

Agendapunt 15 20-4

De casus.

- Het C-concern had in Nederland vijf vennootschappen.
- Het concern zag er als volgt uit:
 - i. A B.V. en B.V. ("zusters") hielden samen 100% van de aandelen in C B.V..
 - ii. Rechtstreeks onder C B.V. "hing" D B.V. en daaronder "hing" weer E B.V..
 - iii. C B.V., D B.V. en E B.V. vormden een FE.
- In 2009 is de FE verbroken en zijn de verliezen van de FE (ad € 570 miljoen) op grond van artikel 15af Wet Vpb deels meegegeven aan de ontvoegde dochters.
Laten we maar even veronderstellen dat daarbij aan de ontvoegde dochters ook beschikkingen voor de status en het saldo in de zin van artikel 20, lid 4 Wet Vpb zijn afgegeven.
- Daarna vinden er verschillende juridische fusies plaats. Als de rook is opgetrokken is alleen E B.V. overgebleven.
- De verliezen van de verdwijners (waaronder dus de meegegeven verliezen uit de FE-periode) zijn "overgedragen" aan de verkrijger E B.V..
- Voor de juridische fusies zijn reeds beschikkingen afgegeven.
- Alle vennootschappen kwalificeerden als houdster in de zin van artikel 20, lid 4 Wet Vpb en E B.V. doet dat ook na de JF nog.

Het C-concern wil nu de verliezen gaan "gebruiken".

De volgende vraagpunten komen op:

1. Kunnen de houdsterverliezen van E B.V. en (in theorie) de voorfusieverliezen van de met haar gefuseerde vennootschappen nog worden verrekend met door E B.V. te behalen winsten.
2. Welke vorderingen en schulden tellen mee bij toepassing van de vorderingstoets van artikel 20, lid 4, onderdeel b Wet Vpb.

Algemeen.

Bij een JF gaan de nog te verrekenen verliezen van de verdwijnende rechtspersoon verloren omdat deze ophoudt te bestaan. Op basis van een goedkeuring kunnen de vóór het fusietijdstip geleden verliezen van de verdwijnende rechtspersoon toch overgaan op de verkrijgende rechtspersoon met dien verstande dat de vóór het fusietijdstip geleden verliezen bij de verkrijgende rechtspersoon uitsluitend verrekenbaar zijn met de winsten die samenhangen met de vermogensbestanddelen die afkomstig zijn van de verdwijnende rechtspersoon. Om dit te bereiken dient winstsplitsing plaats te vinden.

Het antwoord op de eerste vraag.

Duidelijk is dat er op het punt van de samenloop van artikel 20, lid 4 Wet Vpb en de JF wettelijk niets (expliciet) is geregeld.

Zie F. van Horzen, *'Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting'* (Fed Fiscale Brochures), Deventer: Kluwer 2010 (tweede druk), p. 61 en Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Amersfoort: Sdu 2005, p. 249. Deze laatste wijst er op dat de samenloop van artikel 20, lid 4 Wet Vpb en de verliesverrekening over het voegingstijdstip is geregeld in artikel 15ae, lid 3 Wet Vpb, maar dat hiervoor in de regeling voor de juridische fusie geen pendant bestaat.

Ik zal eerst even nader kijken naar de door Kok aangehaalde samenloop tussen het FE-regime en artikel 20, lid 4 Wet Vpb en daarna overstappen naar de JF.

Stel even dat we een FE hebben met M en D waarbij D voorvoegingsverliezen heeft. Vervolgens behaalt de FE een winst.

Voor deze situatie is in artikel 15ae Wet Vpb geregeld dat je het verlies van D uit de periode dat zij nog zelfstandig belastingplichtig was (toch) kunt verrekenen.

Daarbij wordt overigens wel een winstsplitsing afgedwongen (waarvoor de winst van de desbetreffende maatschappij wordt berekend alsof die maatschappij afzonderlijk belastingplichtig was).

Maar zoals aangegeven is in artikel 15ae Wet Vpb ook (in lid 3) een regeling opgenomen voor de samenloop van het FE-regime met artikel 20, lid 4 Wet Vpb (en artikel 20a Wet Vpb). Die regeling was (blijkbaar) nodig, omdat je anders de (niet gevoegde) M van vroeger zou moeten vergelijken met de FE van nu en verder zou je zonder die

regeling de vroeger zelfstandige D niet kunnen vergelijken met de gevoegde D van nu. Zonder artikel 15ae, lid 3 Wet Vpb zou je dus appels met peren vergelijken.

