opgeofferde bedrag verhoogd met de verliezen die bij het ontbonden lichaam onverrekend zijn gebleven, voor zover zij het opgeofferde bedrag overtreffen en voor zover zij in evenredige verhouding staan tot de omvang van de deelname van de belastingplichtige in dat lichaam, mits:
 - a. de verliezen zijn geleden gedurende de periode dat de deelneming of een gedeelte daarvan werd gehouden door de belastingplichtige;
 - b. de omvang van de verliezen is gebleken.

60 Aldus J.W. Zwemmer, *Verliescompensatie*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 62.

61 J.W. Zwemmer, a.w., § 14.5.

62 J.F.M. Giele, ‘Verliezen met een deelneming’, *MBB* september 1968, p. 166 e.v.

63 Het huidige lid 9 wijzigt in lid 10 en zo verder.

De in de eerste volzin bedoelde verhoging blijft achterwege voor zover de verliezen middellijk tot uitdrukking zijn gekomen bij de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam, daaronder begrepen verliezen die tot uitdrukking zijn gekomen als gevolg van de afwaardering van een schuldvordering ten laste van de belastbare winst van de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam, voor zover met betrekking tot die schuldvordering niet reeds een bedrag op de grond van deze wet tot de winst van de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam is gerekend.

Uit de redactie van de voorgestelde bepaling volgt, dat wij ervoor hebben gekozen om het opgeofferde bedrag slechts te verhogen voor zover de verliezen die bij het ontbonden lichaam onverrekenend zijn gebleven, dat bedrag overtreffen. Deze ‘techniek’ leidt er onder meer toe dat het opgeofferde bedrag een functie blijft vervullen in de berekening van het in aanmerking te nemen liquidatieverlies. Dit verlies wordt (dus) gesteld op het bedrag waarmee het door de belastingplichtige voor de deelneming opgeofferde bedrag het totaal van de liquidatie-uitkeringen overtreft (art. 13d lid 2 van de wet).

6. Tot besluit

Het is duidelijk dat op de liquidatieverliesregeling zoals zij binnen het systeem van de deelnemingsvrijstelling is opgetrokken, het nodige is aan te merken. In deze bijdrage hebben wij de verleiding weerstaan om in te gaan op de – doorgaans technische – toepassing van de regeling en de knelpunten die zich daarbij kunnen voordoen. Wij zijn teruggekeerd naar de oorsprong van de regeling en hebben getracht om de ratio ervan uit het weerbarstige gesteente dat het verleden is, te beitel. Aan de hand van de ratio of rechtvaardigingsgrond van de liquidatieverliesregeling hebben wij onderzocht of de door de wetgever gekozen vormgeving en de daarbij gemaakte afwegingen thans nog steeds houdbaar zijn. Wij zijn tot de conclusie gekomen dat dat niet het geval is en hebben een voorstel tot wijziging van de huidige regeling gedaan. Ons voorstel houdt, kort gezegd, in dat de in de wet neergelegde forfaitaire benadering op instigatie van de belastingplichtige kan worden ingeruild voor een regeling die het – ook in buitenlandse verhoudingen – mogelijk maakt om de daadwerkelijk door de deelneming geleden definitieve verliezen op het niveau van het deelnemende lichaam in aanmerking te nemen.