

DE NAAMLOZE VENNOOTSCHAP EN HAAR COMPENSABELE VERLIEZEN

door C. van Soest

Dit onderwerp wordt in handel en wandel wel aangeduid als de „lege n.v.". Een in de regel niet geheel juiste terminologie, omdat de n.v. niet letterlijk „leeg" behoeft te zijn en zelfs gesteld kan worden dat reeds de aanwezigheid van een fiscaal compensabel verlies het leegzijn belet en voorts omdat de problematiek die aan de orde is, zich ook voordoet bij een n.v. die nog vermogen bezit.

Het thans aan de orde stellen van het onderwerp geschiedt enerzijds met het oog op de komende parlementaire behandeling van het ontwerp van wet op de vennootschapsbelasting 1960, anderzijds in het licht van de arresten van de Hoge Raad van 21 maart 1962, BNB 1962/139, en 26 juni 1963, BNB 1963/291 en 292 (met noten van Hellema).

In 1953 verscheen de Fed-jubileumbundel getiteld „Winst en verlies". Daarin kwam een bijdrage van mijn hand voor, getiteld „Begrip voor verlies". Daarbij ging het om begrip dat de fiscus, die in zo belangrijke mate deelt in de winsten, moet opbrengen voor het verlies van de ondernemer.

Zulks kan op verschillende manieren geschieden, nl.

- 1e door in jaren van winst reservering toe te staan voor toekomstige magere jaren;
- 2e door verliezen te verrekenen met winsten uit het verleden;
- 3e door verliezen te verrekenen met winsten in de toekomst.

Mogelijkheid 1 is toegepast in de vorm van de zgn. onbelaste reserve; zij is echter vervallen bij de wet Belastingherziening 1950.

Thans kennen we mogelijkheid 2 voor één jaar (carry-back) en mogelijkheid 3 voor zes jaren, met dien verstande dat mogelijkheid 3 niet aan een termijn gebonden is voor wat betreft de zgn. aanloopverliezen van de eerste zes jaren van een nieuw gesticht bedrijf (art. 51, derde lid, wet IB 1964 en art. 6, eerste lid, Besluit op de vennootschapsbelasting 1942).

Er is derhalve een beperkte mogelijkheid voor onbeperkte compensatie. De ondernemer heeft het enigermate in de hand om de mogelijkheden te beïnvloeden, nl. door middel van vervroegde afschrijvingen (indien niet geschorst), en het kiezen van een bepaald stelsel van waardering van voorraden.

Inkomsten- en vennootschapsbelasting lopen ten aanzien van de verliescompensatie parallel, zij het dat in de inkomstenbelasting, doordat winst uit onderneming een onderdeel vormt van het onzuivere inkomen, ook compensatie kan optreden met andere inkomensbestanddelen.

Dit roept de vraag op naar de verhouding tussen inkomsten- en vennootschapsbelasting.

In eerstgenoemde belasting is de „jaar"-winst van groter belang, omdat deze, al dan niet gecombineerd met andere inkomensbestanddelen, onderworpen is aan een progressieve heffing. Als tegemoetkoming is, ter nivellering van de progressie, voor schommelende winsten in de inkomstenbelasting de zgn. middeling van inkomen over een periode van drie jaren opgenomen (art. 67 wet IB 1964).

Het is ook de progressie-factor die de ondernemer er in de regel toe brengt zijn onderneming in de n.v.-vorm te gieten.

Kan enerzijds worden geconstateerd dat de winst als onderdeel van het onzuivere inkomen in de inkomstenbelasting zich steeds meer van het inkomensbegrip verwijdert¹⁾, anderzijds doet zich het verschijnsel voor dat de totale winst in die belasting meer naar voren komt. Dit heeft geleid tot de afrekeningen bij het overlijden van de ondernemer of zijn echtgenote en tot de „doorschuif-faciliteiten” bij overgang op erfgenamen of inbreng in een n.v.

