



Rapport

Datum: 6 februari 2006

Rapportnummer: 2006/040

Klacht

Verzoekster klaagt erover dat de staatssecretaris van Financiën in zijn brieven van 12 maart 2004 en 22 september 2004 haar verzoeken van 23 december 2003 en 8 juli 2004 om toepassing van de hardheidsclausule ten aanzien van het tijdstip van nemen van het verlies uit deelneming in NV Levensverzekeringsmaatschappij X heeft afgewezen.

Beoordeling

I. Algemeen

1. Verzoekster, een besloten vennootschap, heeft in 1992 voor f 6.045.000 een belang verworven van 8,1% in X, een levensverzekeringsmaatschappij. Op 14 december 1993 is de vergunning van X tot het uitoefenen van het levensverzekeringsbedrijf ingetrokken. Bij beschikking van 15 december 1993 van de rechtbank 's-Hertogenbosch is ten aanzien van X de noodregeling uitgeroepen als bedoeld in artikel 156 Wet toezicht verzekeringbedrijf 1993 (zie Achtergrond, onder 4.). Eind 1995 is X op verzoek van de Verzekeringkamer in staat van faillissement verklaard.

2. Verzoekster heeft het bedrag van f 6.045.000 in de aangifte vennootschapsbelasting 1999 opgevoerd als liquidatieverlies als bedoeld in artikel 13d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (zie Achtergrond, onder 1.). De inspecteur van de Belastingdienst heeft dit verlies niet geaccepteerd en het bezwaar van verzoekster tegen die beslissing afgewezen. De inspecteur voerde voor zijn beslissing aan dat geen sprake was van een voltooide vereffening van het vermogen van X en dat daarom niet was voldaan aan de voorwaarde die artikel 13d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 stelt voor het in aanmerking mogen nemen van het liquidatieverlies.

3. Nadat het bezwaar inzake de aanslag vennootschapsbelasting 1999 was afgewezen, heeft verzoekster zich in brieven van 23 december 2003 en 8 juli 2004 gewend tot de staatssecretaris van Financiën met een verzoek om toepassing van de hardheidsclausule zoals opgenomen in artikel 63 Algemene wet inzake rijksbelastingen. De staatssecretaris van Financiën heeft het verzoek in brieven van 12 maart en 22 september 2004 afgewezen.

II. Ten aanzien van verzoeksters klacht

1. Verzoekster klaagt erover dat de staatssecretaris haar verzoek om toepassing van de hardheidsclausule heeft afgewezen. Verzoekster acht deze beslissing onbillijk. Zij merkt daartoe het volgende op.

Verzoekster is in de eerste plaats van mening dat na het intrekken van de vergunning en het uitspreken van de noodregeling sprake is van een situatie die materieel en feitelijk

gelijk is te stellen aan liquidatie en vereffening. Op het moment dat de vergunning werd ingetrokken en de noodregeling werd uitgesproken stond, aldus verzoekster, vast dat X failliet zou worden verklaard en stond, omdat X een groot tekort had en er op de polissen moest worden gekort, feitelijk ook vast dat er voor verzoekster als aandeelhouder geen liquidatie-uitkering zou volgen. Op dat moment was volgens verzoekster sprake van definitief onverrekenbare verliezen en daarmee was, aldus verzoekster, voldaan aan het criterium dat artikel 13d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 stelt.

Verzoekster beroept zich in haar verzoekschrift van 30 mei 2005 op de (door haar geciteerde) wetsgeschiedenis en stelt dat op grond daarvan had moeten worden besloten tot toepassing van de hardheidsclausule in die zin dat het liquidatieverlies in beginsel al op het moment van uitspreken van de noodregeling of in een van de daarop volgende jaren zoals 1999 doch uiterlijk in 2001, acht jaar na het uitspreken van de noodregeling, in aanmerking genomen had mogen worden. Verzoekster wijst daartoe ook op het arrest van 3 november 1993 van de Hoge Raad.

De staatssecretaris van Financiën heeft naar het oordeel van verzoekster miskend dat zij een beroep doet op de uit de wetsgeschiedenis blijkende hoofdregel dat een liquidatieverlies van een deelneming als X in aanmerking mag worden genomen op het moment dat materieel en feitelijk sprake is van liquidatie (ontbinding en vereffening). Voorts heeft de staatssecretaris van Financiën naar het oordeel van verzoekster onvoldoende rekening gehouden met de bijzondere omstandigheid dat het in het geval van X ging om de liquidatie en het faillissement van een levensverzekeringsmaatschappij, waarbij van het normale geval afwijkende (wettelijke) regels van toepassing zijn.

Subsidiair stelt verzoekster zich op het standpunt dat had moeten worden toegestaan dat het liquidatieverlies op grond van het op de hardheidsclausule gebaseerde Besluit van 31 juli 1992 van de staatssecretaris van Financiën (zie Achtergrond, onder 3.) al in het belastingjaar 2001 in aanmerking wordt genomen. Verzoekster stelt zich daartoe op het standpunt dat het intrekken van de vergunning van X en het invoeren van de noodregeling gelijk moet worden gesteld aan het in staat van faillissement verklaren van X dan wel het nemen van een besluit tot liquidatie, en dat op dat tijdstip derhalve de termijn van acht jaar zoals bedoeld in het Besluit van 31 juli 1992 van de staatssecretaris van Financiën (zie Achtergrond, onder 3.) aanvangt. Verzoekster wijst er op dat de noodregeling ingevolge het bepaalde in artikel 169 WTV steeds zal leiden tot het uitspreken van het faillissement. Verzoekster merkt op dat de noodregeling in feite een liquidatieprocedure voor levensverzekeraars is. In het geval van X is onder de noodregeling, aldus verzoekster, de facto het vermogen van X vereffend.

2. De staatssecretaris van Financiën is van oordeel dat er geen aanleiding is aan het verzoek van verzoekster om toepassing van de hardheidsclausule in de door haar voorgestane zin tegemoet te komen. De staatssecretaris wijst er op dat toepassing van het Besluit van 31 juli 1992 er al toe leidt dat het liquidatieverlies in 2003 in aanmerking kan

worden genomen ook al is de vereffening van het vermogen van X op dat tijdstip nog niet voltooid. Naar het oordeel van de staatssecretaris is er geen sprake van een onbillijkheid van overwegende aard die reden vormt tot verruiming van het goedkeurende beleid.

De staatssecretaris wijst er voorts op dat de ratio van de liquidatieverliesregeling zoals opgenomen in artikel 13d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is dat de verliezen van de deelneming zonder die regeling verloren zouden gaan. De gevallen genoemd in het Besluit van 1 juli 1971 van de staatssecretaris van Financiën (zie Achtergrond, onder 2.) hebben dan ook, aldus de staatssecretaris, betrekking op situaties waarin aftrek van het verlies zonder goedkeurende regeling niet mogelijk zou zijn omdat in deze situaties de deelneming niet zal worden geliquideerd. De staatssecretaris merkt op dat een dergelijke situatie in het geval van verzoekster niet aan de orde is.

De staatssecretaris wijst er tevens op dat de wetgever voor het tijdstip van in aanmerking nemen van liquidatieverliezen uit een deelneming heeft gekozen voor een formeel criterium.

Ten aanzien van de stelling van verzoekster dat na het intrekken van de vergunning en het uitroepen van de noodregeling sprake is van een situatie die materieel met vereffening en liquidatie is gelijk te stellen, merkt de staatssecretaris op dat inwilliging van het verzoek van verzoekster om haar situatie na het intrekken van de noodregeling materieel gelijk te stellen met formele liquidatie zou betekenen dat het formele wettelijke criterium van vereffening van de deelneming wordt vervangen door een materieel criterium, te weten dat de deelneming is of zal worden geliquideerd en dat geen liquidatie-uitkering zal worden ontvangen.

Naar het oordeel van de staatssecretaris is van een dergelijke situatie echter pas sprake wanneer ontbinding plaatsvindt en de vereffening van het vermogen van de deelneming erg lang duurt. Voor die situatie is onder toepassing van de hardheidsclausule goedkeurend beleid geformuleerd in het Besluit van 31 juli 1992 welk besluit ook op de situatie van verzoekster van toepassing is.

De staatssecretaris geeft verder aan dat uit het door verzoekster genoemde arrest van 3 november 1993 van de Hoge Raad geen conclusies voor de situatie van verzoekster kunnen worden getrokken omdat het arrest betrekking had op een andere vraag dan in het geval van verzoekster aan de orde is.

Ten aanzien van de stelling van verzoekster dat de termijn van acht jaar al is gaan lopen bij het intrekken van de vergunning en het uitspreken van de noodregeling in 1993 en niet pas bij het uitspreken van het faillissement van X in 1995 merkt de staatssecretaris op dat verzoeksters stelling op dit punt er toe zou leiden dat het liquidatieverlies uit de deelneming in X in het jaar 2001 in aanmerking zou kunnen worden genomen. De staatssecretaris wijst er op dat dit betekent dat verzoekster de vraag of het verlies in 2001 mag worden

“genomen” met een beroep op het Besluit van 31 juli 1992 aan de belastingrechter kan voorleggen langs de weg van bezwaar en beroep tegen de aanslag vennootschapsbelasting over dat jaar en dat er om die reden geen aanleiding is tot het verlenen van goedkeuring ter zake. De staatssecretaris is overigens van oordeel dat de noodregeling niet kan worden gelijkgesteld met een besluit tot liquidatie en vereffening omdat de noodregeling (behoudens het hier niet aan de orde zijnde geval dat niet is gebleken van een negatief vermogen van de levensverzekeringsmaatschappij) slechts strekt tot vereffening van de verzekeringsportefeuille.

De staatssecretaris wijst er verder nog op dat inwilliging van het verzoek slechts zal leiden tot een verschuiving van twee jaar in het tijdstip waarop het verlies in aanmerking mag worden genomen. Van een onbillijkheid van overwegende aard is ook om die reden geen sprake.

Het verzoek van verzoekster beoogt, aldus de staatssecretaris, niet het teloorgaan van het liquidatieverlies te voorkomen, maar slechts verrekening met de aanzienlijke winst van verzoekster in 1999 mogelijk te maken. Dat is naar het oordeel van de staatssecretaris geen reden voor het treffen van een verdergaande goedkeurende regeling dan is vastgelegd in de Besluiten van 1 juli 1971 en 31 juli 1992.

3. Het redelijkheidsvereiste houdt in dat bestuursorganen de in het geding zijnde belangen tegen elkaar afwegen en dat de uitkomst hiervan niet onredelijk is.

4. De Nationale ombudsman is van oordeel dat de staatssecretaris zonder schending van het redelijkheidsvereiste of schending van enig ander vereiste van behoorlijkheid het verzoek van verzoekster om toepassing van de hardheidsclausule heeft kunnen afwijzen.

Daarvoor acht de Nationale ombudsman het volgende van belang.

5. De wetgever heeft bij het creëren van de uitzondering voor liquidatieverliezen op de zogenoemde deelnemingsvrijstelling ten aanzien van het tijdstip voor het in aanmerking nemen van die verliezen gekozen voor het formele criterium van een voltooide vereffening. Met dit criterium heeft de wetgever impliciet gekozen voor een criterium dat met zich brengt dat geruime tijd kan verstrijken na het faillissement of het besluit tot ontbinding van het lichaam van de deelneming. De afronding van de vereffening kan in gecompliceerde situaties immers geruime tijd in beslag nemen.

De tekst van de wet biedt niet de ruimte het invoeren van de noodregeling gelijk te stellen met liquidatie en vereffening. Verzoeksters stelling dat op het moment van het intrekken van de vergunning en het invoeren van de noodregeling sprake was van definitief onverrekenbare verliezen bij X en dat daarmee was voldaan aan het criterium van artikel 13d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is immers slechts gebaseerd op de door haar naar voren gebrachte materiële en feitelijke overeenkomsten tussen de (gevolgen van de)

noodregeling enerzijds en (liquidatie en) vereffening anderzijds en gaat voorbij aan het formele karakter van het door de wetgever geformuleerde criterium.

6. Verzoekster wijst in haar verzoekschrift aan de Nationale ombudsman op diverse passages uit de wetsgeschiedenis waarin toezeggingen zijn gedaan om onder toepassing van de hardheidsclausule in bepaalde omstandigheden een verruiming toe te staan van de mogelijkheden een liquidatieverlies van een deelneming in aanmerking te nemen. De toezeggingen betreffen situaties die materieel met liquidatie zijn gelijk te stellen en waarin de vereffening lang duurt of situaties waarin derden in staat zijn de liquidatie te beletten. De toezeggingen hebben vorm gekregen in de Besluiten van 1 juli 1971 en 31 juli 1992 van de staatssecretaris van Financiën (zie Achtergrond, onder 2. en 3.). Het eerstgenoemde besluit ziet op situaties waarin de deelneming weliswaar niet formeel is ontbonden of kan worden ontbonden maar waarbij een toestand is ingetreden die materieel met liquidatie is gelijk te stellen.

Aangenomen moet worden dat dit besluit is geschreven voor situaties waarin het verlies zonder goedkeurend beleid niet in aanmerking zou kunnen worden genomen. Daarvoor is van belang dat in de door verzoekster geciteerde wetsgeschiedenis op dit punt gesproken wordt van het “beletten” van de liquidatie van de dochter, van redenen om de dochter “niet te liquideren” en van de mogelijkheid de dochter te liquideren “doch men doet dat niet”. Van dergelijke situaties is in het geval van verzoekster geen sprake. De liquidatie en vereffening stond, zoals ook verzoekster stelt, vast, maar de vereffening duurde (duurt) langer dan normaal door de bijzondere omstandigheid dat het hier een levensverzekeringsmaatschappij betreft waarop bijzondere wettelijke regels van toepassing zijn.

Met de staatssecretaris kan worden aangenomen dat het hierboven eerstgenoemde besluit niet is geschreven voor situaties waarin de liquidatie en vereffening wel, zij het als gevolg van bijzondere omstandigheden pas na langere tijd, zullen plaatsvinden en het verlies dientengevolge uiteindelijk wel in aanmerking kan worden genomen. In laatstbedoelde situaties is immers de ratio van de liquidatieverliesregeling niet in het geding. Nu vast staat dat het liquidatieverlies van X bij verzoekster in aanmerking kan worden genomen, is het Besluit van 1 juli 1971 naar het oordeel van de Nationale ombudsman dan ook niet op haar situatie van toepassing. Zoals hierboven opgemerkt, impliceert de keus van de wetgever voor het formele criterium van een voltooide vereffening vaak een langere wachttijd. Bovendien wordt opgemerkt dat de vertraging voor verzoekster slechts ten hoogste twee jaar beslaat omdat het uitroepen van de noodregeling in 1993 in 1995 is gevolgd door het uitspreken van het faillissement.

7. Verzoekster merkt weliswaar terecht op dat het standpunt van de staatssecretaris op dit punt als formeel kan worden gekarakteriseerd, maar de tekst van de wet en het door de staatssecretaris naar voren gebrachte argument dat loslaten van het formele criterium en vervanging daarvan door een criterium van materiele en feitelijke aard in voorkomende

gevallen aanleiding kan en zal geven tot (ongewenste) discussie over het tijdstip waarop het liquidatieverlies in aanmerking mag worden genomen, vormt voldoende rechtvaardiging voor het formele karakter van het standpunt van de staatssecretaris.

8. In het besluit van 31 juli 1992 is onder toepassing van de hardheidsclausule een voorziening getroffen voor gevallen van langlopend faillissement of langlopende liquidatie. De uitvoering van dit Besluit is, in tegenstelling tot het Besluit van 1 juli 1971, gedelegeerd aan de inspecteur van de Belastingdienst. Zoals de inspecteur van de Belastingdienst en de staatssecretaris terecht opmerken, kan verzoekster op toepassing van dit besluit een beroep doen. Nu de toepassing van het Besluit is gedelegeerd aan de inspecteur kan of kon verzoekster dit beroep rechtstreeks doen op de inspecteur, bij voorbeeld in het bezwaarschrift tegen de aanslag vennootschapsbelasting 2001, het jaar waarin het liquidatieverlies uit de deelneming in X volgens verzoekster uiterlijk voor verrekening in aanmerking kwam. De staatssecretaris merkt daarnaast terecht op dat de vraag of toepassing van dit besluit er toe leidt dat het verlies reeds in 2001 in aanmerking kan worden genomen omdat de in het besluit genoemde termijn van acht jaar reeds in 1993 is gaan lopen bij het uitroepen van de noodregeling, met een beroep op het vertrouwensbeginsel aan de belastingrechter kan worden voorgelegd in een procedure over de aanslag vennootschapsbelasting over het jaar 2001. De staatssecretaris verbindt daaraan terecht de conclusie dat onder die omstandigheden een eventuele verruiming van het goedkeurende beleid niet aan de orde is.

