



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De ondernemingswinstbelasting : een zoektocht naar een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting

Verver, S.J.

**Publication date**  
2008

[Link to publication](#)

#### **Citation for published version (APA):**

Verver, S. J. (2008). *De ondernemingswinstbelasting : een zoektocht naar een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting*. [, Universiteit van Amsterdam].

#### **General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

#### **Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## 4 *De problemen in het huidige stelsel van winstbelasting die verband houden met gemis aan rechtsvormneutraliteit*

### 4.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk zal onderzocht worden óf zich in het huidige systeem van winstbelasting, zoals wettelijk verankerd in de Wet IB 2001 en Wet VPB 1969, inderdaad verschillen voordoen die tot bepaalde problemen leiden, welke zijn te herleiden tot het ontbreken van rechtsvormneutraliteit.

Centrale vraag van dit hoofdstuk is of deze verschillen van een dusdanige omvang zijn dat er reden is de invoering van een rechtsvormneutrale winstbelasting te overwegen. Mocht blijken dat de huidige winstbelastingssystematiek niet of nauwelijks problemen kent als gevolg van een gemis aan rechtsvormneutraliteit, dan zal voor de invoering van een rechtsvormneutraal winstbelastingstelsel geen noodzaak bestaan. De omvangrijke en ingrijpende operatie van wetswijziging, die de invoering van een OWB-variant met zich brengt, kan dan achterwege blijven. Indien nodig kan worden volstaan met een paar (kleine) wetswijzigingen.

Mocht het onderzoek echter aantonen dat er wel degelijk problemen zijn die herleid kunnen worden tot het gemis aan rechtsvormneutraliteit, dan is daarmee mijns inziens de wenselijkheid voor de invoering van een rechtsvormneutrale winstbelasting gegeven.

De stelling die aan dit hoofdstuk ten grondslag ligt, is dat binnen het huidige Nederlandse heffingsstelsel voor ondernemingswinsten (nog steeds) geen (volledige) rechtsvormneutraliteit is bereikt. Een belangrijke oorzaak hiervoor vormt de aanwezigheid van meerdere belastingwetten die de heffing over ondernemingswinst regelen, ieder met eigen regels en tarieven. Welke wet van toepassing is, wordt bepaald door de rechtsvorm waarin de onderneming gedreven wordt. De Wet VPB 1969 concentreert zich op de ondernemingswinst gerealiseerd door lichamen, enkele uitzonderingen als bijvoorbeeld een open CV en de maatschap op aandelen (art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet VPB 1969 jo. art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR) daargelaten. Tot de heffingsgrondslag van box 1 van de Wet IB 2001 wordt echter de winst gerekend die wordt behaald door ondernemingen, die niet als 'lichaam' kwalificeren.

Nog een laatste opmerking met betrekking tot de reikwijdte van het onderhavige onderzoek en de omvang van het onderzoeksterrein. Het onderzoek concentreert zich op de rechtsvormneutraliteit, een onderwerp dat zich beperkt tot de belastingheffing van ondernemingswinsten. De belastingheffing van ondernemingswinsten is dientengevolge het onderzoeksterrein, doch de problemen die veroorzaakt worden door het ontbreken van rechtsvormneutraliteit zijn niet de enige onvolkomenheden die op dit onderzoeksterrein zijn te vinden. De voorzettingseis van drie jaren bij geruisloze overdracht in het kader van een bedrijfsopvolging (art. 3.63 Wet IB 2001) is bijvoorbeeld een probleem dat zich voordoet binnen het onderzoeksterrein van de ondernemingswinst maar dat geen verband houdt met het gemis aan rechtsvormneutraliteit. Het onderhavige onderzoek beperkt zich evenwel tot de problemen van rechtsvormneutrale aard.

## 4.2 DE DIVERSITEIT IN ONDERNEMINGSBEGRIPPEN EN 'WINSTGENIETERS'

### 4.2.1 Inleiding

Het huidige winstbelastingstelsel wordt gekenmerkt door een verscheidenheid aan genie- ters van winst uit onderneming. Met betrekking tot de achterliggende natuurlijke perso- nen kan bijvoorbeeld worden gewezen op de zogenoemde 'echte' ondernemer, de 'pseudo'-ondernemer, de 'quasi'-ondernemer en tot slot de aanmerkelijkbelanghouder. Al deze winstgenieters bezitten eigen fiscale eigenschappen.

In het navolgende wordt deze verscheidenheid in winstgenieters behandeld alsmede de bijbehorende verschillende fiscale behandeling.

### 4.2.2 De 'echte' ondernemer vergeleken met de medegerechtigde/pseudo- ondernemer

Een eerste verschil is de echte ondernemer in vergelijking tot de medegerechtigde, ook wel pseudo-ondernemer genoemd. Het meest bekende voorbeeld van een pseudo-ondernemer is de commandiet.<sup>104</sup>

Zowel bij de echte ondernemer als bij de pseudo-ondernemer is sprake van een belasting- plichtige die (eigen) vermogen verschaft aan zijn onderneming. Fiscaal worden zij echter verschillend behandeld. Zo zijn de pseudo-ondernemers – gelijk als de echte ondernemer – onderworpen aan de normale winstbepalingen (totaalwinst en jaarwinstbepaling) maar zijn zij uitgesloten van het gebruik van een aantal ondernemersfaciliteiten.<sup>105</sup> Gevolg is dat enerzijds de winst waarop de belastingheffing betrekking heeft bij beide soorten ondernemers volgens gelijke regels wordt berekend, doch anderzijds met betrekking tot de toepassing van de fiscale faciliteiten een verschil in behandeling geldt.

Pseudo-ondernemerschap betreft echter niet alleen de commanditaire participaties.

Onder omstandigheden kwalificeert de crediteur van een *particuliere onderneming* namelijk eveneens als medegerechtigde.<sup>106</sup>

104 Het fiscale begrip 'medegerechtigde' werd op 1 januari 2001 in de inkomstenbelasting geïntrodu- ceerd als onderdeel van de aanscherping van het ondernemersbegrip. De invulling van dit onder- nemersbegrip is van belang aangezien een belastingplichtige belast wordt voor winst uit onder- neming in box 1 indien hij de voordelen geniet als ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001. De term 'ondernemer' komt in meerdere wetsartikelen voor om aan te geven dat de desbetref- fende bepaling enkel gelding heeft voor de zogenoemde 'echte' ondernemer. De faciliteit van de desbetreffende wettelijke bepaling staat in een dergelijk geval niet open voor de hierna te behan- delen pseudo-ondernemer in de zin van art. 3.3 Wet IB 2001. De belastingplichtige zal, om als ondernemer te kunnen kwalificeren, aan de volgende twee cumulatieve voorwaarden dienen te voldoen:

- voor zijn rekening en risico wordt een onderneming gedreven; én
- hij wordt rechtstreeks verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming.

Het begrip onderneming wordt gelijk als onder de Wet IB 1964 in de wet niet nader gedefinieerd. In de jurisprudentie gewezen rond art. 6 Wet IB 1964, is de definiëring van dit begrip evenwel nader tot stand gebracht. Invoering van de Wet IB 2001 heeft, naar eigen zeggen van de wetgever, op dit punt geen wijziging gebracht (Kamerstukken II, 1998–1999, 26 727, nr. 3, p. 97). De begrip- pen 'verbonden' en 'verbintenissen' worden opgevat in overeenstemming met het privaatrecht (Kamerstukken II, 1998–1999, 26 727; nr. 3, p. 97 en 98). In het oorspronkelijke wetsvoorstel Wet IB 2001 was de commandiet ondergebracht in box 3. Dit riep echter zo veel tegenstand op dat bij de tweede nota van wijziging de commandiet (terug) werd geplaatst in box 1. Het eindproduct van deze behandeling vormt de zogenoemde pseudo-ondernemer die belast wordt in box 1, Kamer- stukken II, 1998–1999, 26 727; nr. 19, p. 26 e.v.

105 Bijvoorbeeld de energie-investeringsaftrek (art. 3.42 Wet IB 2001), milieu-investeringsaftrek (art. 3.42a Wet IB 2001), geruisloze inbreng in een BV of nv (art. 3.65 Wet IB 2001 tenzij het een voortzetting betreft van een 'echt' ondernemerschap), de ondernemersaftrek alsmede de MKB- vrijstelling. Pseudo-ondernemers komen echter wel in aanmerking voor de faciliteit van de wille- keurige afschrijving en de kleinschaligheidsaftrek.

106 Art. 3.3, lid 1, onderdeel b, Wet IB 2001.

Naast de hiervoor besproken ongelijke behandeling in vergelijking tot de echte ondernemer bestaat er voor deze vorm van medegerechtigdheid nog een fiscale ongelijkheid die verband houdt met de rechtsvorm van de debiteur. Het verstrekken van een winstafhankelijke lening *aan een lichaam* valt namelijk buiten deze bepaling. Een dergelijke lening zal ofwel tot het box 3-vermogen van de crediteur worden gerekend<sup>107</sup> ofwel tot het resultaat uit overige werkzaamheden omdat de verstrekking daarvan onder de reikwijdte van art. 3.92 Wet IB 2001 valt, maar het zal niet tot medegerechtigdheid kunnen leiden als bedoeld in art. 3.3 Wet IB 2001.

Overigens was oorspronkelijk in het wetsvoorstel Wet IB 2001 wel bepaald dat winstafhankelijke leningen verstrekt door een natuurlijk persoon aan een *particuliere onderneming* of aan een *lichaam* onder de reikwijdte van art. 3.3. Wet IB 2001 zou vallen. Als flankerende maatregel bij de invoering van de zogenoemde 'hybride' geldleningen van art. 10, lid 1, sub d, Wet VPB 1969 is het verstrekken van een dergelijke lening aan een lichaam echter uit de werkingssfeer van art. 3.3 Wet IB 2001 gehaald.

De wijze waarop de crediteur belast wordt voor zijn vreemdvermogenverstrekking aan een onderneming kan dus variëren. Deze ongelijke behandeling wordt niet veroorzaakt door het feit dat er sprake is van een ongelijke vorm van geldverstrekking. Nee, de geldlening wordt in alle gevallen onder dezelfde voorwaarden verstrekt door dezelfde natuurlijke persoon, maar wordt juist als gevolg van het verschil in rechtsvorm van de debiteur verschillend belast.

Mijns inziens is voor dit verschil in fiscale behandeling geen rechtvaardige verklaring. In beide gevallen is sprake van een winstafhankelijk lening die wordt verstrekt aan de 'eigen' onderneming van de crediteur. De fiscale behandeling van de bate is evenwel verschillend gelet op de rechtsvorm van de debiteur. Hier is naar mijn mening wederom sprake van een voorbeeld van een niet-neutrale en ongewenste behandeling binnen het bestaande stelsel van winstbelasting.

#### 4.2.3 De terbeschikkingsteller als quasi-ondernemer in vergelijking met de echte en pseudo-ondernemer

Een van de drijfveren om de met ingang van 1 januari 2001 geldende terbeschikkingstellingsregelingen, als onderdeel van het resultaat uit overige werkzaamheid in te voeren, was het bereiken van meer fiscale neutraliteit tussen de particuliere ondernemer en de DGA. De wetgever is mijns inziens (deels) in deze opzet geslaagd.

De ongelijkheid bestond vóór 1 januari 2001 hierin dat een aandeelhouder bij de aanschaf van vermogensbestanddelen de keuze had om een vermogensbestanddeel door de BV zelf te doen aanschaffen dan wel deze in privé te kopen en vervolgens ter beschikking te stellen aan de BV. Deze laatste mogelijkheid zou zonder nadere regelgeving, zoals thans heeft plaatsgevonden in de vorm van de TBS-regelingen, een fiscaal gunstige behandeling opleveren. De gebruiksvergoeding kan bij de BV in aftrek worden gebracht tegen het VPB-tarief, terwijl de terbeschikkingsteller zelf 'slechts' belast wordt in box 3.

Deze keuzemogelijkheid om de onderneming de vermogensbestanddelen zelf te laten aanschaffen dan wel in privé de activa te kopen en deze ter beschikking te stellen, heeft de particuliere ondernemer niet. Hij kan immers geen (gebruiks)overeenkomsten aangaan met zijn onderneming.

107 Mogelijkerwijs wordt de debiteur geconfronteerd met een aftrekbeperking op grond van art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet VPB 1969. Indien de beide partijen een looptijd overeenkomen van niet meer dan vijftig jaar, zal er geen sprake zijn van een hybride lening in de zin van art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet VPB 1969. Aftrek van de winstafhankelijke vergoeding zal dan mogelijk zijn.

De huidige TBS-regelingen hebben deze fiscaal gunstige keuzemogelijkheid die zou ontstaan, als gevolg van de invoering van het boxenstelsel en box 3 in het bijzonder, voor aanmerkelijkbelanghouders en hun vennootschappen voorkomen. Immers, de terbeschikkingsteller zal niet volgens het relatief gunstige box 3-regime belast worden, maar in box 1 als ware de ter beschikkingstelling een onderneming.<sup>108</sup>

Uitgaande van een gelijke tariefstructuur, bewerkstelligen de huidige TBS-regelingen inderdaad op het eerste gezicht een gelijke behandeling tussen de ondernemer met een eenmanszaak en de ondernemer die zijn onderneming heeft ondergebracht in een BV. Echter, de veronderstelde gelijkheid in tariefstructuur heeft sinds 1 januari 2007 een deuk opgelopen en daarmee mijns inziens ook de geslaagdheid van de TBS-regelingen om meer gelijkheid te creëren tussen de IB-ondernemer en de VPB-plichtige onderneming.

Sinds 1 januari 2007 is voor de IB-ondernemer immers de MKB-winstvrijstelling van toepassing met als gevolg dat echte ondernemers, als bedoeld in art. 3.4 Wet IB 2001, effectief belast worden tegen maximaal 46,8%. Deze MKB-winstvrijstelling is evenwel niet van toepassing op de resultaatgenieters waaronder de TBS-ers vallen. Hierdoor is een tariefsverschil ontstaan dat het wel weer van belang maakt of de onderneming van de vennootschap de activa aanschaft, dan wel de achterliggende aanmerkelijkbelanghouder die deze vervolgens ter beschikking stelt. Indien de vennootschap het vermogensbestanddeel zelf aanschaft, zal hierop per saldo een belastingdruk rusten van maximaal 44,125% hetgeen vergelijkbaar is aan de tarieven van een echte ondernemer in box 1. Indien de aandeelhouder evenwel het vermogensbestanddeel aanschaft en ter beschikking stelt, wordt de aftrek van de gebruiksvergoeding geëffectueerd tegen maximaal 46,8% terwijl de gebruiksvergoeding bij de terbeschikkingsteller in box 1 wordt belast tegen maximaal 52%!<sup>109</sup> De TBS-regeling in vergelijking tot de vermogensetiketteringsproblematiek van de IB-ondernemer kent sinds 1 januari 2007 mijns inziens dus weer wel een fiscaal ongelijke behandeling die in het nadeel werkt voor de aanmerkelijkbelanghouder die ter beschikking stelt aan zijn eigen BV.

Ook los van de (eventuele) ongelijkheid in tarieven (want deze kan gemakkelijk worden opgeheven bijvoorbeeld door de MKB-winstvrijstelling ook voor de terbeschikkingsteller te doen gelden) is mijns inziens in dit verband een ongelijkheid blijven voortbestaan waaruit een niet-rechtsvormneutrale behandeling voortvloeit.

De ongelijke fiscale behandeling wordt namelijk veroorzaakt door het feit dat de terbeschikkingsteller volgens art. 3.95 Wet IB 2001 wél wordt belast als ware de terbeschikkingstelling een onderneming, doch dat hij niet gerechtigd is tot alle ondernemingsfaciliteiten. Zo is toepassing van de herinvesteringsreserve (art. 3.54 Wet IB 2001) en de investeringsfaciliteiten uitgesloten. Gevolg is dat de uiteindelijke fiscale behandeling van de terbeschikkingsteller die in privé een activum aanschaft en dit ter beschikking stelt aan zijn vennootschap, toch verschilt van de fiscale behandeling die geldt bij aanschaf door de onderneming zelf.

Bij VPB-plichtige ondernemingen bestaat dientengevolge de volgende keuzemogelijkheid; wordt het activum door de vennootschap zelf aangeschaft en is er recht op alle ondernemingsfaciliteiten (die te gelde kunnen worden gemaakt tegen het VPB-tarief en de latente aanmerkelijkbelangclaim) of wordt het activum door de aandeelhouder in privé aangeschaft die dit vervolgens ter beschikking zal stellen aan de vennootschap?

108 De terbeschikkingsteller wordt nu zowel voor de vergoeding als voor de capital gain met betrekking tot het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel, in box 1 belast tegen maximaal 52%. Voor wat betreft de capital gain is derhalve in beginsel een gelijke situatie ontstaan met de particuliere ondernemer die een vermogensbestanddeel in gebruik geeft aan zijn onderneming als gevolg waarvan dit bestanddeel deel gaat uitmaken van het ondernemingsvermogen. In beide gevallen zal een capital gain (of loss) belast zijn in box 1 tegen een toptarief van 52%. Echter, invoering van de MKB-vrijstelling heeft gezorgd voor een ongelijke behandeling. De particuliere ondernemer wordt immers geconfronteerd met een feitelijke maximale belastingdruk van 46,8%.

109 In dit verband zij nog opgemerkt dat in de navolgende behandeling wordt geabstraheerd van de tariefstrappes in box 1 van de Wet IB 2001. Het toptarief van 52% wordt als uitgangspunt genomen.

Deze keuzemogelijkheid in samenhang met de daaraan verbonden fiscaal verschillende behandeling geeft een VPB-plichtige onderneming de mogelijkheid om bij aanschaf van activa de fiscaal meest gunstige weg te kiezen.

De niet-rechtsvormneutrale behandeling wordt vervolgens veroorzaakt door het feit dat een IB-ondernemer niet over deze keuzemogelijkheid beschikt. Indien het activum door de IB-ondernemer in privé wordt gekocht en aan de onderneming ter beschikking wordt gesteld, zal het verplicht ondernemingsvermogen zijn<sup>110</sup> omdat hij ook geen (gebruiks)overeenkomsten kan sluiten met zijn onderneming. Dit verschil in keuzemogelijkheden vindt zijn oorsprong in de fiscaal niet-neutrale behandeling afhankelijk van de rechtsvorm wat mijns inziens vermeden dient te worden. Een voorbeeld ter verduidelijking.

Stel, A drijft een eenmanszaak en hij koopt in privé een loods die hij vervolgens in gebruik geeft aan zijn onderneming. B drijft zijn onderneming in een vennootschap en koopt eveneens een loods die hij ter beschikking stelt aan de onderneming. Zowel A als B besluiten na enige tijd de loods, met winst, te verkopen aan een derde. De particuliere ondernemer A zal de boekwinst als ondernemingswinst belast zien in box 1. A beschikt echter over de mogelijkheid om deze capital gain, onder voorwaarden, aan een herinvesteringsreserve (art. 3.54 Wet IB 2001) te doteren. De loods behoort daarentegen niet tot het ondernemingsvermogen van BV B maar wel tot het quasi-ondernemingsvermogen van B zelf. Dientengevolge zal B eveneens in box 1 worden belast voor de capital gain volgens het winstregime. B heeft evenwel toegang tot minder ondernemersfaciliteiten dan ondernemer A (zie art. 3.95 Wet IB 2001) en het is B niet toegestaan om de boekwinst te doteren aan een herinvesteringsreserve. B moet dus in tegenstelling tot A wél afrekenen.<sup>111</sup>

Ook wordt de door de wetgever beoogde gelijke behandeling deels weer teniet gedaan door invoering van de MKB-vrijstelling met ingang van 1 januari 2007. Deze faciliteit staat immers alleen open voor de 'echte' ondernemers en niet voor de terbeschikkingsteller. Samenvattend kan worden opgemerkt dat de huidige TBS-regeling, ondanks de daaraan gegeven doelstelling er niet in is geslaagd om volledige rechtsvormneutraliteit te bereiken. Oorzaak vormt de beperkte toepassing van de ondernemingsfaciliteiten bij de TBS-er en de aanwezigheid van een keuzemogelijkheid bij de VPB-plichtige onderneming die bij de IB-onderneming ontbreekt. Recentelijk is deze ongelijkheid nog weer versterkt door invoering van de MKB-winstvrijstelling voor de 'echte' ondernemer.

