

# Financiële verwevenheid, een kwestie van zeggenschap?

Door drs. W.J. Blokland\* en mr. J.P. Hulshof



**28** Voor stichtingen (en andere rechtspersonen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal) blijkt het vaak lastig samen met andere stichtingen een fiscale eenheid te vormen. De voor een fiscale eenheid vereiste financiële verwevenheid is bij stichtingen niet zo eenvoudig vast te stellen als bij aandelenvennootschappen. Bij aandelenvennootschappen is immers het aandelenbezit doorslaggevend, terwijl stichtingen geen aandelen en rechthebbers kennen. Voor stichtingen (en andere rechtspersonen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal) werden tot voor kort bovendien door de fiscus strengere eisen aan de financiële verwevenheid gesteld dan voor aandelenvennootschappen.

Voorals in sectoren als de zorg en het onderwijs, waar de rechtsvorm van de stichting erg is ingeburgerd, leidden de strenge voorwaarden niet zelden tot ergernis. Een onderwijs- of zorginstelling die bepaalde activiteiten niet binnen de 'hoofdstichting' wil positioneren maar in een afzonderlijke stichting, loopt daardoor al snel tegen een btw-barrière op. Het niet kunnen voldoen aan de vereisten voor een fiscale eenheid, met name de vereiste financiële verwevenheid, leidt er immers toe dat over de onderling – tussen 'hoofdstichting' en 'nevenstichting' – verrichte prestaties in beginsel btw verschuldigd is. Vaak is deze btw niet of slechts ten dele aftrekbaar en dat leidt dan per saldo tot extra kosten voor de betrokken instellingen. Zowel in de onderwijs- als in de zorgsector werd de laatste jaren steeds vaker de rechtsvorm van bv gebruikt om bepaalde activiteiten in onder te brengen. De betere mogelijkheid om een fiscale een-

\* Wouter Blokland is btw-specialist bij PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs.

heid voor de btw tot stand te brengen is een van de redenen.

Op 26 juni jl. heeft de HR<sup>1</sup> geoordeeld dat aan financiële verwevenheid tussen stichtingen geen zwaardere eisen gesteld mogen worden dan aan financiële verwevenheid tussen aandelenvennootschappen. Naar aanleiding van dit arrest gaan wij in op de financiële verwevenheid die vereist is voor een fiscale eenheid. Daarbij stellen wij ons ook de vraag of het na dit arrest voor stichtingen (en andere rechtspersonen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal) eenvoudiger is geworden gezamenlijk tot een fiscale eenheid te worden toegelaten.

### Het arrest van 26 juni 2009

De casus betreft een stichting voor beroepsonderwijs die haar activiteiten op het gebied van bedrijfsonderzoeken heeft ondergebracht in een afzonderlijke stichting (X1). De leden van het bestuur van deze stichting worden benoemd en ontslagen door het bestuur van de onderwijsstichting. In feite was het bestuur in beide stichtingen hetzelfde. Stichting X1 kreeg haar inkomsten grotendeels uit werkzaamheden die zij ten behoeve van derden verrichtte. Verliezen werden in rekening-courant renteloos gefinancierd door de onderwijsstichting. Het belang van een fiscale eenheid tussen beide stichtingen was gelegen in de diensten die beide stichtingen jegens elkaar verrichtten.

De inspecteur was van mening dat geen sprake was van (voldoende) financiële verwevenheid op grond van HR van 30 mei 1990.<sup>2</sup> In dat arrest heeft de HR geoordeeld dat van financiële verwevenheid tussen stichtingen slechts sprake kan zijn als de financiële positie en/of de financiële gedragingen van het ene lichaam rechtstreeks afhankelijk zijn van, dan wel rechtstreeks van invloed zijn op de financiële positie van het andere lichaam. Sinds deze uitspraak werd vrij algemeen aangenomen dat een fiscale eenheid tussen stichtingen slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk was. De fiscus stelde in de praktijk de voorwaarden van een in de statuten van de stichtingen opgenomen hoofdelijke aansprakelijkheid voor elkaars schulden en een gemeenschappelijke bankrekening.<sup>3</sup>

In de casus die leidde tot het arrest van 26 juni 2009 werd niet aan deze door de fiscus gestelde eisen voldaan. Desondanks oordeelde Hof Arnhem<sup>4</sup> dat sprake was van financiële verwevenheid tussen beide stichtingen, omdat de onderwijsstichting doorslaggevende invloed had op de prijsstelling van stichting X1 en het hoofd financiën van de onderwijsstichting kon beschikken over de bankrekening van stichting

X1. Daarmee werd volgens het hof voldaan aan het criterium van 'rechtstreekse afhankelijkheid', zoals door de HR geformuleerd in het vermelde arrest van 30 mei 1990.

