



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*.

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.

8 *Detailuitwerking van de belastingobjecten in het voorgestelde OWB-stelsel*

8.1 INLEIDING

Naast de belangrijke vraag, wie in de heffing van het onderhavige OWB-stelsel wordt betrokken, speelt de vraag welke voordelen daaronder vallen een zo mogelijk nog belangrijker rol. In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op het belastingobject van zowel de OWB als de secundaire heffing.

Kort gezegd kwalificeert als belastingobject voor de heffing van de OWB, de ondernemingswinst. Het huidige winstbegrip, uitgewerkt in een totaal- en jaarwinstbegrip, wordt in de OWB als heffingsobject overgenomen, zij het dat op een aantal specifieke punten aanpassingen worden voorgesteld. Het gaat hierbij voornamelijk om problemen in het huidige stelsel die voortkomen uit een gemis aan rechtsvormneutraliteit, alsmede om bepaalde aspecten die onverenigbaar zijn met het wezen van het OWB-stelsel en waarvoor dientengevolge in een rechtsvormneutraal winstbelastingstelsel geen plaats is. Deze aanpassingen worden in dit hoofdstuk nader uitgewerkt.

Naast het belastingobject van de OWB zal ook het belastingobject van de secundaire heffing worden besproken. Het betreft hier uitsluitend de voordelen die worden genoten in verband met de verstrekking van eigen vermogen aan een onderneming.

De navolgende uitwerking is in het bijzonder gebaseerd op de volgende uitgangspunten, zoals deze in par. 5.2 door mij zijn opgesomd:

Uitgangspunt 1: rechtsvormneutraliteit.

Uitgangspunt 3: overnemen van de huidige invulling van het ondernemingsbegrip.

Uitgangspunt 4: overnemen van de huidige invulling van het winstbegrip.

Uitgangspunt 5: het huidige verschil in behandeling van vreemd en eigen vermogen wordt in beginsel overgenomen.

Uitgangspunt 6: voortzetting van het bestaande onderscheid tussen ondernemen en beleggen in de IB-sfeer.

Uitgangspunt 7: het creëren van uiteindelijke gelijkheid in de fiscale positie tussen de loongenieter en de ondernemer/winstgenieter.

Uitgangspunt 8: de twee componenten van winst, arbeid en kapitaal, verschillend behandelen.

Uitgangspunt 9: eenvoud in de uitwerking.

Uitgangspunt 10: nationale behandeling als startpunt.

8.2 HET BELASTINGOBJECT VOOR DE OWB

8.2.1 Inleiding

Het belastingobject van de OWB is, zoals gezegd, (nagenoeg) gelijk aan het huidige winstbegrip, uitgewerkt in het totaalwinst en jaarwinstbegrip. Ook de regels van goed koopmansgebruik worden overgenomen.

Voor zover evenwel strijd is met het rechtsvormneutrale uitgangspunt van de onderhavige OWB-uitwerking, worden aanpassingen op de bestaande regels voorgesteld. In het

navolgende worden 'slechts' de wijzigingen ten opzichte van het huidige winstbegrip besproken.

8.2.2 Vermogensetikettering en het ter beschikking stellen van vermogen

Zoals in hoofdstuk 4, onderdeel 4.2.3 is behandeld, is de huidige fiscale behandeling van het ter beschikkingstellen van vermogen niet rechtsvormneutraal. Oorzaak van deze niet-neutrale behandeling vormt de keuzemogelijkheid die de achterliggende winstgenieter van een lichaam heeft om een ondernemingsactivum ofwel zelf in privé aan te schaffen en ter beschikking te stellen aan dat lichaam, ofwel door dit activum door het lichaam te laten aanschaffen. Gelet op de onmogelijkheid voor particuliere ondernemers om overeenkomsten te sluiten met hun onderneming in samenhang met de vermogensetiketteringsregels, heeft een particuliere ondernemer een dergelijke keuzemogelijkheid niet. Een activum dat wordt gebruikt ten behoeve van de onderneming zal altijd (verplicht) ondernemingsvermogen zijn.²⁵⁸

Door mij is betoogd dat de huidige TBS-regels deze fiscaal ongelijke behandeling per saldo grotendeels hebben weggenomen. Dit neemt echter niet weg dat de keuzemogelijkheid blijft bestaan, hetgeen niet rechtsvormneutraal is. Mede in het licht van het standpunt dat de huidige TBS-regelingen in hun uitvoering nog een fiscaal ongelijke behandeling kennen, heb ik betoogd dat dit onder het OWB-stelsel aanpassing verdient.²⁵⁹

Het enkel invoeren van het OWB-stelsel zoals in dit proefschrift wordt uitgewerkt, is evenwel onvoldoende om op dit punt gelijkheid te creëren. De onmogelijkheid voor particuliere ondernemers om te kiezen of het activum door de onderneming wordt aangeschaft, of in privé en door middel van een gebruiksovereenkomst aan de onderneming ter beschikking wordt gesteld, zal zonder nadere concrete oplossing onder het OWB-stelsel 'gewoon' voortbestaan²⁶⁰ en daarmee ook de fiscaal niet-neutrale behandeling. Overigens hebben de winstgenieters van een lichaam het wel zelf in de hand om in de praktijk een gelijke fiscale behandeling te genieten als bij een particuliere onderneming. Het vermogensbestanddeel dient dan te worden aangeschaft door het lichaam zelf. Het feit dat belastingplichtigen het zelf in de hand hebben om een rechtsvormneutrale behandeling te creëren, is mijns inziens echter onvoldoende indien gestreefd wordt naar een rechtsvormneutraal stelsel. Een fiscale regeling is pas echt rechtsvormneutraal indien de werking voor alle ondernemingen identiek is. Voor wat betreft de vermogensetikettering betekent dit derhalve nadere regelgeving om een meer neutrale behandeling te bereiken.

258 Tenzij er sprake is van keuzevermogen.

259 Zie nader onderdeel 4.2.3 van hoofdstuk 4.

260 De winstbelasting (en in mijn ontwerp de OWB) fungeert – om met Rijkers te spreken – voor niet-rechtspersoonlijkheid bezittende ondernemingen als niet meer dan een 'winstschot' tussen de onderneming en de terbeschikkingsteller. A.C. Rijkers; Rapport uitgebracht aan de Commissie Belastingen van de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf, Raad voor het Midden en Kleinbedrijf, *Advies inzake een ondernemingswinstbelasting*, nr. 6, 's-Gravenhage 1995.

8.2.2.1 *Twee mogelijke oplossingen*

De oplossing voor de ontbrekende rechtsvormneutraliteit bij het ter beschikkingstellen van vermogen ligt bij het wegnemen van het verschil in keuzemogelijkheden met betrekking tot de aanschaf van vermogensbestanddelen ten behoeve van de onderneming. Twee richtingen zijn dan mogelijk. Enerzijds kan de oplossing aan de kant van de particuliere ondernemer worden gezocht. In het onderhavige OWB-stelsel zou dit de introductie van een fiscale fictie betekenen. Deze fictiebepaling zou het mogelijk moeten maken om als winstgenieter een gebruiksovereenkomst te sluiten met de eigen onderneming. De basis van deze oplossing kan gevonden worden in de objectieve benadering van het belasting-subject voor de OWB. De onderneming als (fiscaal) zelfstandige entiteit is immers het belastingsubject en als zodanig (in fiscaal opzicht) in staat om met een natuurlijke persoon (in fiscale zin) overeenkomsten te sluiten. In het OWB-stelsel zou dan een bepaling kunnen worden opgenomen die zulks uitdrukkelijk toestaat.²⁶¹ Resultaat zou zijn dat zowel de rechtspersonen als de niet-rechtspersoonlijkheid bezittende ondernemingen, de mogelijkheid hebben om ofwel de activa in privé aan te schaffen en door de achterliggende natuurlijke personen ter beschikking te laten stellen, ofwel de activa door de onderneming zelf te laten aanschaffen. In zoverre is dan sprake van rechtsvormneutraliteit. Anderzijds kan de gewenste neutraliteit worden bereikt door een aanpassing aan de zijde van de lichamen, door de fiscale behandeling van het ter beschikking stellen van vermogen gelijk te maken aan de fiscale behandeling daarvan bij een particuliere onderneming. Het resultaat van deze oplossing zou juist de onmogelijkheid moeten zijn om een privébestanddeel ter beschikking te stellen aan de 'eigen' onderneming middels een gebruiksovereenkomst.

Een mogelijkheid om de kwalificatie 'verplicht' ondernemingsvermogen te bereiken, is om bij fictie het ter beschikkingstellen van vermogen aan de 'eigen' onderneming of de onderneming van een wettelijk vastgestelde groep van verbonden personen, fiscaal aan te merken als onderneming. Deze onderneming is vervolgens bij wetsfictie een OWB-belasting-subject en het vermogensbestanddeel vormt dan automatisch ondernemingsvermogen.

De gelijkheid met de particuliere ondernemer ontstaat in deze uitwerking omdat in beide gevallen de voren genoemde keuzemogelijkheid ontbreekt. Het is fiscaal irrelevant of het lichaam zelf het activum aanschaf of dat de winstgenieter dat in privé doet en deze ter beschikking stelt. In beide gevallen is sprake van verplicht ondernemingsvermogen.

8.2.2.2 *Keuze voor één van de oplossingen*

Beide vorenstaande mogelijkheden bieden een oplossing voor het elimineren van de ongelijkheid met betrekking tot de bestaande keuzemogelijkheid met betrekking tot ondernemingsactiva. Aan beide kleven voor- en nadelen.

Groot voordeel van de tweede oplossing is niet alleen de gelijkheid die ontstaat tussen de verschillende rechtsvormen van de ondernemingen, maar dat bovendien de eerder genoemde keuzemogelijkheid voor alle rechtsvormen verdwijnt. Fiscale planning met betrekking tot de aanschaf van ondernemingsactiva is in zoverre niet meer mogelijk.

261 Civielrechtelijk zal deze mogelijkheid echter niet worden opgenomen. Op grond van het civielrechtelijk ontbreken van rechtspersoonlijkheid kan de onderneming niet als zelfstandige entiteit in het rechtsverkeer optreden. De onderneming wordt gelijkgesteld met de achterliggende natuurlijke personen. Deze kunnen evenwel geen overeenkomsten met zichzelf aangaan. Zie o.a. A. L. Mohr, *Van Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, vijfde druk, Gouda Quint, Deventer 1998, p. 3-5.

Dit voordeel van de tweede oplossing is ook gelijk het nadeel van de eerste oplossing. Bij de eerste oplossing wordt de keuzemogelijkheid met betrekking tot de aanschaf van activa niet afgeschaft, maar juist uitgebreid naar de particuliere ondernemingen. Op deze wijze wordt wel een fiscaal gelijke behandeling tussen de rechtsvormen bereikt, doch daarmee ook de (niet gewenste) mogelijkheid tot taxplanning uitgebreid.²⁶² Invoering van de fiscale fictie dat ook particuliere ondernemingen overeenkomsten met de winstgenieters kunnen sluiten, doet op zichzelf niets aan deze 'boxhopmogelijkheid'. Sterker nog het werkingsgebied wordt daarvan juist uitgebreid. Om dit misbruik te voorkomen is dan nadere regelgeving vereist, die zich concentreert op de positie van de terbeschikkingsteller zelf.

De meest logische oplossing zou zijn om nadere regelgeving in te voeren, die grotendeels overeenkomt met de bestaande TBS-regels. Zij het met een ruimer toepassingsbereik van art. 3.91 Wet IB 2001 namelijk ook de mogelijkheid om ter beschikking te stellen aan de eigen particuliere onderneming. Naar mijn mening is dit evenwel niet gewenst. Ten eerste omdat de huidige TBS-regelingen in de praktijk veelal als nadelig worden ervaren. Ten tweede omdat de vraag opkomt, op welke wijze de terbeschikkingsteller dan precies wordt belast. Wordt daarbij aangesloten bij de wijze waarop ondernemingswinst in box 1 wordt belast zoals thans rechtens is, hetgeen niet in de lijn van het OWB-stelsel ligt aangezien de bron winst uit onderneming uit box 1 zal verdwijnen bij het OWB-stelsel. En als daar al voor wordt gekozen, speelt de vraag op welke faciliteiten de terbeschikkingsteller allemaal recht heeft. Dit zijn naar mijn mening allemaal vragen waar mogelijk in een concrete uitwerking wel een antwoord op zou kunnen worden gegeven, maar die niet ten goede komen aan de door mij gewenste eenvoud van het belastingstelsel evenals de neutraliteit.

Mijn voorkeur gaat gelet op het vorenstaande uit naar de tweede oplossing; het bereiken van een fiscaal-neutrale behandeling door nadere fiscale regelgeving aan de zijde van de huidige VPB-plichtigen. Naar mijn mening past deze tweede oplossing ook beter bij de objectieve benadering van het OWB-belastingsubject.

Tot slot sluit deze oplossing mijns inziens ook beter aan bij het karakter van de terbeschikkingstellende winstgenieter in die zin dat hij meer betrokken is bij de onderneming dan een belegger die naast de terbeschikkingstelling geen belang in de onderneming heeft. Het past dan niet om het in gebruik geven van activa door deze winstgenieter aan de onderneming, wordt behandeld als ware het beleggen.

8.2.2.3 *De vermogensetikettering nader uitgewerkt*

Vorenstaande oplossing voor de huidige ongelijkheid met betrekking tot de fiscale behandeling van vermogensetikettering in het OWB-stelsel wordt in dit onderdeel nader uitgewerkt.

Kern van de oplossing is de invoering van een fiscale fictie als gevolg waarvan het terbeschikking stellen van privévermogensbestanddelen aan de 'eigen' onderneming dan wel de onderneming van een verbonden persoon²⁶³, wordt aangemerkt als een onderneming in de zin van de OWB. Het gaat dan om de volgende groepen terbeschikkingstellingen:

262 Met deze taxplanning wordt bedoeld dat bij de aanschaf in privé van een activum gevolgd door terbeschikking stellen daarvan aan de onderneming, dit activum bij de terbeschikkingsteller tot box 3 wordt gerekend.

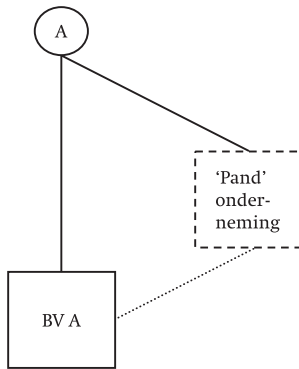
263 Voor de groep van verbonden personen kan worden aangesloten bij de groep zoals deze in de huidige TBS-regeling is geformuleerd in art. 3.91 Wet IB 2001. Overigens is het denkbaar dat ook hier een aanpassing in de wettelijke regeling wordt doorgevoerd. In de literatuur wordt wel verdedigd dat de opsomming van de 'enge kring' van verbonden personen (art. 3.91, lid 2, sub b, Wet IB 2001) vereenvoudigd kan worden. De bepaling dat als verbonden persoon kwalificeert diegene die een keuze kan uitbrengen voor partnerschap (ten vijfde in deze bepaling) is een restcategorie maar ondervangt alle daarvoor opgesomde personen. De onderdelen 2 tot en met 4 van art. 3.91, lid 2, sub b, Wet IB 2001 zouden kunnen vervallen, wat de eenvoud van de regeling ten goede zou komen. Zie bijdrage van E.J.W. Heithuis en M.H.C. Ruijschop, 'Vijf jaar Wet IB 2001', Meijer-reeks nr. 114, Kluwer, Deventer 2006.

1. de terbeschikkingstelling door de belastingplichtige die aandelen houdt in een rechtspersoon en als gevolg daarvan kwalificeert als winstgenieter;
2. de terbeschikkingstelling door de belastingplichtige die een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt aan een particuliere onderneming van een verbonden persoon dan wel een aan onderneming gedreven door een lichaam waarin een verbonden persoon als winstgenieter kwalificeert.

Het in gebruik geven van een vermogensbestanddelen aan de eigen particuliere onderneming valt buiten de fictie. Hier is gelet op de vermogensetiketteringsregels ook geen noodzaak toe. Immers, een dergelijk bestanddeel is per definitie verplicht ondernemingsvermogen en valt derhalve onder de OWB.

Een voorbeeld met een 'eenvoudige' uitgangspositie ter verduidelijking.

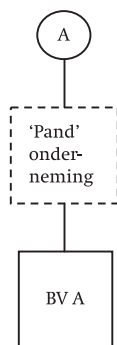
Stel, ondernemer A bezit een pand en stelt dit als bedrijfspand ter beschikking aan zijn 'eigen' BV. Onder het OWB-stelsel zal op grond van een fictiebepaling deze terbeschikkingstelling als onderneming kwalificeren.



Deze oplossing kent wel het volgende nadeel. Indien A wil investeren in zijn pand, zal hij de daarvoor benodigde financiële middelen uit de vennootschap willen halen. Om dat te bereiken, is het noodzakelijk dat eerst de sluis van de secundaire heffing wordt gepasseerd. Immers, alles wat BV A uitkeert op de aandelen is een belastbaar item voor de toepassing van de secundaire heffing ongeacht het bestedingsdoel van dit voordeel. Na de uitkering én belastingheffing kan A de netto-uitkering aanwenden voor de investeringen in het bedrijfspand.

In vergelijking met een particuliere onderneming is geen sprake van een neutrale behandeling op dit punt. Immers, als bij de particuliere onderneming het pand (verplicht) ondernemingsvermogen is, hoeft bij investeringen niet eerst de sluis van de secundaire heffing gepasseerd te worden. De ondernemingswinsten kunnen immers direct worden ge(her)investeerd in het ondernemingsvermogen. Deze niet-neutrale behandeling is onwenselijk gelet op het streven naar rechtsvormneutraliteit.

De volgende kleine aanpassing zou een einde maken aan deze ongelijkheid. Bij wetsfictie zouden in dit geval de aandelen die A in de BV houdt, verplicht tot het ondernemingsvermogen van zijn 'TBS-onderneming' kunnen worden gerekend. De voordelen zullen in de pand-onderneming genoten worden met toepassing van de deelnemingsvrijstelling.



Eventueel zouden de fictieve TBS-onderneming en de onderneming van BV A een fiscale eenheid kunnen vormen.²⁶⁴

Nadeel van deze (aanvullende) oplossing is echter dat de voordelen die behaald worden met de aandelen in BV A, fiscaal niet rechtstreeks terecht komen bij A als winstgenieter. Secundaire heffing zou dan pas aan de orde zijn indien de fictieve TBS-onderneming deze voordelen aan A ter beschikking stelt. Hier schuilt dus een fiscale mogelijkheid tot uitstel van secundaire heffing.

Mogelijke oplossing is het invoeren van een fictie die bepaalt dat voordelen behaald met de participatie in BV A altijd rechtstreeks worden geacht te zijn dooruitgedeeld aan de achterliggende winstgenieter, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat deze direct worden ge(her)investeerd in het ter beschikkinggestelde vermogensbestanddeel.

Deze laatste oplossing betekent wederom een fictie wat mijns inziens niet ten goede komt aan de door mij beoogde eenvoudwinst. Bovendien is dit mijns inziens in strijd met het verderop in dit proefschrift door mij verdedigde uitgangspunt van het verlaten van de fiscale transparantie.²⁶⁵

Gelet op deze nadelen kies ik er in deze uitwerking derhalve voor om niet de aanvullende ficties op te nemen. Dit betekent dat de fictieve TBS-onderneming zal bestaan naast de ‘materiële’ onderneming. Het nadeel dat investeringen in het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel eerst de sluis van de secundaire heffing dienen te passeren wordt door mij derhalve aanvaard gelet op de daardoor te behalen eenvoudwinst. Bovendien kan dit nadeel in een groot aantal gevallen door de belastingplichtigen zelf worden beëindigd. Zij hebben namelijk de mogelijkheid – mits aan de voorwaarden wordt voldaan – om een horizontale fiscale eenheid aan te gaan. In dat geval speelt het nadeel met betrekking tot de voorafgaande secundaire heffing bij investeringen in het terbeschikkinggestelde vermogensbestanddeel niet. Immers, door de fiscale horizontale eenheid worden de materiële onderneming en de fictieve TBS-onderneming als één belastingplichtige aangemerkt. Dit heeft onder meer tot gevolg dat zonder heffing van OWB onderling geschoven kan worden.²⁶⁶ Gevolg is tevens dat de uitgaven door de ‘echte’ onderneming ten behoeve van de TBS-onderneming gedaan, geen uitgaven zijn die als onttrekking kwalificeren en via de winstgenieter lopen. Het is een uitgave die binnen de ondernemings sfeer blijft als gevolg van het bestaan van de horizontale fiscale eenheid. De uitgaven (lees: ondernemingskosten) spelen zich binnen deze eenheid af.²⁶⁷

264 In onderdeel 8.2.6 wordt nog nader ingegaan op de deelnemingsvrijstelling en fiscale eenheid doch deze zullen onder het OWB-stelsel een ruimere werking krijgen waardoor ruimte ontstaat om ook in dit geval deze faciliteiten toe te passen.