Een inbreuk op deze „totale” winst vormt de beperkte verliescompensatie.

In de vennootschapsbelasting, met proportionele heffing, zijn de jaarlijkse winstparten van minder belang en deze hebben ook een andere strekking. Hoewel de „totale” winst niet duidelijk naar voren springt, is zij in feite van groot gewicht.

De betekenis van de totale winst bij een n.v. is voor de wetgever ook de basis geweest bij het regelen in de inkomstenbelasting van de belastbaarheid van uitdelingen; daarbij doet vooral van zich spreken de liquidatieuitkering, de herkapitalisatie, de bonus, de inkoop van aandelen e.d., en, als tussenstuk met amfibisch karakter, de thans gecompliceerde aanmerkelijk belangregeling.

Al met al is de relatie tussen n.v. en aandeelhouder, tussen inkomsten- en vennootschapsbelasting, veelzijdig en gecompliceerd. Zij wettigt ook in zekere zin het etiket „dubbele heffing”²⁾, waarbij echter vermeld dient te worden dat de wetgever de relatie opnieuw gaat bezien in die zin, dat de vennootschapsbelasting op beperkte schaal bij de dividendgenietende aandeelhouder zal worden verrekend met de inkomstenbelasting³⁾. Hierbij zal uiteraard het karakter van de vennootschapsbelasting in geding komen.

De verliescompensatieregeling is in de wet IB 1964 gelijk aan die van het Besluit IB 1941⁴⁾. In de Memorie van Antwoord is de beperking van de compensatie tot zes toekomstige jaren uitvoerig belicht.

Het hoofdargument voor de beperking werd daarbij gevormd door het karakter van de inkomstenbelasting (jaarlijkse heffing; draagkracht; het verdwijnen van de invloed op de draagkracht van zeer oude verliezen). Typische inkomstenbelasting-kenmerken, die voor de vennootschapsbelasting niet opgaan.

De carry-back wordt ook toegelicht, waarbij een beroep wordt gedaan op de fiscaal-economische functie. Voorts valt, aldus de toelichting, een vergelijking met de EEG-landen ten gunste van Nederland uit.

Bovenstaande argumenten gelden niet zonder meer voor de vennootschapsbelasting. Het verdwijnen van de invloed van oude verliezen na enige jaren is voor de Vpb te zwak om dienst te kunnen doen. Het jaarlijks meten van de draagkracht is niet aan de orde, wel daarentegen de totale winst.

¹⁾ Zie H. J. Hofstra in „Winst en verlies”, blz. 41 e.v.

²⁾ Zie Roeloffs „Dubbele belastingheffing van dividenden” (ac. pr.).

³⁾ Nota van de Minister van Financiën dd. 20 september 1965. Zie Vakstudie-Nieuws 6 oktober 1965, punt 2; Weekblad (voor Fiscaal Recht) 1965/4769, blz. 742.

⁴⁾ In verband met de verliescompensatie dient om nog te worden vermeld, dat in art. 8 ad c wet IB is bepaald, dat niet tot de winsten behoren de voordelen welke worden verkregen door het prijsgeven van niet voor verwezenlijking vatbare rechten door schuldeisers, voor zover deze voordelen de som van het verlies dat overigens mocht zijn geleden en de op de voet van hoofdstuk IV te verrekenen verliezen uit het verleden overtreffen. Zie hierover Smeets in Fed's Fiscale Brochures.

De uniformiteit tussen de grondlijnen van de verliescompensatie in de inkomsten- en de vennootschapsbelasting is hiermede dan ook niet verklaard.

Het ontwerp Vpb 1960 houdt zich, voor wat betreft de verliescompensatie, echter aan de regelen van de inkomstenbelasting en daarmede ook aan die van het Besluit Vpb 1942⁵⁾.

Het zevende lid van art. 19 van het ontwerp geeft echter een bijzondere voorziening die de kern van deze beschouwing raakt.