Aan het bovenstaande doet niet af dat de inspecteur van de Belastingdienst verzoekster in zijn brief van 8 oktober 2003 heeft verwezen naar de staatssecretaris van Financiën. Deze verwijzing betrof immers de toepassing van het Besluit van 1 juli 1971. Zoals hierboven is overwogen is dat Besluit op de situatie van verzoekster niet van toepassing.

9. De Nationale ombudsman deelt niet de mening van verzoekster dat aan de wetsgeschiedenis de verwachting kon worden ontleend van verdergaande toepassing van de hardheidsclausule in die zin dat verrekening zou moeten worden toegestaan op het moment dat sprake is van definitief onverrekenbare verliezen. Daarvoor is in de eerste plaats van belang dat de wetsgeschiedenis uiteindelijk heeft geleid tot het in de wet opgenomen formele criterium van de vereffening. Voorts is van belang hetgeen is overwogen onder 6. ten aanzien van de toepasselijkheid van het Besluit van 1 juli 1971, met name de overweging dat in gevallen waarin het verlies (van de moedermaatschappij) uiteindelijk wel kan worden verrekend de ratio van artikel 13d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 niet in het geding is.

10. Voor zover verzoekster zich in haar verzoekschrift beroept op "bijzondere omstandigheden" als bedoeld in het Besluit van 31 juli 1992 is sprake van een onjuiste lezing van het besluit. Het eventuele voorkomen van bijzondere omstandigheden wordt daar immers slechts genoemd als reden voor de Belastingdienst om niet zelf te beslissen maar de zaak voor te leggen aan het Ministerie van Financiën. Een beroep op bijzondere

omstandigheden kan verzoekster dan ook niet baten.

11. Ook verzoeksters beroep op het arrest van 3 november 1993 van de Hoge Raad kan haar niet baten. In dit arrest was immers de vraag aan de orde of een liquidatieverlies onder de omstandigheden van dat geval in aanmerking kon worden genomen en niet de vraag in welk jaar aan de voorwaarde van een voltooide vereffening die (thans) artikel 13d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 stelt, was voldaan. Dit moge blijken uit de overweging van de Hoge Raad onder 3.3.:

“Artikel 13, lid 5, (thans artikel 13d; N.o.) van de Wet (op de vennootschapsbelasting 1969; N.o.) kan, gezien zijn bewoordingen, toepassing vinden in alle gevallen waarin een dochtervennootschap is ontbonden en die ontbinding heeft geleid tot de vereffening van het vermogen van die vennootschap”.

Voor zover verzoekster met haar verwijzing naar het arrest wil stellen dat kennelijk onder omstandigheden aan het vereiste van een voltooide vereffening kan worden voorbijgegaan, acht de Nationale ombudsman de in het arrest aan de orde zijnde situatie van een buitenlandse dochtermaatschappij waarvan niet is uitgesloten dat zij na de als liquidatie aangemerkte overdracht van haar onderneming aan de moeder kan herleven, onvoldoende vergelijkbaar met de situatie van verzoekster om te oordelen dat de staatssecretaris van Financiën op grond van dat arrest niet binnen de grenzen der redelijkheid het verzoek om toepassing van de hardheidsclausule heeft kunnen afwijzen.

De onderzochte gedraging van de staatssecretaris van Financiën is behoorlijk.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van de staatssecretaris van Financiën is niet gegrond.

Onderzoek

Op 31 mei 2005 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van B. BV te Amersfoort, ingediend door mr. P.J. Weterings te Amstelveen, met een klacht over een gedraging van de staatssecretaris van Financiën.

Naar deze gedraging, die wordt aangemerkt als een gedraging van de minister van Financiën, werd een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd de minister van Financiën verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben. Tevens werd de minister een aantal specifieke vragen gesteld.

Vervolgens werd verzoekster in de gelegenheid gesteld op de verstrekte inlichtingen te reageren.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen.

De reactie van verzoekster gaf aanleiding het verslag aan te vullen. De reactie van de staatssecretaris van Financiën gaf geen aanleiding het verslag aan te passen.

Bevindingen

De bevindingen van het onderzoek luiden als volgt:

A. feiten

1. Op grond van het bepaalde in artikel 13d Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 voerde verzoekster in haar aangifte vennootschapsbelasting 1999 een liquidatieverlies op ter grootte van f 6.045.000. In een bijlage bij de aangifte was het volgende opgenomen:

“...In 1993 is NV Levensverzekeringsmaatschappij X ten onder gegaan door mismanagement en mogelijk fraude. De Verzekeringskamer trad (in 1993) op als "stille curator" en opereerde vervolgens onder de zogenoemde "noodregeling". De feitelijke werkzaamheden van X zijn eveneens in 1993 beëindigd. Het faillissement is in 1995 door de rechtbank uitgesproken.

Tegen het management, de Staat, de Verzekeringskamer, de accountant en de actuaaris lopen/liepen in verband met het vorenstaande allerlei procedures (ook strafrechtelijk). Er is zelfs een parlementair onderzoek ingesteld naar de rol van de Verzekeringskamer bij de ondergang. De grootste claim (ca ruim f 180 mio.) is van gedupeerde polishouders, die tot ca 40% van hun ingelegde geld hebben verloren. De portefeuille met polissen is in 1994 overgedragen aan een dochtermaatschappij van L. Bank & Verzekeringen, T.

De complexe situatie, die uitgebreide aandacht van de landelijke media heeft genoten, en waarbij velen als schuldige worden aangewezen en/of zijn gedagvaard, heeft tot een buitengewoon grote vertraging bij de formele vereffening geleid. (Verzoekster; N.o.) kan op geen enkele wijze invloed uitoefenen op de gang van zaken. Het is echter volstrekt duidelijk, mede gelet op de omvang van de claims van de ex-polishouders, dat X nimmer enige liquidatie-uitkering aan haar aandeelhouders zal kunnen doen. Alle activiteiten van X zijn gestaakt respectievelijk overgedragen aan derden, en de omvang van de bezittingen en schulden van X staan in zoverre vast dat na de afwikkeling van de rechtszaken zeker niet ten behoeve van de aandeelhouders sprake zal zijn van een batig saldo. Het standpunt wordt dan ook ingenomen dat feitelijk van vereffening sprake is.

(...).

(Verzoekster; N.o.) heeft sinds 1992 een belang van 8,1% in X, waarvoor zij indertijd f 6.045.000 heeft betaald. In deze aangifte is, mede gelet op het vorenstaande, voor fiscale doeleinden een liquidatieverlies van f 6.045.000 opgevoerd...”

2. De inspecteur van de Belastingdienst accepteerde het liquidatieverlies van verzoekster bij het opleggen van de aanslag vennootschapsbelasting 1999 niet.

3. Verzoekster tekende op 6 maart 2003 tegen de aanslag bezwaar aan. Zij schreef het volgende:

“...1. Algemeen

(...)

De problematiek met betrekking tot liquidatieverlies op de deelneming in X ziet in casu op het tijdstip waarop dat liquidatieverlies in aanmerking zou kunnen worden genomen. In principe wordt aan alle in artikel 13d Wet Vpb genoemde voorwaarden voor het nemen van een liquidatieverlies voldaan. Ter discussie zou kunnen staan dat de vennootschap nog niet formeel ontbonden en vereffend is. Er is in de onderhavige situatie overigens geen sprake van (beoogd) misbruik van de liquidatie-verliesregeling of onduidelijkheid over de omvang van het in aanmerking te nemen liquidatieverlies. Dit verlies bedraagt f 6.045.000 ofwel het door (verzoekster; N.o.) voor de aandelen X opgeofferde bedrag.

(...)

2. Parlementaire behandeling en beleid liquidatieverliezen

De Wet op de vennootschapsbelasting (art. 13d en 13e) beschrijft het moment waarop liquidatieverliezen op een deelneming genomen kunnen worden. Dit is het moment waarop de vereffening voltooid is. Laatstgenoemd moment is gekozen omdat dat het moment is waarop de fiscus zekerheid heeft dat verliescompensatie bij de dochtermaatschappij definitief verloren is gegaan.

De wetgever heeft onder ogen gezien dat dit - buiten de schuld van de aandeelhouder - wel eens onredelijk lang kan duren, en heeft daarom zowel bij de parlementaire behandeling, als door middel van beleidspublicaties, aangegeven dat er ruimte is het verlies eerder te mogen nemen dan uitsluitend bij de vereffening. In de parlementaire geschiedenis art. 13 (oud), vijfde lid (zie (...) NMvA, blz. 29, Wet van 8 oktober 1969, Stb. 469) is ter zake onder meer het volgende opgemerkt (...).

"Alvorens de vraag van de leden te beantwoorden, waarom een verlies op een deelneming pas in aanmerking kan worden genomen in het jaar waarin de vereffening is voltooid, zouden de ondergetekenden er aan willen herinneren, dat het beginsel van de voorgestelde deelnemingsvrijstelling is dat winsten en verliezen behaald op een

deelneming, de winsten en verliezen van de moedermaatschappij niet mogen beïnvloeden. Slechts voor een uitzonderingssituatie, nl. de liquidatie van de dochtermaatschappij, kent het voorstel, als een tegemoetkoming omdat bij de dochtermaatschappij het liquidatieverlies niet meer kan worden verrekend, een verliesregeling bij de moedermaatschappij. Het komt de ondergetekenden rationeel voor om eerst dan bij de moedermaatschappij een verlies in aanmerking te nemen indien de fiscus de zekerheid heeft dat de verliescompensatie bij de dochtermaatschappij voorgoed verloren is gegaan. Deze zekerheid is er nog niet in het jaar waarin het besluit tot ontbinding is genomen. Hier komt nog bij het praktische bezwaar dat in dit jaar het verlies bij de moedermaatschappij nog niet kan worden berekend nu dit mede afhankelijk is van de liquidatie-uitkeringen.

Het kan zich inderdaad voordoen dat met een vereffening vele jaren gemoeid zijn. In gevallen waarin de lange duur van de vereffening te wijten is aan omstandigheden als zijn bedoeld in het (oorspronkelijke) voorlopig verslag (...) zijn de ondergetekenden, evenals hun toenmalige ambtsvoorgangers (...), bereid voor situaties welke materieel met liquidatie zijn gelijk te stellen, de hardheidsclausule toe te passen. Indien bij nationalisatie van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij een situatie ontstaat waarin moet worden aangenomen dat de moedermaatschappij alle zeggenschap verliest zijn de ondergetekenden evenzeer bereid deze situatie met liquidatie gelijk te stellen".

en verder,

"Overigens zij herinnerd aan de toezegging dat in gevallen waarin derden een zodanige macht over een dochter-n.v. hebben dat zij een formele liquidatie kunnen tegenhouden, maar waarin een situatie is ontstaan die materieel met liquidatie kan worden gelijkgesteld, de hardheidsclausule zal worden toegepast (...)." (Mondeling overleg, vraag 65, Wet van 8 oktober 1969, Stb. 469, (...).

Dat hetgeen hiervóór uit de parlementaire behandeling is opgenomen nog steeds geldt blijkt uit de wetsgeschiedenis. Het huidige artikel 13d is in het leven geroepen omdat artikel 13 (oud), vijfde lid oneigenlijk gebruik toe liet en tot praktische bezwaren aanleiding kon geven met betrekking tot de bewijslast (zie bijvoorbeeld MvT, blz. 4, Wet van 25 april 1990. Stb. 173, waarin staat: *"Bij de indiening van het oorspronkelijke wetsontwerp tot herziening van de deelnemingsvrijstelling is aangegeven dat vier vormen van oneigenlijk gebruik aanleiding hadden gevormd tot het voorstel de liquidatieverliesregeling te herzien."*). (...) Volledigheidshalve wijs ik er op dat geen van de bedoelde vormen van oneigenlijk gebruik hier aan de orde is.

De Resolutie van 1 juli 1971, nr. B71/12 651 handelt over de verruiming van het begrip liquidatie van een deelneming voor de toepassing van art. 13, lid 5 Wet vpb (oud). Dit op basis van de hardheidsclausule (art. 63 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, hierna: AWR). In de Resolutie staat onder punt 6:

"Ingevolge art. 13, vijfde lid, van de wet kan slechts formele liquidatie van een lichaam, waarin wordt deelgenomen, aanleiding geven tot het bij de winstbepaling van het deelnemende lichaam in aanmerking nemen van een verlies op de deelneming. In de praktijk kunnen zich evenwel gevallen voordoen waarin het lichaam waarin wordt deelgenomen, weliswaar niet formeel wordt ontbonden, maar waarin de toestand is ingetreden die materieel gelijk is te stellen met liquidatie. Te denken valt bijvoorbeeld aan een geval waarin een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij haar werkzaamheden wegens politieke omstandigheden blijvend moet beëindigen. Voorts kan worden gedacht aan een nationalisatie van een dochtermaatschappij, waarbij de moeder alle zeggenschap verliest.

De staatssecretaris is bereid in de hier bedoelde gevallen art. 63 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen toe te passen. Belanghebbenden dienen in voorkomend geval naar hem te worden verwezen."

De Mededeling staatssecretaris van Financiën, 31 juli 1992, nr. DB92/3729 gaat in op het bekend maken, en ten dele delegeren, van op het Ministerie van Financiën bestaand beleid (zie de hiervoor genoemde Resolutie) bij gevallen waarin het lichaam waarin wordt deelgenomen weliswaar niet formeel is of kan worden ontbonden, maar waarbij een toestand is ingetreden die materieel met liquidatie is gelijk te stellen.

In de Mededeling staat onder meer:

"Indien in het achtste jaar volgende op het jaar waarin de deelneming in staat van faillissement is verklaard, ofwel het jaar waarin het besluit tot liquidatie van de deelneming is genomen de vereffening, buiten de wil van belanghebbende, nog niet is voltooid, keur ik goed dat het liquidatieverlies ten laste van de winst van dat achtste jaar wordt gebracht, mits belanghebbende ten genoegen van de Belastingdienst verklaart, dat indien in enig jaar nog voordelen uit hoofde van de deelneming opkomen, deze voordelen bij het bepalen van de winst niet buiten aanmerking zullen blijven.

Indien het nog niet voltooid zijn van de vereffening is te wijten aan belanghebbende, of indien overigens bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven, zulks ter beoordeling van de Belastingdienst, dient het verzoek te worden gedaan aan het Ministerie. Daar zal van geval tot geval worden bezien of er aanleiding is tot toepassing van art. 63 AWR."

3. Gang van zaken rondom X, rol Verzekeringkamer

In het geval van X zijn door de Verzekeringkamer, in het kader van de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak, alle activiteiten en werkzaamheden van X blijvend beëindigd. Op 15 december 1993 is, op verzoek van de Verzekeringkamer, bij beschikking van de rechtbank te 's-Hertogenbosch de noodregeling uitgesproken, en aan de

verzekeringskamer machtiging verleend (m.i.v. 18 november 1993) zowel tot vereffening van het eigen vermogen en van het geheel of van een gedeelte van de portefeuille van X als tot overdracht van alle of van een deel van zijn rechten en verplichtingen uit of krachtens overeenkomst van verzekering. Dit heeft er toe geleid dat de portefeuille met polissen in 1994 is overgedragen aan T. NV, een dochtermaatschappij van L. Bank & Verzekeringen. (Verzoekster; N.o.) is op geen enkele wijze verbonden met T. NV en/of L. Bank & Verzekeringen. De inmiddels opgerichte Stichting X heeft tot doel het incasseren van vorderingen op dubieuze debiteuren en het indienen van aansprakelijkheidsclaims. Deze stichting behartigt op geen enkele wijze de belangen van de aandeelhouders van X.

Eind 1995 is X op verzoek van de Verzekeringskamer in staat van faillissement verklaard.

(...)

