

Fiscaliteiten

Prof. Dr. J.A.G. van der Geld

BELASTINGEN

Weinig aandacht voor ondernemingen in Nota 'Belastingstelsel voor de 21e eeuw'

Op 11 december van het vorig jaar hebben Minister Zalm en Staatssecretaris Vermeend aan de Tweede Kamer een nota doen toekomen getiteld 'Belastingen in de 21e eeuw, een verkenning' (kamerstuknummer 25.810). De nota zonder cijfermatige bijlagen beslaat 304 pagina's met bespiegelingen over de wijze waarop ons belastingstelsel ingericht kan worden, zodat het de uitdagingen van de volgende eeuw ten minste de eerste decennia het hoofd kan bieden. Uiteraard kan in het korte bestek van deze rubriek niet uitvoerig op deze geruchtmakende nota worden ingegaan. Wel wil ik kort stilstaan bij de opmerkingen in de nota over de belastingheffing van ondernemingen. Of liever gezegd: het gebrek aan aandacht voor de fiscale behandeling van ondernemingen. Er worden in de nota enkele 'kleine' opmerkingen gemaakt (zoals dat het wenselijk zou zijn dat de kapitaalsbelasting zou kunnen worden afgeschaft), maar over het algemeen is de regering vrij tevreden over de belastingheffing van ondernemingen. De nota gaat daarom primair over de belastingheffing van particulieren. Natuurlijk raakt die ook ondernemers, maar dan meer zijdelings. Voor een tweetal aspecten wil ik hier kort aandacht vragen.

Aandacht voor de situatie in de buurlanden

Allereerst is een opmerking op zijn plaats bij een tweetal uitgangspunten van de nota: een verschuiving van belasting- en premiedruk op arbeid naar belasting op consumptie en een verdergaande ecologisering van ons fiscale stelsel. Die uitgangspunten als zodanig zullen weinigen

bestrijden, want wie wil er nu niet meer werkgelegenheid en een (relatief) schoner milieu.

Mogelijke problemen, met name voor ondernemingen, kunnen zich voordoen als de genoemde uitgangspunten worden gecombineerd met de Nederlandse politieke volksaard. Wij hebben er in het verleden al vaak blijk van gegeven de situatie in de ons omringende landen niet doorslaggevend te vinden, maar liever eigen beleid te ontwikkelen, liefst als voorbeeld voor de rest van de wereld.

Ik roep slechts de verhoging van de benzineaccijns van medio 1997 in herinnering, terwijl de benzine in België en Duitsland al aanmerkelijk goedkoper was dan in Nederland. Als we straks naast hogere accijns ook (aanmerkelijk) hogere BTW heffen dan onze buurlanden, dreigt het gevaar dat vele Nederlanders niet alleen gaan tanken in het buurland, maar er meteen ook hun boodschappen gaan doen. Uiteindelijk kan dit probleem alleen opgelost worden door majeure belastingoperaties af te stemmen met de overige EU-lidstaten (en als het echt niet anders kan toch in elk geval met onze buurlanden). Men kan beter druk trommelend vooraan in het muziekkorps lopen, dan zo ver voor dat korps uit dat niemand het getrommel meer hoort.

Eén ondernemingswinstbelasting als alternatief?

Daarnaast is het jammer dat de bewindslieden in hun nota (p. 197) de invoering van één onderne-

Prof. Dr. J.A.G. van der Geld is als hoogleraar belastingrecht verbonden aan het Fiscaal Instituut van de Katholieke Universiteit Brabant.

mingswinstbelasting voor alle ondernemingen zonder duidelijke argumentatie afwijzen. Zo'n ondernemingswinstbelasting is in de literatuur wel bepleit en houdt kort gezegd het volgende in:

- alle ondernemingen, dus ongeacht hun rechtsvorm, zien hun winst belast naar hetzelfde percentage ondernemingswinstbelasting (OWB);
- indien de winst vervolgens aan de onderneming wordt onttrokken (bijvoorbeeld door dividenduitkering door een vennootschap of onttrekking door een natuurlijk persoon/ondernemer) wordt over de uitgedeelde winst bij de genietende 'normale' inkomstenbelasting geheven onder verrekening van de eerder geheven OWB.

