

Tilburg University

De winst van de maatschappelijke onderneming

Stevens, S.A.

Publication date:
2011

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Stevens, S. A. (2011). *De winst van de maatschappelijke onderneming*. Tilburg University.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De winst van de maatschappelijke onderneming

Prof.dr. S.A. Stevens

Inaugurele rede

Uitgesproken ter gelegenheid van de openbare aanvaarding van het ambt als bijzonder hoogleraar Fiscale aspecten van maatschappelijke ondernemingen aan Tilburg University op vrijdag 25 maart 2011

De winst van de maatschappelijke onderneming

© Stan Stevens, Tilburg University, 2011
ISBN: 978-94-6167-020-5

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier.

Inhoud

1 Inleiding

2 De plaatsbepaling van de maatschappelijke onderneming

- 2.1 Op zoek naar een definitie van de maatschappelijke onderneming
- 2.2 Verschillen tussen een maatschappelijke en een commerciële onderneming
 - 2.2.1 De verhouding tussen bekostiging en tegenprestatie
 - 2.2.2 De rol van winst bij de maatschappelijke onderneming
 - 2.2.3 Eigendom van de maatschappelijke onderneming
 - 2.2.4 Het prijsmechanisme ontbreekt geheel of gedeeltelijk als coördinatiemechanisme
- 2.3 Onderscheid met andere organisaties in het semi-publieke domein
- 2.4 Betekenis van het begrip 'maatschappelijk belang'
 - 2.4.1 Inleiding
 - 2.4.2 De fiscale uitleg van het begrip 'maatschappelijk belang'
- 2.5 De relatie met 'maatschappelijk verantwoord ondernemen'
- 2.6 Maatschappelijke ondernemingen en de uitkering van winst

3. Het nut van de maatschappelijke onderneming

- 3.1 Civil society
- 3.2 Waarom bestaan er gemengde markten?

4. De economische winstbepaling van maatschappelijke onderneming

- 4.1 De spanning tussen een ruim economisch winstbegrip en een meetbaar winstbegrip
- 4.2 De hybriditeit van maatschappelijke ondernemingen en de winstbepaling
- 4.3 Maatschappelijke investeringen worden niet gewaardeerd
- 4.4 De behoefte aan normering van vermogen
- 4.5 Specifieke waarderingsregels voor maatschappelijke ondernemingen met fiscale consequenties

5. Het fiscale winstbegrip en de maatschappelijke onderneming

- 5.1 De rechtsgrondslagen van de vennootschapsbelasting

- 5.2 De invloed van winst op de fiscale positie van maatschappelijke ondernemingen
- 5.3 De invloed van winstuitkeringen op de fiscale positie van maatschappelijke ondernemingen
- 5.4 De fiscale winstbepaling
 - 5.4.1 Inleiding
 - 5.4.2 Zelfstandige belastingplicht versus concernbenadering
 - 5.4.3 Uitbreiding van de reorganisatiefaciliteiten
 - 5.4.4 Afschrijvingen
 - 5.4.5 De fiscale behandeling van maatschappelijke kosten
- 5.5 De financiering van de maatschappelijke onderneming
- 5.6 Winst en fiscaal ondernemerschap

6. Een alternatief voor het bestaande regime

- 6.1 Knelpunten in het huidige systeem
- 6.2 Een nieuw regime voor maatschappelijke ondernemingen
 - 6.2.1 Aanpassing van de belastingplicht
 - 6.2.2 Afbakening van de onderneming en samenwerkingsverbanden
 - 6.2.3 Aanpassing van de vrijstellingen
 - 6.2.4 Uitbreiding van de herbestedingsreserve: reserve voor maatschappelijk gebonden vermogen
 - 6.2.5 Overeenstemming met het Europese recht

7. Btw

8. De onderzoeksagenda

1 Inleiding

Voorwoord

Dit boek vormt de uitgewerkte tekst van de inaugurele rede die ik op 25 maart 2011 heb uitgesproken ter gelegenheid van de openbare aanvaarding van het ambt als bijzonder hoogleraar Fiscale aspecten van maatschappelijke ondernemingen aan de Universiteit van Tilburg. De tekst is afgerond op 15 februari 2011. Met jurisprudentie die daarna is verschenen, is in de gedrukte versie derhalve geen rekening gehouden.

We leven in een turbulente tijd. We hebben de afgelopen jaren ervaren dat we de ordening van de sociaal-economische verhoudingen niet ongecontroleerd kunnen overgelaten aan de markt. Tegelijkertijd hebben we gezien dat de maakbaarheid van de samenleving door de overheid ernstig wordt overschat. We moeten op zoek naar nieuwe stabiliserende instituties die evenwicht brengen tussen de private en de publieke sector. Een van de oplossingsrichtingen die wordt gepropageerd is de ontwikkeling van de maatschappelijke onderneming. Daarmee doel ik op de organisaties die bijdragen leveren aan de maatschappelijke productie en die daarbij zowel door principes van het marktmechanisme, als door het maatschappelijk nut worden gedreven. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan ziekenhuizen, woningcorporaties, universiteiten en hogescholen. Graag wil ik in dat kader vandaag “De winst van de maatschappelijke onderneming” aan de orde stellen. De dubbelzinnigheid van deze titel zal u direct zijn opgevallen. Wat bedoel ik met “de winst”? Gaat het vandaag om de vraag of de maatschappelijke onderneming toegevoegde waarde biedt in vergelijking met commerciële ondernemingen, of over de rol van de overheid bij het oplossen van maatschappelijke problemen? Is de maatschappelijke onderneming een beter ordeningsinstrument om publieke en maatschappelijke belangen te borgen in vergelijking met andere ordeningsmechanismen, zoals regulering, vergunningen, aanbesteding van taken en direct uitvoering van taken door de overheid? In hoeverre moeten de privaatrechtelijke regels betreffende het ondernemingsrecht voor maatschappelijke ondernemingen worden aangevuld met specifieke bepalingen die meer van publiekrechtelijke aard zijn? In het verlengde daarvan ligt de vraag of voor maatschappelijke ondernemingen een bijzondere rechtsvorm of rechtsregime wenselijk is. Dit betoog kent dus een veel bredere invalshoek dan alleen de voorgestelde rechtsvorm voor maatschappelijke ondernemingen. Overigens is het daarop gericht wetsvoorstel inmiddels weer ingetrokken. Ik hoop u vanmiddag duidelijk te maken dat met het intrekken van dat wetsvoorstel de relevantie van mijn leerstoel “Fiscale aspecten van maatschappelijke

ondernemingen” niet aan waarde heeft ingeboet. Integendeel, het fenomeen van de maatschappelijke onderneming staat volop in de belangstelling en is, zoals ik in de aanhef van mijn betoog reeds duidelijk maakte, actueler dan ooit. In dit stadium wil ik er reeds op wijzen dat de maatschappelijke onderneming niet verward moet worden met de eveneens boeiende discussies over maatschappelijk verantwoord ondernemen. Vandaag is het voldoende te onderstrepen dat de maatschappelijke onderneming ‘van nature’ gericht dient te zijn op maatschappelijk verantwoord ondernemen.

De tweede en belangrijkste invalshoek van mijn betoog - en dat zal u niet verbazen van een fiscaal econoom - is de fiscale winstbepaling van de maatschappelijke onderneming. Het winststreven is een precaire doelstelling voor een maatschappelijke onderneming. Het gaat daarbij om de rol die het winstoogmerk speelt in relatie tot de fiscale positie van de maatschappelijke onderneming. Dit is een actuele en maatschappelijk zeer gevoelige discussie. Het kabinet-Rutte is voornemens winstuitdeling in de zorg mogelijk te maken. Dat roept vragen op over de financiering van zorginstellingen en over de fiscale consequenties daarvan. Dat zet de belastingplicht van de maatschappelijke onderneming volop in de schijnwerpers. In de Eerste Kamer heeft staatssecretaris Weekers inmiddels aangekondigd dat de nota over overheidsbedrijven binnenkort verschijnt en dat daarbij tevens aandacht zal worden besteed aan de zorgvrijstelling¹. De maatschappelijke ondernemingen zijn thans – met uitzondering van de woningcorporaties – veelal vrijgesteld van belastingheffing. Het is onontkoombaar dat de fiscale positie van zorginstellingen in het licht van de mogelijke toetreding van commerciële zorgaanbieders en het level-playing-field opnieuw moet worden bekeken. Daarbij is mede van belang dat met de Orde van medisch specialisten een akkoord is bereikt over de honorering van de specialisten, waarbij één van de ontbindende voorwaarden is dat het fiscaal ondernemerschap van de vrij gevestigde medisch specialisten gewaarborgd moet worden.

Eerst moet echter het begrip ‘maatschappelijke onderneming’ worden verduidelijkt en moet de plaats van de maatschappelijke onderneming in verhouding tot de commerciële ondernemingen, de overheid en goede-doelenorganisaties nader worden verkend.

¹ Stenogram van de Eerste Kamer van 21 december 2010.

2 De plaatsbepaling van de maatschappelijke onderneming

2.1 Op zoek naar een definitie van de maatschappelijke onderneming

De maatschappelijke onderneming raakt begripsmatig steeds meer ingeburgerd als verzamelnaam voor ondernemingen die een taak verrichten die als het verlengstuk van een overheidstaak zou kunnen worden aangemerkt, zoals de reeds genoemde woningcorporaties, ziekenhuizen en onderwijsinstellingen. De maatschappelijke onderneming is door De Ru² gedefinieerd als: *“Een onderneming die is vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersoon, die een maatschappelijke doelstelling nastreeft dat parallel loopt aan het algemeen belang, en waarvan de winst niet wordt uitgekeerd, maar geheel en alleen wordt aangewend voor het realiseren van het maatschappelijke doel dat de onderneming nastreeft”*.

In het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel maatschappelijke ondernemingen was de volgende definitie opgenomen: *“Een vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming is een als zodanig bij notariële akte opgerichte vereniging. Op deze vereniging zijn de bepalingen van deze titel van toepassing, voor zover daarvan in titel 6a niet wordt afgeweken. Zij houdt een of meer ondernemingen in stand en stelt zich blijkens de statuten ten doel goederen of diensten te leveren of werkzaamheden te verrichten die zijn gericht op het maatschappelijk belang. De statuten vermelden welke deze goederen, diensten of werkzaamheden zijn en wat de inhoud is van het maatschappelijk belang”*. (Kamerstukken II, 2008/2009, nr. 1-4 en 5).

Het wezenlijke verschil tussen beide definities is, dat in het wetsvoorstel de eis was losgelaten dat de maatschappelijke onderneming geen winst kan uitkeren. Dat was nodig omdat de rechtsvorm ook geschikt moest zijn voor zorginstellingen en de regering juist voor die instellingen de mogelijkheid wilde introduceren van de uitkering van winst aan kapitaalverschaffers.

Begripsmatig vertoont de maatschappelijke onderneming veel verwantschap met de begrippen ‘rechtspersonen met een wettelijke taak’ (RWTs) en het begrip ‘organisaties zonder winstoogmerk’ (OZWs) die in het jaarrekeningenrecht wordt gebruikt. RWTs zijn rechtspersonen ‘voor zover die een bij of krachtens de wet geregelde taak uitoefenen en daartoe geheel of gedeeltelijk worden bekostigd

² H.J. de Ru, J.L. Burggraaf en L.A.J. Spaans, De maatschappelijke onderneming, Allen & Overy special editions, 2005, Bju, blz. 17.

uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen”³. In de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (RJ) zijn de OZW’s als volgt omschreven als: “Organisaties die niet als primaire doelstelling hebben het behalen van winst, maar primair zijn gericht op een kerkelijke, levensbeschouwelijke, maatschappelijke, charitatieve, culturele of wetenschappelijke doelstelling of anderszins een maatschappelijk doel of algemeen nut nastreven. In het kader van deze doelstelling kan de organisatie zich (tevens) bezighouden met het leveren van producten en/of diensten”.

Een OZW is dus een organisatie waarvan de doelstelling gelegen is in het leveren van bepaalde goederen of diensten met het doel een zeker maatschappelijk nut te creëren, waarbij de financiering van de activiteiten en de financiële positie randvoorwaarden vormen⁴. De OZW vertoont daarmee veel overeenkomsten met de maatschappelijke onderneming. Een kenmerk van een maatschappelijke onderneming is dat op bedrijfsmatige wijze goederen en diensten op een markt worden voortgebracht, al dan niet in concurrentie met commerciële ondernemingen. Ik gebruik hierna de begrippen ‘OZW’ en ‘maatschappelijke onderneming’ door elkaar. De voortbrenging van goederen en/of diensten en de aanwezigheid van een professionele organisatie van arbeid en kapitaal zijn kenmerken die de maatschappelijke onderneming gemeen heeft met commerciële ondernemingen. Het verschil met de op winst gerichte ondernemingen is gelegen in het doel en de voorwaarden waaronder die productie plaatsvindt. Het is echter nodig eerst nog wat langer stil te staan bij de verschillen tussen een maatschappelijke en een commerciële onderneming.

2.2 Verschillen tussen een maatschappelijke en een commerciële onderneming

Een maatschappelijke onderneming/OZW onderscheidt zich van een op winst gerichte onderneming door⁵:

- a. aanzienlijke ontvangsten van middelen waarvan geen terugbetaling is vereist of waarvan de verstrekkers geen tegenprestaties verlangen;
- b. doeleinden die niet zijn gedefinieerd in termen van winst behalen op geleverde goederen en diensten;

³ Artikel 91, eerste lid, onderdeel d, van de Comptabiliteitswet 2001.

⁴ Zie Vincent C. Hartman, Annemieke H.H.M. Herremans en Edwald A.M. Mentink, Verslaggeving van organisaties zonder winstoogmerk, Limperg Instituut, Een normatief raamwerk, Kluwer, 2009, blz. 21.

⁵ Zie Hartman/Herremans/Mentink, 2009, blz. 15-23.

- c. geen aanwijsbare eigenaren die aanspraak kunnen maken op het eigen vermogen van de organisaties.

Een vierde verschil is dat bij een OZW het prijsmechanisme geheel of gedeeltelijk ontbreekt als coördinatiemechanisme. Hieronder zal ik deze verschillen toelichten.

2.2.1. De verhouding tussen bekostiging en tegenprestatie

Binnen de groep van OZW’s is sprake van een geleidelijke overgang van opbrengstenverwervende naar bestedingsgerichte organisaties. Het onderscheid tussen *ondernemingen zonder winstoogmerk (OZW’s)* en *organisaties die geen onderneming drijven* is niet altijd scherp te trekken. Er zijn immers OZW’s waar wél een tegenprestatie wordt verlangd door de verstrekkers van middelen en er een rechtstreeks verband bestaat tussen de vergoeding die de afnemer (cliënt) betaalt en de (kostprijs of waarde) van de prestatie die door de maatschappelijke onderneming wordt verricht. Denk bijvoorbeeld aan een nutsbedrijf, een woningcorporatie of een ziekenhuis. Dat verband is bijvoorbeeld al veel zwakker bij onderwijsinstellingen. Die worden nagenoeg volledig bekostigd door overheidssubsidies. Bij fondswervende instellingen wordt veelal voor de giften geen enkele op de gever gerichte tegenprestatie verlangd. Soms worden wel tegenprestaties verricht, maar dat geschiedt dan veeleer in het kader van sponsoractiviteiten.