De rol van de Verzekeringskamer bij de ondergang van X is omstreden en heeft onder meer tot een parlementair onderzoek geleid: op verzoek van de vaste commissie van financiën wordt op 8 april 1994 door de Tweede Kamer besloten een onderzoek bij de Algemene Rekenkamer aan te vragen. Aangezien de Verzekeringskamer haar dossiers niet wenste af te staan in verband met haar geheimhoudingsplicht is door het Ministerie van Financiën advies aan de Raad van State gevraagd. Na het advies van de Raad van State wordt in 1995 de tijdelijke commissie toezicht Verzekeringskamer ingesteld (ook wel commissie Ybema), die eind 1995 een kritisch rapport over het reilen en zeilen van de Verzekeringskamer aan de voorzitter van de Tweede kamer aanbiedt. Verder heeft op vordering van de procureur-generaal van het Gerechtshof te Amsterdam de Ondernemingskamer van het Gerechtshof een enquêteonderzoek ingesteld naar onder meer de rol van de Verzekeringskamer. Een dergelijke vordering wordt ingesteld om redenen van algemeen belang, en heeft ten doel opening van zaken te geven en vast te stellen bij wie de verantwoordelijkheid voor mogelijk wanbeleid berust. Aan de bevindingen van de Ondernemingskamer wordt veel gewicht toegekend. Het enquêteonderzoek is in 1995 bevolen, maar kon pas in 1997 van start gaan omdat door de Verzekeringskamer tot aan de Hoge Raad tegen het onderzoek van de Ondernemingskamer geprocedeerd is. Ook hierbij was van belang dat de Verzekeringskamer een beroep deed op haar geheimhoudingsplicht, waardoor de Ondernemingskamer (en de curatoren) geen inzage hadden in ter zake doende archieven van X. Daardoor is de Verzekeringskamer, als publiekrechtelijk lichaam, er mede de oorzaak van dat de zaak zo ernstig is vertraagd. Op basis van het enquêteonderzoek heeft de Ondernemingskamer bij beschikking van 9 juli 1998 wanbeleid van onder meer de Verzekeringskamer vastgesteld (in 2000 is deze beschikking overigens door de Hoge Raad vernietigd).

(...)

4. Overwegingen

De ratio achter de liquidatieverliesregeling is dat de dochtermaatschappij de verliezen niet meer kan verrekenen. Het liquidatieverlies op een deelneming kan in principe genomen worden op het moment waarop de vereffening voltooid is. Laatstgenoemd moment is gekozen omdat dat het moment is waarop de fiscus zekerheid heeft dat verliescompensatie bij de dochtermaatschappij definitief verloren is gegaan.

In het Evaluatierapport van de gebeurtenissen rond X, die door de Minister van Financiën is aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, wordt ingegaan op fiscaal onverrekenbare verliezen van X. (...)

Het gaat hier om een ten tijde van de noodregeling gevoerde discussie tussen medewerkers van het Ministerie van Financiën en de Verzekeringskamer over het benutten van onverrekenend gebleven verliezen van X ten behoeve van de overeenkomsten van levensverzekering. De Verzekeringskamer heeft daarbij gepoogd onverrekenbare verliezen ten dele ten goede te laten komen aan benadeelde polishouders. Het Ministerie Financiën heeft zich weliswaar op het standpunt gesteld dat de Wet geen ruimte biedt voor een dergelijke regeling, maar bevestigt hiermee wel dat bij X sprake is van onverrekenend gebleven verliezen. Dit betekent dat de mogelijkheid tot verliescompensatie bij X definitief verloren is gegaan, en het in overeenstemming is met de ratio van de liquidatieverliesregeling dat de aandeelhouder alsdan het verlies mag nemen.

Uit de hiervoor onder 2 genoemde parlementaire stukken kan worden opgemaakt dat er in principe de bereidheid is, mede op basis van de hardheidsclausule, toe te staan een liquidatieverlies eerder te nemen dan op het tijdstip waarop de vennootschap formeel ontbonden en vereffend is. Zo wordt een termijn van acht jaar genoemd, maar ook de gevallen waarin een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij haar werkzaamheden wegens politieke omstandigheden blijvend moet beëindigen of in het geval van nationalisatie. In de laatste twee gevallen is een aanzienlijk kortere termijn dan acht jaar mogelijk. Er is geen reden of rechtvaardiging waarom in een dergelijke buitenlandse situatie een materieel liquidatieverlies wel (eerder) genomen zou kunnen worden en in de onderhavige Nederlandse situatie niet, bijvoorbeeld omdat alsdan een 'standaard' acht-jaarstermijn zou gelden.

Van belang hierbij is dat, nu sprake is van het faillissement van een verzekeringsmaatschappij, de overheid een zeer grote invloed heeft (gehad) op de (vertraging in de) afwikkeling hiervan.

Het blijvend beëindigen van de werkzaamheden van X als gevolg van de omstrede publiekrechtelijke taakuitoefening van de Verzekeringskamer voor en tijdens de noodregeling, is er mede debet aan dat de formele liquidatie zo lang op zich laat wachten. Door het instellen van de noodregeling is de positie van de Verzekeringskamer te vergelijken met die van een faillissementscurator die belast is met het beheer van de vereffening van de failliete boedel en die de vermogensrechten van de gefailleerde

uitoefent, met dien verstande dat de Verzekeringskamer een publiekrechtelijke taak uitoefent. Ik verwijs u naar de Wet toezicht verzekeringsovername 1993 (hierna: "WTV"), Hoofdstuk IX Noodregeling en faillissement (...).

Voor wat betreft de instelling en uitvoering van de noodregeling is er een verband met hetgeen bij Resolutie over de verruiming van het begrip liquidatie van een deelneming is opgemerkt (zie hiervoor): "*Te denken valt bijvoorbeeld aan een geval waarin een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij haar werkzaamheden wegens politieke omstandigheden blijvend moet beëindigen*".

Het door de Verzekeringskamer uitoefenen van haar publiekrechtelijke taak kwalificeert als een politieke omstandigheid. Niet valt in te zien waarom daarbij een onderscheid tussen een binnenlandse en buitenlandse deelneming zou moeten worden gemaakt.

De Verzekeringskamer heeft verder meer bevoegdheden dan een 'normale' curator, zie bijvoorbeeld artikel 161 lid 7 en 8 WTV, en artikel 165 WTV. De machtiging om de duur van verzekeringen te wijzigen en verkorten als bedoeld in artikel 165 WTV is, in het kader van de vereffening van de portefeuille van X, op 15 juli 1994 verleend. Tijdens de noodregeling hebben de aandeelhouders geen zelfstandige zeggenschap meer, en kunnen aandeelhoudersbesluiten door de bewindvoerders van de verzekeringsovername worden genomen (zie artikel 161, lid 7 en 8 WTV). De situatie tijdens de noodregeling verschilt niet wezenlijk van de situatie zoals die hiervoor uit de parlementaire behandeling is geciteerd: "*Indien bij nationalisatie van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij een situatie ontstaat waarin moet worden aangenomen dat de moedermaatschappij alle zeggenschap verliest zijn de ondergetekenden evenzeer bereid deze situatie met liquidatie gelijke stellen*".

Door het instellen en uitvoeren van de noodregeling bij X is de facto sprake van een binnenlandse nationalisatie waarbij de aandeelhouder haar zeggenschap verliest. Wederom valt niet in te zien waarom er dan een onderscheid tussen een binnenlandse en buitenlandse deelneming zou moeten worden gemaakt.

Overigens ben ik niet van mening dat sprake is van ongerechtvaardigd overheidshandelen. Ik stel mij de omgekeerde situatie voor waarbij een buitenlandse dochtermaatschappij van een Nederlandse verzekeraar wegens grote financiële problemen onder een buitenlandse publiekrechtelijke "noodregeling" zou worden gebracht, waardoor haar activiteiten blijvend worden beëindigd en waarbij de aandeelhouder alle zeggenschap verliest. Het lijkt aannemelijk dat in een dergelijk geval, ook al is de vennootschap niet formeel ontbonden en vereffend, maar waarbij wel duidelijk is dat er nimmer een liquidatie-uitkering zal plaatsvinden (zie hierna) en dat de verliezen bij die dochter onverrekend zullen blijven, het liquidatieverlies op basis van genoemd beleid genomen mag worden.

Van belang is voorts artikel 156, lid 1, lid 2, en lid 3 WTV. Artikel 156, lid 2 WTV bepaalt dat bij het uitspreken van de noodregeling door de rechtbank één of meer bewindvoerders worden benoemd. Aan deze bewindvoerders wordt een machtiging verleend. *"De machtiging strekt zowel tot vereffening van het geheel of van een gedeelte van de portefeuille van de verzekeraar als tot overdracht van alle of van een deel van zijn rechten en verplichtingen uit of krachtens overeenkomsten van verzekering. Zolang nog niet blijkt dat de verzekeraar een negatief eigen vermogen heeft, strekt de machtiging mede tot vereffening van het vermogen van de verzekeraar"* (artikel 156, lid 3 WTV). Blijkens artikel 169, lid 1 WTV dienen de bewindvoerders *"een verzoek tot faillietverklaring in, indien blijkt dat de verzekeraar een negatief eigen vermogen heeft en het met de verleende machtiging te bereiken doel is verwezenlijkt of niet meer kan worden verwezenlijkt"*.

Artikel 171, lid 3 WTV bepaalt kortweg dat uitsluitend (ex-)polishouders en (ex-)werknemers verhaal kunnen halen op de boedel van X. In concreto gaat het hier om via de Stichting X te realiseren activa, waarover thans uitgebreid geprocedeerd wordt. De te realiseren activa (en daarmee de enige baten die X ooit nog tegemoet zal kunnen zien) zijn derhalve bestemd voor een afgebakende groep gedupeerden, waartoe de aandeelhouders niet behoren.

Het vorenstaande houdt in dat, sowieso voor wat betreft de aandeelhouders, vanwege de overheid het gehele vermogen en de onderneming van X tijdens de noodregeling vereffend is. Na deze vereffening volgt het verzoek tot faillietverklaring van de vennootschap omdat zij een (blijvend) negatief eigen vermogen heeft en het met de verleende machtiging tot vereffening te bereiken doel is verwezenlijkt. De in het kader van het faillissement bij de 'tweede' vereffening te realiseren activa uit toegekende claims kunnen daarbij uitsluitend aan (ex-) werknemers en (ex-) polishouders ten goede komen. Het is dan ook onmogelijk dat er nog een positieve liquidatie-uitkering aan de aandeelhouders kan toekomen.

Dit blijkt met zoveel woorden ook uit de Resolutie staatssecretaris van Financiën 21 juli 1994, nr. DB/2468M (...). De Resolutie gaat in op de fiscale gevolgen van overdracht van de verzekeringsportefeuille van X aan T. NV. In punt 3 van deze Resolutie (Gevolgen nagekomen baten voor eerbiedigende werking) staat:

"Ik keur goed dat verhogingen van de verzekerde bedragen die zullen resulteren uit baten die in de toekomst aan T. toekomen uit claims die de Stichting X uit de "boedel" van X geldend zal maken, zullen worden aangemerkt als winstdelingen..."

4. In een brief van 8 oktober 2003 liet de inspecteur van de Belastingdienst verzoekster weten voornemens te zijn het bezwaar af te wijzen. Hij schreef het volgende:

"...Ik deel u bij deze mede dat ik voornemens ben om uw bezwaar af te wijzen aangezien niet aan het vereiste van een voltooide vereffening ex art. 13d lid 8 Vpb (tekst 1999) is voldaan.

U doet door middel van uw bezwaar min of meer een beroep op toepassing van de hardheidsclausule ex artikel 63 AWR op basis van de mededeling van de staatssecretaris d.d. 1 juli 1971, nr. B71/12 651. Ik wil u erop wijzen dat u het beroep op toepassing van de hardheidsclausule dient te richten aan het Ministerie van Financiën aangezien het beslissen op uw verzoek tot toepassing van de hardheidsclausule niet door de Staatssecretaris is gedelegeerd aan de Belastingdienst.

De omstandigheid waarbij de toepassing van de hardheidsclausule inzake langlopende liquidaties is gedelegeerd aan de Belastingdienst is beschreven in de mededeling van de staatssecretaris d.d. 31 juli 1992, nr. DB92/3729. Het betreft hier de goedkeuring tot het nemen van het liquidatieverlies in het achtste jaar volgend op het jaar waarin de deelneming in staat van faillissement is verklaard. Gezien het feit dat de faillissementsuitspraak dateert van 11 december 1995 concludeer ik dat, op basis van deze mededeling, het liquidatieverlies op zijn vroegst in het boekjaar 2003 genomen zou kunnen worden.

Indien het Ministerie van Financiën uw verzoek tot toepassing van de hardheidsclausule in deze honoreert, zal ik een ambtshalve vermindering verlenen van de aanslag vennootschapsbelasting over het jaar waarin het liquidatieverlies genomen kan worden.

Met nadruk wil ik u erop wijzen dat ik met dit schrijven geen uitspraak doe over uw stellingen dat het 'ingrijpen' van de Verzekeringkamer gelijk te stellen is met de in B71/12 651 genoemde voorbeelden met betrekking tot de begrippen 'nationalisatie' en 'politieke omstandigheden' en tevens dat ik hierbij geen uitspraak doe met betrekking tot de hoogte van het eventueel te nemen liquidatieverlies..."

5. In een brief van 27 oktober 2003 reageerde verzoekster met het volgende:

"...In uw brief van 8 oktober 2003 deelt u mede dat u voornemens bent het op 6 maart 2003 ingediende bezwaarschrift ("het bezwaar") namens (verzoekster; N.o.) ("BV") af te wijzen.

In verband hiermee is BV voornemens bij het Ministerie van Financiën een verzoek ex artikel 63 AWR in te dienen (hardheidsclausule). Alvorens daar toe over te gaan, leg ik gaarne het volgende aan u voor.

Vaststelling tijdstip verwerking liquidatieverlies

In uw brief geeft u aan dat het liquidatieverlies ontstaan bij het faillissement van X op zijn vroegst in het boekjaar 2003 zou kunnen worden genomen, aangezien X in 1995 in staat van faillissement is verklaard.

Zoals uit het bezwaar blijkt, zijn alle werkzaamheden in X, ten gevolge van het instellen van de noodregeling en op last van een publiekrechtelijk lichaam (de Verzekeringkamer),

al in 1993 blijvend beëindigd.

Het instellen van de noodregeling houdt in feite een besluit tot liquidatie in. Bewindvoerders worden benoemd die tot vereffening van de verzekeringsportefeuille overgaan en, zolang er geen sprake is van een negatief eigen vermogen, tot vereffening van het vermogen en de ontbinding van de verzekeraar (zie artikel 156 Wet toezicht verzekeringsbedrijf ("WTV")). In geval van faillissement (bij een negatief eigen vermogen) zal eerst de noodregeling moeten worden uitgevoerd voordat het faillissement mag worden aangevraagd (zie bijvoorbeeld artikel 157 en 169 WTV). Ik maak hieruit op dat het besluit tot liquidatie - zoals verwoord in de mededeling van de staatssecretaris de dato 31 juli 1992, nr. DB 92/3729 - reeds in 1993 is genomen, omdat de werkzaamheden van de Verzekeringskamer er sinds 1993 uitsluitend op gericht zijn geweest de activiteiten van X blijvend te beëindigen en de vennootschap te liquideren. Dientengevolge ben ik van mening dat er, hoewel het faillissement officieel in 1995 door de rechtbank te 's-Hertogenbosch is uitgesproken, al in 1993 sprake is van (een besluit tot) liquidatie van X.

Derhalve verzoek ik u er mee in te stemmen dat de achtjaartermijn, genoemd in de mededeling van de staatssecretaris de dato 31 juli 1992, nr. DB92/3729 ingaat in 1993..."

6. Met dagtekening 2 december 2003 deed de Belastingdienst uitspraak op verzoeksters bezwaarschrift. De Belastingdienst wees het bezwaar af en overwoog daarbij het volgende:

"...Ik wijs uw bezwaar af omdat niet is voldaan aan het vereiste van een voltooide vereffening ex artikel 13d lid 8 Vpb. Tevens ben ik van mening dat er in 1999 niet is voldaan aan de vereisten opgenomen in de mededeling van de Staatssecretaris d.d. 31 juli 1992, nr. DB92/3729 inzake het vervroegd nemen van een liquidatieverlies. Voor een uitgebreidere motivatie verwijs ik u naar mijn schrijven d.d. 08 oktober 2003 (...). Uw schrijven d.d. 27 oktober 2003 beschouw ik als een verzoek tot vooroverleg met betrekking tot de aangifte vennootschapsbelasting 2001, het door u gestelde in dit schrijven heeft mijns inziens geen betrekking op het onderhavige belastingjaar..."