Aan dit systeem zijn drie grote voordelen verbonden:

- a Het stelsel is volstrekt neutraal ten opzichte van de rechtsvorm waarin de onderneming gedreven wordt. Dit kan - eufemistisch gezegd - van het huidige stelsel van vennootschaps- en inkomstenbelastingheffing niet gezegd worden, getuige de enorme vlucht in de BV-vorm van de laatste decennia. De fiscaliteit behoort niet zo dominant te zijn dat het zakelijk handelen van mensen er goeddeels door wordt bepaald. De wetgever zou neutraliteit ten opzichte van de rechtsvorm waarin een onderneming wordt gedreven serieus moeten nastreven.
- b Het stelsel zorgt ook voor neutraliteit ten aanzien van de financiering met eigen of vreemd vermogen.
- c Winstinkomen krijgt binnen onze inkomstenbelasting de aparte plaats die het verdient. Winst is immers, uitgaande van de going-concern-gedachte, niet zo maar te consumeren, maar dient deels als buffer en om te investeren. Het speciale karakter van het winstinkomen wordt miskend, door hierop een progressieve inkomstenbelasting los te laten. Pas als de winst niet meer de specifieke functies binnen de onderneming vervult (bij onttrekking of uitdeling) is inkomstenbelastingheffing op haar plaats.

Deelnemingsvrijstelling ook voor kleine aandelenpakketten

Onder het regime van de deelnemingsvrijstelling wordt in de Nederlandse vennootschapsbelas-

ting voorkomen dat binnen een concern meerdere malen winstbelasting wordt geheven. Daartoe is bepaald dat alle voordelen die de moeder geniet uit hoofde van haar deelneming (met name koersresultaten en dividenden) bij haar buiten de fiscale winst blijven. Eén van de eisen waaraan voldaan dient te zijn als een vennootschapsbelastingplichtig lichaam voor een aandelenbezit in een dochtervennootschap de deelnemingsvrijstelling wil genieten, is dat het om een aandelenpakket van voldoende omvang dient te gaan, namelijk 5% of meer van het nominaal gestort aandelenkapitaal.

In artikel 13, lid 3 Wet Vpb '69 is vervolgens een uitzondering op deze hoofdregel opgenomen. Participaties die kleiner zijn dan 5% vallen toch onder de deelnemingsvrijstelling (niet naar keuze, maar imperatief) wanneer met de verwerving van de participatie het algemeen belang gediend is geweest dan wel het aanhouden van de participatie in de lijn ligt van de normale bedrijfsuitoefening van de onderneming van de moedermaatschappij. Als voor zo'n 'klein' aandelenpakket de deelnemingsvrijstelling geldt, wordt dat wel aangeduid met de term 'oneigenlijke deelneming'.

De 'algemeen-belangbepaling' levert in de praktijk niet vaak problemen op (meestal is direct duidelijk dat deze niet aan de orde is). Het tweede criterium (aanhouden ligt in de lijn van de normale bedrijfsuitoefening) leidt in de praktijk wel veelvuldig tot heftige discussies met de fiscus. Over de invulling van dit laatste criterium heeft de Hoge Raad in november van het vorig jaar een tweetal arresten gewezen.

In het eerste arrest van de Hoge Raad (rolnummer 32.105) lagen de feiten als volgt.

BV Service en BV Werk hadden grotendeels dezelfde aandeelhouders. BV Service fungeerde tot en met 1987 als service-BV voor BV Werk. De activiteiten van BV Service bestonden tot 1988 uit het verhuren van een aantal kantoorapparaten aan BV Werk en het huren en doorverhuren van het kantoorpand waarin BV Werk gevestigd was. Vanaf 1988 beëindigde BV Service de genoemde servicewerkzaamheden ten behoeve van BV Werk. BV Werk had inmiddels een aandelenoptieplan ontwikkeld voor haar werknemers. Volgens dat plan konden werknemers certificaten van aandelen in BV Werk verkrijgen. De werknemers die certificaten wilden verkopen, konden dat alleen aan BV Service. Zo'n verkoop heeft zich alleen in 1989 voorgedaan. Het betrof toen de aankoop van 823 certificaten, corresponderend

met 2,01% van aandelenkapitaal van BV Werk. In 1990 werden alle aandelen in BV Werk verkocht. Ook werden in dat kader de certificaten van aandelen BV Werk, die BV Service bezat, verkocht met een winst van f 510.000,-.