Het houdt in, dat bij overgang, anders dan krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht, van alle of nagenoeg alle aandelen van een vennootschap die haar onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt, voordien geleden verliezen niet worden verrekend met latere winsten.

Hier dus een gevolg in de *vennootschapsbelasting*, optredend door een handeling van de aandeelhouders (in de regel natuurlijke personen, doch het voorschrift is niet tot de handeling van deze personen beperkt).

Hiermede wordt een doeltreffend wapen gesmeed tegen overdracht van aandelen in n.v.-en met compensabele verliezen. De motivering moet worden ontleend aan de Memorie van Antwoord, waarbij een beroep wordt gedaan op het karakter van de vennootschapsbelasting. Een enigszins merkwaardige kunstgreep, nu, zoals hiervóór is vermeld, de regeling van de verliescompensatie in de Vpb een eigen motivering ontbeert en steunt op het karakter van de inkomstenbelasting.

De strekking van de vennootschapsbelasting is - aldus de Memorie van Antwoord, blz. 30 - de *ondernemingen* die in *n.v.-vorm* e.d. worden gedreven aan een belasting te onderwerpen. In de gevallen waar het hier om gaat is de onderneming echter gestaakt, zodat de taak waarvoor de vennootschap werd opgericht, is volbracht; er zou derhalve gerede aanleiding zijn om fiscaal het einde van de vennootschap aan te nemen, hoewel zij, veelal kunstmatig, nog voortbestaat.

De beoogde maatregel is gericht tegen excessen, nl. tegen die gevallen, waarin ondanks het formele voortbestaan van de rechtspersoon, het feitelijke einde van de oude bedrijfsuitoefening en het feitelijke begin van een nieuwe bedrijfsuitoefening in deze vennootschapsvorm scherp wordt gemarkeerd door de overdracht van alle of nagenoeg alle aandelen aan buitenstaanders.

In zulk een geval toch - aldus nog steeds de Memorie van Antwoord - is de formeel voortbestaande rechtspersoon niets anders dan een lege huls, die wordt gebruikt om de zojuist beschreven werkelijkheid te maskeren. Het afstemmen van de belastingheffing op de realiteit wordt niet in strijd doch veeleer in overeenstemming geacht met het karakter van de vennootschapsbelasting.

Hiermede wordt de opmerking van de Leidraad bij het Besluit Vpb (par. 1), dat de Vpb is voor lichamen wat de ib is voor natuurlijke personen, geweld aangedaan. Ook wordt genegeerd dat een *n.v.* belastingplichtig is, ongeacht haar activiteit (vgl. ook art. 8 Besluit Vpb).

Het betoog in de Memorie van Antwoord roept in gedachten de regeling in de wet IB 1964 voor het aanmerkelijk belang. Een rechtsgrond voor de a.b.-heffing kon slechts worden gebaseerd op een „praktische noodzaak” (Nota Alg. herz., blz. 4 en 5).

⁵⁾ De verruimde carry-back voor schadeverzekeraars is hierbij niet van principiële betekenis.

Het is wel duidelijk, dat overdracht van aandelen, waarop art. 19, zevende lid, ontwerp Vpb 1960 ziet, zich in de regel zal voordoen als in het kader van de inkomstenbelasting sprake is van een aanmerkelijk belang.

De voorgestelde regeling kan m.i. echter niet haar rechtsgrond vinden in het karakter van de vennootschapsbelasting⁶⁾; ook zij zou slechts kunnen berusten op een „praktische noodzaak”.

Indien nu enige malen een beroep moet worden gedaan op zodanige noodzaak en wel met name ten aanzien van de besloten vennootschappen, hapert er wel iets aan de structuur van het belastingstelsel. Ik citeer hierbij Brüll (t.a.p., blz. 267): „Het is een op het eerste gezicht verbazingwekkende ontdekking, dat de rechtsgronden voor de Vpb, die volgens de Rijksbegroting 1964 ruim 11% der totale belastingen en bijna 20% der directe belastingen zal opbrengen, in de voornaamste bron, de kamerstukken, nauwelijks naar voren zijn gebracht”⁷⁾.