De mate waarin de maatschappelijke onderneming moet voorzien in de eigen inkomsten en/of een kostendekkende vergoeding moet vragen voor de geleverde goederen en diensten, verschilt. In beginsel zal een maatschappelijke onderneming echter voortdurend direct financiële ondersteuning ontvangen van de overheid of uit de collectieve middelen worden gefinancierd. Onder de ‘collectieve middelen’ versta ik in dit verband alle middelen die bij of wegens de overheid worden geheven, bijvoorbeeld door middel van een inkomensafhankelijke zorgpremie. Dit onderscheidt de maatschappelijke onderneming nadrukkelijk van de private onderneming. De continuïteit van een private onderneming is immers volledig afhankelijk van de resultaten van de onderneming en van de eventuele kapitaalstortingen door de eigenaren. Een private onderneming wordt dus gedreven voor rekening en risico van de eigenaren. Een maatschappelijke onderneming/OZW werkt daarentegen voor rekening en risico van de begunstigers of de overheid.

2.2.2 De rol van winst bij de maatschappelijke onderneming

Een maatschappelijke onderneming richt zich niet primair op het realiseren van winst. Daarin wijkt de maatschappelijke onderneming principieel af van de op winst gerichte private onderneming. Die heeft als doel het maken van winst teneinde zowel een inkomen te verschaffen aan de eigenaren, als te verzekeren dat de onderneming kan worden voortgezet. Het middel daartoe is het leveren van goederen en/of diensten. Winst fungeert daarbij als vergoeding voor het ter beschikking stellen van eigen vermogen, maar heeft ook het karakter van een ondernemersbeloning.

Bij OZWs, zoals maatschappelijke ondernemingen, is de doelstelling het leveren van bepaalde goederen en/of diensten. De financiering (het inkomen en winst) vormen de randvoorwaarden om deze levering van goederen en diensten in continuïteit mogelijk te maken⁶. De betekenis van de winst is daarmee ook afhankelijk van de mate waarin de maatschappelijke onderneming een inkomensbestedend dan wel een ondernemingskarakter heeft⁷. Publieke (overheids) organisaties hebben een zuiver inkomensbestedende economische doelstelling. Het inkomen dat zij verwerven wordt in beginsel volledig besteed en niet aangewend om een onderneming in stand te houden die zelfstandig nieuw inkomen genereert. Het inkomen dat zij in ruil voor hun prestaties ontvangen, fungeert als begrenzing voor de bestedingen waarbinnen op democratische wijze keuzen moeten worden gemaakt. Het budget legt daarbij automatische beperkingen op aan de bestedingsvrijheid. Onderlinge compensatie van baten en lasten is in beginsel niet mogelijk (brutoverantwoording)⁸. Bij maatschappelijke ondernemingen bestaat er meer vrijheid om baten en lasten onderling te verrekenen. Er vindt geen directe democratische toetsing plaats van de aanwending. De bestedingsvrijheid van de maatschappelijke ondernemingen wordt echter wel beperkt via publiekrechtelijke regelgeving en subsidievoorwaarden die soms specifieke aanwijzingen bevatten ten aanzien van de aanwending van middelen. Een principieel verschil met maatschappelijke ondernemingen is dat een aantal overheidsorganisaties, zoals gemeenten, de mogelijkheid heeft om zelfstandig belasting te heffen.

⁶ Hartman/Herremans/Mentink 2009, blz. 13.

⁷ Handboek Public Management, Externe verslaggeving van publieke organisaties, 2009, blz. 25-26.

⁸ Handboek Public Management 2009, blz. 29-30.

Maatschappelijke ondernemingen hebben meestal echter geen mogelijkheid om zelfstandig belasting te heffen en zijn in dat opzicht dus meer te vergelijken met een commerciële onderneming. Zij hebben veelal ook geen zuiver inkomensbestedend karakter, maar genereren tevens financiële opbrengsten via de bedrijfsmatige activiteiten. Het realiseren van winst is daarbij vooral van belang met het oog op de continuïteit van de organisatie. De continuïteit is uiteraard van belang voor zowel een publieke als een commerciële organisatie. Toch zijn er verschillen. Ook de overheid heeft in beginsel te maken met de vraag of er nog wel behoefte bestaat aan de door haar geboden dienstverlening, maar bij een private onderneming leidt een ontkennende beantwoording van deze vraag en de conclusie dat de dienstverlening niet (meer) op prijs wordt gesteld, meteen tot de noodzaak een andere activiteit te moeten zoeken voor de noodzakelijke winstverwerving en vermogensvorming die de continuïteit moeten veilig stellen⁹. In de publieke sector zal het wegvallen van het overheidsdoel slechts leiden tot een verschuiving in de allocatie van de overheidsmiddelen. Probleem van de maatschappelijke onderneming is echter dat die reallocatie niet eenvoudig is te realiseren. De maatschappelijke onderneming zal veelal voor een specifiek doel zijn opgericht. De aanwending van vermogen voor nieuwe activiteiten zal stuiten op restricties, zoals de doelomschrijving van het lichaam en de juridische voorwaarden waaronder het vermogen is opgebouwd en/of verkregen, het ontbreken van expertise bij het bestuur en personeel van de maatschappelijke onderneming voor andere, vervangende activiteiten. Bovendien is het de vraag of er voldoende democratische legitimiteit is voor een eigenstandige verandering van het beleidsveld door een maatschappelijke onderneming. Het vermogen heeft een meer (aan het maatschappelijk) doel gebonden karakter. De strategische vrijheid van het bestuur van een maatschappelijke onderneming is dus beperkter en de managementbeslissingen dienen in dat perspectief te worden beschouwd.

Winst vormt de vergoeding voor het ter beschikking stellen van kapitaal en de ondernemingsvergoeding. De onderneming kan desgewenst (een deel van) de winst inhouden. De ingehouden winst vormt een bron van financiering voor de onderneming en fungeert als buffervermogen voor de onderneming. De ingehouden winst kan worden gebruikt om de macht van de onderneming op de markt te vergroten via innovatie, overname en vergroting van het marktaandeel.

⁹ Handboek Public Management 2009, blz. 41.

Ingehouden winsten kunnen daardoor tot waardecreatie van de onderneming leiden. In de competitie tussen ondernemingen speelt ‘winst’ een belangrijke rol, omdat de winstgevende ondernemingen een sterkere positie in de markt zullen bereiken en daardoor uiteindelijk ook een dominantere rol kunnen spelen in de concurrentiestrijd. De winstgevende ondernemingen zullen de zwakkere ondernemingen uit de markt drukken doordat de niet-winstgevende ondernemingen worden overgenomen, failliet gaan of een marginale positie gaan innemen. Ingehouden winst vergroot ook de vrijheid van het management van een onderneming om gelden aan te wenden in een richting die het bestuur van de onderneming prefereert.

Winst alleen kan niet als indicator gelden voor het succes van de publieke organisatie. De kritische succesfactoren houden verband met de mate waarin de organisatie in staat is die activiteiten uit te voeren waaraan zij haar bestaansrecht ontleent en waarvoor zij haar legitimiteit heeft verkregen van haar stakeholders. In de jaarrekening zal zij zich daaromtrent ook steeds moeten verantwoorden en daarop gerichte kwalitatieve informatie moeten opnemen.

2.2.3 Eigendom van de maatschappelijke onderneming

Een essentieel verschil met de commerciële onderneming is dat de maatschappelijke onderneming in beginsel geen aandeelhouders kent¹⁰. Er zijn dus ook geen kapitaalverschaffers die in economische zin eigenaar zijn van het vermogen van de onderneming. Juridisch is de rechtspersoon (stichting, vereniging, NV of BV) eigenaar van de vermogensbestanddelen van de maatschappelijke onderneming. De vrijheid om als eigenaar te kunnen beschikken over deze vermogensbestanddelen wordt echter veelal beperkt door het publiekrechtelijke toelatings- en toezichtskader waarbinnen de maatschappelijke onderneming actief is. Een voorbeeld van de beperkende werking daarvan is te vinden bij de woningcorporaties. Om de belastingheffing van woningcorporaties te ontlopen wilde woningcorporatie De Veste het woningcorporatiebestel verlaten. In zijn uitspraak van 27 oktober 2010 heeft de Raad van State¹¹ evenwel beslist dat die mogelijkheid niet bestaat. De Veste had daarbij zich expliciet via artikel 1 Eerste

Protocol bij het EVRM beroepen op haar recht van eigendom. Door de weigering van een vrijwillige uittreding zou – aldus De Veste - de vrijheid om de onderneming naar eigen inzicht te exploiteren, worden beperkt. De Raad van State was van mening dat er inderdaad een inbreuk bestond op het ongestoord genot van eigendom (r.o. 2.8.1). Het protocol staat een dergelijke inbreuk echter toe indien daarvoor een wettelijke grondslag bestaat “bij wet” en deze door het algemeen belang wordt gerechtvaardigd, hetgeen een belangenafweging vereist. Volgens de Raad van State voorziet het gesloten stelsel van de Woningwet en het Bbsh (Besluit beheer sociale-huursector) niet in de mogelijkheid om de toelating van de instelling op verzoek van die instelling in te trekken. De onmogelijkheid het stelsel te verlaten, is daarom volgens de Raad van State bij wet voorzien. De minister had verder betoogd dat als toegelaten instellingen zich door middel van uittreding aan het woningcorporatiestelsel aan overheidstoezicht zouden kunnen onttrekken, onvoldoende gewaarborgd zou zijn dat deze instellingen hun woningvoorraad voor deze doeleinden zullen blijven inzetten. De minister heeft daarom volgens de Raad van State zich op het standpunt mogen stellen dat een redelijk evenwicht bestaat tussen het met de onmogelijkheid van uittreding gediende volkshuisvestingsbelang en de nadelige gevolgen daarvan voor De Veste, ook als deze gevolgen ontneming van eigendom in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol inhouden. De Raad van State woog daarbij mee dat het woningcorporatiestelsel ook voordelen met zich meebrengt en dat op grond van het Woningbesluit dat gold ten tijde van de toelating van de rechtsvoorgangster van De Veste, kon worden afgeleid dat uittreding uit het woningcorporatiestelsel onmogelijk was.

In een andere fiscale zaak¹², ook met betrekking tot woningcorporaties, was eveneens het ongestoord genot van eigendom in geschil. Het betrof hierbij de rechtsgeldigheid van de zogenoemde ‘Vogelaarheffing’. Het Centraal Fonds Volkshuisvesting (CFV) legt vermogende woningcorporaties een heffing op om daarmee bijzondere projectsteun aan armlastige woningcorporaties te financieren. In geschil was onder andere de vraag of deze heffing een schending opleverde van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM. In artikel 1 van het EP EVRM is bepaald dat: *“Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoorde genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet*

¹⁰ Er zijn situaties waarbij de activiteiten worden gedreven via een besloten vennootschap, maar dan worden de aandelen vaak gehouden door een stichting of er zijn in de statuten beperkingen opgenomen, waardoor de winst niet kan worden uitgekeerd aan de aandeelhouders.

¹¹ Raad van State, 201002155/1/H3, LJN: BO1837.

¹² Rechtbank Utrecht, SBR 10/2956 en SBR 10/1098 e.v., LJN:BO5098.

en in de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren”.

De eerste vraag was of de Vogelaarheffing een belasting is. De corporaties hadden betoogd dat een belasting uitsluitend een maatregel inhoudt waarbij gelden aan de algemene middelen worden toegevoegd en welke worden gebruikt voor het redigeren van begrotingsdoeleinden. De Vogelaarheffing is daarentegen een heffing waarbij middelen via het CFV van de ene corporatie naar de andere corporatie worden overgeheveld. De rechtbank concludeerde echter dat de Vogelaarheffing als een belasting moet worden aangemerkt, waardoor onder het EVRM aan de nationale autoriteiten een grote beoordelingsmarge toekomt. De rechtbank oordeelde dat de Vogelaarheffing een wettelijke basis had. Vervolgens moest worden bepaald of de heffing in het algemeen belang was. Daarbij speelde ook een rol de maatschappelijke context waarin de woningcorporatie opereerde. Het EHRM¹³ geeft de nationale autoriteiten bij deze afweging veel ruimte, omdat zij het beste op de hoogte zijn om te beoordelen welk beleid in het algemeen belang is. Het algemeen belang moet ruim worden opgevat. Dat blijkt uit het oordeel dat de grens pas wordt overschreden indien het oordeel van de nationale autoriteiten ‘manifestly without reasonable foundation’ is. De rechtbank overwoog dat, nu het CFV voldoende had onderbouwd dat de wijkenaanpak een algemeen belang diende, het tevens voldoende heeft onderbouwd dat de bijdrageheffing - die immers strekt tot financiering van deze wijkenaanpak – in het algemeen belang is (r.o. 4.47).

Er dient ook een ‘fair balance’ te bestaan tussen de heffing en het daarmee gediende algemene belang. Daarbij is niet relevant of er ook andere middelen denkbaar zijn, zoals de heffing van vennootschapsbelasting, om het beoogde doel te bereiken (r.o. 2.50). Ook is niet relevant of de ontvangende woningcorporaties de financiële bijdrage, gezien hun vermogenspositie, nodig hebben (r.o. 2.51).

¹³ Arrest van 23 november 2000, *The Former King of Greece and Others v. Greece* (ECHR 2001/9; par. 87).

De rechtbank neemt bij de beoordeling van de fair balance in aanmerking dat met de bijdrageheffing een inzet van woningcorporaties wordt gevraagd die ligt binnen hun publieke en maatschappelijke taakstelling. Het vermogen van de woningcorporaties is maatschappelijk gebonden, vanwege de strikte taakstelling en het gegeven dat het vermogen in het verleden is vergaard door subsidies, vrijstelling van vennootschapsbelasting en de mogelijkheid om onder gunstige voorwaarden vreemd vermogen aan te trekken en overheidsgaranties. De rechtbank oordeelt dat de bijdrageheffing past in het solidariteitskarakter van het woningcorporatiebestel. De woningcorporaties dienen bij te dragen aan een zo groot mogelijk maatschappelijk rendement van de sociale huursector als geheel. Het is binnen dit stelsel van onderlinge solidariteit dat de woningcorporaties via de bijdrageheffing worden verplicht een bijdrage te leveren aan door andere woningcorporaties in de aandachtswijken in het belang van de volkshuisvesting te verrichten activiteiten (r.o. 2.53).

De rechtbank concludeerde dat de Vogelaarheffing in beginsel geen strijd oplevert met het EVRM. Voor het jaar 2008 lag dat overigens anders, omdat de heffing pas bij het besluit van 20 oktober 2008 werd ingevoerd, waardoor de woningcorporaties bij het opstellen van hun begroting hiermee geen rekening konden houden. De heffing voor de woningcorporaties was daardoor onvoldoende voorzienbaar (r.o. 2.57 en 2.58). Om dezelfde reden was de heffing ook in strijd met de Woningwet en het rechtszekerheidsbeginsel. Overigens komt de rechtbank uiteindelijk tot de conclusie dat de Vogelaarheffing ook over het jaar 2009 onrechtmatig is, omdat deze over het jaar 2008 en 2009 verboden staatssteun vormt. In het kader van dit betoog is dat nu minder relevant.