Het geschil betrof de vraag of deze winst onder de deelnemingsvrijstelling viel of niet. Het Hof achtte geen oneigenlijke deelneming aanwezig, omdat het meende dat BV Service was ingeschakeld om het belang van de aandeelhouders in BV Werk te dienen. De Hoge Raad casseerde de uitspraak van het Hof en gaf belastingplichtige alsnog gelijk. Uit de feiten bleek volgens de Hoge Raad dat BV Service haar activiteiten uitoefende in het kader van een beschermfunctie ten behoeve van BV Werk. Die activiteiten vormden in het geheel van haar financiële betrekkingen en haar contractuele relaties met BV Werk en de werknemers van BV Werk een onderneming. BV Service had volgens de Hoge Raad de certificaten aangehouden in de lijn van de normale uitoefening van die onderneming.¹ Het behaalde voordeel van f 510.000,- werd daarom niet belast.

Het tweede arrest van de Hoge Raad (rolnummer 32.137) betrof een bedrijfsopvolgingsstructuur. De feiten lagen als volgt.

De aandelen van BV Actief waren alle in handen van pa. De twee kinderen van pa werkten beiden bij BV Actief. Na het overlijden van pa richtten de twee kinderen elk een eigen BV op (BV K1 en BV K2). Deze beide BV's richtten vervolgens gezamenlijk een nieuwe BV op (BV Actief Nieuw). BV K1 verkreeg daarbij f 24.000,- van het nominale kapitaal van het gewone aandelenkapitaal en BV K2 f 16.000,-. Onder toepassing van de bedrijfsfusieregeling van artikel 14, lid 2 Wet Vpb '69 werd gelijktijdig de onderneming van BV Actief overgedragen aan BV Actief Nieuw tegen uitreiking van nominaal f 5.040.000,- cumulatief preferent aandelenkapitaal. Vanwege de uitgifte van het grote bedrag aan cumulatief preferente aandelen, bedroeg het percentage van het totale nominaal gestorte aandelenkapitaal van de participaties van BV K1 en BV K2 in BV Actief Nieuw slechts 0,47% respectievelijk 0,32%. Bij lange na geen 5% dus.

Toen in 1991 BV Actief Nieuw een dividend uitkeerde aan haar aandeelhouders BV K1 en BV K2 ontstond een geschil over de vraag of bij deze twee aandeelhouders voor dit dividend de deelnemingsvrijstelling gold. De inspecteur was van

mening dat de participaties die de BV's K1 en K2 bezaten in BV Actief Nieuw niet werden aangehouden in de lijn van de normale uitoefening van hun onderneming. Van het (Haagse) gerechtshof kreeg BV K1 (want die ging procederen) gelijk. Het Hof was van mening dat BV K1 een onderneming dreef en dat het aanhouden van het aandelenpakket in BV Actief Nieuw in de lijn lag van de normale uitoefening van die onderneming. Onder meer omdat BV K1 betrokken was bij het management van BV Actief Nieuw concludeerde het Hof dat zij een onderneming dreef en niet slechts belegde.

Van belang achtte het Hof ook dat de gehele structuur was gericht op de opvolgingsproblematiek en BV K1 daarin actief was betrokken.

De Hoge Raad zag in het cassatieberoep van de Staatssecretaris geen reden om de uitspraak van het Hof te casseren. Of sprake is van een door K1 gedreven onderneming is een primair feitelijke kwestie, waarbij de Hoge Raad zich conformeerde aan de conclusie van het Hof. Voor wat betreft de vraag of het aandelenpakket in de lijn lag van de normale uitoefening van K1's onderneming, stelde de Hoge Raad letterlijk dat uit de parlementaire stukken is af te leiden dat 'aandelen slechts dan niet in de lijn van de normale bedrijfsuitoefening worden aangehouden, indien zij ter belegging worden aangehouden, dat wil zeggen uitsluitend met het oog op het verkrijgen van de waarde-stijging en het rendement daarvan die bij normaal vermogensbeheer kunnen worden verwacht.'

Uit deze voor de praktijk belangrijke arresten kan men afleiden dat wanneer de moedermaatschappij een duidelijke (waarschijnlijk niet-fiscale) functie vervult ten behoeve van de dochtermaatschappij normaliter sprake zal zijn van een oneigenlijke deelneming en dat in dat geval de deelnemingsvrijstelling geldt.

NOOT

1 Al eerder heeft de Hoge Raad beslist dat formeel-juridisch aandeelhouderschap niet vereist is voor het van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling. Indien men het gehele economisch belang heeft bij aandelen in de dochtermaatschappij (en aan alle overige voorwaarden voldoet) is de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing (HR BNB 1986/118). Daarom was het in de onderhavige casus ook niet van belang dat het certificaten van aandelen betrof en geen aandelen.