A-G Van Hilten is van mening dat het oordeel van het hof juist is, ook al is naar haar mening geen sprake van rechtstreekse afhankelijkheid tussen de stichtingen. De in het arrest van 30 mei 1990 gehanteerde invulling van de financiële verwevenheid bij stichtingen is volgens de A-G niet juist, omdat hiermee voor stichtingen een ander criterium wordt gehanteerd dan voor aandelenvennootschappen. Bovendien kunnen volgens de A-G de drie verwevenheden (economisch, organisatorisch en financieel) niet geheel los van elkaar worden gezien. Dat blijkt ook bij aandelenvennootschappen, waarbij behalve het aandelenbezit ook de zeggenschap een doorslaggevende rol speelt bij de vaststelling van financiële verwevenheid. Ook bij beoordeling van financiële verwevenheid bij stichtingen zou in de visie van de A-G die zeggenschap in aanmerking moeten worden genomen.

Hoewel de A-G het eens is met het oordeel van het hof, concludeert zij tot het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EG. De interpretatie van de verwevenheden is in haar visie een communautaire kwestie. Bovendien blijkt (zie ook hierna) dat de uitlegging van de 'verwevenheden' in lidstaten die de fiscale eenheid in hun nationale recht hebben geïmplementeerd, nogal verschilt.

De HR heeft op 26 juni jl. de uitspraak van Hof Arnhem bevestigd zonder het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EG. De HR is net als de A-G van oordeel dat geen onderscheid gemaakt mag worden naar rechtsvorm. Daarom is volgens de HR sprake van financiële verwevenheid als een lichaam een mate van zeggenschap heeft in een ander lichaam dat niet onderdoet voor de mate van zeggenschap van een meerderheidsaandeelhouder. Als de financiële relatie van de betrokken lichamen van dien aard is dat door gebruikmaking van die zeggenschap de financiële posities van de lichamen in de gewenste onderlinge verhouding kunnen worden gebracht, is sprake van voldoende financiële verwevenheid. De HR bevestigt hiermee dat de zeggenschap ook bij stichtingen een rol speelt bij de vaststelling van financiële verwevenheid.

### Een stukje geschiedenis

De fiscale eenheid is een rechtsfiguur die is ontwikkeld in de rechtspraak. Pas in 1979, bij de implementatie van de Zesde richtlijn, heeft de fiscale eenheid voor de btw in Nederland een wettelijke basis gekregen. Vóór 1979 was de fiscale eenheid dus een

rechtstreekse uitleg van het ondernemersbegrip en meer in het bijzonder van het element 'ieder'.<sup>5</sup> Juridisch gezien zelfstandige rechtspersonen die financieel, organisatorisch en economisch nauw met elkaar verweven waren, werden dus gezien als één 'ieder' voor de btw. Dit verklaart waarschijnlijk dat in Nederland, en overigens ook in Duitsland<sup>6</sup>, nogal strenge criteria gelden voor het aannemen van een fiscale eenheid. Immers, het aanmerken van meer rechtspersonen als één 'ieder' impliceert dat deze personen een dusdanige onderlinge verwevenheid en afhankelijkheid hebben dat hun juridische zelfstandigheid in feite (te) weinig voorstelt. Die situatie zal zich in het bijzonder (of wellicht zelfs uitsluitend) voordoen als een rechtspersoon in verregaande mate wordt overheerst door een andere persoon.<sup>7</sup>

De fiscale eenheid lijkt haar oorsprong te vinden in het Duitse recht. Het ontbreken van voldoende zelfstandigheid was in 1902 al reden voor een Duitse rechtbank (voor de directe belastingen) een fiscale eenheid (*Organschaft*) aan te nemen. Door de fiscale eenheid werd een civiel juridische opsplitsing in verschillende rechtspersonen, die was uitgevoerd om Pruisische landsbelasting te ontgaan, fiscaal niet gezien. In 1927 nam het toenmalige Reichsfinanzhof de fiscale eenheid over en formuleerde de nu nog actuele voorwaarden van nauwe financiële, organisatorische en economische verwevenheid. De Duitsers hebben de fiscale eenheid overigens al in 1934 opgenomen in hun wet op de omzetbelasting.<sup>8</sup>