265 Zie onderdeel 8.2.6 van hoofdstuk 8.

266 Wel zal de wet een antimisbruikbepaling dienen te bevatten vergelijkbaar aan de huidige bepaling van art. 15ai Wet VPB 1969.

267 De horizontale fiscale eenheid werkt als het ware door in de secundaire heffing.

Gevolg is dat indien voordelen worden genoten uit de aandelen in de vennootschap deze rechtstreeks bij A worden belast met secundaire heffing. Hetzelfde heeft te gelden indien voordelen worden behaald door A uit de fictieve TBS-onderneming. Dit zal het geval zijn indien de winst uit deze fictieve TBS-onderneming wordt bestemd voor consumptief gebruik.

Indien het belang in het lichaam (BV A) wordt verkocht, betekent dit in beginsel eindafrekening voor de secundaire heffing voor zowel het belang in BV A als in de TBS-onderneming. Daarnaast zal op het niveau van de OWB eindafrekening plaatsvinden bij de TBS-onderneming. Immers, bij verkoop van de aandelen aan een verbonden persoon is geen sprake meer van ter beschikking stellen in vorenbedoelde zin.

Samenvattend komt het vorenstaande op het volgende neer. Om rechtsvormneutraliteit te bereiken met betrekking tot het vermogensetiketteringsproblematiek is voorgesteld om het ter beschikking stellen van vermogen aan de 'eigen' onderneming (rechtspersoon of onderneming van verbonden persoon) bij fictie aan te merken als een (fictieve) onderneming in de zin van de OWB. De facto komt dit neer op het aanmerken van dergelijke vermogensbestanddelen als verplicht ondernemingsvermogen indien het gaat om terbeschikkingstellingen aan rechtspersonen. Resultaat is een fiscaal neutrale behandeling in vergelijking met particuliere ondernemingen.

8.2.3 De gefinancierde participatie

In lijn met de problemen zoals in het voorgaande onderdeel zijn geschetst, ligt het probleem van de fiscaal verschillende behandeling van de gefinancierde participatie. Hiermee wordt bedoeld, de aankoop van een particuliere onderneming of de participatie in een lichaam gefinancierd door middel van een externe schuld. Onder het huidige fiscale stelsel levert een schuld aangegaan ter financiering van een aanmerkelijkbelangpakket een aftrekpost op die tegen 25% te gelde kan worden gemaakt op het moment dat hier reële voordelen tegenover staan. Een gefinancierde participatie in een IB-onderneming leidt daarentegen direct tot een aftrekpost, die maximaal tegen 52% te gelde kan worden gemaakt.²⁶⁸

Deze fiscaal niet-neutrale behandeling, veroorzaakt door de rechtsvorm van de onderneming, dient in het onderhavige OWB-stelsel te verdwijnen. Invoering van dit stelsel alleen is daarvoor evenwel niet genoeg. Oorzaak ligt ook hier in de regels voor de vermogensetikettering. Indien (een deelname in) een particuliere onderneming wordt overgenomen waarbij de aankoopsooms wordt geleend, vormt deze lening op grond van de bestaande vermogensetiketteringsregels verplicht ondernemingsvermogen. Gaat het evenwel om de aankoop van de aandelen in een lichaam met geleend geld dan is deze lening altijd privévermogen. De rente is dan 'enkel' aftrekbaar op het niveau van de aandeelhouder voor wat betreft de secundaire heffing.

In de praktijk zullen dan naar verwachting stapelconstructies worden aangegaan om de rente die verband houdt met de aankoop van aandelen, toch aftrekbaar te krijgen op het niveau van de OWB-heffing. Gelet op het streven naar een fiscale rechtsvormneutrale behandeling van de winst, is dit niet gewenst.

Een oplossing is ook hier aan twee kanten denkbaar. Bij aanpassing aan de zijde van de particuliere ondernemingen kan gedacht worden aan het fictief aanmerken van een lening als 'privé'vermogen. Gevolg van deze fictie zou dan zijn dat de renteaftrek ook in die situatie pas aan de orde komt op het niveau van de secundaire heffing. Bij aanpassing aan de zijde van de rechtspersoon kan gedacht worden aan een oplossing waarbij de lening altijd als ondernemingsvermogen kwalificeert. Bijvoorbeeld door een dergelijke lening fictief aan te merken als onderneming in de zin van de OWB, gelijk als hiervoor bij de TBS. Bij afweging gaat mijn voorkeur uit naar de laatste oplossing; gelijkheid creëren door voor de fiscale behandeling van de gefinancierde aankoop van aandelen aan te sluiten bij de fiscale behandeling van de gefinancierde aankoop van een particuliere onder-

268 Zie bijvoorbeeld HR 3 oktober 1984, BNB 1985/57.

neming en de lening dus een fictief OWB-subject te maken. De belangrijkste argumenten hiervoor zijn de volgende.

Ten eerste sluit het aan bij de oplossing die is voorgesteld voor de fiscale behandeling van het ter beschikkingstellen van vermogen. Daar komt bij dat de rentelast nu fiscaal in aanmerking wordt genomen bij de bron waaruit zij feitelijk (veelal) ook gefinancierd zal worden. Voordeel is eveneens dat de rente de facto aftrekbaar zal zijn tegen het gecombineerde OWB en secundaire heffingstarief. Invoering van de oplossing aan de zijde van de particuliere onderneming zou juist betekenen dat renteaftrek alleen mogelijk is tegen het secundaire heffingstarief. Een laatste argument is dat deze fiscale regeling geen bedreiging vormt voor de liquiditeitspositie van de onderneming. Het is bij de gekozen oplossing niet noodzakelijk om winst uit te keren om de renteaftrek fiscaal feitelijk te kunnen effectueren op het niveau van de secundaire heffing. De rente is immers al in aftrek gebracht op het niveau van de onderneming.

Enig nadeel van deze oplossing is dat particuliere ondernemingen in vergelijking met de bestaande situatie een lagere effectieve onmiddellijke belastingbesparing hebben. De neutraliteit en de eenvoudswinst prevaleren hier evenwel naar mijn mening boven dit nadeel. Deze oplossing betekent voor participanten in lichamen een aanzienlijke wijziging. De lening zal niet bij de aandeelhouder in aanmerking worden genomen maar zal fictief een OWB-onderneming vormen. Gevolg is dat de rente op dat OWB-niveau tot aftrek komt. Eventueel is het mogelijk om tussen deze beide OWB-belastingsubjecten een horizontale fiscale eenheid aan te gaan. In dat geval komt het uitgangspunt dat de rentelasten in mindering strekken op de ondernemingswinst het meest zuiver tot uiting.

Indien in dit voorbeeld geen aandelen zouden zijn aangekocht maar een particuliere onderneming, zal de fiscale behandeling niet veel verschillen met de huidige. De lening zal verplicht ondernemingsvermogen zijn en derhalve tot renteaftrek bij die onderneming leiden.

Eindresultaat van deze fictie is een fiscaal neutrale behandeling van de gefinancierde aankoop van een ondernemingsparticipatie. De bestaande ongelijke behandeling is daarmee verdwenen.

Tot slot merk ik op dat een oplossing aan de zijde van de rechtspersonen ook mogelijk zou zijn in de vorm van een aftrekpost in box 1 ter grootte van de rente. Hiermee wordt echter volledige gelijkheid met de particuliere ondernemer niet bereikt. De rente komt immers niet rechtstreeks in mindering op de ondernemingswinst. Derhalve wijs ik deze oplossing van de hand.

8.2.4 De arbeidsbeloning

Een natuurlijke persoon kan in meerdere relaties tot zijn onderneming staan, soms zelfs gelijktijdig. Zo zal in veel gevallen de achterliggende participant, naast het verstrekken van financiële middelen, bijvoorbeeld ook werkzaamheden ten behoeve van de onderneming verrichten. Indien hij voor deze werkzaamheden een vergoeding ontvangt, dringt de vraag zich op, op welke wijze daarmee in de onderhavige uitwerking dient te worden omgesprongen. Deze vraag raakt zowel de OWB op het niveau van de onderneming als de inkomstenbelasting bij de achterliggende participanten.²⁶⁹

Voorafgaand aan de beantwoording van deze vraag kan het volgende worden opgemerkt. Een van de in par. 5.2. naar voren gebrachte uitgangspunten is, dat zo veel mogelijk een uiteindelijke belastingdruk gerealiseerd dient te worden die overeenkomt met het (top)tarief van box 1. Ook bij het formuleren van een oplossing voor de fiscale behandeling van de arbeidsbeloning in het OWB-stelsel dient dit uitgangspunt gehonoreerd te worden. Dientengevolge zijn er slechts de volgende 'twee' mogelijkheden. Enerzijds is het mogelijk dat de betaalde arbeidsbeloning op het niveau van de onderneming tot een

269 In de literatuur zijn hiervoor verschillende oplossingen geformuleerd. Zie onder meer Y. Koudijs, *Ondernemingswinstbelasting, een rechtsvormneutrale belastingheffing naar de winst uit onderneming*, proefschrift d.d. 30 november 1993, UVA, Amsterdam 1993, p. 134-136.

afrekkosten leidt maar dat deze bij de ontvangende winstgenieter wordt belast in box 1 tegen een toptarief van maximaal 52%. Anderzijds is het mogelijk om een arbeidsbeloning uitbetaald aan een winstgenieter niet in aftrek te laten komen op de belastbare OWB-winst zodat daarop een belastingdruk van 30% blijft rusten, en deze vervolgens bij de ontvangende winstgenieter met secundaire heffing te treffen. Bij de laatste oplossing ontstaat dan per saldo een belastingdruk van circa 51%. Aan beide oplossingen kleven voor- en nadelen die in de navolgende twee onderdelen zullen worden besproken.

8.2.4.1 *Arbeidsloon van een winstgenieter komt niet in aftrek op belastbare winst*

In dit alternatief wordt de aftrek van loonkosten op de fiscale winst van een onderneming uitgesloten, voor zover dit loon wordt uitbetaald aan een werknemer die ook als winstgenieter kwalificeert.

Aan het uitsluiten van de aftrekbaarheid van arbeidsloon van een winstgenieter kleven naar mijn mening vooral nadelen. Ten eerste ontstaat een ongelijke behandeling van loonkosten die worden uitbetaald aan 'gewone' werknemers in vergelijking tot werknemers die tevens winstgenieter zijn. Ten tweede zal het tot complexiteit leiden op het niveau van de onderneming.

Deze complexiteit wordt veroorzaakt door het volgende. Bij de vaststelling van het belastbare bedrag waarover de onderneming OWB verschuldigd zal zijn, spelen de aftrekbare kostenposten een belangrijke rol. Indien het arbeidsloon van de winstgenieter niet als een aftrekbare kostenpost kwalificeert, wordt het voor de onderneming dus van groot belang om te bepalen aan wie het loon wordt uitbetaald. Is dat een winstgenieter dan groot aftrek, is dat een 'gewone' werknemer dan wel aftrek. In de meeste gevallen is het wel duidelijk of de werknemer ook winstgenieter is, maar het aldus ontstane verschil in aftrekkosten, brengt mijns inziens toch een verzwarend effect van de administratieve druk met zich. Ook staat een fiscaal neutrale behandeling van werknemers, op het moment van loonuitbetaling, vanuit de werkgever bezien onder druk.

8.2.4.2 *Arbeidsloon van winstgenieter wel aftrekbaar*

De andere mogelijkheid, die tevens de twee nadelen van de vorige oplossing doet verdwijnen, is om het arbeidsloon van de winstgenieter wel als aftrekbare kostenpost voor de OWB toe te staan. Belangrijk voordeel is dat deze oplossing zorgt voor gelijkheid bij de onderneming met betrekking tot de uitbetaling van loonkosten. Het maakt voor de onderneming als werkgever immers niet uit wat de relatie van de werknemer tot de onderneming is; in alle gevallen zullen de loonkosten als aftrekbare bedrijfslasten kwalificeren. Hieruit ontstaat een grote eenvoud voor de onderneming.

Echter, ook deze oplossing is niet geheel vrij van nadelen. Het is namelijk de vraag of deze oplossing voor de particuliere ondernemers wel gerealiseerd kan worden, aangezien zij zonder nadere regelgeving niet de mogelijkheid hebben om een (arbeids)overeenkomst met de particuliere onderneming aan te gaan. Een oplossing zou kunnen liggen in de vorm van een forfaitaire aftrek, bijvoorbeeld op een vergelijkbare wijze vormgegeven als de huidige meewerkaftrek. Ik kies hier echter voor een oplossing in de vorm van een fiscale fictie gebaseerd op de geobjectiverde benadering van het OWB-belastingobject. Doordat de particuliere onderneming in het OWB-stelsel als zelfstandig belastingplichtige wordt aangemerkt, is het mogelijk om fiscaal deze onderneming een overeenkomst te laten sluiten met de achterliggende winstgenieter. De oplossing voor de arbeidende winstgenieter in een particuliere onderneming is naar mijn mening derhalve invoering van een fictie die het mogelijk maakt dat een particuliere ondernemer (in fiscaal opzicht) een overeenkomst sluit met zijn onderneming. In lijn met deze fictie is het dan ook mogelijk om fiscaal bij alle ondernemingen ongeacht de rechtsvorm, dus ook bij de particuliere ondernemingen, uit te gaan van een arbeidsovereenkomst tussen de onderneming en de winstgenieter, indien arbeid wordt verricht. De objectieve benadering van het OWB-belastingobject geeft de mogelijkheid om een dergelijke fictie voor de particuliere ondernemingen in te voeren. Gevolg van deze oplossing is dat het werkelijk aan de winstgenieter betaalde loon, als loonkosten, in mindering komt op de voor de OWB belaste winst.

Een andere vraag is dan of er een fictiefloonregeling dient te worden overgenomen zoals thans is geregeld in art. 12a Wet LB 1964. Immers, het werkelijke loon dat aan de winstgenieter wordt betaald, heeft nimmer een 'derdetoets' ondergaan en het is dus de vraag of het loon wel op een zakelijke hoogte is gesteld. Een fictiefloonregeling kan uitkomst bieden.

Desondanks ben ik geen voorstander van het overnemen van een fictiefloonregeling omdat mijns inziens de redenen die daaraan ten grondslag hebben gelegen ofwel geen rol meer spelen, dan wel op een andere wijze ten uitvoer kunnen worden gebracht.

De invoering van de fictiefloonregeling was destijds gebaseerd op de volgende drie gronden:

1. het misbruik dat werd gemaakt van de 68%-regeling in de vermogensbelasting²⁷⁰;
2. het tegengaan van winststoppotting door af te zien van salaris;
3. het misbruik dat werd gemaakt met betrekking tot de premie verschuldigd voor de inkomensafhankelijke volksverzekeringen.²⁷¹

De vermogensbelasting bestaat niet meer met als gevolg dat de eerste reden voor de fictiefloonregeling geen hout meer snijdt.

Het nadeel van winststoppotting, oftewel het probleem dat het loon geen dertetoets heeft ondergaan, kan mijns inziens genuanceerd worden. Gelijk als eerder al is vastgesteld met betrekking tot het risico van oneindige winstuitstel, kan hier worden gesteld dat bij een juiste tariefstelling de prikkel om een onzakelijk loon vast te stellen, zal afnemen. Ressteert de laatste reden voor de invoering van de fictiefloonregeling: het misbruik met betrekking tot de volksverzekeringen. Met Van Dijk²⁷² ben ik van mening dat het hier een reden betreft die zijn grondslag niet vindt in de belastingheffing maar in de samenwerking tussen belastingwet(ten) en niet-belastingwet(ten). Een dergelijke reden kan op zichzelf geen belastingmaatregel als de fictiefloonregeling rechtvaardigen. Voor dergelijk misbruik zijn andere maatregelen te bedenken.

Zo stelt Van Dijk voor om de premieheffing te koppelen aan de omvang van het verzamelincome in plaats van alleen aan het box 1-inkomen. In dit laatste geval kan evenwel de hoogte van het premie-inkomen gemanipuleerd worden door bijvoorbeeld het loon niet uit te keren. Van Dijk stelt voor om in dergelijke gevallen van loonmanipulatie het verzamelinkomen te verhogen. Een fictiefloonregeling die doorwerkt in de belastingheffing is dan niet nodig.

Gelet op het vorenstaande is de noodzaak van een fictiefloonregeling in de onderhavige uitwerking in mijn optiek niet aanwezig. De enige reden die daarvoor kan worden aangevoerd (winststoppotting), kan door een juiste tariefstelling (grotendeels) worden weggenomen. In het kader van de onderhavige OWB-uitwerking wordt derhalve voorgesteld om de fictiefloonregeling niet over te nemen.

Tot slot zal de fiscale behandeling van de pensioenvoorziening van de winstgenieter bij deze oplossing (het toestaan van aftrek van het arbeidsloon dat aan een winstgenieter toekomt) zonder problemen verlopen. Immers, zowel de opbouw als de uitkering zal op dezelfde wijze verlopen als de pensioenopbouw van een werknemer (zowel voor wat betreft de begunstigde als de verzekeraar). De opbouw van de pensioenrechten zal tot aftrekbare loonkosten leiden bij de onderneming en de corresponderende component zal bij de werkende winstgenieter in de heffing van box 1 worden betrokken. Indien de onderneming wordt overgedragen, zal de pensioenverplichting, indien deze in eigen

270 In de vermogensbelasting was destijds een samenloopregel opgenomen die inhield dat er niet meer inkomstenbelasting en vermogensbelasting tezamen zou worden geheven dan 68% van het belastbare inkomen over het voorafgaande jaar. Een en ander werd vormgegeven in een terug-gave van VB. Door af te zien van bepaalde inkomsten konden aanmerkelijkbelanghouders hun belastbare inkomen verminderen en zodoende minder vermogensbelasting verschuldigd worden. Zie o.a. Kamerstukken II, 1995-1996, 24 761, nr. 3, p. 33 e.v.

271 Zie Kamerstukken II, 1995-1996, 24 761, nr. 7, p. 55.

272 J.E.A.M. van Dijk, 'Gebruikelijk loon', *WFR* 2001/1033.

beheer werd opgebouwd, met de onderneming mee overgaan. Het zou evenwel ook mogelijk moeten zijn om bij overdracht, gelijk als thans rechtens is, de pensioenverplichting af te storten bij een professionele verzekeraar. Regel blijft dan uiteraard nog steeds dat bij uitkering van het pensioen de ontvanger daarvan in de heffing van box 1 zal worden betrokken.

Voorts is het zo dat de fiscale mogelijkheid tot pensioenopbouw een stimulans vormt om salaris toe te kennen. Dit zal dan eventuele nadelen/risico's verbonden aan de afschaffing van de fictiefloonregeling, zoals hiervoor wordt verdedigd, deels wegnemen.

8.2.4.3 *Voor- en nadelen van de twee mogelijke fiscale behandelingen bij de ontvanger; belasting in box 1 of met secundaire uitdelingsheffing*

Welke van beide vorenstaande oplossingen wordt gekozen aan de onderneming/werkgeverkant is ook van invloed op de fiscale behandeling bij de ontvanger waaraan eveneens voor- en nadelen zijn verbonden. Wordt ervoor gekozen om de vergoedingen voor verrichte arbeid, door winstgenieter, niet aftrekbaar te maken dan zal deze met secundaire heffing worden belast bij de werkende winstgenieter. Belangrijk voordeel is dat er dan neutraliteit ontstaat op het niveau van de ontvanger met betrekking tot de fiscale behandeling van zijn uitkeringen ontvangen van de onderneming.

Het voordeel dat ontstaat als het loon van de meewerkende winstgenieter wel aftrekbaar is en derhalve bij de ontvanger belast is in box 1, is de gelijkheid die ontstaat met andere werknemers. Het maakt geen verschil of een werknemer nog een andere relatie tot zijn werkgever heeft, voldoende is dat er werkzaamheden worden verricht waarvoor een vergoeding wordt ontvangen. Deze vergoeding zal dan in alle gevallen op eenzelfde fiscale wijze worden behandeld. Nadeel is dat het lastig is om te bepalen wat voor 'vergoeding' de 'werknemer' in de particuliere onderneming zou genieten. Immers, een civielrechtelijk arbeidscontract ontbreekt. Oplossing zou zijn om aansluiting te zoeken bij hetgeen een gebruikelijke vergoeding zou zijn indien de werkende winstgenieter een 'echte' werknemer zou zijn, doordat bijvoorbeeld de onderneming in de vorm van een BV wordt gedreven. Mijns inziens zou hier een vrije bewijsleer moeten gelden. Wellicht ten overvloede merk ik op dat deze oplossing van een andere aard is dan de eerder door mij afgewezen gebruikelijkloonregeling.

