

# Weekblad *fiscaal recht*



## Column

10

*Mr. M.H.C. Ruijschop*

## Artikelen

### Fiscale ontwikkelingen in Duitsland in het licht van economische groeikansen

*Dr. F.J. Elswelier & prof. dr. A.J.A. Stevens*

### Aandelentransacties en latente verliezen; gaan de latente verliezen verloren?

*Mr. A.W. Smeijer*

### Pauschalbesteuerung: full tax liability of fiscaal lokkertje voor high net worth individuals?

*K.L.C. Govers LL.M*

# Aandelentransacties en latente verliezen; gaan de latente verliezen verloren?

WFR 2024/207

**De vraag of latente verliezen onder art. 20a Wet VPB 1969 vallen ligt voor aan de Hoge Raad. Vooruitlopend op de beslissing van de Hoge Raad heeft de auteur het wettelijk kader, de jurisprudentie tot heden en de praktische vragen en knelpunten die gepaard gaan met de mogelijke uitkomsten van het arrest in kaart gebracht.**

## 1. Inleiding

Bij een aandelentransactie gaan in beginsel de verliezen geleden voorafgaande aan de belangwijziging verloren. De vraag is of onder geleden verliezen ook latente verliezen moeten worden verstaan. Een latent verlies is een nog niet gerealiseerd verlies. Van een latent verlies is sprake als de werkelijke waarde van een activum lager is dan de fiscale boekwaarde.

Rechtbank Noord-Holland oordeelde in 2022 dat latente verliezen niet verloren gaan bij een aandelentransactie, terwijl Hof Amsterdam in 2023 oordeelde en A-G Wattel in 2024 concludeerde dat latente verliezen wel verloren gaan. De Hoge Raad moet nog arrest wijzen.

Vanwege de verschillende aanvliegroutes van Rechtbank Noord-Holland enerzijds en Hof Amsterdam en A-G Wattel anderzijds is het interessant om in te gaan op de overwegingen. Ook ga ik in op enkele praktische knelpunten en de impact op transacties, in afwachting van het arrest van de Hoge Raad.

De uitkomst van dit arrest zal zeer relevant zijn voor kopers en verkopers van entiteiten waarvan de fiscale boekwaarde van de activa hoger is dan de werkelijke waarde. Dit speelt onder andere bij bepaalde vastgoedentiteiten in de huidige markt, bijvoorbeeld ten aanzien van herontwikkelprojecten die door de hoge (rente)kosten niet van de grond komen en bepaalde woningportefeuilles die (mede) door veranderende regels op het gebied van middenhuur minder waard zijn.

## 2. Art. 20a Wet VPB 1969

### 2.1 Ontstaan van de bepaling

Art. 20a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ('Wet VPB 1969') bepaalt dat verliezen geleden voordat het uit-

eindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate (30% of meer) is gewijzigd, niet voorwaarts verrekenbaar zijn, tenzij een wettelijke uitzondering van toepassing is op grond van art. 20a lid 2, 3 of 4 Wet VPB 1969.<sup>2</sup>

Art. 20a Wet VPB 1969 is de opvolger van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969. Volgens art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 werden verliezen van een lichaam dat zijn onderneming (nagenoeg) geheel had gestaakt niet verrekend met winsten van volgende jaren tenzij deze winsten hoofdzakelijk ten goede kwamen aan de aandeelhouders van voor de staking.

Uit de parlementaire geschiedenis ter zake van zowel art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 als art. 20a Wet VPB 1969 kan worden afgeleid dat deze artikelen vooral gericht zijn tegen de handel in lege verliesvennootschappen, waarbij de koper winstgevende activiteiten kan inbrengen in die vennootschap.

In de parlementaire geschiedenis bij invoering van art. 20a Wet VPB 1969 is overwogen dat art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 op een aantal punten tekortschiet en dat daarom de lijn die met art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 is ingezet, verder moet worden doorgetrokken. Die lijn houdt in dat er reden is om de verliesverrekening te beperken als de band met de aandeelhouders uit de periode van de verliezen en de band met de activiteiten waarmee de verliezen zijn geleden in sterke mate verloren is gegaan. De tekortkoming van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 was onder andere dat de regeling niet ziet op belastingplichtigen die geen materiële onderneming drijven, maar zich bezighouden met beleggingen. In de parlementaire geschiedenis is overwogen dat in een dergelijk geval de potentiële belastingbesparing centraal staat en niet de activiteiten, terwijl er geen sprake is van staking.<sup>3</sup> Om ook deze situaties onder de werking van art. 20a Wet VPB 1969 te laten vallen, is het stakingscriterium vervangen door het beleggingscriterium.

Bij de invoering van art. 20a Wet VPB 1969 per 1 januari 2001 stond het woord 'geleden' nog niet in de wettekst.

<sup>1</sup> Arthur Smeijer is Counsel bij Atlas Fiscalisten.