Na ruim tachtig jaar gelden de in 1927 geformuleerde voorwaarden voor een fiscale eenheid nog, niet alleen in Duitsland, maar ook in de Europese Btw-richtlijn.<sup>9</sup> Aan het HvJ EG zijn echter nooit vragen gesteld over de uitleg van die voorwaarden onder het btw-systeem. In de toelichting bij het voorstel voor de Zesde richtlijn is wel opgemerkt dat de fiscale eenheid in de btw is bedoeld als administratieve vereenvoudiging en als mechanisme ter bestrijding van misbruik: het moet lidstaten de mogelijkheid geven om rechtspersonen, wier zelfstandigheid slechts een juridische huls is, niet als afzonderlijke belastingplichtigen te beschouwen.<sup>10</sup> In Nederland wordt de fiscale eenheid echter ook vaak benut om te voorkomen dat btw moet worden berekend die bij de afnemer niet aftrekbaar is.

#### Financiële verwevenheid in Europees perspectief

Het blijkt dat de uitlegging van de 'verwevenheden' in de diverse lidstaten die de fiscale eenheid hebben geïmplementeerd, nogal verschilt. Zo is in België bijvoorbeeld al sprake van financiële verwevenheid bij een middellijk of onmiddellijk aandelenbelang

van 10% in een andere persoon, terwijl in Duitsland voor financiële verwevenheid wordt aangeknoopt bij het hebben van meer dan 50% van de *zeggenschap*. Het aandelenbezit is niet maatgevend. Het Verenigd Koninkrijk kiest vervolgens in veel gevallen voor een enigszins ander concept doordat van belang kan zijn of voor het jaarrekeningenrecht consolidatie van de groep moet plaatsvinden. Wij sluiten niet uit dat het ergens in de EU ook mogelijk is een fiscale eenheid tussen stichtingen of een vergelijkbare rechtsvorm te vormen.

Vanwege de verschillen in de lidstaten is onlangs een communicatie van de Europese Commissie (hierna: EC) verschenen met haar visie op de fiscale eenheid.<sup>11</sup> Deze communicatie is bedoeld als een opstap naar verdere acties tot meer uniformiteit binnen de lidstaten te komen. Inhoudelijk stelt de EC dat de financiële, organisatorische en economische verwevenheid apart beoordeeld moeten worden en dat aan alle drie voldaan moet worden. Voor de financiële verwevenheid vindt de EC doorslaggevend dat werkelijke zeggenschap over een andere (rechts)persoon bestaat. Dat is het geval bij een bezit van ten minste 50% van de stemrechten in een (rechts)persoon, maar kan ook aan de orde zijn bij het bestaan van een franchisovereenkomst.

#### Nieuw criterium financiële verwevenheid in Nederland

In het licht van het bovenstaande vinden wij het een gemiste kans dat de HR geen vragen heeft gesteld aan het HvJ EG. Zoals de A-G al opmerkt is het ook niet boven elke twijfel verheven dat de uitleg van de HR – dat sprake moet zijn van rechtstreekse afhankelijkheid – strookt met de Richtlijn. Maar goed, hoewel de HR nog wel naar het criterium van rechtstreekse afhankelijkheid verwijst, lijkt het ons dat de HR voor de Nederlandse praktijk een nieuw criterium heeft geformuleerd voor de financiële verwevenheid: niet zozeer de rechtstreekse afhankelijkheid is de norm, maar de zeggenschap die vergelijkbaar is met die van een meerderheidsaandeelhouder. Dit oordeel lijkt meer ruimte te bieden financiële verwevenheid van stichtingen aan te nemen. Daar zal men in de zorg en het onderwijs niet ontevreden over zijn. Toch roept het door de HR geformuleerde criterium voor financiële verwevenheid van stichtingen nog een aantal vragen op.

In de eerste plaats moet namelijk sprake zijn van zeggenschap die niet onderdoet voor die van een meerderheidsaandeelhouder. In de praktijk zal het niet altijd eenvoudig zijn te bepalen of de zeggenschap van de ene stichting in de andere onderdoet voor de mate

van zeggenschap van een meerderheidsaandeelhouder. Het gaat immers om totaal verschillende rechtsvormen met totaal verschillende zeggenschapskenmerken. En wat omvat de zeggenschap van een meerderheidsaandeelhouder precies? De zeggenschap van normale aandeelhouders kan immers beperkt zijn door de aanwezigheid van aandelen met speciale zeggenschapsrechten zoals prioriteitsaandelen en gouden aandelen.