Uit het voorgaande blijkt dat maatschappelijke ondernemingen als zelfstandige rechtspersonen in beginsel eigenaar zijn en dat hun recht van eigendom ook wordt beschermd door het EVRM. De overheid kan echter in het algemeen belang een inbreuk maken op dit eigendomsrecht. De nationale overheid heeft daarbij in het algemeen een ruime marge, maar het komt mij voor dat bij maatschappelijke ondernemingen deze marge nog ruimer is, omdat de rechter daarbij meeweegt dat deze instellingen werkzaam zijn voor een publiek of maatschappelijk belang. Indien een maatschappelijke onderneming vermogen moet afstaan aan een andere instelling om belang te bereiken, zal niet snel worden aangenomen dat daarmee een inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht. Dat impliceert dat de overheid indirect via een stelsel van heffingen het eigen-

dom van maatschappelijke onderneming kan reguleren, bijvoorbeeld via een vermogensoverschotheffing, zonder dat daarmee in strijd wordt gehandeld met het EVRM.

Ik ben van mening dat het maatschappelijk ook gewenst is dat de overheid de mogelijkheid heeft via publiekrechtelijke heffingen het eigendom van maatschappelijke ondernemingen te reguleren. De privaatrechtelijke waarborgen voor de bescherming van het vermogen - dat via publieke middelen is opgebouwd - en dat voor die bestemming ook moet worden aangewend, zijn daarvoor immers te beperkt. Een statutaire doelomschrijving die beperkingen oplegt aan de vrije aanwending van vermogen, kan immers te gemakkelijk worden gewijzigd. Daarvoor is een zwaardere, publiekrechtelijke, reguleringsmogelijkheid gewenst. Ook de vermogensklem bij omzetting van een stichting in een BV blijkt in de praktijk niet waterdicht te zijn¹⁴. In het wetsvoorstel voor de Maatschappelijke onderneming waren daarom voorzieningen voorgesteld om te waarborgen dat geen publieke middelen zouden kunnen weglekken. Naar mijn mening dienen deze waarborgen echter niet aan te grijpen bij de publieke inkomsten, maar bij de waarde die gecreëerd is door het aanwenden van de publieke middelen. Dat kan worden bereikt door een soort maatschappelijk aandeelhouderschap te fingeren. De aanwending van publieke middelen kunnen worden gezien als investeringen door deze maatschappelijke investeerder. Het weglekken van vermogen kan worden voorkomen door private investeerders in verhouding tot de 'maatschappelijke investeerder' een zakelijk bedrag te laten storten voor hun winstgerechtigdheid. Zolang echter zo'n evenwichtssituatie niet is bereikt en de maatschappelijke onderneming werkzaam is binnen een gereguleerd stelsel zonder private kapitaalverschaffers, is een stelsel van publieke heffingen een probaat middel om het vermogen van maatschappelijke ondernemingen te reguleren indien de overheid dat beleidsmatig wenselijk acht.

2.2.4 Het prijsmechanisme ontbreekt geheel of gedeeltelijk als coördinatiemechanisme

Bij overheidsorganisaties vindt de beheersing plaats via de begroting door middel waarvan de allocatie van de schaarse middelen plaatsvindt. De democratische organen alloceren via hun budgetrecht de schaarse middelen. In een com-

merciële onderneming vindt de allocatie van de middelen uiteindelijk plaats via het marktmechanisme. In de maatschappelijke onderneming worden de activiteiten niet gestuurd door een eenduidig coördinatiemechanisme. Van Gestel spreekt in dit verband over botsende logica's van besturen.¹⁵ Ook Wolfson waarschuwt dat over de coördinatieproblemen niet te lichtzinnig mag worden heengestapt.¹⁶ De maatschappelijke onderneming is een conglomeraat van politiek gevoelige kwesties, waarbij machtsverhoudingen in de economische orde, verschillen van opvattingen over het primaat van de politiek en de mate van subsidiariteit een rol spelen. Bovendien strijden belangen van de voorvechters van de verschillende maatschappelijke doelstellingen om voorrang. Baarsma en Theeuwes wijzen op het risico dat de maatschappelijke onderneming identiek zal zijn aan de 'verwarde onderneming'. Ook zij wijzen erop dat de verschillende doelstellingen onderling kunnen fluctueren, waardoor het bovendien moeilijk is eenduidige 'afrekeningscriteria' en meetbare doelstellingen voor het bedrijfsbeleid te ontwikkelen. Het risico bestaat dat deze juist perverse prikkels genereren.¹⁷ Dat alles vereist een goed doordacht model van sturing en toezicht, waarbij het fiscale recht instrumenteel van betekenis kan zijn.

2.3 Onderscheid met andere organisaties in het semi-publieke domein

Maatschappelijke ondernemingen worden meestal niet tot de overheidssector gerekend. Organisatierechtelijk is dat terecht indien de onderneming is georganiseerd via een privaatrechtelijke rechtsvorm. Indien echter gekeken wordt naar de taakuitoefening, dan zien wij dat overheidsorganisaties (publiekrechtelijke rechtspersonen) soortgelijke of identieke maatschappelijke taken uitoefenen als privaatrechtelijke rechtspersonen. Zo is de Universiteit van Tilburg een privaatrechtelijke stichting en de Erasmus Universiteit Rotterdam een publiekrechtelijke rechtspersoon, maar hun activiteiten zijn in beginsel gelijk. Een maatschappelijke onderneming kan ook in bestuursrechtelijke zin tot de overheid behoren. Dit is het geval als de maatschappelijke onderneming als zelfstandig bestuursorgaan bekleed is met openbaar gezag¹⁸.

¹⁴ B. Sniijders-Kuipers, Vermogensklem bij omzetting van stichtingen, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2008-2 en S.A. Stevens, Maatschappelijke ondernemingen en de uitkering van winst. Fiscale en juridische aspecten, WPNR 2009/6818, blz. 873-884.

¹⁵ N. van Gestel, Botsende logica's van besturen, oratie, Tilburg, 2010.

¹⁶ Dik Wolfson, De vorm van de maatschappelijke onderneming, ESB 8 februari 2008, nr. 4528.

¹⁷ B. Baarsma en J. Theeuwes, De verwarde onderneming, ESB 8 februari 2008, nr. 4528.

¹⁸ Bijvoorbeeld keuringsinstellingen die exportcertificaten afgeven voor zuivelproducten.

Maatschappelijke ondernemingen onderscheiden zich van de overheidsdeelnameningen doordat er, anders dan bij een staatsdeelname, in beginsel geen directe eigendomsrelatie bestaat met de overheid. Natuurlijk oefent de overheid wel in bepaalde mate toezicht uit en heeft zij daardoor ook een zekere ‘control’ op de maatschappelijke onderneming. Een en ander is afhankelijk van het publiekrechtelijke kader waarbinnen de maatschappelijke onderneming opereert.

Aan de andere kant van het spectrum betreffende de mate van overheidsbeïnvloeding vinden wij de klassieke goede-doelorganisaties en de verenigingen. Zij zijn veel minder afhankelijk van de overheid dan maatschappelijke ondernemingen met betrekking tot hun financiering en de mogelijkheden tot regulering. De goede-doelorganisaties worden in grotere mate bekostigd uit donaties en gekenmerkt door een grote inzet van vrijwilligers in plaats van subsidies en professionele arbeid. De rol van de overheid is in beginsel beperkt tot het creëren en in stand houden van een juridisch kader ten behoeve van het functioneren van goede doelen. Maar meestal gaat de overheid nog een stap verder door fiscale faciliteiten te verlenen. Daardoor worden de goede-doelorganisaties indirect ten laste van de belastinginkomsten gefinancierd. Dat neemt niet weg dat een goede-doelenorganisatie in beginsel slechts een verantwoordingsrelatie heeft met het publiek dat het goede doel heeft opgericht en dat de activiteiten financieel ondersteunt. Zodra de overheid goede doelen al dan niet via fiscale faciliteiten gaat ondersteunen, neemt het gewicht van haar rol als overheid toe in die zin dat de instelling als een instrument van de overheid kan worden gezien, gericht op de wens bepaalde maatschappelijke doeleinden te bereiken. In een dergelijke verhouding kan de goede-doelorganisatie worden gezien als een agent van de overheid en daarbij past ook een sterkere verantwoordingsrelatie en grotere directe overheidsinvloed ten aanzien van de aard en de wijze waarop de activiteiten worden uitgevoerd.

Uit het voorgaande blijkt dat de maatschappelijke onderneming niet scherp kan worden onderscheiden van andere organisaties en dat er tal van overgangssituaties bestaan. Mijn onderzoek is toegespitst op het fenomeen ‘maatschappelijke ondernemingen’. Daaronder ik versta organisaties die een maatschappelijke of publieke taak behartigen en die om die reden vanwege de rechtsvorm of regelgeving beperkt zijn in het maken van en/of het uitkeren van winst. Om te bepalen of deze aanduiding voldoende onderscheidend is, moeten eerst de begrippen ‘maatschappelijk belang’ en ‘publiek belang’ nog nader worden toegelicht.

2.4 Betekenis van het begrip ‘maatschappelijk belang’

2.4.1 Algemeen

Het adjectief ‘maatschappelijk’ onderscheidt de maatschappelijke onderneming van andere ondernemingen. Dat roept wel de vraag op wat onder ‘maatschappelijk’ moet worden verstaan. In het voorgaande zagen wij dat de maatschappelijke onderneming zich primair richt op het behartigen van maatschappelijke belangen en/of maatschappelijk nut. ‘Maatschappelijk’ verwijst naar de maatschappij. De maatschappij kan worden aangeduid als een min of meer autonome sociaal-economische sfeer van zelfstandige individuele burgers, die in een geest van gelijkheid, persoonlijke onafhankelijkheid en wedijver hun eigen zaken en onderlinge betrekkingen regelen, en zich daarbij voornamelijk laten leiden door doeleinden die zij zelf gekozen hebben¹⁹. De maatschappelijke relatie kan daarbij worden onderscheiden van interpersoonlijke relaties, zoals persoonlijke omgang en vriendschap.

Het maatschappelijk belang wordt gebruikt ter onderscheiding van het individuele belang. In één adem met het maatschappelijk belang wordt ook het algemeen belang genoemd. Het algemeen belang refereert aan twee sferen. De eerste is de politieke sfeer, waarin het algemeen belang verwijst naar de legitimatie van het politieke proces of de politieke orde. Het algemeen belang is het complex van normen die de politieke machtsstrijd normeren. In de tweede sfeer gaat het om het beleid. Daarin kan het algemeen belang worden gezien als de oriëntatie van het politieke belang. Maar wat zijn de doeleinden van de politiek? Op welke sociale problemen moet de politiek zich richten? Het gaat daarbij ook om ordening van de maatschappij bij het oplossen van de sociale problemen.

Het impliceert de noodzaak keuzes te maken betreffende de invulling van het beleid. Moet de samenleving meer vanuit individuele vrijheid, of vanuit collectieve zorg worden ingericht? Hoe moeten vrijheid en solidariteit vanuit een idee van (sociale) rechtvaardigheid op elkaar worden afgestemd?²⁰ Welke problemen moeten worden opgelost en is de maatschappelijke onderneming als instrument daarbij nuttig in vergelijking met andere ordeningsinstituten? Door te verwijzen naar maatschappelijke belangen is het werkterrein van de maatschappelijke

¹⁹ Herman van Erp, Het politiek belang over de politieke orde in een pluralistische samenlevingsboom, blz. 28.

²⁰ Van Erp 1994, blz.11-12.

onderneming per definitie voortdurend in beweging, omdat datgene wat onder ‘maatschappelijke belangen’ wordt verstaan afhankelijk is van de politieke krachtsverhoudingen en een reflectie is van de politieke opvattingen die in de samenleving bestaan.

Het toekennen van de kwalificatie ‘algemeen belang’ aan een bepaalde regeling of beslissing betekent een nadere specificatie van de aard van dat belang, van het politieke gewicht ervan; het hoeft niet te betekenen dat het in het voordeel is van allen, maar betekent dat het door allen gerespecteerd dient te worden. Het begrip ‘algemeen belang’ heeft een normatief karakter. In strikte zin is het iets dat voor iedereen heeft te gelden, zonder dat het een belang is dat door allen, of door een meerderheid, moet worden gedeeld en het behoeft ook niet een toestand te zijn waarin, hoewel ze een bepaalde constellatie van belangen begunstigt, door allen wordt geprefereerd boven een andere toestand waarin ieder er minder goed van af komt²¹. Het algemeen belang refereert aan een juiste afstemming van staatsbelang en maatschappelijke belangen ten opzichte van elkaar²². Het begrip ‘algemeen welzijn’ verwijst in eerste instantie naar een toestand van gemeenschappelijk welzijn waarin allen zijn opgenomen, ofwel naar het ‘goede leven’ dat Aristoteles als doel van de politiek aanduidde²³.

Maatschappelijke belangen zijn (publieke) belangen die de samenleving als geheel of als delen daarvan raken; dit in tegenstelling tot (puur) particuliere belangen. Een publiek belang is een maatschappelijk belang dat de overheid zich aantrekt in de overtuiging dat dit alleen op die wijze goed tot zijn recht komt²⁴. Publieke belangen zijn inherent dynamisch; zij kunnen door verschuivingen in de politieke en maatschappelijke context en opvattingen en door technologische ontwikkelingen veranderen²⁵. De politiek moet zich daarom rekenschap geven van historische keuzes. Deze moeten passen in een bestendige beleidslijn. De aanwijzing van publieke belangen leidt immers tot gedragsaanpassingen van burgers en ondernemingen. Herdefiniëring van publieke belangen kan soms nodig zijn, maar zij moet weloverwogen tot stand worden

gebracht om te voorkomen dat de beleidswijziging tot een vertrouwensbreuk leidt. Een publiek belang impliceert niet automatisch dat er ook sprake is van een *publieke taak*: daarvan is in juridische zin pas sprake als de overheid een *rechtsplicht* heeft tot actief optreden om het publieke belang te borgen²⁶. Deze borging kan op verschillende manieren plaatsvinden. Publieke taken kunnen in beginsel ook worden uitgevoerd door private en/of commerciële organisaties, maar maatschappelijke ondernemingen zijn, vanuit de overheid gezien, – onder omstandigheden – instrumenteel beter gericht op en geëquipeerd voor het behartigen van een publiek belang en worden uit dien hoofde gefaciliteerd en gereguleerd²⁷.

Een explicitering van publieke belangen in de relevante wet- en regelgeving is van belang om richting te geven aan de activiteiten van toezichthouders en betrokken marktpartijen²⁸. Dat is vanuit een oogpunt van Europees recht ook gewenst op het moment dat het om economische activiteiten gaat. Het Europees recht staat immers toe dat voor de borging van een algemeen economisch belang – onder voorwaarden – de mededinging wordt beperkt of staatssteun wordt verleend. De begrippen ‘publiek belang’ noch ‘publieke taak’ zijn echter in het algemeen bruikbaar als afbakeningscriterium voor publiekrechtelijke normering²⁹. Dat betekent dat de wetgever het eventueel in het geding zijnde algemeen (economische) belang duidelijk en overtuigend moet expliciteren.

In de fiscale wetgeving wordt voor de toepassing van een aantal faciliteiten meestal bij vergelijkbare algemene begrippen aangesloten, zoals een ‘algemeen maatschappelijk belang’ en ‘algemeen nut’. Dat leidt voortdurend tot discussies over de vraag of een organisatie al dan niet recht heeft op toepassing van een faciliteit, omdat onduidelijk is of de concrete werkzaamheden van de instelling in fiscale zin tot het ‘algemeen’ of ‘maatschappelijk’ belang moeten worden gerekend.