<sup>2</sup> Art. 20a lid 2 Wet VPB 1969 sluit verkrijgingen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht en verkrijgingen door een (rechts)persoon die al een bepaald belang had aan het begin van het oudste verliesjaar uit. Art. 20a lid 3 Wet VPB 1969 sluit belangwijzigingen die niet bekend (hadden kunnen) zijn uit. Dit is met name gericht op beursvennootschappen. Art. 20a lid 4 Wet VPB 1969 sluit kort gezegd de verliesverrekeningsbeperking uit indien in het verlies- en winstjaar sprake is van voldoende actieve werkzaamheden en er ook geen voornemen is om die werkzaamheden tot minder dan 30% in te krimpen.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II 2000/01, 27209, nr. 6, p. 37-38.*

Wel stond in de parlementaire geschiedenis: ‘Toetsing vindt plaats door de periode waarin de belastbare winst wordt genoten te vergelijken met de periode waarin de verliezen zijn geleden die belastingplichtige wenst te verrekenen.’<sup>4</sup>

Per 1 januari 2011 is het woord ‘geleden’ opgenomen in de wettekst van art. 20a Wet VPB 1969. De oorzaak van deze wijziging is gelegen in een arrest van de Hoge Raad waarin werd bevestigd dat art. 20a Wet VPB 1969 tot 1 januari 2011 niet van toepassing is ten aanzien van binnenjaarse verliesverrekening in het jaar van de belangrijke aandeelhouderswijziging.<sup>5</sup> Daarop is art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 aangepast. Deze aanpassing betekent dat een in het overdrachtsjaar over de periode tot het tijdstip van overdracht gerealiseerd verlies niet voorwaarts kan worden verrekend met latere winsten, ook niet met een positieve belastbare winst van het overdrachtsjaar over de periode na de overdracht. In plaats daarvan wordt dit verlies vastgesteld als ware het een verlies over een jaar, dat slechts achterwaarts kan worden verrekend. Een positieve belastbare winst van het overdrachtsjaar over de periode na het tijdstip van overdracht kan als gevolg van deze aanpassing ook niet worden gebruikt voor de verrekening van verliezen over eerdere jaren.<sup>6</sup>

## 2.2 Jurisprudentie inzake art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969

In het kader van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 heeft de Hoge Raad overwogen dat de bepaling ook ziet op latente verliezen.<sup>7</sup> Het ging in dit arrest om het antwoord op de vraag of een latent verlies uit hoofde van een liquidatie van een deelneming onder art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 valt.

In de wettekst van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 was enkel de term ‘verlies’ opgenomen. De Hoge Raad overwoog dat de bepaling volgens de wetsgeschiedenis ertoe strekt om te voorkomen dat bij een in dat artikel bedoelde overgang van belangen, verliezen van een lichaam dat zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt, worden verrekend met nadien behaalde nieuwe winsten. Met die strekking strookt het om art. 20a lid 5 (oud) Wet VPB 1969 ook toe te passen voor zover de verliezen in fiscale zin weliswaar pas zijn gerealiseerd na de overgang van belangen maar voortvloeien uit feiten en omstandigheden die zich voor die overgang hebben voorgedaan.<sup>8</sup> Bij Hof Den Haag was komen vast te staan dat de onderneming al gestaakt was voor de aandelenoverdracht en het

verlies daarmee in feite al aanwezig was ten tijde van de aandelenoverdracht.<sup>9</sup>

Onder art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 is dus duidelijk dat dit wetsartikel ook op latente verliezen zag. De vraag is of dit onder art. 20a Wet VPB 1969 ook het geval is. Met andere woorden, is de jurisprudentie inzake art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 door te trekken naar art. 20a Wet VPB 1969?

## 3. Rechtbank Noord-Holland, Hof Amsterdam en Conclusie A-G

### 3.1 Overwegingen Rechtbank Noord-Holland

Rechtbank Noord-Holland heeft in mei 2022 geoordeeld dat latente verliezen niet onder de werking van art. 20a Wet VPB 1969 vallen.<sup>10</sup> Allereerst overweegt de rechtbank dat de wettekst geen steun biedt aan de uitleg van de inspecteur dat latente verliezen als geleden verliezen moeten worden beschouwd. Uit de wettekst blijkt eerder het tegendeel, namelijk dat deze regel alleen ziet op verliezen die op het moment van de aandeelhouderswisseling gerealiseerd zijn.

Die uitleg strookt volgens de rechtbank ook met de regels van goed koopmansgebruik, op basis waarvan verliezen uiterlijk in aanmerking moeten worden genomen op het moment dat deze gerealiseerd zijn. Het verschil in bewoordingen (‘geleden’ versus ‘gerealiseerd’) brengt de rechtbank niet tot een ander oordeel. De rechtbank overweegt dat als de wetgever had willen afwijken van de regels van goed koopmansgebruik, dit tot uitdrukking gebracht had moeten worden in de tekst of uitleg bij art. 20a Wet VPB 1969.

