

MR. S.J. MOL-VERVER

De BV als belastingsubject?

De regelgeving rondom de BV is zowel op civielrechtelijk gebied als op fiscaalrechtelijk gebied op dit moment behoorlijk in beweging. Voor wat betreft de civielrechtelijke ontwikkelingen kan bijvoorbeeld worden gewezen op het door het ministerie van Economische Zaken en het ministerie van Justitie gezamenlijk gestarte project 'de flexibele BV'. Met dit project wordt beoogd de huidige knelpunten en lacunes in het (civielrechtelijke) BV-recht te inventariseren. Deze inventarisatie dient uiteindelijk in de winter van 2005 te resulteren in een wetsontwerp voor flexibeler BV-recht.

Inleiding

Voor wat betreft de fiscale ontwikkelingen welke in deze bijdrage centraal staan, is in het bijzonder de Wet op de vennootschapsbelasting (Wet Vpb 1969)¹ van belang en de inmiddels door staatssecretaris Wijn aangekondigde grootscheepse herziening daarvan. Een van de voornaamste doeleinden van de aangekondigde Vpb-herziening is het versterken van de internationale concurrentiekracht van het Nederlandse fiscale stelsel voor ondernemingen. Voorheen gold het Nederlandse (fiscale) vestigingsklimaat voor ondernemingen internationaal als een van de beste. Als gevolg van diverse nationale en internationale ontwikkelingen, heeft Nederland deze koploperspositie deels verloren en dreigt deze nog verder te verliezen. Inmiddels is de herziening van de Wet Vpb 1969 van start gegaan met een inventarisatie van de knelpunten en lacunes en mogelijke oplossingen, in het bijzonder in het licht van de internationale concurrentiepositie, door zowel het ministerie van Financiën als door de wetenschap.

De beoogde Vpb-herziening heeft echter alleen betrekking op concrete (bestaande) regelgeving, wat de vraag oproept of het bij een omvangrijke operatie als de op handen zijn Vpb-herziening, niet raadzaam

is om ook eens naar de fundamentele van dit stelsel te kijken. Temeer nu over het algemeen wordt aangenomen dat aan de huidige Wet Vpb 1969 geen andere (rechtvaardigings)grondslag kan worden toegekend dan de complementaire functie die zij vervult ten opzichte van de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001).² Mogelijkerwijs is op dit fundamentele punt eveneens ruimte voor verbetering en kan een meer fundamentele aanpak van de Vpb-herziening dit project succesvoller maken.

Centrale vraag van deze bijdrage is de eventuele noodzaak van een meer fundamentele herziening van de huidige Wet Vpb 1969 en, zo ja, in welke richting dan de hieruit voortvloeiende aanpassing gezocht zou kunnen worden.

Diversiteit in de bestaande winstbelastingssystematiek

De huidige fiscale regelgeving in Nederland betreffende de heffing van ondernemingswinsten wordt gekenmerkt door diversiteit. Er is geen sprake van één winstbelastingstelsel dat van toepassing is op alle denkbare rechtsvormen van ondernemingen die winst behalen. Het winstbelastingstelsel is juist opgebouwd uit meerdere heffingswetten ieder met een eigen tariefstructuur, grondslagbepaling en heffingswijze. Zo wordt de winst behaald door een zogenoemde particuliere onderneming (eenmanszaak, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap) direct bij de ondernemers zelf belast in box I volgens de regels van de Wet inkomstenbelasting 2001. Daarentegen worden lichamen die een onderneming drijven, zoals de BV, belast volgens de Wet Vpb 1969. De achterliggende aandeelhouders worden vervolgens nog in de inkomstenbelasting betrokken, ofwel als aanmerkelijkbelanghouders in box II ofwel als beleggers in box III.

1 De Wet Vpb 1969 voorziet in fiscale regelgeving voor winst behaald door lichamen, o.a. de BV en de NV.

2 Met complementaire functie wordt hier bedoeld op de steunfunctie van de Wet Vpb 1969 ten opzichte van de Wet IB 2001. Indien er voor de belastingheffing van lichamen fiscale wetgeving ontbreekt, zou iedere ondernemer zijn onderneming in de vorm van een lichaam gieten omdat dat tot belastingvrijdom zou leiden. Om deze dreiging de kop in te drukken is de Wet op de Vpb 1969 gecreëerd specifiek voor de belastingheffing van lichamen.

Welke van deze heffingswetten in een concreet geval van toepassing is, wordt ten principale bepaald door de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven. Het is dus mogelijk om door een juiste rechtsvormkeuze de fiscaal meest gunstige weg te kiezen.