Een citaat uit de PB:

'Op grond van het nieuwe derde lid van wordt een maatschappij met voorvoegingsverliezen met betrekking tot die voorvoegingsverliezen voor de toepassing van geacht niet in de fiscale eenheid te zijn opgenomen. Hiermee wordt beoogd de werking van bij voorvoegingsverliezen te verduidelijken. In is - kort gezegd - bepaald dat geen voorwaartse verliesverrekening mogelijk is indien bij de belastingplichtige ten opzichte van het oudste verliesjaar een belangrijke aandeelhouderswisseling heeft plaatsgevonden en sprake is van één van de twee volgende omstandigheden. De eerste omstandigheid is dat de activiteiten ten opzichte van het verliesjaar met meer dan 70% zijn ingekrompen. De tweede is dat de bezittingen in het verlies- of winstjaar grotendeels uit beleggingen bestaan. Het nieuwe derde lid van verduidelijkt dat de aandeelhouderstoets, de activiteitentoets en de beleggingstoets met betrekking tot voorvoegingsverliezen van een dochter op het niveau van die dochter plaatsvinden.'

NvW, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 7, p. 17.

Dan de JF.

Stel even dat we M en D hebben, waarbij zowel M als D voorfusieverliezen hebben. D fuseert weg in M en vervolgens behaalt M een winst.

Een groot deel van de voorgaande FE-redenering geldt ook voor de situatie waarin sprake is van een JF. Daar gaan de verliezen van de gefuseerde D zelfs helemaal verloren (alleen het vermogen van de verdwijner gaat onder algemene titel over op de verkrijger; anders geformuleerd: de verkrijgende rechtspersoon treedt met betrekking tot de in het kader van de JF verkregen vermogensbestanddelen geheel in de plaats van de verdwijner), maar ook hier is - in het besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3148M - een facilititeit geschapen waarbij de verliezen van de verdwijner van vóór het fusietijdstip toch kunnen worden verrekend met de door de verkrijger na het fusietijdstip behaalde winsten (waarbij de winst van de verkrijger moet worden gesplitst; zie Stww. 2a JF).

In het besluit is goedgekeurd "dat bij de fusie (...) de aanspraak op voorwaartse verliesverrekening van de verdwijnende rechtspersoon overgaat op de verkrijgende rechtspersoon".

De KG is van mening dat de status- en saldobeschikkingen direct en onlosmakelijk samenhangen met de aanspraak op verliesverrekening en dat ze daarom - op basis van het besluit - mee overgaan naar de verkrijger.

Wat echter ontbreekt, is een met artikel 15ae, lid 3 Wet Vpb vergelijkbare bepaling (en die bepaling zal toch niet zinloos zijn...). Daarom moet bij de JF enkel worden gekeken naar "de belastingplichtige" (de verkrijger/M). De status en het saldo van die belastingplichtige moeten dan worden afgezet tegen de afzonderlijke - "losse" - in het verleden aan M en D afgegeven status- en saldobeschikkingen.

Dat betekent bijvoorbeeld dat - indien aan het verlies van M de houdsterstatus is meegegeven - het houdsterverlies niet meer kan worden verrekend met haar enkelvoudige houdsterwinst indien zij haar houdsterstatus in het winstjaar door de JF met de (stel) niet-houdster D heeft verloren.

Dit sluit ook aan bij de lijn die sinds 2005 door de KG Bijzondere Winstbepaling Vpb en de KG Fusies en Fiscale eenheden is uitgezet. Die lijn houdt in dat de afwezigheid van een "voorziening" (voor de verliesverrekening na een JF) in overeenstemming is met de bedoeling van de wet en dat de voor de beoordeling van de status na een JF (dus) gewoon moet worden gekeken naar "de gefuseerde rechtspersoon als geheel" en niet naar de "fictieve" "samenstellende gedeelten".

In jouw casus speelt het statusprobleem overigens niet, omdat - zoals aangegeven - alle bij de JF betrokken vennootschappen - vóór en na de JF - als houdster kunnen worden aangemerkt.