Daar waar principiële rechtsgronden ontbreken, is ook een principiële bestrijding onmogelijk.

De motivering van de voorgestelde regeling mist overtuigingskracht⁸⁾. Het zou verantwoord zijn haar te bezien in het kader van een heffing van besloten vennootschappen en haar aandeelhouders, doch deze komen als zodanig in de huidige wetgeving nu eenmaal niet voor⁹⁾.

Een veroordeling van het voorgestelde art. 19, zevende lid, ontwerp Vpb 1960 behoeft echter nog geen beletsel te vormen de praktische aspecten nader te bezien.

Er is sprake van „overgang van alle of nagenoeg alle aandelen”.

Derhalve: geen concreet criterium, bijv. 90% van het gestorte kapitaal.

„Overgang” ziet kennelijk op „overdracht”, maar het woordgebruik is dan wel onjuist. Een overgang, gebaseerd op erfrecht of huwelijksvermogensrecht - de meest voorkomende „overgang” - is juist uitgezonderd. Aansluiting bij de terminologie van de aanmerkelijk belangregeling (art. 39 wet IB 1964) ware wenselijk.

Het doet er kennelijk niet toe, waar de aandeelhouders woonachtig zijn. Verder kan de vraag worden gesteld hoe de toepassing is gedacht in het geval dat een n.v. uitsluitend buitenlandse verliezen heeft.

Is ten aanzien van de aandelen sprake van „alle of nagenoeg alle”, t.a.v. de onderneming is sprake van „geheel of nagenoeg geheel” staken.

Reeds deze omschrijving is te vaag om m.i. een criterium te geven dat voldoende rechtszekerheid biedt. Meer twijfel kan nog ontstaan indien de n.v. een rustig bestaan leidt, bijv. in geval van een beleggingskarakter.

⁶⁾ Hierover handelt ook de Memorie van Toelichting op het ontwerp IB 1958; blz. 15 en 16. Zie voorts Brüll: Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip (ac. pr.): blz. 259 e.v.; Hellema in „Winst en verlies”.

⁷⁾ Zie hierbij ook Roeloffs, t.a.p., blz. 47 e.v. Over het karakter en de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting bestaat een uitgebreide literatuur, vermeld in de aant. 15 en 16 op het opschrift Besluit Vpb in deel XC van de Vakstudie. In het kader van deze beschouwing past een verwijzing naar: Smeets, Grondbeginselen der belastingheffing (Kluwer, 1962); Hofstra, De naamloze vennootschap, jan. 1962 en Weekblad 1962/4594; Lancee, De naamloze vennootschap, juli 1962.

⁸⁾ Zie ook Brüll, t.a.p. blz. 124, alsmede de aldaar vermelde literatuur.

⁹⁾ Zie over het ontwerp van wet Besloten vennootschappen 1934: Roeloffs t.a.p., blz. 32. De toelichting op dat ontwerp is juist thans bijzonder interessant; evenals rond 30 jaar geleden is een knelpunt gelegen in de besloten n.v.-en, zowel in de heffing van winst en uitkeringen, als van overdracht en waardering van de aandelen.

Het gebruik van het woord „onderneming” biedt in het kader van de terminologie van het ontwerp weinig houvast.

De n.v. wordt geacht haar onderneming te drijven met haar gehele vermogen (art. 2, derde lid, ontwerp); zij wordt daarmee nog niet geacht een onderneming te drijven door het hebben van vermogen. Van belang is dit nimmer geweest, nu de belastingplicht is en blijft gekoppeld aan de rechtsvorm.

Het „staken van een onderneming” kan dan ook tot misverstanden en rechtsonzekerheid aanleiding geven. Is van „staken” sprake, als activiteit - bijv. vervoer per boot - wordt beëindigd, maar de bedrijfsuitrusting (boten, steigers, kantoorruimte) wordt aangehouden?