²¹ Van Erp 1994, blz. 62.

²² Van Erp 1994, blz. 70.

²³ Van Erp 1994, blz. 71.

²⁴ WRR, Het borgen van het publiek belang, nr. 56, SDU 2000, blz. 9.

²⁵ SER advies Marktwerking en Publieke dienstverlening, SER, 2010, blz. 2.

²⁶ S.E. Zijlstra, De grenzen van de overheid, blz. 76. In: *Privaat bestuur? Preadviezen van de vereniging voor bestuursrecht*, BJU, 2008.

²⁷ Zijlstra 2008.

²⁸ SER advies ondernemerschap voor de publieke zaak 2005, blz. 24.

²⁹ S.E. Zijlstra, De grenzen van de overheid, blz. 85. In: *Privaat bestuur? Preadviezen van de vereniging voor bestuursrecht*, BJU, 2008.

2.4.2 De fiscale uitleg van het begrip ‘maatschappelijk belang’

Ondanks het grote belang dat de begripsinhoud in de fiscaliteit heeft, bevat de fiscale wetgeving geen definitie van de begrippen ‘algemeen belang’ of ‘algemeen maatschappelijk belang’. Zij kunnen als synoniem worden gebruikt van het begrip ‘algemeen nut’ in de zin van artikel 6.33 Wet IB 2001³⁰. In het *Minerva* arrest³¹ heeft de Hoge Raad beslist dat “naar spraakgebruik en maatschappelijke opvatting” onder algemeen nut beogende instellingen moeten worden verstaan: “lichamen wier doelstelling een werkzaamheid betreft, welke op zich zelf rechtstreeks een algemeen belang raakt – zoals bijvoorbeeld bejaardenzorg en genezing of verpleging van zieken”. Probleem is de scheidslijn tussen het ‘algemeen’ en het ‘particulier’ belang. Onder het begrip ‘algemeen belang’ vallen, volgens de Hoge Raad niet: “lichamen die ten doel hebben een werkzaamheid welke op zich zelf slechts dienstbaar is aan een particulier belang – zoals de ontspanning of gezellig verkeer, waarvan een bepaalde kring personen behoefte heeft, ook al mogen van de voorziening in dit belang zijdelings een gunstige werking ten algemene nutte uitgaan”. Ten aanzien van maatschappelijke ondernemingen zijn er in dit verband drie aspecten die vragen oproepen:

1. Staat de uitoefening van bedrijfsmatige (commerciële) activiteiten in de weg aan het dienen van een algemeen belang?
2. Heeft de dienstverlening van maatschappelijke ondernemingen aan particulieren tot gevolg dat een particulier belang wordt gediend en dus geen sprake meer is van een algemeen maatschappelijk belang?
3. Kan een maatschappelijke onderneming worden geacht het eigen belang te behartigen en dat daardoor niet een algemeen maatschappelijk belang aan de orde is (het eigen belang blokkeert het algemeen belang)?

Deze vragen zullen achtereenvolgens nader onder ogen worden gezien³².

³⁰ In gelijke zin Rapport van de Commissie algemeen nut beogende instellingen, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 232, Kluwer-Deventer 2007, blz. 43-44. Terecht pleiten zij voor een eenduidig gebruik van deze begrippen in de verschillende wetten.

³¹ HR 12 oktober 1960, nr. 14 413, BNB 1960/296.

³² Zie meer uitgebreid over het begrip ‘algemeen belang’ J.E.A.M. van Dijck en Inge van Vijfeijken, *Instellingen van algemeen nut*, FED-brochure, Kluwer, 2005.

De invloed van bedrijfsmatige (commerciële) activiteiten

Bij maatschappelijke ondernemingen worden via de bedrijfsmatige activiteiten de algemeen nuttige activiteiten als zodanig verwezenlijkt³³. In het algemeen staan bedrijfsmatige activiteiten niet in de weg aan het behartigen van een algemeen belang. Dat blijkt uit de systematiek van de wet. De zorgvrijstelling vereist immers dat de activiteiten moeten worden verricht door een instelling van algemeen nut. Een ziekenhuis is in fiscale zin een onderneming en kan tegelijkertijd worden aangemerkt als een instelling van algemeen nut. Ook de Hoge Raad heeft in zijn arrest HR 18 december 1985, nr. 22 937, BNB 1986/103 beslist dat een stichting die een onderneming drijft uitsluitend of nagenoeg uitsluitend een algemeen belang kan beogen. De Hoge Raad lijkt daaraan wel de voorwaarde te koppelen dat de statuten van de Stichting haar verbieden winst te beogen en de feitelijke vaststelling dat ook geen winst wordt gemaakt. Maatschappelijke ondernemingen kunnen geen winst uitkeren, maar streven veelal wel een overschot na om te kunnen investeren en om een buffervermogen te vormen. In de praktijk zijn er signalen kenbaar dat de belastingdienst van mening is dat het drijven van een onderneming en het behartigen van een algemeen belang niet kunnen samengaan. Ik ben van mening dat op dit punt een ruimhartig beleid moet worden gevoerd. Essentieel is immers dat gegarandeerd wordt dat het vermogen niet aan particulieren kan worden uitgekeerd. Het enkele feit dat de gelden gegenereerd zijn door de uitoefening van een onderneming doet niet af aan de behartiging van het algemeen belang. Wel kan de vaststelling dat sprake is van een commerciële onderneming die in concurrentie treedt aanleiding zijn om – ondanks de algemeen nuttige doelstelling – geen fiscale faciliteit te verlenen.

De dienstverlening van maatschappelijke ondernemingen (mede) aan particulieren

Werkzaamheden die slechts dienstbaar zijn aan een particulier belang, hebben tot gevolg dat niet of slechts zijdelings het algemeen belang wordt gediend. In discussie is de vraag of een woningcorporatie het particulier belang dient, omdat een woningcorporatie via de verhuur van een woning vooral het parti-

³³ Vergelijk de conclusie van A-G Moltmaker bij BNB 1986/103. Daarin maakt hij nog onderscheid in twee andere situaties namelijk dat de commerciële activiteit slechts wordt verricht voor de financiering van de algemeen nuttige activiteit en de mogelijkheid dat de commerciële activiteit en de algemeen nuttige activiteit in elkaars verlengde liggen, maar daarmee niet onlosmakelijk verbonden zijn.

culiere woonbelang van de huurder dient. In een aantal zaken³⁴ hebben lagere rechters inderdaad beslist dat een woningcorporatie het particulier belang dient en geen algemeen nut beogende instelling is. Deze uitspraken staan naar mijn mening op gespannen voet met bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad (bv. het muziekschriftarrest HR 18 december 1985, nr. 22 937, BNB 1986/103) waarin de Hoge Raad overweegt dat: ‘, het - geheel in het algemeen - ontwikkelen van bij individuen aanwezige muzikale begaafdheden is bij uitstek een werkzaamheid die rechtstreeks het algemeen belang raakt en de omstandigheid dat daardoor in de behoeften van de aldus begaafden wordt voorzien doet daaraan niet af’. Ook kan worden gewezen op Hof ’s-Gravenhage, MK I, 25 mei 2010, nr. BK-09/00358, V-N 2010/40.24 inzake een stichting die een seniorenbus exploiteerde. Het Hof was van mening dat de stichting een algemeen maatschappelijk belang diende, terwijl in feite slechts een vervoersdienst werd verricht. Het doel was het voorkomen van sociaal isolement van de senioren. Hier wordt de spanning tussen doel en middel duidelijk. De doelen van de maatschappelijke onderneming zijn veelal gelegen in het algemeen belang: het verzorgen van betaalbare huisvesting, aanbieden van goed en toegankelijk onderwijs en het zorgen voor een goede gezondheid van de bevolking. Het middel is noodzakelijkerwijs mede gericht op de particulier (de afnemer van de dienst) en die zal veelal rechtstreeks gebaat worden. Dat betekent dat als een woningcorporatie niet kan worden aangemerkt als een instelling die het algemeen belang behartigt – omdat het particuliere belang wordt behartigd van de huurder -, hetzelfde zou moeten gelden voor zorg- en onderwijsinstellingen. Een en ander zou tot gevolg hebben dat een zeer groot aantal instellingen niet langer als ‘algemeen nuttig’ kan worden aangemerkt. Tegelijkertijd kan het enkele feit dat via de activiteiten een algemeen belang wordt behartigd niet automatisch betekenen dat het lichaam ook moet worden aangemerkt als een algemeen nuttige instelling. Gezonde voeding is een algemeen belang, maar dat betekent nog niet dat de stichting die biologisch verantwoord voedsel verkoopt als zodanig een algemeen nut beogende instelling is. Een consistente toepassing van het ‘particulier belang’ criterium leidt – afhankelijk van de gekozen uitleg - of tot een zeer ruime of tot een zeer enge uitleg van het begrip ‘algemeen belang’. Dat betekent dat de wetgever er waarschijnlijk niet aan ontkomt om in de wet grenzen aan te geven door

³⁴ Hof Leeuwarden van 9 juli 2010, LJN BN 0786 en de uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden d.d. 29 oktober 2009, nr. 2008/01133.

expliciet te bepalen welke instelling wel en niet worden geacht een algemeen maatschappelijk belang te behartigen. Een overzichtelijk systeem wordt, naar mijn mening, verkregen indien als algemeen criterium wordt geformuleerd dat directe bedrijfsmatige dienstverlening aan particulieren in de weg staat aan de kwalificatie van algemeen nut beogende instelling. In de wet zou dan in afwijking van deze algemene regeling bijvoorbeeld voor zorg- en onderwijsinstellingen en culturele organisaties kunnen worden bepaald dat die wel – onder bepaalde voorwaarden – fiscaal worden gefaciliteerd.

Het eigen belang van de maatschappelijke onderneming

In het arrest HR 12 mei 2006, nr. 40 684, BNB 2006/267 heeft de Hoge Raad beslist dat een prof voetbalclub geen instelling is die het algemeen belang behartigt. De overwegingen hebben echter een algemene strekking die van belang zijn voor de aan de orde gestelde meer algemene vraagstelling. Ik citeer: “3.6. Van algemene bekendheid is dat een professionele voetbalclub, zoals ook belanghebbende is, er bovenal naar streeft om in nationale en internationale wedstrijden en competities zo veel mogelijk te winnen en beter te presteren dan andere clubs, ten bate van zichzelf. De activiteiten van een professionele voetbalclub (waaronder de opleiding van jeugdspelers; het aantrekken, begeleiden, (medisch) verzorgen en trainen van de profspelers; de bestuurlijke en technische ondersteuning; het spelen van oefen-, competitie- en internationale wedstrijden) zijn er dan ook primair op gericht om voornoemd doel te bereiken. (...) Een en ander brengt mee dat de werkzaamheden van belanghebbende rechtstreeks gericht zijn op het dienen van het particuliere belang van de club zelf. (...)”. De Hoge Raad stelt hierin de eigen belangen van de instelling gelijk aan een particulier belang. Er zou kunnen worden betoogd dat elke instelling die de statutaire doelstelling nastreeft, primair is gericht op het behartigen van het eigen particuliere belang. Een dergelijke strikte lezing kan echter niet de bedoeling zijn, omdat dan geen enkele instelling meer kwalificeert als algemeen nuttige instelling.

Uit de analyse van het fiscale begrip ‘algemeen maatschappelijk belang’ blijkt dat de rechter worstelt met een invulling van dat begrip wanneer bedrijfsmatige activiteiten ten behoeve van particulieren worden verricht. De wetgever ontkomt er naar mijn mening niet aan om in de wet meer duidelijkheid te geven over de gewenste uitleg door ten aanzien van een aantal instellingen en activiteiten expliciet te bepalen dat die wel of niet in het algemeen belang zijn gelegen.

2.5 De relatie met ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’

In de aanhef van mijn rede benadrukte ik reeds dat het thema van de maatschappelijke onderneming onderscheiden moet worden van ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’ (MVO). MVO is een overkoepelend begrip en als zodanig zowel relevant voor commerciële ondernemingen als voor maatschappelijke ondernemingen. Bij MVO gaat het om de sociale en maatschappelijke impact die de onderneming heeft. Bij maatschappelijke ondernemingen dient het maatschappelijk verantwoord ondernemen van nature tot de kenmerken van het ondernemerschap te behoren.

Maatschappelijk verantwoord ondernemen is ook in relatie tot belastingen steeds meer van belang geworden. Ondernemingen worden door stakeholders in toenemende mate gedwongen transparant te zijn over hun fiscale positie. Ze moeten zich – afhankelijk van hun positie in de samenleving - maatschappelijk verantwoord over de mate waarin zij hun ‘fair share’ bijdragen en hun (fiscale) verplichtingen in verschillende landen nakomen. Hierbij geldt dat de maatschappelijke onderneming gezien haar oriëntatie op een maatschappelijke doelstelling van nature rekening zal (moeten) houden met een kritische bejegening van het publiek. Het fiscale gedrag van de maatschappelijke onderneming zal dan ook tegen de achtergrond van de maatschappelijke oriëntatie worden geduid, waarbij niet alleen de juridische kwalificatie bepalend is³⁵.

2.6 Maatschappelijke ondernemingen en de uitkering van winst

De mogelijkheid tot participatie in en uitdeling van de winst die maatschappelijke ondernemingen behalen, is beleidsmatig een gevoelig punt. Het uitkeren van winst wordt maatschappelijk snel geassocieerd met de ambities van commerciële ondernemingen en winstmaximalisatie. De mogelijkheid tot winstuitkering vereist nadere aandacht. In de discussie over de uitkering van winst door maatschappelijke ondernemingen, bijvoorbeeld door ziekenhuizen, lopen vaak twee zaken door elkaar heen. In de eerste variant wordt ervoor gepleit om de markt (bijvoorbeeld van ziekenhuizen) open te stellen voor private investeerders/ondernemers. Net als een ondernemer kan de investeerder in beginsel alle ondernemingsrents incasseren die overblijven als de andere stakeholders (werk-

nemers, leveranciers en crediteuren) zijn betaald. Het ondernemingsinkomen dat principieel een residueel karakter heeft, wast volledig aan bij de investeerder. De ondernemer heeft daardoor een maximale prikkel om de onderneming efficiënt te leiden en de productie te maximaliseren, omdat alle winsten naar hem toevloeien. In de zorg kennen we al verschillende vormen van ondernemerschap, zoals huisartsen, apothekers, vrij gevestigde specialisten en privé-klinieken. Hierbij dient steeds in het oog te worden gehouden dat maatschappelijke ondernemingen actief zijn op gereguleerde markten. Ook voor voornoemde private ondernemers geldt dat de overheid het inkomen op een indirecte wijze kan reguleren door de hoogte van de vergoedingen vast te stellen en daarmee het opbrengstenniveau van een sector. Een actueel voorbeeld is de budgettering van de medisch specialisten. Ik kom daarop terug in § 5.6.