7. In een brief van 23 december 2003 wendde verzoekster zich tot de staatssecretaris van Financiën met een verzoek om toepassing van de hardheidsclausule als opgenomen in artikel 63 Algemene wet inzake rijksbelastingen. Verzoekster schreef het volgende:

"...Belanghebbende zal niet tegen de uitspraak op het bezwaar in beroep gaan omdat de Belastingdienst binnen de grenzen van de wet en de aan haar gedelegeerde bevoegdheden handelt, en daardoor geen formele mogelijkheden heeft aan het bezwaar van belanghebbende tegemoet te komen. Van een eventuele gang naar de belastingrechter valt in dit verband dan ook niets te verwachten. Omdat niet in beroep wordt gegaan staat de aanslag onherroepelijk vast.

Naar het oordeel van de ondergetekende doet zich bij de toepassing van de wettelijke bepalingen in het geval van BV een onbillijkheid van overwegende aard als bedoeld in artikel 63 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen voor.

Deze onbillijkheid bestaat hieruit dat bij BV het liquidatieverlies als bedoeld in artikel 13d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (tekst 1999), op de deelneming in X, niet is geaccepteerd.

(...)

In verband met vorenstaande verzoekt ondergetekende goed te keuren dat de vermelde aanslag wordt herzien in die voege, dat het liquidatieverlies op de deelneming in X ten bedrage van f 6.045.000 in aanmerking wordt genomen bij het vaststellen van het belastbaar bedrag voor 1999, dan wel een zodanige tegemoetkoming te verlenen als Uwe Excellentie billijk oordeelt.

Mocht u onverhoopt de aanslag niet herzien, dan verzoekt ondergetekende u goed te keuren dat de acht-jaarstermijn zoals bedoeld in de Mededeling van de Staatssecretaris van Financiën, 31 juli 1992, nr. DB92/3729, voor belanghebbende in zal gaan in 1994, zijnde het jaar volgende op het jaar waarin op verzoek van de Verzekeringskamer door de rechtbank te 's-Hertogenbosch de noodregeling is uitgesproken, en waarmee X feitelijk in staat van faillissement is verklaard...”

8. In een brief van 12 maart 2004 besliste de staatssecretaris van Financiën op het verzoek van verzoekster. De staatssecretaris schreef het volgende:

“...Op grond van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) kan slechts formele liquidatie van het lichaam waarin wordt deelgenomen aanleiding geven tot het in aanmerking nemen van een liquidatieverlies op de deelneming. In uw brief verzoekt u mij goed te keuren dat een liquidatieverlies eerder mag worden genomen dan het in artikel 13d, achtste lid (tekst tot 1-1-2003) Wet Vpb aangegeven tijdstip. Hierbij verwijst u naar de besluiten van 1 juli 1971, nr. B71/12651, en van 31 juli 1992, nr. DB92/3729.

Resolutie B71/12651

In deze resolutie is in punt 6 "Verruiming van het begrip liquidatie van een deelneming voor de toepassing van artikel 13, vijfde lid" (Wet Vpb, tekst tot 18 april 1990) de bereidheid uitgesproken om artikel 63 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (de zgn. hardheidsclausule) toe te passen in gevallen waarin het lichaam waarin wordt deelgenomen weliswaar niet formeel is ontbonden of kan worden ontbonden, maar waarbij een toestand is ingetreden die materieel met een liquidatie is gelijk te stellen. Als voorbeelden zijn daarbij gegeven het geval waarin een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij haar werkzaamheden wegens politieke omstandigheden blijvend moet beëindigen, en de nationalisatie van een dochtermaatschappij, waarbij de

moedermaatschappij alle zeggenschap in de dochtermaatschappij verliest.

Naar uw mening is er feitelijk geen verschil tussen de (door de Verzekeringskamer als publiekrechtelijk lichaam) ingeroepen noodregeling en de in de resolutie B71/12651 gegeven voorbeelden van de nationalisatie van een dochtermaatschappij en het wegens politieke omstandigheden blijvend moeten beëindigen van de werkzaamheden van de dochtermaatschappij.

Uw mening deel ik niet. Naar mijn mening is de ingeroepen noodregeling niet in voldoende mate vergelijkbaar met een nationalisatie c.q. met het wegens politieke omstandigheden blijvend moeten beëindigen van de werkzaamheden. Bij een nationalisatie is sprake van het tot staatseigendom maken van goederen, terwijl daarvan bij het inroepen van de noodregeling door de Verzekeringskamer geen sprake is. Daarnaast kan het inroepen van de noodregeling niet worden beschouwd als een politieke omstandigheid; hieraan doet niet af dat de noodregeling is ingeroepen door een publiekrechtelijk lichaam. Uitgangspunt van de resolutie B71/12651 is dat het lichaam waarin wordt deelgenomen niet formeel is ontbonden of kan worden ontbonden, maar waarbij een toestand is ingetreden die materieel met een liquidatie gelijk is te stellen. In het voorgelegde geval ontstaat na de beëindiging van de noodregeling door de faillietverklaring eind 1995 een situatie die formeel niet afwijkt van een liquidatie (ontbinding en vereffening). Daarmee valt de onderhavige kwestie buiten het bereik van de resolutie B71/12651 omdat de resolutie situaties bestrijkt waarin de liquidatie formeel niet plaatsvindt.

Besluit van 31 juli 1992, nr. DB92/3729.

Dit besluit is een aanvulling op de resolutie B71/12651. Gaat het in de resolutie om gevallen waarin geen ontbinding plaatsvindt, in het besluit uit 1992 gaat het om situaties waarin weliswaar een ontbinding plaatsvindt maar de vereffening van het vermogen van de deelneming lang duurt. Indien in het achtste jaar, volgende op het jaar waarin de deelneming in staat van faillissement is verklaard, ofwel het jaar waarin het besluit tot liquidatie van de deelneming is genomen, de vereffening buiten de wil van belastingplichtige nog niet is voltooid, is goedgekeurd dat het liquidatieverlies in dat achtste jaar kan worden genomen.

Dit besluit ziet op situaties zoals die zich bij uw cliënt voordoen. Het besluit heeft als vertrekpunt het tijdstip van de (formele) faillietverklaring van de deelneming - dan wel het besluit tot liquidatie van de deelneming -, en koppelt daaraan een termijn van acht jaar gedurende welke de (formele) vereffening van de deelneming daadwerkelijk kan worden geëffectueerd, maar buiten de wil van belastingplichtige nog niet is voltooid.

Het inroepen van de noodprocedure door de Verzekeringskamer in 1993 is geen (formele) faillietverklaring van de deelneming; dat blijkt uit het feit dat de deelneming in 1995 - na beëindiging van de noodprocedure - op verzoek van de Verzekeringskamer failliet is

verklaard. Evenmin is de noodprocedure een besluit tot liquidatie van de deelneming.

Vanwege vorenstaande argumenten én vanwege het feit dat in de voorgelegde situatie niet speelt óf het liquidatieverlies kan worden genomen, maar slechts of het liquidatieverlies in 2003 (met toepassing van mededeling DB92/3729) dan wel in 2001 (bij inwilliging van uw verzoek op dit punt) kan worden genomen, heb ik geen aanleiding kunnen vinden een verder tegemoetkomende regeling te treffen dan reeds is opgenomen in vorenbedoeld besluit DB92/3729...”

9. Verzoekster reageerde in een brief van 8 juli 2004. Zij schreef de staatssecretaris het volgende:

“...Zoals telefonisch met u besproken meent belanghebbende dat voor wat betreft het moment van inroepen van de noodregeling en het (latere) moment van faillietverklaring, onder de gegeven omstandigheden ten onrechte een formeel onderscheid wordt gemaakt. Dit in verband met de aanvang van de acht-jaarstermijn zoals genoemd in het Besluit van 31 juli 1992, nr. DB92/3729. Ter nadere toelichting op het reeds eerder ingediende verzoekschrift bericht ik u graag als volgt.

Op 18 november 1993 is de heer Bo RA aangesteld als bewindvoerder van X zoals bedoeld in art. 34. lid 4jo lid 3 WTV (oud). Als gevolg van deze maatregel mogen het bestuur, de algemene vergadering van aandeelhouders en de raad van commissarissen vanaf 18 november 1993 hun bevoegdheden slechts uitoefenen na goedkeuring en met inachtneming van de eventuele opdrachten van de bewindvoerder (dit wordt ook wel stille curatele genoemd). Deze periode laat zich het best vergelijken met de surséance van betaling als geregeld in de Faillissementswet (hierna: FW). Op 14 december 1993 wordt de vergunning van X ingetrokken, en op 15 december 1993 wordt de noodregeling uitgesproken.

Zoals blijkt uit het rapport van de Parlementaire Tijdelijke Commissie Toezicht Verzekeringskamer naar de rol van de toezichthouder bij X was de zaak in augustus 1992 reeds zo ernstig dat de Verzekeringskamer een bewindvoerder had moeten aanstellen (...). De financiële situatie bij X ten tijde van het inroepen van de noodregeling in 1993 was dan ook dermate slecht, dat een faillissement onafwendbaar was. Het feit dat sprake is van een verzekeringsmaatschappij in plaats van een "reguliere vennootschap" maakt dat een faillissement niet zomaar kan worden aangevraagd, maar dat specifieke regels die tot uitstel van de formele faillietverklaring kunnen leiden van toepassing zijn om met name het gerechtvaardigde belang van polishouders te waarborgen.

Ik heb mij schriftelijk (...) gewend tot de heer mr. P.M. Tulfer, Strategisch bestuursadviseur bij de Pensioen & Verzekeringskamer (hierna: PVK, voorheen: de Verzekeringskamer). De heer Tulfer is onder meer auteur van de studie "De noodregeling", een uitgave van de Verzekeringskamer die in 2000 is verschenen in de reeks "VK Studies". De heer Tulfer is

sinds 1972 in dienst bij de PVK en derhalve goed bekend met de perikelen rondom X zoals het invoeren van de noodregeling in 1993.

De PVK heeft de in de brief opgenomen weergave van de (rechts)gevolgen van het invoeren van de noodregeling en de daarop volgende faillissementsaanvraag in het geval van X bevestigd (...).

Voor wat betreft de rechtsgevolgen van de overgang van de noodregeling in een faillissement, verwijs ik u naar de WTV. Zo wordt het tijdstip waarop termijnen in de artikelen 43 en 45 FW vermeld aanvangen berekend vanaf het tijdstip waarop de noodregeling in is gegaan. Handelingen van de bewindvoerders onder de noodregeling worden beschouwd als handelingen van de curator, en boedelschulden ontstaan tijdens de noodregeling gelden als boedelschulden in het faillissement. Verrekening ex art. 53 FW kan alleen plaatsvinden als zowel de vordering als de schuld is ontstaan in de periode vóór de noodregeling. Een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht dat ziet op faillissementssituaties is op de noodregeling van overeenkomstige toepassing verklaard.

Uit het voorgaande blijkt dat onder de noodregeling de positie van X te vergelijken is met een failliet, die op grond van art. 23 FW de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen verliest en is de positie van de Verzekeringskamer te vergelijken met die van een faillissementscurator, die belast is met het beheer van de vereffening van de failliete boedel en die de vermogensrechten van de gefailleerde uitoefent (art 68 FW). (...)

In dit verband merk ik tenslotte nog op dat het Gerechtshof in Den Haag, naast de accountant en de actuaris, de PVK aansprakelijk heeft gesteld voor de schade die de verzekerden hebben geleden. (...)

Hieruit kan worden opgemaakt dat het faillissement van X onafwendbaar was toen de PVK ingreep en de noodregeling werd ingesteld; de ingreep was immers veel te laat. Onder deze omstandigheden was het instellen van de noodregeling, zeker in dit bijzondere geval, materieel, en zonder andere mogelijkheid, niets anders dan een faillissementsaanvraag.

Op basis van het vorenstaande concludeer ik dat het onbillijk is dat het invoeren van de noodregeling bij X, die uitsluitend ten doel heeft gehad een onafwendbare faillissementsaanvraag uit te stellen zodat de belangen van polishouders konden worden gewaarborgd op een wijze die een faillissementscurator niet zou kunnen, maar waarbij in alle opzichten feitelijk wel sprake is van een faillissement, niet op gelijke wijze wordt behandeld als de aanvraag van een faillissement.

Ik verzoek u dan ook uw beslissing om de acht-jaarstermijn zoals bedoeld in het Besluit van 31 juli 1992, nr. DB92/3729 in te laten gaan in 1995, zijnde het jaar waarin het faillissement is aangevraagd (omdat de noodregeling was beëindigd), in plaats van in

1993, zijnde het jaar waarin de noodregeling is ingeroepen en daarmee feitelijk sprake is van een (onafwendbaar) faillissement, te heroverwegen...”

10. In een brief van 22 september 2004 liet de staatssecretaris van Financiën verzoekster in antwoord op haar brief van 8 juli 2004 opnieuw weten niet aan haar verzoek tegemoet te komen. De staatssecretaris schreef het volgende:

“...Het besluit van 31 juli 1992, nr. DB92/3729, ziet op situaties waarin sprake is van een langlopend faillissement of een langlopende liquidatie van deelnemingen. Indien in het achtste jaar, volgende op het jaar waarin de deelneming in staat van faillissement is verklaard, ofwel het jaar waarin het besluit tot liquidatie van de deelneming is genomen, de vereffening buiten de wil van belastingplichtige nog niet is voltooid, is in dit besluit goedgekeurd dat het liquidatieverlies in dat achtste jaar kan worden genomen.

Het besluit heeft als uitgangspunt dat na de faillissementsaanvraag ook daadwerkelijk de in artikel 13d, achtste lid, Wet Vpb geëiste (formele) vereffening kan plaatsvinden.

Uit de in uw brief vermelde studie "De noodregeling" van mr. P.M. Tulfer citeer ik de volgende passage (zie Hoofdstuk 2 "Doel van de noodregeling", blz. 7). "De noodregeling is een afwikkelingsprocedure. Sanering van de portefeuille of van de onderneming wordt niet beoogd. Het te bereiken doel is hetzij een overdracht van het geheel of van een gedeelte van de portefeuille, hetzij de gehele of gedeeltelijke vereffening van de portefeuille. Enkel wanneer nog niet gebleken is van een negatief eigen vermogen van de verzekeraar kan de noodregeling zich ook uitstrekken tot de vereffening van het vermogen (artikel 156lid3WTV1993)."

Hieruit leid ik af dat, gelet op het negatieve vermogen van X bij het inroepen van de noodregeling, tijdens de noodregeling geen (formele) vereffening van het vermogen van X kon plaatsvinden.

In verband hiermee kan ik geen aanleiding vinden uw verzoek in te willigen. Inwilliging van uw verzoek zou namelijk betekenen dat voor de in het besluit DB92/3729 bedoelde acht-jaarstermijn zou meetellen een periode waarin geen (formele) vereffening van het vermogen van de deelneming kan plaatsvinden.

Tenslotte merk ik nog het volgende op.

Het belang van inwilliging van het verzoek is niet (primair) of het liquidatieverlies in aftrek kan komen (bij inwilliging van het verzoek wordt het liquidatieverlies in 2001 in aanmerking genomen, bij afwijzing van het verzoek wordt het liquidatieverlies op grond van het besluit DB92/3729 in 2003 in aanmerking genomen), maar of het liquidatieverlies kan worden verrekend met (positieve) belastbare winst van (verzoekster; N.o.) uit 1999. Gelet op de drie-jaarstermijn voor carry-back is verrekening van het liquidatieverlies met belastbare winst uit 1999 alleen mogelijk na inwilliging van het verzoek. Ook in verband hiermee kan

ik geen aanleiding vinden in de door u voorgelegde situatie een verdergaande goedkeurende regeling te treffen dan reeds is opgenomen in besluit DB92/3729..."

B. Standpunt verzoekster

Voor het standpunt van verzoekster wordt verwezen naar de klachtsamenvatting onder Klacht alsmede naar de brieven van 23 december 2003 en 8 juli 2004, opgenomen bij A. Feiten, onder 7. en 9. In haar verzoekschrift van 30 mei 2005 merkte verzoekster nog het volgende op:

"...I. Situatie is materieel gelijk te stellen met liquidatie

(...)