In de jaren tachtig van de vorige eeuw heeft dit geleid tot een grote populariteit van de BV als rechtsvorm. Indien mogelijk werden ondernemingen gestart, of particuliere ondernemingen omgezet, in de juridische huls van een BV. Fiscale motieven, in het bijzonder de tariefsverschillen, vormden de grootste drijfveer van deze populariteit. Het vennootschapsbelastingtarief waarmee de BV werd geconfronteerd bedroeg eind jaren tachtig namelijk 35%, terwijl het progressieve tarief van de inkomstenbelasting, waaraan particuliere ondernemers onderworpen werden, opliep tot een toptarief van 72%.³

De fiscaal verschillende behandeling van winst afhankelijk van de rechtsvorm waarin de onderneming wordt uitgeoefend, wordt vaak aangeduid als het gebrek aan rechtsvormneutraliteit van de bestaande wijze van winstbelasting. Het gaat bij het gebrek aan rechtsvormneutraliteit zowel om verschillen in de tarieven als om verschillen in de heffingsgrondslagen.

Huidige stand van zaken met betrekking tot het vraagstuk van de rechtsvormneutraliteit

De diversiteit in de belastingheffing van ondernemingen en de daaruit voortvloeiende populariteit van de BV heeft de fiscale wetgever ertoe gebracht om een aantal wetswijzigingen door te voeren die de druk enigszins van de ketel moesten halen. De

belangrijkste veranderingen zijn de ingrijpende wijziging van het aanmerkelijkbelangregime per 1 januari 1997, de invoering van de TBS-regelingen (artikelen 3.91 en 3.92 Wet IB 2001) met ingang van 1 januari 2001 en de verlaging van de tarieven van de inkomstenbelasting binnen box I naar het niveau van het gecombineerde aanmerkelijkbelang/Vpb-tarief per 1 januari 2001.

De met vorenstaande wijzigingen beoogde neutraliteit is voornamelijk een tariefsgelijkheid, welke als gevolg van de recente verlaging van het vennootschapsbelastingtarief⁴ alweer is gewijzigd. Het volgende voorbeeld zal een en ander verduidelijken.

Een BV met één aandeelhouder behaalt 1.000 winst. Hierover zal 31,5% vennootschapsbelasting verschuldigd zijn, waarna 685 voor uitdeling overblijft. De gehele (netto) winst wordt vervolgens aan de aandeelhouder uitgekeerd, die daarover op zijn beurt nog 25% inkomstenbelasting in box II verschuldigd zal zijn, dat is 171,25 aan belasting. In totaliteit is er over de winst een bedrag van 315 + 171,25 aan belasting verschuldigd, hetgeen een totale (procentuele) belastingdruk van 48,625% oplevert.

Indien deze enige aandeelhouder zijn onderneming niet in de vorm van een BV had gedreven maar in de vorm van een eenmanszaak zou hij over dezelfde 1000 winst maximaal 520 belasting (in de vorm van een inkomstenbelasting) verschuldigd zijn.⁵

3 Overigens is dit tariefsverschil kleiner indien de destijds geldende fiscale behandeling van de grootaandeelhouder en de particuliere belegger in de beoordeling worden meegenomen. Een grootaandeelhouder werd destijds voor zijn vermogenswinsten in de aanmerkelijkbelangheffing (20%) betrokken en voor ontvangen dividenden in het progressieve tarief. Particuliere beleggers die niet als aanmerkelijkbelanghouder kwalificeerden werden voor hun dividenden eveneens in de progressieve heffing betrokken, doch voor eventuele vermogenswinsten onbelast gelaten. Deze inkomstenbelasting bij de aandeelhouder volgend op de vennootschapsbelasting geheven bij de onderneming, nam het genoemde tariefsverschil derhalve enigszins terug. Echter zolang de winst niet werd uitgekeerd, bleef het verschil overeind en leidde de Vpb-heffing tot een aanzienlijk lagere fiscale last. Wanneer vervolgens de winst door de achterliggende aandeelhouders niet werd gerealiseerd in de vorm van dividend maar in de vorm van een vermogenswinst, bleef het tariefsvoordeel zelfs geheel (in het geval van een particuliere belegger die voor vermogenswinsten was vrijgesteld) of gedeeltelijk (in het geval van een groot aandeelhouder) overeind.

4 Met ingang van 1 januari 2005 is het tarief van de vennootschapsbelasting verlaagd van 34,5% naar 31,5%.

5 In het voorbeeld wordt ervan uitgegaan dat de gehele winst onderworpen is aan het toptarief van het progressieve box I inkomstenbelastingtarief. Het is natuurlijk ook denkbaar dat er een winst wordt behaald die in totaliteit niet de drempel van deze hoogste tariefschijf overschrijdt. In dat geval zullen de verhoudingen anders liggen. Immers dan zal het inkomstenbelastingtarief maximaal 42% bedragen. In een dergelijk geval komt de inkomstenbelasting voordeliger uit de bus. Echter gelet op het belang voor de praktijk, alsmede de hoogte van de drempelbedragen van de tariefschijven is in het voorbeeld uitgegaan van de situatie waarbij de winst wel het drempelbedrag van de 52% schijf overschrijdt, aangezien dat in de praktijk in veel van de gevallen zo zal zijn. Indien niet wordt uitgegaan van de hoogste schijf maar van bijvoorbeeld het gemiddelde box I-tarief, dan wijzigen de verhoudingen eveneens. De tariefsverschillen tussen de Vpb en de IB verminderen en kunnen zelfs omslaan ten faveure van de IB. Feit blijft dan evenwel dat er geen sprake is van tariefsgelijkheid tussen de beide winstbelastingstelsels. Belastingplichtigen kunnen hier bij de keuze voor de rechtsvorm van hun onderneming rekening mee houden. Zij kunnen de rechtsvorm kiezen die, afhankelijk van de hoogte van de te verwachte winst, tot het meest gunstige tarief zal leiden.