In de tweede variant heeft de uitkering van winst het karakter van een resultaat-afhankelijke beloning, bijvoorbeeld een winstafhankelijke vergoeding voor kapitaalverschaffers. Veelal wordt gezegd dat er een redelijke vergoeding moet worden betaald, of een redelijk maatschappelijk rendement moet worden geboden. Er is dus eigenlijk sprake van de vormgeving van een financieringsinstrument met een winstafhankelijke vergoeding die genormeerd en/of gemaximeerd is en dat vergeleken kan worden met andere financieringsinstrumenten, zoals leningen³⁶. Ook bij een winstafhankelijke vergoeding heeft de investeerder belang bij een zo efficiënt mogelijke onderneming, zeker indien hij de winstgerechtigdheid volledig zou kunnen benutten. Indien de winstgerechtigdheid echter gemaximeerd is, zullen de belangen meer parallel lopen met de schuldeisers van de onderneming en zullen de investeerders daardoor mogelijk meer gericht zijn op nakoming van de betalingsverplichtingen en minder op waardecreatie. De mogelijkheid van winstuitdeling moet dus nadrukkelijk worden onderscheiden van het eendimensionale streven naar winstmaximalisatie dat – vaak ten onrechte – aan commerciële ondernemingen wordt toegedicht.

De argumenten die voor een gemaximeerd rendement worden genoemd, zijn terug te voeren tot de stelling dat een gemaximeerd rendement recht doet aan de maatschappelijke doelstelling³⁷. Het zou positieve aantrekkingskracht

³⁵ Zie R. Happé, *Belastingethiek: een kwestie van fair share*, preadvies VBW, Deventer, Kluwer, 2011 en J.L.M. Gribnau, *Fiscale: ethiek wederkerige verantwoordelijkheid voor de integriteit van het belastingrecht*, preadvies VBW, Deventer, Kluwer, 2011.

³⁶ Vergelijk A.C.W. Pijls, *Modernisering van het rechtspersonenrecht: de Maatschappelijke Onderneming*, Bju, 2007, blz. 60-63.

³⁷ Pijls 2007, blz. 60-61.

hebben op investeerders die op zoek zijn naar stabiele ‘maatschappelijke’ investeringen. Een gereguleerde winstuitkering zou recht doen aan de relatief beschermde positie die de maatschappelijke onderneming heeft binnen de gereguleerde sector. Daar kan echter tegenin worden gebracht, dat een maximum in de winstuitkering natuurlijk geen garantie is voor een stabiele inkomensstroom. Ook het feit dat wordt geopereerd binnen een gereguleerde omgeving, introduceert juist voor een investeerder veel onzekerheden. De solvabiliteit en rentabiliteit van een sector wordt immers sterk beïnvloed door de regulering van de overheid. De overheid kan het beleid plotseling veranderen, waardoor het rendement van de investeerder daalt. Omdat de overheid kampt met een geloofwaardigheidsprobleem, zullen de investeerders daarvoor een risicopremie eisen.

Bestuurlijk is de normering van de winstuitkering als redelijke vergoeding voor de terbeschikkingstelling van vermogen een belangrijk aandachtsgebied. Indien de kapitaalverschaffers maximaal een redelijke vergoeding moeten ontvangen voor het ter beschikking stellen van kapitaal, komt de vraag op wat redelijk is. De vraag is of de fiscale wetenschap daarop een bevredigend antwoord kan geven. In de fiscaal-economische literatuur komt de vaststelling van een norminkomen voor kapitaal in algemene zin aan de orde, indien wordt gezocht naar een optimale belastingstructuur, het gaat dan over heffingssystemen waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen ‘normale’ en overwinsten. Geregeld zijn voorstellen gedaan om te komen tot een systeem voor heffing over kapitaalinkomen waarin alleen de overwinsten (hoog) worden belast en het normale rendement aan een lage heffing onderworpen wordt of zelfs geheel wordt vrijgesteld. De basispremie voor het normale kapitaalinkomen laat zich meestal nog wel vaststellen, maar een objectieve representatieve maatstaf voor de risicopremie - laat staan voor de pure winst – is niet gemakkelijk te geven³⁸. Daarom wordt in die benadering vaak alleen de basispremie als aftrekbaar kapitaalinkomen meegenomen, of wordt het kapitaalinkomen gelijkgesteld aan de gemiddelde financieringslast van het vreemd vermogen. Omdat wordt gewerkt met een normatief rendement zal ook het risico van de investering verdisconteerd moeten worden, anders zal het financieringsinstrument voor investeerders niet aantrekkelijk zijn. Ook de fiscale behandeling van het financieringsinstrument bij de investeerder en de instelling die het uitgeeft is van belang (zie § 5.3).

³⁸ R.P. van den Dool, Belastingheffing over kapitaalinkomen bij natuurlijke personen, proefschrift 2009, blz. 176-177.

Doordat de vergoeding op vreemd vermogen fiscaal aftrekbaar is in tegenstelling tot de niet-aftrekbaarheid van de vergoeding op eigen vermogen, bestaat in beginsel een voorkeur voor vreemd vermogen (zie § 5.5). Voor de maatschappelijke ondernemingen is van belang dat dit effect nog sterker speelt indien de uitgifte van financieringsinstrumenten met een eigen vermogenskarakter tot gevolg heeft dat de vrijstelling van de maatschappelijke onderneming voor de vennootschapsbelasting verloren gaat (zie § 5.3).

We kunnen voor het fenomeen van de winstuitkering door maatschappelijke ondernemingen lering trekken uit buitenlandse ervaringen met genormeerde winstuitkeringen aan kapitaalverschaffers. Het Verenigd Koninkrijk kent de zogenoemde ‘Community Interest Company’. Bij die rechtsvorm is een dividend cap opgenomen die bestaat uit drie elementen: (1) een maximaal jaarlijks dividend per aandeel (thans 20% van het gestorte bedrag); (2) een maximaal totaal jaarlijks dividend van ten hoogste 35% en (3) carry forward van niet gebruikte dividendrechten³⁹.

Interessant is dat ook in de zuiver commerciële sector een debat gaande is over de rol van winst in relatie tot de positie van aandeelhouders. Donald Kalff⁴⁰ introduceert het concept van een Europese onderneming. De doelstelling van die onderneming dient gericht te zijn op het maximaliseren van de economische waarde van de onderneming. De overwaarde komt daarbij niet zonder meer toe aan de aandeelhouders, maar de ondernemingsleiding (in zijn terminologie: de Statutaire Raad) dient ernaar te streven ook met de aandeelhouders (competitieve) afspraken te maken over de kosten van kapitaal (en zeggenschapsrechten), zodat een groter deel van de economische waarde beschikbaar blijft voor de onderneming zelf. De onderneming dient om economische redenen zo zelfstandig mogelijk te zijn. Het is aan de onderneming te beslissen welk deel van het surplus geïnvesteerd zal worden in de verdere ontwikkeling van de onderneming en welk deel uitgekeerd zal worden, bijvoorbeeld aan partijen waarmee de onderneming langjarige verplichtingen is aangegaan, zoals klanten en leveranciers.

³⁹ J.M. de Jong, A.J.P. Schild & L. Timmerman, Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?, In: Maatschappelijk verantwoord ondernemen NJV, 2010, blz. 228.

⁴⁰ Donald Kalff, Modern kapitalisme, Alternatieve grondslagen voor grote ondernemingen, blz. 53-62.

De mogelijkheid van winstuitkering moet ook in de juiste proporties worden gezien. Naarmate de omvang van de maatschappelijke onderneming geringer is, zal de non-profit status aan belang verliezen, omdat de ‘winst’ van de organisatie nagenoeg volledig uitgekeerd zal worden als inkomen dat een redelijk vergoeding vormt voor de arbeid die door de ondernemer verricht wordt⁴¹. In de fiscaliteit zien wij deze redenering terug in allerlei arbitrageprocessen. Daarbij kan gewezen worden op leerstukken betreffende hybride vermogen. Ook zien wij deze redenering terug in de afroomtheorie die veelal bij vrije beroepsbeoefenaren wordt gehanteerd. De gedachte van de afroomtheorie is dat een vrije beroepsbeoefenaar die alleen of met een beperkt aantal collegae een praktijk uitoefent, nagenoeg de hele winst zal moeten uitkeren als salaris, omdat de winst voor het grootste gedeelte zijn oorzaak vindt in de eigen arbeid van de beroepsbeoefenaar. Het verbod op winstuitdeling krijgt derhalve pas betekenis indien de organisatie voldoende groot is om niet meer alle inkomsten als redelijke arbeidsvergoeding uit te keren aan de personen die de onderneming beheersen.

Een verbod voor bovenmatige winstuitkeringen door maatschappelijke ondernemingen kan worden neergelegd in wet- en regelgeving, maar het is moeilijk dit op een sluitende manier te verwoorden. De bestaande regelingen vertonen dan ook tekortkomingen en lekken. Via een winstdelende lening kan bijvoorbeeld een uitkeringsverbod worden omzeild. Ethische normen die de wet- en regelgeving ondersteunen zijn derhalve essentieel en wellicht nog belangrijker dan wet- en regelgeving⁴². Ten aanzien van de wenselijkheid van de uitkering van winst in het bijzonder door ziekenhuizen wordt een actief debat gevoerd. Ik laat die vraag in dit verband rusten en verwijs daarvoor naar de literatuur⁴³.

Winst kan dus de vergoeding zijn voor verschillende soorten activiteiten. Hierna zullen wij zien dat in het fiscaal recht deze verschillen ten dele van belang zijn voor de fiscale behandeling. Inkomsten uit beleggingen worden fiscaal anders behandeld dan ondernemingsinkomen. Er wordt echter geen

onderscheid gemaakt tussen een redelijk rendement en een overrendement. In § 5.3 zal ik verder uitwerken hoe de wenselijkheid te komen tot winstuitkering door maatschappelijke ondernemingen kan worden geïmplementeerd in een nieuw regime voor maatschappelijke ondernemingen.

⁴¹ Henry B. Hansmann, The Role of Nonprofit Enterprise, The Yale Law Journal, Volume 89, Number 5, April 1980, blz. 870-871.

⁴² Hansmann 1980, blz. 875.

⁴³ Advies Experiment met winsttoogmerk in de ziekenhuiszorg. Private winst voor het publieke belang, juni 2008, blz. 11.

3 Het nut van de maatschappelijke onderneming

De maatschappelijke onderneming is voortgekomen uit het particulier initiatief en de non-profit sector. Deze ontwikkeling moet men kennen om de hedendaagse positie van de maatschappelijke onderneming te kunnen duiden. Door de sterke bemoeienis van de overheid heeft een verstatelijking van het maatschappelijk middenveld plaatsgevonden. Ook internationaal heeft die ontwikkeling zich voorgedaan⁴⁴. Dat neemt niet weg dat maatschappelijke ondernemingen nog steeds sterk geassocieerd worden met het maatschappelijk middenveld en de zogenoemde ‘civil society’. Met name de Amerikaanse literatuur spreekt in idealistische termen over de civil society. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de maatschappelijke onderneming – zeker in de Nederlandse context - slechts een specifiek deel van de civil society omvat. Het betreft juist het deel dat wordt gekenmerkt door een grote mate van overheidsbemoeienis en professionalisering.

Civil society heeft verschillende aspecten die achtereenvolgens nader aan de orde worden gesteld. In de eerste plaats kan civil society worden gezien als een deel van de maatschappij naast zich naast de staat en de markt ten doel stelt het algemeen belang en collectieve actie te bevorderen⁴⁵. Tot de civil society worden alle verenigingen en netwerken tussen de familie en de staat gerekend, met uitzondering van de bedrijven. De civil society – het recht op vereniging - werd door de denkers van de verlichting gezien als een bescherming van de individuele rechten en vrijheden van de burgers tegen de overheid⁴⁶. Aanvankelijk is er in het leven van de burgers geen onderscheid te maken tussen hun sociale en economische activiteiten en relaties, maar met de ontwikkeling van de kapitalistische markteconomie wordt de economie een zelfstandige sfeer van door eigenbelang aangejaagde activiteit, waarin geen of te weinig plaats is voor morele overwegingen en solidariteit. Tegenover die moreel verschaalde burgerlijke maatschappij wordt de civil society geplaatst als sfeer waarin burgers vrijwillige en onbaatzuchtige relaties kunnen aangaan en zich bekommeren om gemeenschappelijke belangen⁴⁷. Verenigingen zijn van belang omdat zij de macht van centrale instituties beperken, pluraliteit beschermen en sociale normen koesteren zoals vertrouwen en samenwerking. De civil society is een bescherming

⁴⁴ Michael Edwards, *Civil Society*, 2004, blz. 35.

⁴⁵ Edwards, 2004, blz. vii-ix.

⁴⁶ Edwards, 2004, blz. 7.

⁴⁷ Paul Dekker, *De civil society als terrein en taak*, blz. 15-16.

tegen de dominantie van een groep en werpt een wal op tegen anti-democratische krachten. Deze opvattingen over de civil society zijn vooral sterk in de Verenigde Staten⁴⁸. De relatie met de overheid wordt gekenmerkt door wederkerigheid. De overheid maakt en beschermt het juridische systeem waarbinnen democratische verenigingen hun doeleinden kunnen nastreven. Tegelijkertijd beïnvloedt de civil society de overheid, controleert haar en dwingt de overheid zich te verantwoorden. Soms kunnen de overheid en civil society echter te nauw verbonden worden, waardoor hun verschillende rollen niet meer tot hun recht komen.

Kenmerkend van de civil society is dat het lidmaatschap vrijwillig is in plaats van juridisch verplicht. Opzegging is mogelijk zonder verlies van status of publieke rechten of voordelen. Democratische principes, zoals overleg, onderhandeling en overtuiging, worden gebruikt om doelen te bereiken in plaats van afgedwongen compliance of marktprikkels door de overheid⁴⁹. In Nederlandse verhoudingen dient de principiële vrijwilligheid ten aanzien maatschappelijke ondernemingen echter te worden genuanceerd. Zij worden immers meestal gereguleerd door een publiekrechtelijk kader dat hun bewegingsvrijheid beperkt. Een voorbeeld is de eerder genoemde beslissing van de Raad van State dat een woningcorporatie het publieke bestel niet kan verlaten⁵⁰.

In de tweede plaats wordt de civil society in normatieve termen gevangen binnen een sfeer van dienstbaarheid en nut, in plaats van eigenbelang. Het is een sfeer waarin waarden en gedrag, gericht op samenwerking, vertrouwen, tolerantie en geweldloosheid, worden ontwikkeld. De civil society refereert dan aan een geïdealiseerde maatschappijvisie, waarbij verenigingsleven kan worden gezien als een 'merit good'⁵¹. Civil kan in verschillende betekenissen worden gebruikt. Edwards betoogt: *"There is, however, an important difference between 'a society that is civil' because it possesses high levels of generalized trust and cooperation (or 'social capital' to use a now-conventional shorthand), and one that is 'civil' because it succeeds in solving particular public-policy dilemmas in ways that are just and effective"*⁵².

⁴⁸ Edwards, 2004, blz. 8.

⁴⁹ Edwards, 2004, blz. 20.

⁵⁰ Raad van State, 201002155/1/H3, LJN: BO1837.

⁵¹ Dekker, blz. 20.

⁵² Edwards 2004, blz. 39.