#### 4.2.4 De aanmerkelijkbelanghouder vergeleken met de persoon van de particuliere ondernemer

In aansluiting op de voorgaande onderdelen behandel ik hier de verschillen tussen een particuliere ondernemer (belastingplichtig in box 1) in vergelijking met een ondernemer die 'zijn' onderneming uitoefent in de vorm van een VPB-plichtig lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal (belastingplichtig in box 2) waarvan hij ten minste 5% van het geplaatst kapitaal houdt (*i.e.* de aanmerkelijkbelanghouder).

De huidige fiscale wetgeving voor de aanmerkelijkbelanghouder is grotendeels gelijk aan de aanmerkelijkbelangwetgeving zoals deze na de herziening per 1 januari 1997 in de

110 De mogelijkheid van keuzevermogen laat ik hier thans buiten beschouwing.

111 Overigens kunnen de ruilarresten hier mogelijk nog uitkomst bieden voor B. Zie onderdeel 9 van het besluit van 24 mei 2006, nr. CPP2006/76M, NTFR 2006/832. Echter, de regel die uit deze arresten kan worden afgeleid, kent op sommige punten wel een minder ruim toepassingsbereik dan de regeling van art. 3.54 Wet IB 2001. Zo dient op grond van de ruilarresten het vervangende bedrijfsmiddel eenzelfde economische functie te vervullen als het te vervangen bedrijfsmiddel. Deze zelfde economische functie-eis geldt echter niet voor toepassing van art. 3.54 Wet IB 2001 indien het een 'kort afschrijfbaar' bedrijfsmiddel betreft.

Wet IB 1964 is opgenomen. Een belangrijk verschil tussen beide is dat de vordering(en) die een aanmerkelijkbelanghouder op zijn aanmerkelijkbelangvennootschap heeft, niet langer tot het aanmerkelijk belang wordt gerekend maar afzonderlijk in de heffing van box 1 wordt betrokken, als een vorm van terbeschikkingstelling van vermogen.<sup>112</sup>

Op het eerste gezicht lijkt de fiscale behandeling van de aanmerkelijkbelanghouder in vergelijking met een particuliere ondernemer sinds de invoering van het nieuwe regime neutraal te verlopen. Beide ondernemers werden per saldo met een gelijke belastingdruk van circa 52% geconfronteerd.

Inmiddels is deze tariefsgelijkheid alweer gewijzigd ten gunste van de VPB-plichtige ondernemingen als gevolg van de recente verlagingen van het vennootschapsbelastingtarief. De door een BV behaalde en volledig aan de aanmerkelijkbelanghouders uitgekeerde winst, is aan een totale (procentuele) belastingdruk van 44,125% (2007) onderhevig. De gecombineerde belastingdruk van de vennootschapsbelasting en het aanmerkelijkbelangregime is in vergelijking tot de belastingdruk aan de top van de inkomstenbelasting lager en dus voordeliger. Overigens wordt dit tarief sinds 1 januari 2007 wel gedrukt door invoering van de MKB-winstvrijstelling. Als gevolg van deze faciliteit komt het toptarief voor IB-ondernemers in box 1 uit op 46,8%.

Tijdens de parlementaire behandeling van de diverse tariefsverlagingen is dit verschil in belastingdruk nog wel onder de aandacht gebracht. Op enig moment is zelfs kort gesproken over een verhoging van het aanmerkelijkbelangtarief zodat de totale belastingdruk hoger zou zijn en dichterbij de buurt van het toptarief van de inkomstenbelasting zou liggen, doch deze plannen zijn naar de achtergrond verdwenen. Het verschil in tariefstelling is alleen maar toegenomen.

Naast de inmiddels weer ingetreden tariefsongelijkheid wordt de relatie tussen de huidige aanmerkelijkbelangregeling en de belastingheffing van particuliere ondernemers in box 1, ondanks de poging van de wetgever om meer gelijkheid tussen de diverse rechtsvormen aan te brengen, op andere punten eveneens gekenmerkt door een ongelijke fiscale behandeling van de achterliggende natuurlijke personen. De volgende verschillen kunnen worden genoemd:

1. Het aanmerkelijkbelangregime is slechts toegankelijk voor een bepaalde groep belastingplichtigen namelijk voor diegene die 5% of meer van het geplaatst aandelenkapitaal houden in een rechtspersoon die is genoemd in art. 4.6 Wet IB 2001. Zo valt een participant in een onderneming die niet in dit art. wordt genoemd, bijvoorbeeld een VOF, buiten het aanmerkelijkbelangregime van box 2 maar in box 1.
2. De verschillen in verliesverrekening. Als gevolg van de analytische structuur zijn de grenzen tussen de verschillende boxen gesloten. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet IB 2001 is hierop na commentaar vanuit verschillende kanten, voor verlies uit aanmerkelijk belang een uitzondering gemaakt. Art. 4.53 Wet IB 2001 maakt het mogelijk een aanmerkelijkbelangverlies via een belastingkorting in box 1 te compenseren ingeval de belastingplichtige geen aanmerkelijk belang meer heeft én een wachttijd van één kalenderjaar verstreken is. Toch biedt deze belastingkorting niet in alle gevallen een oplossing. In gelijke zin als Freudenthal<sup>113</sup> stelt, ben ik van mening dat nog niet alle problemen met betrekking tot de aanmerkelijkbelangverliezen met de invoering van de analytische structuur van de Wet IB 2001 zijn opgelost. Een belastingplichtige wordt bijvoorbeeld gestimuleerd om zijn aandelen te verkopen om zo zijn verlies ter zake van zijn aanmerkelijk belang eventueel in box 1 te kunnen verzilveren. Dit kan echter onwenselijk zijn ingeval de belastingplichtige nog over goede hoop beschikt dat de vennootschap in de toekomst wel beter zal gaan draaien. Voorts kan het zo zijn dat nadat de belastingplichtige zijn aanmerkelijkbelangpositie heeft opgegeven, carry back niet meer mogelijk is en na verstrijken van de wachttijd van één jaar, zijn box 1-inkomen te laag blijkt te zijn om de belastingkorting die betrekking

112 Zie art. 3.92, lid 2, onderdeel a, onderdeel 1 Wet IB 2001.

113 R.M. Freudenthal, 'De (niet-)verrekenbaarheid van aanmerkelijkbelangverliezen na 2000', *WFR* 2000/400.

heeft op het 'oude' aanmerkelijkbelangverlies in aanmerking te nemen. Verrekenen van een eventuele tax credit met de inkomstenbelasting over het box 3-resultaat is niet toegestaan.<sup>114</sup>

Kortom het nadeel van de huidige verrekeningsmogelijkheid voor een aanmerkelijkbelangverlies is dat deze – ongeacht de wijze waarop het is ontstaan – niet direct in mindering kan komen op het box 1-inkomen. Verrekening van een AB-verlies is alleen mogelijk met positief AB-inkomen en niet met andere soorten inkomen. Dit is in tegenstelling met een IB-ondernemingsverlies dat met het overige positieve box 1-inkomen verrekend kan worden. Bijvoorbeeld inkomen uit de eigen woning, gecompenseerd kan worden. De aanmerkelijkbelanghouder krijgt een dergelijke mogelijkheid pas bij beëindiging van zijn aanmerkelijk belang én na het verstrijken van een wachttijd van één jaar. De particuliere ondernemer wordt hier dus bevoordeeld aangezien hij zijn verlies direct kan verrekenen met zijn overige box 1-inkomen.

3. Het verschil in de mate waarin de financieringslasten fiscaal in aanmerking worden genomen. De aankoop van een aanmerkelijkbelangpakket met geleend geld levert de aanmerkelijkbelanghouder een financieringslast op die hij tegen 25% kan aftrekken. Voorwaarde om deze aftrek te effectueren, is dat er reële voordelen uit het aanmerkelijk belang tegenover staan (bijvoorbeeld dividend). Echter, juist bij een expanderende onderneming zal het uitkeren van dergelijke voordelen in de periode van expansie in veel gevallen onwenselijk zijn en dus achterwege blijven. Een particuliere ondernemer die geld leent voor zijn onderneming, kan deze financieringslast daarentegen direct tegen maximaal 52% te gelde maken. De particuliere ondernemer wordt op dit punt gunstiger behandeld dan de aanmerkelijkbelanghouder.
4. Een soortgelijke voordelige behandeling ten opzichte van aanmerkelijkbelanghouders van de persoonlijke ondernemer als onder punt 3, geldt met betrekking tot de objectieve vrijstellingen. Aan deze problematiek is een aparte paragraaf gewijd (4.4) waarnaar wordt verwezen.
5. Het verschil waartegen investeringsfaciliteiten, binnen de onderneming, te gelde kunnen worden gemaakt. Een particuliere ondernemer kan bij het gebruikmaken van een investeringsfaciliteit een voordeel effectueren in de vorm van een belastingbesparing op basis van het hoge IB-toptarief. Een VPB-plichtige onderneming kan deze faciliteit slechts tegen maximaal 25,5%<sup>115</sup> te gelde maken. Dit wordt overigens nog wel deels verminderd doordat de besparing aan vennootschapsbelasting te zijner tijd tegen het aanmerkelijkbelangtarief in de heffing zal worden betrokken.

Concluderend kan worden opgemerkt dat de invoering van de aanmerkelijkbelangregeling, met name gelet op de tariefstelling, wel tot een bepaalde mate van rechtsvormneutraliteit heeft geleid, doch dat een geheel gelijke fiscale behandeling met die van een persoonlijke ondernemer nog niet is bereikt.

#### 4.2.5 Vermogensetikettering

De huidige winstbelastingssystematiek kent ook verschillende invullingen van het begrip 'onderneming' en de bepaling van het ondernemingsvermogen. Het betreft hier de vermogensetiketteringsproblematiek en de fictie van art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 in het bijzonder. Art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 kent de volgende twee problemen:

1. de gelimiteerde toepassing van dit artikel afhankelijk van de rechtsvorm van de onderneming;
2. de (te) ruime reikwijdte.

114 Deze onmogelijkheid geldt overigens eveneens voor negatieve resultaten van een box 1-onderneming waar onvoldoende overig box 1-inkomen tegenover staat.

115 In dit verband zij nog opgemerkt dat in de navolgende behandeling wordt geabstraheerd van de tariefstrapjes in de Wet VPB 1969. Het maximumtarief van 25,5% wordt als uitgangspunt genomen.



Met name het eerste probleem, de gelimiteerde toepassing, levert een gebrek aan rechtsvormneutraliteit op. Art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 is immers slechts voor een beperkte groep van belastingplichtigen geschreven. Het gevolg is dat voor een aantal ondernemingen de vermogensetiketteringsproblematiek wel speelt en voor andere niet. Deze onvolkomenheid is zowel merkbaar gedurende het bestaan van de onderneming, als op het moment dat de materiële onderneming gestaakt wordt.

Art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 vormt een voortzetting van art. 8, lid 1, Besluit VPB 1942. De oorspronkelijke functie van dit artikel vormde het oplossen van de vermogensetiketteringsproblematiek voor bepaalde rechtspersonen die een onderneming dreven. De rechtspersonen die onder de reikwijdte van deze bepaling vielen (en vallen), werden (en worden) geacht niet over privévermogen te beschikken.<sup>116</sup> Naar de mening van A-G Van Soest vormde de bepaling niet meer dan een terminologisch hulpmiddel bij de verwijzing opgenomen in art. 6, lid 2, Besluit VPB 1942 naar de inkomstenbelastingbepalingen.<sup>117</sup> De artikelen betreffende de winstbepaling in de inkomstenbelasting bevatten vaak de term onderneming, om zodoende hun werkingsgebied af te bakenen ten opzichte van bijvoorbeeld de loonbepalingen. Voor lichamen in de zin van de vennootschapsbelasting maakte art. 8 Besluit VPB 1942 duidelijk wat dan precies onder een onderneming verstaan diende te worden en wat er tot het ondernemingsvermogen gerekend diende te worden. Was de fictie van art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 van oorsprong een hulpmiddel, inmiddels kent zij, dankzij de rechtspraak, een veel ruimere strekking. Art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 heeft inderdaad tot gevolg dat de problematiek van de vermogensetikettering voor de vennootschapsbelasting niet aan de orde is voor bepaalde in art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 genoemde lichamen. Vermogensbestanddelen worden immer geacht tot het ondernemingsvermogen te behoren. De Hoge Raad is evenwel een stapje verder gegaan. Naast het oordeel dat alle vermogensbestanddelen ondernemingsvermogen vormden, is de Hoge Raad ook van mening dat alle activiteiten als ondernemingsactiviteiten dienden te worden gekwalificeerd.

Het arrest van de Hoge Raad van 3 oktober 1990 heeft verstrekkende gevolgen.<sup>118</sup> Als gevolg van de ondernemingsfictie van art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 is het bijvoorbeeld mogelijk een boekwinst aan een herinvesteringsreserve te doteren zolang de vennootschap blijft bestaan. Zelfs indien de materiële onderneming (in technisch-economische zin) wordt gestaakt. De Hoge Raad oordeelde dat na een dergelijke staking een voornemen tot vervanging nog steeds aanwezig kan zijn. Belangrijkste oorzaak is het uitblijven van een staking als gevolg van de ondernemingsfictie. Ongeacht het feit dat de vennootschap haar materiële onderneming heeft gestaakt, wordt zij geacht met haar gehele vermogen een onderneming te blijven drijven. Met andere woorden, zolang er vermogen aanwezig is, drijft het lichaam een onderneming.<sup>119</sup> Het vermogen dat overblijft na verkoop van (een gedeelte van) de onderneming zal bestaan uit beleggingen, doch dat is volgens de jurisprudentie voldoende om de fictie van art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 in werking te stellen.<sup>120</sup> Gevolg is dat voor de belastingplichtige lichamen die binnen de reikwijdte van art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 vallen, de invulling van het ondernemingsvermogen ruimer verloopt dan voor een particuliere ondernemer. Indien een particuliere onderneming wordt verkocht, staakt de verkopende ondernemer zijn subjectieve onderneming en dient hij ook af te rekenen over de aanwezige fiscale reserves. Er zal geen subjectieve onderneming meer zijn en in geval een nieuwe onderneming door dezelfde achterliggende perso(o)n(en)

116 Zie in deze zin ook HR 7 juli 1982, *BNB* 1982/268.

117 Conclusie A-G Van Soest HR 19 maart 1975, *BNB* 1976/13.

118 HR 3 oktober 1990, *FED* 1990/893; HR 14 december 2001, *V-N* 2002/5.20, *NTR* 2002/6.

119 Zie ook annotatie van G. Slot bij HR 1 juli 1981, *BNB* 1981/318.

120 Deze lijn is door de Hoge Raad ingezet in zijn arrest van 1 juli 1981, *BNB* 1981/318. De vennootschap in dit arrest stelde zich enkel het beleggen in onroerend goed ten doel en dreef geen onderneming in materiële zin. Ook in een dergelijke situatie oordeelde de Hoge Raad dat de onroerende goederen behoorden tot het ondernemingsvermogen en stond de mogelijkheid van dotatie ter zake van boekwinst aan een vervangingsreserve (de voorloper van de huidige herinvesteringsreserve) open.

wordt gestart, zullen de eventuele aanwezige fiscale reserves van de oude onderneming niet aangewend kunnen worden voor de nieuwe onderneming.

Door de fictie van art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 wordt een verschil in ondernemingsbegrip (namelijk een formeel versus een materieel ondernemingsbegrip) veroorzaakt dat afhankelijk is van de rechtsvorm aangezien art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 voor een bepaalde groep belastingplichtigen is geschreven. Een nadeel is naar mening derhalve eveneens dat een BV waarin geen materiële onderneming wordt gedreven doch uitsluitend beleggingen zijn ondergebracht toch nog onder het VPB-regime valt.

#### 4.2.6 Conclusie

In deze paragraaf is onderzocht of er fiscale verscheidenheid is met betrekking tot de invulling van de begrippen ondernemer en onderneming. Tevens is onderzocht in hoeverre de daarbij behorende fiscale behandeling (rechtsvorm)neutraal verlopen. Beargumenteerd werd dat de verscheidenheid aan verschijningsvormen ook een verscheidenheid aan fiscale behandeling kent en neutraliteit niet wordt bereikt. De fiscaal ongelijke behandeling wordt met name veroorzaakt door twee factoren, te weten de vorm waarin de achterliggende natuurlijke persoon in betrekking tot de onderneming staat en de rechtsvorm van de onderneming.

### 4.3 FINANCIERING VAN DE ONDERNEMING MET VREEMD VERMOGEN

#### 4.3.1 Inleiding

De voorgaande paragraaf heeft voornamelijk betrekking op de invulling van het belasting-subject en de verscheidenheid aan verschijningsvormen met de bijbehorende fiscaal verschillende behandeling in het bijzonder. De rechtsvorm van de onderneming bleek hierbij van belang te zijn.

Bij een onderzoek als het onderhavige behoort evenwel tevens te worden onderzocht in hoeverre er verschillen zijn met betrekking tot de vaststelling van de omvang van het belastingobject.

In de navolgende paragrafen wordt aandacht besteed aan het belastingobject aan de hand van de fiscale behandeling van een aantal specifieke bedrijfshandelingen. Ten eerste in deze paragraaf de verschillende mogelijkheden, en bijbehorende fiscale gevolgen, waarmee een ondernemer zijn onderneming kan financieren (hierna 'financieringswijzen van de onderneming').