8.2.4.4 *Keuze voor een van beide systemen met betrekking tot het loon*

Beide systemen hebben voor- en nadelen, doch mijn voorkeur gaat uit naar de mogelijkheid om de loonkosten van een werkende winstgenieter wél in aftrek toe te staan op het ondernemingsniveau en deze te belastingen bij de ontvanger in box 1 als loon. Het is in het bijzonder de gelijkheid en de praktische haalbaarheid van deze uitwerking die mij tot deze voorkeur brengt. Neutraliteit bij de werkgever omdat hij voor de aftrek geen onderscheid hoeft te maken aan wie hij het loon uitbetaalt en neutraliteit bij de ontvanger omdat iedere werknemer ongeacht zijn relatie tot zijn werkgever, loon geniet dat als zodanig tot zijn box 1-inkomen wordt gerekend. Enig verschil is dat bij de 'echte' werknemer het loon voortkomt uit een zuivere dienstbetrekking en bij de meewerkende winstgenieter in een particuliere onderneming, voortkomt uit een fiscale fictie. In beide gevallen is er echter fiscaal gezien sprake van loon.

8.2.5 **Fiscale transparantiegedachte en de samenwerking door middel van een joint venture**

In deze en de volgende onderdelen wordt nader ingegaan op de wijze waarop de winst wordt belast in geval van samenwerking tussen verschillende ondernemingen. Hierbij gaat het om de fiscale behandeling van de joint venture, toepassing van de deelnemingsvrijstelling en de mogelijkheid van een (verticale) fiscale eenheid. Voorafgaand aan deze behandeling is het evenwel van belang om te bepalen op welke wijze in het OWB-stelsel wordt omgegaan met fiscale transparantie, beter gezegd kan fiscale transparantie nog een rol spelen binnen dit stelsel? De huidige wijze van winstbelasting kent verschillende pun-

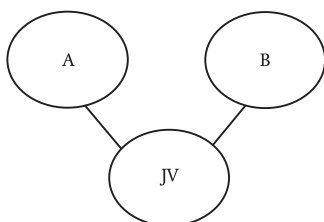
ten waarbij het leerstuk van de fiscale transparantie speelt. Genoemd kunnen worden de fiscale behandeling van de natuurlijke en rechtspersonen die vennoten zijn in een besloten CV, of de rechtsvormkeuze bij het aangaan van een joint venture, maar ook de fiscale behandeling van een vaste inrichting. Dit ruime toepassingsbereik impliceert dat het antwoord op de vraag óf fiscale transparantie in het OWB-stelsel zal terugkeren, van belang is.

Gelet op de objectieve benadering die aan de OWB ten grondslag ligt, is naar mijn mening geen plaats meer voor toepassing van de fiscale transparantiegedachte in het OWB-stelsel. Uitgangspunt is dat de materiële onderneming het OWB-belastingssubject vormt en dat alle achterliggende winstgenieters, ondanks de rechtsvorm van de onderneming, pas belast worden zodra zij deze winst genieten. Dit uitgangspunt geldt ook voor die entiteiten, die onder het huidige stelsel een fiscaal transparante behandeling kennen. Het past naar mijn mening niet om in bepaalde uitzonderingsgevallen, bijvoorbeeld als een joint venture wordt aangegaan om dan door de materiële onderneming heen te kijken en de zelfstandige fiscale positie los te laten. Uitgangspunt is dat de onderneming het belastingsubject is en dat de achterliggende participanten ieder volgens hun eigen fiscale regime zullen worden belast zodra de winst door deze onderneming aan hen ter beschikking wordt gesteld. Voor fiscale transparantie is dan geen plaats. Bovendien zal het OWB-stelsel wel regels bevatten die rekening houden met concernvorming alsmede het tegengaan van dubbele heffing. In geval van participerende ondernemingen zal dubbele heffing van OWB voorkomen worden door toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Toepassing van de fiscale-eenheidsfaciliteit, zowel horizontaal of verticaal, geeft aan dat in uitzonderings-situaties toch de mogelijkheid bestaat om zelfstandige belastingssubjecten voor wat de betreft de heffing van OWB als één belastingssubject aan te merken.

Omdat het vervallen van de fiscale transparantie zich vooral laat voelen indien twee of meer ondernemingen (gaan) samenwerken in een joint venture en zich voor de rechtsvormkeuze geplaagd zien, wordt hierop nader ingegaan.

In hoofdstuk 4, onderdeel 4.8.5, concludeerde ik dat onder het huidige regime bij het aangaan van een joint venture het gebrek aan rechtsvormneutraliteit op twee niveaus naar voren komt. Als eerste bij de rechtsvormkeuze van de jointventure-entiteit en ten tweede bij de fiscaal verschillende behandeling van de partners. Invoering van het OWB-stelsel zal het eerste gesignaleerde gebrek aan rechtsvormneutraliteit opheffen. Immers, het is fiscaal niet meer relevant welke rechtsvorm wordt gekozen voor de jointventure-entiteit. De jointventure-onderneming zal kwalificeren als belastingssubject voor de OWB, mits er een materiële onderneming wordt gedreven.

Het tweede verschil, de fiscaal verschillende behandeling van de vennoten houdt verband met toepassing van de fiscale transparantie. Als gevolg van de fiscale transparantie wordt iedere vennoot volgens zijn eigen regime behandeld wat kan leiden tot een fiscaal verschillende behandeling. Dit verschil speelt zelfs indien de vennoten beiden een entiteit zijn die een onderneming drijft echter met verschillende rechtsvormen. Bijvoorbeeld een BV en een eenmanszaak. Het vervallen van de fiscale transparantiegedachte zoals hiervoor verdedigd, maakt ook aan deze ongelijke behandeling een einde. Het volgende voorbeeld verduidelijkt dit.



Toepassing van de fiscale transparantiegedachte in bovenstaande illustratie zou betekenen dat JV deels deel zal uitmaken van onderneming A en deels van onderneming B als belastingsubject voor de OWB.

Dit past niet bij de objectieve benadering van de OWB. Immers, onderneming A is feitelijk gezien niet hetzelfde als de onderneming van JV. Dit zijn objectief gezien twee verschillende ondernemingen en derhalve twee verschillende OWB-belastingsubjecten. De fiscale behandeling van een joint venture verloopt onder de OWB als volgt.

Als de JV winst behaalt, zal de JV als belastingsubject voor de OWB hierover OWB verschuldigd worden. Op het moment dat A of B als achterliggende onderneming een voordeel behalen dat verband houdt met hun participatie in JV zal dit voordeel niet in de OWB betrokken worden, doch vrijgesteld zijn op grond van deelnemingsvrijstelling. Ook bij toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt geen onderscheid gemaakt tussen de rechtsvormen.²⁷³ Vervolgens zullen A en B ieder afzonderlijk met OWB belast worden. Enig nadeel van het verval van de fiscale transparantie is dat daarmee ook de huidige mogelijkheid vervalt om verliezen te verrekenen met winsten van de jointventurepartners. Naar mijn mening is dit evenwel een gevolg dat inherent is aan de objectieve benadering van het belastingsubject voor de OWB.

Overigens is het wel mogelijk om de verliezen op het niveau van de jointventurepartners in aanmerking te nemen als JV wordt geliquideerd. Er kan dan een regeling worden toegepast vergelijkbaar met de huidige regeling voor liquidatieverliezen zoals opgenomen in art. 13d Wet VPB 1969.

Tot slot nog enige opmerkingen met betrekking tot de fiscale behandeling van een passieve stichting die als commandiet deelneemt in een besloten CV. Onder het huidige recht maakt het enkele feit van de commanditaire participatie nog niet dat de CV geacht wordt een onderneming te drijven en om die reden belastingplichtig wordt. De Hoge Raad heeft dit reeds in 1969 beslist.²⁷⁴

Deze fiscale behandeling zal onder het OWB-stelsel niet anders zijn. Indien de CV een onderneming drijft, zal deze onderneming als zodanig aan de OWB onderworpen worden. Vervolgens zal bepaald dienen te worden of de passieve stichting zelf een onderneming drijft. Het enkel deelnemen in de CV is daarvoor, in lijn met de eerder gewezen jurisprudentie van de Hoge Raad, onvoldoende. Drijft de stichting wel zelfstandig een onderneming dan zal in zoverre een OWB-plicht bestaan. Het is dan mogelijk dat de commanditaire participatie tot dit ondernemingsvermogen wordt gerekend. De dreigende dubbele heffing zal worden voorkomen door de werking van de hierna te bespreken deelnemingsvrijstelling.

Concluderend kan worden betoogd dat invoering van het OWB-stelsel een einde maakt aan de bestaande niet-neutrale behandeling die naar voren komt bij het aangaan van een joint venture. Ten eerste omdat het niet meer uitmaakt welke rechtsvorm de jointventure-entiteit zal krijgen, in alle gevallen geldt dezelfde fiscale behandeling. En ten tweede omdat de rechtsvorm van de jointventurepartners evenmin leidt tot een fiscaal verschillende behandeling tussen vennoten die een onderneming drijven, bijvoorbeeld de particuliere onderneming vs. de BV als vennoot.

8.2.6 De deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid

Bij de bepaling van het belastingobject van de OWB verdienen de faciliteit van de deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid een afzonderlijke behandeling. Uitgangspunt is dat beide regimes deel zullen uitmaken van het onderhavige OWB-stelsel ongeacht de rechtsvorm van de onderneming die een beroep op de faciliteit doet.

273 Zie ook het hiernavolgende onderdeel.

274 HR 11 juni 1969 (nr. 16.134), BNB 1969/155.

8.2.6.1 *Deelnemingsvrijstelling*

Een regeling ter voorkoming van cumulatie van winstbelasting, gelijk aan het doel van de huidige deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969, zal ook deel uitmaken van het OWB-stelsel. Cumulatie van winstbelasting dient om een aantal redenen voorkomen te worden. Snel heeft in zijn proefschrift, onder meer de volgende redenen genoemd.²⁷⁵

Ten eerste de complementaire functie die de 'vennootschapstax' (in onderhavig proefschrift de OWB) heeft in verhouding tot de 'personentax' (in onderhavig proefschrift de inkomstenbelasting van de natuurlijke personen geheven) als argument om cumulatie van vennootschapstax voorkomen. Gelet op het feit dat volgens Snel geen andere rechtvaardiging voor de vennootschapstax is aan te voeren dan de complementaire functie in verhouding tot de personentax, dient voorkomen te worden dat de totale druk van de vennootschapstax hoger uitkomt dan de druk van deze personentax.

Ten tweede geeft hij een argument voor voorkoming van cumulatie vanuit een economische invalshoek. De invloed van de belastingheffing op de economie is van groot belang voor de ontwikkeling en beoogde maximalisatie van de welvaart (*i.e.* het welvaartsbeginsel). Hoe hoger de belastingdruk op winsten hoe minder lust er tot investeren bestaat, hetgeen de economische dynamiek niet ten goede komt. Voorts is het fiscaal niet-neutraal behandelen van investeringen gedaan door één onderneming in vergelijking tot een concern van ondernemingen (waarbij door cumulatie van de winstbelasting de druk hoger zou zijn) eveneens strijdig met het welvaartsbeginsel. Gelet op dit economische uitgangspunt dient cumulatie van vennootschapstax te worden voorkomen.

Hetgeen door Snel is opgemerkt met betrekking tot cumulatie van vennootschapstaksen in het algemeen, geldt mijns inziens eveneens voor de onderhavige OWB. Ik neem de door hem naar voren gebrachte redenen om cumulatie van winstbelasting te voorkomen, hier dan ook over voor wat betreft de cumulatie van OWB.

Naast de vraag of cumulatie voorkomen dient te worden, speelt de vraag in welke situaties cumulatie voorkomen dient te worden. In de literatuur spelen ter zake twee stromingen. Enerzijds de groep die het *ne-bis-in-idem* beginsel (*i.e.* dezelfde winst niet tweemaal in de heffing betrekken) als uitgangspunt neemt en anderzijds de groep die de verlengstukgedachte (*i.e.* indien een lichaam als het ware als verlengstuk van een ander lichaam fungeert, dient dubbele heffing te worden voorkomen) als uitgangspunt neemt. Gelet op de genoemde rechtvaardigingsgronden voor het voorkomen van cumulatie, evenals het in dit proefschrift beoogde doel van een fiscaal rechtsvormneutrale behandeling, ben ik voorstander om de cumulatie te voorkomen in zo veel mogelijk gevallen. Het *ne-bis-in-idem* derhalve.

Echter, aangezien een van de door mij in hoofdstuk 5 geponeerde uitgangspunten²⁷⁶ is dat het huidige onderscheid tussen actief en passief participeren wordt overgenomen, stel ik voor dat aan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling binnen het OWB-stelsel vooralsnog als voorwaarde wordt gesteld dat de participatie een belang in het ondernemingsvermogen van de deelneming vertegenwoordigt van 5%. Een en ander is het gevolg van de voorwaarden gesteld aan de kwalificatie als winstgenieter. Immers, ook daar wordt onderscheid gemaakt tussen actieve en passieve participaties door een 5% grens te stellen. Indien voor de deelnemingsvrijstelling geen kwalitatieve grens zou worden gesteld, leidt dit tot arbitrage, hetgeen juist een van de elementen is die naar mijn mening zoveel als mogelijk voorkomen moeten worden.²⁷⁷

Kortom, ik ben in beginsel voorstander van het geheel laten vervallen van een kwantitatief vereiste voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

275 F.P.J. Snel, *Van Moeders en Dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingsituaties*, proefschrift d.d. 8 juli 2005. Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort 2005, p. 40-50.

276 Uitgangspunt 6.

277 Een belastingplichtige die niet kwalificeert als winstgenieter als gevolg van de kwantitatieve omvang van zijn participatie, kan door het tussenschuiven van bijvoorbeeld een holdingvennootschap wel deze kwalificatie genieten, terwijl feitelijk zijn situatie niet verandert.

Echter, gelet op het overnemen van het huidige verschil in fiscale behandeling tussen actieve en passieve participaties wordt voorgesteld om vooraansnóg een 5% grens te stellen.

8.2.6.2 *Intermezzo*

Wellicht ten overvloede merk ik hier op dat een discussie omtrent de rechtvaardigheid van deze fiscaal verschillende behandeling tussen ondernemen en beleggen mijns inziens aanbeveling verdient. Voor wat betreft de winstbelasting en toepassing van de deelnemingsvrijstelling in het bijzonder zou het dan om de volgende argumenten gaan.²⁷⁸ Het huidige formele 5%-vereiste is ingegeven door de praktische werking die daarvan uitging. Bij de invoering werd beoogd om de grens aan te geven tussen de volgende twee oogmerken om een deelneming te houden:

1. het creëren van een zakelijke band tussen de beide maatschappijen. Een dergelijke relatie rechtvaardigt het uitgangspunt dat tweemaal belasten van dezelfde winst niet wenselijk is;
2. de aandelen zijn niet meer dan waardepapieren, hetgeen geen reden vormt voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling.²⁷⁹

Het strookt mijns inziens niet met de door mij ingevulde grondslag van de deelnemingsvrijstelling (*i.e.* het *ne-bis-in-idem*beginsel) om dit onderscheid te hanteren. Ook is het instellen van een kwantitatieve grens om dit oogmerk te bepalen, mijns inziens arbitrair.²⁸⁰ Het onderscheid ondernemen en beleggen, waar de 5%-grens oorspronkelijk op is gebaseerd, behoort hierbij mijns inziens helemaal geen rol te spelen. Immers, of de participant nu de deelname in het eigen vermogen van de andere onderneming heeft verricht als belegger of als ondernemer maakt voor het doel van de deelnemingsvrijstelling geen verschil. In beide gevallen wordt er eigen vermogen verschaft door een onderneming aan een andere onderneming die daarmee winst gaat pogen te behalen. Deze winst wordt bij de dochteronderneming belast ongeacht de rechtsvorm en dient vervolgens niet voor een tweede maal in de winstbelasting te worden betrokken.

Voorts sluit ik mij hier aan bij hetgeen Snel opmerkt. Invoering van een 5%-grens waarboven wel recht bestaat op voorkoming van cumulatie van vennootschapstax, leidt volgens hem niet tot een neutrale fiscale behandeling. Voorts merkt hij op dat deze grens ervoor zorgt dat kleine en grote investeringen niet gelijk worden behandeld, hetgeen een optimale allocatie van investeringen niet ten goede komt.²⁸¹

Echter, zoals al opgemerkt, leidt het uitgangspunt dat het huidige onderscheid tussen ondernemen en beleggen wordt overgenomen, ertoe dat de deelnemingsvrijstelling binnen het onderhavige OWB-stelsel van toepassing zal zijn indien een onderneming participeert in een andere onderneming, mits deze een belang in deze onderneming houdt dat 5% of meer winstgerechtigheid vertegenwoordigt.

278 Vergelijk Duitsland waar sinds de wijziging van het winstbelastingregime geen minimumgrens meer gesteld wordt.

279 Zie o.a. MvA, Kamerstukken I, 1969-1970, p. 26 bij Wet van 7 oktober 1969, *Stb.* 1969, 445 en MvA, Kamerstukken I, 1989-1990, p. 11 bij Wet van 25 april 1990, *Stb.* 1990, 173.

280 Zie ook H.G.M. Dijkstra. H.G.M. Dijkstra, *Fiscale faciliteiten bij interne reorganisaties van naamloze en besloten vennootschappen*, proefschrift d.d. 22 maart 1984, *Fiscale Monografieën* nr. 93, Kluwer, Deventer 1984, p. 78. Zie ook J.A.G. van der Geld, 'Evolutie en toekomstperspectief van de deelnemingsvrijstelling,' *WFR* 1994/6111, p. 987-966. Hij verdedigt daar een afschaffing van de 5%-grens om het *ne-bis-in-idem*beginsel volledig tot zijn recht te laten komen.

281 F.P.J. Snel, *Van Moeders en Dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingsituaties*, proefschrift d.d. 8 juli 2005, *Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort 2005*, p. 53-54.

Een volgende vraag is de wijze van voorkoming. Snel heeft onderzoek gedaan naar de verschillende mogelijke methoden van voorkoming van cumulatie van vennootschapstax. Voor een overzicht en uiteenzetting omtrent deze methoden, verwijst ik naar zijn proefschrift.²⁸² Voor zover hier van belang stel ik mij op het standpunt dat de methode van een objectvrijstelling, zoals de deelnemingsvrijstelling thans is vormgegeven, mijn voorkeur heeft. Ten eerste omdat mijns inziens hiermee de eenvoud is gediend, wat een van de uitgangspunten van het onderhavige stelsel is en ten tweede omdat dit aansluit bij de huidige fiscale regelgeving, hetgeen eveneens een uitgangspunt is van het onderhavige stelsel.²⁸³

De onderhavige OWB wordt derhalve aangevuld met een regeling nagenoeg geheel overeenkomstig de huidige regeling zoals neergelegd in art. 13 Wet VPB 1969 e.v. Hierdoor zullen de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie omtrent deze faciliteit hun belang behouden.

Gelet op de rechtsvormneutrale grondslag geldt met name de volgende uitzondering op deze volledige overname.

De faciliteit van de deelnemingsvrijstelling wordt verruimd met de particuliere ondernemingen. Dat wil zeggen dat particuliere ondernemingen als deelneming kunnen kwalificeren (dus als dochteronderneming) maar ook dat zij zelf een deelneming kunnen houden (dus als moederonderneming) en alsdan een vrijstelling zullen genieten. Zulks is ook mogelijk aangezien de fiscale transparantie hier is losgelaten. De ondernemingen worden fiscaal derhalve als OWB-belastingsobjecten los van elkaar gezien. Deze verruiming vindt zijn rechtvaardiging in het geobjectiveerde belastingsobject voor de OWB in samenhang met het eerder verdedigde ruime toepassingsbereik van de vrijstelling. Iedere onderneming is een afzonderlijk belastingsobject en kan daardoor (fiscaal gezien) participeren in een andere onderneming. Gelet op het *ne-bis-in-idem* beginsel dient dubbele heffing over dezelfde ondernemingswinst dan te worden voorkomen. In het OWB-stelsel wordt dit voorkomen door toepassing van een objectvrijstelling bij OWB-belastingsobject (*i.e.* de onderneming) dat participeert in het andere OWB-belastingsobject.

Andere argumenten om het toepassingsbereik van de deelnemingsvrijstelling te verruimen naar de particuliere onderneming zijn dat op deze wijze recht wordt gedaan aan het rechtsvormneutrale uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan de onderhavige uitwerking van een winstbelastingstelsel en dat op deze wijze de concurrentieverhoudingen zuiver blijven, waarmee de economische dynamiek wordt bevorderd. Ondernemingen kunnen immers op deze wijze gemakkelijker – althans met minder fiscale belemmeringen – met elkaar samenwerken en de krachten bundelen.

Het oprekken van de deelnemingsvrijstelling naar particuliere ondernemingen is overigens geen nieuwe gedachte. Het Ruding Comité stelde een dergelijke verruiming al voor, wat door de EG-commissie als uiterst wenselijk werd overgenomen en zelfs in een voorstel werd geconcretiseerd.²⁸⁴ In het recent uitgebrachte Working Paper betreffende *Company Taxation in the Internal Market*²⁸⁵ is dit nog eens bevestigd.²⁸⁶ In de literatuur is een dergelijke uitbreiding onder meer voorgesteld door Koudijs.²⁸⁷

Tot slot besteed ik hier kort aandacht aan de vraag welke voordelen onder deze vrijstelling vallen. Hierbij wordt aangesloten bij de bestaande faciliteit van de deelnemingsvrijstel-

282 F.P.J. Snel, *Van Moeders en Dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingsituaties*, proefschrift d.d. 8 juli 2005, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort 2005.