Het voorbeeld geeft aan dat de belastingdrukken van de beide heffingen (inkomstenbelasting versus combinatie van vennootschapsbelasting en aanmerkelijkbelangheffing) wel dicht bij elkaar in de buurt liggen maar dat van volledige tariefsgelijkheid geen sprake is. De gecombineerde belastingdruk van de vennootschapsbelasting en het aanmerkelijkbelangregime is in vergelijking tot de belastingdruk van de inkomstenbelasting lager en dus voordeliger.

Vóór de recente verlaging van het vennootschapsbelastingtarief kwam de gecombineerde druk van de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting over de aanmerkelijkbelangvoordelen nog uit op 50,875% en leek de beoogde tariefneutraliteit (nagenoeg) te worden bereikt. Inmiddels is dit echter al weer gewijzigd ten gunste van de vennootschapsbelasting.

Tijdens de parlementaire behandeling van de recente tariefsverlaging, is deze bevoordeling nog wel onder de aandacht gebracht. Er is zelfs kort gesproken over een verhoging van het aanmerkelijkbelangtarief zodat de totale belastingdruk hoger zou zijn en dichter in de buurt van het toptarief van de inkomstenbelasting zou liggen, doch deze plannen zijn, zonder resultaat, naar de achtergrond verdwenen.

Naar verwachting zal de bevoordeling van de vennootschapsbelasting – qua tariefstelling – nog toemen. In de toekomst zal het Vpb-tarief namelijk nog tweemaal verlaagd worden, resulterend in een Vpb-tarief van 30% met ingang van 1 januari 2007. Zonder nadere aanpassing van het tarief van het aanmerkelijkbelangregime zal de totale belastingdruk dan 47,5% bedragen.

Voorts kan niet worden uitgesloten dat de fiscaal voordelige behandeling van de BV ten opzichte van de particuliere ondernemingen door de herziening van de Wet Vpb 1969, ook op een ander punt zal worden versterkt. Namelijk met betrekking tot de grondslagbepaling. Het doel van de herziening is immers het versterken van de (internationale) concurrentiepositie van de vennootschapsbelasting, hetgeen impliceert dat er gunstige maatregelen in de grondslag van de vennootschapsbelasting zullen worden opgenomen. Deze gunstige maatregelen zullen naar verwachting tot gevolg hebben dat de voordelige positie van de Vpb-heffing, in vergelijking tot de IB-heffing van particuliere ondernemingen, wordt versterkt.

Gelet op het vorenstaande ben ik van mening dat ondanks het feit dat met de recente wetswijzigingen een stap in de goede richting is gezet, volledige rechtsvormneutraliteit op dit moment nog niet is bereikt. Deze conclusie is een logisch gevolg van het naast elkaar (blijven) bestaan van twee verschillende

heffingswetten die voor hun toepassing afhankelijk zijn van de rechtsvorm van belastingplichtige. Kenmerk van deze verschillende heffingswetten is dat zij ieder hun eigen grondslagen kennen als gevolg waarvan, ondanks gelijkheid van de nominale tarieven, een fiscaal ongelijke behandeling blijft bestaan. Daar komt bij dat op dit moment zelfs de nominale tarieven niet gelijk zijn. Zolang het winstbelastingstelsel uit verschillende heffingswetten blijft bestaan, zal naar verwachting het vraagstuk van de rechtsvormneutraliteit niet worden opgelost.

Hiermee is evenwel nog niet gezegd dat het gebrek aan rechtsvormneutraliteit ook onwenselijk is en dat het huidige winstbelastingstelsel fundamenteel gewijzigd dient te worden. Daartoe dient te worden beoordeeld of er inderdaad concrete voorbeelden zijn van een fiscaal verschillende behandeling en of dat tot problemen leidt.

Voorbeeld van ontbrekende rechtsvormneutraliteit

Een voorbeeld van een fiscaal verschillende behandeling dat is terug te voeren tot een zuiver gebrek aan rechtsvormneutraliteit, is de fiscale behandeling van de particuliere ondernemer (belastingplichtig in box I) vergeleken met de fiscale behandeling van de aanmerkelijkbelanghouder, belastingplichtig in box II. Er komen dan diverse verschillen aan het licht waaronder de mate en wijze waarop financieringslasten fiscaal in aanmerking kunnen worden genomen. Indien bijvoorbeeld de aankoop van aandelen in een BV door een aanmerkelijkbelanghouder wordt gefinancierd met een lening dan levert hem dat een fiscaal aftrekbare last op die hij tegen 25% kan effectueren. Hij kan deze aftrek echter pas effectueren indien en voorzover er reële voordelen uit het aanmerkelijk belang tegenover staan (i.e. dividend). Dit impliceert dat de BV dividend dient uit te keren. Echter juist bij een expanderende onderneming die geld aantrekt door een aandelenemissie, zal het uitkeren van dergelijke voordelen vooralsnog in veel gevallen onwenselijk zijn en dus uitblijven. Een particuliere ondernemer die geld leent voor zijn onderneming kan deze financieringslast daarentegen direct tegen maximaal 52% in aanmerking nemen.