#### 4.3.2 Fiscaal verschillende behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen

Een ondernemer kan zowel goederen als geld aan zijn onderneming verstrekken. Geldverstrekking heeft plaats ofwel in de vorm van eigen vermogen ofwel in de vorm van vreemd vermogen. Deze vormen van vermogensverstrekking worden echter al sinds jaar en dag gekenmerkt door een fiscaal verschillende behandeling waarbij het verstrekken van financiering in de vorm van vreemd vermogen als het meest gunstige uit de bus komt. Gevolg is dat financieringsbeslissingen van ondernemers door de fiscaliteit worden beïnvloed. Voornaamste oorzaak van de fiscaal ongelijke behandeling ligt besloten in de fiscale behandeling van de vergoeding. De vergoeding voor vreemd vermogen is in tegenstelling tot de vergoeding voor eigen vermogen – in beginsel – aftrekbaar.<sup>121</sup> Vergoedingen met betrekking tot eigenvermogensverstrekking zullen dientengevolge uiteindelijk met een hogere belastingdruk geconfronteerd worden, als deze vergoedingen op het niveau

121 In voetnoot 19 van de Rijksbegroting voor het jaar 2002 erkent de wetgever nog weer eens uitdrukkelijk de ongelijke behandeling tussen VV en EV.

van de ontvanger gelijk worden behandeld. Deze discriminerende behandeling houdt echter geen verband met de rechtsvormneutraliteit en zou gelet op het centrale onderwerp van dit proefschrift, geen verdere behandeling behoeven. Toch wordt op dit probleem kort ingegaan aangezien deze onvolkomenheid mijns inziens van een dusdanige invloed is op het ondernemersklimaat dat zij bij een (integrale) heroverweging van de bestaande systematiek van winstbelasting niet onbesproken mag blijven. Enig verband met de rechtsvormneutraliteit kan gevonden worden in het volgende. Voor een particuliere ondernemer is het onmogelijk om een overeenkomst van geldlening met zijn onderneming aan te gaan. Het verschil in fiscale behandeling van EV en VV manifesteert zich derhalve alleen bij VPB-plichtige lichamen. Bij de particuliere onderneming is geen van de vergoedingen, verschuldigd ter zake van de vermogensverstrekking, aftrekbaar indien deze afkomstig is van de achterliggende natuurlijk persoon die als echte ondernemer kwalificeert. De TBS-regeling 'neutraliseert' deze ongelijkheid wel grotendeels doch de wijze waarop de TBS-regeling is vormgegeven, is niet neutraal. Immers, de terbeschikkingsteller heeft recht op minder ondernemersfaciliteiten dan de echte ondernemer.<sup>122</sup> Een oplossing voor de fiscaal verschillende behandeling van vermogensverstrekkingen is tot op heden nog niet gegeven. Sterker nog, deze fiscale invloed op het ondernemersbeleid, dat zich onder meer uit in het overmatig financieren door middel van vreemd vermogen, lijkt steeds meer te groeien, onder andere door een toename van het grensoverschrijdend ondernemen c.q. investeren. Het is mijns inziens derhalve tijd om een fundamentele heroverweging ter zake te laten plaatsvinden.

#### 4.3.3 Hybride financieringsvormen

De ongelijke behandeling van financieringsvormen heeft in de praktijk geleid tot het opzetten van mengvormen van vermogensverstrekking, de zogenoemde hybride financieringsstructuren. Het grootste voordeel van deze hybride financieringsstructuren is gelegen in de (fiscale) presentatie als vreemd vermogen met de daarbij behorende renteaftrek voor de debiteur, terwijl feitelijk sprake is van eigenvermogenfinanciering dat wil zeggen vermogen dat risicodragend is.

Lange tijd zijn deze gemengde financieringsvormen beheerst door jurisprudentie.<sup>123</sup> De staatssecretaris was echter van mening dat de gewezen jurisprudentie onvoldoende weerstand bood tegen innovatieve belastingplichtigen en tegen internationale taxplanning in het bijzonder. Voorts vreesde hij dat de invoering van de vermogensrendementsheffing de tegenstelling tussen eigen en vreemd vermogen zou verscherpen, wat een nieuwe impuls tot arbitrage teweeg zou kunnen brengen. Zijn oplossing was codificatie van de jurisprudentie evenals aanscherping van de regels die de hybride financieringsvormen bestrijden, welk voornemen na een lang wetgevingsproces resulteerde in de invoering van een nieuw art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet VPB 1969.<sup>124</sup>

Met ingang van 1 januari 2007 is dit artikel evenwel aangepast. Thans wordt voor de vraag of sprake is van een 'hybride' lening en derhalve renteaftrek is verhinderd, teruggevallen op de jurisprudentie omtrent de deelnemerschapslening.<sup>125</sup> De wettelijke voorwaarden – opgenomen in art. 10-2 (oud) Wet VPB 1969, waaronder sprake was van een hybride lening, zijn komen te vervallen.

122 Zie hiervoor onderdeel 4.2.4.

123 De belangrijkste arresten zijn HR 27 januari 1988, *BNB* 1988/217 en HR 11 maart 1998,; *BNB* 1998/208.

124 Invoering van deze wettelijke regeling heeft overigens de tot dan toe geldende jurisprudentie over hybride financieringsvormen niet naar de prullenbak verwezen. Deze jurisprudentie blijft zijn belang behouden aldus de wetgever. Memorie van toelichting bij het Belastingplan 2002, onderdeel II Economische Infrastructuur, Kamerstukken II, 2001-2002, 28 034; nr. 3. Evenals de toelichting bij de eerste nota van wijziging op het Belastingplan 2004 n.a.v. het Bosal-arrest, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 8.

125 HR 27 januari 1988, *BNB* 1988/217, HR 11 maart 1998, *BNB* 1998/208 en HR 25 november 2005, *NTFR* 2005/1594, *BNB* 2006/82.

In het kader van dit onderzoek wordt alleen ingegaan op de elementen van de regeling die naar mijn mening niet geheel rechtsvormneutraal uitwerken. Zo kan de fiscale behandeling van de crediteur verschillen – mede – afhankelijk van de rechtsvorm van de debiteur. In bepaalde gevallen wordt namelijk op het niveau van de crediteur rekening gehouden met het feit dat de debiteur geconfronteerd wordt met de beperking van renteaftrek. Ingeval de crediteur een VPB-plichtig lichaam is, wordt de dubbele heffing onder omstandigheden vermeden door een hybride lening in de deelnemingsvrijstelling te betrekken (art. 13, lid 4 jo. lid 5, Wet VPB 1969). Is de crediteur echter een natuurlijk persoon die zelf, dan wel een met hem verbonden persoon, een aanmerkelijk belang houdt in de debiteur, dan zal deze geldverstrekker voor de rentebaten op grond van art. 3.92 Wet IB 2001 in box 1 belast worden naar een progressief tarief met een maximum van 52%. De totale belastingdruk op de rentebaten komt in een dergelijk geval bij de bestaande tarieven uit op circa 66,2%! Dit in vergelijking met de eerder beschreven toepassing van de deelnemingsvrijstelling waarbij de rentelasten tegen een belastingdruk maximaal 25,5% aanlopen (eventueel aangevuld met de IB-druk).

Naast natuurlijke personen als crediteur van een hybride lening kunnen ook ondernemingen die niet in aanmerking komen voor de deelnemingsvrijstelling, met een verzwaarde belastingdruk te maken krijgen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een IB-onderneming die de geldverstrekking tot zijn ondernemingsvermogen rekent, maar ook een VPB-plichtige lichaam dat geen deelneming in zijn debiteur houdt en een met deze crediteur verbonden lichaam evenmin een deelneming in de debiteur houdt. Een opmerking bij het vorenstaande. De wetgever heeft natuurlijk de vrijheid om de grens te bepalen wanneer hij de deelnemingsvrijstelling van toepassing acht. Hij zal bij deze invulling de symmetrie in de belastingheffing naar mijn mening evenwel niet uit het oog mogen verliezen. Doet hij dit wel, dan kunnen zich vreemde effecten voordoen die uitmonden in een verzwaarde belastingheffing, zoals in het voorbeeld van de hybride leningen. Een ander verschil wordt veroorzaakt door de rechtsvorm van de debiteur. Wordt het hybride vermogen aan een particuliere IB-onderneming verstrekt, dan zal art. 3.3 Wet IB 2001 van toepassing zijn. Het verstrekken van een hybride lening aan een BV zal evenwel in de meeste gevallen onder de reikwijdte van art. 3.92 Wet IB 2001 of box 3 vallen. Het belangrijkste verschil is dat de pseudo-ondernemer (d.w.z. de hybride geldverstrekker aan een particuliere ondernemer) toegang heeft tot meer fiscale faciliteiten bij het behalen van zijn belastbare winst dan de quasi-ondernemer (d.w.z. de hybride geldverstrekker aan een BV oftewel de TBS-er).<sup>126</sup> Deze laatste crediteur lijkt zich dus in een fiscaal nadeligere positie te bevinden dan de eerste, waarvoor geen rechtvaardige verklaring gevonden kan worden. De geldlening is immers in beide gevallen onder dezelfde voorwaarden verstrekt door dezelfde natuurlijke persoon maar wordt als gevolg van de rechtsvorm van de debiteur bij de crediteur verschillend belast. Naar aanleiding van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de fiscale behandeling van de hybride financieringsvormen verstrekt aan een onderneming, ongelijk verloopt. De oorzaak van deze ongelijke behandeling ligt besloten in het verschil in rechtsvorm van ofwel de debiteur dan wel de crediteur.

## 4.4 ONDERNEMINGSFACILITEITEN

### 4.4.1 Inleiding

Een ander onderdeel van het belastingobject zijn de ondernemingsfaciliteiten. In het kader van dit onderzoek zal in deze paragraaf worden bekeken in hoeverre hier sprake is van een rechtsvormneutrale behandeling.

De huidige wet kent een aantal ondernemingsfaciliteiten, die zowel openstaan voor particuliere ondernemers als voor VPB-plichtige ondernemers.<sup>127</sup> De achtergronden van deze

<sup>126</sup> Bijvoorbeeld de mogelijkheid van toepassing van een doorschuifregeling.

<sup>127</sup> Via de schakelbepaling van art. 8, lid 1, Wet VPB 1969 is een groot deel van het fiscale winstregime van de Wet IB 2001 mede van toepassing verklaard op de Wet VPB 1969.

faciliteiten kunnen verschillen doch de meeste komen voort uit de gedachte dat de zware druk van de progressieve heffing op ondernemingswinst voor de zogenoemde 'kleine ondernemers' gemitigeerd dient te worden<sup>128</sup> of uit de gedachte dat investeringen gestimuleerd dienen te worden (de meer instrumentele functie<sup>129</sup>).

Hoewel het in eerste instantie niet zo lijkt, is er met betrekking tot de toepassing van de ondernemingsfaciliteiten toch op bepaalde punten een ongelijke fiscale behandeling waar te nemen afhankelijk van de rechtsvorm.

#### 4.4.2 Gebrek aan rechtsvormneutraliteit bij de toepassing van de ondernemingsfaciliteiten

Het eerste dat opvalt, is de verschillende toepassing van de ondernemersfaciliteiten voor particuliere ondernemers afhankelijk van hun hoedanigheid. Zoals eerder in dit hoofdstuk al werd behandeld, kent de inkomstenbelasting verschillende verschijningsvormen van het begrip ondernemer (*i.e.* echte ondernemer; pseudo-ondernemer en de quasi-ondernemer). Alle drie zijn het personen die onderworpen zijn aan het winstregime doch voor wat betreft de toepassing van de ondernemingsfaciliteiten verschillend worden behandeld, met als gevolg dat de effectieve belastingdruk kan variëren. Zo heeft de pseudo-ondernemer toegang tot minder ondernemingsfaciliteiten dan de echte ondernemer<sup>130</sup> en de quasi-ondernemer nog weer minder toegang tot deze faciliteiten dan de pseudo-ondernemer. Het meest in het oog springend is in dit verband wel de toepassing van de ondernemersaftrek (art. 3.74 Wet IB 2001). Tot de ondernemersaftrek worden gerekend de zelfstandigenaftrek, de aftrek voor speur- en ontwikkelingswerk, de meewerkersaftrek en de stakingsaftrek. Deze aftrekposten, die onder de gezamenlijke term ondernemersaftrek zijn gevat, staan alleen open voor de echte ondernemer.

Eenzelfde conclusie heeft te gelden voor de op 1 januari 2007 ingevoerde MKB-winstvrijstelling (art. 3.79a Wet IB 2001). Ook deze vermindering van de belastbare ondernemingswinst staat alleen open voor de echte ondernemer.

Naast de ongelijke behandeling met betrekking tot de particuliere ondernemers die bij wetsfictie tot gelijke gevallen zijn gedoopt (ze worden immers allen belast volgens het winstregime), is er ook een onevenwichtigheid waarneembaar indien de particuliere onderneming vergeleken wordt met de VPB-plichtige onderneming. Indien beide ondernemingen gebruikmaken van eenzelfde faciliteit, bijvoorbeeld de investeringsaftrek, dan zal dit voor de particuliere onderneming veel meer effect sorteren. Deze maakt de faciliteit immers te gelden tegen het toptarief van 52% dat hoger ligt dan de 25,5% VPB. Bij de VPB-plichtige onderneming wordt dit verschil nog deels verminderd doordat de belastingbesparing in de toekomst tegen het aanmerkelijkbelangtarief in de heffing zal worden betrokken.

### 4.5 VERLIESCOMPENSATIE

#### 4.5.1 Inleiding

Bij een onderzoek naar de ongelijke behandeling van rechtsvormen binnen het bestaande winstbelastingstelsel mag de verliesverrekening niet ontbreken. Onder de huidige wetgeving hebben ondernemingen zowel onder de vennootschapsbelasting als onder de inkomstenbelasting de mogelijkheid om hun verliezen te verrekenen met reeds behaalde dan wel in de toekomst te behalen winst. Een van de achtergronden van de verliescompensatie is terug te vinden in het systeem van de jaarwinst.

128 Tijdens de parlementaire behandeling omtrent de invoering van de zelfstandigenaftrek merkte de bewindslieden op dat met deze aftrek 'recht werd gedaan aan de bijzondere functie van het winstinkomen van zelfstandigen'. Memorie van toelichting p. 6; Kamerstukken II, 1984-1985.

129 De zelfstandigenaftrek is bijvoorbeeld deel gaan uitmaken van de ondernemersaftrek van art. 3.74 Wet IB 2001, waarmee beoogd wordt bepaalde vormen van ondernemen te stimuleren.

130 Bijvoorbeeld de toepassing van de stakingsaftrek (art. 3.79 Wet IB 2001).

De belastbare ondernemingswinst bestaat ingevolge art. 3.8 Wet IB 1964 en art. 8, lid 1, Wet VPB 1969 uit het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, ongeacht naam en vorm, worden verkregen uit een onderneming. De annualiteit van de belastingheffing met betrekking tot inkomen en winst in de zin van de inkomstenbelasting (en de vennootschapsbelasting), noodzaak evenwel tot een toerekening van de inkomensbestanddelen aan bepaalde jaren. Voor de winst uit onderneming resulteert dit in de zogenoemde jaarwinst (art. 3.25 Wet IB 2001) die jaarlijks in de heffing wordt betrokken. Aan het eind van de ondernemingsrit, ofwel door het beëindigen van de onderneming dan wel door de discontinuïteit van de ondernemer zelf, wordt door middel van eindafrekeningbepalingen bekeken of de som van de (belaste) jaarwinsten correspondeert met de totaalwinst. Een afwijking wordt door middel van een eindafrekening gecorrigeerd. In de meeste gevallen heeft het einde van de onderneming een aanvullende heffing tot gevolg aangezien er vaak stille en fiscale reserves in de onderneming aanwezig zijn waarop een fiscale claim rust.<sup>131</sup> De jaarwinst is echter geen voorheffing op de achteraf blijvende totaalwinst. 'Het gaat bij de heffing van belasting primair om een jaarlijkse verdeling van de collectieve lasten. Het tarief is hierop afgestemd. Het kan niet worden ontkend, dat de afzonderlijke jaaraanslag een volledige, zelfstandige betekenis toekomt, immers de jaaraanslag is niet een voorschot of een voorheffing op iets wat nog komt', aldus staatssecretaris Nootboom.<sup>132</sup> De jaarwinstsystematiek maakt het evenwel mogelijk dat het totaal aan de in de heffing betrokken jaarwinsten meer beloopt dan de totaalwinst. Dit verschil kan veroorzaakt worden door verliezen die niet gecompenseerd konden worden.

Veel gehoord argument vóór het toestaan van verliesverrekening is het uitgangspunt dat belastingheffing plaatsvindt op grond van totaalwinstbegrip, doch dat deze uit praktische overwegingen is opgeknipt in jaarwinsten. Een ander argument is door de staatssecretaris als volgt verwoord in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Werken aan Winst. *'Vanuit een economische optiek maakt verliesverrekening het ondernemen makkelijker om schommelingen in de jaarlijkse resultaten op te vangen, doordat die schommelingen ten dele kunnen worden afgewenteld op de belastingontvangsten van de overheid.'*<sup>133</sup>

Er zijn dus verschillende argumenten die verklaren waarom verliesverrekening in het huidige systeem van winstbelasting is toegestaan voor zowel particuliere onderneming als lichamen. Echter de daartoe opgestelde wettelijke regelingen vertonen op sommige punten toch een ongelijke behandeling die ongewenst is.

#### 4.5.2 De verschillen op nationaal niveau

Op het eerste gezicht bestaat er op het ondernemingsniveau met betrekking tot de fiscale verliescompensatiemogelijkheden geen noemenswaardige ongelijke behandeling afhankelijk van de rechtsvorm. Zowel de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting geven de mogelijkheid tot voorwaartse en achterwaartse verliescompensatie.

Verdedigd kan worden dat er toch twee belangrijke verschillen in de verliescompensatie bestaan.

Ten eerste de termijnen waarbinnen de behaalde verliezen gecompenseerd kunnen worden. Deze zijn sinds 1 januari 2007 als gevolg van de invoering van het wetsvoorstel Werken aan Winst<sup>134</sup> beperkt. Voor zowel de IB als voor de VPB geldt dat voorwaartse verrekening van ondernemingsverliezen slechts nog mogelijk is binnen een termijn van negen jaar. Echter verschil bestaat met betrekking tot de achterwaartse verliesverrekening. Voor

131 De wetgever hanteerde als uitgangspunt dat alle hier te lande behaalde winst uiteindelijk in de Nederlandse belastingheffing dient te worden betrokken. Bij een dergelijk uitgangspunt is het zijn inziens noodzakelijk dat bij het einde van de belastingplicht een afrekening over de fiscale claims plaats zal hebben in dier voege dat de fiscale en stille reserves die op dat moment in de onderneming aanwezig waren, als gerealiseerde winsten zouden worden aangemerkt, memorie van toelichting; Kamerstuk 5380; nr. 3, p. 20 lk.

132 Behandeling Dekkingsplan 1980; Tweede Kamer 28 november 1979; p. 1619.

133 Zie onderdeel 7.1, Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 3.

134 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 3, Stb. 2006, 631.

VPB-verliezen evenals voor AB-verliezen geldt een achterwaartse termijn van één jaar. IB-ondernemingen hebben daarentegen nog steeds het recht op een achterwaartse verrekeningstermijn van drie jaar. In de memorie van toelichting<sup>135</sup> wordt dit verschil als volgt verklaard '(...) *De reden daarvoor is dat ondernemingen naarmate zij kleiner zijn, kwetsbaarder zijn bij schommelingen in de bedrijfsresultaten (...)*'. Mijns inziens is deze verklaring onvoldoende om het verschil in behandeling te rechtvaardigen. Een BV met bijvoorbeeld één aandeelhouder waar een kleine onderneming in gedreven wordt, is naar mijn mening evenzeer kwetsbaar bij schommelingen in de bedrijfsresultaten en verdient dus een even ruime carry-backperiode.

Tweede punt betreft het feit dat een particuliere ondernemer zijn ondernemingsverlies alleen kan verrekenen met zijn overige box 1-inkomen. Het is niet mogelijk om dit verlies te verrekenen met zijn inkomen uit box 3, d.w.z. zijn beleggingsresultaten of box 2. Een BV kan daarentegen wel een negatief ondernemingsresultaat afzetten tegen een positief beleggingsresultaat dat is behaald met de belegging van overtollige liquide middelen. Oorzaak is de fictie van art. 2, lid 5, Wet VPB 1969.