De Verzekeringskamer was kennelijk van oordeel dat het in het belang van de polishouders was niet direct het faillissement aan te vragen. Dat X failliet zou worden verklaard stond in 1993 echter logischerwijze vast. Op 15 december 1993 wordt de noodregeling uitgesproken. Op dat moment is elke mogelijkheid voor belanghebbende om ooit nog iets uit een eventuele boedel te kunnen ontvangen feitelijk tenietgegaan, omdat er nooit een boedel kan zijn. Het geld is immers op en er is juist een aanzienlijk tekort; anders zou niet op de polissen behoeven te worden gekort. Bovendien kunnen in casu, blijkens art. 171 lid 3 WTV (Wet toezicht levensverzekeringsbedrijf 1993; N.o.), uitsluitend ex-polishouders en ex-werknemers op basis van voorkeursrechten verhaal halen op de eventueel resterende boedel van X. Er is echter geen eventueel resterende boedel: de polissen, na te zijn gekort, en daarbij behorende activa zijn aan T./L. overgedragen. Dit betreft het overgrote deel van het vermogen. De (weinige) overgebleven activa zijn aan de door de Verzekeringskamer opgerichte Stichting X overgedragen. Deze stichting heeft ten doel het incasseren van vorderingen op dubieuze debiteuren en het indienen van aansprakelijkheidsclaims ten behoeve van met name ex-polishouders.

Tengevolge van het ingrijpen van de Verzekeringskamer door uitvoering van de noodregeling is van X niets anders dan een "lege huls" gemaakt. Het bedrijf is afgewikkeld en haar vermogen is feitelijk vereffend. Het doel van de noodregeling was hiermee verwezenlijkt, en daarmee eindigde de noodregeling. Dit leidde automatisch (art. 169 WTV) tot de faillissementsaanvraag en faillietverklaring op 11 december 1995. De enige partij die nog een belang heeft bij het voortbestaan van X, met name in verband met schadeclaims, is de Stichting X. De aandeelhouders staan sinds 1993 sowieso geheel buitenspel.

Belanghebbende stelt zich dan ook op het standpunt dat in de gegeven omstandigheden, tengevolge van het intrekken van de vergunning en het instellen van de noodregeling bij X, sprake is van een situatie die materieel en feitelijk met ontbinding (liquidatie en vereffening) is gelijk te stellen. Dit omdat op het moment van het instellen van de

noodregeling vaststond dat X zou worden geliquideerd, belanghebbende blijvend buitenspel zou worden gezet, en nimmer een liquidatie uitkering zou worden ontvangen.

Uit de wetsgeschiedenis/parlementaire behandeling citeer ik het volgende (...).

"Het kan zich inderdaad voordoen dat met een vereffening vele jaren gemoeid zijn. In gevallen waarin de lange duur van de vereffening te wijten is aan omstandigheden als zijn bedoeld in het (oorspronkelijke) voorlopig verslag (blz. 14, rechterkolom, laatste alinea) zijn de ondergetekenden, evenals hun toenmalige ambtsvoorgangers (memorie van antwoord, blz. 24, linkerkolom, derde alinea), bereid voor situaties welke materieel met liquidatie zijn gelijk te stellen, de hardheidsclausule toe te passen. Indien bij nationalisatie van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij een situatie ontstaat waarin moet worden aangenomen dat de moedermaatschappij alle zeggenschap verliest zijn de ondergetekenden evenzeer bereid deze situatie met liquidatie gelijk te stellen."

Voorts,

"Overigens zij herinnerd aan de toezegging dat in gevallen waarin derden een zodanige macht over een dochter-n.v. hebben dat zij een formele liquidatie kunnen tegenhouden, maar waarin een situatie is ontstaan die materieel met liquidatie kan worden gelijkgesteld, de hardheidsclausule zal worden toegepast."

In het hiervoor genoemde (oorspronkelijke) voorlopig verslag staat (zie bijlage 3 bij het bezwaarschrift):

"De eis van liquidatie van de dochter betekent immers, dat in veel gevallen zeer lang gewacht zal moeten worden, voordat een reëel verlies door de houdstermaatschappij afgetrokken kan worden. Hierbij dient o.a. bedacht te worden, dat in veel gevallen derden een zodanige macht over de dochter kunnen hebben, dat zij liquidatie kunnen beletten om redenen die hen moveren. Deze redenen veranderen echter niets aan het feit, dat het ten dezen gaat om een reëel verlies, geleden door de maatschappij die een minderheidspakket bezit ofwel een meerderheidspakket, dat geen macht tot liquidatie verleent. (...) Men denke aan een dochter-n.v., die in een bepaald land werkzaam was en welke werkzaamheden door politieke omstandigheden in dat land stilgelegd zijn. Men zou de dochter-n.v. kunnen liquideren, doch men doet dat niet, omdat daarmee de rechtspersoon, die nog allerlei rechten in dat land heeft, zou verdwijnen."

Ook verwijs ik naar de Mededeling van de Staatssecretaris van Financiën DB92/3729 zoals eveneens opgenomen in het bezwaarschrift.

"Indien het nog niet voltooid zijn van de vereffening is te wijten aan belanghebbende, of indien overigens bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven, zulks ter beoordeling van de Belastingdienst, dient het verzoek te worden gedaan aan het Ministerie. Daar zal van geval tot geval worden bezien of er aanleiding is tot toepassing

van art. 63 AWR."

Tenslotte verwijs ik naar de brief van het MvF waarin het verzoek om toepassing van de hardheidsclausule wordt afgewezen.

"Uitgangspunt van de resolutie B71/12651 is dat het lichaam waarin wordt deelgenomen niet formeel is ontbonden of kan worden ontbonden, maar waarbij een toestand is ontstaan die materieel met een liquidatie is gelijk te stellen".

De hoofdregel die volgt uit de parlementaire behandeling en gepubliceerd beleid, is dat een toestand is ontstaan die materieel met een liquidatie is gelijk te stellen.

Het MvF stelt zich echter op het standpunt dat - na beëindiging van de noodregeling - sprake is van een gewone liquidatieprocedure, en dat er dan ook geen redenen zijn om belanghebbende anders te behandelen dan in 'normale' gevallen van liquidatie.

Vanwege het feit dat het gaat om een verzekeraar, waarbij speciale wettelijke regelingen gelden, is echter geen enkele sprake van een gewone liquidatieprocedure. Voor wat belanghebbende betreft is namelijk vóór aanvang van de gewone liquidatieprocedure reeds een toestand ontstaan die materieel met een liquidatie/vereffening is gelijk te stellen. Belanghebbende meent dan ook dat (tenminste) sprake is van bijzondere omstandigheden zoals genoemd in de hiervoor geciteerde Mededeling van de Staatssecretaris van Financiën.

Het bijzondere zit hierin dat, in tegenstelling tot een normale liquidatieprocedure, door de overheid/Verzekeringskamer in 1993 een wettelijk traject is ingeslagen waarvan de uitkomst op dat moment, gelet op de financiële situatie bij X, voor belanghebbende onontkoombaar en zonder keuzemogelijkheid op voorhand vaststond. De onderneming van X is afgewikkeld en uitsluitend ex-polishouders en ex-werknemers kunnen verhaal halen op de aan Stichting X overgedragen boedel. Belanghebbende is uitgesloten. Voor belanghebbende is het van geen enkele betekenis dat de Verzekeringskamer het faillissement later 'uitbestedt' aan een normale faillissementscurator, waardoor ineens sprake zou zijn van een "gewone liquidatieprocedure". Belanghebbende is, gegeven het feit dat de noodregeling is ingesteld om de rechten van polishouders te korten omdat er niet genoeg dekking was, in 1993 blijvend buitenspel gezet.

Uit de fiscale jurisprudentie blijkt dat ook van vereffening sprake is, en het liquidatieverlies genomen mag worden, als een dochtermaatschappij haar onderneming bij wijze van liquidatie uitkering aan de aandeelhouder ter beschikking stelt, of als de dochtermaatschappij haar onderneming verkoopt en de koopsom aan de moeder ten titel van liquidatie uitkering doet toekomen (zie bijvoorbeeld Hoge Raad 3 november 1993, BNB 1993/11 (bedoeld is: 1994/11; N.o.)). Dit zonder dat op dat moment de omvang van het verlies vaststaat. In casu is (materieel) de gehele onderneming van X, ter afwikkeling,

door de Verzekeringskamer voor nihil overgedragen aan een andere verzekeraar. De resterende boedel is voor nihil aan de Stichting X overgedragen. X is conform de op voorhand vaststaande wettelijke afwikkeling tot een lege huls gemaakt. De omvang van het verlies voor belanghebbende stond dan ook in 1993 vast.

(...)

Uit de motivering van de afwijzing van het verzoekschrift door het MvF blijkt dat miskend wordt dat belanghebbende in het verzoekschrift een beroep doet op de hoofdregel. Naar het oordeel van belanghebbende legt het MvF in haar afwijzing de nadruk op de in de parlementaire behandeling en het gepubliceerd beleid genoemde voorbeelden (nationalisatie en politieke omstandigheden).

Nergens, en met name niet uit de wetsgeschiedenis, blijkt dat "politieke omstandigheden" of "nationalisatie" de enige situaties zijn waarbij een beroep op de hardheidsclausule mogelijk is. Integendeel, de hoofdregel is dat de hardheidsclausule zal worden toegepast voor situaties welke materieel gelijk te stellen zijn aan liquidatie, en de situatie van bijvoorbeeld nationalisatie kan "evenzeer" met liquidatie worden gelijkgesteld. Uit de resolutie B71/12 651 blijkt dat ook. Eerst komt de hoofdregel, daarna komt een voorbeeld.

(...)

II. Acht-jaarstermijn

(...)

Zoals blijkt heeft het MvF op 22 september 2004 het verzoek de acht-jaarstermijn in 1993 te laten ingaan afgewezen. Deze afwijzing is gemotiveerd op basis van één alinea in de studie "de noodregeling":

"Uit de in uw brief vermelde studie "De noodregeling" van mr. P.M. Tulfer citeer ik de volgende passage (zie Hoofdstuk 2 "Doel van de noodregeling", blz 7). "De noodregeling is een afwikkelingsprocedure. Sanering van de portefeuille of van de onderneming wordt niet beoogd. Het te bereiken doel is hetzij een overdracht van het geheel of een gedeelte van de portefeuille, hetzij de gehele of gedeeltelijke vereffening van de portefeuille. Enkel wanneer nog niet gebleken is van een negatief eigen vermogen van de verzekeraar kan de noodregeling zich ook uitstrekken tot de vereffening van het vermogen (artikel 156 lid 3 WTV 1993)."

Hieruit leid ik af dat, gelet op het negatieve vermogen van X bij het invoeren van de noodregeling, tijdens de noodregeling geen (formele) vereffening van het vermogen van X kon plaatsvinden."

Het MvF stelt zich derhalve uiterst formeel op. Het aangehaalde citaat strookt immers in het geheel niet met de strekking van de noodregeling zoals die mede blijkt uit de studie.

Het MvF redeneert kennelijk aldus dat, als sprake was geweest van een positief vermogen bij X, of van een dermate negatief vermogen dat de noodregeling geen zin zou hebben, belanghebbende wel een beroep op de acht-jaarstermijn had kunnen doen. Alleen omdat de Verzekeringkamer met behulp van bijzondere bevoegdheden heeft geprobeerd te redden wat er te redden viel, waardoor het noodzakelijk was een onafwendbaar wettelijk verplicht faillissement op te schorten, *was formeel* geen sprake van een faillissement. Op pagina 11 van de studie "De noodregeling", eerste regel, staat dat "(...) *de noodregeling een liquidatieprocedure is die specifiek op verzekeraars is toegesneden (...)*". Onder de noodregeling wordt gestreefd naar een definitieve beëindiging van het bedrijf, hetgeen zelfs een stap verder gaat dan bij een "normaal" faillissement, waar een eventuele doorstart nog mogelijk is.

Bovendien wordt door het MvF miskend dat tengevolge van de noodregeling met bijzondere machtiging, de facto het vermogen van X is vereffend. Het gehele vermogen is met name ten gunste van polishouders uit X gehaald, en de "resterende boedel" kan uit niets anders bestaan dan wettelijke voorkeursrechten en eventuele schadeloosstellingen uit hoofde van claims. Bij voorbaat staat vast dat eventuele voorkeursrechten en claims uitsluitend aan anderen dan de aandeelhouders (de Stichting X) ten goede zullen komen. Deze claims bestaan niet uit restantvorderingen o.i.d. op X, die mogelijk een invloed op een eventuele boedel zouden kunnen hebben, maar zijn uitsluitend vorderingen op basis van bijvoorbeeld onrechtmatige daad (van de Verzekeringkamer, de accountant etc.).

Namens de instantie die bij uitstek kan weten wat de strekking is van de noodregeling, de Verzekeringkamer, is het volgende gesteld:

"Hoewel X tijdens de noodregeling (nog) niet failliet is, is depositie van X alsdan te vergelijken met een failliet, die op grond van art. 23 FW de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen verliest en is depositie van de Verzekeringkamer te vergelijken met die van een faillissementscurator, die belast is met het beheer van de vereffening van de failliete boedel en de vermogensrechten van de gefailleerde uitoefent (art. 68 FW).

Waarbij overigens opgemerkt zij dat de bevoegdheden van de Verzekeringkamer nog ruimer zijn dan die van de curator."

In het hierboven door het MvF geciteerde hoofdstuk 2, laatste (vijfde) alinea, staat:

"Na realisatie van de portefeuille overdracht is het beoogde vervolg een overgang in een faillissement (artikel 169 WTV 1993)"

De bewindvoerders zijn bij wet verplicht het faillissement aan te vragen. De overgang naar het faillissement gaat dan ook vrijwel geruisloos. Zowel in de Faillissementswet ("FW"), als in het Wetboek van Strafrecht (WvS), wordt een rechtsreeks verband tussen faillissement en noodregeling aangelegd. (...) In de FW wordt bijvoorbeeld voor wat betreft elementaire zaken als termijnen, boedelschulden, handelingen van bewindvoerders, aansprakelijkheid van bestuurders e.d. direct aangesloten bij de noodregeling, en een aantal bepalingen in het WvS dat ziet op faillissementssituaties is op de noodregeling van overeenkomstige toepassing verklaard. Hieruit blijkt dat de noodregeling een faillissements/liquidatieprocedure is, zij het (tijdelijk) in een andere juridische vorm dan een normaal faillissement. De noodregeling is niet meer dan een formele tussenstap met een gespecialiseerde "interim-curator". De instelling van de noodregeling dient derhalve op een lijn te worden gesteld met een besluit tot liquidatie/een faillissementsaanvraag, zeker nu het lot van X, gelet op de hopeloze financiële positie, ten tijde van het instellen van de noodregeling in 1993 bezegeld was.

Voorts wordt het ten principale onjuist geacht dat het invoeren van de noodregeling volgens de argumentatie van het MvF in het ene geval wel, namelijk bij een positief vermogen, en in het andere geval niet, namelijk bij een negatief vermogen, gelijk kan worden gesteld aan een liquidatie/faillissement. In beide gevallen gaat het bij het invoeren van de noodregeling om één einddoel: de algehele afwikkeling van het bedrijf, oftewel liquidatie. Wie welke taak uitvoert op welk moment, of welke formele of juridische benaming hieraan wordt gegeven is voor belanghebbende verder niet relevant. Bij een positief vermogen zal de vereffening weinig problemen geven, zodat de Verzekeringkamer dat zelf kan afdoen.

Bij een negatief vermogen dient rekening te worden gehouden met jarenlange procedures uit hoofde van bijvoorbeeld schadeclaims. Het is begrijpelijk dat de wetgever de formele afwikkeling hiervan aan een normale faillissementscurator en niet aan de Verzekeringkamer heeft uitbesteed.

Er zou derhalve naar de materiële werkelijkheid moeten worden gekeken, en niet naar formele werkelijkheid. De materiële werkelijkheid is dat in 1993, toen de noodregeling werd ingesteld, een besluit tot liquidatie is genomen. Feitelijk is toen X in staat van faillissement geraakt. Niet voor niets wordt voor wat betreft termijnen, handelingen van bewindvoerders etc. in de FW en het WvS aangesloten bij de noodregeling. Daarbij stond van tevoren vast dat na de vereffening door de Verzekeringkamer aan de faillissementscurator niets anders dan een lege huls in handen zou worden gegeven.