Een ander voorbeeld betreft de fiscaal verschillende behandeling van concernopbouw, wat afhankelijk is van de rechtsvorm van de tot het concern behorende ondernemingen. Het meest in het oog springende voorbeeld hiervan is wel de onmogelijkheid van een particuliere ondernemer om het regime van de zogenoemde deelnemingsvrijstelling toe te passen. Dit is voorbehouden aan bepaalde Vpb-plich-

tige lichamen. Particuliere ondernemingen kunnen noch zelf als deelneming kwalificeren noch de deelnemingsvrijstelling deelachtig worden als de onderneming aandelen houdt.

Gevolgen van ontbrekende rechtsvormneutraliteit

Belangrijker nog dan het constateren van de verschillen in behandeling afhankelijk van de rechtsvorm, zijn de daaraan eventueel verbonden negatieve (maatschappelijke) consequenties. In het navolgende zullen de twee belangrijkste worden behandeld.

Ten eerste de verstoring van de concurrentieverhoudingen. Als gevolg van de fiscaal verschillende behandeling verschilt het uiteindelijke effectieve belastingtarief per rechtsvorm en dreigt er concurrentievervalsing. Onder effectief belastingtarief wordt in dit verband verstaan een combinatie van het nominale belastingtarief en de belastinggrondslag.

Ondernemers streven naar een zo hoog mogelijke winst, waarmee samenhangt het streven naar zo laag mogelijke kostprijzen. De te betalen belastingen maken deel uit van deze (commerciële) winstberekening. De hoogte van deze winst en de daarin opgenomen kosten, zal dus mede afhankelijk zijn van de hoogte van de effectieve belastingdruk. Indien de belastingen worden meegenomen als kostenpost vertoont de winst (opbrengst minus kosten) in gelijke omstandigheden met als enig verschil de rechtsvorm, een verschillende uitkomst. Oorzaak: het verschil in effectief verschuldigde winstbelasting.

Ten tweede de fiscale beïnvloeding van de rechtsvormkeuze. De civielrechtelijke en bedrijfseconomische gevolgen, welke de eigenlijke pijlers van een dergelijke keuze behoren te zijn, zullen in de praktijk veelal worden afgewogen tegen de fiscale consequenties. De eerder al aangehaalde populariteit van de BV is hiervan een voorbeeld. Het gevaar dreigt dan dat een onderneming zich in een rechtsvorm bevindt die vanuit civielrechtelijk en/of bedrijfseconomisch oogpunt feitelijk niet of nauwelijks, althans minder, bij de onderneming past. De fiscale wetgeving heeft dus in zoverre (indirect) invloed op het ondernemersbeleid.

De bezwaren tegen de fiscaal verschillende behandeling van ondernemingen afhankelijk van de rechtsvorm – onder meer de vorenstaande twee negatieve maatschappelijke gevolgen – zijn door de (mede)wetgever al een aantal malen weggewuifd door te stellen dat de belastingplichtigen zonder fiscale belemmeringen van betekenis van rechtsvorm kunnen wisselen

en zodoende het voor hem meest gunstige regime deelachtig worden.⁶ Dit argument is in de visie van de (mede)wetgever nog versterkt door de invoering per 1 januari 2003 van de zogenoemde geruisloze terugkeer uit de BV naar een particuliere onderneming.⁷

Mijns inziens zijn deze argumenten van de (mede)wetgever evenwel onvoldoende. Het is meer het verschuiven van het probleem dan een oplossing. De geruisloze omzettingsmaatregelen zijn een gevolg van het gebrek aan rechtsvormneutraliteit. Indien het winstbelastingstelsel rechtsvormneutraal zou zijn, zou er immers aan dergelijke maatregelen geen behoefte bestaan.

Daar komt bij dat de omzettingen niet geheel geruisloos verlopen. De omzetting van een onderneming is namelijk grotendeels een administratieve procedure. Indien tot omzetting van de onderneming wordt besloten, dreigen de administratieve lasten voor de ondernemer en zijn onderneming derhalve te verzwaren. Voorts worden er voorwaarden aan een geruisloze omzetting verbonden waarvan de aanvaarding op bezwaren kan stuiten.