283 Zie hoofdstuk 5 voor een raamwerk en overzicht van de uitgangspunten die aan het onderhavige stelsel ten grondslag liggen.

284 O.a. Commissie van de Europese Gemeenschappen; SEC (92) 1118 def.; CES 1332/92F/SG/ef/ls.

285 Commission Staff Working Paper, 'Company Taxation in the Internal Market', COM (2001) 582 final, p. 231.

286 Inmiddels is ook de reikwijdte van de Moeder-dochterrichtlijn verruimd maar niet naar particuliere ondernemingen, Brussel 29 juli 2003, COM (2003) 462 final.

287 Y. Koudijs, *Ondernemingswinstbelasting, een rechtsvormneutrale belastingheffing naar de winst uit onderneming*, proefschrift d.d. 30 november 1993, UVA, Amsterdam 1993, p. 164-170.

ling, die zowel ziet op winstuitkeringen in iedere vorm en capital gains/losses op de participatie.

Overigens gaat het alleen om voordelen die worden genoten uit hoofde van het participeren in eigen vermogen van de onderneming. Rente als vergoeding voor het ter beschikking stellen van vreemd vermogen blijft in beginsel buiten de vrijstelling.

Dit strookt ook met het uitgangspunt zoals in hoofdstuk 5 verdedigd om het huidige onderscheid dat wordt gemaakt tussen vreemd vermogen en eigen vermogen over te nemen. Uitzondering vormt de rente die wordt genoten op een hybride lening. Deze zal gelijk als onder het huidige recht worden meegetrokken in de vrijstelling.

Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat de deelnemingsvrijstelling overigens niet geldt indien het een deelname betreft in een entiteit die geen materiële onderneming drijft (bijvoorbeeld een zogenaemde kasgeldvennootschap). Toepassing van de vrijstelling in die situatie zou niet passen binnen het doel van de deelnemingsvrijstelling; het voorkomen van dubbele OWB-heffing. Ontbreekt een materiële onderneming dan ontbreekt ook een belastingsubject voor de OWB en wordt dus geen winstbelasting geheven over de door de dochtermaatschappij behaalde winst. Tot slot merk ik op dat één rechtspersoon met meerdere objectieve ondernemingen, geacht wordt één objectieve onderneming te drijven, als gevolg van de horizontale fiscale-eenheidsgedachte. De deelnemingsvrijstelling is dan niet aan de orde.

Een meer uitgebreide behandeling van de werkwijze van de deelnemingsvrijstelling dan hiervoor is gedaan, valt mijns inziens buiten het bestek van dit proefschrift. Mede ook gelept op het uitgangspunt zoals geformuleerd in hoofdstuk 5, om zoveel als mogelijk bij de bestaande wetgeving en heffingssystematiek aan te sluiten. Voor een meer uitgebreide behandeling van mogelijke methoden ter voorkoming van cumulatie van vennootschaps-tax en bijkomende bijzondere onderwerpen en problemen, wordt verwezen naar het eerder al genoemde proefschrift van Snel.²⁸⁸

Voldoende is hier om vast te stellen dat toepassing van een deelnemingsvrijstelling op een wijze als hiervoor is beschreven tot gevolg heeft dat er sprake is van een rechtsvormneutrale heffingswijze en toepassing van de vrijstelling. Immers, iedere onderneming heeft recht op de deelnemingsvrijstelling ongeacht de rechtsvorm. Een dergelijke fiscaal-neutrale behandeling komt mijns inziens de zuivere concurrentieverhoudingen ten goede.

8.2.6.3 *Uitbreiding van het fiscale-eenheidsregime*

Gelijk als de deelnemingsvrijstelling wordt de faciliteit van de fiscale eenheid in het onderhavige OWB-stelsel overgenomen, doch met een uitbreiding naar de particuliere ondernemingen. Een van de belangrijkste argumenten voor de overname van de fiscale-eenhedenfaciliteit in het onderhavige OWB-stelsel, is de reden waarom de fiscale eenheid destijds is ingevoerd. Tijdens de recente herziening van het fiscale eenheidsregime is de bestaansgrond van de faciliteit als volgt weergegeven²⁸⁹:

‘Uitgangspunt bij de heffing van vennootschapsbelasting is de subjectieve belastingplicht, dat wil zeggen dat elk lichaam afzonderlijk in de heffing wordt betrokken. Dit geldt in beginsel ook voor lichamen die deel uitmaken van een concern, met als gevolg dat ook bij concerns alle lichamen zelfstandig hun fiscale winst dienen te bepalen en ook afzonderlijk daarvan aangifte moeten doen. Een uitvloeisel hiervan is dat er ook binnen een concern in beginsel geen onderlinge verrekening mogelijk is van winsten en verliezen die door de concernlichamen worden behaald.

Behaalt het ene concernlichaam een winst, dan is dat lichaam daarover in beginsel vennootschapsbelasting verschuldigd (eventuele “eigen” verliescompensatie daargelaten) ook al behalen de andere concernlichamen een verlies.

288 F.P.J. Snel, *Van Moeders en Dochters, systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschaps-tax in deelnemingsituaties*, proefschrift d.d. 8 juli 2005, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort 2005.

289 Memorie van toelichting. Kamerstukken II, 1999-2000, 26 854, nr. 3, p. 2.

Dit laatste vormde bij het ontwerp van de Wet op de Winstbelasting 1940 de aanleiding een bepaling op te nemen op basis waarvan onderlinge verliesverrekening mogelijk zou worden. De bepaling is uiteindelijk geïntroduceerd in artikel 27 van het Besluit op de Winstbelasting 1940 en vervolgens opgenomen in artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.'

Mijns inziens heeft deze argumentatie onder het OWB-stelsel nog geldingskracht en wordt mogelijk zelfs nog meer van belang. Onder het huidige recht kan een entiteit die niet voldoet aan de voorwaarden voor vorming van een fiscale eenheid toch tot verrekening van het verlies van een dochteronderneming komen, indien deze dochteronderneming een rechtsvorm krijgt die tot fiscale transparantie leidt. Door de objectivering van het belastingsubject voor de OWB in samenhang met het vervallen van de mogelijkheid van fiscale transparantie is verliesverrekening tussen 'verbonden' ondernemingen echter op geen enkele wijze meer mogelijk. Een faciliteit als de fiscale eenheid biedt dan de enige uitkomst.

Een tweede argument om gezamenlijke resultaatsbepaling op concern-niveau ook in de onderhavige OWB mogelijk te maken, is dat daarmee de eenvoud gediend wordt, hetgeen een van de uitgangspunten van het onderhavige stelsel is.

Naast de vraag of de fiscale-eenhedsfaciliteit moet worden ingevoerd, speelt de vraag op welke wijze deze gezamenlijke resultaatsbepaling gerealiseerd dient te worden. Gelet op het uitgangspunt dat bij het schetsen van het OWB-stelsel zoveel als mogelijk wordt aangesloten bij de huidige fiscale regelgeving, luidt het antwoord op deze vraag dat wordt aangesloten bij de regels geldend voor het huidige fiscale eenheidsregime. Derhalve wordt in de OWB een faciliteit opgenomen die het mogelijk maakt dat verschillende ondernemingen (*i.e.* belastingsubjecten) fiscaal geacht worden in elkaar 'te zijn opgegaan' zonder daarbij hun subjectieve belastingplicht te verliezen. Zij zullen dan fiscaal als een geheel worden beschouwd op gelijke wijze als bij het bestaande fiscale-eenhedsregime.

Volgende punt is dan in welke gevallen een fiscale eenheid gevormd kan worden. Welke voorwaarden dienen te worden vervuld? Ook op dit punt wordt aangesloten bij de voorwaarden van het huidige fiscale-eenhedsregime. Echter, wel worden aanpassingen voorgesteld in het toepassingsbereik gelet op het rechtsvormneutrale karakter van het onderhavige OWB-stelsel.

Het rechtsvormneutrale karakter evenals het vervallen van fiscale transparantie voor de particuliere samenwerkingsverbanden, maakt dat ik voorstander ben van een ruim toepassingsbereik. Alle ondernemingen, mits aan de overige voorwaarden worden voldaan,²⁹⁰ zullen ongeacht de rechtsvorm gebruik kunnen maken van de fiscale-eenhedsfaciliteit. Eerste vereiste voor toepassing van de faciliteit is derhalve niet dat er sprake dient te zijn van een bepaalde rechtsvorm doch dat er sprake dient te zijn van een belastingsubject voor de OWB, te weten een materiële onderneming.²⁹¹

Daarnaast wordt de voorwaarde, dat de aandeelhouder ten minste 95% van het gestort aandelenkapitaal van de andere vennootschap (art. 15, lid 1, Wet VPB 1969) dient te houden, aangepast.

Deze voorwaarde zal in overeenstemming met het rechtsvormneutrale karakter van de onderhavige winstbelastinguitwerking, zodanig worden gewijzigd dat hij ook van toepassing is op particuliere ondernemingen.²⁹² De volgende regel wordt voorgesteld:

'Indien een onderneming deelneemt in het eigen vermogen van een andere onderneming of in het (eigen) vermogen van een lichaam dat een materiële overneming drijft, zullen deze ondernemingen gerechtigd

290 Zie daarvoor art. 15 Wet VPB 1969.

291 Ook particuliere ondernemingen kunnen dan een fiscale eenheid vormen en daarvan deel uitmaken zowel als moedermaatschappij als, als dochtermaatschappij.

292 Vergelijk de fiscale eenheid in de Wet OB 1968. Een fiscale eenheid voor de omzetbelasting is daar zelfs mogelijk tussen een onderneming en een natuurlijk persoon mits maar aan de voorwaarden is voldaan.

zijn om te kiezen voor toepassing van het fiscale-eenheidsregime, mits aan de overige voorwaarden wordt voldaan'.

Bijzondere aandacht gaat in dit verband uit naar de eis van deelname in het eigen vermogen van een onderneming. Vraag is namelijk welke mate van deelname nodig is om een fiscale eenheid te kunnen aangaan. In beginsel zou dit naar mijn mening alleen dienen te zijn bij een participatie van 100%. Immers, dan is er sprake van een groep ondernemingen die feitelijk met elkaar vereenzelvigd kunnen worden en waarbij het onredelijk zou zijn indien de resultaten onderling niet verrekend zouden kunnen worden. Zodra daar derdenbelangen bij komen, wordt aan dit uitgangspunt afbreuk gedaan.

Echter, net als onder het huidige recht ben ik van mening dat deze kwantitatieve grens verlaagd kan worden bijvoorbeeld om rekening te houden met zoekgeraakte participaties om bepaalde uitzonderingssituaties te kunnen ondervangen. Om die reden wordt de huidige kwantitatieve grens van 95% overgenomen, zij het dat deze een breder werkingsgebied krijgt. Op grond van art. 15, lid 1, Wet VPB 1969 is thans vereist dat de moedermaatschappij zowel de juridische als de economische eigendom van ten minste 95% van iedere soort van aandelen bezit. De uitbreiding naar particuliere ondernemingen heeft de volgende consequenties. Het moet gaan ofwel om een 95%-deelname in het totale aandelenkapitaal ofwel om een belang ter grootte van 95% in de winst en/of het liquidatiesaldo van de onderneming.

De overige voorwaarden zullen overeenkomstig de voorwaarden in het huidige art. 15 Wet VPB 1969 luiden:

- gelijke boekjaren;
- dezelfde winstbepalingsregels;
- de ondernemingen dienen OWB-subjecten te zijn.²⁹³

Slotom is dat een faciliteit als de huidige fiscale eenheid in het OWB-stelsel zal worden opgenomen. De faciliteit zal (grotendeels) overeenkomen met het bestaan fiscale-eenheidsregime.²⁹⁴ Wel wordt het toepassingsbereik verruimd naar de particuliere ondernemingen. Hiermee ontstaat fiscaal neutrale behandeling nu iedere onderneming ongeacht de rechtsvorm de mogelijkheid heeft om zich te voegen in een fiscale eenheid. Dit betekent voor de particuliere onderneming de grootste wijziging aangezien zij in tegenstelling tot de huidige situatie zowel als moedermaatschappij als, als dochtermaatschappij van een fiscale eenheid kan fungeren.

In aansluiting daarop wordt de kwantitatieve 95% aangepast op een wijze dat deze ook van toepassing is op particuliere ondernemingen. Uitbreiding van het fiscale eenheidsregime naar dergelijke ondernemingen leidt bijvoorbeeld tot de volgende situatie.

Een tweetal ondernemingen die voor 95% met elkaar zijn verbonden doordat onderneming I meer dan 95% houdt in het eigen vermogen van onderneming II, kunnen een fiscale eenheid vormen. Het maakt hierbij niet uit of onderneming I een rechtspersoon is en onderneming II een particuliere onderneming of vice versa. In beide gevallen is vorming van een fiscale eenheid mogelijk mits aan de daartoe gestelde voorwaarden wordt voldaan.

²⁹³ Hieronder vallen ook de fictieve TBS-ondernemingen zoals in onderdeel 8.2.2 en 8.2.3 beschreven.

²⁹⁴ Er zijn regelingen denkbaar die niet geheel geschreven zijn voor een uitbreiding als hiervoor beschreven. Deze zullen zodanig herschreven dienen te worden dat zij tevens van toepassing zijn op de particuliere onderneming.

De eerder verdedigde horizontale fiscale eenheid is in dit voorbeeld niet mogelijk omdat in de genoemde voorbeelden de participanten in de objectieve ondernemingen niet geheel dezelfde zijn.²⁹⁵

8.2.6.4 Conclusie

In dit onderdeel is ingegaan op de wijze waarop de deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid in het OWB-stelsel worden ingepast. Voor beide faciliteiten geldt dat zij ook in het OWB stelsel worden opgenomen doch dat voor beide een verruiming van het toepassingsgebied wordt voorgesteld. Deze verruiming ziet op de particuliere ondernemingen. Op deze wijze worden de bestaande problemen veroorzaakt door het ontbreken van rechtsvormneutraliteit, voorkomen. Deze verruiming naar particuliere ondernemingen is ook noodzakelijk aangezien toepassing van de fiscale transparantiegedachte onder het OWB-stelsel niet meer mogelijk is. Om dubbele heffing te voorkomen met betrekking tot ondernemingswinsten, kan een beroep worden gedaan op de deelnemingsvrijstelling en onder voorwaarden het fiscale-eenheidsregime. Eenzelfde soort conclusie geldt voor de verticale verliesverrekening. Deze mogelijkheid van verliesverrekening kan worden gecreëerd door het aangaan van een fiscale eenheid.

8.2.7 De ondernemersfaciliteiten

De huidige wijze van winstberekening kent ondernemersfaciliteiten die alleen openstaan voor particuliere ondernemers. De achtergrond van deze faciliteiten is, zoals in hoofdstuk 4 is behandeld, ofwel het mitigeren van de zware druk van de progressieve heffing op ondernemingswinst ofwel een meer instrumentele functie.²⁹⁶

In de onderhavige uitwerking van de OWB zal het belang van een aantal ondernemersfaciliteiten, dat geheel of gedeeltelijk is terug te voeren tot de oorspronkelijke functie (mitigeren van de zware druk van de inkomstenbelasting voor de 'kleine' ondernemers), afnemen als gevolg van het verdwijnen van de progressieve heffing voor de ondernemingswinst. De OWB wordt immers voorgesteld als een winstbelasting met een relatief laag proportioneel tarief. Zolang de winst niet wordt uitgedeeld, zal de onderneming zich, in vergelijking tot de bestaande situatie voor particuliere ondernemers, in een gunstigere positie bevinden.

Voor de ondernemersfaciliteiten die de particuliere ondernemers pogen te steunen, zal dan minder noodzaak zijn, zodat afschaffing gerechtvaardigd kan zijn. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de zelfstandigenaftrek.²⁹⁷

Andere ondernemersfaciliteiten die zien op het ondernemen in het algemeen kunnen daarentegen wel worden overgenomen voor zover het beoogde doel nog steeds actueel is.²⁹⁸ Bijvoorbeeld maatregelen die beogen de investeringen te stimuleren. Voorwaarde is dan wel dat het werkingsgebied van deze faciliteiten wordt uitgebreid tot alle ondernemingen ongeacht de rechtsvorm.

Het verdwijnen van een groot aantal ondernemersfaciliteiten heeft een grondslagverbreding tot gevolg waaruit een tariefsverlaging gefinancierd kan worden. Een generieke tariefsverlaging heeft als voordeel dat iedere onderneming daarvan kan genieten, hetgeen

295 De uitbreiding naar de particuliere onderneming sluit ook aan op de in art. 7, lid 4, Wet OB 1968 opgenomen mogelijkheid om een fiscale eenheid voor de OB aan te gaan indien men voor de OB als ondernemer kwalificeert. Als OB-ondernemer kwalificeert niet alleen de rechtspersoon maar ook de natuurlijk persoon en het samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid. Dit samenwerkingsverband wordt dan als ondernemer aangemerkt.

296 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.

297 Voor de gevolgen van die ondernemers – kleine ondernemers – die door invoering van het OWB-regime in vergelijking tot de bestaande situatie worden benadeeld, wordt verwezen naar onderdeel 6.4.2.

298 Bijvoorbeeld de aftrek voor spur- en ontwikkelingswerk van art. 3.77 Wet IB 2001.

strookt met de neutraliteitsgedachte die aan de onderhavige uitwerking ten grondslag ligt.

Bijzondere aandacht gaat uit naar de oudedagsreserve (OR). Vraag is namelijk of deze ondernemersfaciliteit zou moeten vervallen of onder het OWB-stelsel zou moeten worden voortgezet. Uitgangspunt is in ieder geval dat iedere belastingplichtige op enigerlei wijze de mogelijkheid dient te hebben om een oudedagsvoorziening op te bouwen. De wetgever hanteert ook dit uitgangspunt en stimuleert de opbouw van dergelijke oudedagsvoorzieningen onder meer door de pensioenopbouw fiscaal gefacilieerd te laten verlopen, mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan.

Het vervallen van de OR-faciliteit, leidt er in het OWB-stelsel niet toe dat de particuliere ondernemer geen mogelijkheid meer heeft tot het opbouwen van een oudedagsvoorziening. Als gevolg van de hiervoor voorgestelde fiscale fictie om loon in aanmerking te nemen, is het mogelijk om ook pensioen (in eigen beheer) op te bouwen.

Daarnaast heeft de particuliere ondernemer nog de mogelijkheid van een lijfrente inclusief de lijfrentepremieaftrek. Voor het voortbestaan van de OR-faciliteit bestaat mijns inziens in zoverre dus geen noodzaak. Desondanks stel ik voor de OR-faciliteit te laten bestaan. De ondernemers die om wat voor reden niet aan pensioenopbouw (kunnen) toekomen, hebben dan toch de mogelijkheid om op een fiscaal voordelige wijze te voorzien in de oude dag.

In die lijn ligt het dan ook om de lijfrentepremieaftrek in de zin van art. 3.124 e.v. Wet IB 2001 open te stellen voor particuliere ondernemers.

Slotsom is dat een groot deel van de huidige ondernemersfaciliteiten met de invoering van de OWB hun belang verliezen en kunnen vervallen. Het bestaande gebrek aan rechtsvormneutraliteit met betrekking tot het toepassingsbereik van deze faciliteiten wordt hiermee opgelost.

Voor zover de faciliteiten nog wel blijven bestaan, c.q. dat het wenselijk is om deze vanuit een instrumentele doelstelling te laten voortbestaan, is het vanuit de neutraliteitsgedachte noodzakelijk om deze open te stellen voor iedere onderneming ongeacht de rechtsvorm. Voor de particuliere ondernemers betekent dit een wijziging in vergelijking met het bestaande regime. Immers, de ondernemingsfaciliteiten zullen op het niveau van de onderneming genoten worden. Dit levert een nadeel op in vergelijking tot het bestaande regime. Echter, door de grondslagverbreding die van het schrappen van een aantal regelingen het gevolg is, zal (en moet) er een generieke tariefsverlaging worden doorgevoerd. Op deze wijze kan dit nadeel (gedeeltelijk) worden opgeheven.

8.3 BELASTINGOBJECT VOOR DE SECUNDAIRE HEFFING

8.3.1 Inleiding

Naast de OWB op het niveau van de onderneming is de secundaire heffing van belang bij de vormgeving van een rechtsvormneutrale winstbelasting zoals het onderhavige OWB-stelsel. De secundaire heffing fungeert in dit OWB-stelsel als eindstation. Uitgangspunt is dat de rechtsvormneutraliteit ook op dit niveau dient te worden gewaarborgd.