Een tweede afwijking betreft het fiscale verschil dat zich op nationaal niveau voordoet bij het overlijden van de ondernemer. Indien een particuliere ondernemer overlijdt, betekent dit namelijk het einde van zijn onderneming met als gevolg eindafrekening voor de inkomstenbelasting, tenzij wordt gekozen voor geruisloze voortzetting van de onderneming. Bij geruisloze doorschuiving zullen echter de niet-verrekenbare verliezen komen te vervallen. Gelet op het persoonsgebonden karakter van deze verliezen, zullen deze niet mee overgaan op de voortzetters en kunnen deze dientengevolge niet in mindering komen op de ondernemingswinst die door hen wordt behaald.<sup>136</sup> Het overlijden van een aanmerkelijkbelanghouder zal daarentegen geen gevolgen hebben voor de verrekening van de ondernemingsverliezen. Art. 20a, lid 2, onderdeel b, Wet VPB 1969 bepaalt uitdrukkelijk dat wijzigingen in het uiteindelijke belang als gevolg van onder meer erfrechtelijke verkrijgingen, niet leiden tot het vervallen van verliescompensatie bij de vennootschap wier aandelen (deels) in andere handen terecht gekomen zijn.

#### 4.5.3 Problemen op internationaal niveau

De onevenwichtigheden in de regels van de verliesverrekening met betrekking tot de rechtsvorm van de ondernemingen, zijn groter bij grensoverschrijdende verliesverrekening. Het betreft hier evenwel voornamelijk problemen die weinig te maken hebben met een gebrek aan rechtsvormneutraliteit. Het gaat meer om problemen die zijn terug te voeren op het niet aansluiten van de verschillende heffingstelsels van de landen en de verliesverrekening in het bijzonder.

Voor wat betreft het gebrek aan rechtsvormneutraliteit zou ik de problematiek willen noemen met betrekking tot de bestaande onmogelijkheid om verliezen van een 100% buitenlandse dochtermaatschappij op enige wijze te compenseren met winsten van de Nederlandse moedermaatschappij. Indien een dochtermaatschappij in het buitenland een verlies maakt, zal zij (naar Nederlandse maatstaven) dit verlies niet over kunnen dragen aan haar moedermaatschappij in Nederland. Indien de onderneming in het buitenland evenwel wordt gedreven in de vorm van een vaste inrichting, zal verrekening van het buitenlandse verlies in Nederland met de winst van het hoofdhuis wel mogelijk zijn. Dit verschil in verliesverrekeningsmogelijkheid wordt (deels) veroorzaakt door de rechtsvorm waarin de buitenlandse onderneming wordt gedreven en het wel of niet toekennen van fiscale transparantie aan deze rechtsvorm. Is het een rechtspersoon dat niet-fiscaal transparant is, dan is grensoverschrijdende verrekening niet mogelijk. Is het een vaste inrichting, dan

135 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 3, p. 23.

136 De gedachte van 'doorschuiven' van verliezen naar een opvolgende ondernemer is volgens de bewindslieden van Financiën niet te rijmen met het wezen van de verliescompensatie. Dit uitgangspunt heeft alleen betrekking op de voorwaartse compensatie, de achterwaartse verliescompensatie blijft aan de oude ondernemer toevallen. MvA, Wet IB 1964, p. 75 rk.

wel betreft het een rechtsvorm die fiscaal transparant wordt behandeld, is de verrekening wel mogelijk. In zoverre is mijns inziens sprake van een gebrek aan rechtsvormneutraliteit.

AG-Wattel nuanceert dit verschil, veroorzaakt door de rechtsvormneutraliteit, in zijn conclusie in de Bosal Holding-zaak.<sup>137</sup> Hij stelt daarin onder meer dat de verschillen in verliescompensatiemogelijkheden van een buitenlandse dochtermaatschappij en vaste inrichting meer een timingverschil zijn, veroorzaakt door de rechtsvorm. Uiteindelijk is voor beide situaties de verliesverrekeningsmogelijkheid gelijk. Hij voert hiervoor als argument aan dat een vaste inrichting zijn verliezen direct kan verrekenen met de Nederlandse winst maar dat zulks met betrekking tot de dochtermaatschappij pas kan op het moment dat er een liquidatieverlies wordt genomen. Uiteindelijk is er dus sprake geweest van grensoverschrijdende verliesverrekening in beide gevallen.

Ik ben het met deze conclusie gedeeltelijk eens. Er is in beide gevallen inderdaad sprake van de mogelijkheid tot verliesverrekening zodat de verschillen in verliesverrekening niet meer dan een timingverschil lijken. Echter, niet uit het oog mag worden verloren dat het rechtstreeks verrekenen van een buitenlands verlies met de generale winst naar mijn mening wel een ander soort verlies(verrekening) is dan (het verrekenen van) een liquidatieverlies van een deelneming.<sup>138</sup>

Daar komt bij dat ook al zou het alleen een timingsverschil zijn, dit wel degelijk een verschil is in fiscale behandeling veroorzaakt door de rechtsvorm van de onderneming. Een voorbeeld waarbij dit timingverschil naar mijn mening nadelig uitpakt, zijn de aanloopverliezen. Het is niet ongebruikelijk dat bij het starten van een (buitenlandse) onderneming deze niet direct winstgevend is. 'De kost gaat voor de baten uit', zo gezegd. Indien de (buitenlandse) onderneming wordt opgestart in de vorm van een rechtspersoon bijvoorbeeld een BV, zal het evenwel – in tegenstelling tot de vaste inrichting – niet mogelijk zijn om de aanloopverliezen te verrekenen met de winsten van de moedermaatschappij. De mogelijkheid tot verliesverrekening komt pas bij liquidatie aan de orde.

Dit verschil in verrekening van aanloopverliezen kan aanleiding zijn om bij het starten van een buitenlandse onderneming te kiezen voor de rechtsvorm van een particuliere onderneming, die op het moment van winst zal worden omgezet in bijvoorbeeld een BV. In de zoektocht naar een fiscaal rechtsvormneutrale behandeling dient deze problematiek mijns inziens te worden meegenomen.

Naast het hiervoor beschreven verschil, dat deels wordt veroorzaakt door de rechtsvormneutraliteit, zijn nog andere verschillen te ontdekken met betrekking tot de internationale verliesverrekening. Het betreft hier evenwel problemen die niet zozeer zijn terug te voeren tot de Nederlandse belastingheffing maar tot de regelgeving van alle landen afzonderlijk en hun verhouding tot elkaar. De Commissie Bolkestein die in opdracht van de Europese Commissie een onderzoek deed naar vennootschapsbelastingstelsels binnen de EU, duidde de verliesverrekening zelfs aan als één van de hoofdproblemen voor het realiseren van de interne markt.<sup>139</sup>

Deze commissie gaf de volgende opsomming van de gevolgen van de onmogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening:

- invloed op de bedrijfseconomische beslissingen (een verliesgevende dochter zal naar verwachting bijvoorbeeld eerder in de vorm van een vaste inrichting worden gegoten dan in een lokale dochtervennootschap);

137 HR 11 april 2001, *NTRF* 2001/593, *BNB* 2001/257.

138 Een belangrijk verschil is bijvoorbeeld de grondslag van het liquidatieverlies in verhouding tot rechtstreekse verliesverrekening van de resultaten van de buitenlandse onderneming. Het liquidatieverlies sluit aan bij het opgeofferd bedrag voor de aankoop van de deelneming gezien vanuit de moedermaatschappij. Rechtstreekse verliesverrekening sluit aan bij de werkelijke resultaten van de dochteronderneming.

139 Commission Staff Working Paper, *Company Taxation in the Internal Market*, COM (2001) 582 final, p. 255. 'First, the fact that each Member State is a separate tax jurisdiction has a number of consequences. In particular: (...) Member States are reluctant to allow relief for losses incurred by associated companies whose profits fall outside the scope of their taxing rights' (...).



- bevoordelen van investeringen in 'eigen' land (nieuwe investeringen kunnen wellicht verliesgevend zijn. Indien deze plaatsvinden in het land waar reeds winsten zijn gemaakt zal verliescompensatie mogelijk zijn);
- ongelijke concurrentieposities (afhankelijk van het verliesverrekeningsregime van het land van vestiging zal een vennootschap zich in een betere of slechtere positie bevinden dan zijn concurrenten).

De commissie stelt vervolgens een mogelijke oplossing op Europees niveau voor. Zij stelt voor om op enigerlei wijze een uniforme winstbelastinggrondslag in te voeren. De lidstaten zouden dan wel vrij zijn in de hoogte van het tarief. Als mogelijke vormen van een uniforme belastinggrondslag gaat de commissie nader in op:

- home state taxation: belastingheffing in alle lidstaten volgens de grondslag van de lidstaat waar de top van een concern is gevestigd;
- common base taxation: er wordt een Europese winstbelastinggrondslag ontworpen. Ondernemingen die in meerdere lidstaten vestigingen hebben, kunnen vervolgens opteren om belast te worden volgens deze uniforme grondslag;
- European Union Company Income Tax: een geheel uniforme winstbelasting (zowel qua tarief als qua grondslag) die wordt toegepast door een Europese belastingadministratie;
- a single compulsory Harmonised Tax Base: harmonisering van de nationale winstbelastingstelsel die zullen plaatsmaken voor een Europees winstbelastingstelsel.

In 2003 werd het beleid zoals dat in het vorenstaande rapport van de commissie uiteen was gezet, bevestigd in het rapport 'An internal Market without company tax obstacles' (Com 2003 726).

Inmiddels zijn op dit gebied wel vorderingen gemaakt al lijkt een echte geharmoniseerde Europese winstbelasting nog ver weg. Belangrijkste stap voorwaarts is de instelling in 2004 van een Europese werkgroep (de common consolidated corporate tax base working group). Deze werkgroep houdt zich bezig met algemene onderwerpen op het gebied van Europese winstbelasting maar ook met de ontwikkeling van technische en juridische elementen van een mogelijke geharmoniseerde Europese belastinggrondslag voor ondernemingswinsten,

Een andere belangrijke Europese ontwikkeling in dit verband is het door de Europese Commissie in 2005 naar voren gebrachte plan om op kleine schaal een home state taxation in te voeren als proef binnen het MKB.<sup>140</sup>

Ook Juch pleit voor een (snelle) invoering van een Europese oplossing.<sup>141</sup> Ik sluit mij daarbij aan. Het gaat hier namelijk om een probleem dat de bevoegdheid en de armlengte van de Nederlandse wetgever overtreft. Het is een internationaal probleem dat een internationale aanpak vereist en in ieder geval een Europese. Immers niet alleen Nederland maar ook andere landen worstelen met eenzelfde probleem.

In het Bolkestein-rapport wordt geconcludeerd dat grensoverschrijdende verliesverrekening een groot probleem is binnen de EU en in de meeste gevallen tot dubbele heffing leidt. Volgens de EG-commissie is het eerder regel dan uitzondering dat verliezen van dochtermaatschappijen niet en verliezen van vaste inrichtingen wel verrekenbaar zijn met de winsten van de moedermaatschappij/het hoofdhuis.<sup>142</sup> Dit probleem wordt al lange tijd onderkend, maar tevens wordt daarbij onderkend dat het oplossen daarvan lastig is. In 1990 heeft de EG-commissie een richtlijnvoorstel gedaan rondom de grensover-

140 Voor een uitgebreide uiteenzetting omtrent 'communication from the commission to the council, the European parliament and the European economic and social committee', COM (2006) 157 final.

141 D. Juch, *Op weg naar een Europese vennootschapsbelasting*, Afscheidsrede Universiteit van Tilburg, Kluwer, Deventer 2002.

142 Commission Staff Working Paper, *Company Taxation in the Internal Market*, COM (2001) 582 final, p. 15.

schrijdende verliesverrekening.<sup>143</sup> Maar deze richtlijn is nimmer in daadwerkelijke regelgeving omgezet.

Naar aanleiding van het Bolkestein-rapport stelt de EG-commissie voor om het oude voorstel in te trekken en vanaf 2002 met de lidstaten in overleg te treden met betrekking tot de technische aspecten van een mogelijke oplossing voor dit probleem. Tot op heden is echter nog geen verdere voortgang geboekt en zullen de oplossingen (nog steeds) van de nationale wetgevers(s) dienen te komen. In dat kader moet ook het onderhavige onderdeel worden gelezen, evenals de door de mij in het ontwerp OWB meegenomen oplossing voor dit probleem.

In dit verband is het ook interessant om de reeds veel besproken<sup>144</sup> Marks & Spencer-casus te noemen. In deze zaak<sup>145</sup> heeft de UK High Court of Justice prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EG betreffende de vraag of de Britse regel, dat verliezen van een binnenlandse dochtermaatschappij wel verrekend mogen worden met de winsten van een binnenlandse moedermaatschappij en de verliezen van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij niet, in strijd is met de vrijheid van vestiging.<sup>146</sup> Het Hof van Justitie EG heeft deze vragen, kort gesteld, als volgt beantwoord. Het niet toestaan van verrekening van verliezen geleden door de buitenlandse dochter met de winsten van de binnenlandse moeder, is in strijd met de vrijheid van vestiging. Er zijn echter rechtvaardigingsgronden, zij het dat hierbij een beperking door het Hof van Justitie EG wordt aangebracht. Indien de buitenlandse dochtermaatschappij op geen enkele wijze haar verliezen kan compenseren, is het in strijd met de EU-verdragsvrijheden om deze compensatie evenmin in de woonstaat toe te staan. Voor de Nederlandse wetgeving lijkt hiermee de druk van de ketel te zijn genomen. De aanvankelijke angst dat het fiscale-eenheidsregime, waarbij buitenlandse dochters (zonder vaste inrichting in Nederland) geen deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid, strijdig is met EG-recht is geen werkelijkheid geworden. De verliezen van een buitenlandse dochter kunnen in de Nederlandse wetgeving 'altijd' worden verrekend namelijk op grond van de liquidatieverliesregeling.<sup>147</sup>

Dit liquidatieverlies is evenwel een ander soort verlies dan de 'gewone' ondernemingsverliezen. Ik merkte dit al op bij de bespreking van de conclusie van AG-Wattel in het Bosal Holding-arrest. Het is naar mijn mening dus nog maar de vraag of de mogelijkheid van het nemen van liquidatieverlies bij een deelneming voldoende is om te stellen dat geen sprake is van strijdigheid met het EG-recht.

## 4.6 WIJZIGEN VAN RECHTSVORM

### 4.6.1 Inleiding

De ontbrekende rechtsvormneutraliteit doet zich niet alleen voor bij de keuze voor een rechtsvorm bij aanvang van een onderneming, maar ook bijvoorbeeld bij het wijzigen van een rechtsvorm, de samenwerking met andere ondernemingen en het vormen van een concern. In de navolgende paragrafen zal aan deze onderwerpen aandacht worden besteed en beoordeeld worden in hoeverre de ontbrekende rechtsvormneutraliteit bij dergelijke bedrijfsbeslissingen een rol speelt. In deze paragraaf wordt begonnen met de problematiek van de wijziging van de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven. Een logisch gevolg van het feit dat de huidige wijze van winstbelasting een gebrek aan rechtsvormneutraliteit vertoont, is dat een dergelijke verandering van rechtsvorm bepaalde (andere) fiscale gevolgen met zich brengt. Het winstbelastingstelsel dat wordt

143 COM (90) 595 en verder uitgewerkt in COM (97) 495.

144 Zie onder meer M. Alioua, 'De Marks en Spencer-uitspraak: de relevantie voor de fiscale eenheid in Nederland', *WFR* 2004/286, D. Weber, 'Het Bosal Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen', *WFR* 2003/1844.

145 HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446/03, *NFR* 2005/1718.

146 Het Report for the hearing in de Marks & Spencercasus heeft op 1 februari 2005 plaats gehad.

147 Zie ook E.C.C.M. Kemmeren, 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', *WFR* 2006/211.

verlaten als gevolg van de wijziging van de rechtsvorm, kent andere regels dan het winstbelastingstelsel dat wordt binnengetreden. Bij de omzetting kunnen zich dientengevolge diverse problemen voordoen omdat het oude en het nieuwe stelsel niet op elkaar aansluiten. Met name dreigt op dat moment claimverlies voor de fiscus dan wel dubbele heffing bij de ondernem(ing)(er).

De fiscale wetgeving bevat diverse regels om de verwisseling van de juridische jas van de rechtsvorm zo soepel mogelijk te laten verlopen. In de navolgende twee onderdelen wordt ingegaan op de omzetting van particuliere onderneming naar rechtspersoon en vice versa.

#### 4.6.2 Van particuliere onderneming naar rechtspersoon (inclusief de mogelijkheid om te opteren voor rechtspersoonlijkheid)

Op het moment dat een particuliere onderneming wordt omgezet in een VPB-plichtig lichaam, zal dit tal van fiscale gevolgen met zich brengen. Hoofregel is dat bij een dergelijke omzetting de particuliere onderneming wordt gestaakt met als gevolg dat over de aldus gerealiseerde stakingwinst dient te worden afgerekend. Vervolgens zal de onderneming met een schone lei starten onder de Wet VPB 1969. De bijbehorende participaties in het VPB-plichtige lichaam worden tot de grondslag van box 2 of box 3 gerekend.

In werkelijkheid wordt bij een dergelijke omzetting echter in het geheel geen winst gerealiseerd. De ondernemer beschikt dientengevolge ook niet over de financiële middelen om de fiscale claim ter zake van de (fictief) gerealiseerde stakingwinst te voldoen. Door de omzetting in een andere rechtsvorm komt deze particuliere onderneming, voor wat betreft zijn cashflowsituatie, mogelijk in een ongunstige positie te zitten.

De wetgever heeft dergelijke nadelige gevolgen voorzien en daarvoor de fiscaal geruisloze omzettingfaciliteit geïntroduceerd.<sup>148</sup> Indien een groot aantal (standaard)voorwaarden vervuld zijn, kan een particuliere onderneming fiscaal geruisloos worden omgezet in een BV of een NV. Ondanks deze tegemoetkoming zijn de belemmerende fiscale gevolgen bij omzetting van een particulier in een rechtspersoon mijns inziens niet geheel weggenomen. Onder de huidige wetgeving moet de omzettende onderneming zich immers beroepen op een faciliteit (art. 3.65 Wet IB 2001) en zich conformeren aan de in dat kader gestelde toepassingsvoorwaarden. In een situatie dat het winstbelastingstelsel voor iedere onderneming gelijk is, ongeacht de rechtsvorm, zal daarentegen de wijziging van de rechtsvorm fiscaal een non-event zijn. Immers het maakt voor de belastingheffing geen verschil welke rechtsvorm de onderneming heeft, voldoende is dat er sprake is van een onderneming.