In het kader van dit betoog is met name de tweede betekenis relevant. De civil society kan een betere sfeer zijn om maatschappelijke problemen op te lossen. De civil society hoeft echter niet samen te vallen met een bepaalde categorie organisaties met bepaalde kenmerken. Het is slechts een sfeer waarin bepaalde organisaties dominant zijn, maar ook andere functioneren⁵³. Indien een maatschappelijke onderneming een effectief instrument is om 'public policy dilemmas' op te lossen, kan dat een rechtvaardiging zijn voor overheids-steun, bijvoorbeeld in de vorm van fiscale voordelen. Ik kom daar dadelijk op terug.

Gemeenschappen kunnen op drie manieren collectieve actie organiseren. Zij kunnen wet- en regelgeving uitvaardigen die worden gehandhaafd door de overheid. Zij kunnen vertrouwen op vrijwillige transacties van individuen op de markt (geld fungeert dan als coördinatiemechanisme om uitdrukking te geven aan de waarde van een ruilverhouding) en zij kunnen vertrouwen op sociale mechanismen als gevolg van vrijwilligerswerk, discussie en overeenstemming. De economische rol van civil society kan zijn het verzekeren van een bestaansminimum en het leveren van diensten op plaatsen waar de overheid en markten (te) zwak zijn en waar sociale waarden, netwerken en instituties die van belang zijn voor een markteconomie, zoals samenwerking en vertrouwen, kunnen zorgen voor versterking van het maatschappelijk belang⁵⁴. De sociale rol van de civil society is dat zij een reservoir is van zorgzaamheid, cultuur en intellectuele ontwikkeling en burgers de vaardigheden van actief burgerschap leert⁵⁵. De politieke rol van civil society is dat zij een tegenkracht vormt voor de overheid en bedrijven en als belangrijke promotor fungeert voor normen van 'good governance', zoals transparantie en verantwoording⁵⁶.

Na de Tweede Wereldoorlog is tot midden jaren zeventig in sterke mate gebruik gemaakt van overheidsregulering. Daarna is weer meer ruimte gegeven aan de markt⁵⁷. Thans lijkt de pendule weer een andere kant uit te bewegen en nu in de richting van de civil society. Het is belangrijk om te onderstrepen dat maatschappelijke ondernemingen zich onderscheiden van veel vrijwilligersorgani-

⁵³ Dekker, blz. 17.

⁵⁴ Edwards 2004, blz. 13.

⁵⁵ Edwards 2004, blz. 13.

⁵⁶ Edwards 2004, blz. 15.

⁵⁷ Edwards 2004, blz. 11.

saties door de hoge mate van professionalisering. De kerntaken van zorg- en onderwijsinstellingen en woningcorporaties kunnen maar in zeer beperkte mate worden overgenomen door vrijwilligers.

In de derde plaats wordt de civil society beschouwd als de plaats voor publiek debat en dialoog en de plek waar invulling wordt gegeven aan actief burgerschap en de politieke strijd wordt gevoerd.

3.2 Waarom bestaan er gemengde markten?

In veel landen zijn non-profit, for-profit en publieke organisaties op hetzelfde terrein actief. Waarom bestaan deze gemengde markten? In de eerste plaats zouden de heterogene voorkeuren van consumenten een niche kunnen creëren voor non-profitorganisaties. Oprichters met een sterke ideologische voorkeur, zullen eerder een non-profitorganisatie oprichten omdat zij meer waarde hechten aan de ideologie dan aan de mogelijkheid winst te maken⁵⁸. Voor consumenten met een zelfde ideologische voorkeur zou dat een argument kunnen zijn om te kiezen voor de dienstverlening door een organisatie met dezelfde ideologische grondslag. Een ideologisch gedreven organisatie heeft als voordelen dat zij beter in staat is gemotiveerd personeel aan te trekken en fondsen te werven (specifiek gemotiveerd door de ideologische grondslag). Een (ideologische) non-profit zou daardoor een kwaliteits- en kostenvoordeel kunnen realiseren. In de Nederlandse maatschappij is het belang van de ideologische grondslag in de loop van de tijd afgenomen.

De non-profit-rechtsvorm fungeert thans vooral als signaal naar het publiek dat het management de inkomsten niet ten eigen bate zal aanwenden. Uit onderzoek blijkt dat non-profit-ziekenhuizen meer gratis zorg verstrekken dan for-profit-ziekenhuizen. In een competitieve markt blijken overigens ook de non-profit-ziekenhuis minder gratis zorg aan te bieden⁵⁹. Bovendien kan een non-profitorganisatie meer differentiatie in het aanbod aanbrenge. Een academisch ziekenhuis zou zich kunnen richten op alleen de gecompliceerde patiënten. Voor de specialisten die daar werkzaam zijn, kan dat juist een argument zijn om voor een academisch ziekenhuis te kiezen.

⁵⁸ Christoph Badelt, *Entrepreneurship theories of the non-profit sector*, *Voluntas*, 8:2, 1997, 162-178.

⁵⁹ M. Schlesinger, J. Bentkover, D. Bluemthal, R. Musacchio en J. Willers. *The privatization of health care and physicians' perceptions of access to hospital services*, *The Midbank Quarterly*, 65, 1, 25-58.

Een ander argument voor de non-profitorganisatie is dat consumenten zouden kunnen vrezen dat een op winst gerichte onderneming tracht de kwaliteit te verminderen om zodoende de winst te maximaliseren. De non-profitdoelstelling biedt waarborgen tegen dergelijk gedrag, omdat het management niet gericht is op winstmaximalisatie. De non-profitorganisatie zou daardoor een adequaat antwoord kunnen zijn op een bepaalde vorm van marktfalen⁶⁰. De markt kan om verschillende redenen falen: ze kan niet functioneren voor zuiver collectieve goederen, houdt geen rekening met externe effecten, er kan marktmacht ontstaan, ze wordt gehinderd door informatieasymmetrie. De non-profitorganisatie zou een antwoord kunnen zijn op deze vormen van marktfalen⁶¹.

In het kader van non-profitorganisaties kan ook nog worden gewezen op het feit dat de koper een ander persoon kan zijn dan de ontvanger van de dienst (donaties aan ontwikkelingsorganisaties), hetgeen een specifieke vorm van informatieasymmetrie vormt. Naar non-profitorganisaties spelen ook een rol bij markten met prijsdiscriminatie (bepaalde consumenten zijn bereid meer te betalen voor een dienst). Bij non-profitorganisaties wordt de prijs ten dele vervangen door donaties. De consumenten die tevens doneren, betalen de facto meer. Non-profitorganisaties zijn daardoor vooral dominant in markten, waar consumenten relatief een groot risico lopen 'uitgebuit' te worden, waar het belang van de consument bij de kwaliteit van dienstverlening hoog is en waar er weinig keuzemogelijkheden zijn dan wel de kosten hoog zijn om van dienstverlener te veranderen. Een ideologische grondslag zou daarbij als extra waarborg kunnen fungeren.

Ook bij een non-profitorganisatie kan het management op verkapte wijze voordelen aan de non-profit-instelling onttrekken via de arbeidsvoorwaarden (salaris, opleidingen, gunstige arbeidstijden) of via andere contractuele relaties (het verhuren van vastgoed tegen een niet marktconforme prijs). Dat risico neemt toe naarmate de non-profit-status meer voordelen biedt. Rose-Akerman betoogt: *The risk of such opportunistic behaviour will be more important the greater the public subsidy provided to non-profits, and the more regulatory constraints favour non-profits. If the financial benefits of the non-profit form are very large,*

⁶⁰ Hansmann 1980, blz. 845 en Glaeser/Shleifer, *Not-for-profit entrepreneurs*, *Journal of Public Economics* 81 (2001), blz. 100.

⁶¹ Hansmann 1980, blz. 845-868.

the monitoring task of the government is increased. The higher the level of monitoring, the greater the risk that the state oversight will undermine the product differentiation and quality control benefits of the non-profit sector.⁶²

Non-profitorganisaties hebben echter ook problemen met de non-profit-rechtsvorm⁶³. De rechtsvorm beperkt hen in het aantrekken van kapitaal. De consument heeft niet de garantie dat wat hij betaalt ook ten bate komt van de aan hem verleende diensten. Binnen de non-profitorganisatie kan kruissubsidiëring plaatsvinden. Door het ontbreken van de winstdoelstelling zijn er minder prikkels voor het management om efficiënt te werken. De mogelijkheid winst te maken trekt sneller concurrenten aan, waardoor alle ondernemingen die actief op de markt zijn zich sneller moeten aanpassen aan de vraag op de markt. Het voordeel van een overheidsorganisatie ten opzichte van een maatschappelijke (of commerciële onderneming) is dat zij belastingen kan heffen om het aanbod van publieke goederen te financieren. Dat is een belangrijk voordeel als het gaat om de financiering van een zuiver collectief goed. De overheid heeft daardoor toegang tot relatief goedkoop kapitaal, hetgeen een groot voordeel is om kapitaalintensieve investeringen te financieren. Een overheidsorganisatie is bovendien ingebed in een democratisch systeem waarin verantwoording moet worden afgelegd aan het publiek.

Overheidsorganisaties kunnen echter te maken hebben met verschillende vormen van overheidsfalen, zoals invloed van lobbyisme, informatieachterstand, commitment en geloofwaardigheidsproblemen. Een non-profitorganisatie kan daardoor een aantal voordelen boven een overheidsorganisatie hebben⁶⁴. Een non-profitorganisatie biedt de ruimte om ook diensten aan te bieden aan een kleine groep van personen die onvoldoende politieke macht heeft om te bewerkstelligen dat die diensten via de overheid worden aangeboden⁶⁵. Een non-profitinstelling wordt geacht responsiever te zijn voor de behoeften van de burgers dan een overheidsorganisatie. Non-profitorganisaties zijn meer onderworpen aan de tucht van de markt indien zij actief zijn op een markt met private aan

⁶² Rose-Ackerman, Altruism, ideological entrepreneurs and the non-profitfirm, *Voluntas*, 8:2, 1997, 120-134.

⁶³ Hansmann 1980, blz. 877-879.

⁶⁴ Hansmann 1980, blz. 894-896.

⁶⁵ Bruce R. Kingma, Public good theories of the non-profit sector: Weisbrod revisited, *Voluntas*, 8:2, 1997, 135-148.

bieders. Op een markt waar overheidsorganisaties actief zijn, is het aanbod veelal beperkt. De overheidsorganisatie kent een meer hiërarchische bureaucratistische structuur die minder geschikt is om een onderneming aan te sturen. In de literatuur bestaat geen overeenstemming over de vraag of non-profitorganisaties een goed antwoord vormen op marktfalen. Het CPB⁶⁶ heeft onderzoek gedaan naar non-profitorganisaties die actief zijn op het terrein van de ziekenhuiszorg, kinderopvang en arbeidsbemiddeling. De hypothese was dat non-profitorganisaties bepaalde vormen van marktfalen (verminderde toegang tot diensten en verminderde kwaliteit van diensten) zouden kunnen corrigeren. Het onderzoek is gebaseerd op data en literatuur uit de Verenigde Staten en Canada. Daaruit kan worden geconcludeerd dat non-profitorganisaties slechts incidenteel betere kwaliteit van dienstverlening verlenen dan profit-organisaties. Het enkele feit dat het lichaam niet naar winst streeft, is dus geen rechtvaardiging voor een faciliteit op grond van de stelling dat non-profitorganisaties betere kwaliteit leveren. Er is wel enig bewijs voor de stelling dat non-profitorganisaties een positieve bijdrage leveren aan de toegang tot diensten in markten met weinig concurrentie en voor specifieke groepen van consumenten. Een non-profitorganisatie levert daarmee wel een bijdrage aan een rechtvaardige verdeling van de welvaart.

Dat effect hoeft echter niet te automatisch ook (fiscale) faciliteiten te rechtvaardigen voor non-profitorganisaties. Dezelfde verdelingseffecten kunnen immers wellicht ook op een andere (betere) wijze worden verkregen. Het CPB⁶⁷ verbindt nog drie additionele voorwaarden aan de mogelijkheid van non-profitorganisaties om het marktfalen te kunnen verminderen. In de eerste plaats moet het lastig zijn om de gewenste output via de reguliere markt te contracteren. In de tweede plaats moeten de non-profitorganisaties geen donated labour vereisen (extra werk en/of inzet dat wordt verricht zonder extra vergoeding) en/of donaties (substitutie-effect). In de derde plaats moeten de non-profitorganisaties niet tot gevolg hebben dat for-profitorganisaties zich omvormen tot non-profitorganisaties om langs die weg subsidies binnen te halen. Het CPB⁶⁸ concludeert dat voor de zorg die wordt verstrekt door ziekenhuizen en kinderopvanginstellingen

⁶⁶ Pierre Koning, Joëlle Noailly and Sabine Visser, Do non-profits make a difference?, CPB document No. 142, 2006.

⁶⁷ Koning/Noailly/Visser 2006, blz. 10.

⁶⁸ Koning/Noailly/Visser 2006, blz. 10.

aan personen met een laag inkomen, relatief transparant is en daardoor goed contracteerbaar is. Verder concluderen de onderzoekers dat ook bij non-profitorganisaties 'rents extraction' plaatsvindt. Dat wil zeggen dat economische voordelen worden onttrokken en niet toekomen aan de consument. De loonkosten liggen niet lager dan bij for-profitorganisaties, de efficiency kosten zijn gelijk en zij reageren gelijk op veranderingen van de concurrentieverhoudingen. De onderzoekers van het CPB trekken een scherpe conclusie: *“Overall, for the three sector under consideration the case for favouring NFP organisations by the government is weak: (i) NFPs do not seem to make a systematic difference in quality of accessibility of services; (ii) Residual market failures are often hard to substantiate; (iii) Some performance aspects of accessibility and – to a lesser extent – quality can be contracted upon, irrespective of the legal status of organisations; (iv) Public sector support for NFPs may crowd out private donations and donated labour; and (iv) Public support may trigger FP organisations to become NFP as well, but maximising rents extraction by other means than profit extraction. To conclude, the most apparent form of public sector intervention in mixed markets therefore is that of regulation. In particular, the public sector can increase market transparency and set quality standards, or subsidise the provision of services for particular consumer types or particular market types.”.*

Er is dus volgens de onderzoekers van het CPB geen economisch argument voor de overheid om non-profitorganisaties in het algemeen te subsidiëren of andere faciliteiten te geven dan for-profitorganisaties enkel op basis van de non-profit-status. Non-profitorganisaties kunnen waarschijnlijk wel een positieve bijdrage leveren indien sprake is van aanzienlijk marktfalen, dat moeilijk kan worden opgelost door de overheid. Deze conclusie betekent dat vooralsnog – vanuit een economische invalshoek - er geen rechtvaardiging is voor een fiscale faciliteit. Er zal nader onderzoek moeten worden gedaan of er rechtskundige, sociologische, bestuurskundige of politieke argumenten zijn om fiscale faciliteiten voor de civil society en maatschappelijke ondernemingen in het bijzonder te rechtvaardigen.

4 De winstbepaling van maatschappelijke ondernemingen

Wij hebben het in § 2.2 en § 2.6 gehad over de functie van winst bij de maatschappelijke onderneming. Vervolgens komt de vraag aan de orde wat winst is en hoe die bij maatschappelijke ondernemingen moet worden vastgesteld. Dat is een belangrijk en ingewikkeld vraagstuk. Om Irving Fisher te citeren: *“Income plays an important role in all economic problems. It is income for which capital exits; it is income for which labour is exerted; and it is the distribution of income which constitutes the disparity between rich and poor”*⁶⁹. Later merkte hij op: *“The concept of income is, without exception, the most vital central concept in economic science and that on fully grasping its nature and interpretations with other concepts largely depend the full fruition both of economic theory and of its application to taxation and statistics”*⁷⁰. In het beperkte bestek van deze bijdrage is het dus onmogelijk om het probleem van winst in alle genuanceerde facetten aan de orde stellen. Ik beperk mij daarom tot de volgende observaties die ik in de volgende paragrafen zal toelichten.