Het stakingsbegrip van de wet IB kan m.i. niet worden toegepast.

De activiteit van een n.v. kan feitelijk afwijken van het statutaire doel, dat in het algemeen ruim wordt omschreven. De voorgestelde redactie ziet m.i. op de feitelijke activiteit; de toelichting in de Memorie van Antwoord appeleert enigszins aan het statutaire doel.

Het verdient bijzondere aandacht dat een overgangsregeling ontbreekt. Indien de bepaling tot wet wordt geheven zal zij van toepassing worden op „overgangen” die plaatsvinden onder de werking van de nieuwe wet, waarmee verliezen, ontstaan vóór het tijdstip van inwerkingtreden, uitgeschakeld worden. De bewindslieden hebben in de Memorie van Antwoord medegedeeld, dat een overgangsbepaling slechts kan leiden tot het derven van de vruchten of van een gedeelte van de vruchten van een *misbruik*.

Tegen dit laatste woord dient m.i. geprotesteerd te worden; het geeft een wel eenzijdige belichting van een probleem dat *normaal* is verbonden aan de rechtsgrond van de belasting en het is juist de vraag of de *wetgever* grenzen dient te stellen.

De belastingherziening 1958 e.v. is wel geladen met het woord „misbruik”. In het bijzonder in de inkomstenbelasting zijn verschillende voorzieningen opgenomen ten einde een ondersteld misbruik tegen te gaan: het proportionele tarief, het aanmerkelijk belang, vervreemding van lopende termijnen, schenking van dividend bewijzen, het gestorte kapitaal (art. 44)¹⁰).

De wetgever dient zich bewust te zijn van onvermijdelijke rechtstekorten¹¹) en te streven naar een compromis tussen rechtvaardigheid en doelmatigheid¹²). De indruk wordt gevestigd dat in de wetgeving aan de doelmatigheid is tekort gedaan.

Het oogmerk van de voorgestelde regeling is het weren van excessen. Indien nu de *bestaande* aandeelhouders in hun wrakke n.v. nieuwe activiteiten brengen, is van een „exces” geen sprake; aldus de Memorie van Antwoord. De toetssteen is uitsluitend de overgang van de aandelen, ongeacht echter of aandeelhouders natuurlijke personen dan wel rechtspersonen zijn.

Hoe deze activiteiten worden verkregen is in beginsel van geen belang; aankoop van derden of inbreng van een onderneming die de aandeelhouders reeds uitoefenden is mogelijk. Geruisloze inbreng op de voet van art. 18 wet IB 1964 is echter niet mogelijk, omdat deze is gekoppeld aan de oprichting van een n.v.

Bij een reële overheveling van eigen activiteiten van aandeelhouder(s) of uit

¹⁰) Zie bijv. Scholten, Prae-advies Broederschap not. 1965, blz. 82 e.v.; Udink, Weekblad 1964/4728.

¹¹) De Langen, Grondbeginselen, blz. 23 e.v.

¹²) Slagter, Rechtvaardigheid en doelmatigheid, blz. 13.

een andere n.v. van deze aandeelhouder(s) dient aandacht te worden geschonken aan de arresten van 21 maart 1962 (BNB 1962/139) en 26 juni 1963 (BNB 1963/291 en 292), met uitvoerige noten van Hellema.

Uit eerstgenoemd arrest wordt de volgende overweging gelicht:

„dat een naamloze vennootschap aan haar aandeelhouders of aan een werknemer zeer wel een aan inkomstenbelasting onderworpen voordeel kan doen toekomen in deze vorm, dat zij ten koste van haar vermogen een aan die aandeelhouders of die werknemer toebehorend vermogensbestanddeel in waarde doet toenemen”.