De rechtbank wijst hierbij ook op de herwaarderingsmogelijkheid van art. 20a lid 12 Wet VPB 1969, waarin de gevolgen van de verliesverrekeningsbeperking enigszins worden verzacht door de mogelijkheid om – in afwijking van de regels van goed koopmansgebruik – de boekwaarde van bezittingen te verhogen tot de waarde in het economische verkeer. De herwaarderingswinst kan in beginsel worden afgezet tegen de aanwezige fiscale verliezen.<sup>11</sup> De rechtbank overweegt dat de wetgever het blijkbaar nodig heeft geacht om uitdrukkelijk te bepalen dat in afwijking van de regels van goed koopmansgebruik rekening kan worden gehouden met latente winsten. In dit kader verwijst de rechtbank naar de wetsgeschiedenis bij art. 20a lid 12 Wet VPB 1969, waarin gesproken wordt over ‘openstaande verliezen’ die op de herwaarderingswinst in

4 *Kamerstukken II* 2000/01, 27209, nr. 6, p. 38.

5 HR 21 november 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BD6390, *BNB* 2009/42.

6 *Kamerstukken II* 2010/11, 32504, nr. 3, p. 33.

7 HR 9 april 2004, ECLI:NL:GHSGR:2003:AF4105, *BNB* 2004/218 en HR 26 februari 2010, ECLI:NL:GHARN:2008:BE2259, *BNB* 2010/125.

8 HR 9 april 2004, ECLI:NL:GHSGR:2003:AF4105, *BNB* 2004/218, r.o. 3.4.

9 Hof’s-Gravenhage 7 januari 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AF4105, r.o. 6.2.

10 Rb. Noord-Holland 19 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:4269.

11 Een dergelijke herwaarderingswinst mag sinds 1 januari 2022 slechts voor de eerste € 1 miljoen volledig worden afgezet tegen verliezen en voor het meerdere slechts voor 50%, op basis van art. 20 lid 2 Wet VPB 1969.

mindering kunnen worden gebracht.<sup>12</sup> Dit vormt een aanwijzing dat de wetgever het oog heeft gehad op verliezen die bij voor bezwaar vatbare beschikking zijn vastgesteld en dus zijn gerealiseerd. De rechtbank ziet niet in dat de term 'openstaande verliezen' ook kan duiden op latente verliezen.

Verder verwijst de rechtbank naar de wetsgeschiedenis zoals uiteengezet in paragraaf 2.1. De rechtbank overweegt dat de term 'geleden' nog niet in de wettekst stond bij invoering in 2001, maar dat uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat het artikel ziet op geleden verliezen. Ook verwijst de rechtbank naar de toevoeging van het woord 'geleden' per 2011 en de parlementaire geschiedenis ter zake van die wijziging, waaruit blijkt dat het moet gaan om een 'tot het tijdstip van de overdracht gerealiseerd verlies'. Het voert dan volgens de rechtbank te ver om daar ook latente verliezen onder te verstaan.

De rechtbank volgt de inspecteur niet in zijn stelling dat art. 20a Wet VPB 1969 in feite een voortzetting is van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969. Art. 20a Wet VPB 1969 is een geheel nieuw wetsartikel dat niet alleen ziet op gestaakte ondernemingen maar meer algemeen op verliezen die zijn geleden tot het moment van de belangwijziging. De jurisprudentie waar de inspecteur naar verwijst heeft volgens de rechtbank haar belang verloren nu de wetgever het stakingscriterium heeft losgelaten en het onder art. 20a Wet VPB 1969 moet gaan om 'geleden' verliezen.

De rechtbank verwijst nog naar de *Credit Suisse*-arresten,<sup>13</sup> waarbij in het kader van *fraus legis* en art. 20a Wet VPB 1969 is overwogen dat verrekening van rentelasten niet mogelijk is met betrekking tot gekochte winsten, waarbij als gekochte winsten zijn aangemerkt de winst die met inachtneming van goed koopmansgebruik is behaald tot het tijdstip van de belangwijziging.

De uitspraak van de Staatssecretaris van Financiën dat art. 20a Wet VPB 1969 ook op latente verliezen ziet,<sup>14</sup> is volgens de rechtbank gedaan in zijn hoedanigheid van uitvoerder van de belastingwet en niet als medewetgever en kan daarom de belastingplichtige niet worden tegengeworpen.

Op basis van de wettekst, wetsgeschiedenis en wetssystematiek komt de rechtbank tot de conclusie dat art. 20a Wet VPB 1969 niet ziet op latente verliezen.

### 3.2 Overwegingen van Hof Amsterdam

Hof Amsterdam komt tot de conclusie dat art. 20a Wet VPB 1969 wel ziet op latente verliezen.<sup>15</sup> Het hof overweegt dat 'geleden verliezen' zowel formeel geïnterpreteerd kan worden (dus bij beschikking vastgestelde verliezen) als materieel (in welk geval ook latente verliezen eronder verstaan kunnen worden). In tegenstelling tot de rechtbank, overweegt het hof dat art. 20a Wet VPB 1969 een totaalwinstbepaling is, waarop de regels van goed koopmansgebruik niet van toepassing zijn. Daarmee is de rechtbank op onjuiste gronden ervan uitgegaan dat de term 'geleden' uitsluitend betrekking zou hebben op gerealiseerde verliezen. Volgens het hof leidt een puur grammaticale interpretatie niet tot een eenduidige conclusie.