Verder vragen wij ons af wat de HR bedoelt met de toevoeging dat de 'financiële relatie die van dien aard is dat door gebruikmaking van de zeggenschap (zeggenschap die niet onderdoet voor de zeggenschap van een meerderheidsaandeelhouder) de financiële positie van de stichtingen in de gewenste onderlinge verhouding kan worden gebracht'. Is dit een aanvullend criterium dat alleen voor stichtingen geldt, of is dit een criterium dat ook geldt voor (of inherent is aan) het zijn van meerderheidsaandeelhouder? Het komt ons voor dat als de zeggenschap er is, die financiële posities in principe altijd in zekere mate *beïnvloed* kunnen worden. Wij stellen ons voor dat vooral externe omstandigheden dit onmogelijk maken. Dit zou dan ook voor bv's moeten gelden. Het zou naar onze mening te ver gaan dat de financiële posities in elke gewenste onderlinge verhouding kunnen worden gebracht. Dat zal bij stichtingen vaak op grond van de statuten niet mogelijk zijn, maar ook bij vennootschappen kunnen er zekere grenzen zijn met het oog op de bescherming van minderheidsaandeelhouders.

Ten slotte mag naar het oordeel van de HR geen onderscheid gemaakt worden naar de rechtsvorm en is nu voor stichtingen de zeggenschap tot norm verheven voor het aannemen van financiële verwevenheid. Voor vennootschappen geldt echter nog altijd de voorwaarde van het bezit van de meerderheid van de aandelen met inbegrip van de zeggenschap.<sup>12</sup>

Hoewel de omstandigheden zich niet vaak voor zullen doen, vinden wij dat ook een minderheidsaandeelhouder deel zou moeten kunnen uitmaken van een fiscale eenheid. Voorwaarde is dan dat de zeggenschap van die minderheidsaandeelhouder vergelijkbaar is met de zeggenschap van een 'normale' meerderheidsaandeelhouder. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn, indien een minderheidsaandeelhouder door letteraandelen of een stemovereenkomst feitelijk de doorslaggevende stem heeft.

### Conclusie

Met zijn uitspraak van 26 juni 2009 heeft de HR de invulling van het begrip 'financiële verwevenheid' voor stichtingen (en andere lichamen zonder een in

aandelen verdeeld kapitaal) gelijk willen trekken met aandelenvennootschappen. Dit betekent dat stichtingen vaker dan voorheen een fiscale eenheid zullen (kunnen) vormen. Althans in theorie, want de criteria die door de HR zijn geformuleerd zullen in de praktijk nog veel vragen oproepen. Zo lijkt het ons lastig te beoordelen wanneer dezelfde mate van zeggenschap in een stichting bestaat als bij een meerderheidsaandeelhouder. Een stichting heeft immers geen aandeelhouders en geen vergelijkbare zeggenschapskenmerken. Daarnaast vinden wij dat de nu geformuleerde criteria de ruimte bieden voor het vormen van een fiscale eenheid met een minderheidsaandeelhouder.

Wij kunnen ons voorstellen dat dit niet de laatste uitspraak van de HR was over de invulling van het begrip 'financiële verwevenheid'.

### Noten

- 1 HR 26 juni 2009, nr. 43 872.
- 2 HR 30 mei 1990, nr. 25 722, *BNB* 1990/241.
- 3 Zie het rapport 'fiscale eenheid' van de belastingdienst.
- 4 Nr. 06/00239 en nr. 06/00240, *V-N* 2007/19.1.6.
- 5 Zie: G.J. Van Norden, *Het concern in de btw*, Deventer: Kluwer 2007, p. 197.
- 6 Zie: Abschnitt 21 van de Umsatzsteuer-Richtlinien 2008.
- 7 De elementen 'ieder' en 'zelfstandig' hangen naar onze mening overigens sterk met elkaar samen in de rechtspraak over de fiscale eenheid. Twee werkelijk zelfstandig (ten opzichte van elkaar) opererende (rechts)personen zullen immers niet snel financieel, organisatorisch en economisch met elkaar verweven zijn.
- 8 Zie verder: N. Herzig, *Organschaft*, Stuttgart (D): Schäffer-Poeschel Verlag 2003.
- 9 Vrij algemeen wordt aangenomen dat de fiscale eenheid in de Btw-richtlijn is gebaseerd op de Duitse Organschaft.
- 10 COM(73) 950.
- 11 COM/2009/325.
- 12 HR 22 februari 1989, nr. 25 068, *BNB* 1989/112.