Daar komt bij dat de geruisloze omzettingmogelijkheid niet voor iedere rechtsvorm openstaat. Een particuliere onderneming kan bijvoorbeeld niet geruisloos worden omgezet in een coöperatie.<sup>149</sup> Voorts staat art. 3.65 Wet IB 2001 slechts voor bepaalde particuliere ondernemers open. Enkel de echte ondernemer en onder omstandigheden de medegerechtigde kunnen hiervan gebruikmaken. Belangrijkste voorwaarde voor toepassing van art. 3.65 Wet IB 2001 door een medegerechtigde is dat de medegerechtigde rechtstreeks voortvloeit uit de oorspronkelijke gerechtigheid als *ondernemer*. Anders gezegd, de geruisloze inbreng van een medegerechtigde staat enkel open voor de voormalig 'gewone' vennoot die op enig moment is teruggetreden uit zijn beheersfunctie en als commandiet is achtergebleven. Commandieten die voorheen niet als 'gewone' vennoot kwalficeerden, kunnen hun subjectieve onderneming als gevolg van deze bepaling niet geruisloos omzetten in bijvoorbeeld een BV. Deze regeling behelst dus een verschil in behandeling van eenzelfde rechtsvorm, waarbij de oorspronkelijke hoedanigheid van de ondernemer doorslaggevend is. Voor de commandiet – oud-beherend vennoot – staat de geruisloze omzettingfaciliteit wél open en voor de commandiet die geen 'gewone' vennoot is geweest, niet. Anders gezegd: een CV die altijd een CV is geweest zal voor het commanditaire gedeelte – ten aanzien van de commandieten – geen toegang hebben tot

148 Deze faciliteit is in het huidige winstbelastingstelsel verankerd in art. 3.65 Wet IB 2001.

149 A. Harlaar, 'De eigenaarcoöperatie als rechtsvorm voor de onderneming', *FED* 1995/520.

art. 3.65 Wet IB 2001 en bijvoorbeeld een VOF die is omgezet in een CV daarentegen wel.<sup>150</sup>

De verschillende behandeling, zoals vorenstaand beschreven, kan naar mijn mening als volgt worden verklaard. Een natuurlijk persoon die als commandiet in een onderneming deelneemt, neemt een andere positie in dan een beherend vennoot in een VOF, bijvoorbeeld met betrekking tot de aansprakelijkheid voor ondernemingsschulden. Dergelijke verschillen zijn voor de wetgever aanleiding geweest om de geruisloze omzettingfaciliteit wel voor beherend vennoten doch niet voor commandieten open te stellen. Indien daarentegen de entiteit, d.w.z. de onderneming, als uitgangspunt wordt genomen, is er voor dit verschil in fiscale behandeling mijns inziens geen rechtvaardiging. Immers, in beide gevallen is er sprake van een materiële onderneming, die als zodanig wordt omgezet in een rechtspersoon. Materieel gezien is er dan sprake van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

Tot slot van dit onderdeel merk ik op dat de fiscale begeleiding van het wetsvoorstel tot de invoering van de rechtspersoonlijkheidsoptie voor personenvennootschappen<sup>151</sup>, de verschillen met betrekking tot de fiscale begeleiding van het verwisselen van de rechtsvorm nog meer naar voren brengt. Dit is niet bevorderlijk voor het realiseren van meer (materiële) rechtsvormneutraliteit.<sup>152</sup>

Aanvankelijk hulde de wetgever zich in stilzwijgen over de fiscale gevolgen van dit wetsvoorstel. Bij het verschijnen van de memorie van toelichting werd echter aangegeven dat er fiscale regelgeving werd voorbereid, die de fiscale transparantie van personenvennootschappen in stand zal houden.<sup>153</sup> In de zomer van 2007 is het wetsvoorstel van de begeleidende invoeringswet bekend gemaakt.<sup>154</sup> Hieruit blijkt inderdaad dat het civielrechtelijk mogelijk wordt om de rechtsvorm van de openbare vennootschap en commanditaire vennootschap rechtspersoonlijkheid te verlenen. Fiscaal zal hier evenwel niet bij worden aangesloten. De wetgever beoogt dit te benadrukken onder meer door invoering van de volgende tekst voor art. 3.7 Wet IB 2001:<sup>155</sup>

*Art. 3.7 Openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid*

- 1. Voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen worden bij een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid en bij daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen, de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven toegerekend aan de vennoten als bij een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.*
- 2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing bij een commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid. De eerste volzin vindt geen toepassing bij een open commanditaire vennootschap voor zover het betreft de commanditaire vennoten.*

Natuurlijke personen die vennoot zijn in een zogenoemde openbare vennootschap zullen dus altijd, ongeacht de keuze voor rechtspersoonlijkheid als particuliere ondernemers

150 Na invoering van het wetsvoorstel met betrekking tot Titel 7.13 BW zullen begrippen als de openbare maatschap en VOF vervangen worden door het begrip openbare vennootschap. Voorstel is evenwel om fiscaal geen gevolgen te verbinden aan de invoering van dit wetsvoorstel. Waar hier wordt gesproken over VOF, maatschap of beherend vennoot zal derhalve ná invoering van Titel 7.13 BW gelezen kunnen worden openbare vennootschap en 'vennoot'. Kamerstukken II, 2006-2007 en 2007-2008, 31 065.

151 Voor een uiteenzetting omtrent de civielrechtelijke en fiscale aspecten van dit wetsvoorstel kan onder meer worden verwezen naar het Themanummer van het WPNR, nr. 6723, jaargang 138 alsmede het Themanummer 'Personenvennootschapsrecht in beweging', WFR nr. 6729, p. 807-849.

152 Bij de Tweede Kamer is het wetsvoorstel 'vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijke Wetboek' ingediend. Dit wetsvoorstel bevat de mogelijkheid voor samenwerkingsverbanden om te opteren voor rechtspersoonlijkheid. Maatschappen zijn van deze keuzemogelijkheid uitdrukkelijk uitgesloten. Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746.

153 Overigens stelt de wetgever voor om bij de heffing van overdrachtsbelasting wel de rechtspersoonlijkheid te volgen.

154 Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW, Kamerstukken II, 2006-2007 en 2007-2008, 31 065.

155 Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW, Kamerstukken II, 2006-2007 en 2007-2008, 31 065, nr. 2, p. 15.

worden belast in de IB, in tegenstelling tot aandeelhouders in een BV die met het gecombineerde AB-VPB-regime geconfronteerd zullen worden. Zijn de vennoten lichamen dan zullen ook zij rechtstreeks belast worden voor de winst behaald door de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Hiertoe wordt onder meer een wijziging van de tekst van art. 8, lid 3, Wet VPB 1969 voorgesteld.

Mijns inziens is met betrekking tot dit wetsvoorstel sprake van een gemiste kans van de wetgever om de winstbelasting aan een onderzoek gericht op het ontbreken van rechtsvormneutraliteit te onderwerpen. Door te kiezen voor de oplossing dat fiscaalrechtelijk geen waarde wordt gehecht aan het opteren voor rechtspersoonlijkheid, blijven de heffingsverschillen voor de diverse rechtsvormen in stand. Sterker nog deze worden zelfs onderstreept. Immers fiscaal ontstaat nu de situatie dat participanten in een rechtspersoon ofwel het regime deelachtig worden dat bestaat uit de heffing van VPB en AB in box 2 Wet IB 2001 ofwel geconfronteerd worden met fiscale transparantie en dientengevolge direct in de heffing van box 1 worden betrokken ondanks de aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid.

Invoering van de civielrechtelijke mogelijkheid om te opteren voor rechtspersoonlijkheid voor personenvennootschappen was (en is) wellicht een goed moment om de fiscale behandeling van ondernemingswinsten aan een integrale (her)overweging te onderwerpen.

#### 4.6.3 Van rechtspersoon naar particuliere onderneming

Art. 14c Wet VPB 1969<sup>156</sup> staat de geruisloze omzetting van een BV in een samenwerkingsverband alleen toe ingeval *alle* aandeelhouders natuurlijke personen zijn. In alle gevallen waarbij een rechtspersoon aandeelhouder is, moet worden afgerekend. Fiscaalrechtelijk wordt op dit punt dus onderscheid gemaakt tussen een VPB-plichtig lichaam met alleen natuurlijke personen als aandeelhouder dan wel met één of meer VPB-plichtige lichamen als aandeelhouder. Dit verschil in fiscale behandeling heeft tot gevolg dat bij geruisloze terugkeer de persoon van de aandeelhouder van belang wordt en zonodig gewijzigd dient te worden.

Voorts heeft de wijze waarop de faciliteit wettelijk is vormgegeven, veel kritiek gekregen. Deze kritiekpunten worden hier niet behandeld.<sup>157</sup> Volstaan wordt met de opmerking dat een faciliteit als de geruisloze terugkeer niet nodig zou zijn als er (formele en) materiële rechtsvormneutraliteit in de winstbelastingssystematiek zou bestaan. Immers ingeval elke onderneming fiscaal gelijk wordt behandeld ongeacht haar rechtsvorm, zou het verwisselen van rechtsvorm geen fiscale consequenties met zich brengen. Fiscale regelingen die opkomen tegen mogelijk claimverlies bij dergelijke wisselingen van rechtsvorm, zijn dan overbodig.

#### 4.6.4 Conclusie

Mijns inziens is de conclusie gerechtvaardigd dat met betrekking tot de fiscale behandeling van het verwisselen van de rechtsvorm, rechtsvormneutraliteit (nog) van belang is. Enerzijds worden de problemen bij de omwisseling veroorzaakt door het feit dat het winstbelastingstelsel in zijn geheel niet rechtsvormneutraal is, anderzijds geldt dat de fiscale faciliteiten die deze problemen trachten te verzachten, niet voor iedere onderneming gelijk zijn.

Ik sluit deze conclusie af met de opmerking dat bij volledige rechtsvormneutraliteit de noodzaak voor fiscale regelgeving bij rechtsvormwisseling niet meer zou bestaan.

156 Art. 14c Wet VPB 1969 vormt het hoofdartikel van deze faciliteit, welke vervolgens in een aantal artikelen in de Wet IB 2001 verder is geregeld. Bijvoorbeeld art. 4.42a Wet IB 2001 en art. 3.54a Wet IB 2001.

157 O.a. J. Doornebal, 'Geruisloze overgang naar een BV en geruisloze terugkeer uit een BV', *WFR* 2000/1178 en S. Verver/N. Idsinga, 'De "geruisloze" terugkeer uit de BV', *Ondernemingsrecht* 2000/16, p. 461-467.

## 4.7 CONCERNOPBOUW

### 4.7.1 Inleiding

In de huidige economische dynamiek is het niet ongewoon dat ondernemingen op enig moment besluiten tot concernvorming. De drijfveren kunnen variëren maar zijn in de meeste gevallen terug te brengen tot bedrijfseconomische en civielrechtelijke overwegingen. Belangrijke vraag is of de fiscale wetgeving zich ook bij dit aspect van het ondernemersbeleid laat gelden, anders gezegd: doorkruist de fiscale wetgeving ook de keuze tot concernvorming op gelijke wijze als bijvoorbeeld de keuze voor de rechtsvorm of de wijziging van een eenmaal gekozen rechtsvorm? Doen zich knelpunten voor veroorzaakt door het gebrek aan rechtsvormneutraliteit? In deze paragraaf wordt nader op dit onderwerp ingegaan.

### 4.7.2 Fiscale consequenties van concernvorming door ondernemingen

De fiscale behandeling die gepaard gaat met het opbouwen van een concern tussen ondernemingen, varieert afhankelijk van de rechtsvorm van de tot het concern behorende ondernemingen. Enerzijds wordt dit veroorzaakt door het verschil in fiscaal regime dat op de verschillende rechtsvormen van toepassing is, maar anderzijds door het beperkte toepassingsgebied dat de fiscale wetgever aan bepaalde fiscale maatregelen die de samenwerking trachten te stimuleren, heeft gegeven.

Het belangrijkste onderscheid hierbij is wel de onmogelijkheid van een particuliere ondernemer om het regime van de deelnemingsvrijstelling en het fiscale-eenheidsregime deelachtig te worden. Beide regimes zullen hier besproken worden waarbij uitsluitend de fiscaal ongelijke behandeling van de ondernemingen afhankelijk van de rechtsvorm aan bod zal komen.

#### 4.7.2.1 De deelnemingsvrijstelling

De faciliteit van de deelnemingsvrijstelling is in het huidige winstbelastingstelsel voorbehouden aan VPB-plichtige lichamen. De particuliere ondernemingen zijn van deze faciliteit uitgesloten. De ongelijke fiscale behandeling die hieruit volgt alsmede de nadelige consequenties daarvan, kunnen aan de hand van het volgende voorbeeld worden uitgewerkt.

Ondernemer A drijft een eenmanszaak. In het kader van zijn onderneming koopt A 5% aandelen Groothandel BV, die hij tot zijn ondernemingsvermogen moet rekenen.

Ondernemer A ontvangt een dividend groot € 7.450 dat afkomstig is uit de door Groothandel BV behaalde winst van € 10.000. Over dit dividend zal A maximaal 52% inkomstenbelasting verschuldigd zijn (€ 3.874).<sup>158</sup> Uiteindelijk resteert bij A netto een bedrag van € 3.576. De totale belastingdruk over de brutowinst van de BV bedraagt, met inachtneming van de heffing van VPB (naar een tarief van 25,5%) voor ondernemer A 64,24%. Medeaandeelhouder B houdt eveneens een 5%-belang maar houdt deze via zijn personal holding, die het dividend met toepassing van de deelnemingsvrijstelling ontvangt. Bij uitkering van het desbetreffende dividend door zijn personal holding, is B alsnog 25% inkomstenbelasting in box 2 verschuldigd het dividend ter grootte van € 7.450. In privé ontvangt B 75% van € 7.450 = € 5.587,50. De totale belastingdruk bij B is dan 44,125%.

Het voorbeeld geeft aan dat gelijke gevallen (*i.e.* de situatie van twee ondernemers die een 5% aandelenpakket in hun leverancier houden via hun onderneming) met een ongelijke

158 De invloed van de ondernemersaftrek en de MKB-vrijstelling zijn buiten beschouwing gelaten.

fiscale behandeling worden geconfronteerd. Dit is mijns inziens een onwenselijk resultaat aangezien het de particuliere onderneming in een ongunstigere concurrentiepositie brengt ten opzichte van zijn VPB-plichtige concurrenten. Participeren door een particuliere onderneming in een andere (VPB-plichtige) onderneming is immers fiscaal gezien duurder dan dezelfde participatie door een VPB-plichtig lichaam.

Naast de ongelijke belastingdruk, die zich als gevolg van de beperkte toepassing van de deelnemingsvrijstelling manifesteert bij gelijke gevallen, wordt door de beperkte toepassing ook het doel van deze vrijstelling doorkruist. Dit doel dat in de literatuur wel wordt aangeduid als het *ne-bis-in-idem*beginsel<sup>159</sup>, is te voorkomen dat dezelfde winst tweemaal wordt belast.<sup>160</sup>

In het vorenstaande voorbeeld wordt in de situatie van ondernemer A bij de heffing van inkomstenbelasting over de behaalde ondernemingswinst, waartoe het ontvangen dividend behoort, echter in het geheel geen rekening gehouden met de vennootschapsbelasting die reeds eerder bij de onderneming is geheven waarin hij deelneemt. Voor de particuliere ondernemer die participeert in een andere onderneming, bestaat de dubbele heffing die de deelnemingsvrijstelling poogt op te heffen dus nog volledig.

Een andere onmogelijkheid met betrekking tot particuliere ondernemers in relatie tot de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is de onmogelijkheid om de deelnemingsvrijstelling toe te passen indien wordt geparticipeerd in een particuliere onderneming. In de praktijk is hier evenwel geen sprake van een verschil in behandeling dat nadelig uitpakt, zoals uit het navolgende voorbeeld blijkt.

BV Z drijft een aantal fabrieken in Nederland. Ter ondersteuning van zijn afnemers, participeert BV Z elk jaar voor een vast bedrag in een aantal van zijn afnemers. Op enig moment staat BV Z weer voor de investeringskeuze. Ditmaal gaat de keuze tussen de besloten CV A, een particuliere onderneming die door een drietal jonge ondernemers recentelijk is gestart waarin BV Z als commandiet zal participeren, en BV B, een vennootschap die al wat langer meedraait. Bij zijn investeringskeuze laat BV Z de fiscale gevolgen meewegen.

Stel, beide ondernemingen realiseren een winst waarvan € 10.000 aan BV Z ten goede komt. Bij participatie in CV A zal BV Z op grond van de fiscale transparantie rechtstreeks in de heffing worden betrokken voor het door de CV behaalde winstdeel waarop BV Z recht heeft. Bij BV Z zal hierover 25,5% VPB worden geheven zodat netto € 7.450 resteert.

Bij participatie in BV B zal over de BV B behaalde winst 25,5% worden geheven. Van de € 10.000 resteert dan € 7.450 voor uitdeling. Op het moment dat BV B over gaat tot winstuitdeling aan BV Z zal als gevolg van de deelnemingsvrijstelling (mits sprake is van een deelneming) geen VPB meer worden geheven. In beide gevallen wordt dus over de behaalde winst van € 10.000 25,5% geheven en bedraagt het nettoresultaat van BV Z € 7.450.

159 Ook wordt in de literatuur wel een andere gedachte naar voren gebracht, de deelnemingsgedachte (ook wel de verlengstukgedachte genoemd). Welk van beide beginselen nu het leidende beginsel voor de deelnemingsvrijstelling is, laat ik hier buiten beschouwing. Verwezen wordt naar onderdeel 8.2.6.

160 De Hoge Raad heeft dit bijvoorbeeld in het aankoopkostenarrest in r.o. 3.3 als volgt verwoord: 'De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat ter zake van de door de dochtervennootschap gegenereerde winst tweemaal vennootschapsbelasting wordt geheven, namelijk eerst bij de dochtervennootschap over de door haar behaalde winst, en nadat die winst is uitgekeerd aan de moedervennootschap, bij deze laatste over de aan haar uitgekeerde winst. De werking van de deelnemingsvrijstelling is te vergelijken met een belastingheffing als ware de dochter met de moeder geconsolideerd', HR 24 mei 2002; V-N 2002/27.13, NTFR 2002/742, BNB 2002/262.

Het voorbeeld geeft aan dat er feitelijk gezien geen sprake is van een verschil in fiscale behandeling indien geparticipeerd wordt in een particuliere onderneming door een VPB-plichtige onderneming in vergelijking met een investering in een onderneming die door een BV wordt gedreven.

Conclusie van dit paragraafonderdeel is dat het gebrek aan rechtsvormneutraliteit zich in de huidige wetsystematiek feitelijk uitsluitend manifesteert met betrekking tot het deelnemen door een particuliere onderneming in een VPB-plichtige onderneming.

#### 4.7.2.2 *De fiscale eenheid*

Ondernemingen die al verregaand met elkaar verbonden zijn, kunnen besluiten om hun concern (fiscaal) vorm te geven in de vorm van een fiscale eenheid in de zin van art. 15 e.v. Wet VPB 1969. Op grond van deze wettelijke regeling worden de fiscale-eenheidsmaatschappijen fiscaal geacht te zijn opgegaan in hun moedermaatschappij zonder daarbij hun subjectieve belastingplicht te verliezen.

Deze opgaan-in-gedachte brengt een aantal voordelen met zich, als gevolg waarvan het fiscale-eenheidsregime een populair fiscaal instrument is gebleken. Het fiscale-eenheidsregime en de daaruit voortvloeiende voordelen staan evenwel niet voor alle ondernemingsvormen open. In art. 15, lid 3, onderdeel d en e, Wet VPB 1969 heeft de wetgever limitatief opgesomd, welke rechtsvormen voor toepassing van deze faciliteit in aanmerking komen. Stichtingen, verenigingen en fondsen voor gemene rekening, alsmede particuliere ondernemingen, zijn daarvan uitgesloten.

In de praktijk ontstaat er naar mijn mening door deze limitatieve opsomming een verschil in behandeling tussen bijvoorbeeld BV's die met elkaar in een concern zijn verbonden en de beperkt belastingplichtigen die een onderneming drijven, bijvoorbeeld een vereniging. Deze laatste beschikken immers over minder mogelijkheden om het samenwerkingsverband fiscaal gunstig in te richten dan de eerste.

#### 4.7.3 **Conclusie**

Concluderend kan worden opgemerkt dat de toepassing van zowel het fiscale-eenheidsregime als de deelnemingsvrijstelling wordt gekenmerkt door een gebrek aan rechtsvormneutraliteit. Bepaalde ondernemingen (particuliere ondernemingen in het bijzonder) zijn van dergelijke fiscale faciliteiten uitgesloten.