Ten aanzien van de wetshistorie en ratio constateert het hof dat art. 20a Wet VPB 1969 kan worden gezien als een aanscherping van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969. In de parlementaire geschiedenis is overwogen dat art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 op enkele punten tekortschiet en dat de lijn van de bepaling verder moet worden doorgetrokken.<sup>16</sup> Het hof concludeert hieruit dat de wetgever met art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 een verdere aanscherping van de antimisbruikbepaling heeft beoogd.

Het hof verwijst verder naar de in paragraaf 2.2 beschreven jurisprudentie, waaruit volgt dat doel en strekking van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 meebrengen dat ook latente verliezen onder dat artikel vallen.<sup>17</sup>

Naar het oordeel van het hof blijkt uit de wetsgeschiedenis van art. 20a Wet VPB 1969 dat doel en strekking ongewijzigd zijn gebleven ten opzichte van doel en strekking van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969. Dit vindt bevestiging in de verruiming van de toepassingscriteria van art. 20a Wet VPB 1969 (belangwijziging is het enige relevante criterium en ook beleggingen vallen onder de reikwijdte). De toevoeging van het woord 'geleden' heeft – aldus het hof – alleen een functie in het kader van een technische reparatie ter zake van een lek bij binnenjaarse verliescompensatie.

Het hof overweegt dat, nu enkel een aanscherping en verruiming van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 beoogd is, de jurisprudentie inzake dat artikel ook van toepassing is op art. 20a Wet VPB 1969. Dit betekent dat de term 'geleden' niet beperkt moet worden opgevat en dat ook latente verliezen daaronder vallen.

In tegenstelling tot de rechtbank, overweegt het hof dat art. 20a Wet VPB 1969 niet enkel van toepassing is indien de band met de activiteiten waarmee de verliezen zijn geleden in sterke mate verloren zijn gegaan. Art. 20a Wet

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 1999/2000, 27209, nr. 3, p. 13.

<sup>13</sup> HR 21 april 2017, 15/05278, 15/05349, 15/05350, 15/05351, 15/05352, 15/05353, 15/05354, 15/05355, 15/05356, ECLI:NL:HR:2017:638, *BNB* 2017/162.

<sup>14</sup> Zie in dit verband het meest recente Besluit van 27 februari 2024, nr. 2023-26252, waarin de staatssecretaris deze visie nogmaals bevestigt in par. 3.

<sup>15</sup> Hof Amsterdam 23 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1382.

<sup>16</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27209, nr. 6, p. 37-38.

<sup>17</sup> HR 9 april 2004, ECLI:NL:GHSGR:2003:AF4105, *BNB* 2004/218.

VPB 1969 heeft een ruimere werking en ziet ook op beleggingsactiviteiten.

Over de reikwijdte van de *Credit Suisse*-arresten merkt het hof nog op dat deze arresten betrekking hebben op een bijzondere categorie van handel in winstvennootschappen, waarbij de oorsprong van het gecreëerde verlies doorslaggevend is. Deze categorie onttrekt zich volledig aan de toepassing van art. 20a Wet VPB 1969.

Op basis van het bovenstaande komt het hof tot de conclusie dat art. 20a Wet VPB 1969 ook ziet op latente verliezen.

### 3.3 Conclusie A-G<sup>18</sup>

De conclusie van A-G Wattel bevat een grondige beschrijving van de wetsgeschiedenis, relevante jurisprudentie en literatuur, waarvan de kern in grote lijnen hierboven is beschreven.

Ten aanzien van de wetsgeschiedenis voegt A-G Wattel toe dat daaruit niet is op te maken of onder de in verrekening te beperken verliezen ook latente verliezen vallen. De bewoordingen ‘verrekenbare verliezen’, ‘te verrekenen verliezen’, ‘nog niet verrekenende verliezen’ en ‘openstaande verliezen’ kunnen suggereren dat de wetgever het oog had op gerealiseerde verliezen, maar zeker is dat niet omdat uit niets blijkt dat de bewoordingen gekozen zijn in bewustheid van de mogelijkheid dat na de belangwijziging gerealiseerde verliezen al latent waren ten tijde van die belangwijziging.

Hoe dan om te gaan met later gerealiseerde verliezen die (gedeeltelijk) zijn toe te rekenen aan de periode voor de belangwijziging? De wetgever heeft hier volgens A-G Wattel kennelijk niet aan gedacht. De Hoge Raad heeft onder het oude regime geoordeeld dat de verliezen in een dergelijk geval temporeel toegerekend moeten worden.

Met Hof Amsterdam ziet A-G Wattel in de tekst en parlementaire behandelingen geen aanwijzingen dat latente verliezen niet getroffen worden door art. 20a Wet VPB 1969. Nu wettekst en parlementaire geschiedenis onvoldoende duidelijk zijn, valt A-G Wattel terug op doel en strekking. Naar zijn mening is het zowel onder art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 als onder art. 20a Wet VPB 1969 uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever dat verliezen toerekenbaar aan de bezitsperiode van de oude aandeelhouders benut zouden kunnen worden door de nieuwe aandeelhouders.