Mogelijke oplossingen

Aan het begin van deze beschouwing werd de vraag gesteld of de aangekondigde herziening van de Wet Vpb 1969 niet een meer fundamentele aanpak vereist. Naar aanleiding van het vorenstaande kan betoogd worden dat een meer fundamentele aanpak inderdaad wenselijk is. Het doel zou dan moeten zijn het ontwikkelen van een rechtsvormneutraal winstbelastingstelsel. Volgende vraag is dan: Hoe zou een dergelijke rechtsvormneutrale winstbelasting er uit kunnen zien?

In de literatuur zijn al meerdere schetsen gegeven van mogelijke vormen van een rechtsvormneutraal winstbelastingstelsel. Al deze oplossingen kunnen grofweg worden ingedeeld in de volgende twee stromingen. Ofwel de oplossing wordt gezocht op het niveau van de ontvanger van de winst (ook wel de fiscale transparantiegedachte of volledige integratie genoemd), ofwel op het niveau van de onderneming.

Een winstbelastingstelsel gebaseerd op de fiscale transparantiegedachte

De uitwerkingen van een rechtsvormneutrale winstbelasting die zijn gebaseerd op de fiscale transparantiegedachte gaan alle uit van de stelling dat de rechtsvorm (en de onderneming) niet meer is dan

6 Nota naar aanleiding van het verslag bij het belastingplan 2005; Kamerstuk 29 767.

7 Zie onder meer een eerder verschenen artikel in Onderneming en Financiering; J. Doornebal, Terugkeer uit een BV, *O & F* nr. 56, juli 2003, p. 11 e.v.

een verlengstuk van de achterliggende aandeelhouders/participanten. Het ligt in die lijn om dan, indien en voorzover door deze entiteit winst wordt behaald, de belastingheffing te laten plaatsvinden op het niveau van de achterliggende (natuurlijke) personen en niet op het niveau van de entiteit. Er wordt als het ware door de rechtsvorm heen gekeken en de belasting wordt geheven bij de achterliggende participant volgens het fiscale regime dat op hem van toepassing is. Binnen het huidige bestaande winstbelastingstelsel wordt een dergelijke fiscale transparantie toegepast op de particuliere samenwerkingsverbanden, in de vorm van een VOF of maatschap dan wel een commanditaire vennootschap.

Een oplossing gebaseerd op de fiscale transparantiegedachte zou feitelijk betekenen dat de vennootschapsbelasting (voor een deel⁸) kan komen te vervallen en dat de huidige Vpb-plichtige lichamen, althans voor wat betreft het object van de heffing, tot de grondslag van de inkomstenbelasting zullen gaan behoren. Een BV met twee aandeelhouders die een winst behaalt van bijvoorbeeld 1.000 zal dan niet meer zelf belastingplichtig zijn. Op het moment dat winst wordt behaald, zal deze overeenkomstig de mate van gerechtigdheid tot deze winst direct bij de achterliggende aandeelhouders worden belast.⁹

Een winstbelastingstelsel gebaseerd op de zelfstandige belastingplicht van een onderneming

De tegenhanger van vorenstaande transparantiegedachte zijn uitwerkingen die uitgaan van de zelfstandigheid van de onderneming en dus ook de zelfstandige belastingheffing van deze ondernemingen. Gemeenschappelijk kenmerk van deze oplossingen is dat zij alle de onderneming als zelfstandige entiteit los van de achterliggende (natuurlijke) personen erkennen. Indien en voorzover deze entiteit winst behaalt, zal daarover winstbelasting worden geheven. Pas op het moment dat de onderneming de winst aan de achterliggende participanten uitkeert, wordt dit voordeel bij de achterliggende participanten in de

inkomstenbelasting betrokken. De meeste uitwerkingen houden bij de heffing van inkomstenbelasting vervolgens op enigerlei wijze rekening met de eerder geheven winstbelasting, bijvoorbeeld door deze te verrekenen of door een verlaagd inkomstenbelastingtarief toe te passen. De huidige fiscale behandeling van de aanmerkelijkbelanghouder en zijn BV, is hiervan een voorbeeld.

Invoering van een dergelijke rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting zou feitelijk bereikt kunnen worden door de bestaande particuliere ondernemingen te verhuizen van box I naar de Wet Vpb 1969. Een beherend vennoot in een VOF zal dan niet (meer) op het moment van winst behalen rechtstreeks in de heffing worden betrokken, doch pas op het moment dat de winst aan de onderneming wordt onttrokken ten behoeve van deze vennoot.¹⁰

Argumenten vóór de zelfstandige belastingplicht van de onderneming

Mijn voorkeur gaat uit naar een rechtsvormneutraal winstbelastingstelsel dat de vorenstaande tweede oplossingsrichting (i.e. zelfstandige belastingheffing van de onderneming) als basis heeft. Deze keuze wordt ondersteund door de volgende argumenten.

De onderneming als opbrengstgenererende entiteit

Een eerste belangrijk argument is dat de onderneming zelf de opbrengstgenererende entiteit is en niet de achterliggende natuurlijke personen. Het is de onderneming zelf die de winst behaalt door de factoren arbeid en kapitaal in de vorm van een duurzame organisatie te combineren en als zodanig winstgevend (of verliesgevend) activiteiten te ontplooiën. Juist door de aanwezigheid van deze organisatie zal de winst een bepaalde omvang bereiken.