### 4.8 **OVERDRACHT, FUSIE EN SPLITSING**

#### 4.8.1 **Inleiding**

Naast de fiscaal ongelijke behandeling van ondernemingen afhankelijk van de rechtsvorm met betrekking tot de concernvormingsregels, is er sprake van een fiscaal ongelijke behandeling met betrekking tot het samenvoegen en overnemen van ondernemingen. Er zijn, gelijk als bij concernvorming, verschillende bedrijfseconomische redenen waarom een ondernemer besluit tot fusie, overdracht of splitsing.

De belangrijkste ongelijke behandeling in dit opzicht volgt uit de systematiek van het huidige winstbelastingstelsel zelf. Dit systeem maakt het voor een aantal VPB-plichtige ondernemingen mogelijk om de onderneming geheel of gedeeltelijk over te dragen onder een fiscaal gunstigere regeling dan bij de gehele of gedeeltelijke overdracht van een particuliere onderneming.

Oorzaak vormt het uitgangspunt dat de vennootschapsbelasting wordt geheven van het lichaam zelf zonder rekening te houden met de achterliggende personen. Indien de onderneming van een VPB-plichtig lichaam wordt overgedragen, zal belastingheffing over de te realiseren stille en fiscale reserves, alsmede eventuele goodwill, in eerste instantie enkel plaatsvinden op het niveau van het lichaam. De aanvullende heffing van inkomstenbelasting bij de achterliggende natuurlijk personen in aanmerkelijkbelangsituaties zal uitblijven zolang het belang in het VPB-plichtige lichaam niet wordt vervreemd. Wordt daaren-



tegen een particuliere onderneming overgedragen, dan zal dit direct leiden tot volledige belastingheffing over de ondernemingswinst in box 1. Dit verschil wordt veroorzaakt door de verschillende heffingssystematiek van de beide wetten.

Een ander probleem is dat samenwerking tussen ondernemingen met verschillende rechtsvormen onder bepaalde omstandigheden fiscaal niet aantrekkelijk kan zijn. Door het samenvoegen van verschillende rechtsvormen wordt er namelijk buiten de grenzen van de specifiek op deze rechtsvormen van toepassing zijnde fiscale regimes getreden, hetgeen tot distorties kan leiden omdat de heffingsstelsels niet op elkaar aansluiten. In de fiscale wetgeving zijn wel regels opgenomen die dergelijke aansluitingsproblemen trachten op te lossen, maar zoals hierna zal worden betoogd, is ook op dit punt geen sprake van een rechtsvormneutrale behandeling.

In dit onderdeel wordt nader ingegaan op de verschillen in fiscale begeleiding, afhankelijk van de rechtsvorm van de onderneming, met betrekking tot fusies en overnames en de daaruit voortvloeiende maatschappelijke gevolgen.

#### 4.8.2 Overdracht van een onderneming

Het belangrijkste fiscale verschil met betrekking tot de overdracht van een onderneming komt naar voren indien de overdracht van de onderneming in de IB-sfeer wordt vergeleken met een overdracht van de onderneming in de VPB-sfeer. Uitgangspunt bij de overdracht van een particuliere onderneming is dat de onderneming geacht wordt te zijn gestaakt. De aldus gerealiseerde stakingswinst zal tot de grondslag van box 1 worden gerekend en als zodanig belast worden tegen het progressieve inkomstenbelastingtarief met als maximum het 52%-tarief. Indien recht bestaat op toepassing van de MKB-winstvrijstelling (art. 3.79a Wet IB 2001), zal dit nog verlaagd worden tot een belastingdruk van 46,8%. Uitgangspunt bij de overdracht van een onderneming in de VPB-sfeer is dat er twee mogelijke vormen van overdracht bestaan en dat deze beide worden gekenmerkt door een fiscaal voordeligere behandeling dan de overdracht in de IB-sfeer.

De eerste mogelijkheid is de directe overdracht van de onderneming. Hiermee wordt bedoeld dat de materiële onderneming door de rechtspersoon wordt overgedragen en dat de aandelen in deze rechtspersoon in dezelfde handen blijven. Bij een dergelijk directe overdracht van de onderneming zal er afgerekend dienen te worden over de bij de overdracht gerealiseerde capital gains. Deze overdrachtwinst zal 'slechts' belast zijn tegen het 25,5% VPB-tarief in tegenstelling tot het eerder genoemde 52%-tarief bij de overdracht van een IB-onderneming. Deze voordelige behandeling wordt wel deels gecompenseerd door de latente aanmerkelijkbelangclaim, die rust op de waarde van de aandelen in deze rechtspersoon.

De tweede overdrachtsmogelijkheid is de indirecte overdracht door de aandelen in de vennootschap die de onderneming drijft te vervreemden in plaats van de materiële onderneming zelf. Op het niveau van de onderneming zelf is dan in het geheel geen belasting verschuldigd. Wel zal er 25% inkomstenbelasting verschuldigd zijn ter zake van de eventueel gerealiseerde aanmerkelijkbelangwinst bij de overdracht van de aandelen. Ook hier is naar mijn mening dus sprake van een niet-neutrale fiscale behandeling.

Overigens heeft de wetgever wél oog gehad voor de nadelige gevolgen die de fiscale afrekening bij overdracht van een IB-onderneming met zich brengt. Hij heeft in de inkomstenbelasting de mogelijkheid geopend om onder bepaalde voorwaarden een onderneming geruisloos over te dragen.<sup>161</sup> Zo is het een particuliere ondernemer onder voorwaarden toegestaan om zijn particuliere onderneming geruisloos over te dragen aan medeondernemers.<sup>162</sup> De achtergrond voor deze maatregel wordt in het bijzonder gevoed door de bedreiging van de continuïteit van de onderneming.

161 Bijvoorbeeld op grond van art. 3.63 Wet IB 2001.

162 De regeling houdt kort gezegd in dat fiscale afrekening zal uitblijven bij overdracht van de onderneming aan een persoon die reeds actief betrokken is bij de onderneming en welke overnemer aan een aantal cumulatieve voorwaarden heeft voldaan.

Deze verzachtingsmaatregel is echter, in het bijzonder in de uitvoering, niet zonder bezwaren<sup>163</sup> en tevens beperkt in zijn toepassingsbereik. Het geldt immers alleen voor kwalificerende medeondernemers of werknemers. Daar komt dan weer bij dat een dergelijke 'doorschuifmogelijkheid' niet bestaat voor de aanmerkelijkbelanghouders. Tot slot merk ik op dat de bevoorrechte positie van de VPB-plichtige ondernemingen nog wordt versterkt door de mogelijkheid om een holdingstructuur op te zetten. Een mogelijkheid die voor particuliere ondernemingen niet bestaat. Een holdingstructuur heeft als groot voordeel dat bij de overdracht van de aandelen in het lichaam dat de onderneming drijft, in het geheel geen belasting verschuldigd zal zijn. Oorzaak is de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.<sup>164</sup>

Samenvattend merk ik op dat voor wat betreft de fiscale begeleiding van de overdracht van een onderneming, de vennootschapsbelasting een gunstiger beeld schetst dan de inkomstenbelasting. De oorzaak voor deze bevoordeling kan worden gevonden in de fiscaal verschillende behandeling van deze verschillende rechtsvormen, anders gezegd in het gebrek aan rechtsvormneutraliteit dat het huidige winstbelastingstelsel kenmerkt.

#### 4.8.3 Fusievormen

Het is denkbaar dat een ondernemer zijn onderneming niet wil overdragen, maar deze wil fuseren met een andere onderneming. Uitgangspunt bij het fuseren van ondernemingen is afrekening op een wijze zoals in het vorenstaande onderdeel met betrekking tot de overdracht van een onderneming is uiteengezet. Dit geldt zowel voor de particuliere ondernemingen als voor de VPB-plichtige ondernemingen.

De wet bevat echter bepalingen die het mogelijk maken om onder voorwaarden de onderneming fiscaal geruisloos te fuseren. Deze faciliteiten zijn evenwel voorbehouden aan VPB-plichtige ondernemingen. Vraag is of het fiscaal wél begeleiden van een fusie door VPB-plichtige lichamen en het geheel niet fiscaal begeleiden van fuserende IB-ondernemingen kan worden gerechtvaardigd of dat op dit punt sprake is van een (ongewenst) gebrek aan rechtsvormneutraliteit.

Over de verschillende toepassing van de aandelenfusiefaciliteit kan ik kort zijn. Gelet op het feit dat een particuliere onderneming geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft, bestaat voor een dergelijke faciliteit mijns inziens met betrekking tot de particuliere ondernemingen geen noodzaak. Het ontbreken daarvan is derhalve niet terug te voeren tot een (ongewenst) gebrek aan rechtsvormneutraliteit in de fiscale winstbelasting. Voor wat betreft de bedrijfsfusiefaciliteit is de conclusie anders. Verdedigbaar is dat hier wel sprake is van een ongerechtvaardigd verschil in fiscale behandeling afhankelijk van de rechtsvorm.

Stel ondernemer A en ondernemer B drijven ieder afzonderlijk een eenmanszaak. Zij zijn voornemens om de eenmanszaak van ondernemer B te fuseren

163 Bijvoorbeeld de eis dat de overdragende ondernemer ten minste gedurende een aantal jaar met de overnemer heeft samengewerkt (als werknemer of als mede-ondernemer). De wetgever heeft deze eis voorgesteld met het oog op de continuïteit van de onderneming en de kennisoverdracht die in deze termijn gerealiseerd kan worden. Ingeval de overdragende ondernemer daar geen zin in heeft, rest hem niets anders dan af te rekenen over de bij de overdracht gerealiseerde stakingswinst. Voorts is het zo dat deze faciliteit niet voor iedere particuliere ondernemer openstaat. De faciliteit staat bijvoorbeeld niet open voor overdragende commandieten die niet voorheen als beherend vennoot kwalificeerden. Als voorbeeld wordt in de memorie van toelichting genoemd de beherend vennoot die commandiet wordt en na een aantal jaren geruisloos zijn onderneming overdraagt aan de beherend vennoot van de CV. Zie ook onderdeel 4.6.2 van dit hoofdstuk en de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel Wet Inkomstenbelasting 2001, Kamerstukken II, 1998-1999, 26 727, nr. 3, p. 119. Het kan dus niet van commandiet naar commandiet of van beherend vennoot naar commandiet, maar wel van commandiet naar de beherend vennoot.

164 Zie hiervoor onderdeel 4.7.2a.

met de onderneming van A. Na deze fusie zal er een VOF A-B bestaan waarin A en B ieder voor de helft gerechtigd zullen zijn.

Deze samenvoeging van twee persoonlijke ondernemingen in een personenvennootschap wordt voor de inkomstenbelasting behandeld als een overdracht van beide ondernemers van de helft van hun ondernemingsvermogen.<sup>165</sup> Deze beide 'gedeeltelijke' overdrachten zullen in beginsel op grond van de wettelijke regeling tot een afrekening over de alle (gerealiseerde) meerwaarden leiden.<sup>166</sup> Indien A en B hun ondernemingen evenwel in de vorm van een BV drijven, is het mogelijk om met toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit van art. 14 Wet VPB 1969 belastingheffing uit te stellen.

In beide gevallen gaat het om het samenvoegen van ondernemingen waarbij de overdragende ondernemer een belang krijgt in de overnemende onderneming. Deze feitelijk gelijke gevallen worden evenwel fiscaal ongelijk behandeld als gevolg van de rechtsvorm, hetgeen naar mijn mening een ongerechtvaardigd verschil in fiscale behandeling met zich brengt.

Tot slot de faciliteit van de juridische fusie. Het is denkbaar dat in de fiscale begeleiding daarvan is aangesloten bij de beperkte civielrechtelijke reikwijdte van deze faciliteit. Toch geldt hier naar mijn mening wel dat, gelijk als bij de bedrijfsfusiefaciliteit, fiscaal sprake is van een ongelijke behandeling. De civielrechtelijke onmogelijkheid van een juridische fusie bij niet rechtspersoonlijkheid bezittende ondernemingen, kan evenwel als een rechtvaardiging voor dit fiscale verschil gelden.

Rechtsvormneutraliteit kan in dit geval worden bereikt door iedere onderneming ongeacht zijn rechtsvorm de mogelijkheid te bieden om onder voorwaarden fiscaal geruisloos te fuseren, met behoud van de claim voor de fiscus door de fiscale boekwaarden door te schuiven. Bij toepassing van deze fusiefaciliteit(en) dient wel te worden aangesloten bij het karakter van de onderneming. Gelet op het karakter van de particuliere onderneming is het openstellen van de bedrijfsfusiefaciliteit mijns inziens voldoende om de gewenste neutraliteit te bereiken. Feitelijk komt dit namelijk neer op het hebben van een mogelijkheid voor de onderneming om fiscaal geruisloos te fuseren, terwijl de civielrechtelijke onmogelijkheid van een juridische fusie tussen particulieren wordt gehonoreerd. Aan de aandelenfusiefaciliteit bestaat geen behoefte.

Wanneer het geheel aan fusiefaciliteiten bij elkaar wordt genomen, kan mijns inziens het volgende worden geconcludeerd. Het feit dat er geen enkele mogelijkheid voor een particuliere ondernemer bestaat om fiscaal geruisloos te fuseren, terwijl VPB-plichtige ondernemingen die faciliteiten wel hebben, is naar mijn mening een verschil dat wordt veroorzaakt door een gebrek aan rechtsvormneutraliteit. Zoals is betoogd, betreft het dan met name het verschil in toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit, wat mijns inziens een ongewenste niet rechtsvormneutrale behandeling bewerkstelligt. Het ontbreken van een juridische fusie kan mijn inziens namelijk worden verklaard vanuit civielrechtelijke regelgeving.

#### 4.8.4 Juridische splitsing

Rode draad in het voorgaande onderdeel was dat het voor bereiken van rechtsvormneutraliteit met betrekking tot de fusiefaciliteiten noodzakelijk is dat iedere onderneming de mogelijkheid heeft om fiscaal geruisloos te fuseren op een wijze die bij het karakter van de onderneming en zijn rechtsvorm past. Conclusie luidde dat het ontbreken van een bedrijfsfusiefaciliteit en een juridische fusiefaciliteit voor particuliere ondernemingen dientengevolge tot een gebrek aan rechtsvormneutraliteit leidde. Verdedigd is dat deze

165 Zie onder meer HR 6 oktober 1971, *BNB* 1971/242 en HR 28 september 1955, *BNB* 1955/343.

166 In de praktijk zijn wel mogelijkheden ontwikkeld om afrekening te voorkomen zoals bijvoorbeeld het voorbehouden van stille reserves. Echter, deze in de praktijk ontwikkelde structuren zijn erg gecompliceerd.

ongelijke fiscale behandeling feitelijk zou kunnen worden ondervangen indien particuliere ondernemers de mogelijkheid krijgen voor een bedrijfsfusie.

Wat betreft de juridische splitsingsfaciliteit geldt mijns inziens eveneens dat geen sprake is van een fiscaal neutrale behandeling gelet op de rechtsvorm van de onderneming. Immers, particuliere ondernemingen beschikken niet over de mogelijkheid en rechtspersonen wél om fiscaal geruisloze te splitsen. Met betrekking tot de vraag of hier sprake is van een fiscaal ongewenst verschil in behandeling strijden twee uitgangspunten met elkaar. Om te beginnen de gedachte dat fiscaal zo veel als mogelijk de civiele wetgeving dient te worden gevolgd. Dit betekent dat als er civielrechtelijke verschillen zijn deze verschillen ook tot een fiscaal verschillende behandeling kunnen leiden. Daar staat tegenover het streven om iedere onderneming fiscaal gelijk te behandelen ongeacht de rechtsvorm. Gelet op het streven van dit onderzoek naar een fiscaal rechtsvormneutrale behandeling heeft dit laatste mijn voorkeur. Naar mijn mening is de wens om fiscaalrechtelijk het civiele recht te volgen in dit geval onvoldoende om de fiscaal ongelijke behandeling te rechtvaardigen. Dit is anders dan vorenstaand is betoogd met betrekking tot de bedrijfsfusie, doch dit verschil kan als volgt worden verklaard. Bij de fusiefaciliteiten bestaat een specifieke fiscale regeling in de vorm van de geruisloze bedrijfsfusie die feitelijk hetzelfde resultaat kan bewerkstelligen als een juridische fusie. Uitbreiding van een bedrijfsfusiefaciliteit naar particuliere ondernemers zou derhalve al een oplossing betekenen voor het gebrek aan rechtsvormneutraliteit. Naast de fiscale begeleiding van de juridische (af)splitsing bestaat niet een vergelijkbare specifieke fiscale faciliteit als een 'bedrijfs(af)splitsingsfaciliteit'. Derhalve kan het gebrek aan rechtsvormneutraliteit bij toepassing van de juridische (af)splitsingsfaciliteit niet ondervangen worden door het uitbreiden van een specifieke fiscale regeling die eenzelfde resultaat bereikt. Om die reden ben ik in dit geval van mening dat de civielrechtelijke regeling wel onvoldoende rechtvaardiging is voor het verschil in behandeling. Oplossing voor het gebrek aan rechtsvormneutraliteit is mijns inziens het creëren van een specifieke fiscale regeling voor particuliere ondernemingen die feitelijk hetzelfde resultaat bewerkstelligt als een juridische splitsingsfaciliteit.

#### 4.8.5 Joint venture

In plaats van te fuseren of de onderneming geheel over te dragen, is het ook mogelijk dat ondernemingen besluiten een deel van hun beider ondernemingen onder te brengen in een (nieuwe) onderneming. Het aangaan van een zogenaemde joint venture is evenwel een aspect waarbij het huidige gebrek aan rechtsvormneutraliteit van het bestaande winstbelastingstelsel om de hoek komt kijken op twee manieren.

Allereerst komt het ontbreken van rechtsvormneutraliteit naar voren bij de keuze van de juridische vorm van de jointventure-entiteit. De ondernemers zullen een keuze moeten uitbrengen voor de rechtsvorm waarin de joint venture zal worden vormgegeven.<sup>167</sup> Verschillende rechtsvormen dienen zich aan voor deze jointventure-entiteit. Over het algemeen genieten de samenwerkingsverbanden (maatschap, VOF en CV) de voorkeur. Na invoering van het wetsvoorstel Titel 7.13 Wet IB 2001 zullen dergelijke samenwerkingsverbanden overigens worden aangeduid als openbare vennootschappen, respectievelijk commanditaire vennootschappen, eventueel met rechtspersoonlijkheid. Zoals eerder als gesteld zal de keuze voor rechtspersoonlijkheid de fiscale behandeling en dan in het bijzonder de fiscale transparantie niet wijzigen.<sup>168</sup> Achtergrond van deze voorkeur vormen de fiscale voordelen die aan deze rechtsvorm zijn verbonden en dan in het bijzonder de fiscale transparantie. Fiscale transparantie bewerkstelligt dat de door het samenwerkingsverband behaalde winst direct bij de achterliggende deelnemers belast wordt volgens het fiscale regime van deze deelnemer. Een negatief resultaat uit samenwerking kan op deze

167 T.P. van Duuren, *De joint venture-vennootschap*, proefschrift d.d.15 november 2002, Center for Company Law, Boom juridische uitgevers, Den Haag 2002, p. 2.

168 Zie te dien einde het voorgestelde art. 3.7 Wet IB 2001 en de nieuwe tekst van art. 8, lid 3, Wet VPB 1969.

wijze direct worden verrekend met de eigen winsten van de deelnemer. Vanuit civielrechtelijk oogpunt zou, gezien de beperking van de aansprakelijkheid, de BV-vorm echter de voorkeur behoren te genieten. Het fiscale stelsel doorkruist dit echter met als gevolg dat ondernemers gehinderd worden bij het maken van de optimale keuze voor hun jointventurevennootschap.<sup>169</sup> Dit wordt met de invoering van de rechtspersoonlijkheidsoptie voor personenvennootschappen niet anders, aangezien de aansprakelijkheid bij het uitoefenen van de optie geen wijziging ondergaat.<sup>170</sup> Het toekennen van fiscale transparantie aan een selectie van rechtspersonen maakt dat sprake is van een fiscaal niet rechtsvormneutrale behandeling.