A-G Wattel gaat ook in op de rechtszekerheid, omdat belanghebbende in cassatie heeft gesteld dat met de invoering van de verliesvaststellingsbeschikking in 1995 juist was bedoeld de rechtszekerheid te dienen. Op deze ma-

nier zouden discussies jaren later over de omvang van de verliezen worden voorkomen. A-G Wattel is het ermee eens dat de verliesvaststellingsbeschikking is ingevoerd om de rechtszekerheid te dienen, maar hij maakt uit de parlementaire geschiedenis niet op dat de wetgever met de invoering van art. 20a Wet VPB 1969 in 2001 heeft willen afwijken van de rechtspraak inzake art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969. A-G Wattel concludeert dat in die rechtspraak art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 ook is toegepast op latente verliezen ontstaan in jaren na invoering van de verliesvaststellingsbeschikking. A-G Wattel geeft aan dat het toepassen van art. 20a Wet VPB 1969 niet bijdraagt aan de eenvoud of aan de rechtszekerheid over de omvang van de latentie ten tijde van de belangwijziging die mogelijk ver in het verleden heeft plaatsgevonden. Daar staat volgens hem tegenover dat uit niets blijkt dat de wetgever met de invoering van de verliesvaststellingsbeschikking ook iets met latente verliezen gewild zou hebben, eerder integendeel, want latente verliezen kunnen per definitie niet verrekend worden. Als de wetgever ook ten aanzien van latente verliezen de rechtszekerheid had willen dienen, dan had de wetgever een compartimenteringsbeschikking moeten invoeren. A-G Wattel geeft verder aan dat de rechtszekerheid van belastingplichtige niet wordt aangetast omdat het aan de inspecteur is om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat een na de belangwijziging gerealiseerd verlies (gedeeltelijk) moet worden toegerekend aan de periode voorafgaande aan de belangwijziging.

### 3.4 Tussenconclusie

Het is duidelijk dat Rechtbank Noord-Holland enerzijds en Hof Amsterdam en A-G Wattel anderzijds een andere insteek kiezen. De rechtbank knoopt vooral aan bij de wettekst en ziet in de parlementaire geschiedenis een onderbouwing van het standpunt dat art. 20a Wet VPB 1969 ziet op gerealiseerde verliezen. Verder geeft de rechtbank aan dat art. 20a Wet VPB 1969 een nieuw wetsartikel is en geen verruiming ten opzichte van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969.

Hof Amsterdam en A-G Wattel concluderen dat de wettekst onvoldoende duidelijkheid biedt en dat uit doel en strekking kan worden afgeleid dat art. 20a Wet VPB 1969 een verruiming en aanscherping van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 is. Daarmee acht het hof ook de jurisprudentie inzake art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 van belang.

Voor beide zienswijzen is wat mij betreft iets te zeggen. De wettekst en wetsgeschiedenis zijn misschien niet volstrekt duidelijk, maar neigen er mijns inziens meer naar dat de wetgever het oog heeft gehad op gerealiseerde verliezen. Weliswaar blijkt er uit de wetsgeschiedenis een duidelijke link tussen art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 en art. 20a Wet VPB 1969, maar er lijkt ook sprake van een

18 Conclusie A-G Wattel 23 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:197.



nieuw en herzien wetsartikel dat aanknoopt bij een ander criterium, namelijk belangwijziging in plaats van staking.

Art. 20a Wet VPB 1969 is een antimisbruikbepaling. Als de wetgever had gewild dat latente verliezen ook onder art. 20a Wet VPB 1969 vallen, dan is het aan de wetgever om dat te verhelderen. Volgens A-G Wattel heeft de wetgever bij invoering van art. 20 lid (5) oud Wet VPB 1969 en bij invoering van art. 20a Wet VPB 1969 niet aan latente verliezen gedacht. In 2011 is art. 20a Wet VPB 1969 aangepast en is het woord 'geleden' toegevoegd. Weliswaar had die aanpassing een andere achtergrond, maar op dat moment was de jurisprudentie inzake art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 al lang geweest. Op dat moment was het punt van de latente verliezen bekend en had de wetgever hier wel aan moeten denken. Tekortkomingen hierin zijn aan de wetgever toe te rekenen en kunnen niet door de staatssecretaris als wetsuitvoerder in de vorm van een besluit worden gecorrigeerd.<sup>19</sup>

Ook de inbreuk op de rechtszekerheid acht ik hierbij van belang. Op basis van art. 20a Wet VPB 1969 is het relevante toetsmoment de belangwijziging. De verrekening van verliezen komt pas aan de orde als er winst wordt gemaakt. Als gevolg van de onbeperkte termijn van voorwaartse verliesverrekening, kan het heel goed zo zijn dat die (latente) verliezen pas jaren na de belangwijziging verrekend kunnen worden. De Belastingdienst kan dan in een extreem geval bijvoorbeeld twintig jaar na de belangwijziging een discussie starten over de (omvang van de) latente verliezen. Dat lijkt een ongewenste inbreuk op de rechtszekerheid.<sup>20</sup> Bij de invoering van de verliesvaststellingsbeschikking heeft de wetgever al erkend dat het tot problemen kan leiden om jaren later over eerdere feiten en omstandigheden te discussiëren.