Het belastingobject van de secundaire heffing bestaat, kort gezegd, uit de voordelen die de winstgenieter geniet uit hoofde van de eigenvermogensverstrekking aan een onderneming in de zin van een OWB-belastingsobject. Uitgangspunt is dat voor de invulling van het begrip 'voordelen' wordt aangesloten bij de voordelen zoals deze thans voor het aanmerkelijk belang gelden (art. 4.12 Wet IB 2001). Dit betekent dus dat zowel de reguliere voordelen als vervreemdingsvoordelen belast zullen zijn. Hierbij zal echter een materieel uitgangspunt gelden zodat ook verkapte winstuitkeringen tot heffing zullen leiden.

Bij het bepalen van het belastingobject voor de secundaire heffing wordt voorts een subjectieve benadering gevolgd, gelijk onder het huidige aanmerkelijkbelangregime. De

vraag of een bepaalde uitkering van de onderneming aan de winstgenieter als winstuitkering kwalificeert, wordt derhalve beoordeeld vanuit het perspectief van de winstgenieter. Het grote voordeel van deze subjectieve benadering is, dat iedere winstgenieter voor zijn 'eigen' winst wordt belast. Bij een objectieve benadering bestaat het gevaar dat een belastingplichtige belast wordt voor de winst die tijdens het bezit van een andere winstgenieter is gerijpt. Daarnaast sluit de subjectieve benadering ook goed aan bij de perceptie dat vreemdingswinst belast dient te zijn. Vanuit een objectieve benadering is bij het vervreemden van een ondernemingsparticipatie geen sprake van een voordeel dat vanuit de onderneming komt. Vanuit de vervreemdende winstgenieter bezien is juist wel sprake van een voordeel aangezien daar de capital gain wordt gerealiseerd.²⁹⁹ In de volgende twee onderdelen wordt het heffingsobject van de secundaire heffing nader uitgewerkt.

8.3.2 Het begrip winstuitkering nader uitgewerkt

Het begrip winstuitkering is gebaseerd op de reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang, zoals gedefinieerd in art. 4.12, sub a, Wet IB 2001. Hierin is te lezen dat een winstuitkering een voordeel is dat wordt getrokken uit het aandeel/winstbewijs. In de onderhavige uitwerking van de secundaire heffing wordt deze definitie evenwel als volgt ingevuld 'een winstuitkering is een voordeel dat wordt getrokken uit de participatie in een onderneming in de hoedanigheid van winstgenieter'. Gevolg is dat het begrip winstuitkering niet alleen, zoals thans rehtens is, geldt voor participanten in een rechtspersoon maar ook voor de participanten in een particuliere onderneming.

Ter bepaling van de inhoud van het winstuitkeringsbegrip wordt de regel, zoals die door de Hoge Raad in zijn arrest van 18 februari 1959, *BNB* 1959/124, is verwoord, als leidraad genomen. Volgens deze klassieke definitie is sprake van een winstuitkering indien sprake is van een vermogensverschuiving naar de aandeelhouder (voor de secundaire heffing lees: winstgenieter) die wordt gedekt door in het lichaam (voor OWB lees: onderneming) aanwezige (of in de nabije toekomst te verwachten) winst.

Voor de winstgenieters in een particuliere onderneming gedreven in de vorm van een eenmanszaak vereist dit evenwel nadere toelichting. Probleem is dat dergelijke winstgenieters slechts 'één vermogen' hebben, waar het ondernemingsvermogen als het ware een bijzonder onderdeel van vormt. Het is dan lastig om te spreken van een 'vermogensverschuiving' in de zin van een winstuitkering als vorenbedoeld. Mijns inziens kan dit als volgt door middel van de (fiscaal) boekhoudkundige verwerking worden opgelost.

Indien en voor zover met het ondernemingsvermogen voordeel wordt behaald, betreft het winst die in beginsel (naast de OWB-heffing bij de onderneming) belast kan worden met secundaire heffing bij de winstgenieter op het moment dat deze winst geacht wordt te zijn overgegaan van het ondernemingsvermogen naar het privévermogen. Als gevolg van de eenheid in vermogen bij een winstgenieter met een eenmanszaak, is dit in beginsel altijd het geval. Echter, ik stel voor dat het onder voorwaarden mogelijk moet zijn om de winst (fiscaal) binnen dit ondernemingsvermogen te houden zodat secundaire heffing wordt uitgesteld. Deze heffing komt dan pas aan de orde indien op een later moment de winst inderdaad naar het privégedeelte van het vermogen van de winstgenieter verschuift. Kern van deze oplossing vormt de mogelijkheid van het vormen van een zogenoemde 'winstreserve'. Een ander werkt als volgt. Op het moment dat de particuliere onderneming winst behaalt, wordt dit bij de onderneming belast met OWB. Na deze heffing kan de onderneming de 'nettowinst' opnemen in een winstreserve. Hiermee behoudt de winst het etiket ondernemingsvermogen. Secundaire heffing bij de winstgenieter is dan nog niet aan de orde. Dit speelt pas indien gelden uit deze winstreserve verschuiven naar het privévermogen van de winstgenieter. Echter, indien (boekhoudkundig) niet gedo-

299 Zie in deze zin L.G.M. Stevens, 'Naar een nieuw regime voor inkomsten uit aandelen', *WFR* 1994/867.

teerd wordt aan de winstreserve zal de secundaire heffing direct plaatsvinden op het moment dat de onderneming winst behaald.

Het begrip winstuitkering wordt materieel toegepast. Dit impliceert dat uitgaven van de onderneming die niet formeel zijn bestempeld als winstuitkering doch feitelijk wel zijn, als zodanig belast zullen zijn bij de desbetreffende winstgenieter. Of sprake is van een dergelijke 'verkapte winstuitkering' zal worden bepaald aan de hand van de reeds in de jurisprudentie ontwikkelde voorwaarden op dit punt. Er zal dus sprake moeten zijn van een vermogensverschuiving, naar de winstgenieter als zodanig waarvan de onderneming en de winstgenieter zich bewust zijn en welke verschuiving gedekt wordt door aanwezige winst of in de nabije toekomst aanwezige winst.

Voor de particuliere winstgenieters met een eenmanszaak is het hier weer lastig om te spreken van een vermogensverschuiving. Mijns inziens kan hier evenwel het huidige 'onttrekkingenbegrip' uitkomst bieden, dat wil zeggen uitgaven van de onderneming die niet zijn terug te voeren tot het ondernemingsbelang en waarbij de privébelangen van de winstgenieter vooropstaan doch waarvoor wel winst aanwezig is.³⁰⁰

Bijzondere aandacht in dit verband gaat uit naar de terugbetaling van kapitaal. Immers, zonder nadere regelgeving zal deze uitgave door een onderneming als verkapte winstuitkering kunnen worden aangemerkt en derhalve belast worden met secundaire heffing bij de winstgenieter die zijn kapitaal terugbetaald krijgt. Mijns inziens is dit onjuist en dient de terugbetaling van kapitaal onbelast te kunnen plaatsvinden.³⁰¹

In de praktijk zal het echter niet altijd makkelijk zijn om te bepalen of een betaling vanuit de onderneming een terugbetaling van gestort kapitaal of een uitbetaling van winstreserves is. Om die reden wordt in zoverre aangesloten bij de huidige systematiek voor de terugbetaling van kapitaal zoals deze onder het aanmerkelijkbelangregime geldt. Uitgangspunt is dat iedere terugbetaling van kapitaal in beginsel een belaste winstuitkering is. Uitzondering geldt voor zover de terugbetaling niet meer bedraagt dan de individuele verkrijgingprijs van de winstgenieter en de statuten c.q. personenvennootschapsovereenkomst overeenkomstig de terugbetaling worden aangepast voor wat betreft de omvang van het kapitaal. Indien deze voorwaarden zijn vervuld, is sprake van een zuivere terugbetaling en dus van een onbelaste uitkering.

Voor de particuliere ondernemers met een eenmanszaak gaat het dan om een terugbetaling van het (eigen) vermogen zoals dat wordt weergegeven op de fiscale balans van de onderneming, uitgezonderd de reserves. Indien en voor zover dit vermogen overeenkomstig het bedrag van de 'terugbetaling' wordt aangepast, zal geen sprake zijn van een belast voordeel voor de secundaire heffing.

Kort gezegd zal ook hier de (fiscale) boekhoudkundige verwerking dus doorslaggevend zijn voor wat betreft de vraag of er bij een winstgenieter met een eenmanszaak sprake is van een winstuitkering.

De vorenstaande invulling van het reguliere voordeel dat als belastingobject voor de secundaire heffing kwalificeert, geldt als gevolg van de rechtsvormneutrale benadering zowel voor winstgenieters van particuliere ondernemingen als winstgenieters van rechtspersonen. Voor de particuliere ondernemers betekent dit een grote wijziging in vergelijking met de huidige fiscale behandeling. Voornamelijk omdat heffing niet meer van toepassing is direct op het moment dat ondernemingswinst wordt behaald, maar pas aan de orde is op het moment van winstbestemming door de onderneming. Een andere wijziging betreft het vervullen van het progressieve tarief voor een proportioneel tarief.

300 Zie bijvoorbeeld HR 17 maart 1954, BNB 1954/130.

301 Zoals gezegd wordt hierbij een subjectieve benadering gevolgd. Deze subjectieve benadering impliceert dat een zuivere 'terugbetaling' van eerder door de winstgenieter zelf gestort kapitaal, in beginsel, niet als belast dividend wordt aangemerkt. Dit 'gestort' kapitaal wordt maximaal gesteld op de individuele verkrijgingprijs. Voor zover dergelijk kapitaal wordt terugbetaald, wordt geen secundaire heffing geheven.

8.3.3 Het begrip vervreemdingswinst nader uitgewerkt

Als belastingobject voor de secundaire heffing gelden alle voordelen die worden gegeneerd met de eigenvermogensverstreking aan een onderneming. Naast winstuitkeringen zijn dit ook de voordelen die worden behaald met de vervreemding van de participatie. Een en ander vloeit ook voort uit de subjectieve benadering van het belastingobject. Het is belangrijk om te bepalen wanneer sprake is van een vervreemding en diensgevolge sprake is van een (mogelijk) belast vervreemdingsvoordeel. Voor de invulling van het begrip vervreemding sluit ik aan bij de volgende invulling van het vervreemdingsbegrip zoals omschreven door de Hoge Raad in zijn arrest van 10 februari 1960, BNB 1960/123.

‘dat het begrip vervreemding in art. 19 van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 niet de beperkte betekenis heeft, die belanghebbende daaraan wil zien gehecht, doch daaronder moet worden verstaan elke rechtshandeling, waardoor de eigenaar van aandelen of winstbewijzen van een vennootschap als in de vermelde bepaling bedoeld, waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, die aandelen of winstbewijzen uit zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan’

In het kader van het onderhavige streven naar rechtsvormneutraliteit, zal dit door de Hoge Raad geformuleerde vervreemdingsbegrip worden uitgebreid met de vervreemding van een participatie in een particuliere onderneming.

Het aldus ruim ingevulde vervreemdingsbegrip heeft tot gevolg dat niet alleen bij de verkoop van een particuliere onderneming of de aandelen in een rechtspersoon, maar ook bij bijvoorbeeld de schenking van de particuliere onderneming of de aandelen in een rechtspersoon, sprake is van een vervreemding waaruit een belast vervreemdingsvoordeel kan voortvloeien.

Voor de berekening van de omvang van het belaste vervreemdingsvoordeel wordt wederom aangesloten bij het bestaande aanmerkelijkbelangregime. Het vervreemdingsvoordeel zal worden gesteld op de overdrachtprijs verminderd met de verkrijgingsprijs. Gelet op de subjectieve benadering zal het hier gaan om de individuele verkrijgingsprijs van de winstgenieter. Indien een verkrijgingsprijs of overdrachtprijs onder niet zakelijke omstandigheden tot stand is gekomen, zal worden aangesloten bij de waarde in het economische verkeer.

Tot slot merk ik op dat de huidige fictieve vervreemdingen ook zullen worden overgenomen. Reden is dat de door de Hoge Raad uitgezette lijn voor de belaste vervreemdingsvoordelen onvoldoende is om alle wijzigingen in de eigendom van een onderneming in de heffing te betrekken. Om misbruik, claimverlies en taxplanning te voorkomen, worden derhalve deze fictieve vervreemdingen overgenomen in de onderhavige uitwerking. Kortom, als vervreemdingsvoordelen in de zin van secundaire heffingen kwalificeren alle vervreemdingen zoals deze onder het huidige aanmerkelijkbelangregime worden omschreven. Enige wijziging betreft de uitbreiding naar particuliere ondernemingen.

8.3.4 Conclusie

Voor de huidige aanmerkelijkbelanghouders brengt het OWB-stelsel weinig nieuws. Voor de particuliere ondernemers betekent invoering van de secundaire heffing een aanzienlijke wijziging. Het huidige fiscale regime waarbij slechts eenmaal wordt geheven bij de natuurlijk persoon, op het moment dat de onderneming winst behaalt tegen een (hoog) progressief tarief, wordt vervangen door een stelsel waarbij eerst OWB wordt geheven bij de onderneming gevolgd door belastingheffing bij de natuurlijk persoon als winstgenieter. Deze laatste heffing is pas aan de orde op het moment dat deze winst op enigerlei wijze in handen komt van deze winstgenieter.

Alvorens dit onderdeel wordt afgesloten, is nog een laatste opmerking op zijn plaats met betrekking tot de fiscale behandeling van de voordelen die verband houden met het ver-

strekken van vreemd vermogen. Zoals uit de vorenstaande beschrijving van het belastingobject voor de secundaire heffing blijkt, worden deze voordelen niet tot de grondslag van deze secundaire heffing gerekend. In zoverre wordt derhalve een ongelijke fiscale behandeling voortgezet, die overigens niet is terug te voeren tot de rechtsvorm. Belangrijkste oorzaak voor het voortzetten van deze niet neutrale behandeling, is dat de huidige fiscaal verschillende behandeling van eigen en vreemd vermogen in het onderhavige OWB-stelsel wordt overgenomen, zoals in hoofdstuk 5 is verdedigd. Op deze plek is het voldoende om te constateren dat de voordelen uit vreemdvermogensverstrekking buiten de reikwijdte van de secundaire heffing vallen.

Ook de voordelen die verband houden met het verrichten van arbeid door een winstgenieter vallen buiten de reikwijdte van de secundaire heffing. In het voorgaande onderdeel is ervoor gekozen om alle arbeidsbeloningen, ongeacht de rechtspositie van de genieter, in mindering te brengen op de belastbare winst van de onderneming. Het gevolg van deze keuze was dat het arbeidsloon altijd wordt belast in box 1 op een wijze als thans is geregeld in art. 3.80 Wet IB 2001 e.v.

8.4 AANTAL BIJZONDERE SITUATIES

8.4.1 Inleiding

In het voorgaande is ingegaan op de belastingobjecten van de twee heffingen die samen het OWB-stelsel vormen. Voor de OWB vormt, kort gezegd, de fiscale winst het belastingobject en voor de secundaire heffing de voordelen die genoten worden uit en met de eigenvermogensverstrekking aan de onderneming.

In gelijke zin als bij de bespreking van de belastingsobjecten zijn er bijzondere situaties die nadere aandacht vragen. Een aantal van deze situaties (o.a. de fiscale behandeling van het eindigen van de onderneming, de fiscale begeleiding van fusies en overnames van ondernemingen en de fiscale behandeling van verliezen) zal in deze paragraaf worden behandeld.

8.4.2 Einde van de onderneming en liquidatie van de onderneming

8.4.2.1 Gevolgen op niveau van de OWB

Het eindigen van de materiële onderneming zal voor de OWB eindafrekening tot gevolg hebben. Met het verdwijnen van de onderneming, verdwijnt ook het belastingsobject voor de OWB.³⁰² Op dat moment zal finale belastingheffing over de in totaal behaalde winst plaats dienen te vinden. Deze winstrealisatie vloeit voort uit de totaalwinstgedachte als grondslag van de winstbepaling. De eindheffing wordt veroorzaakt door de objectieve benadering van het belastingsobject van de OWB.³⁰³

Bij de eindheffing voor de OWB in geval van staking van de onderneming, is de rechtsvorm onbelangrijk. Het maakt zelfs niet uit of de rechtspersoon als juridische huls nog blijft bestaan, bijvoorbeeld als kasgeldvennootschap. Indien na staking van de onderneming door een lichaam, het lichaam wel blijft bestaan, zal namelijk toch eindafrekening plaatsvinden. Er ontbreekt vanaf dat moment immers een belastingsobject voor de OWB. De gevolgen van deze beide situaties (onderneming gedreven in de vorm van een particuliere onderneming dan wel in de vorm van een rechtspersoon) voor de secundaire heffing worden hierna besproken.

302 Er zijn verschillende mogelijkheden waarop een onderneming kan eindigen. De onderneming kan geliquideerd worden, maar kan bijvoorbeeld ook fuseren met een andere onderneming als gevolg waarvan de oude gefuseerde onderneming opgaat in een groter geheel en diengevolge als zelfstandig belastingsobject voor de OWB verdwijnt. In de navolgende behandeling zullen al deze verschillende vormen worden aangeduid als staking van het belastingsobject voor de OWB. Aan de gevolgen van fusie en splitsing wordt in dit onderdeel afzonderlijk aandacht besteed.

303 Evenals de enigszins ingeperkte ondernemingsfictie van het bestaande art. 2, lid 5, Wet VPB 1969.

8.4.2.2 *Gevolgen voor secundaire heffing van het liquideren van een particuliere onderneming of het liquideren van de gehele rechtspersoon*

Het liquideren van de onderneming zal niet alleen gevolgen hebben voor de heffing van OWB. Ook voor de achterliggende participanten is dit een fiscaal belangrijke gebeurtenis. Het vervallen van de belastingplicht voor de OWB heeft namelijk tot gevolg dat de achterliggende participanten niet meer kwalificeren als winstgenieter in de zin van de secundaire heffing. Om als een zodanig belastingsubject te kwalificeren, is een van de vereisten immers dat wordt geparticipeerd in een materiële onderneming en deze is nu juist gestaakt. Staking van de onderneming leidt dientengevolge niet alleen tot eindafrekening op het niveau van de onderneming voor de OWB maar tevens tot eindheffing op het niveau van de winstgenieter voor de secundaire heffing.

Nadat deze beide fiscale claims zijn afgewikkeld, zullen de (resterende) vermogensbestanddelen (ofwel liquide middelen ofwel participaties in een lege rechtspersoon) tot de grondslag van box 3 gaan behoren.

8.4.2.3 *Eindigen van onderneming gedreven door een lichaam, zonder liquidatie van het lichaam*

Hiervoor is de hoofdregel besproken met betrekking tot de gevolgen van de staking van de onderneming voor zowel de heffing van de OWB als de secundaire heffing. In dit onderdeel wordt nader ingegaan op staking van een materiële onderneming die werd gedreven door een lichaam, welk lichaam na het eindigen van de onderneming niet wordt ontbonden. De overgebleven kasgeldvennootschap kwalificeert, zoals gezegd, niet als belastingsubject voor de OWB, wat voor de participant tot gevolg heeft dat deze niet meer als belastingsubject voor de secundaire heffing kwalificeert. Gevolg is eindheffing voor zowel de OWB als de secundaire heffing.

Indien de kasgeldvennootschap op enig moment echter weer een materiële onderneming start (ofwel door het starten van een organisatie van arbeid en kapitaal, dan wel door het ontplooiën van activiteiten waarmee in concurrentie wordt getreden met andere ondernemingen), zal weer sprake zijn van belastingsubject voor de OWB. De (totaal)winstbepaling vangt dan opnieuw aan en er zal een openingsbalans dienen te worden opgesteld waarop de activa en de passiva van de onderneming naar de waarde in het economische verkeer zullen verschijnen. Als gevolg van de eerdere eindafrekening zullen fiscale faciliteiten als bijvoorbeeld een herinvesteringsreserve niet herleven en evenmin de verliezen. Een en ander is het gevolg van de objectieve benadering van het belastingsubject voor de OWB.

Door het opstarten van een nieuwe onderneming is het mogelijk dat de achterliggende participant met betrekking tot zijn participaties in de vennootschap weer van box 3 terugverhuist naar de grondslag van de secundaire heffing. De participant zal de secundaire heffing binnentreden met een verkrijgingprijs van zijn ondernemingsparticipatie die correspondeert met de waarde in het economische verkeer op dat moment. Door middel van deze step-up wordt dubbele heffing voorkomen.

Kortom, het liquideren van de materiële onderneming heeft tot gevolg dat zowel op het niveau van de onderneming als op het niveau van de achterliggende winstgenieter een eindafrekening zal plaatsvinden. De belangrijkste oorzaak vormt het verdwijnen van de materiële onderneming als belastingsubject voor de OWB.