Wat in jouw casus wel speelt is de toepassing van de saldotoets.

Ik kom op dat punt tot de algemene conclusie dat de in het verleden (in eventuele verliesjaren) aan de verkrijger en de verdwijner afgegeven saldobeschikkingen afzonderlijk moeten worden afgezet tegen het saldo van de

verkrijger in het winstjaar na de JF (de "oude" saldi van de verkrijger en de verdwijner) mogen dus niet worden opgeteld). Je vergelijkt dan dus wel appels met peren.

Als we die conclusie in deze casus toepassen, dan hebben we op het niveau van E B.V. na de JF één vorderingensaldo (en één status) en dat ene saldo (eigenlijk het totaal van na de JF) moet dan worden vergeleken met het (enkelvoudige) saldo van E B.V. in het verliesjaar (voor de JF). Dat E B.V. op dat moment in een FE zat speelt (door de toepassing van artikel 15af Wet Vpb) in casu geen rol.

Je schrijft over deze uitkomst het volgende:

"Als in het verliesjaar (voor de fusie) enkel naar E wordt gekeken (dus zonder de verdwenen FE vennootschappen C en D én zonder de vennootschappen A en B, terwijl in het winstjaar naar E (incl. de overgenomen activiteiten) wordt gekeken dan gaat de saldotoets waarschijnlijk juist eerder goed, dan als in het verliesjaar de andere vennootschappen worden meegeteld. De andere vennootschappen hadden nl. allemaal meer groepsschuld dan groepsvorderingen. Dus als in het verliesjaar die schulden niet worden meegeteld, maar in het winstjaar wel, dan ontstaat er voor de vennootschap (extra) ruimte om vorderingen te verstrekken".

Dat is weliswaar zo, maar ook de verkrijger had in casu voorafgaand aan de JF veel meer schulden dan vorderingen (daarom zit - en zat - ook zij in de verliezen).

Dus ook als de JF in het winstjaar wat extra ruimte creëert om vorderingen in NL te plaatsen, dan zal het vorderingensaldo in NL negatief moeten blijven (want zij mag niet uitkomen boven het saldo van de verkrijger in het verliesjaar). Kortom; je zou zeggen dat er in beginsel toch geen winst ontstaat. Jij hebt in dat kader het volgende opgemerkt:

"De vorderingen zijn (...) langlopend en met "lange" rentes. De schulden zullen kortlopend zijn en met "korte" rentes. Daardoor ontstaat een rentespread (net als bij banken) die wel eens aanzienlijk zou kunnen zijn/worden. Bovendien zouden er ook nog weleens koersresultaten kunnen gaan optreden"

Of het voor de hand liggend is dat je (binnen concern) langlopend geld gaat uitlenen als je dat geld (binnen concern) kortlopend gaat inlenen laat ik graag aan jou over (maar ik vraag me wel af hoe je je crediteur gaat betalen als die zijn geld opeist). Verder zouden koersresultaten toch niet voorspelbaar moeten zijn (en ook tot een verlies zouden moeten kunnen leiden)...

Wat daar ook van zij; duidelijk is dat je fiscaal ook een winst kunt behalen als je schulden in E B.V. hebt zitten die *wel* meetellen voor de saldotoets, maar waarover fiscaal *geen* rentelast in aanmerking wordt genomen. Zie daarvoor het antwoord op de tweede vraag.

Het antwoord op de tweede vraag.

Zie blz. 7 van de brief van [67 Awr](#) voor de verschillende te onderkennen categorieën.

A. Normal interest bearing group company receivables and payables as well as group company receivables and payables bearing no interest without any economic justification, should be included into the balance.

Dat is juist, waarbij wel een voorbehoud moet worden gemaakt voor de onzakelijk renteloos gebleven vorderingen en schulden. Ik zou daar op voorhand geen uitspraak over doen (zonder dat de exacte casus bekend is).

B. Group company receivables and payables bearing no interest for business reasons should be included into the balance.

Dat is juist.

C. Group company payables which fall under the scope of article 10a CITA, 10b CITA, 13l CITA or under the doctrine of non-business motivated loans (reference is made to the Dutch Supreme Court ruling of 12 November 2011), as a result of which the deduction of interest is partly or wholly denied, should be included into the balance.