- Er bestaat een spanning tussen een economisch winstbegrip en een meetbaar winstbegrip.
- Het hybride karakter van maatschappelijke ondernemingen is van belang voor de wijze van winstbepaling.
- Maatschappelijke investeringen worden niet op de balans gewaardeerd.
- Er bestaat behoefte aan normering van het vermogen van maatschappelijke ondernemingen in aanvulling op de balanswaardering.
- De specifieke verslaggevingsregels voor maatschappelijke ondernemingen roepen additionele fiscale winstbepalingsvragen op.

4.1 De spanning tussen een ruim economisch winstbegrip en een meetbaar winstbegrip

In beginsel wordt winst in de economie ruim gedefinieerd. Inkomen is alles wat voor het individu nut oplevert en bijdraagt aan zijn welzijn. Ofwel: *‘the possibly dominating psychological effects that determine a person’s overall well-being’*⁷¹. Een probleem van een begrip als ‘welzijn’ is dat het niet exact of concreet meetbaar is. Het is subjectief, abstract en inherent complex⁷². Om welvaartspolitieke doeleinden (zoals belastingheffing en inkomensverdeling) is een meer concrete

⁶⁹ Irving Fisher, *The Nature of Capital and Income*, Macmillan, New York, 1906.

⁷⁰ Irving Fisher, *Comment on President Plehn’s Address, 1924 14(1)*, *American Economic Review*, 64.

⁷¹ Kevin Holmes, *The concept of income, A Multi-disciplinary analysis*, blz. 8.

⁷² Holmes, blz. 6.

meetbare maatstaf noodzakelijk. Traditioneel is deze maatstaf gevonden in het monetaire inkomen of vermogen van individuen. Goode betoogt: *“the belief that the individual tax is the fairest of all taxes arises from the conviction that it accords best with ability to pay. Net income is a measure of a person’s capacity to command economic resources, and, intuitively, its seems to be a good indicator of ability to help finance government”*⁷³. Het meetprobleem doet zich ook voor bij maatschappelijke ondernemingen. De winst (of waardecreatie) van een maatschappelijke onderneming kan worden onderscheiden in⁷⁴:

- financieel-economische winst: deze wordt gecreëerd als er financiële opbrengst is bij een investering voor de organisatie zelf;
- sociaal-economische winst: de kwantificeerbare waarde die wordt gevormd door de positieve en negatieve effecten van het beleid, een onderneming of project voor de samenleving (gekwantificeerd bijvoorbeeld via een kosten-batenanalyse. Het CPB⁷⁵ heeft een methodiek ontwikkeld voor de evaluatie van infrastructurele projecten en ook in de sfeer van non-profitorganisaties wordt gepoogd de ‘social return on investment’ te kwantificeren;
- sociale of maatschappelijke winst: de niet of moeilijk in financiële termen te kwantificeren positieve en negatieve effecten van beleid, een onderneming of een project (er kan ook worden gesproken van maatschappelijk of sociaal nut). Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een project van een woningcorporatie gericht op sociale cohesie.

De mate waarin maatschappelijke ondernemingen erin slagen hun doelstellingen te realiseren, inclusief het genereren van maatschappelijke en sociaal-economische waarde, is bepalend voor hun bestaansrecht. Voor de legitimiteit van de maatschappelijke onderneming is het daarom essentieel dat zij zich verantwoordt over de mate waarin zij erin is geslaagd maatschappelijk nut toe te voegen en tegen welke prijs.

Bij op winst gerichte ondernemingen is de belangrijkste doelstelling van de verslaggeving het geven van inzicht in de financiële positie (de omvang en samenstelling van het vermogen en resultaat), alsmede de financiële levensvatbaar

⁷³ Richard Goode, *The Individual Income Tax*, 1976, The Brookings Institution. en R.A. Musgrave, *In defense of an Income Concept*, 1967 81, *Harvard Law Review*, 44, 50.

⁷⁴ Peter Scholten, *Maatschappelijk rendement gemeten*, 2003, blz. 38.

⁷⁵ Carel J.J. Eijgenraam, Carl C. Koopmans, Paul J.G. Tang, *Evaluatie van infrastructuurprojecten*. Leidraad voor kosten-batenanalyse, CPB.

heid van de organisatie. Bij een maatschappelijke onderneming is de financiële situatie een belangrijke randvoorwaarde bij het bereiken van de doelstelling, waardoor de financiële informatie eveneens van belang is voor gebruikers. Deze financiële informatie is echter niet voldoende voor gebruikers. Het is essentieel om door middel van niet-financiële informatie inzicht te geven in de activiteiten van de organisatie om te kunnen bepalen in welke mate de organisatie erin slaagt om op een effectieve en efficiënte wijze haar doelstellingen te bereiken.

Een grote uitdaging is te voorkomen dat deze verantwoording over prestaties via niet-financiële informatie onttaardt in een bureaucratisch verantwoordingsproduct dat vooral een beschrijvend karakter heeft. Bovendien en wordt in antwoord op de roep om verantwoording indicatoren ontwikkeld die een eigen leven kunnen gaan leiden. De indicator krijgt een performatief karakter. De indicator geeft niet alleen de werkelijkheid weer, maar vormt de werkelijkheid, omdat de organisatie – in de wens goed te scoren – zich richt op het behalen van de criteria. Dat hoeft geen probleem te zijn indien de indicatoren voldoende aansluiten bij de werkelijke succesfactoren van de organisatie. De werkelijkheid laat zich echter vaak niet goed vatten in een beperkt aantal verklarende indicatoren. Het gebruik van meetbare indicatoren stimuleert ook de definitie van concrete producten en diensten. Daarmee wordt voorbijgegaan aan het feit dat de diensten die door veel maatschappelijke ondernemingen worden aangeboden, niet daartoe herleid kunnen worden, maar juist tot stand komen in een wederkerige relatie tussen bijvoorbeeld arts en patiënt of docent en student. De kwaliteit van de dienst hangt direct samen met de kwaliteit van die relatie en de waarde die daarin gecreëerd wordt. Het geven van ruimte en vertrouwen is essentieel als tegelijkertijd een rem moet worden gezet op de regeldruk. Onontkoombaar zullen er dus zaken mis gaan, maar de incidenten moeten niet te snel worden veralgemeniseerd naar een systeemprobleem. (Commissie Stevens)

4.2 De hybriditeit van maatschappelijke ondernemingen en hun winstbepaling

De jaarrekening is - net als voor het bestuur van commerciële ondernemingen - een belangrijk verantwoordingsinstrument voor het bestuur van de maatschappelijke onderneming. Deze verantwoording is van fundamentele betekenis in een democratische samenleving. Meer nog dan bij commerciële ondernemingen heeft een maatschappelijke onderneming een brede en diverse groep van

stakeholders, waaraan verantwoording moet worden afgelegd. Deze groep onder andere bestaande uit donateurs, subsidiegevers, verschaffers van vreemd vermogen, overkoepelende organen, toezichthouders, werknemers, cliënten, burgers, kiezers, bestuurders en politici, hebben een specifieke informatie-behoefte⁷⁶. Het doel van de jaarrekening is hen inzicht te geven in de omvang en samenstelling van het resultaat en vermogen van de maatschappelijke onderneming. Een consequentie van de diversiteit van de gebruikers kan zijn dat er ook verschillende informatiebehoeften bestaan.

De maatschappelijke onderneming kan worden gekenschetst als een hybride organisatie, omdat markt- en publieke activiteiten worden gecombineerd. Dit heeft ook gevolgen voor de verslaggeving over de winst, het vermogen en de activiteiten van de organisatie. In de verslaggevingsliteratuur⁷⁷ wordt onderscheid gemaakt tussen non-profitorganisaties waarvan de financiële middelen geheel of grotendeels bestaan uit de opbrengsten van goederen en diensten die door middel van ruiltransacties op de markt worden gerealiseerd (A organisaties). Er bestaat voor deze organisaties, zoals woningcorporaties en ziekenhuizen, geen principieel verschil met de op winst gerichte ondernemingen. Daarnaast zijn er B organisaties. Dit zijn de organisaties die een belangrijk deel van de inkomsten verkrijgen uit andere bronnen dan de verkoop van goederen en diensten, bijvoorbeeld uit subsidies of donaties en contributies. Maatschappelijke ondernemingen kunnen echter niet eenduidig tot de A of B organisaties worden gerekend. Een onderwijsinstelling is bijvoorbeeld vooral afhankelijk van overheidssubsidies (B organisatie), terwijl een woningcorporatie de activiteiten voornamelijk moet bekostigen uit eigen middelen (A organisatie).

Het feit dat een maatschappelijke onderneming in beginsel geen aandeelhouders heeft (althans de winst kan niet worden uitgekeerd aan aandeelhouders), hoeft niet te betekenen dat de verslaggeving principieel moet verschillen van de verslaggeving door op winst gerichte organisaties. De stakeholders van de maatschappelijke onderneming hebben immers belang bij de continuïteit van de organisatie, waarvoor de financiële situatie een belangrijke randvoorwaarde is. Op zich is er dus geen reden om aan de begrippen winst en vermogen een

andere inhoud te geven dan plaatsheeft in het geval sprake is van een op winst gerichte organisatie⁷⁸. Wel moet steeds het doel waarvoor de winst en vermogen als indicator worden gebruikt, in het oog worden gehouden. Bij op winst gerichte organisaties zijn de primaire prestatie-indicatoren weergegeven door middel van financiële verslaggeving en de secundaire indicatoren door middel van de niet-financiële verslaggeving. Bij OZWs is het omgekeerde het geval⁷⁹. Dat betekent dat ook aan de winst in het kader van de verantwoordingsfunctie een andere betekenis toekomt.

In Titel 9 boek 2 BW zijn de algemene regels opgenomen voor de verslaggeving van ondernemingen. Ingevolge artikel 2:360 lid 3 BW moeten de stichtingen en de verenigingen die een of meer ondernemingen in stand houden die aan bepaalde netto-omzetcriteria voldoen, de bepalingen van Titel 9 Boek 2 BW toepassen. Deze rechtspersonen worden wel aangeduid als ‘*ondernemende stichtingen en verenigingen*’ of ‘*commerciële stichtingen en verenigingen*’. In de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving zijn specifieke regels opgenomen voor commerciële stichtingen en verenigingen (RJ 630)⁸⁰, OZWs (RJ 640), woningcorporaties (RJ 645), fondswervende instellingen (RJ 650) en voor zorg- en onderwijsinstellingen (RJ 655 en 660). Deze specifieke regels hangen samen met sectorale regelgeving waarin nadere verslaggevingseisen zijn opgenomen voor bijvoorbeeld zorg- en onderwijsinstellingen. Vanzelfsprekend zijn er ook verschillen met de verslaggeving van commerciële organisaties die veroorzaakt worden door verschillen in doelstelling, financiering, activiteiten en informatiebehoeften van gebruikers.

In de verslaggevingsregels is dus als benadering gekozen dat de winstbepalingsregels voor de commerciële ondernemingen als uitgangspunt fungeren en op basis daarvan voor maatschappelijke ondernemingen uitzonderingen en verbijzonderingen zijn geformuleerd. Het voordeel van deze benadering is dat minder snel afwijkingen tussen de regels van commerciële en maatschappelijke ondernemingen kunnen ontstaan, zonder dat het bijzonder karakter van een maatschappelijke onderneming die afwijking rechtvaardigt⁸¹. Een voordeel van

⁷⁸ Hartman/Herremans/Mentink 2009, blz. 61.

⁷⁹ Hartman/Herremans/Mentink 2009, blz. 29-36.

⁸⁰ Commerciële stichtingen en verenigingen treden in concurrentie met ondernemingen, maar zij hoeven niet naar winst te streven.

⁸¹ Hartman/Herremans/Mentink 2009, blz. 61.

⁷⁶ Hartman/Herremans/Mentink 2009, blz. 29-36.

⁷⁷ M.N. Hoogendoorn, J. Klaassen en F. Krens, Externe Verslaggeving in theorie en praktijk 4e druk, deel 2 J. Aukes en J. Maat, Non-profitorganisaties, blz. 1534

zelfstandige regels is echter dat de regelgeving zeer nauwkeurig kan aansluiten bij de specifieke verslaggevingseisen van de desbetreffende OZW. De regels kunnen dan meer consistent worden doordacht vanuit een principieel ander uitgangspunt, namelijk dat de onderneming niet gericht is op het maken van winst. Het antwoord op de vraag of dat tot (heel) andere regels leidt dan nu het geval is, vergt nader onderzoek.

4.3 Maatschappelijke investeringen worden niet gewaardeerd

De jaarrekening moet een getrouw inzicht geven in de samenstelling en de omvang van het vermogen en resultaat. De waardering van activa en passiva op de balans is daarom essentieel. De waardering van de (vaste) activa is onder andere afhankelijk van de aard en het gebruik van het vermogensbestanddeel. In de verslaggevingsregels zijn daarom zeer gedetailleerde regels opgenomen. De activa kunnen worden gewaardeerd op basis van verschillende waarderingsgrondslagen zoals: kostprijs (verkrijgings- of vervaardigingsprijs) of actuele waarde. Actuele waarde betreft de vervangingswaarde, de bedrijfswaarde, de marktwaarde en de opbrengstwaarde (artikel 1 Besluit Actuele Waarde). De waarderingsgrondslag die moet worden gehanteerd hangt af van het gebruik. Illustratief is de waardering van woningen door een woningcorporatie. Verkoop van de woningen is vaak niet het doel, noch mogelijk, voor de woningcorporatie en de huur is niet marktconform. In RJ 645.206 is specifiek bepaald dat de eerste waardering van een onroerende zaak in exploitatie dient te geschieden tegen de verkrijgings- of vervaardigingsprijs (inclusief de transactiekosten) dan wel lagere bedrijfswaarde. Het verschil tussen de boekwaarde en de bedrijfswaarde van de onroerende zaken die onderdeel zijn van de kasstroomgenererende eenheid waartoe de nieuw te waarden onroerende zaken gaan behoren, wordt in aanmerking genomen als een bijzonder waardeverminderverslies bij eerste waardering. Na de eerste waardering worden de onroerende zaken in exploitatie bestemd voor de verhuur gewaardeerd tegen hetzij actuele waarde (de bedrijfswaarde), hetzij historische kosten (RJ 645.208). De bedrijfswaarde bestaat uit het schatten van de toekomstige in- en uitgaande kasstromen⁸² bij voortgezet gebruik en bij het uiteindelijk afstoten en contant maken van deze kasstromen

⁸² In de schattingen van de kasstromen dienen de volgende posten te worden meegenomen: 1. prognose van de huuropbrengsten (rekeninghoudend met leegstand en oninbare vorderingen), 2. prognose van de kasuitgaven die noodzakelijk zijn om de kastontvangsten te genereren en die direct kunnen worden toegewezen of toegerekend op een redelijke of consistente wijze en 3. prognose van de netto kasstroom aan het einde van de exploitatieperiode.

tegen een passende disconteringsvoet⁸³. De marktwaarde van de onroerende zaken – in vrije staat - is veel hoger.⁸⁴ Deze zogenoemde value gap wordt door verschillende factoren veroorzaakt die ik in dit kader onbesproken laat. Ook voor onroerende zaken in ontwikkeling bestemd voor eigen exploitatie, geldt dat deze in beginsel worden gewaardeerd tegen verkrijgings- of vervaardigingsprijs. Bij de beoordeling of, en in hoeverre, er sprake is van een bijzonder waardeverminderverslies dient rekening gehouden te worden met de boekwaarde en de reële waarde van de onroerende zaken van de kasstroomgenererende eenheid waartoe de onroerende zaken gaan behoren. Een eventuele waardevermindering dient in aftrek te worden gebracht op de waardering van de onroerende zaak in ontwikkeling. Indien de afwaardering hoger is dan de waarde van de onroerende zaak in ontwikkeling, dient de onroerende zaak op nihil te worden gewaardeerd en moet een voorziening worden getroffen (RJ 645.211-212).