I.c. vond plaats een overheveling van n.v. A naar n.v. B van winstgevende activiteit en de n.v. B had compensabele verliezen. X was aandeelhouder in de n.v. A en mede-aandeelhouder in de n.v. B.

De omstandigheid dat de winst van de n.v. B t.z.t. met inkomstenbelasting wordt getroffen hetzij doordat de winst wordt uitgekeerd in de vorm van dividenden hetzij dat vervreemding van aandelen leidt tot a.b.-heffing vormde, aldus de Hoge Raad, geen belemmering voor heffing (van inkomstenbelasting) over de door de n.v. A afgestane winst.

Stijging van de waarde van de aandelen B treedt niet op, als de n.v. A de activiteit overdraagt tegen een zakelijke prijs, die ook bedongen zou zijn bij verkoop aan een vreemde. In dat geval wordt t.a.v. de heffing van de Vpb bij de n.v. A een bevredigend resultaat verkregen¹³).

Uit de arresten dient geen te vergaande conclusie te worden getrokken inzake verrekening van verliezen, al zal nauwgezette overweging van alle facetten geboden zijn. Het aan de n.v. A toevloeden van een zakelijke prijs zal tot heffing van vennootschapsbelasting leiden en het toerekenen van het verworvene (onder gehoudenheid van betaling) aan de n.v. B zal de winstneming (bijv. door afschrijving) en daarmee de mogelijkheid van verliescompensatie beïnvloeden.

Indien een natuurlijk persoon zijn verliesgevende onderneming staakt, blijven de verliezen normaal compensabel, ongeacht welk inkomen hij gaat verwerven. Eerst bij overlijden van de persoon sterft ook de verliescompensatie.

De n.v. die haar onderneming staakt, gaat door het staken niet te niet. In feite beoogt art. 19, zevende lid, ontwerp Vpb 1960 een verklaring van vermoedelijk overlijden af te geven en daarmee de gevolgen van de juridische basis aan te tasten¹⁴).

Het is overigens een goede zaak, dat de Staten-Generaal zich nog over de voorgestelde regeling moet uitspreken. Daardoor kan wellicht een beter inzicht ontstaan over hetgeen nu recht en onrecht is.

In dat grensgebied komt het karakter van een belasting eerst goed tot uiting.

In het vorenstaande zijn de aspecten slechts schetsmatig en ook onvolledig aangegeven.

¹³) Zie hierbij ook Brüll, t.a.p., blz. 59, Scholten in WFR 1962/4601 en 1963/4670, Schendstok in Belastingbeschouwingen nov. 1963, A. J. van Soest in Naamloze Vennootschap aug. 1963.

¹⁴) Zie mijn beschouwing in TVVS, aflev. maart 1959, inzake het arrest van 31 dec. 1958 (BNB 1959/64) waarbij werd beslist, dat in art. 55 W.v.K. de ontbinding van een n.v. limitatief is geregeld; het bereiken van het doel en het te loor gaan van het vermogen doet de n.v. nog niet ontbinden. In die beschouwing is ook aandacht besteed aan de „richtige heffing” en is voorts de verwachting uitgesproken dat de fiscus een wetswijziging wel in overweging zal nemen. Die verwachting is verwezenlijkt. Voorts wordt verwezen naar Brüll in Weekblad 1962/4598.

Een conclusie in ruimer verband is, dat de in 1958 gestarte belastingherziening weinig heeft bijgedragen tot bezinning op de structuur en grondslagen van het belastingrecht. Zij steekt, zoals Van Dijk in TVVS aflevering april 1962 opmerkt, pover af bij de herziening van het burgerlijk recht.

De mededeling van de huidige Staatssecretaris van Financiën¹⁵⁾, dat hij overweegt, binnen niet al te lange termijn een commissie van deskundigen in het leven te roepen ter bestudering van één of meer concreet aangegeven problemen op het terrein van de belastingheffing, spreekt duidelijke taal.

¹⁵⁾ Begroting Financiën 1966 Tweede Kamer, Memorie van Antwoord.