Het deel van de schulden waarvan de rente op grond van artikel 10, lid 1, onderdeel d, artikel 10b of artikel 10a Wet Vpb niet aftrekbaar is, doet niet mee bij de toepassing van artikel 20, lid 4, onderdeel b Wet Vpb.

Voor deze schulden geldt (in afnemende mate) dat ze op de fiscale (en dus winstbepalende) balans buiten aanmerking moeten blijven, omdat de vergoedingen altijd (namelijk bij alle artikelen) en de waardemutaties soms (bij artikel 10, lid 1, onderdeel d en artikel 10b Wet Vpb) ook niet in aanmerking worden genomen. Zie ook J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, 10e druk, blz. 754:

"Uit de tekst van art. 20-4 wordt niet duidelijk welke concernvorderingen en -schulden in aanmerking moeten worden genomen voor de saldi van deze bepaling. Voorzover bedoelde vorderingen en schulden de winst niet beïnvloeden is er gelet op de doelstelling van de bepaling - het tegengaan van de creatie van extra verliesverrekeningsmogelijkheden - weinig aanleiding om deze in aanmerking te nemen bij de saldotoets".

Voor schulden die onder artikel 10b Wet Vpb vallen heeft de KG de inspecteur destijds voorzien van de volgende ammunities:

- "1. Bestrijding met doel en strekking van art. 20-4-b.*
- 2. Bestrijding met fraus legis. De moedermaatschappij stort nieuw kapitaal in belastingplichtige en dat wordt na (door)storten in een nieuwe dochter en teruglenen met een 10b-lening uitgezet bij groepsmaatschappijen. Deze rechtshandelingen brengen behoudens het fiscaal beoogde voordeel alleen maar extra kosten met zich mee, die niet worden opgeroepen door de normale bedrijfsvoering. Bestrijding met fraus legis lijkt dan goed mogelijk.*
- 3. Bestrijding op basis van de letterlijke tekst van art. 20-4-b. Het probleem wordt opgeroepen door de vorderingentoets en de 10b-schuld. Verdedigbaar lijkt de stelling, dat een 10b-schuld voor de fiscale (en dus winstbepalende) balans buiten aanmerking moet blijven, omdat de waardemutaties en de vergoeding op die 10b-schuld dat ook doen. Een 10b-schuld is immers irrelevant voor de winstbepaling. Dus voor toepassing van art. 20-4-b moet de boekwaarde van de 10b-schuld op nihil worden gesteld. In dat geval voldoet belastingplichtige niet aan de vorderingentoets".*

De KG is met jou van mening dat een artikel 13l Wet Vpb-schuld niet specifiek aan is te wijzen, zodat deze wel deel uitmaakt van het saldo (het gaat bij artikel 13l Wet Vpb immers om een "balanstoetsing").

Wat we je wel mee willen geven is dat voor alle hiervoor vermelde schulden (dus ook de artikel 13l Wet Vpb-schuld) geldt dat er een aftrekbeperking wordt opgezocht om onder een verliesverrekeningsbeperking uit te komen.

Dat is op zijn minst een grensverkennde constructie; vrijwel zeker in strijd met doel en strekking van artikel 20, lid 4 Wet Vpb en er zou zelfs sprake kunnen zijn van fraus legis, zodat het in de ogen van de KG gerechtvaardigd zou zijn om geen zekerheid vooraf te geven (maar dat is aan de inspecteur).

Verder doet de "onzakelijke lening"/schuld in beginsel wel mee bij de toepassing van artikel 20, lid 4, onderdeel b Wet Vpb (de rente op die schuld zit immers ook gewoon in de belastbare winst), maar het lijkt me dat je dan ook zou moeten kijken of met de onzakelijke schuld niet een onzakelijke vordering is gefinancierd (zodat de rentepercentages niet al te veel van elkaar af gaan wijken).

D. Group company receivables and payables which in fact qualify as equity on the basis of article 10-1d CITA (as a result of which the interest expenses are non deductible and interest income is not taxed due to the Dutch participation exemption) are excluded from the balance.

Dat is juist (zie ook hiervoor).

GEACCEPTEERD ANTWOORD

Betreft: Houdsterverlies, vorderingentoets en voorfusieverliezen

11 jan. 2016

buiten verzoek

buiten verzoek