Het volgende aspect waarbij het ontbreken van een rechtsvormneutrale behandeling naar voren komt in geval van een joint venture, is het verschil in fiscale behandeling tussen de partners in de entiteit afhankelijk van de rechtsvorm. Bijvoorbeeld joint venture met als venoot particuliere ondernemer A en partner B een BV. Indien de joint venture in de vorm van een BV wordt gegoten, zal venoot B recht hebben op de deelnemingsvrijstelling voor voordelen behaald met de participatie. Venoot A zal evenwel geen toegang hebben tot een dergelijke vrijstelling.

Indien voor een samenwerkingsverband wordt gekozen dat fiscaal transparant wordt behandeld, ontstaat ook een verschil in behandeling bij de partners. Immers, iedere jointventurepartner zal in de heffing worden betrokken volgens zijn eigen heffingsstelsel en in het voorbeeld van partner A en B verschilt dat heffingsstelsel.

Kortom, met betrekking tot het vormen van een joint venture is het gebrek aan rechtsvormneutraliteit op twee niveaus zichtbaar. Ten eerste komt het aan de orde bij de keuze voor de jointventure-entiteit waarbij de ene rechtsvorm wel tot fiscale transparantie leidt en de andere niet. Ten tweede komt het tot uiting bij de fiscaal verschillende behandeling van particuliere vennoten in vergelijking tot VPB-plichtige vennoten.

## 4.9 VERSCHILLEN IN WINSTBELASTINGSYSTEMEN

### 4.9.1 Inleiding

Naast verschillen in de verschijningsvormen van de belastingsubjecten en verschillen in de vaststelling van het belastingobject, zijn er ook verschillen in de van toepassing zijnde winstbelastingssystematiek. Een belangrijke oorzaak van de reeds behandelde verschillen begint met het feit dat de fiscale behandeling afhankelijk is van de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven en dat deze fiscale behandeling kan verschillen. Het gemis aan rechtsvormneutraliteit met betrekking tot de van toepassing zijnde fiscale systematiek wordt veroorzaakt door het feit dat het winstbelastingstelsel uit verschillende winstbelastingssystemen is opgebouwd, die voor hun toepassing afhankelijk zijn van de rechtsvorm van de onderneming. Deze verschillen komen onder meer tot uiting in de tariefstelling, het verschil in de manier waarop de bijzondere functie van winst wordt gehonoreerd en de variëteit in winstreserveringsmogelijkheden. In de navolgende onderdelen zal op deze aspecten nader worden ingegaan.

### 4.9.2 Een korte beschrijving van de bestaande verschillende winstbelastingssystemen

Grofweg laat het Nederlandse winstbelastingstelsel zich als volgt indelen. Enerzijds is er het winstbelastingstelsel dat geldt voor ondernemingen die worden gedreven door lichamen. Anderzijds wordt in de vorm van inkomstenbelasting de winst belast die wordt behaald door een particuliere onderneming.

169 T.P. van Duuren, *De joint venture-vennootschap*, proefschrift d.d. 15 november 2002, Center for Company Law, Boom juridische uitgevers, Den Haag 2002, p. 164.

170 Zie o.a. Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 1 e.v.

#### 4.9.2.1 *Het winstbelastingstelsel voor ondernemingen die door een lichaam worden gedreven*

Het winstbelastingstelsel voor ondernemingen gedreven door een lichaam kent een heffing in twee afzonderlijke fasen. Dit zogenoemde klassieke stelsel gaat in zijn zuiverste vorm uit van een zelfstandige belastingheffing over de winst bij lichamen gevolgd door een afzonderlijke belastingheffing bij de achterliggende aandeelhouders/participanten. Het klassieke stelsel en het miskennen van de samenhang tussen de inkomsten- en de vennootschapsbelasting heeft economische dubbele heffing tot gevolg.<sup>171</sup> Een bepaalde bate wordt immers tweemaal aan belastingheffing onderworpen (bij twee verschillende belastingplichtigen), zonder dat er met een mogelijke onderlinge samenhang van deze beide heffingen, rekening wordt gehouden.

Een steeds terugkerende vraag was, gelet op deze dubbele heffing, of er wellicht alternatieven zijn om het klassieke stelsel te vervangen. In de jaren zeventig van de vorige eeuw vormde dit zelfs aanleiding voor een onderzoeksopdracht van het Ministerie van Financiën naar het voor Nederland meest ideale stelsel. Belangrijkste conclusie, opgenomen in de Nota Grapperhaus die naar aanleiding van dit onderzoek verscheen, was dat het klassieke stelsel de beste van alle mogelijkheden was voor dat moment.<sup>172</sup> Ook het rapport Van den Tempel<sup>173</sup> kwam het klassieke stelsel samen met een tweetal andere stelsels (*i.e.* stelsel van dubbel tarief en het verrekeningsstelsel) als de beste mogelijkheid uit de bus. In de praktijk bleek deze keuze voor het klassieke stelsel echter niet geheel vlekkeloos te verlopen. De dubbele druk werd door belastingplichtigen (meer en meer) als knellend ervaren. De wetgever ging om die reden over tot een aantal wetswijzigingen in een poging de dubbele druk op bepaalde punten te mitigeren. Een van de meest omvangrijke en belangrijke wetswijziging in dit kader, is de invoering van het vernieuwde aanmerkelijkbelangregime per 1 januari 1997. Het klassieke stelsel bleef met de invoering van dit stelsel wel in formele zin behouden doch bij de tariefsvaststelling hield de wetgever op een zodanige wijze rekening met de samenhang tussen het IB-tarief en het tarief van de vennootschapsbelasting dat de dubbele druk die ontstaat bij dividenduitkeringen aan een aanmerkelijkbelanghouder<sup>174</sup>, feitelijk werd opgeheven.

De toepassing van het aanmerkelijkbelangregime die de dubbele heffing – veroorzaakt door het klassieke stelsel – feitelijk oplost, is evenwel beperkt tot een specifieke groep belastingplichtigen.<sup>175</sup> Is geen sprake van een aanmerkelijk belang dan zal de participatie tot de grondslag van box 3 worden gerekend. De heffing van inkomstenbelasting zal dan – sinds 1 januari 2001 – jaarlijks plaatsvinden op de grondslag van een forfaitair rendement berekend over de gemiddelde waarde in het economische verkeer van de participatie. Ook dan is er evenwel sprake van een heffing in twee fasen. Eerst wordt de winst bij het lichaam dat de onderneming drijft met vennootschapsbelasting getroffen en tevens wordt de achterliggende participant ter zake van zijn deelname in de heffing van box 3 betrokken. Voor deze groep van belastingplichtigen lijkt het klassieke stelsel derhalve nog in stand te zijn gehouden.<sup>176</sup>

#### 4.9.2.2 *Het winstbelastingregime voor particuliere ondernemingen*

Het winstbelastingstelsel dat wordt toegepast op ondernemingen die gedreven worden door natuurlijke personen, kent slechts een eenmalige heffing tegen een progressief tarief

171 Zie onderdeel 2 van de introductie bij het commentaar OESO-Modelverdrag.

172 Nota Grapperhaus; Zitting 1970-1971, Kamerstuk 10 955, nr. 2.

173 A.J. van den Tempel. *Vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting in de Europese Gemeenschappen 1968*, Bijlage IV bij Kamerstukken II, 1970-1971, 10 955, nr. 2.

174 Kamerstukken II, 1995-1996, 24 761, nr. 3, p. 11-13.

175 Het moet gaan om een kwalificerende participatie in een onderneming die de vorm heeft als genoemd in art. 4.5 Wet IB 2001.

176 In de praktijk wordt hierover verschillend gedacht. Indien men namelijk van mening is dat de vermogensrendementsheffing van box 3 in werkelijkheid een vermogensbelasting is (bijvoorbeeld E.J.W. Heithuis, 'De forfaitaire vermogensrendementsheffing van box III', *TFO* 1999/238) dan is er geen sprake van een klassiek stelsel. De behaalde winst wordt dan immers maar aan één heffing onderworpen.

op het moment dat de winst wordt behaald. Natuurlijke personen die aan de kwalificatievoorwaarden voor ondernemer voldoen in de zin van de Wet IB 2001, worden op het moment dat de winst wordt behaald, in de heffing van box 1 betrokken. Het concrete winstbelastingregime dat van toepassing is op deze particuliere ondernemers, is overigens afhankelijk van de exacte fiscale positie van natuurlijke personen die de onderneming drijft.

Slotsom naar aanleiding van het voorgaande is dat de huidige wijze van winstbelasting wordt gekenmerkt door een tweedeling qua toepasselijk regime.

#### 4.9.3 Tarief en gedeeltelijk heffingsuitstel

Particuliere ondernemers worden, zoals gezegd, voor de ondernemingswinst rechtstreeks in de heffing van box 1 betrokken op het moment dat de winst wordt behaald. In deze box 1 wordt de winst belast tegen een progressief tarief (toptarief van 52% eventueel verlaagd met toepassing van MKB-winstvrijstelling naar 46,8%). VPB-plichtige ondernemingen worden echter voor de door hen behaalde winst belast tegen een tarief van maximaal 25,5%. Pas op het moment dat de VPB-plichtige onderneming de winst uitkeert aan de achterliggende participanten, zal een aanvullende belastingheffing plaatsvinden die de totale belastingdruk op de behaalde winst op een vergelijkbaar niveau brengt met de belastingdruk van de particuliere ondernemer.<sup>177</sup>

De gelijkheid in totale belastingdruk tussen de particuliere ondernemer (onderworpen aan het toptarief) en de DGA, wordt sinds 1 januari 2001 beoogd en gedeeltelijk bereikt als gevolg van de verlaging van het toptarief van box 1. Een van de doelstellingen van deze tariefsverlaging werd gevormd door het daadwerkelijk brengen van meer rechtsvormge-lijkheid binnen het huidige winstbelastingstelsel.

De wetgever is mijns inziens evenwel ten tijde van het invoeren van de Wet IB 2001 slechts ten dele geslaagd in het bereiken van gelijkheid. De tarieven sloten destijds inderdaad per saldo op elkaar aan, doch de heffingsmomenten waarop de tarieven geëffectueerd worden, sluiten niet op elkaar aan.<sup>178</sup> Op het moment dat een particuliere onderneming winst behaalt, zal direct maximaal 52% inkomstenbelasting verschuldigd zijn. Voor de VPB-plichtige onderneming zal op datzelfde moment de winst 'slechts' met een belastingdruk van 25,5% worden geconfronteerd. Zolang deze winst door de VPB-plichtige onderneming niet wordt uitgekeerd, zal de belastingdruk vooralsnog op dit tarief blijven steken. Pas op het moment van winstuitdeling zal de aanvullende (25%) inkomstenbelasting geheven worden, als gevolg waarvan de totale belastingdruk op min of meer gelijke hoogte wordt gebracht als de belastingdruk voor de particuliere ondernemer.

In deze ongelijkheid in heffingsmomenten schuilt een cashflowvoordeel voor de VPB-plichtige onderneming. Deze onderneming zal, zolang de winst niet wordt uitgekeerd, over meer financiële middelen beschikken voor bijvoorbeeld (her)investeringen dan de particuliere onderneming. De VPB-plichtige onderneming houdt na belasting immers meer van de winst over. De particuliere onderneming bevindt zich in zoverre in een minder gunstige positie dan zijn VPB-plichtige concurrent. Indien beide ondernemingen bijvoorbeeld eenzelfde winst hebben behaald en een jaar later eenzelfde investering willen doen, kan dat voor de particuliere ondernemer een duurdere aangelegenheid betekenen. Zijn in vergelijking mindere cashflowpositie (als gevolg van de 52% belasting die hij over zijn winst maximaal verschuldigd is geweest) heeft mogelijk tot gevolg dat de onderneming genoodzaakt is om (een deel van) de voor de investering benodigde middelen ergens

177 Ik beperk mij bij deze behandeling tot die achterliggende natuurlijke personen die als aanmerkelijkbelanghouder in de zin van Hoofdstuk 4 Wet IB 2001 kwalificeren. De participaties die tot het box 3-vermogen behoren, laat ik buiten beschouwing. Het gaat hier met name om de vergelijking van een natuurlijk persoon die een onderneming alleen of gezamenlijk met een beperkt aantal andere natuurlijke personen uitoefent dan wel in de vorm van een VPB-plichtig lichaam.

178 En evenmin sluiten de grondslagen, zoals elders in dit hoofdstuk zal blijken, op elkaar aan.

anders vandaan te halen dan uit de eigen cashflow die gevormd wordt door de nettowinst. Het voor de investering benodigde bedrag dient door de onderneming bijvoorbeeld (deels) geleend te worden.

De vraag of partieel heffingsuitstel door winstreservering juist wel of juist niet door de fiscaliteit bevorderd dient te worden, is een vraag waarover de meningen zijn verdeeld.<sup>179</sup>

De beantwoording valt evenwel buiten de reikwijdte van het onderhavige onderzoek. Voor zover hier van belang is de conclusie gerechtvaardigd dat in de huidige systematiek van winstbelasting de mogelijkheden tot belastinguitstel door winstreservering ongelijk zijn en dat dit niet rechtsvormneutraal uitpakt. In een neutrale situatie zou met betrekking tot de winstbelasting de winstreserveringsmogelijkheid voor iedere onderneming gelijk dienen te zijn ongeacht de rechtsvorm.

#### 4.9.4 Ontkenning van de bijzondere functie van winst als gevolg van de synthetische grondslag van box 1

In nauw verband met het vorenstaande verschil staat de fiscale erkenning van de bijzondere functie van winst en de ontkenning van deze functie voor bepaalde ondernemingen, door het huidige winstbelastingstelsel. Het feit dat deze bijzondere functie van winst slechts ontkend wordt voor één specifieke groep ondernemingen, namelijk de particuliere ondernemingen, betekent dat het hier om een probleem van rechtsvormneutrale aard gaat.

In het verleden, in het bijzonder in het licht van de oude Wet IB 1964<sup>180</sup>, werd de bijzondere functie die de winst voor de onderneming vervult, vaak als argument aangehaald om te pleiten vóór een afzonderlijke winstbelastingheffing. Kenmerkend aan de Wet IB 1964 was het synthetische bronnenstelsel. Op grond van deze wet werden de inkomenscomponenten, die waren terug te voeren tot limitatief in de wet opgesomde inkomensbronnen (i.e. bronnenstelsel), gezamenlijk en zonder onderscheid in de heffing betrokken. Het gezamenlijke belastbare bedrag dat uit deze exercitie naar voren kwam, werd vervolgens aan een progressief tarief onderworpen, gebaseerd op de draagkrachtgedachte. Een mogelijk karaktersverschil tussen de diverse inkomenscategorieën was bij deze heffing van geen enkel belang. Met de bijzondere functie van ondernemingswinst werd derhalve evenmin rekening gehouden. Voorstanders van een rechtsvormneutrale heffing zagen in deze gelijke behandeling van ongelijke voordelen een argument om te pleiten voor een afzonderlijke winstbelasting die wel eer zou doen aan het speciale karakter van winst. De bijzondere functie van winst als argument vóór een afzonderlijke winstbelasting heeft onder de huidige Wet IB 2001 zijn kracht nog niet verloren. Het fiscaal aansluiten bij de

179 In de Nota Grapperhaus (Zitting 1970-1971, Kamerstuk 10 955, nr. 2) wordt bijvoorbeeld gesteld dat indien dividenduitdelingen gestimuleerd worden, de kapitaalmarkt zal verruimen en als gevolg daarvan ook de werking van deze markt. De vraag of er geïnvesteerd dient te worden of niet en op welke wijze dat gefinancierd zal worden zal dan selectiever plaatsvinden als gevolg van de marktwerking, p. 9-11. Van den Tempel stelt in zijn rapport daarentegen juist dat inhouding van winst onder meer de volgende voordelen heeft; verhogen van de nationale besparingen, meer expansiemogelijkheden voor ondernemingen en meer financiële stabiliteit. De selectieve werking van de kapitaalmarkt acht hij minder van belang. A.J. van den Tempel, *Vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting in de Europese Gemeenschappen 1968*, Bijlage IV bij Kamerstukken II, 1970-1971, 10 955 nr. 2. Volgens Langevoord heeft winstreservering een negatief effect op de kapitaalmarkt aangezien nieuwe financieringsbronnen in eerste instantie buiten beschouwing blijven. Tevens komen er ook minder fondsen op de kapitaalmarkt doordat deze fondsen 'binnenshuis' worden gehouden. Het is echter nog maar de vraag of deze herbeleggingen het meeste rendement opleveren. De test van de markt ontbreekt; A. Langevoord, 'Betekent klassiek ook ouderwets', *Forfaitair* 1990/3, p. 45-48. Vgl. Rapport van de belastingstudiegroep van het Katholieke Verbond van Werkgeversvakvereniging, *Hervorming van de belastingheffing van ondernemingen*, Den Haag 1960, p. 46-47.

180 O.a. J.E.A.M. van Dijk, *Belastingheffing van ondernemingen ongeacht de rechtsvorm*, Belastingconsulentendag 1984, nr. 29, FED b.v., Deventer 1984, p. 16/17 en P.H.J. Essers, 'Belastingherziening 2001', het betreft een bewerking van een publicatie in de *Staatscourant* van 19 maart 1999, nr. 55, p. 44.



bijzondere functie van winst is naar mijn mening nog steeds noodzakelijk. Het is echter, ondanks de analytische trend die de Wet IB 2001 kenmerkt, nog niet gerealiseerd. De Wet IB 2001 bevat namelijk nog synthetische trekjes. Zo is box 1, waartoe de ondernemingswinst behoort, gegrond op de gedachte van het synthetische bronnenstelsel. Het gevolg is dat de bijzondere functie van winst in verhouding tot de overige inkomenscategorieën van deze box nog steeds ontkend wordt. De verhouding die hierbij de meeste aandacht trekt, is de verhouding tot loon uit dienstbetrekking (art. 3.80 e.v. Wet IB 2001). Winst uit onderneming en loon uit dienstbetrekking zijn evenwel zozeer uiteenlopend van aard, dat geen sprake is van gelijke gevallen voor de berekening van de belaste voordelen.<sup>181</sup> Het afzonderlijk belasten van winst past in de huidige analytische trend. De analytische basisstructuur van de Wet IB 2001 heeft ook de ruimte gecreëerd om binnen het bestaande belastingstelsel een afzonderlijke winstbelasting in te voeren, die wel betekenis toekent aan het bijzondere karakter. Fiscaal wordt aan de vorenstaande bijzondere functie tot op de dag van vandaag echter vrijwel geen betekenis toegekend. Het progressief belasten van ondernemingswinst op gelijke wijze als loon, is in een aanvullende nota behorende bij de belastingherziening van de jaren zestig door de bewindslieden van Financiën nader toegelicht.<sup>182</sup> Zij reageerden daarmee op het rapport dat de belastingstudiegroep van het KVWV had uitgebracht en waarin deze studiegroep een afzonderlijke proportionele winstbelasting, de zogenoemde bedrijfsbelasting, voorstelde. De bewindslieden wezen invoering van een dergelijke winstbelasting van de hand door onder meer te stellen dat inkomen een goede maatstaf voor de draagkrachtmeting (die aan de belastingheffing ten grondslag lag) vormde. Ondernemingswinst maakte in de visie van de bewindslieden, net als bijvoorbeeld loon, deel uit van dit inkomensbegrip. Onderscheid tussen de mate van inspanning en risico waarmee het inkomen was verkregen, evenals de bestemming die daaraan werd gegeven, lieten zij buiten beschouwing. Deze argumentatie vormde tegelijkertijd een basis voor de progressieve heffing en voor het synthetische stelsel van de Wet IB 1964.