8.4.3 **Overnames in het OWB-stelsel**

Ook onder het voorgestelde OWB-stelsel zijn er twee manieren waarop een onderneming kan worden overgedragen. Ten eerste kan, of door het lichaam of door de natuurlijk persoon, worden besloten om de onderneming over te dragen. Deze overdrachtsvorm duid ik aan als 'directe overdracht'. Ten tweede kan, in het geval van een lichaam, worden besloten om niet de onderneming maar de participaties in het lichaam te verkopen. Dit duid ik aan als 'indirecte overdracht'. De gevolgen van deze beide overdrachtvormen voor het OWB-stelsel worden hierna besproken.

8.4.3.1 *Overdracht van de gehele onderneming door lichaam of natuurlijk persoon (directe overdracht)*

Bij de overdracht van de onderneming dreigt voor wat betreft de heffing van OWB in de onderhavige uitwerking geen claimverlies. De overdracht van de onderneming is voor de OWB een non-event als gevolg van de objectieve benadering van het belastingsubject van de OWB. Het belastingsubject (*i.e.* de onderneming) blijft immers in ongewijzigde vorm bestaan. De objectieve benadering van het belastingsubject voor de OWB heeft in dit verband, vanuit de onderneming bezien, de facto een automatische geruisloze doorschuivingsfaciliteit bewerkstelligd.

De overdracht van de onderneming is daarentegen voor de secundaire heffing wél een relevant feit. Bij de behandeling van de gevolgen voor de secundaire heffing dient onderscheid te worden gemaakt tussen de overdracht van een particuliere onderneming door een natuurlijk persoon(en) en de overdracht van een onderneming door een lichaam. Bij de overdracht van de particuliere onderneming zal namelijk direct het belang in deze onderneming mee overgaan (een en ander als gevolg van het ontbreken van rechtspersoonlijkheid). Mogelijk realiseert de achterliggende persoon ter zake een voordeel. Het is denkbaar dat hij een tegenprestatie voor de overdracht ontvangt, die een vergoeding vormt voor de waarde van de gerechtigdheid tot de onderneming op het moment van overdracht.³⁰⁴ De aldus gerealiseerde capital gain zal belast zijn met secundaire heffing. Voor de overdracht van een onderneming door een lichaam met behoud van de participaties in het lichaam (het lichaam blijft bestaan als kasgeldvennootschap) door de achterliggende winstgenieter, geldt een soortgelijk gevolg. De afwezigheid van een materiële onderneming na de overdracht in het lichaam waarin de participant nog een belang bezit, heeft namelijk tot gevolg dat deze participant geen belastingsubject meer is voor de secundaire uitdelingsheffing aangezien de aanwezigheid van een materiële onderneming een van de kwalificatievoorwaarden is.³⁰⁵ Eindheffing op het niveau van de winstgenieter zal dan het gevolg zijn, wegens het niet langer kwalificeren als winstgenieter. Na de eindafrekening zullen de participaties tot de grondslag van box 3 gaan behoren. Het vorenstaande geeft aan dat bij directe overdracht van een onderneming in het OWB-stelsel, de fiscale gevolgen in beginsel als volgt zijn. Geen eindafrekening voor de OWB omdat de onderneming als belastingsubject blijft voortbestaan, maar wél eindafrekening voor de secundaire heffing. De rechtsvorm van de onderneming is hierbij irrelevant.

8.4.3.2 *Overdracht van de participaties in een lichaam (indirecte overdracht)*

Bij een verkoop van alleen de participaties in het lichaam dat de onderneming dreef, is voor de OWB wederom sprake van een non-event en zal eindafrekening uitblijven. Immers, de objectieve onderneming als belastingsubject blijft bestaan, gelijk als vorenstaand beschreven bij de directe overdracht.

Indirecte (ondernemings)overdracht heeft voor de secundaire heffing wel gevolgen. Er zal immers sprake zijn van een zuiver vervreemdingsvoordeel, ervan uitgaande dat de overdrager een tegenprestatie ontvangt voor zijn overdracht als gevolg waarvan hij een capital gain/loss realiseert. Op het niveau van de achterliggende winstgenieter zal derhalve, gelijk als bij de directe overdracht, secundaire heffing worden geheven over de ter zake gerealiseerde capital gain.

8.4.3.3 *Geruisloze overdracht noodzakelijk?*

Uit het vorenstaande blijkt dat gehele overdracht van de onderneming op het niveau van de OWB geen eindafrekening tot gevolg heeft, maar op het niveau van de achterliggende winstgenieters wel. Vraag is of in de secundaire heffing een faciliteit opgenomen dient te

304 Er wordt winst behaald indien de tegenprestatie de verkrijgingsprijs van de overdrager overschrijdt. De winst die in deze tegenprestatie besloten ligt, betreft de nog niet-uitgedeelde winst en de stille en fiscale reserves (inclusief goodwill) minus de latente OWB-claim.

305 Zie hoofdstuk 7.

worden die onder omstandigheden een geruisloze overdracht bewerkstelligt, dat wil zeggen de eindafrekening achterwege laat.

Vooropgesteld zij het volgende. Onder het begrip 'overdracht' wordt in dit kader verstaan iedere wijze waarop (het belang in) de onderneming uit het vermogen van de winstgenieter verdwijnt. Dientengevolge zijn er ook overdrachten denkbaar waarbij geen financiële middelen vrijkomen, bijvoorbeeld overdracht in het kader van erfrecht of huwelijksvermogensrecht, maar ook bijvoorbeeld in het geval van schenking.³⁰⁶ Om de belasting-schuld te voldoen, zullen de middelen in dergelijke situaties veelal uit de onderneming gehaald moeten worden. Fiscale afrekening kan in die omstandigheden belemmerend werken.

Gelet op de belemmerende werking van een negatieve cashflow, is er mijns inziens in bepaalde situaties inderdaad een noodzaak voor een fiscale doorschuivingsfaciliteit, hetgeen dan ook in het OWB-stelsel zal worden opgenomen. Het betreft een fiscale geruisloze doorschuivingsfaciliteit enkel op het niveau van de secundaire uitdelingsheffing, aangezien op het niveau van de onderneming zelf als gevolg van de objectieve benadering van het belastingsubject een de facto geruisloze doorschuiving is gerealiseerd. De doorschuiving wordt vormgegeven door de boekwaarden van de overgedragen participaties door te schuiven naar de overnemer.³⁰⁷ Als gevolg van de fiscale zelfstandigheid die in dit OWB-stelsel wordt toegedicht aan particuliere ondernemingen, zal deze doorschuiving eveneens van toepassing zijn op de participaties in een dergelijke onderneming. De geruisloze doorschuivingsfaciliteit zal alleen van toepassing zijn op overdrachten in het kader van erfrecht en/of huwelijksvermogensrecht en bedrijfsopvolging, onder bepaalde voorwaarden.³⁰⁸

De overnemer behoudt uiteraard het recht om te opteren voor een belaste overdracht met betrekking tot de secundaire heffing. De verkrijgingprijs van zijn participatie in de onderneming zal dan in overeenstemming zijn met de waarde in het economische verkeer.

In het voorgaande is de meest voorkomende tegenprestatie voor de overdracht van een onderneming besproken. In de praktijk komen evenwel andere vormen van een tegenprestatie voor. In het navolgende worden de drie meest gebruikelijke vormen behandeld.

8.4.4 Overdracht tegen een winstrecht

In dit onderdeel gaat het om de fiscale gevolgen van de overdracht van een particuliere onderneming tegen een winstrecht, dan wel de overdracht van aandelen in een rechtspersoon tegen een winstrecht.

Belangrijk uitgangspunt is ook hier dat op het niveau van de onderneming geen gevolgen ontstaan. Wie de achterliggende winstgenieters zijn en wat hun gerechtigheid tot de onderneming is, is voor de heffing van OWB bij de onderneming irrelevant.

De fiscale behandeling op het niveau van de secundaire heffing wijzigt echter wel als gevolg van de overdracht tegen een winstrecht. Wat betreft de fiscale gevolgen voor de overdrager kan worden aangesloten bij hetgeen in het vorige onderdeel is gesteld. Indien de aandelen in een rechtspersoon worden overgedragen, dan wel de (particuliere) onderneming zelf wordt overgedragen, betekent dit eindheffing op het niveau van de winstgenieter. Oorzaak is dat na de overdracht de kwalificatievoorwaarden van een winstgenieter niet meer worden vervuld. De omvang van het aldus te belasten vervreemdingsvoordeel wordt gesteld op de overdrachtprijs minus de verkrijgingprijs. Voor wat betreft deze overdrachtprijs kan worden aangesloten bij hetgeen thans reeds is voor de aanmer-

306 Als een bijzondere vorm van bedrijfsoverdracht kan in dit verband de overdracht in het kader van een bedrijfsopvolging worden genoemd. Hiermee wordt bedoeld op de overdracht van de belangen in de onderneming in het kader van het overlijden van de achterliggende natuurlijke persoon, schenking, maar ook overdracht tegen een (on)zakelijke prijs aan een beoogd opvolger.

307 Vergelijk de huidige regeling van de doorschuiving in het kader van het aanmerkelijkbelangregime, art. 4.39 Wet IB 2001.

308 Deze voorwaarden zullen als doel hebben het tegengaan van misbruik.

kelijkbelangheffing tegen een verkoopprijs in termijnen waarvan de uitkomst onzeker is.³⁰⁹ Dit impliceert dat de contante waarde van het winstrecht de overdrachtprijs zal vormen. Deze waarde wordt afgezet tegen de subjectieve verkrijgingprijs en het resultaat vormt het belaste vervreemdingsvoordeel voor de toepassing van de secundaire heffing. Indien in de loop van de tijd blijkt dat het totaal van de uiteindelijk ontvangen winstrechttermijnen hoger is dan de geschatte waarde, zal overeenkomstig het verschil alsnog worden bijgeheven. Indien de verwachte opbrengst uiteindelijk minder is, zal het verschil tussen de geschatte opbrengst en de werkelijke opbrengst als negatief vervreemdingsvoordeel in de secundaire heffing in aanmerking worden genomen. Het aldus ontstane verlies kan vervolgens volgens de regels van de verliescompensatie worden verrekend. Voor de fiscale positie van de overnemer, is het van belang of hij gaat voldoen aan de kwalificatievoorwaarden van een winstgenieter. Naast de aanwezigheid van een materiële onderneming, is vereist dat de 5%-grens wordt vervuld. De verkrijgingprijs van deze 'nieuwe' winstgenieter wordt gesteld op de contante waarde van de winstrechten. Eventueel kan deze nadien worden aangepast indien het totaal van de feitelijk uitbetaalde winstrechttermijnen afwijkt van de geschatte contante waarde. Concreet betekent het vorenstaande dat voor de participanten in een rechtspersoon de overdracht tegen een winstrecht, weinig verschilt van de huidige fiscale behandeling. De voornaamste wijziging treedt op voor de particuliere onderneming. Indien een onderneming wordt overgedragen tegen een winstrecht, leidt dit in het OWB-stelsel niet tot heffing bij de onderneming, maar wel bij de winstgenieter.

8.4.5 De huurkoop van een onderneming

De fiscale behandeling van de huurkoop van een onderneming, sluit aan bij de fiscale behandeling van de overdracht van de onderneming tegen winstrecht. Ook hier geldt dat het aangaan van een huurkoopovereenkomst geen gevolgen heeft voor de heffing van OWB, aangezien de materiële onderneming als belastingsubject blijft bestaan.

De huurverkoper zal wel geconfronteerd worden met secundaire heffing. Deze secundaire heffing wordt geheven op het moment dat de huurkoopovereenkomst geëffectueerd wordt. Er zal, gelijk bij het winstrecht, worden afgerekend over de overdrachtprijs minus de individuele verkrijgingprijs, waarbij de overdrachtprijs wordt gesteld op de contante waarde van de te verkrijgen huurkooptermijnen. Indien later blijkt dat het totaal van de daadwerkelijk ontvangen huurkooptermijnen afwijkt van deze waarde, zal worden bijgeheven overeenkomstig deze afwijking.³¹⁰

De huurkoper zal op het moment van aanvang van de huurkoopovereenkomst direct als winstgenieter kwalificeren. Zijn verkrijgingprijs zal overeenkomen met de contante waarde van de verschuldigde huurkooptermijnen.

Een en ander sluit deels aan bij hetgeen de Hoge Raad met betrekking tot de huurkoop van een onderneming voor de heffing van inkomstenbelasting, heeft beslist. Uit zijn arrest van 11 maart 1981 blijkt dat de Hoge Raad³¹¹ de volgende regel hanteert met betrekking tot eindafrekening bij verkoop van een IB-onderneming. Hoofddregel is dat de ondernemer direct dient af te rekenen over de behaalde winst, zelfs indien de koopsom in termijnen wordt betaald dan wel een eigendomsvoorbehoud is opgenomen.

Vraag is nog of het 'gerede kans'-criterium een rol dient te spelen bij de secundaire heffing. Mijns inziens is dit niet noodzakelijk. Overdracht betekent 'gewoon' eindafrekening voor de secundaire heffing ongeacht de vraag of er een gerede kans bestaat dat de onderneming weer in handen komt van de oorspronkelijke winstgenieter. Het eventuele nadeel voor particuliere ondernemers dat hieruit ontstaat als gevolg van het breken met oude

309 Art. 4.28 Wet IB 2001.

310 Overigens zijn bij huurkoop afwijkingen niet te verwachten, omdat het gaat om een vastgesteld aantal termijnen. Dit wordt uiteraard anders indien de huurkoper niet (geheel) aan zijn verplichtingen voldoet.

311 HR 11 maart 1981, BNB 1981/143.

jurisprudentie, kan naar mijn mening genuanceerd worden. Immers, onder het huidige recht betekent eindafrekening een afrekening tegen een toptarief van 52%. Dit is een aanzienlijke heffing en derhalve vormt de gerede kans jurisprudentie een verlichting. In het OWB-stelsel is echter 'slechts' sprake van eindafrekening tegen het veel lagere secundaire heffingstarief. Op het niveau van de onderneming blijft bij overdracht van de gerechtigheid daartoe, eindafrekening uit zoals hiervoor is uiteengezet.

Indien in de praktijk zou blijken dat in het OWB-stelsel toch behoefte zou bestaan aan een regeling in de lijn van de gerede kans jurisprudentie dan zou dit als volgt kunnen worden vormgegeven. Indien gerede kans bestaat dat de onderneming toch weer in handen zal komen van de oorspronkelijke winstgenieter, mag eindafrekening van de secundaire heffing worden uitgesteld tot het moment dat het totaal van de ontvangen termijnen de verkrijgingprijs overschrijdt. Een dergelijke regeling zou dan ook moeten worden ingevoerd voor de hiervoor behandelde overdracht tegen een winstrecht.

Het vorenstaande betreft de fiscale behandeling van de huurkoop van een particuliere onderneming. Het is evenwel ook denkbaar dat een rechtspersoon zelf de materiële onderneming verkoopt door middel van huurkoop. De uiteindelijke fiscale behandeling zal dan weinig verschillen van het vorenstaande. Vanuit de objectieve benadering van de OWB speelt op het niveau van de onderneming geen eindafrekening – doch wel op het niveau van de winstgenieter – aangezien de kwalificatievoorwaarden voor de winstgenieter niet meer worden vervuld. Er is geen sprake meer van een participatie in een materiële onderneming. Na de afrekening verhuist de participatie in de 'lege' rechtspersoon naar box 3.

Belangrijkste reden om tot eindafrekening over te gaan zowel bij de overdracht tegen een winstrecht als de huurkoop, is dat bij beide overeenkomsten de eigendom van de onderneming – op enig moment – ook daadwerkelijk overgaat. Bij verhuur van een onderneming is eigendomsoverdracht juist niet het einddoel. De fiscale behandeling van de verhuur van een onderneming in het OWB-stelsel zal derhalve, zoals hierna uiteen zal worden gezet, verschillen van het vorenstaande.

8.4.6 De verhuur van een onderneming

In dit onderdeel wordt de verhuur van de onderneming besproken en de wijze waarop dit kan worden ingepast in het OWB-stelsel. De behandeling betreft enkel de verhuur van de materiële onderneming te beginnen bij de verhuur van een particuliere onderneming.

8.4.6.1 Verhuur van een particuliere onderneming

Op grond van het geobjectiveerde ondernemingsbegrip blijft het belastingsubject voor de OWB (*i.e.* de materiële onderneming zelf) ook na de verhuur bestaan. Op dit niveau wijzigt dus niets.

De fiscale gevolgen doen zich voor op het niveau van de achterliggende winstgenieters. Het betreft dan vragen als; moet de verhurende winstgenieter afrekenen voor de secundaire heffing en wordt de huurder ook winstgenieter?

Voor de verhurende winstgenieter geldt naar mijn mening het volgende. Eindafrekening voor de secundaire heffing zal, in tegenstelling tot de overdracht tegen huurkoop of een winstrecht, niet noodzakelijk zijn. Immers, de materiële onderneming verdwijnt niet en de gerechtigheid tot de winst van deze onderneming evenmin. De eigendom van alle ondernemingsvermogensbestanddelen blijft tijdens de verhuur achter bij deze winstgenieter. Dit sluit ook aan bij hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 26 januari 1955 heeft beslist.³¹² De Hoge Raad oordeelde daarin kort gezegd, dat bij verhuur van de gehele onderneming voor de heffing van inkomstenbelasting geen sprake is van staking van de onderneming maar van voortzetting van deze onderneming, zij het met een andere vorm van bedrijfsvoering. Toegepast op de secundaire heffing bij de verhuurder heeft dit tot gevolg dat verhuur van de particuliere onderneming niet leidt tot eindafrekening, aange-

312 HR 26 januari 1955, BNB 1955/216.

zien de relatie tot de materiële onderneming 'gewoon' blijft bestaan. Enkel de bedrijfsvoering wijzigt. De onzekere ondernemingsresultaten zijn vervuuld voor de overeengekomen huurtermijnen.

De huurder zal geacht worden een nieuwe onderneming te starten. Deze 'huuronderneming' zal een belastingsubject worden voor de OWB. De aldus belaste (jaar)winst zal bestaan uit de omzet minus de aftrekbare ondernemingskosten waarvan de te betalen huurtermijnen deel uitmaken. Het ontstaan van deze 'huuronderneming' beïnvloedt ook de fiscale positie van de huurder zelf. Deze zal als winstgenieter gaan kwalificeren.³¹³ Zijn verkrijgingsprijs zal echter in de meeste gevallen nihil zijn.

Het einde van de verhuur betekent voor de huurder – in beginsel – dat zijn 'huuronderneming' verdwijnt (ofwel door liquidatie ofwel doordat de verhuurder er zelf mee doorgaat). Gevolg is eindafrekening voor zowel de OWB als de secundaire heffing voor wat betreft de huurder indien er sprake is van een meerwaarde in de gehuurde onderneming.

8.4.6.2 *Verhuur van een materiële onderneming door een lichaam*

De verhuur van de onderneming door een lichaam, verschilt feitelijk niet van hetgeen hiervoor is gesteld met betrekking tot de verhuur van een particuliere onderneming. Voortbordurend op de rechtspraak van de Hoge Raad, zal de verhuur door het lichaam geen einde betekenen van de materiële onderneming gedreven door het lichaam. Derhalve geen eindafrekening voor de OWB. Hetzelfde geldt dan voor de winstgenieter van dit lichaam dat de onderneming gaat verhuren. Hij blijft immers winstgenieter van de onderneming en eindafrekening blijft dan uit.

Voor de huurder geldt weer dat hij een huuronderneming start die als zodanig onderworpen is aan de OWB en dat hij zelf als zodanig als winstgenieter zal gaan kwalificeren.

8.4.7 **Fusie en splitsing**

In hoofdstuk 4 in paragraaf 4.8 werd geconcludeerd dat het ontbreken van een bedrijfsfusiefaciliteit evenals een (juridische) splitsingsfaciliteit voor IB-ondernemingen een verschil in fiscale behandeling betekent veroorzaakt door de rechtsvorm. Dit verschil dient in de onderhavige OWB-uitwerking te verdwijnen. In het onderhavige onderdeel zal nader worden ingegaan op de gevolgen van bedrijfsfusie en splitsing die in het OWB-stelsel ontstaan.

8.4.7.1 *De bedrijfsfusie in het OWB-stelsel*

Op het eerste gezicht lijkt invoering van een OWB-stelsel op zichzelf een eind te maken aan de door mij gesignaleerde ongelijkheid. Alle ondernemingen vallen onder de OWB en zullen in beginsel dus recht hebben op dezelfde faciliteiten. Indien derhalve een bedrijfsfusiefaciliteit in de OWB wordt opgenomen, zal deze voor iedere onderneming openstaan ongeacht de rechtsvorm. In zoverre wordt dus een einde gemaakt aan de bestaande ongelijkheid.

Het is een andere vraag of in het onderhavige OWB-stelsel een bedrijfsfusiefaciliteit nodig is. Immers, de objectivering van het belastingsubject voor de OWB heeft tot gevolg dat bij overdracht van de gehele onderneming geen sprake is van een eindafrekeningmoment omdat het belastingsubject (*i.e.* de onderneming) blijft bestaan.³¹⁴ Vraag is of dit ook geldt voor de fusie van twee ondernemingen.