De belastingheffing dient vervolgens daar plaats te vinden waar de winst wordt behaald en dat is de onderneming als winstgenererende bron.

8 Bijvoorbeeld niet voor beursvennootschappen omdat die een veelheid aan aandeelhouders kennen en toepassen van de fiscale transparantie dan welhaast onmogelijk is.

9 Zwemmer en Cornelisse zijn als voorstanders voor de fiscale transparantie van (bepaalde) rechtspersonen aan te merken. R.P.C. Cornelisse, *De toekomst van de Vennootschapsbelasting*; rede ter aanvaarding van het ambt van hoogleraar belastingrecht aan de U.V.A.; p. 9 e.v. en J.W. Zwemmer, *De fiscale positie van de aandeelhouder*; *WFR* 1978/1037.

10 De belangrijkste voorbeelden van voorstellen van dergelijke vormen van winstbelastingstelsel zijn de in 1960 door een commissie ingesteld door het Katholiek Verbond van Werkgeversvakverenigingen (KVWV) ontworpen bedrijfsbelasting (BB) naar een proportioneel tarief over de winst behaald door de onderneming ongeacht de rechtsvorm. Bij uitdeling zal inkomstenbelasting worden geheven onder volledige verrekening van de reeds geheven BB; de ondernemingswinstbelasting zoals door Van Dijck in 1984 werd gepresenteerd. J.E.A.M. van Dijck, *Belastingheffing van ondernemingen ongeacht de rechtsvorm*; *Belastingconsulentdag* 1984; *FED*, Deventer 1984. Daarnaast kunnen genoemd worden de ondernemingswinstbelasting zoals door Koudijs in 1993 is uitgewerkt; het advies inzake een ondernemingswinstbelasting afkomstig van Rijkers in 1995 in opdracht van het RMKB; de ondernemingswinstbelasting zoals besproken door Rijkers en Lubbers in 2002.

Honoreren van het bijzondere karakter van winst

Een tweede argument om de winst zelfstandig op het niveau van de onderneming te belasten, ligt besloten in het bijzondere karakter dat winst heeft.

In vergelijking tot de andere inkomenscategorieën die in de heffing van de inkomstenbelasting en in het bijzonder box I worden betrokken, heeft winst namelijk een andere bestemming. Een werknemer die zijn loon ontvangt, zal bijvoorbeeld over deze financiële middelen de vrije beschikking hebben en deze voor consumptieve doeleinden kunnen aanwenden.¹¹ Indien een BV winst behaalt, staan daarentegen de aldus verkregen financiële middelen nog niet ter vrije beschikking van de aandeelhouder(s). Pas op het moment dat de BV overgaat tot winstuitkering zal zulks het geval zijn en gaan de financiële middelen tot de consumptieve bestedingsruimte van de aandeelhouders behoren. Hetzelfde geldt echter voor een particuliere onderneming als bijvoorbeeld een eenmanszaak. Zolang de winst door de ondernemer niet aan zijn eenmanszaak onttrokken wordt, staat deze niet voor consumptieve doeleinden van de ondernemer ter beschikking.

Het bijzondere karakter van winst ten opzichte van andere bronnen wordt versterkt door de meerzijdige functie die de winst binnen de onderneming vervult en de onderneming weerhoudt van winstuitkering. Enerzijds dient het ter dekking van (toekomstige) investeringen en anderzijds als buffer voor eventuele tegenvallende resultaten.

In het verleden is de bijzondere functie die winst voor de onderneming vervult al vaak als argument aangehaald om te pleiten vóór een afzonderlijke winstbelastingheffing.¹² Deze bijzondere functie van winst als argument vóór een afzonderlijke winstbelasting heeft zijn kracht nog niet verloren.

Maatschappelijke kwalificatie van de onderneming

Het derde argument betreft de maatschappelijke visie op de onderneming. In de praktijk wordt aan de onderneming vaak al een bepaalde mate van zelfstandigheid toegedicht. De onderneming handelt in het economisch verkeer als zelfstandige entiteit en niet als verlengstuk van de achterliggende aandeelhouders.

Gemeenschappelijke kenmerken van transparante en niet-transparante ondernemingen

Een vierde belangrijk argument ten gunste van een zelfstandige belastingheffing van de onderneming kan worden ontleend aan het proefschrift van Van Kempen.¹³ Daarin werd onderzocht of de fiscale wetgeving, zoals thans rehtens is, wel onderscheid zou moeten maken tussen transparante personenvennootschappen enerzijds en niet-transparante vennootschappen anderzijds. De voornaamste reden die de fiscale wetgever voor dit onderscheid heeft gegeven, is de scheiding die bestaat tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming bij vennootschappen met rechtspersoonlijkheid en het ontbreken van deze grens bij de transparante vennootschappen.