In de huidige structuur van de belastingheffing (meer analytisch), kan deze verdediging van de toenmalige bewindslieden van Financiën mijns inziens geen stand meer houden. In hoofdstuk 3 werd al aangegeven dat ik van mening ben dat strijdigheid met het draagkrachtbeginsel als tegenargument tegen een OWB, mijns inziens geen gelding meer heeft.<sup>183</sup>

Voorts werd verdedigd dat dit ook in de analytische trend past. Dit stelsel biedt de ruimte om ongelijke gevallen ook daadwerkelijk maar ongelijk te belasten naar de mate van ongelijkheid. Door de invoering van het boxensysteem lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat in de zienswijze van de wetgever wel degelijk ruimte is om fiscaal aan te sluiten bij een verschil in het soort voordeel en de functie daarvan. Een winstbelasting die meer aansluit bij de bijzondere functie van ondernemingswinst lijkt in deze trend te passen en verdient derhalve overweging.

#### 4.9.5 Conclusie

In deze paragraaf is geconstateerd dat de vraag welke concreet winstbelastingstelsel (en regelgeving) op een onderneming van toepassing is, mede afhankelijk is van de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven. Betoogd werd dat er (in uitwerking) verschillende winstbelastingssystemen zijn binnen het bestaande belastingstelsel, waarvan het hoofdgevolg is dat een in oorsprong gelijk resultaat ongelijk wordt behandeld. De

181 Een aantal ondernemerfaciliteiten is oorspronkelijk ontworpen om de bijzondere functie van winst binnen het progressieve heffingstelsel fiscaal te honoreren. Bijvoorbeeld de zelfstandigenaftrek, welke faciliteit oorspronkelijk is ingevoerd om tegemoet te komen aan de diverse functies die winst kan hebben; Wet van 9 februari 1984, Kamerstuk 17 943, nr. 3. Sinds 1 januari 2001 maakt de zelfstandigenaftrek deel uit van de ondernemersaftrek van art. 3.74 Wet IB 2001.

182 Nota van 27 juli 1960. Kamerstukken II, 5380.

183 Hoofdstuk 3 'De pro's en contra's van een rechtsvormneutrale belastingheffing in het kader van het huidige belastingklimaat', in het bijzonder par. 3.3.

ongelijkheden worden met name door de tariefstellingen, de heffingsmomenten en de daaruit voortvloeiende ongelijke mogelijkheid tot heffingsuitstel door middel van winst-reservering, te worden veroorzaakt.

#### 4.10 MAATSCHAPPELIJKE EN ECONOMISCHE GEVOLGEN VAN HET GEBREK AAN RECHTSVORMNEUTRALITEIT

##### 4.10.1 Inleiding

Uit de voorgaande onderdelen volgt dat het huidige systeem voor belastingheffing van ondernemingswinsten niet rechtsvormneutraal verloopt. De rechtsvorm van een onderneming is bepalend voor de vraag welk concrete winstbelastingmaatregel op een onderneming en/of ondernemer van toepassing is. Dit kan tot gevolg hebben dat een onderneming gedreven in rechtsvorm X met een fiscale (on)gunstigere behandeling wordt geconfronteerd dan een onderneming gedreven in rechtsvorm Y.

Een aspect dat tot op heden nog onbesproken is, betreft de maatschappelijke gevolgen van de ongelijke behandeling. Pas op het moment dat blijkt dat het gebrek aan rechtsvormneutraliteit bij de toepassing van het fiscale stelsel ook in de praktijk tot onvolkomenheden leidt, zal een (ingrijpende) aanpassing van de heffingswijze met betrekking tot ondernemingswinsten wenselijk en gerechtvaardigd zijn. In deze paragraaf vindt dientengevolge een inventarisatie en beschrijving van de maatschappelijke consequenties van het gebrek aan rechtsvormneutraliteit plaats.

##### 4.10.2 De belangrijkste maatschappelijke gevolgen (beïnvloeding van de rechtsvormkeuze en de concurrentieverhoudingen)

###### 4.10.2.1 Rechtsvormkeuze

Een van de belangrijkste gevolgen van de ongelijke fiscale heffingsystematiek voor ondernemingswinsten is de fiscale beïnvloeding van de rechtsvormkeuze. De ondernemingsrechtelijke en bedrijfseconomische gevolgen, die de eigenlijke pijlers van een dergelijke keuze behoren te zijn, zullen in de praktijk veelal worden afgewogen tegen de fiscale consequenties. Het gevaar dreigt dan dat een onderneming zich in een rechtsvorm bevindt die vanuit civielrechtelijk en/of bedrijfseconomisch oogpunt feitelijk niet of nauwelijks, althans minder, bij de onderneming past. De fiscale wetgeving heeft dus (indirect) invloed op het ondernemersbeleid, hetgeen in mijn perceptie een ongewenste ontwikkeling is.

In een ver verleden schetste Adam Smith al een ideale situatie van een (fiscale) wetgever die zich op geen enkele wijze met de bedrijfsvoering van de ondernemingen bezig zou houden.<sup>184</sup> Nadien is dit al meerdere malen in de literatuur als een gewenst uitgangspunt herhaald. De wetgever heeft zich niet over dit onderwerp uitgelaten hetgeen ook blijkt uit de huidige wettelijke regeling. Deze bevat zelf dan wel geen voorschriften over wat een ondernemer wel of niet moet doen bij de bedrijfsvoering, de uitwerking van de wettelijke regels beïnvloeden wel degelijk bepaalde handelingen in het bijzonder de rechtsvormkeuze. In de praktijk komt deze fiscale beïnvloeding van de rechtsvormkeuze vaak uit op een afweging tussen wel of geen BV. De uitslag van deze belangenafweging heeft in het verleden geleid tot een zogenoemde 'wildgroei' van VPB-plichtige vennootschappen. Deze vennootschappen komen al sinds lange tijd als fiscaal voordeligste rechtsvorm uit de bus. Onder invloed van de tariefsverlaging voor personenvennootschappen met ingang van 1 januari 2001, nam de populariteit van de VPB-plichtige vennootschappen wat af, doch door de inmiddels doorgevoerde tariefsverlagingen van de VPB is deze populariteit weer toegenomen.

184 Adam Smith, *An inquiry into the nature and the causes of the Wealth of Nations*, Ed, Henry Frowde, London, Vol II, p. 472.

#### 4.10.2.2 Fiscale beïnvloeding van de concurrentieverhoudingen

Naast beïnvloeding van de rechtsvormkeuze kan het verstoren van de concurrentieverhoudingen (mijns inziens een belangrijk maatschappelijke gevolg) worden genoemd als consequentie van het gemis aan rechtsvormneutraliteit.

Bij het behalen van winst door een onderneming gaat het altijd om in oorsprong hetzelfde voordeel, namelijk winst. De rechtsvorm waarin dit voordeel wordt behaald, doet aan deze gelijke oorsprong niet af. Het gaat om gelijke gevallen die, naar uit het vorenstaande is gebleken, fiscaal ongelijk worden behandeld. Voorts zullen de verscheidenheid aan verschijningsvormen van de achterliggende natuurlijke personen/ondernemers en de daarbij behorende verschillende fiscale behandeling de uiteindelijke effectieve belastingdruk doen verschillen, hetgeen een verstoring van de concurrentieverhoudingen met zich brengt.

*De concurrentieverhoudingen onder druk als gevolg van een verschil in (effectieve) belastingdruk*

De uiteindelijke belastingdruk zal voor de rechtsvormen veelal verschillen als gevolg van verschillen in het effectieve tarief. Het effectieve tarief bestaat uit zowel het nominale tarief als de grondslag. Variëteit in het effectieve tarief kent diverse oorzaken maar kan zijn oorsprong mede vinden in de hiervoor naar voren gebrachte verschillen.

Het verschil in effectief tarief heeft als belangrijk maatschappelijk gevolg: het verstoren van de concurrentieverhoudingen. Deze concurrentievervalsing houdt verband met het bedrijfseconomische beginsel van de kostenminimalisatie.<sup>185</sup> Ondernemers streven naar een zo hoog mogelijke winst, met welk streven onlosmakelijk verbonden is het streven naar zo laag mogelijke kostprijzen. De te betalen belastingen maken deel uit van deze (commerciële) winstberekening. Op het moment dat de winst wordt behaald, verschilt de hoogte van de te betalen belasting als gevolg van het verschil in uiteindelijke effectieve belastingdruk; dit wordt ofwel veroorzaakt door verschillen in het nominale tarief of in de grondslag.

Deze verschillen worden onder meer veroorzaakt door de rechtsvorm van de onderneming. Indien de belastingen worden meegenomen als kostenpost, vertoont de winst (opbrengst minus kosten) in gelijke omstandigheden, met als enig verschil de rechtsvorm, een verschillende uitkomst. Oorzaak is het verschil in effectief verschuldigde winstbelasting. De particuliere ondernemingen zullen hoogstwaarschijnlijk – in overigens gelijke omstandigheden – een lagere commerciële winst behalen hetgeen hen op dat moment een minder sterke positie binnen de economie geven.

#### 4.10.2.3 Afwenteling

Een manier om de effecten van een bepaalde fiscaal ongunstige maatregel te verzachten, is het afwentelen van deze belasting en de eventueel daaraan verbonden kosten. Zonder hier uitgebreid op het leerstuk van de afwenteling in te gaan, zal ik op deze plek enige opmerkingen aan dit onderwerp wijden.<sup>186</sup>

185 Zie onder meer Interview met J. Warmerdam, 'MKB geen financier van belastingverlaging grote bedrijven', *WFR* 2004/6598, p. 1616. Warmerdam stelt hierin dat een zogenoemde 'extra' belasting door de ondernemer al gauw als louter extra kosten wordt gezien – met de bijhorende begripelijke afweging – 'wat krijg ik er voor terug?' In zoverre is er dus sprake van een 'gewone' kostenbatenanalyse.

186 De Vries heeft een drieliding gemaakt met betrekking tot de diverse vormen van drukverplaatsing, die ik hier graag overneem. Als eerste de legale belastingdrukverplaatsing die door de fiscale wetgever zelf in de belastingwetgeving is mogelijk gemaakt. Een voorbeeld hiervan is de giftenaftrek in de vennootschapsbelasting. De tweede vorm betreft de economische drukverplaatsing, waartoe het afwentelingsprobleem behoort. Tot slot noemt De Vries de juridische drukverplaatsing doordat belastingplichtigen juridische constructies opzetten om de belastingdruk te verplaatsen c.q. mitigeren. Met name bij deze derde vorm van drukverplaatsing speelt naar mijn mening de ontbrekende rechtsvormneutraliteit van het bestaande winstbelastingstelsel een rol. R.J. de Vries, *(On)buigzaamheid van de vennootschapsbelasting*, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het algemeen belastingrecht op vrijdag 17 maart 2000, Kluwer, Deventer 2000.

Een voorbeeld van de afwentelingsproblematiek is het volgende. Stel, een onderneming wordt geconfronteerd met de niet-afrekbaarheid van een bepaalde kostenpost, dan zal de onderneming dit nadeel vermoedelijk trachten door te berekenen in de afzetprijzen. Het is evenwel ook mogelijk dat de onderneming geconfronteerd wordt met een hoge belastingheffing over een genoten bate (bijvoorbeeld 52% over winst behaald door een particuliere onderneming). Ook deze onderneming zal wellicht de fiscale kostenpost gedeeltelijk afwentelen in de verkoopprijzen. Voorwaarde is wel dat deze afwenteling past bij de positie van de onderneming in de markt. Anders gezegd het doorberekenen moet er niet toe leiden dat de onderneming zich uit de markt prijst.

Met het afwentelen komt echter de grondgedachte achter het fiscale stelsel op losse schroeven te staan. De wetgever heeft immers een bepaalde heffing ingevoerd vanuit de gedachte dat de in die heffingswet genoemde belastingplichtigen ook daadwerkelijk de draagplichtigen zijn van deze belasting. Zo is de inkomstenbelasting bijvoorbeeld grotendeels gestoeld op het draagkrachtbeginsel en de interpretatie die destijds aan dit beginsel werd gegeven. Op het moment dat andere dan de door de wetgever aangewezen belastingplichtigen feitelijk de last van de heffing dragen, zal deze draagkrachtgedachte in werkelijkheid niet, althans onvoldoende, tot uiting komen.

Er kan worden betoogd dat er een verband bestaat tussen het huidige gemis aan rechtsvormneutraliteit in de winstbelasting en de afwentelingsproblematiek. De mate van afwenteling (maar ook de noodzaak tot) zal vermoedelijk als gevolg van het gemis aan rechtsvormneutraliteit per onderneming verschillen. De ondernemingen zullen naar verwachting, afhankelijk van de rechtsvorm, een verschillend bedrag afwentelen, indien wordt uitgegaan van een maximale afwenteling van de op de onderneming drukkende effectieve belastingdruk. Een particuliere onderneming zal 52% willen afwentelen in tegenstelling tot een VPB-plichtige onderneming die 'slechts' 25,5% zal willen afwentelen. De particuliere ondernemer zal bij een gehele afwenteling evenwel hogere verkoopprijzen hebben dan de VPB-plichtige onderneming bij gehele afwenteling van zijn belastingdruk. Gevolg is dat de particuliere ondernemer zichzelf mogelijkerwijs uit de markt prijst. Gehele afwenteling van de belastingdruk lijkt voor deze laatste ondernemer derhalve onmogelijk.

Aan de andere kant kan echter ook worden gesteld dat de mate van afwenteling in hoge mate afhankelijk is van economische factoren zoals de marktpositie die de ondernemer inneemt. Deze posities zijn meestal verschillend als gevolg waarvan de mate van afwenteling ook verschillend is voor de ondernemingen. Pas wanneer er sprake zou zijn van gelijkheid van de marktposities, zou kunnen worden gesteld, dat het vorenstaand beschreven gevolg – het verschil in afwenteling – van het ontbreken van rechtsvormneutraliteit zich voordoet. Het betreft dan met name een tariefsverschil.

#### 4.10.3 Andere maatschappelijke gevolgen

Naast de vorenstaande uiteengezette gevolgen, doet zich een aantal andere gevolgen voor die verband houden met de ongelijke wijze van winstbelasting. Deze worden in dit onderdeel besproken.

##### 4.10.3.1 Arbitrage

Een verschil in fiscale behandeling lokt arbitragegedrag uit. Belastingplichtigen zijn meestal op zoek naar de voor hen fiscaal voordeligste weg. Indien de fiscale behandeling van gelijke rechtshandelingen op bepaalde punten verschillend is, kan het dus lonen om als belastingplichtige aan deze verschillen aandacht te besteden. Het gevaar hiervan is dat bepaalde handelingen zodanig worden vormgegeven dat daarmee de fiscaal meest gunstige weg wordt bereikt anders gezegd dat bij bedrijfsoverwegingen de fiscale consequenties de boventoon voeren.

De ontbrekende rechtsvormneutraliteit in het huidige winstbelastingregime leidt tot verschillen in de belastingheffing zoals in de voorgaande paragrafen zijn beschreven. Deze

fiscale verschillen leiden op hun beurt weer tot arbitrage. Immers de verschillen zijn voor belastingplichtigen aanleiding om de voor hen meest gunstige weg te kiezen. Het meest in het oog springende voorbeeld is dan wel de rechtsvormkeuze en bijvoorbeeld het wisselen van rechtsvorm met het oog op fiscale gevolgen van een voorgenomen handeling. Arbitragegedrag wordt door de wetgever ingedamd door het telkens weer invoeren van antimisbruikmaatregelen. Inmiddels is een lappendeken van ondoorzichtige anti-arbitragewetgeving ontstaan die deels verband houdt met het gebrek aan rechtsvormneutraliteit<sup>187</sup>, die vermoedelijk een remmende invloed op de economische dynamiek heeft. De complexe en onoverzichtelijke antimisbruikwetgeving is naar mijn mening niet gewenst. Bijvoorbeeld omdat de complexiteit van de fiscale regelgeving het lastig maakt om alle fiscale consequenties van een bepaalde (rechts)handeling in kaart te brengen. Iedere burger wordt geacht de wet te kennen, doch deze spreuk lijkt voor wat betreft de huidige fiscale wetgeving zonder hulp maar moeilijk te realiseren.

#### 4.10.3.2 *Groei van administratieve lasten*

Complexe wetgeving als gevolg van de fiscaal verschillende behandeling van rechtsvormen leidt tot een zekere groei van de administratieve lasten.

#### 4.10.3.3 *Rechtsonzekerheid*

Complexe wetgeving leidt voorts tot rechtsonzekerheid. Ondernemers zien zich als gevolg van de onzekerheid geremd in hun ondernemingsuitoefening.

### 4.11 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht of zich met betrekking tot het bestaande winstbelastingstelsel, problemen voordoen, die direct of indirect (geheel of gedeeltelijk) veroorzaakt worden door een gebrek aan rechtsvormneutraliteit. Daarnaast werden de vermoedelijke maatschappelijke consequenties van de geconstateerde problemen beschreven. Het onderzoek werd verricht aan de hand van een aantal belangrijke (beslissings)thema's die spelen binnen de ondernemingsvoering.

Beoogd werd de vraag te beantwoorden in hoeverre de invoering van een rechtsvormneutrale winstbelasting als bijvoorbeeld de OWB wenselijk is. Het aantonen van een dergelijke wenselijkheid is van belang voor het rechtvaardigen van een ingrijpende herziening van de winstbelasting die de invoering van een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting met zich zal brengen.

De onderzoeksresultaten zijn voor mij aanleiding om te concluderen dat de eerder genoemde stelling juist is en dat het huidige winstbelastingstelsel inderdaad een gebrek aan rechtsvormneutraliteit vertoont waaruit knelpunten voortkomen.

Betoogd werd dat het gebrek aan rechtsvormneutraliteit zich voordoet zowel op het niveau van de onderneming als op het niveau van de achterliggende deelnemers. Als voorbeelden kunnen genoemd worden de verschillende genietters van winst uit ondernemingen en de daarbij behorende fiscaal verschillende behandeling, het verschil in mogelijkheid om over te gaan tot een fiscaal gefacilieerde concernopbouw (bijvoorbeeld de beperkte toepassing van deelnemingsvrijstelling) en het verschil in tarief en heffingsmomenten, dat zich binnen het huidige stelsel bij de verschillende rechtsvormen voordoet. Als de belangrijkste (nadelige) maatschappelijke consequenties van de geconstateerde verschillen, werden behandeld:

1. concurrentieverstoring, aangezien het verschil in behandeling afhankelijk van de rechtsvorm uiteindelijk leidt tot een verschil in effectieve belastingdruk;
2. beïnvloeding van rechtsvormkeuze;
3. afwenteling, voor zover dit past binnen de marktstrategie van de onderneming.

187 Als voorbeeld kan de TBS-regeling worden genoemd van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001.

Gelet op deze gevolgen van het bestaande gebrek aan rechtsvormneutraliteit is mijns inziens aanpassing van de fiscale regelgeving voor ondernemingswinsten noodzakelijk. Het volgende hoofdstuk bevat een uitwerking daartoe.