In de meeste gevallen zal deze vraag bevestigend worden beantwoord. Oorzaak is de geobjectiveerde benadering van de OWB met als gevolg dat de onderneming zelf als belastingsubject kwalificeert. Indien deze onderneming opgaat in een andere onderneming als

313 Hij voldoet namelijk aan de voorwaarden. Hij is een natuurlijk persoon, die participeert in een materiële (huur)onderneming wat hem recht geeft op meer dan 5% van de jaarwinst en de liquidatieopbrengst.

314 Zie het voorgaande onderdeel voor de wijze waarop de overdracht van de onderneming in het OWB-stelsel wordt behandeld.

gevolg van de fusie, is er echter wel sprake van het einde van het oude belastingsubject. De oude onderneming is deel uit gaan maken van een groter geheel dat eveneens als belastingsubject voor de OWB kwalificeert. Dit betekent eindafrekening op het niveau van de 'oude' onderneming.

Uitzondering geldt voor die situaties waarin de onderneming feitelijk niet opgaat in de grotere nieuwe onderneming omdat (fiscaal) gezien sprake is van twee afzonderlijke ondernemingen. Bijvoorbeeld een broodjeszaak die fuseert met een boekhandel. In dat geval zal de oude onderneming voor wat betreft de OWB 'gewoon' als belastingsubject blijven bestaan en is eindafrekening niet aan de orde.

Voor die gevallen waarin eindafrekening wél aan de orde is, kan vervolgens de vraag worden gesteld of dit wel gewenst is. Gelet op het feit dat de oude onderneming niet echt gestaakt is, doch deel is gaan uitmaken van een groter geheel, in samenhang met het feit dat het fiscaal geruisloos kunnen samenwerken de economische dynamiek bevordert, is eindafrekening mijns inziens inderdaad niet gewenst en is een fusiefaciliteit nodig. Deze fusiefaciliteit kan worden vormgegeven volgens de regels zoals deze thans gelden voor de bedrijfsfusiefaciliteit zoals neergelegd in art. 14 Wet VPB 1969. Ook de daarin gestelde voorwaarden zullen worden overgenomen. Enig verschil is dat deze mogelijkheid tevens wordt opengesteld voor de particuliere ondernemingen.

Speciale aandacht gaat in dit verband uit naar eventuele verliezen. Verliezen behaald door de gefuseerde ondernemingen zullen, gelijk als thans het geval is, alleen verrekend kunnen worden met de 'eigen' winsten van de oude ondernemingen. Voor voorfusieverliezen zal winstsplitsing gelden.³¹⁵

De bedrijfsfusiefaciliteit op het niveau van de onderneming, zal worden begeleid door een fusiefaciliteit op het niveau van de winstgenieters. Immers, in beginsel is daar sprake van een eindafrekening. De participanten raken hun participaties in de 'oude' onderneming in de meeste gevallen kwijt. Bij strikte toepassing van de regels van het OWB-stelsel is sprake van een vervreemding. Om de geruisloosheid te completeren is ook op dit niveau een faciliteit vereist. Deze zal de vorm krijgen van een geruisloze doorschuivingsfaciliteit vergelijkbaar aan de bestaande doorschuifregeling voor aanmerkelijkbelangpakketten zoals opgenomen in art. 4.41 Wet IB 2001.

Samenvattend kan worden opgemerkt dat indien een onderneming besluit om samen te gaan met een andere onderneming door middel van een fusie, de fiscale gevolgen voor iedere onderneming ongeacht de rechtsvorm gelijk zijn. Deze gevolgen zijn ofwel eindafrekening zowel op het niveau van de onderneming als op het niveau van de secundaire heffing, dan wel toepassing van de geruisloze fusiefaciliteit gecombineerd met de geruisloze doorschuiving op het niveau van de winstgenieter. Rechtsvormneutraliteit is derhalve bereikt.

8.4.7.2 *Splitsing*

Het (af)splitsen van een onderneming omdat gebruik wordt gemaakt van de civielrechtelijke splitsingsfaciliteit dan wel omdat 'gewoon' een deel van de bestaande onderneming wordt overgedragen aan een nieuw opgericht lichaam, verloopt onder het OWB-stelsel als volgt.

Afsplitsing kan het ontstaan betekenen van twee (nieuwe) afzonderlijke objectieve ondernemingen. In lijn met de objectieve benadering van het belastingsubject van de OWB betekent een dergelijke splitsing en afsplitsing het verdwijnen van het oorspronkelijke belastingsubject met als gevolg eindafrekening op het niveau van de OWB en de secundaire heffing. Het afrekenmoment voor de OWB ontstaat, omdat de oorspronkelijke onderneming als belastingsubject niet meer zal bestaan, maar wordt opgedeeld in twee afzonderlijke belastingsubjecten. Afrekening kan overigens uitblijven indien de achterliggende participanten in beide objectieve ondernemingen geheel gelijk zijn. Er kan dan een beroep worden gedaan op de eerder verdedigde mogelijkheid van de horizontale fiscale eenheid. Deze fictie bewerkstelt dat per saldo geen sprake is van een wijziging in het

315 Zie voor meer over de verliesverrekening onder het OWB-stelsel onderdeel 8.4.8.

belastingsubject, doordat de beide gesplitste ondernemingen nog steeds door middel van de fictie als één belastingsubject worden aangemerkt.

Het is evenwel ook denkbaar dat een deel van de onderneming wordt afgesplitst, doch dat de oorspronkelijke onderneming, zij het in afgeslankte vorm, blijft voortbestaan. In dat geval zal eindafrekening niet aan de orde zijn. De verkoopwinst die op ondernemingsniveau wordt behaald met de verkoop van een deel van de onderneming, zal bij de overblijvend onderneming belast zijn met OWB. Op het moment dat deze op enige wijze ten goede komt aan de achterliggende winstgenieter zal ter zake secundaire heffing verschuldigd zijn.

Mijns inziens is de hiervoor beschreven mogelijke afrekening een onwenselijk gevolg met het oog op de economische dynamiek. Dientengevolge stel ik een fiscale splitsingsfaciliteit voor. Deze fiscale faciliteit zal verlopen langs de lijnen van de huidige splitsingsfaciliteit zoals opgenomen in art. 14a Wet VPB 1969. De faciliteit zal gelden voor iedere onderneming ongeacht zijn rechtsvorm en ongeacht de rechtsvorm waarvoor (af)gesplitst wordt. Voor wat betreft de compensabele verliezen stel ik voor dat deze in alle gevallen blijven bestaan. Dus ook in situaties die onder de huidige splitsingsfaciliteit vallen en waarbij de afsplitsende rechtspersoon verdwijnt. De verliezen worden door de onderneming geleden en zullen derhalve door de onderneming dienen te worden gecompenseerd. Indien de onderneming zich opsplitst in meerdere eenheden zullen de verliezen overeenkomstig een bepaalde verdeelsleutel bij de afsplitsing mee overgaan.

Voor wat betreft de fiscale behandeling van de achterliggende participanten in het kader van de (af)splitsing geldt het volgende. Indien als gevolg van de (af)splitsing twee nieuwe OBW-subjecten ontstaan en het oude subject verdwijnt, betekent dit in beginsel afrekening voor de secundaire heffing. Ik stel in die gevallen voor om de faciliteiten van de secundaire heffing aan te vullen met een geruisloze splitsingsmogelijkheid gelijk als art. 4.41, lid 2, Wet IB 2001, mits aan de daartoe gestelde voorwaarden voldaan is. Secundaire heffing blijft dan uit. Voor de situatie waarin de (af)splitsing niet betekent dat de bestaande onderneming als OWB-subject verdwijnt/wordt beëindigd, is mijns inziens geen noodzaak voor een dergelijke faciliteit in de secundaire heffing. Immers, in die situatie is ook geen sprake van een vervreemding van het belang in de onderneming door de winstgenieter.

8.4.7.3 *Conclusie*

Het overdragen van een gehele onderneming is, blijkens het voorgaande onderdeel, voor de OWB een non-event aangezien het belastingsubject blijft bestaan. Op het niveau van de winstgenieter heeft deze overdracht wel gevolg aangezien er een positief of negatief vervreemdingsvoordeel wordt behaald dat met secundaire heffing zal worden getroffen. Ingeval er geen sprake is van een overdracht van de onderneming maar van een fusie van deze onderneming, waarbij de onderneming in een groter geheel opgaat, zal in beginsel wel voor de OWB moeten worden afgerekend. Echter, er wordt door mij een fusiefaciliteit voorgesteld zowel op het niveau van de onderneming als op het niveau van de winstgenieter overeenkomstig de huidige regels van de bedrijfsfusiefaciliteit zoals neergelegd in art. 14 Wet VPB 1969.

Voor wat betreft de overdracht van een deel van de onderneming, dan wel de afsplitsing van de onderneming, is eindafrekening eveneens het uitgangspunt. Ook hier is evenwel een faciliteit voorgesteld die overeenkomt met de huidige juridische splitsingsfaciliteit van art. 14a Wet VPB 1969.

De beschreven gevolgen gelden voor alle ondernemingen ongeacht de rechtsvorm met als gevolg dat op dit punt door invoering van het OWB-stelsel rechtsvormneutraliteit wordt bereikt.

8.4.8 Verliesverrekening

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 veel genoemde reden voor de verliescompensatie vormt de systematiek van de jaarwinst in verhouding tot de totaalwinst. De systematiek van de jaarwinst zou namelijk tot gevolg kunnen hebben dat de som van in de heffing betrokken winsten hoger is dan op grond van de totaalwinst het geval zou zijn. Dit verschil wordt veroorzaakt door niet gecompenseerde verliezen. De verliescompensatieregeling beoogt dit gevolg te voorkomen.

Aangezien het annaliteitsprincipe in het OWB-stelsel wordt voortgezet, wordt ook de mogelijkheid tot de verliescompensatie binnen het OWB-stelsel voortgezet en wel op de volgende wijze.

8.4.8.1 *Verliescompensatie onder de OWB op niveau van de onderneming als belastingsubject*

Indien in een bepaald jaar het door de onderneming behaalde resultaat negatief is, zal dit negatieve resultaat gecompenseerd mogen worden met de positieve resultaten van andere jaren.

Gelijk als onder de huidige wetgeving zal het achterwaarts compenseren van verliezen onder de OWB mogelijk zijn (*i.e.* carry back). Een periode van drie jaar achterwaarts zal voor de OWB het maximum zijn.³¹⁶ De voorwaartse verliesverrekening zal eveneens mogelijk zijn en zal, gelijk als de carrybackmethode, aansluiten bij hetgeen vóór 1 januari 2007 rehtens was (*i.e.* onbeperkt in de tijd).

De objectieve benadering van het belastingsubject voor de OWB heeft tot gevolg dat de verliesverrekening in een aantal situaties eenvoudig(er) zal verlopen dan onder het huidige recht het geval is. Zo zal in alle situaties waarbij de onderneming wordt overgedragen (dus ook verkoop), de mogelijkheid tot verliesverrekening blijven bestaan aangezien het belastingsubject blijft bestaan. Pas op het moment dat de onderneming wordt geliquideerd, zullen de compensabele verliezen komen te vervallen.³¹⁷ De objectieve benadering heeft voor de verliesverrekening tot gevolg dat meer gekeken wordt naar de verliesgevende bron zelf, dan naar de band die participanten met deze verliesgevende entiteit hebben. Een dergelijke benadering is in de literatuur al meerdere malen voorgesteld.³¹⁸

In dit kader merk ik op dat de objectieve benadering tot gevolg heeft dat de antimisbruikregels in verband met de handel in verliesvennootschappen, kunnen verdwijnen. Uitgangspunt is immers dat bij overdracht van de onderneming zonder staking daarvan de verliezen gewoon blijven bestaan en dus wel mee overgaan. Het effect van deze verliezen voor de achterliggende winstgenieter wordt in het hiernavolgende onderdeel besproken. Eenzelfde conclusie kan getrokken worden met betrekking tot de bestaande wettelijke regelgeving die de handel in herinvesteringslichamen beoogt tegen te gaan. De noodzaak voor een regeling als het huidige art. 12a Wet VPB 1969 komt met de onderhavige OWB-uitwerking te vervallen. Uitgangspunt is juist dat zolang de onderneming blijft bestaan, dergelijke reserves voor de heffing van OWB eveneens blijven bestaan. Een eventuele wiseling van de achterliggende aandeelhouders speelt daarbij geen rol. Let wel, bij het einde

316 Wel bestaat de kans dat ondanks het carry-backen bij een verlieslijdende onderneming de OWB-verliesverrekening voor een deel blijft hangen. Dit wordt niet zozeer veroorzaakt door de regeling zelf doch door de termijn die daaraan wordt gesteld. In het geval van een continuerende verliesgevendheid van de onderneming, zal voorwaartse compensatie geen verlichting geven aangezien er geen winsten meer worden behaald waarmee verrekend kan worden. Indien in het verleden wel winsten zijn behaald, zal achterwaarts verrekenen echter gelet op de beperking in de tijd evenmin uitkomst bieden.

317 Het verval van de verliezen bij het eindigen van de onderneming, is eerder al aangemerkt als nadeel van de objectieve benadering.

318 Zie voor een samenvatting hieromtrent o.a. E.J.W. Heithuis, *De handel in verlies- en herinvesteringslichamen*, Fiscale Monografieën nr. 98, Kluwer, Deventer 2002, p. 6-8.

van de onderneming als belastingsubject voor de OWB dient wél te worden afgerekend over dergelijke fiscale reserves.

Indien de onderneming wordt overgedragen om vervolgens deel uit te gaan maken van een andere onderneming, bijvoorbeeld in geval van fusie, is nadere regelgeving noodzakelijk. Door het opnemen van de onderneming in de overnemende onderneming raakt de overgedragen onderneming zijn zelfstandigheid kwijt wat zonder nadere regelgeving tot gevolg kan hebben dat zijn 'oude' verliezen verdampen. Immers, de oorspronkelijke objectieve onderneming, die als zodanig belastingsubject voor de OWB was, zal opgaan in een groter geheel. Vraag is dan wat er met de verliezen moet gebeuren die nog op de lat staan. Komen deze te vervallen of mogen deze juist worden verrekend met de winst die wordt behaald door de grotere onderneming?

Voorgesteld wordt om de verliezen in een dergelijk geval over te hevelen doch slechts te verrekennen met de 'eigen' winsten van de oorspronkelijke onderneming, winstsplitsing dus.

Tot slot nog een opmerking met betrekking tot de (internationale) verliesverrekening binnen een concern. Onder de bestaande wetgeving is het mogelijk om verliezen binnen een concern te verrekenen indien er een fiscale eenheid bestaat tussen de vennootschappen als bedoeld in art. 15 Wet VPB 1969 e.v. In de paragraaf 8.2 werd voorgesteld om het fiscale-eenhedsregime uit te breiden naar de persoonlijke ondernemingen. Logisch gevolg is dat de verliezen dan horizontaal gecompenseerd kunnen worden met de resultaten van een andere tot het concern behorende onderneming. Verliezen behaald door een particuliere onderneming kunnen dientengevolge binnen een fiscale eenheid gecompenseerd worden met winsten van een andere particuliere onderneming dan wel een rechtspersoon die eveneens deel uitmaakt van de fiscale eenheid.

Tevens wordt voorgesteld om in lijn met de huidige fiscale behandeling van voorvoegingsverliezen bij het aangaan van een fiscale eenheid, winstsplitsing toe te passen indien voorvoegingsverliezen gecompenseerd worden met winsten van een fiscale eenheid. Hetzelfde geldt uiteraard voor de voorgestelde mogelijkheid van de horizontale fiscale eenheid.

Het vorenstaande toont aan dat het verrekenen van negatieve resultaten met positieve resultaten, op het niveau van de onderneming, in de onderhavige OWB-uitwerking tot weinig problemen zal leiden. Lastiger wordt de verliesverrekening op het niveau van de achterliggende winstgenieters.

8.4.8.2 *Verliesverrekening op het niveau van de achterliggende winstgenieter*

In het verleden zijn als nadeel van een OWB-stelsel de gevolgen met betrekking tot de verliesverrekening, in het bijzonder op het niveau van de achterliggende winstgenieter, naar voren gebracht. Met name Rijkers is hierop ingegaan in zijn schets voor een mogelijke OWB-uitwerking.³¹⁹ Zijn stelling was dat de regels voor carry back niet paste in het systeem van de directe imputatiemethode. Rijkers had een dergelijk direct verrekeningsstelsel waarbij de eerder geheven winstbelasting volledig wordt verrekend met de inkomstenbelasting, als basis gekozen voor zijn OWB-uitwerking. Hij signaleerde in die uitwerking onder meer problemen met betrekking tot de verliesverrekening. Zo stelde Rijkers dat zolang de onderneming niet van eigenaar wisselt, verdedigd kan worden dat de verliesverrekening op het niveau van de winstgenieter niet tot grote problemen leidt. Op dit niveau zal zowel voorwaartse als achterwaartse verliescompensatie mogelijk zijn. De problemen zouden evenwel bij een direct imputatiestelsel kunnen ontstaan met betrekking tot de carry back. Als de met OWB belaste winst namelijk al is uitgekeerd, zal de geheven OWB ook al bij de winstgenieter (indirect d.m.v. het verlaagde tarief) geïmputeerd zijn met de inkomstenbelasting. Door nu op het niveau van de onderneming de winst achterwaarts te compenseren, dreigt dubbele verrekening (verrekening met winsten waarvoor

319 A.C. Rijkers; Rapport uitgebracht aan de Commissie Belastingen van de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf Raad voor het Midden en Kleinbedrijf, *Advies inzake een ondernemingswinstbelasting*, nr. 6, 's-Gravenhage 1995, p. 52-53.

al verrekening op het niveau van de winstgenieter is gegeven) als gevolg waarvan de winstgenieters uiteindelijk met een lagere totale belastingdruk geconfronteerd worden dan winstgenieters zonder verliesverrekening.

Vraag is of dit probleem van dubbele verliesverrekening dat signaleerd is met betrekking tot een direct imputatiestelsel ook speelt bij een indirect imputatiestelsel waarop de onderhavige OWB-uitwerking is gebaseerd. Met het navolgende voorbeeld wil ik betogen dat zulks niet het geval is. In de onderhavige OWB-uitwerking is geen sprake van een totale lagere belastingdruk voor winstgenieters bij carry back in vergelijking met andere winstgenieters die zich niet in een verliessituatie bevinden, zoals dat bij een direct imputatiestelsel wel het geval zou zijn.

Uitwerking van de verliesverrekening in het onderhavige OWB-stelsel

De door de onderneming behaalde totale winst wordt per saldo met een OWB belastingdruk van 30% geconfronteerd en zal uiteindelijk geheel bij de achterliggende winstgenieters terecht komen, eveneens na toepassing van een belastingheffing van 30% (de secundaire heffing).³²⁰ De totale belastingdruk over de winst bedraagt 51%, wat door de achterwaartse verliescompensatie in het indirecte verrekenstelsel niet wordt doorkruist. Een voorbeeld om mijn standpunt toe te lichten:

	Jaar 1	Jaar 2	Jaar 3	Jaar 4	Totaalwinst
Winst / verlies	+ 15.000	+ 5.000	-/ 10.000	+ 5.000	+ 15.000

In totaal zal er aan OWB 30% over 15.000 verschuldigd zijn ad. 4.500
 Stel alle nettowinst wordt aan de winstgenieter uitgekeerd (15.000 -/ 4.500) = 10.500. Hierover zal 30% secundaire heffing gegeven worden ad. 3.150. De totaal verschuldigde belasting is dan 3.150 + 4.500 = 7.560. Een belastingdruk van 7.560 / 15.000 * 100% = 51 %. In totaliteit is er dus geen sprake van een verlaagde druk als gevolg van de carry-backmogelijkheid.

Een situatie die bijzondere aandacht trekt, is de situatie dat een achterliggende participant een niet-verrekend verlies heeft, doch inmiddels niet meer als belastingsubject voor de secundaire heffing kwalificeert of dat de positieve voordelen die onderworpen zijn aan de secundaire heffing, ontoereikend zijn om het verlies te compenseren.³²¹ Er dreigt dan verliesverdamping.

Oplossing voor een dergelijk negatief gevolg is, gelijk als de huidige credit voor aanmerkelijkbelangverliezen (art. 4.53a Wet IB 2001), het berekenen van een credit welke vervolgens tegen de inkomstenbelasting verschuldigd over het box 1-inkomen, kan worden afgezet. In de huidige aanmerkelijkbelangwetgeving wordt een credit verleend ter grootte van 25% van het aanmerkelijkbelangverlies dat met de verschuldigde belasting over het box 1-inkomen, na ommekomst van een wachttijd van één jaar, verrekend mag worden.³²² In het OWB-stelsel zal eenzelfde credit worden verleend voor verliezen behaald met participaties die belastingobject zijn voor de secundaire heffing. Deze credit mag vervolgens met de inkomstenbelasting verschuldigd over het box 1-inkomen worden verrekend.³²³

320 Ervan uitgaande dat een rechtspersoon eens wordt geliquideerd en het saldo (positief dan wel negatief) dan aan de winstgenieter zal toevloeien, dan wel de participaties worden verkocht.