De tekst van de wet spreekt over 'geleden' verliezen. Hoewel op basis van doel en strekking niet valt in te zien waarom de behandeling van latente verliezen onder art. 20a Wet VPB 1969 anders zou moeten zijn dan onder art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969, heeft de wetgever verzuimd dit duidelijk te regelen in art 20a Wet VPB 1969. Voor een ruimer toepassingsbereik, waarbij ook latente verliezen in ogenschouw moeten worden genomen, is dan geen plaats meer.<sup>21</sup>

## 4. Praktische gevolgen en knelpunten

### 4.1 Inleiding

Het is aan de Hoge Raad om te bepalen of latente verliezen onder art. 20a Wet VPB 1969 vallen of niet. In het geval art.

20a Wet VPB 1969 niet op latente verliezen ziet, zijn de praktische gevolgen relatief eenvoudig. In dat geval wordt een latent verlies bij vervreemding van een activum na belangwijziging een verrekenbaar verlies.

Als latente verliezen ook onder de werking van art. 20a Wet VPB 1969 vallen, dan is de vraag hoe dit praktisch uitwerkt. Er is immers geen sprake van een bij beschikking vastgesteld verlies. De belangwijziging leidt als zodanig ook niet tot het fiscaal afwaarderen van de betreffende activa. Er zal dus (extracomptabel) bijgehouden moeten worden in welk activum een latent verlies schuilt en voor welk bedrag. Hieronder enkele praktische vragen en knelpunten.<sup>22</sup>

### 4.2 Gesaldeerd of per activum

Het kan zijn dat in het ene activum een latent verlies schuilt, terwijl in het andere activum een latente winst schuilt. Ziet art. 20a Wet VPB 1969 dan op het latente verlies (en de latente winst) per activum, of slechts op de gesaldeerde positie?

Simonis leidt uit het besluit van de staatssecretaris af dat er gesaldeerd moet worden.<sup>23</sup> Het is mij niet geheel duidelijk uit welke passage Simonis dit afleidt, maar mogelijk doelt hij op de laatste zin van de volgende passage inzake het voorbeeld dat is opgenomen in het besluit:

'Op het moment van de belangwijziging in de belastingplichtige staat vast dat de waarde van de aanwezige onroerende zaak aanzienlijk lager is dan de boekwaarde. Het bij een latere verkoop van de onroerende zaak gerealiseerde verlies wordt met toepassing van artikel 20a alsnog van verrekening uitgesloten. Hier staat tegenover dat ook rekening mag worden gehouden met aanwezige positieve stille reserves (vergelijk de mogelijkheid tot herwaardering in artikel 20a, twaalfde lid).'<sup>24</sup>

Het zou ook kunnen zijn dat de staatssecretaris met de laatste zin enkel verwijst naar de herwaarderingsmogelijkheid van art. 20a lid 12 Wet VPB 1969. Het voorbeeld in het besluit gaat namelijk over een situatie waarbij een belastingplichtige slechts één pand houdt en saldering dus niet aan de orde is.

Indien art. 20a Wet VPB 1969 op latente verliezen ziet, dan lijkt saldering mij de gepaste methode, omdat de bepaling ziet op de belastingplichtige als geheel.

<sup>19</sup> Zie ook 'Artikel 20a wet Vpb ook van toepassing op latente verliezen', *Fiscaal up to Date*, 2023-1630.

<sup>20</sup> Zie ook D.R. Post, 'Het herziene art. 20a-besluit – editie 2024', *WFR* 2024/165.

<sup>21</sup> D.R. Post, 'Over handel in ongerealiseerde verliezen', *NTFR* 2011/893.

<sup>22</sup> Zie ook D.C. Simonis, 'Beperking verliesverrekening geldt ook voor latente verliezen', *NTFR* 2023/1282. Simonis noemt de hieronder beschreven praktische knelpunten (en enkele andere mogelijke knelpunten) al als relevante vraagstukken.

<sup>23</sup> D.C. Simonis, 'Beperking verliesverrekening geldt ook voor latente verliezen', *NTFR* 2023/1282.

<sup>24</sup> Besluit van 27 februari 2024, nr. 2023-26252, par. 3.

## Voorbeeld 1

Stel: belastingplichtige X heeft drie panden, pand A, pand B en pand C. Hieronder een overzicht van de fiscale boekwaarden en werkelijke waarden van de drie panden:

Fiscale boekwaarde:	Werkelijke waarde:
Pand A: 100	Pand A: 70
Pand B: 100	Pand B: 90
Pand C: 100	Pand C: 120

Indien er gesaldeerd moet worden, betekent dit dat er in de belastingplichtige een latent verlies schuilt van 20 ( $-30 + -10 + 20 = -20$ ).

Stel dat aandeelhouder Y het belang in belastingplichtige X verkoopt aan koper Z. Direct daarna verkoopt belastingplichtige X pand A met een verlies van 30. Dient dan 20 niet in aanmerking genomen te worden en mag er een verlies van 10 genomen worden? Of wordt 15 van het verlies niet in aanmerking genomen, nu 75% van het totale gesaldeerde verlies toerekenbaar is aan pand A en 25% van het gesaldeerde verlies toerekenbaar is aan pand B?