Als naar de grote lijn wordt gekeken is simpelweg sprake van een faillissement van een verzekeraar waarvan het liquidatietraject in 1993 is begonnen, en niet in 1995. Het zou daarbij geen verschil mogen maken of je van een publiekrechtelijk orgaan die haar wettelijke taken uitoefent te horen krijgt: "ik ga je failliet verklaren" of "ik ga je failliet verklaren maar eerst voer ik in het belang van polishouders de noodregeling uit". Dat is

jegens belanghebbende een onredelijk en te formeel onderscheid.

Op basis van het vorenstaande wordt geconcludeerd dat het onbillijk is dat het instellen van de noodregeling bij X niet op gelijke wijze wordt behandeld als een besluit tot liquidatie of de aanvraag van een "normaal" faillissement. Er wordt geen acht geslagen op de doorwerking in de FW en het WvS. Het instellen van de noodregeling gaat daarbij zelfs verder dan een regulier faillissement, omdat zij volgens de wet is gericht op algehele discontinuïteit.

Namens belanghebbende verzoek ik u dan ook de klacht, dat het MvF de acht-jaarstermijn zoals bedoeld in het Besluit van 31 juli 1992, nr. DB92/3729 eerst in laat gaan in 1995, zijnde het jaar waarin formeel het faillissement is aangevraagd, in plaats van in 1993, zijnde het jaar waarin de noodregeling is ingeroepen, te honoreren..."

C. Standpunt minister van Financiën

De staatssecretaris van Financiën reageerde op de klacht in een brief van 11 augustus 2005 met het volgende:

"...De klacht van (verzoekster; N.o.) geeft mij geen aanleiding toe te staan dat het liquidatieverlies in 2001 dan wel in een eerder jaar (1999) in aftrek kan komen. Het niet toestaan van de aftrek in vorenbedoelde jaren heeft niet tot gevolg dat aftrek van het liquidatieverlies niet mogelijk is: op grond van het (met toepassing van de hardheidsclausule getroffen) besluit van 31 juli 1992, nr. DB92/3729 kan aftrek in 2003 plaatsvinden. De inspecteur heeft reeds goedgekeurd dat op grond van dit besluit het liquidatieverlies in 2003 in aftrek kan komen. Omdat geen sprake is van een onbillijkheid van overwegende aard, zie ik geen aanleiding het goedkeurende beleid nog verder te verruimen en aftrek in 2001 mogelijk te maken.

In deze brief zal ik allereerst ingaan op de liquidatieverliesregeling in artikel 13d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) en de met toepassing van de hardheidsclausule gepubliceerde beleidsbesluiten (onderdeel A).

Vervolgens zal ik ingaan op de door verzoekster genoemde argumenten (onderdeel B).

Daarna zal ik ingaan op de door u in uw brief gestelde vragen 1 t/m 4 (onderdeel C).

Tenslotte rond ik af met mijn conclusie (onderdeel D).

A.

A.1. Liquidatieverliesregeling in artikel 13d Wet Vpb

Op grond van artikel 13, eerste lid, Wet Vpb blijven bij het bepalen van de winst buiten aanmerking voordelen uit hoofde van een deelneming (deelnemingsvrijstelling). Dit

betekent dat waardestijgingen en ook waardedalingen van een aandelenpakket, dat als deelneming kan worden aangemerkt, de winst niet beïnvloeden.

In afwijking van de hoofdregel van artikel 13, eerste lid, Wet Vpb is voor liquidatieverliezen in artikel 13d Wet Vpb een bijzondere regeling getroffen. Artikel 13d, eerste lid, Wet Vpb bepaalt dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt ten aanzien van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat het lichaam waarin de belastingplichtige een deelneming heeft is ontbonden (liquidatieverlies). (De wetgever heeft uit praktische overwegingen ervoor gekozen bij de omvang van het liquidatieverlies niet aan te sluiten bij de bij de dochter/deelneming nog te verrekenen verliezen.)

De ratio van liquidatieverliesregeling is dat door de liquidatie van de dochter/ deelneming de mogelijkheid van verliescompensatie bij de dochtervennootschap voorgoed verloren gaat, terwijl bij de aandeelhouder van het lichaam dit verlies door de deelnemingsvrijstelling evenmin in aanmerking zou worden genomen.

Het achtste lid van artikel 13d Wet Vpb (tekst tot 1 januari 2003) bepaalt op welk tijdstip het liquidatieverlies mag worden genomen: "Het liquidatieverlies wordt eerst op het tijdstip waarop de vereffening is voltooid in aanmerking genomen". (Er dient hierbij nog aan een drietal voorwaarden te zijn voldaan, maar deze zijn in dit kader niet van belang.)

De wetgever kiest welbewust voor een formeel criterium.

De keuze voor dit tijdstip wordt in de parlementaire behandeling nog nader gemotiveerd:

- a. door de liquidatie van de dochter/deelneming heeft de fiscus de zekerheid dat de mogelijkheid van verliescompensatie voorgoed verloren is gegaan;
- b. in een eerder jaar dan waarin de vereffening van de dochter/deelneming plaatsvindt kan het liquidatieverlies nog niet worden berekend, omdat dit mede afhankelijk is van de liquidatie-uitkeringen .

Tijdens de parlementaire behandeling toegezegd om in situaties welke materieel gelijk staan met een (formele) liquidatie de hardheidsclausule toe te passen. (De toezegging is tweemaal gedaan: de eerste toezegging de hardheidsclausule toe te passen ziet op gevallen die materieel gelijk staan met een formele liquidatie, in de tweede toezegging wordt de bereidheid uitgesproken om evenals de ambtsvoorgangers (die de eerste toezegging deden) voor situaties welke materieel met liquidatie gelijk zijn te stellen, de hardheidsclausule toe te passen.)

Evenzeer is toegezegd om, indien bij nationalisatie van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij een situatie ontstaat waarin moet worden aangenomen dat de moedermaatschappij alle zeggenschap verliest, deze situatie met liquidatie gelijk te stellen. Daarbij is echter een voorbehoud gemaakt voor gevallen waarin van nationalisatie wordt

gesproken, en de investering toch nog vruchten blijft afwerpen.

A.2. Goedkeurende besluiten

Besluit 1 juli 1971, nr. B71/12651 (BNB 1971/168)

In dit besluit is in punt 6 "Verruiming van het begrip liquidatie van een deelneming voor de toepassing van artikel 13, vijfde lid" (Wet Vpb, tekst tot 18 april 1990) toegezegd om artikel 63 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (de zgn. hardheidsclausule) toe te passen in gevallen waarin het lichaam waarin wordt deelgenomen weliswaar niet formeel is ontbonden of kan worden ontbonden, maar waarbij een toestand is ingetreden die materieel met een liquidatie is gelijk te stellen.

Als voorbeelden zijn daarbij gegeven het geval waarin een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij haar werkzaamheden wegens politieke omstandigheden blijvend moet beëindigen, en de nationalisatie van een dochtermaatschappij, waarbij de moedermaatschappij alle zeggenschap in de dochtermaatschappij verliest.

Besluit van 31 juli 1992, nr. DB92/3729 (V-N 1992, blz. 2660, Infobulletin 92/518)

Dit besluit is een aanvulling op het besluit B71/12651. Gaat het in het besluit van 1 juli 1971 om gevallen waarin de deelneming niet formeel is ontbonden of kan worden ontbonden, in dit besluit gaat het om situaties waarin weliswaar een ontbinding plaatsvindt, maar de vereffening van het vermogen van de deelneming lang duurt.

In dit besluit wordt goedgekeurd dat, indien in het achtste jaar, volgende op het jaar waarin de deelneming in staat van faillissement is verklaard, ofwel volgende op het jaar waarin het besluit tot liquidatie van de deelneming is genomen, de vereffening buiten de wil van belastingplichtige nog niet is voltooid, het liquidatieverlies in dat achtste jaar kan worden genomen.

B. Argumenten verzoekster

I. Situatie is materieel gelijk te stellen met liquidatie

Verzoekster stelt zich op het standpunt dat ten gevolge van het intrekken van de vergunning van de Verzekeringskamer op 14 december 1993 en het inroepen door de rechter van de noodregeling op 15 december 1993 sprake is van een situatie die materieel en feitelijk met ontbinding (liquidatie en vereffening) is gelijk te stellen. Verzoekster meent dus eigenlijk dat reeds in 1993 sprake is van ontbinding én vereffening, en dat het liquidatieverlies kennelijk dus al in 1993 in aftrek had kunnen komen.

Verzoekster motiveert dit standpunt doordat op het moment van het instellen van de noodregeling vaststond dat X zou worden geliquideerd, belanghebbende blijvend

buitenspel zou worden gezet en door belanghebbende nimmer een liquidatie uitkering zou worden ontvangen. Verzoekster verwijst naar wetsgeschiedenis/parlementaire behandeling, waarin is toegezegd voor situaties welke materieel met liquidatie zijn gelijk te stellen, de hardheidsclausule toe te passen. Verzoekster verwijst tevens naar de toezegging dat de nationalisatie van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij, waarbij moet worden aangenomen dat de moedermaatschappij alle zeggenschap verliest, evenzeer met liquidatie wordt gelijkgesteld, en naar de goedkeuring die is verleend ingeval een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij haar werkzaamheden wegens politieke omstandigheden blijvend moet beëindigen.

Verzoekster meent hieruit af te kunnen leiden dat de door haar ingediende verzoeken om toepassing van de hardheidsclausule hadden moeten worden ingewilligd, met als gevolg dat het liquidatieverlies in 1999 (of een eerder jaar) in aftrek kan komen.

Die mening deel ik niet.

Met betrekking tot de vergelijking van haar situatie met nationalisatie of beëindiging werkzaamheden wegens politieke omstandigheden merk ik het volgende op.

Ik ben van mening dat haar situatie niet in voldoende mate gelijk is te stellen met de nationalisatie van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij dan wel met het blijvend moeten beëindigen van de werkzaamheden van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij wegens politieke omstandigheden.

Voor alle duidelijkheid merk ik op dat de omstandigheid dat de moedermaatschappij alle zeggenschap verliest - in het midden latend of hiervan in casu (blijvend) sprake is -, bij de gedane toezegging op zich geen zelfstandig criterium is, maar een voorwaarde is of bij een nationalisatie de hardheidsclausule wordt toegepast.

De reden om nationalisatie en beëindiging werkzaamheden wegens politieke omstandigheden voor de toepassing van de liquidatieverliesregeling te beschouwen als een liquidatie is, dat zonder deze goedkeuring aftrek van het geleden verlies in het geheel niet mogelijk zou zijn, omdat in deze situaties normaal gesproken de deelneming niet zal worden geliquideerd. In het geval van belanghebbende is hiervan echter geen sprake. Het honoreren van het verzoek van belanghebbende zou dus niet alleen in strijd zijn met de tekst van het besluit, maar ook met de ratio daarvan.

Met betrekking tot de mening van verzoekster dat in haar situatie sprake is van een situatie welke materieel met liquidatie is gelijk te stellen, en waarbij is toegezegd de hardheidsclausule toe te passen, merk ik het volgende op. Naar mijn mening miskent verzoekster hierbij dat de toezegging niet los kan worden gezien van de bewuste keuze van de wetgever, nl. dat bij een faillissement pas een liquidatieverlies mag worden genomen bij de (formele) vereffening van de dochtermaatschappij. De toezegging de

hardheidsclausule toe te passen op gevallen die gelijk zijn te stellen met een (formele) liquidatie heeft uiteraard niet de bedoeling het formele criterium van het voltooid zijn van vereffening volledig ter zijde te schuiven en te vervangen door het (materiele) criterium dat het liquidatieverlies kan worden genomen "op het tijdstip dat vaststaat dat de deelneming failliet is/zal worden verklaard en dat belastingplichtige geen liquidatie-uitkering (meer) zal ontvangen". Daarmee zou het formele wettelijke criterium van vereffening van de deelneming (een toetsing achteraf) worden vervangen door het materiële criterium "dat de deelneming is/zal worden geliquideerd en dat geen liquidatie-uitkering zal worden ontvangen" (een toetsing vooraf).

Duidelijk moge zijn dat zo'n materieel criterium haaks staat op de door de wetgever in artikel 13d Wet Vpb bewust gemaakte en gemotiveerde keuze. Bovendien zou zo'n materieel criterium aanleiding geven tot tal van discussies tussen belastingplichtigen en de fiscus. De vraag zou dan rijzen op welk tijdstip bij (dreigende) faillissementssituaties vaststaat "dat de deelneming is/zal worden geliquideerd en dat geen liquidatie-uitkering zal worden ontvangen"?

Naar mijn mening is pas sprake van een situatie die materieel met een liquidatie kan worden gelijkgesteld, ingeval een ontbinding plaatsvindt maar de vereffening van het vermogen van de deelneming erg lang duurt. In dat geval heb ik met toepassing van de hardheidsclausule goedgekeurd dat, indien in het achtste jaar volgende op het jaar waarin de deelneming in staat van faillissement is verklaard, ofwel het jaar waarin het besluit tot liquidatie van de deelneming is genomen, de vereffening buiten de wil van belastingplichtige nog niet is voltooid, het liquidatieverlies in dat achtste jaar kan worden genomen (zie voormeld besluit van 31 juli 1992, nr. DB92/3729). Hierbij heb ik ervoor gekozen bij de termijn van acht jaar aan te sluiten bij een eenduidig formeel criterium (faillissementsverklaring dan wel besluit tot liquidatie). Dit besluit is de invulling van de tijdens de parlementaire behandeling gedane toezegging. Het besluit heeft de bedoeling om tijdens een langlopende faillissementsprocedure, waarbij vele jaren onzeker is wanneer de vereffening uiteindelijk zal zijn voltooid, de uiteindelijke vereffening niet hoeft te worden afgewacht alvorens het liquidatieverlies in aftrek kan komen, maar in het achtste jaar volgende op het jaar van faillietverklaring dan wel besluit tot liquidatie, het liquidatieverlies in aftrek kan komen. Daarmee wordt de onzekerheid naar de toekomst toe weggenomen, dat het (ook na het achtste jaar) nog jaren kan gaan duren voordat de vereffening zal zijn voltooid.

Ook verzoekster kan, uitgaande van de mededeling van de curator dat de vereffening nog vele jaren zal duren, gebruik maken van deze tegemoetkomende regeling.

Hieruit moge blijken dat ook in belanghebbendes geval - zoals tijdens de parlementaire behandeling is toegezegd - de hardheidsclausule wordt toegepast op grond van besluit DB92/3729, en dat verzoekster het liquidatieverlies in 2003 in aftrek kan brengen.

Kennelijk vindt belanghebbende echter dat dit besluit niet ver genoeg gaat. Uit de parlementaire toezegging kan verzoekster naar mijn mening niet afleiden dat in haar situatie met toepassing van de hardheidsclausule door mij zal worden toegestaan dat het liquidatieverlies in 1993 in aftrek kan komen, dan wel in casu in 1999 (omdat is nagelaten het verlies in 1993 in aftrek te brengen).

Met betrekking tot de verwijzing van belanghebbende naar het arrest van de Hoge Raad van 3 november 1993, BNB 1993/11 (bedoeld zal zijn: BNB 1994/11), merk ik het volgende op.

Belanghebbende stelt dat uit jurisprudentie blijkt dat ook van vereffening sprake is als een dochtermaatschappij haar onderneming bij wijze van liquidatie-uitkering aan de aandeelhouder ter beschikking stelt of als de dochtermaatschappij haar onderneming verkoopt en de koopsom aan de moeder ten titel van liquidatie-uitkering doet toekomen. Belanghebbende meent hieruit te kunnen concluderen dat, gelet op de feiten en omstandigheden, het redelijk zou zijn dat belanghebbende geacht wordt (materieel) een liquidatie-uitkering van nihil te hebben ontvangen en dat jegens belanghebbende het instellen van de noodregeling kan worden beschouwd als liquidatie, ontbinding én vereffening.

Bij de jurisprudentie waarnaar belanghebbende verwijst betrof het een Amerikaanse dochtermaatschappij, waarvan door het hof is uitgemaakt dat de 'dissolution' naar Amerikaans recht van deze maatschappij gezien kan worden als een ontbinding, ondanks het feit dat de maatschappij onder omstandigheden kan herleven, namelijk om de vereffening voort te zetten. Het hof achtte dit laatste niet relevant, nu geen aanmerkelijke kans bestond dat dit laatste zich zou voordoen.