321 Hij heeft bijvoorbeeld zijn participatie overgedragen. Dit geldt evenwel eveneens ingeval de onderneming gestaakt wordt en de participant dientengevolge niet meer als belastingsubject binnen de winstuitdelingsbox kwalificeert, of de onderneming door het lichaam wordt overgedragen.

322 Art. 4.53 Wet IB 2001.

323 Zie meer uitgebreid hoofdstuk 6 waarin ook een credit wordt verdedigd in de spiegelbeeldige situatie, dat wil zeggen een box 1-verlies en een positief resultaat voor secundaire heffing.

Een verschil met de bestaande situatie is dat in de onderhavige uitwerking wordt voorgesteld om de credit direct te gebruiken. Er zal dus niet gewacht hoeven te worden tot één jaar na het niet langer kwalificeren als winstgenieter, zoals thans rechtens is.

Onderstaand wordt een cijfermatige uitwerking gegeven van de verliesverrekening onder het OWB-stelsel. Hierbij zal zowel de OWB als de secundaire heffing behandeld worden. Aangesloten wordt bij de voorbeelden die Rijkers in 1995 gebruikte³²⁴, mede om aan te tonen dat het probleem dat hij zag bij overgang van een ‘verliesvennootschap’, zich in het onderhavige voorstel mijns inziens niet voordoet.³²⁵ Mijns inziens worden de door hem gesignaleerde problemen veroorzaakt door het door hem verdedigde directe imputatiestelsel en het daarin vervatte uitgangspunt dat alle ontvangen winstvoordelen voor de heffing van de inkomstenbelasting gebruteerd dienen te worden. In de onderhavige uitwerking van een OWB wordt echter uitgegaan van een indirect imputatiestelsel.³²⁶

Fase 1:

A richt BV A op. Het gestorte kapitaal bedraagt 100. Vervolgens maakt de BV een winst van 100, waarover 30% OWB verschuldigd is. De commerciële balans vertoont het volgende beeld:

Activa	100	Kapitaal	100
Liquide middelen	70	Winstreserves	70
Totaal	170	Totaal	170

Fase 2:

A verkoopt zijn aandelen aan B voor de waarde in het economische verkeer ad. 170. Zijn verkrijgingsprijs bedroeg 100, zodat zijn vervreemdingswinst 70 bedraagt. Hierover zal hij 30% secundaire heffing verschuldigd zijn ad 21. In totaal is er door de fiscus over de behaalde winst $21 + 30 = 51$ aan belasting geheven.

Fase 3:

BV A maakt een verlies van 100 dat achterwaarts gecompenseerd wordt. Het recht op verliesverrekening bedraagt voor de OWB 30. De vermogensachteruitgang voor de onderneming is dientengevolge geen 100 maar slechts 70. De balans ziet er dan als volgt uit.

Activa	100	Kapitaal	100
Totaal	100	Totaal	100

Fase 4:

B verkoopt zijn aandelen aan C voor de waarde in het economische verkeer, 100. Zijn verkrijgingsprijs was 170 zodat hij een vervreemdingsverlies heeft van -70 . Hij zal dit kunnen compenseren met zijn positieve voordelen die onder de secundaire heffing vallen, dan wel in de vorm van een credit berekend tegen

324 A.C. Rijkers; Rapport uitgebracht aan de Commissie Belastingen van de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf Raad voor het Midden en Kleinbedrijf, *Advies inzake een ondernemingswinstbelasting*, nr. 6, 's-Gravenhage 1995.

325 Rijkers zag problemen ontstaan met betrekking tot de verliescompensatiemogelijkheden in het door hem uitgewerkte stelsel indien de aandelen werden overgedragen. Indien de vennootschap nog verrekenbare verliezen heeft staan op het moment dat de aandelen worden overgedragen, bestaat de dreiging dat de fiscus tekort komt. Rijkers schetst een voorbeeld waarbij OWB wordt verrekend met de inkomstenbelasting welke OWB op grond van de voorwaartse verliescompensatie echter helemaal niet is geheven.

326 Zie meer uitgebreid onderdeel 6.2.3.

30% (een belastingcredit van 21) in box 1 kunnen compenseren. In totaliteit is er dan $21 + 30 = 51$ gecompenseerd aan belasting.

Fase 5:

Het gaat weer goed met BV A en er wordt een winst gerealiseerd van 100. Gelet op de eerder uitgevoerde carry back zijn er geen compensabele verliezen meer en zal over de volle winst OWB verschuldigd zijn. De vermogenstoename bedraagt diensgevolge $100 - 30$ (OWB) = 70. De commerciële balans vertoont dan het volgende beeld:

Activa	100	Kapitaal	100
Liquide middelen	70	Winstreserves	70
Totaal	170	Totaal	170

Fase 6:

C verkoopt zijn aandelen voor de waarde in het economische verkeer aan D. Zijn vervreemdingswinst bedraagt 70 (verkrijgingsprijs was immers 100). Hierover zal 30% secundaire heffing verschuldigd zijn ad 21.

Na deze 6 fasen heeft de fiscus in totaliteit gegeven:

$$30 - 30 + 21 - 21 + 30 + 21 = 51$$

Over een ondernemingswinst van:

$100 - 100 + 100 = 100$. Dit stemt overeen met een belastingdruk van 51% hetgeen het uitgangspunt van § 5.2 was. Voorts toont het voorbeeld aan dat er geen dubbele verliesverrekening optreedt dan wel een verlaging van de totale belastingdruk.

Uit het voorgaande volgt dat de verliesverrekening op het niveau van de onderneming bij de achterliggende participant niet leidt tot een per saldo lagere belastingdruk, dan het geval zou zijn geweest indien er geen verlies zou zijn geleden. Evenmin leidt de verliesverrekening op het niveau van de participant zelf tot een per saldo te lage belastingdruk. De verliesverrekeningsmogelijkheden beperken de fiscus derhalve niet in zijn opbrengst en evenmin worden de concurrentieverhoudingen verstoord als gevolg van het feit dat verliesvennootschappen per saldo met een lagere belastingdruk worden geconfronteerd.

8.4.8.3 *Staking van de onderneming en gevolgen voor compensabele verliezen*

Als gevolg van de objectieve benadering van het belastingsubject voor de OWB, zullen op het moment dat de onderneming verdwijnt, de eventueel aanwezige compensabele verliezen komen te vervallen. De vraag is dan gerechtvaardigd of een tegemoetkoming moet worden verleend voor deze rigide verliesverdamping. Twee benaderingen zijn hier mogelijk.

Enerzijds zal een zuivere toepassing van de objectieve benadering met zich brengen dat de verliezen komen te vervallen en dat er geen ruimte is voor enige compensatie. Anderzijds is het strijdig met de totaalwinstgedachte om de compensabele verliezen die op de lat staan, bij het einde van de onderneming te laten vervallen zonder enige vorm van compensatie. Op die wijze is het mogelijk dat de beëindigde onderneming meer belasting heeft betaald over zijn totaal aan jaarwinsten dan de onderneming over zijn totaalwinst verschuldigd zou zijn geweest. De achtergrond van de verliescompensatiemaatregelen is juist om dit te voorkomen, zoals eerder is besproken.

Ik kies hier echter voor de eerste benadering en dat wil zeggen een zuivere uitvoering van de objectieve benadering van het belastingsubject voor de OWB. Op het moment dat de onderneming verdwijnt, verdwijnt ook de mogelijkheid tot verliescompensatie omdat het belastingsubject niet meer bestaat. Voor de volledigheid merk ik hier op dat de achterliggende winstgenieter bij het einde van de onderneming eveneens een eindafrekening

dient toe te passen. Gelet op de verliesgevendheid van de onderneming, is het te verwachten dat ook op het niveau van de achterliggende winstgenieter een verlies wordt gerealiseerd in de vorm van een waardedaling van zijn participatie. Het aldus ontstane verlies mag deze winstgenieter afzetten tegen zijn positieve voordelen die tot de grondslag van de secundaire heffing behoren en anders wordt dit verlies omgezet in een credit welke hij kan verrekenen met de inkomstenbelasting verschuldigd over box 1.

8.4.8.4 *Toetreding van nieuwe winstgenieters tot een onderneming met verliezen*

Heithuis³²⁷ constateert dat in zijn OWB-stelsel nog wel behoefte bestaat aan een antimisbruikregeling vergelijkbaar met het huidige art. 20a Wet VPB 1969 en dat deze gelet op de rechtsvormneutraliteit niet alleen van toepassing dient te zijn op NV's en BV's maar ook op personenvennootschappen. Hij stelt zich op het standpunt dat voorkomen dient te worden dat bij toe- en uittreding van participanten in een personenvennootschap, andere profiteren van de in personenvennootschap opgebouwde compensabele verliezen. Een regeling als het huidige art. 20a Wet VPB 1969 kan dan uitkomst bieden.

In het onderhavige OWB-stelsel wordt door mij echter verdedigd dat het huidige art. 20a Wet VPB 1969 kan vervallen. Oorzaak is, zoals eerder al opgemerkt, de objectieve benadering van het belastingsubject. Het ligt namelijk in lijn met deze objectieve benadering om de verliezen onlosmakelijk verbonden te achten met de onderneming. Zolang de onderneming bestaat en er compensabele verliezen aanwezig zijn, zullen deze gecompenseerd mogen worden met de winsten van deze onderneming. Immers, de onderneming is de verliesgenererende entiteit en die zal ook voor de compensatie moeten/mogen zorgen. Het feit dat de achterliggende winstgenieters door toe- en uittreding wisselen, is hierbij naar mijn mening niet van belang. Anders gezegd, het objectgebonden karakter van de onderhavige OWB-uitwerking rechtvaardigt mijns inziens het vervallen van een antimisbruikmaatregel als het huidige art. 20a Wet VPB 1969.

Voor wat betreft de verliezen op het niveau van de achterliggende aandeelhouders, geldt een andere conclusie. De secundaire heffing is namelijk subjectgebonden, deze wordt immers geheven bij de natuurlijke persoon die kwalificeert als winstgenieter. Wanneer een participant een verlies lijdt op zijn participatie, zal dit verlies door het subjectieve karakter van de secundaire heffing aan de participant blijven 'kleven' en bij toe- en uittreding niet overgaan op een nieuwe winstgenieter. Mijns inziens is hiervoor evenwel geen antimisbruikbepaling nodig. Zulks vloeit namelijk automatisch voort uit de werking van de secundaire heffing. Immers, voorgesteld is om dergelijke verliezen te verrekenen met positieve voordelen die tot de grondslag van de secundaire heffing behoren. Indien een winstgenieter zijn participatie vervreemdt, zal hij dit verlies als gevolg van de eindafrekening realiseren en dientengevolge kunnen compenseren. De nieuwe winstgenieter krijgt een step-down voor de secundaire heffing en zal in zoverre dus geen gebruik kunnen maken van het reeds gerealiseerde verlies.

Kortom, er is geen reden voor het invoeren van een antimisbruikmaatregel met betrekking tot de verliescompensatie in het onderhavige OWB-stelsel bij toe- en uittreding van participanten. De oorzaak is tweërlei. Ten eerste omdat de verliezen op het niveau van de onderneming aan de onderneming 'kleven' gelet op het objectgebonden karakter van de OWB en ten tweede omdat het subjectieve karakter van de secundaire heffing met zich brengt dat de verliezen niet overgedragen kunnen worden bij verkoop.

327 E.J.W. Heithuis, *Zonder aanzien des (rechts)persoons, de wet VPB 2007, De ondernemingswinstbelasting van de 21^e eeuw*, inaugurele rede Erasmus Universiteit Rotterdam, Kluwer, Deventer 2005, onderdeel 5.3.5.2.

8.5 DE FINANCIERING VAN DE ONDERNEMING

8.5.1 Inleiding

Tot op heden zijn de kosten van de factor kapitaal vooral voor wat betreft het belastingobject van de OWB, buiten beschouwing gelaten. Oorzaak is de bestaande fiscaal ongelijke aanpak van eigenvermogensverstrekkingen en vreemdvermogensverstrekkingen en mijn uitgangspunt om deze in de onderhavige uitwerking over te nemen. Deze discriminerende werking van het bestaande belastingstelsel met betrekking tot de vreemd- en eigenvermogensverstrekking is echter een onderwerp dat geen verband houdt met het centrale onderwerp van dit proefschrift, te weten de rechtsvormneutraliteit in de winstbelasting en maakt daarom geen deel uit van de bespreking van de belastingobjecten van de beide heffingen die samen het OWB-stelsel vormen.

Bij een behandeling van een gewijzigde vorm van winstbelasting acht ik het echter nuttig om wél, zij het kort, aandacht te besteden aan deze problematiek. In deze paragraaf zal dientengevolge een aantal in de literatuur geopperde oplossingen worden besproken die zien op een neutrale fiscale behandeling van financiering van de onderneming. Vervolgens zullen tentatief de consequenties van deze oplossingen voor het onderhavige OWB-stelsel uiteen worden gezet.

8.5.2 Dividendafrekestelsel

8.5.2.1 *Werkwijze van het dividendafrekestelsel*

Het dividendafrekestelsel houdt in dat niet alleen de rentelasten maar tevens de werkelijke vergoedingen voor het verstrekken van eigen vermogen aftrekbaar zullen zijn. Aan de uitgavenkant is dan fiscale neutraliteit bereikt doordat zowel de vergoeding voor vreemd vermogen als de vergoeding voor eigen vermogen op het moment van uitkering aftrekbaar is.

8.5.2.2 *Gevolgen voor het onderhavige OWB-stelsel*

Voor het OWB-stelsel resulteert het dividendafrekestelsel in een aftrek van zowel dividend als rente bij de bepaling van het belastingobject van de OWB. Om vervolgens neutraliteit aan de ontvangstkant te bereiken, zal de ontvangen rente én het ontvangen dividend gelijk belast dienen te worden.

Een ander belangrijk uitgangspunt dat aan het OWB-stelsel ten grondslag ligt, is dat de gewenste gelijke behandeling met betrekking tot de overige box 1-genieters niet in het gedrang mag komen.

Door het dividend af te trekken bij de onderneming en vervolgens 'slechts' te belasten tegen het lage proportionele tarief van de secundaire heffing, ontstaat een ongewenste bevoordeling van winstgenieters in vergelijking tot niet-winstgenieters in het bijzonder werknemers.

De meest zuivere oplossing zou dan zijn om de secundaire heffing te laten vervallen (voor zover het dividend is afgetrokken) en de ontvangen vergoedingen voor het verstrekken van kapitaal (ongeacht of dit vreemd of eigen vermogen is) bij een kwalificerende winstgenieter in de heffing van box 1 te betrekken en aldaar te belasten tegen het progressieve tarief. Een eventueel behaalde capital gain met betrekking tot de participaties zal dan eveneens tot de grondslag van box 1 gaan behoren, onder de voorwaarde dat alle dividenden aftrekbaar zijn geweest.

8.5.3 Aftrek van primair dividend of van primair rendement

8.5.3.1 *Werkwijze van het aftrekken van primair dividend of primaire rendement*

Het stelsel van de aftrek van primair dividend of rendement houdt kort gezegd in dat er een (forfaitair) bedrag in mindering mag worden gebracht op de winst. Dit forfaitaire

bedrag wordt berekend aan de hand van een percentage van het geplaatste aandelenkapitaal of het gehele (eigen) vermogen.

8.5.3.2 *Gevolgen voor het OWB-stelsel*

Indien een dergelijke oplossing ingevoerd zou worden in het onderhavige OWB-stelsel betekent dit, dat aan de ontvangstkant de belastingheffing in box 1 dient plaats te vinden. Mogelijkerwijs zal het bedrag dat in box 1 in aanmerking wordt genomen dan hetzelfde forfaitaire bedrag kunnen zijn als het bedrag dat de onderneming mocht aftrekken en niet het werkelijk genoten rendement.

De reden hiervoor is dat zoals bij het dividendafrekestelsel al uiteen is gezet, de totale heffing over de behaalde winst op het moment dat deze in handen is van de achterliggende kwalificerende winstgenieters, gelijk dient te zijn aan de heffing waaraan bijvoorbeeld een loongenieter onderworpen is (vergelijk de uitgangspunten zoals door mij in par. 5.2 uiteen zijn gezet).

Een ander probleem is wat er zal moeten gebeuren met de overwinst die in de onderneming zit en uitgekeerd wordt. Het is denkbaar dat uitkering van deze overwinst niet aftrekbaar is en bij de winstgenieter in de secundaire heffing wordt betrokken.

8.5.4 **Geheel geen aftrek noch voor dividend noch voor rentelasten**

8.5.4.1 *Werkwijze van deze oplossing*

De laatste oplossing gaat ervan uit dat geen enkele vergoeding voor het verstrekken van vermogen aan de onderneming aftrekbaar is, dus ook niet de rentelasten, zoals thans gebruikelijk. Hierbij kan dan vervolgens nog onderscheid worden gemaakt tussen rentelasten die aan zogenoemde winstgenieters ten goede komen of een generieke afschaffing van de renteaftrek.

Hoewel het niet meer toestaan van renteaftrek op het eerste gezicht voor een onderneming niet aantrekkelijk is, gezien de verdwijning van een voor hen belangrijke aftrekpost, verdient het mijns inziens toch serieuze overweging. In de literatuur hebben onder meer Essers en Hofstra zich wel in positieve zin uitgelaten over deze aftrekbeperking.³²⁸

8.5.4.2 *Gevolgen voor OWB-stelsel*

Inpassen van het niet aftrekbaar zijn van dividend en rente betekent voor de OWB een beperking van de bestaande aftrekmogelijkheid. Om vervolgens ook gelijkheid aan de ontvangstkant te creëren, zal het belastingobject van de secundaire heffingskant uitgebreid worden met rentebaten van kwalificerende winstgenieters. Gevolg is dat ook voor rentelasten de totale belastingdruk dan per saldo gelijk is aan de belastingdruk in box 1. Tegelijkertijd zal de deelnemingsvrijstelling als onderdeel van de OWB moeten worden uitgebreid op een zodanige wijze dat rentebaten hier ook onder gaan vallen.

8.5.5 **Conclusie**

Zoals in par. 5.2. is gesteld, wordt in dit proefschrift geen oplossing geformuleerd voor de bestaande verschillende behandelingen van eigen en vreemd vermogen. Desalniettemin, is tentatief toch enige aandacht aan deze problematiek besteed door de belangrijkste van de in het verleden geopperde oplossingen te beschrijven, alsmede de gevolgen die zij zouden hebben op het OWB-stelsel.

Betoogd kan worden dat elke oplossing inpasbaar is, zij het dat er wel aanpassingen zouden zijn vereist. Aanpassingen ofwel aan de ontvangstkant ofwel aan de uitgavenkant.

328 P.H.J. Essers, 'Belastingherziening 2001' het betreft een bewerking van een publicatie in de *Staatscourant* van 19 maart 1999 nr. 55 p. 44; H.J. Hofstra Preadvies, *De invloed van het hier te lande geldende belastingstelsel op de economische en sociale structuur van onze maatschappij en op het beleid, dat door de ondernemers in hun bedrijven wordt gevoerd*, Vereniging van Staatshuishoudkunde Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage 1953.

In dit hoofdstuk is de mogelijke uitwerking van een rechtsvormneutrale winstbelasting in de vorm van een OWB-stelsel uiteengezet met betrekking tot de objecten van de heffingen die deel uitmaken van een dergelijk stelsel. Het betreft een gedetailleerde uitwerking volgend op het globale overzicht van hoofdstuk 5.

Naast een meer specifieke uiteenzetting van de beide heffingsobjecten is aandacht besteed aan de gevolgen van het OWB-stelsel voor een aantal bijzondere situaties zowel voor de gevolgen op het niveau van de onderneming als op het niveau van de winstgenieter. Onder meer de gevolgen van de staking van een (materiële) onderneming of de verhuur daarvan, kwamen aan bod.

Tot slot werd kort aandacht besteed aan mogelijke oplossingen voor een probleem dat weinig van doen heeft met (een gebrek aan) rechtsvormneutraliteit maar bij een uitwerking van een (nieuwe) wijze van winstbelasting naar mijn mening niet geheel genegeerd kan worden. Het betreft de bestaande fiscale discriminatie tussen eigen vermogen en vreemd vermogen, en de mogelijke manieren waarop de oplossingen voor deze discriminatie in het voorgestelde systeem zouden kunnen worden ingepast.

Inmiddels zijn de systematiek van het OWB-stelsel, de belastingsubjecten en belastingobjecten gedetailleerd besproken. Volgende stap is dan de toetsing van de haalbaarheid en effectiviteit van het uitgewerkte stelsel. De navolgende hoofdstukken richten zich op een dergelijke toetsing.