Op basis van de redenering dat art. 20a Wet VPB 1969 op de belastingplichtige als geheel ziet en op basis van goed koopmansgebruik, vind ik de eerste redenering het meest logisch. Immers, de belastingplichtige realiseert een verlies van 30 en op de belastingplichtige rust nog een beperking van 20. Zonder verdere toelichting van de Hoge Raad is de tweede redenering wat mij betreft overigens ook niet onredelijk. Immers, 25% van het latente verlies is toerekenbaar aan pand B en het zou niet onredelijk zijn om de beperking van die 25% van het latente verlies pas toe te passen als pand B verkocht wordt.

## Voorbeeld 2

In dit voorbeeld houdt belastingplichtige X slechts één pand, te weten pand A. Hieronder de fiscale boekwaarde en werkelijke waarde van het pand:

Fiscale boekwaarde: Pand A: 100  
 Werkelijke waarde: Pand A: 70  
 Belastingplichtige X wordt door aandeelhouder Y verkocht aan koper Z.

Een jaar na deze transactie zijn de waarden als volgt:  
 Fiscale boekwaarde: Pand A: 100  
 Werkelijke waarde: Pand A: 100

Nog een jaar later zijn de waarden als volgt:  
 Fiscale boekwaarde: Pand A: 100  
 Werkelijke waarde: Pand A: 90

De fiscale boekwaarde van pand A is nog steeds 100. De overname van belastingplichtige X door koper Z leidt in beginsel niet tot een verplichte afwaardering. Belasting-

plichtige X verkoopt pand A in dit voorbeeld met een fiscaal verlies van 10. De vraag is of dit fiscale verlies van 10 een verrekenbaar verlies is, of dat artikel 20a Wet VPB 1969 tot een beperking leidt. Indien art. 20a Wet VPB 1969 ook ziet op latente verliezen, dan is het verlies van 10 mogelijk niet beschikbaar voor verliesverrekening, omdat er op het moment van overname van belastingplichtige X door koper Z een latent verlies van 30 in belastingplichtige X schuilde dat toerekenbaar was aan de bezitsperiode van aandeelhouder Y.

Naar mijn mening zou deze uitkomst niet in lijn zijn met doel en strekking van art. 20a Wet VPB 1969. Immers, art. 20a Wet VPB 1969 beoogt verliezen uit te sluiten van verrekening als deze toerekenbaar zijn aan de eerdere aandeelhouder en activiteiten. In dit geval is pand A in de periode dat koper Z het uiteindelijke belang in belastingplichtige X had in waarde gestegen van 70 naar 100 en vervolgens in waarde gedaald naar 90. Het verlies van 10 is dan toerekenbaar aan de bezitsperiode van koper Z en zou zodoende niet van verrekening moeten worden uitgesloten.

## 4.3 Afschrijving

Een andere interessante vraag is hoe dient te worden omgegaan met fiscale afschrijvingen na de belangwijziging.

### Voorbeeld 3

Voortbordurend op voorbeeld 2, heeft belastingplichtige in dit voorbeeld enkel pand A in eigendom, met de volgende waarden:

Fiscale boekwaarde: Pand A: 100  
 Werkelijke waarde: Pand A: 70  
 Belastingplichtige X wordt door aandeelhouder Y verkocht aan koper Z.

Kan belastingplichtige X na belangwijziging afschrijven over de fiscale boekwaarde van 100 of slechts over de waarde rekening houdend met het (gesaldeerde) latente verlies (over 70 dus)? Hierbij laat ik de gebruikelijke afschrijvingsbeperkingen buiten beschouwing.<sup>25</sup>

De belangwijziging leidt niet tot een verplichte afwaardering van het pand, maar slechts voor doeleinden van art. 20a Wet VPB 1969 dient bij realisatie van het verlies een deel van dat verlies niet voor verrekening in aanmerking te komen. Vastgoed wordt fiscaal doorgaans gewaardeerd op kostprijs minus afschrijvingen. Afschrijvingen worden in principe niet beïnvloed door schommelingen in waarde als zodanig. Een belangwijziging en toepassing van art. 20a Wet VPB 1969 op (latente) verliezen zouden dat niet anders moeten maken.

<sup>25</sup> Ik doel hierbij met name op de afschrijvingsbeperking van art. 3.30a Wet Inkomstenbelasting 2001, op basis waarvan op gebouwen in beginsel slechts kan worden afgeschreven totdat de bodemwaarde (zijnde de WOZ-waarde) is bereikt.

Daar zou tegenin gebracht kunnen worden dat met deze manier van afschrijven in feite gebruik kan worden gemaakt van het latente verlies dat in pand A schuilt. Immers, de jaarlijkse afschrijvingslast kan ten laste van het fiscale resultaat worden gebracht. Art. 20a Wet VPB 1969 beoogt de handel in verlieslichamen tegen te gaan. Het gebruikmaken van de afschrijvingsruimte vereist dat koper Z het belang in belastingplichtige Y langjarig houdt, rekening houdend met afschrijvingsbeperkingen. Art. 20a Wet VPB 1969 is een specifieke antimisbruikbepaling, gericht op het voorkomen van de handel in verlieslichamen. Nu er op basis van dit wetsartikel geen sprake is van een verplichte afwaardering van het activum, voert het te ver om dit op te rekken naar een afschrijvingsbeperking.