Van Kempen heeft deze argumentatie van de wetgever nader onderzocht en kort gesteld betoogd dat de zelfstandige niet-transparante vennootschappen en de fiscaal transparante ondernemingen over het algemeen dezelfde kenmerken vertonen en meer in het bijzonder dat bij beide een bepaalde mate van scheiding bestaat tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming. Dientengevolge is het verdedigbaar dat de door de wetgever naar voren gebrachte argumenten voor een fiscaal verschillende behandeling tussen transparante en niet-transparante vennootschappen, geen hout meer snijden.

Gelet op de door van Kempen geconstateerde zelfstandigheid van de ondernemingen ten opzichte van de kapitaalverschaffers zullen mijns inziens alle ondernemingen ongeacht de aanwezigheid of afwezigheid van rechtspersoonlijkheid in aanmerking behoren te komen voor een zelfstandige belastingplicht.

Invoering van rechtspersoonlijkheid voor personenvennootschappen

Tot slot kan in dit verband de fiscale begeleiding van het wetsvoorstel tot de invoering van de rechtspersoonlijkheidsoptie voor personenvennootschappen¹⁴ worden genoemd. Dit wetsvoorstel bevat kort gezegd de civielrechtelijke mogelijkheid voor particuliere samenwerkingsverbanden om te opteren voor rechtspersoonlijkheid. Maatschappen zijn van deze keuzemogelijkheid uitdrukkelijk uitgesloten.

11 Uitzondering geldt voor die loonelementen die als een belaste aanspraak kwalificeren.

12 O.a. J.E.A.M. van Dijck, *Belastingheffing van ondernemingen ongeacht de rechtsvorm*; Belastingconsulentdag 1984; *FED*, Deventer 1984, p. 16/17 en P.H.J. Essers, *Belastingherziening 2001*, p. 44, het betreft een bewerking van een publicatie in de *Staatscourant* van 19 maart 1999, nr. 55.

13 M.L.M. van Kempen, *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen*, Tilburg 1999.

14 Bij de Tweede Kamer is het wetsvoorstel 'vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek' ingediend. Tweede Kamer 2002-2003; Kamerstuk 28 746.

Het is een zuiver civielrechtelijk geïnspireerd wetsvoorstel, doch waarmee indirect wel fiscale gevolgen gepaard gaan. Zonder nadere fiscale regelgeving zal een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid namelijk volgens de letterlijke tekst van de wet onder de vennootschapsbelasting vallen.

De fiscale wetgever heeft zich lang in stilzwijgen gehuld met betrekking tot de fiscale gevolgen van dit wetsvoorstel maar heeft inmiddels aangegeven dat er wetgeving zal worden voorbereid die de fiscale transparantie van dergelijke personenvennootschappen zal handhaven.

Hier is mijns inziens sprake van een gemiste kans van de wetgever om de winstbelasting aan een onderzoek gericht op het ontbreken van rechtsvormneutraliteit te onderwerpen. Door te kiezen voor een zelfstandige winstbelastingheffing van alle ondernemingen met rechtspersoonlijkheid zou worden aangesloten bij de civielrechtelijke werkelijkheid. Nu ontstaat de situatie dat de vennoten van een VOF met rechtspersoonlijkheid op het moment van winstrealisatie direct in de inkomstenbelasting zullen worden betrokken, terwijl de aandeelhouders in een BV, dat eveneens een samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid is, pas op het moment van winstuitkering in de heffing worden betrokken. Op het moment dat winst wordt behaald, wordt de BV 'slechts' belast met vennootschapsbelasting naar een tarief van 31,5%. Mijns inziens een ongewenst verschil in behandeling met betrekking tot een (nagenoeg) gelijke situatie.

Het feit dat ook civielrechtelijk meer ruimte wordt gemaakt voor de zelfstandigheid van de onderneming, door samenwerkingsverbanden de mogelijkheid van rechtspersoonlijkheid toe te kennen, geeft aan dat de onderneming als zodanig een zelfstandige entiteit is. Dit zou fiscaal gevolgd behoren te worden.

Argumenten tegen de fiscale transparantiegedachte

Naast de argumenten die pleiten vóór invoering van een winstbelasting waarbij recht wordt gedaan aan de zelfstandigheid van de onderneming, wordt mijn voorkeur voor een dergelijke vorm van winstbelasting versterkt door argumenten die pleiten tegen de fiscale transparantiegedachte.

Ten eerste dreigt bij toepassing van de fiscale transparantiegedachte in veel gevallen een (aanvankelijke) stijging van het effectieve tarief op ingehouden winst. Thans wordt een BV immers onderworpen aan een vennootschapsbelasting van 31,5%. Pas bij uitkering wordt er in een aanmerkelijkbelangsituatie 25% inkomstenbelasting bijgeheven.¹⁵ Toepassing van de fiscale transparantiegedachte zal evenwel betekenen dat de aandeelhouders al worden belast op het moment dat de winst wordt behaald. Om de gelijkheid met andere bronnen te garanderen, zal deze winst dan belast behoren te worden naar een tarief dat nagenoeg gelijk is aan het toptarief van box I namelijk 52%. Zolang de winst gelet op haar bijzondere functie binnen de onderneming aangewend dient te worden, is er sprake van verzwaaring van de belastingdruk van 31,5% naar maximaal 52%.¹⁶