In dezelfde procedure heeft het hof geoordeeld dat ook sprake is van een voltooide vereffening als de dochtermaatschappij haar onderneming bij wijze van liquidatie-uitkering aan de aandeelhouder ter beschikking stelt, en eveneens als de dochter haar onderneming verkoopt aan een met de moeder gevoegde vennootschap en vervolgens de ontvangen koopsom aan de moeder doet toekomen ten titel van liquidatie-uitkering. In cassatie stond eigenlijk niet ter discussie of sprake is van een (formeel voltooide) vereffening door de liquidatie-uitkering aan de aandeelhouder, maar of die vereffening wel aanleiding zou kunnen zijn voor het nemen van een liquidatieverlies, nu de onderneming van de (geliquideerde) dochter binnen het concern werd voortgezet. (Vanaf 28 april 1990 is de liquidatieverliesregeling in de Wet Vpb (voorheen artikel 13, vijfde lid, Wet Vpb) gewijzigd; ingeval de onderneming van de deelneming binnen het concern wordt voortgezet, kan vanaf die datum het liquidatieverlies niet meer in aftrek komen.)

Naar mijn mening kan hieruit niet worden afgeleid dat, als op enig tijdstip vaststaat dat de aandeelhouder geen enkele liquidatie-uitkering zal ontvangen, er sprake is van vereffening in de zin van de wettekst. Het hof geeft slechts een oordeel of bij de dissolution naar

Amerikaans recht sprake is van ontbinding en voltooide vereffening in de zin van de liquidatieverliesregeling in de Wet Vpb.

Belanghebbende interpreteert het begrip vereffening primair materieel, vanuit de aandeelhouder gezien (of deze, gelet op de vermogenspositie van de dochter/deelneming, nog een liquidatie-uitkering zal (kunnen) ontvangen). Dat is naar mijn mening een onjuiste benadering: bepalend is primair de formele liquidatie (ontbinding en vereffening) van de dochter. Bovendien zou het volgen van belanghebbendes standpunt zoals al eerder is opgemerkt tot gevolg hebben dat een duidelijk formeel criterium wordt vervangen door een minder duidelijk materieel criterium, welk criterium bovendien tot de hierna omschreven ongelijkheid zou leiden. In belanghebbendes geval is wellicht (vooraf al) duidelijk dat hij, gelet op de vermogenspositie van de dochter, geen liquidatie-uitkering zal ontvangen. Ingeval echter (vooraf) de kans aanwezig is, gelet op de vermogenspositie van de dochter, dat de aandeelhouders eventueel een zeer beperkte liquidatie-uitkering bij de vereffening zouden kunnen ontvangen, zouden die aandeelhouders pas bij de vereffening het liquidatieverlies kunnen nemen, terwijl belanghebbende dat verlies bij inwilliging van haar verzoek al veel eerder zou hebben kunnen nemen. Zo'n verschil in behandeling zou niet te rechtvaardigen zijn, zeker niet ingeval het in aftrek te komen liquidatieverlies vele malen hoger is dan de (eventueel) te ontvangen liquidatie-uitkering. Dat zou betekenen dat, indien belanghebbendes verzoek zou worden ingewilligd, in alle gevallen waarin, gelet op de vermogenspositie van de dochter, op enig tijdstip vaststaat dat de dochter zal worden geliquideerd, het liquidatieverlies in aftrek kan komen, waarbij de aftrek moet worden gekort met de (naar schatting) nog door de aandeelhouders te ontvangen liquidatie-uitkering. Zo'n hardheidsclausulebeleid acht ik onjuist, niet wenselijk en is bovendien gelet op de wetsgeschiedenis niet te verdedigen.

Voor de volledigheid merk ik op dat verzoekster in de aangifte Vpb 1999 het liquidatieverlies in aftrek heeft gebracht. Deze aftrek is door de inspecteur niet geaccepteerd. Verzoekster is hiertegen wel in bezwaar gekomen, maar heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid van beroep om het geschilpunt aan de rechter voor te leggen.

II. Achtjaarstermiin

De achtjaarstermiin in het besluit van 31 juli 1992, nr. DB92/3729, sluit aan bij de faillissementsaanvraag dan wel het besluit tot liquidatie. Een vennootschap kan ook worden geliquideerd, zonder dat een (mogelijk) faillissement speelt. De inspecteur heeft belanghebbende meegedeeld dat toepassing van voormeld besluit betekent dat het liquidatieverlies op zijn vroegst in het boekjaar 2003 kan worden genomen, omdat de faillietverklaring pas in 1995 heeft plaatsgevonden. De vraag of in de voorgelegde situatie het intrekken van de vergunning en/of het invoeren van de noodregeling valt onder het begrip "besluit tot liquidatie" betreft de uitleg van de tekst van een besluit, welke uitleg primair is voorbehouden aan de inspecteur.

Het standpunt van verzoekster volgend zou betekenen dat belastingplichtige het liquidatieverlies naar haar mening in 2001 in aftrek kan brengen. Ervan uitgaande dat het liquidatieverlies bij het regelen van de aanslag Vpb 2001 niet is/wordt geaccepteerd, kan vorenomschreven vraag na afwijzing van het bezwaar door de inspecteur door belastingplichtige door het indienen van beroep aan de rechter worden voorgelegd.

De inspecteur heeft mij medegedeeld dat de aanslag Vpb 2001 is opgelegd op 23 april 2005, en dat daartegen (tijdig) op 1 juni 2005 bezwaar is ingediend.

Uitgaande van het standpunt van de inspecteur zie ik geen reden ter zake een goedkeuring te verlenen.

De Verzekeringskamer had eind 1993 twee mogelijkheden, nl. de dochter/deelneming direct failliet verklaren, dan wel de noodregeling invoeren (die zal leiden tot een latere faillietverklaring). Gelet op de vermogenspositie van de dochter/deelneming heeft de Verzekeringskamer gekozen voor het invoeren van de noodprocedure.

De noodprocedure wijkt wezenlijk af van de liquidatieprocedure (ontbinding en vereffening) van de deelneming.

De noodprocedure is er niet op gericht de dochter/deelneming te liquideren; er is slechts sprake van de liquidatie/overdracht van de verzekeringsportefeuille. Er is dus geen sprake van (een begin van) de door de wet geëiste formele liquidatie (ontbinding en voltooide vereffening) van de deelneming, maar slechts van de (materiële) vereffening van de verzekeringsonderneming van de deelneming, die op een later tijdstip zal worden gevolgd door een faillietverklaring.

Een andere reden het verzoek niet in te willigen is dat afwijzing van het verzoek er niet toe leidt dat het liquidatieverlies niet in aftrek kan komen, maar dat het liquidatieverlies niet in 2001 maar in 2003 in aftrek kan komen. In zoverre is slechts sprake van een beperkte verschuiving in de tijd. Naar mijn mening vormt dit geen onbillijkheid van overwegende aard. Er is in dit geval geen sprake van dat belastingplichtige in onzekerheid verkeert (naar de toekomst toe) dat het nog jaren kan duren voordat het verlies in aftrek kan komen. Zoals al eerder is opgemerkt was dit juist een belangrijk aspect bij het treffen van de regeling in besluit DB92/3729.

Dat door het hoge bedrag van het in aftrek te brengen liquidatieverlies voor belanghebbende een aanzienlijk belang speelt of de aftrek in 2001 of pas in 2003 kan plaatsvinden, kan op zich geen reden zijn het verzoek in te willigen.

Ik blijf daarom van mening dat er onvoldoende reden is de reeds met toepassing van de hardheidsclausule getroffen regeling verder uit te breiden.

In casu speelt ook een rol dat het in een eerder jaar in aftrek kunnen brengen van het liquidatieverlies relevant is met het oog op de (beperkte) carry-backtermijn van drie jaar die geldt bij de verrekening van verliezen met een eerder (winst)jaar.

Belastingplichtige heeft namelijk in 1999 een aanzienlijke winst behaald. In eerste instantie heeft belastingplichtige geprobeerd het liquidatieverlies in 1999 in aftrek te brengen; dit is echter door de inspecteur geweigerd. Het belang van inwilliging van het verzoek is dus niet (primair) of het liquidatieverlies in aftrek kan komen (bij inwilliging van het verzoek wordt het liquidatieverlies in 2001 in aanmerking genomen, bij afwijzing van het verzoek wordt het liquidatieverlies op grond van het besluit DB92/3729 in 2003 in aanmerking genomen), maar of het liquidatieverlies kan worden verrekend met (positieve) belastbare winst van (verzoekster; N.o.) uit 1999. Gelet op de drie-jaarstermijn voor carry-back is verrekening van het liquidatieverlies met belastbare winst uit 1999 alleen mogelijk na inwilliging van het verzoek. Ook in verband hiermee zie ik geen reden een verdergaande goedkeurende regeling te treffen dan reeds is opgenomen in besluit DB92/3729.

(...)

Verzoekster verwijst ook naar de Faillissementswet (FW) en het Wetboek van Strafrecht, waarin een rechtstreeks verband wordt gelegd tussen faillissement en noodregeling.

In artikel 169a WTV is bepaald dat de termijnen in de artikelen 43 en 45 FW worden berekend vanaf het tijdstip waarop de noodregeling is uitgesproken. De artikelen 43 en 45 FW voorkomen benadeling van schuldeisers door rechtshandelingen die binnen een jaar voor de faillietverklaring hebben plaatsgevonden.

Uit artikel 169a WTV blijkt duidelijk dat formeel gezien het uitspreken van de noodregeling niet hetzelfde is als een faillietverklaring.

Dat de wetgever niet heeft gewild dat gedurende de noodregeling (die dient ter bescherming van de polishouders) de rechtsbescherming van artikel 43 FW voor schuldeisers zou ontbreken, is niet meer dan logisch, omdat anders schuldeisers door de noodregeling benadeeld zouden kunnen worden.

C. De door u genoemde punten 1 t/m 4.

Hoewel de door u gestelde vragen reeds merendeels hierboven zijn beantwoord, zal ik hierna puntsgewijs ingaan op de door u gestelde vragen.

1. Zoals hiervoor reeds is aangegeven is naar de mening van de inspecteur geen sprake van een besluit tot liquidatie in 1993. Wel kan worden gesteld dat, gelet op de vermogenspositie van X, het intrekken van de vergunning en het invoeren van de noodregeling in 1993 ertoe zou leiden dat op een later tijdstip een faillissementsaanvraag zou volgen, dat op een later tijdstip de overdracht van het verzekeringsbedrijf aan een of

meerdere andere verzekeraar(s) zou plaatsvinden, en dat voor de aandeelhouders van X geen liquidatie-uitkering viel te verwachten.

2. De ratio van artikel 13d Wet Vpb is dat hiermee wordt voorkomen dat na liquidatie van de dochter de door haar geleden verliezen in het geheel niet verrekenbaar/ aftrekbaar zouden zijn (zowel niet bij de deelneming zelf als bij de aandeelhouder). Wat betreft het tijdstip waarop het verlies in aftrek kan komen heeft de wetgever gekozen voor de voltooide vereffening: door liquidatie van de dochter gaat de mogelijkheid van verliescompensatie definitief verloren. Daarom sluit de wettelijke regeling voor het tijdstip waarop het liquidatieverlies in aftrek komt aan bij vereffening van de dochter. Zolang de deelneming/dochter nog bestaat, zijn de verliezen van de dochter nog steeds verrekenbaar. Zodra de vereffening is voltooid, kan het liquidatieverlies in aftrek komen.

3. Verzoeksters klacht leidt niet tot een wijziging van mijn standpunt. De wetgever heeft in artikel 13d Wet Vpb een bewuste keuze gemaakt door aan te sluiten bij de liquidatie (ontbinding én voltooide vereffening) van de dochter, mede vanwege de daaraan verbonden rechtsgevolgen. Dit is een eenduidig formeel criterium, waarbij de toetsing plaatsvindt aan de hand van reeds plaatsgevonden hebbende gebeurtenissen.

Het honoreren van verzoek I zou ertoe leiden dat dit bewust gekozen formele criterium wordt losgelaten en wordt vervangen door een materieel criterium, waarbij niet achteraf, maar vooraf bepalend wordt of bepaalde gebeurtenissen zich op enig tijdstip in de toekomst zullen gaan voordoen.

Het honoreren van verzoek II heeft niet tot gevolg dat het liquidatieverlies anders niet in aftrek zou komen, maar slechts dat het verlies twee jaar eerder in aftrek kan komen. Het belang van het verzoek is dus niet gelegen in het in aftrek kunnen brengen van het liquidatieverlies, maar in het twee jaar eerder in aftrek willen brengen van het liquidatieverlies, kennelijk in verband met de mogelijkheid van carry-back naar een winstjaar. Naar mijn mening vormt dit geen onbillijkheid van overwegende aard.

4. (...)

D. Conclusie

De klacht van (verzoekster; N.o.) geeft mij geen aanleiding toe te staan dat het liquidatieverlies in 2001 dan wel in een eerder jaar (1999) in aftrek kan komen. Het niet toestaan van de aftrek in vorenbedoelde jaren heeft niet tot gevolg dat aftrek van het liquidatieverlies niet mogelijk is: op grond van het (met toepassing van de hardheidsclausule getroffen) besluit van 31 juli 1992, nr. DB92/3729 kan aftrek in 2003 plaatsvinden.

Onder deze omstandigheden zie ik geen aanleiding het goedkeurende beleid verder te verruimen..."

D. Reactie verzoekster

Naar aanleiding van de reactie van de staatssecretaris van Financiën liet verzoekster in een brief van 28 december 2005 het volgende weten:

“...Voorts blijkt uit niets dat de SvF bij zijn overwegingen laat meewegen dat het hier om een bijzonder geval gaat namelijk de liquidatie van een (levens)verzekeringsmaatschappij. Voor een (levens)verzekeringsmaatschappij geldt, anders dan voor vennootschappen die niet het verzekeringsbedrijf uitoefenen, bijzondere wet- en regelgeving met betrekking tot bijvoorbeeld het mogen en/of kunnen uitoefenen van het verzekeringsbedrijf, haar bestaansrecht, de afwikkeling, het faillissement etc. De overheid (de toenmalige Verzekeringkamer, die mede onder de verantwoordelijkheid van het Ministerie van Financiën viel) speelt een belangrijke rol bij het toezicht op verzekeringsmaatschappijen en de naleving van de regels. Door de grote hoeveelheid regels staat, afhankelijk van de omstandigheden, min of meer vast op welke wijze bepaalde trajecten volgens de wet (zullen) verlopen. Zo heeft bijvoorbeeld het intrekken van de vergunning volgens de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (hierna: WTV) tot gevolg dat het bedrijf moet worden afgewikkeld. Het laat zich vrij gemakkelijk raden dat de intrekking van de vergunning destijds voor X het onontkoombare einde betekende, gelet op de hopeloze financiële situatie. Daarbij was het zelfs nodig om de noodregeling in te roepen ter bescherming van de gedupeerde polishouders.

(...)

De ratio van de liquidatieverliesregeling

Op (...) stelt de SvF dat de wetgever welbewust voor een formeel criterium heeft gekozen voor het in aanmerking nemen van het liquidatieverlies: het tijdstip waarop de vereffening is voltooid. Deze keuze wordt in de parlementaire behandeling gemotiveerd doordat de fiscus hiermee zekerheid heeft dat de mogelijkheid van verliescompensatie bij de dochter/deelneming voorgoed verloren is gegaan. (...) Dit is correct.

Hetgeen de SvF (...) stelt, namelijk dat het tijdstip van vereffening is gekozen omdat ander het liquidatieverlies nog niet kan worden berekend, wordt nergens als criterium genoemd. Zoals blijkt uit de parlementaire behandeling heeft de keuze daar niets mee te maken. Het gaat alleen om een praktische berekeningswijze. Ter toelichting het volgende.

In de parlementaire behandeling van artikel 13, lid 5 Wet vpd (de oude maar nog steeds volledig geldende regeling staat).