Op basis van het bovenstaande ben ik van mening dat belastingplichtige X na belangwijziging zou moeten kunnen (blijven) afschrijven over 100.

#### 4.4 Onzekerheid over art. 20a Wet VPB 1969 – transactiedynamiek

Tot het moment dat de Hoge Raad arrest wijst, is er onzekerheid over het antwoord op de vraag of latente verliezen onder de werking van art. 20a Wet VPB 1969 vallen. De vraag is hoe daar tot dat moment met transacties mee om te gaan.

Omdat de belastingplichtige bij een belangrijke belangwijziging geen activa behoeft af te waarderen op basis van art. 20a Wet VPB 1969, hoeft de belastingplichtige (behoudens afschrijvingen) geen positie in te nemen tot het moment waarop de aangifte vennootschapsbelasting wordt ingediend waarin een latent verlies wordt gerealiseerd en de belastingplichtige dat verlies wenst te verrekenen.

Dat neemt niet weg dat de verkoper en koper van de betreffende belastingplichtige tijdens de transactieonderhandelingen al moeten bepalen welke waarde er gealloceerd kan worden aan het latente verlies.

Het is op basis van de huidige stand van zaken maar zeer de vraag of een koper bereid is te betalen voor een latent verlies.<sup>26</sup> En als een koper bereid is daarvoor te betalen, dan zal een koper vergoed willen worden in het geval de Hoge Raad beslist dat een latent verlies onder art. 20a Wet VPB 1969 valt. Een koper kan hiertoe een correctiemechanisme in de koopovereenkomst voorstellen, of een balansgarantie.

Als de koper aanvankelijk niet bereid is te betalen en de Hoge Raad beslist dat latente verliezen niet onder art. 20a

Wet VPB 1969 vallen, dan zal de verkoper mogelijk alsnog vergoed willen worden voor de waarde van het latente verlies. Ook hierin kan worden voorzien door middel van een correctiemechanisme. Een dergelijke correctie zou als prijsaanpassingsmechanisme vormgegeven kunnen worden, waardoor een dergelijke prijsaanpassing in de meeste gevallen onder de deelnemingsvrijstelling zal vallen. Het nadeel is dat partijen nog lang aan elkaar vast kunnen zitten, te meer gelet op de onbeperkte voorwaartse verliesverrekeningstermijn, op basis waarvan een latent verlies mogelijk pas ver in de toekomst gerealiseerd kan worden.

Het is afhankelijk van de onderhandelingen of een dergelijk correctiemechanisme, al dan niet in combinatie met zekerheden, wordt opgenomen in een koopovereenkomst. Bij de bewoordingen van een correctiemechanisme zal rekening gehouden moeten worden met de hierboven behandelde (en andere mogelijke) knelpunten.

#### 5. Conclusie

Zijn de wettekst en wetsgeschiedenis van art. 20a Wet VPB 1969 voldoende duidelijk en ziet art. 20a Wet VPB 1969 niet op latente verliezen (visie Rechtbank Noord-Holland)? Of is de wettekst onvoldoende duidelijk en dient op basis van de wetsgeschiedenis, doel en strekking en de jurisprudentie ten aanzien van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 te worden geconcludeerd dat art. 20a Wet VPB 1969 ook op latente verliezen ziet (visie Hof Amsterdam en A-G Wattel)? Deze lastige kwestie ligt op dit moment bij de Hoge Raad. Beide zienswijzen zijn niet onbegrijpelijk.

Indien de Hoge Raad beslist dat art. 20a Wet VPB 1969 niet op latente verliezen ziet, zijn de gevolgen relatief eenvoudig. In dat geval is een latent verlies bij realisatie in beginsel verrekenbaar en heeft dat latente verlies doorgaans waarde voor een koper van de betreffende vennootschap.

Als de Hoge Raad beslist dat art. 20a Wet VPB 1969 ook op latente verliezen ziet, ontstaan er verschillende praktische vragen en knelpunten, bijvoorbeeld of er per activum of gesaldeerd getoetst moet worden, hoe de latente verliezen later aan verschillende activa gealloceerd moeten worden en hoe met afschrijvingen omgegaan moet worden. Ik heb in dit kader enkele knelpunten en mijn visie daarop beschreven. Tot slot ben ik ingegaan op de impact van de onzekerheid over dit vraagstuk op transacties.

Ik kijk met belangstelling uit naar het arrest van de Hoge Raad. In het geval de Hoge Raad beslist dat art. 20a Wet VPB 1969 ook ziet op latente verliezen, hoop ik dat de Hoge Raad ook richting geeft voor de verscheidene praktische vraagstukken en knelpunten.

<sup>26</sup> Zie ook M.H.C. Ruijschop, 'Beperking verliescompensatie artikel 20a Wet VPB 1969 ook voor latente verliezen', *NLF* 2023/1488, waarin hij opmerkt dat latente verliezen niet langer een prijsverhogend effect zullen hebben, omdat de Belastingdienst de verrekening van een later opkomend verlies kan tegenhouden als dit verlies op het overdrachtstijdstip latent aanwezig was.