Ten tweede leidt een stelsel van volledige transparantie internationaal tot (uitvoerings)problemen. Het stelsel impliceert immers dat bij grensoverschrijdend verkeer de staat waar de onderneming is gevestigd, geheel terugtreedt voor wat betreft de belastingheffing over de door de onderneming behaalde winst ten gunste van een belastingheffing door de woonstaat van de genierter. Dit leidt tot verschillende problemen. Onder meer houdt het in dat bronstaten hun huidige winstbelasting in grensoverschrijdende gevallen dienen op te geven, wat op bezwaren zal stuiten.¹⁷

Ten derde ontstaan er allerlei min of meer onoplosbare problemen met betrekking tot de veelvoorkomende niet om fiscale redenen bestaande holdingstructuren.¹⁸

Als voornaamste reden om de fiscale transparantiegedachte als grondslag voor een winstbelasting af te wijzen, geldt evenwel dat dan wordt miskend dat de onderneming als zodanig de opbrengstgenererende entiteit is.

Samenvatting

Aan het begin van deze bijdrage werd de vraag gesteld of de aanpak van de op handen zijnde herziening van de Wet Vpb 1969, waarvan de BV een belangrijke belastingplichtige is, wel de juiste is of dat een meer fundamentele herziening van de wijze van winstbelasting over het algemeen wenselijk is.

15 Op dat moment komt de totale druk dan uit op 48,625%. Overigens zal er in niet-aanmerkelijkbelangsituaties jaarlijks inkomstenbelasting worden bijgeheven bij de achterliggende participant die zijn participatie tot de grondslag van box III dient te rekenen.

16 Zie S. Cnossen, 'Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese unie', in: *WFR* 1996/871.

17 Voor een bespreking van meer problemen die met betrekking tot het grensoverschrijdende verkeer worden veroorzaakt door toepassing van het fiscale transparantiestelsel zie S. Cnossen, 'Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese unie', *WFR* 1996/871.

18 Zie E.J.W. Heithuis, 'Hoe de vennootschapsbelasting zich kan ontwikkelen tot een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting', *MBB* april 2004 nr. 4, pp. 127 e.v.

Betoogd werd dat het gebrek aan rechtsvormneutraliteit dat de bestaande winstbelastingssystematiek kenmerkt, als gevolg waarvan een fiscaal verschillende behandeling ontstaat tussen bijvoorbeeld een BV met een directeur-groootaandeelhouder en een particuliere ondernemer die een eenmanszaak drijft, een belangrijke drijfveer is om de grondslagen van de winstbelasting nog eens nader te bekijken.

Het gebrek aan rechtsvormneutraliteit werd aan de hand van voorbeelden geïllustreerd. Tevens werden de belangrijkste ongewenste maatschappelijke gevolgen daarvan behandeld:

- (i) de verstoring van de concurrentieverhoudingen en
- (ii) de fiscale beïnvloeding van de rechtsvormkeuze.

Gelet op het vorenstaande verdient een fundamentele herziening van de winstbelasting, ondanks de telkenmale afwijzende reactie van de (mede)wetgever, mijns inziens aanbeveling. De recente ontwikkelingen omtrent de Wet Vpb 1969, maakt het tijdstip daarvoor nu zelfs geschikt. Het gevaar dreigt dat als het niet gebeurt en de Vpb-herziening zich beperkt tot aanpassing van concrete regels, in de toekomst de winstbelasting wederom aan een grootscheepse herziening onderworpen dient te worden. Immers het gebrek aan rechtsvormneutraliteit blijft door het

enkel wijzigen van concrete bepalingen in de Wet Vpb 1969, gewoon bestaan en wordt daardoor mogelijk zelfs versterkt. Dit geldt dan eveneens voor de negatieve maatschappelijke consequenties van het gebrek aan rechtsvormneutraliteit.

In deze bijdrage werd aangegeven dat rechtsvormneutraliteit wordt bereikt door het bestaande stelsel van winstbelasting te vervangen door één heffingsstelsel dat van toepassing is op alle winst ongeacht de rechtsvorm met behulp waarvan deze behaald is. Verdedigd werd dat als basis voor een dergelijk heffingsstelsel dient te worden gekozen voor een stelsel waarbij de winstbelasting in eerste instantie plaatsheeft op het niveau van de onderneming zelf en niet door toepassing van een fiscale transparantiegedachte bij de achterliggende aandeelhouders. Aan de hand van een aantal argumenten, waaronder de mogelijkheid tot het honoreren van de onderneming als opbrengstgenererende entiteit en de bijzondere functie van winst, werd deze keuze onderbouwd.

Mr. S.J. Mol-Verver is werkzaam bij Loyens & Loeff Amsterdam en voorts parttime werkzaam bij de Universiteit van Amsterdam. Het artikel komt voort uit een promotieonderzoek naar rechtsvormneutraliteit in de winstbelasting.