“Alvorens de vraag van vele leden te beantwoorden, waarom een verlies op een deelneming pas in aanmerking kan worden genomen in het jaar waarin de vereffening is voltooid, zouden de ondergetekenden er aan willen herinneren, dat het beginsel van de voorgestelde deelnemingsvrijstelling is dat winsten en verliezen behaald op een

deelneming, de winsten van moedermaatschappij niet mogen beïnvloeden. Slechts voor een uitzonderingssituatie, nl. liquidatie van de dochtermaatschappij, kent het voorstel, als een tegemoetkoming omdat bij de dochtermaatschappij het liquidatieverlies niet meer kan worden verrekend, een verliesregeling bij de moedermaatschappij. Het komt de ondergetekende rationeel voor om eerst dan bij de moedermaatschappij een verlies in aanmerking te nemen indien de fiscus de zekerheid heeft dat de verliescompensatie bij de dochtermaatschappij voorgoed verloren is gegaan.

Deze zekerheid is er nog niet in het jaar waarin het besluit tot ontbinding is genomen.

Hier komt nog bij het praktische bezwaar dat in dit jaar het verlies bij de moedermaatschappij nog niet kan worden berekend nu dit mede afhankelijk is van de liquidatie-uitkeringen.

Geen verliesoverheveling

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 onverrekend 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."

MvT, blz. 20, Wet van 7 oktober 1969, Stb.445

Deze argumentatie geldt nog onverkort. In de parlementaire behandeling met betrekking tot artikel 13 d Wet vpd (de nieuwe regeling) is nog eens duidelijk het volgende gesteld.

"De regeling ter zake van liquidatieverliezen is bij de indiening van het ontwerp dat heeft geleid tot de Wet Vpb 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. In stede van dit onverrekend 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' (memorie van toelichting, wetsontwerp vennootschapsbelasting 1060, 6000, nr. 3, blz. 20).

Het gaat dus om het verloren gaan van de compensatiemogelijkheden bij de dochter. Dit is het dragende element van de huidige bijzondere voorziening van artikel 13, vijfde lid Wet Vpb."

MvT, Kamerstukken II 1989/90, 19968, nr. 3, blz. 4.

(...)

Uit de gehele totstandkoming van de wet blijkt dat hét criterium voor het nemen van een liquidatieverlies is dat sprake is van definitief onverrekenende verliezen. In de onderhavige casus is dat het geval. Daarbij is een praktisch moment gekozen voor het tijdstip dat liquidatieverlies in aanmerking mag worden genomen: de vereffening. Dit heeft evenwel tot gevolg dat de uitwerking tot onbillijkheden aanleiding kan geven. Zowel in de parlementaire behandeling, als in publicaties is aangegeven dat in voorkomende gevallen de hardheidsclausule zal worden toegepast. Dat zal in principe zijn voor situaties die materieel met een liquidatie kunnen worden gelijkgesteld.

(...) De (ratio van de) hardheidsclausule bij liquidatieverliezen

Een situatie die materieel met een liquidatie kan worden gelijkgesteld, is *in elk geval* een situatie waarbij (een bedrijf is beëindigd en) er sprake is van definitief onverrekenende verliezen. Mogelijk is ook niet aan andere voorwaarden voldaan, bijvoorbeeld de formele vereffening. Als niet vaststaat dat de verliezen definitief onverrekenbaar zijn, zou er minder aanleiding kunnen zijn een tegemoetkoming op basis van de hardheidsclausule te verlenen. Desondanks lijkt de wetgever ook wat dat betreft de nodige souplesse te betrachten, zoals bijvoorbeeld in het geval van nationalisatie en/of politieke omstandigheden, of als geen sprake is van een formeel voltooide vereffening (...). Verwezen wordt naar eerdere stukken die namens (verzoekster; N.o.) zijn ingediend.

(...)

Materiële vereffening

(In) de brief van de SvF wordt gesteld dat (verzoeksters; N.o.) vergelijking met Hoge Raad BNB 1994/11 niet helemaal opgaat omdat niet ter discussie stond dat sprake was van een (formeel voltooide) vereffening in de situatie dat de dochtermaatschappij haar onderneming bij wijze van liquidatie uitkering aan de aandeelhouder ter beschikking stelt, ondanks het feit dat de dochtermaatschappij kon "herleven" om de vereffening voort te zetten. Wellicht is het goed om het standpunt van (verzoekster; N.o.) te verduidelijken. In de Vakstudie Vennootschapsbelasting staat:

"Artikel 13d(*1). Liquidatieverliezen

Aantekening 7. Tijdstip in aanmerking nemen liquidatieverlies

(...)

7.2. Ontbinding en vereffening naar buitenlands recht

Beschouwing

Het zal voor buitenlandse dochtermaatschappijen niet altijd duidelijk zijn of de in art. 13d bedoelde liquidatie en vereffening heeft plaatsgevonden.

Zie voor een geval van liquidatie en vereffening van een Amerikaanse dochtermaatschappij - weliswaar onder de oude deelnemingsvrijstelling - BNB 1994/11, waarin het hof de 'dissolution' naar Amerikaans recht als een liquidatie aanmerkt, ondanks de mogelijkheid dat de vennootschap herleeft indien een verdere vereffening dat mogelijk maakt. Het hof doet dat, omdat er naar zijn oordeel geen sprake is van een aanmerkelijke kans op herleven.

In dezelfde procedure heeft het hof geoordeeld dat van vereffening ook sprake is als de dochtermaatschappij haar onderneming bij wijze van liquidatie-uitkering aan de aandeelhouder ter beschikking stelt. Vereffening was in casu ook aanwezig waar de dochter haar onderneming verkoopt aan een met de moeder gevoegde vennootschap en vervolgens de ontvangen koopsom aan de moeder doet toekomen ten titel van liquidatie-uitkering.

(...)"

Waar het (verzoekster; N.o.) om gaat is dat in BNB 1994/11 (niet meer ter discussie stond dat) sprake was van een (materieel) voltooide vereffening. Het Hof had geoordeeld, en de toenmalige SvF heeft dat kennelijk geaccepteerd, dat sprake is van een (materieel) voltooide vereffening, ook al kan de deelneming herleven. Voorts is sprake van een (materieel) voltooide vereffening als de deelneming haar onderneming verkoopt en de koopsom als liquidatie-uitkering aan de aandeelhouder ter beschikking stelt, of de onderneming als liquidatie-uitkering aan de aandeelhouder ter beschikking stelt. Dit ondanks dat de omvang/de waarde van de liquidatie-uitkering niet bekend was/kon zijn.

Een door de (toenmalige) SF geaccepteerde soort "materiële vereffening". Gelet hierop blijft (verzoekster; N.o.) van oordeel dat een vereffening verschillende vormen kan aannemen, en dat een materiële vereffening ook als vereffening heeft te gelden.

(...)

Beroepsmogelijkheid

(...)

Op 8 oktober 2003 heeft de inspecteur aangegeven dat een beroep op de hardheidsclausule dient te worden gericht aan het Ministerie van Financiën. In de uitspraak op bezwaar van 2 december 2003 wordt eveneens naar deze brief verwezen. (Verzoekster; N.o.) heeft simpelweg de aanwijzingen van de inspecteur opgevolgd.

(Verzoekster; N.o.) mag er op vertrouwen dat de aanwijzingen van de inspecteur correct waren. Mocht de SvF hier desondanks anders over denken, dan is er nog de onderstaande hofuitspraak, waarin wordt overwogen.

“Belanghebbende BV X, had in het boekjaar 1985/1986 een deelneming in een Belgische NV. Deze NV is in 1984 failliet verklaard. De formele vereffening was aan het einde van het boekjaar 1985/1986 nog niet voltooid. Belanghebbende wenst in het boekjaar 1985/1986 het liquidatieverlies te nemen, aangezien de materiële vereffening praktisch voltooid was.

Hof: Op grond van art. 13 vijfde lid. Wet Vpb 1969 kan belanghebbende geen verlies op de deelneming in de NV in aanmerking nemen. Het beroep van belanghebbende op de Resolutie van 1 juli 1971, nr. B71/12 651 (BNB 1971/168) is niet terecht aangezien in deze resolutie aan de inspecteurs geen voorschriften worden gegeven ten aanzien van de heffing. Het hof bevestigt de uitspraak waarvan beroep.”

Hof Arnhem 4 september 1990, nr. 2692/1989, infobulletin 90/611.

Aangezien de Resolutie van 1971 geen rechtstreekse werking heeft kan (verzoekster; N.o.) hier bezwaarlijk voor de rechter een beroep op doen. Het werd ook hierom niet zinvol geoordeeld het geschilpunt aan de rechter voor te hetgeen. Tenslotte staat in Resolutie DB92/3729 slot: *“Indien het nog niet voltooid zijn van de vereffening is te wijten aan belanghebbende, of indien overigens bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven, zulks ter beoordeling van de Belastingdienst, dient het verzoek te worden gedaan aan het Ministerie. Daar zal van geval tot geval worden bezien of er aanleiding tot toepassing van art. 63 AWR.”* De inspecteur had al aangegeven dat het beroep moest worden gericht aan het Ministerie van Financiën. Dat hier sprake is van bijzondere omstandigheden is verder evident...”

Achtergrond

1. Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (wet van 8 oktober 1969, Stb. 445)

Artikel 13d, eerste en achtste lid (zoals deze luiden in 1999)

“1. De deelnemingsvrijstelling vindt geen toepassing ten aanzien van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat het lichaam waarin de belastingplichtige deelneemt is ontbonden (liquidatieverlies).

(...)

8. Het liquidatieverlies wordt eerst op het tijdstip waarop de vereffening is voltooid in aanmerking genomen, mits:

a. geen recht geldt op enigerlei tegemoetkoming bij de belastingheffing ter zake van verliezen die bij het ontbonden lichaam onverrekend zijn gebleven, anders dan op de voet van dit artikel of artikel 13e, voor:

1°. de belastingplichtige, of een met hem verbonden lichaam;

2°. het lichaam dat of de persoon die de onderneming geheel of gedeeltelijk voortzet, of een met dat lichaam verbonden lichaam;

b. de onderneming van het ontbonden lichaam:

1°. geheel is gestaakt, dan wel

2°. geheel of gedeeltelijk is voortgezet uitsluitend door een ander dan de belastingplichtige of een met dat lichaam verbonden lichaam;

c. de omvang van het liquidatieverlies is gebleken en tevens blijkt dat is voldaan aan het bepaalde in de onderdelen a, 1°, en b.”

2. Besluit van 1 juli 1971 van de staatssecretaris van Financiën, nr. B.71/12651

“...6. Ingevolge artikel 13, vijfde lid, (...) van de wet (thans artikel 13d; N.o.) kan slechts formele liquidatie van een lichaam waarin wordt deelgenomen aanleiding geven tot het bij de winstbepaling van het deelnemende lichaam in aanmerking nemen van een verlies op de deelneming. In de praktijk kunnen zich evenwel gevallen voordoen waarin het lichaam waarin wordt deelgenomen weliswaar niet formeel is ontbonden of kan worden ontbonden, maar waarbij een toestand is ingetreden die materieel met liquidatie is gelijk te stellen. Te denken valt bijvoorbeeld aan een geval waarin een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij haar werkzaamheden wegens politieke omstandigheden blijvend moet beëindigen. Voorts kan worden gedacht aan een nationalisatie van een dochtermaatschappij waarbij de moedermaatschappij alle zeggenschap in de dochtermaatschappij verliest. Ik ben bereid in de hierbedoelde gevallen art. 63 AWR toe te passen...”

3. Besluit van 31 juli 1992 van de staatssecretaris van Financiën, nr. DB92/3729

“...In de resolutie van 1 juli 1971, nr. B71/12 651, heeft mijn ambtsvoorganger de bereidheid uitgesproken in een aantal gevallen art. 63 AWR toe te passen in verband met de toepassing van art. 13, vijfde lid, Wet Vpb. 1969 (tekst tot 18 april 1990). Hierbij ging het om gevallen waarin het lichaam waarin wordt deelgenomen weliswaar niet formeel is ontbonden of kan worden ontbonden, maar waarbij een toestand is ingetreden die materieel met liquidatie is gelijk te stellen.

In een aantal gevallen van een langlopend faillissement of een langlopende liquidatie van deelnemingen is mij verzocht art. 63 AWR op overeenkomstige wijze toe te passen. Naar aanleiding van deze verzoeken is het volgende beleid ontwikkeld, dat tevens toepassing kan vinden op art. 13d Wet Vpb. 1969, zoals dat luidt vanaf 28 april 1990.

Indien in het achtste jaar volgende op ofwel het jaar waarin de deelneming in staat van faillissement is verklaard, ofwel het jaar waarin het besluit tot liquidatie van de deelneming is genomen de vereffening, buiten de wil van belanghebbende, nog niet is voltooid, keur ik goed dat het liquidatieverlies ten laste van de winst van dat achtste jaar wordt gebracht, mits belanghebbende ten genoegen van de Belastingdienst verklaart, dat indien in enig jaar nog voordelen uit hoofde van de deelnemingen opkomen, deze voordelen bij het bepalen van de winst niet buiten aanmerking zullen blijven.

Indien het nog niet voltooid zijn van de vereffening is te wijten aan belanghebbende, of indien overigens bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven, zulks ter beoordeling van de Belastingdienst, dient het verzoek te worden voorgelegd aan het Ministerie. Daar zal per geval worden bezien of er aanleiding is tot toepassing van art. 63 AWR.”

4. **Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993** (wet van 9 maart 1994, Stb. 252)

Artikel 156, eerste, tweede en derde lid

“1. Wanneer het belang der gezamenlijke schuldeisers bij de afwikkeling van het bedrijf van een verzekeraar een bijzondere voorziening vordert, kan de rechtbank binnen welker rechtsgebied de verzekeraar zijn woonplaats heeft, op verzoek van de Pensioen- & Verzekeringskamer de noodregeling uitspreken.

(...)

2. Bij het uitspreken van de noodregeling benoemt de rechtbank een van haar leden of van de leden van een andere rechtbank tot rechter-commissaris en benoemt zij één of meer bewindvoerders. De Pensioen- & Verzekeringskamer kan voor de benoeming van de bewindvoerder of bewindvoerders voordrachten doen.

3. Bij het uitspreken van de noodregeling verleent de rechtbank op verzoek van de Pensioen- & Verzekeringskamer aan de bewindvoerders een machtiging die strekt tot:

a. overdracht van het geheel of van een gedeelte van de rechten en verplichtingen van de verzekeraar uit of krachtens overeenkomsten van verzekering;

b. vereffening van het geheel of van een gedeelte van de portefeuille van de verzekeraar;
of

c. zowel overdracht als bedoeld in onderdeel a als vereffening als bedoeld in onderdeel b. Zo lang nog niet blijkt dat de verzekeraar een negatief eigen vermogen heeft, strekken de machtigingen, bedoeld in onderdelen b en c, mede tot vereffening van het vermogen van de onderneming van de verzekeraar...”

Artikel 169

“1. De bewindvoerders dienen, de Pensioen- & Verzekeringskamer gehoord, een verzoek tot faillietverklaring in, indien blijkt dat de verzekeraar een negatief eigen vermogen heeft en het met de verleende machtiging te bereiken doel is verwezenlijkt of niet meer kan worden verwezenlijkt. De Pensioen- & Verzekeringskamer dient een verzoek tot faillietverklaring in indien geen machtiging werd verleend en geen redelijk vooruitzicht meer bestaat dat het met een machtiging te bereiken doel alsnog kan worden verwezenlijkt.

2. Bij de beoordeling van de omvang van het eigen vermogen van een verzekeraar met zetel buiten de Unie worden uitsluitend de activa en passiva in aanmerking genomen die moeten worden gerekend tot het vanuit zijn bijkantoren in Nederland uitgeoefende verzekeringsbedrijf.

3. De noodregeling en de machtiging houden van rechtswege op van kracht te zijn ingeval de verzekeraar in staat van faillissement wordt verklaard.”

5. Uitspraak van de Hoge Raad van 3 november 1993, nr. 28 167 BNB 1994/11

“...Artikel 13, lid 5, van de Wet kan, gezien zijn bewoordingen, toepassing vinden in alle gevallen waarin een dochtervennootschap is ontbonden en die ontbinding heeft geleid tot de vereffening van het vermogen van die vennootschap. De aanwezigheid of het ontbreken van verliezen bij de dochtervennootschap, en de mogelijkheid dat in het buitenland nog verliezen tot verrekening kunnen komen, zijn hierbij niet van betekenis. De werkgever heeft immers bewust een stelsel gekozen, waarin met dergelijke omstandigheden geen rekening wordt gehouden...”