Maatschappelijke investeringen worden genegeerd

Een consequentie van deze wijze van waarden is dat de onderrentabiliteit direct tot uitdrukking wordt gebracht in de waarde van de activa. Op zich zelf is dat terecht, omdat de activa bij deze aanwending nu eenmaal niet meer waard zijn. Tegelijkertijd is het verlies dat optreedt door de afwaardering, het gevolg van een bewuste beleidskeuze die inherent is aan de maatschappelijke doelstelling waarvoor de woningcorporatie is gesteld. De investering in de onrendabele top werpt ook in de toekomst nut af voor de woningcorporatie, echter geen nut die kwantificeerbaar is, omdat voor dit deel van de investering de kasstromen juist ontbreken en in de toekomst ook niet te verwachten zijn.

Bij publieke organisaties vormt maatschappelijk nut naast economisch nut (financieel economisch rendement) een onmisbaar activeringscriterium en worden activa erkend voor zowel economisch als maatschappelijk nuttige inves-

⁸³ De disconteringsvoet is gelijk aan de rente in de markt voor woningcorporaties. Aangezien de markt voor woningcorporaties een eigen risicoprofiel heeft is het toegestaan om tijdelijke verschillen tussen de disconteringsvoet en de actuele marktrente van de leningenportefeuille door middel van een rentabiliteitscorrectie mee te nemen bij de berekening van de bedrijfswaarde (RJ 645.208).

⁸⁴ Johan Conijn en Frans Schilder, How Housing associations lose their value: the value gap in the Netherlands, ERES Conference Paper, Stockholm, 2009 en Naar een integrale hervorming van de woningmarkt Commissie Sociaal-Economische Deskundigen, april 2010, blz. 63.

teringen⁸⁵. Als activa met een maatschappelijk nut niet in de jaarlijkse kosten-toerekening worden betrokken, kan men geen optimale afstemming van nut en lasten tot stand brengen. In de internationale standaarden die voor overheidsorganisaties gelden (IPSAS-standaarden), worden ook activa die geen kasstroom genereren, erkend. IPSAS 11 merkt daarover op:

“Assets provide a means for entities to achieve their objectives. Assets that are used to deliver goods and services in accordance with an entity’s objectives, but which do not directly generate net cash inflows, are often described as embodying service potential. Assets that are used to generate net cash inflows are often described as embodying future economic benefits. To encompass all the purposes to which assets may be put, this Standard uses the term “future economic benefits or service potential” to describe the essential characteristic of assets”. Een zogenoemde non-cash-generating unit wordt afgewaardeerd indien de contante waarde van het service potentieel lager is dan de boekwaarde (IPSAS 21).

In de RJ’s wordt meer gewicht toegekend aan het bedrijfsmatige karakter van de woningcorporaties, waardoor de onroerende zaken op de indirecte opbrengst-waarde moeten worden gewaardeerd. In het fiscale recht – ik kom daar later op – mag niet zonder meer rekening worden gehouden met de onderrentabiliteit bij eerste activering.

Waardeschommelingen

Een ander aspect is dat de bedrijfswaarde (indirecte opbrengstwaarde) van de actieve (onroerende zaken) mede beïnvloed wordt door de verandering van de rente-stand, waartegen de kasstromen contant worden gemaakt. Een deel van de waardeverandering lijkt daardoor een boekhoudkundig karakter te hebben. Stijgt de disconteringsvoet dan daalt de waarde van de onroerende zaken en bij een daling van de rentevoet, treedt een waardeinstijging op. De waardemutatie die hierdoor wordt veroorzaakt, heeft echter weinig te maken met de feitelijke bedrijfsvoering. Bovendien kan van verslaggevingsregels ook een zelfstandige werking uitgaan op de bedrijfsvoering, bijvoorbeeld de financieringsruimte en investeringsbeslissingen.

⁸⁵ Handboek Public Management 2009, blz. 32.

4.4 De behoefte aan normering van vermogen

Bij de waardering van het vermogen van maatschappelijke ondernemingen speelt ook een rol dat deze ondernemingen in het publieke domein actief zijn. De politiek en het publiek staan kritisch tegenover te grote vermogens van maatschappelijke ondernemingen. Bij een aanzienlijk eigen vermogen bestaan minder mogelijkheden voor het Rijk om het beleid bij te sturen en te waarborgen dat publiek geld uiteindelijk efficiënt en effectief wordt ingezet⁸⁶. Tegelijkertijd hebben ook maatschappelijke ondernemingen behoefte aan een adequaat vermogen om hun doelstellingen na te streven en de continuïteit te waarborgen. Dat betekent dat niet alleen inzicht moet worden verkregen in de omvang van het vermogen, maar ook dat de vraag moet worden beantwoord in hoeverre er een vermogenoverschot of –tekort is, gezien de taken en risico’s van de maatschappelijke onderneming. In het recente debat over de bezuinigingen in het Hoger Onderwijs was bijvoorbeeld de stelling van de staatssecretaris van Onderwijs, Halbe Zijlstra, dat de onderwijsinstelling over ruim voldoende reserves beschikten om de bezuinigingen te bekostigen. Maar hoeveel vermogen heeft een onderwijsinstelling nodig? Het CFV ontwikkelt dergelijke normen voor woningcorporaties.

Normering van vermogen is lastig, omdat de specifieke omstandigheden van de maatschappelijke onderneming kunnen verschillen en over een langere termijn inschattingen moeten worden gemaakt van de toekomstige ontwikkelingen. De discussie over de dekkingsgraad van pensioenfondsen is illustratief voor de ingewikkeldheid van het maken van goede normen. Door een stijging van de levensverwachting, een lage rente en de gedaalde beurskoersen zijn de vermogenoverschotten die eind jaren tachtig van de 20e eeuw zo omvangrijk waren, dat de introductie van een vermogenoverschotheffing werd overwogen, omgeslagen in een beperkte dekkingsgraad en in een aantal gevallen zelfs in een tekort. Het is desondanks van belang dat er standaarden worden ontwikkeld die een goed beeld geven van de werkelijke waarde van een maatschappelijke onderneming in het licht van hun doelstelling en die inzicht geven in de vrije middelen⁸⁷. Bij de ontwikkeling van normen dient vanzelfsprekend rekening te worden gehouden met de grote verschillen die tussen de sectoren en organisa-

⁸⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 27 066, nrs. 1-2, blz. 6.

⁸⁷ Zie in dit verband het artikel van Vincent Gruis, Beter inzicht met de bedrijfswaarde. Een alternatieve balans voor woningcorporaties, MAB oktober 2003, blz. 430 e.v.

ties binnen een sector bestaan. Ook dient bestuurlijk een afweging te worden gemaakt tussen de normering van het vermogen en de gewenste autonomie van organisaties.

4.5 Specifieke waarderingsregels voor maatschappelijke ondernemingen met fiscale consequenties

In het algemeen kunnen er verschillen bestaan tussen de commerciële en fiscale regels voor de winstbepaling. Deze verschillen worden veroorzaakt door dat de doelstellingen van commerciële en fiscale regels verschillen. Ingrepen van de regelgever in beide regelcategorieën leiden tot nieuwe verschillen. Zo heeft de introductie door de fiscale wetgever van specifieke regels voor de afschrijving van activa belangrijke verschillen geïntroduceerd tussen de fiscale en commerciële winstbepaling. Tegelijkertijd heeft de ontwikkeling in de verslaggeving, inhoudende dat bepaalde activa op marktwaarde moeten worden gewaardeerd – ook indien dat leidt tot een waardering boven de historische kostprijs – tot gevolg dat de afstand met het fiscale winstbegrip dat nog steeds sterk rust op het realisatiebeginsel, groter wordt. Het realisatie beginsel houdt immers in dat de fiscale winst pas in aanmerking wordt genomen indien de winst is gerealiseerd (bijvoorbeeld door verkoop en/of levering). Daar staat tegenover dat er ook pogingen worden ondernomen – vooral voor kleinere ondernemingen – de fiscale en commerciële “jaarrekening” meer te laten samenvallen.

Het is zeer goed denkbaar om een commerciële jaarrekening waarin ook ongerealiseerde waardemutaties in het resultaat zijn verantwoord, als basis te gebruiken voor de fiscale winstbepaling. Eventueel aanvullend aan de balans en verlies- en winstrekening kan een overzicht worden opgenomen van de ongerealiseerde waardemutaties die als aansluiting kan fungeren voor de bepalingen van winst voor fiscale doeleinden⁸⁸. Een dergelijk winstbegrip, dat dus zwaarder leunt op het voorzichtigheidsbeginsel, zou ook als uitgangspunt kunnen fungeren voor regels die gericht zijn op de bescherming van het vermogen.

⁸⁸ Zie ook G.W.J.M. Kampschöer, Verschillen tussen commercieel en fiscaal?, in R.C.M. Brouwers (red.), Balanceren tussen commercieel en fiscaal (verslag van het symposium gehouden in Maastricht op 3 november 2006), blz. 37.

In de verslaggevingsregels is voor maatschappelijke ondernemingen een aantal specifieke regels opgenomen die mogelijk leiden tot verschillen met de fiscale winstbepaling. Zonder volledig te willen zijn noem ik de volgende:

- zoals hiervoor gemeld moeten woningcorporaties de zogenoemde onrendabele top van een investering direct afboeken op de boekwaarde van het actief en, indien die niet toereikend is, een voorziening vormen. Vanuit fiscaal oogpunt is een dergelijke afwaardering niet toegestaan indien deze verband houdt met factoren die al bekend waren op het tijdstip van investering (artikel 3.29c Wet IB 2001). Een daling van de bedrijfswaarde wegens andere redenen kan in beginsel wel in aanmerking worden genomen;
- bij de herstructurering van bestaande wijken of bij nieuwbouw worden de investeringen in (al dan niet reeds bestaande) onroerende zaken veelal gecombineerd met de verkoop van bestaande of nieuwe onroerende zaken. Bij dergelijke gecombineerde bouwprojecten zijn de opbrengsten uit de verkopen (van bestaande of nieuwe onroerende zaken) veelal nodig voor de haalbaarheid van het totale project (RJ 645.216). De verkoopwinsten worden geacht dienstbaar te zijn aan de onroerende zaken in exploitatie indien en voorzover zij bijdragen aan de inperking van het onrendabele deel van de ontwikkeling van onroerende zaken binnen dezelfde kasstroomgenererende eenheid. Binnen een gecombineerd bouwproject dient de verkoopwinst op de koopwoningen en het waardeverminderverslies (de zogenoemde ‘onrendabele top’) te worden gesaldeerd om te komen tot de bepaling van een waardeverminderverslies op het moment dat de verplichting tot de realisatie van het gecombineerde bouwproject wordt aangegaan. De onroerende zaken bestemd voor verkoop dienen onder de post ‘onderhanden projecten’ op de balans te worden verwerkt. De onroerende zaken in ontwikkeling bestemd voor eigen exploitatie dienen onder de materiële vaste activa te worden verantwoord (RJ 645.217). De onrendabele top in een gecombineerd bouwproject wordt direct tot uitdrukking gebracht. In VSO 2 – het convenant tussen de woningcorporaties en de Belastingdienst over de fiscale winstbepaling – zijn specifieke regels opgenomen voor gecombineerde projecten (in het convenant ‘gemengde projecten’ genoemd). In de kern komen deze regels erop neer dat de grondkosten zoveel mogelijk (maar wel op basis van een objectieve maatstaf, namelijk de grondprijs op grond van het gemeentelijke grondkostenbeleid voor sociale woningbouw) worden toegerekend aan de dure woningen die zullen worden verkocht (artikel 3.2.5). De fiscale winst bij verkoop wordt daardoor gedrukt. De grondkosten van

de sociale huurwoningen zijn relatief laag, maar omdat de sociale huurwoningen worden verhuurd en over de grond niet kan worden afgeschreven en voorts omdat ten aanzien van verhuurde woningen beperkingen gelden ten aanzien van de fiscale afschrijvingen, is deze verwerkingswijze fiscaal relatief voordelig. Een woningcorporatie die veel gemengde projecten heeft, kan daardoor waarschijnlijk het fiscaal resultaat aanzienlijk drukken. De mate waarin dat gebeurt, is echter nog niet empirisch onderzocht.

- een non-profitorganisatie kan bijdragen in natura ontvangen. Indien activa in de balans zijn opgenomen, of lasten zijn verwerkt tegen prijzen die belangrijk afwijken van marktconforme prijzen, dient hiervan in de toelichting melding te worden gemaakt met een uiteenzetting van de toegepaste prijsgrondslagen en zo mogelijk een kwantificering van het effect op de jaarrekening (RJ 630.115). Bijdragen in natura worden in aanmerking genomen, indien die op betrouwbare wijze kunnen worden geschat (RJ 640.409). Vrijwilligerswerk wordt in het algemeen niet financieel verantwoord. Als dat voor de organisatie belangrijk is, dan wordt daarvan in het bestuursverslag melding gemaakt. Fiscaal is de vraag of deze baten in aanmerking mogen worden genomen (zie § 5.4.5). Als in belangrijke mate niet-marktconforme prijzen zijn gehanteerd, moet ook de verlies- en winstrekening worden vervangen door een exploitatierekening (RJ 630.121). In de netto-omzet worden alleen de opbrengsten uit de door de non-profitorganisatie gedreven ondernemingen begrepen, dus niet de opbrengsten van hun overige activiteiten (RJ 630.122). De overige opbrengsten worden afzonderlijk vermeld. Voor de fiscale winstbepaling is het onderscheid tussen een verlies- en winstrekening en een staat van baten en lasten verder niet relevant.

De bedrijfseconomische regels vormen dus de basis voor de fiscale winstbepaling, ook bij maatschappelijke ondernemingen. Deze regels vertonen voor maatschappelijke en commerciële ondernemingen weinig principiële verschillen. In de verantwoordingsfunctie komt echter aan de winst een andere betekenis toe. Daarom zijn voor maatschappelijke ondernemingen specifieke verslaggevingsregels opgenomen. Van groot belang is dat additioneel niet-financiële informatie wordt verstrekt om inzicht te geven in de mate waarin de maatschappelijke onderneming in staat is de doelstellingen op een effectieve en efficiënte wijze te bereiken. Naar mijn mening bestaat behoefte aan normering van het vermogen dat de verschillende maatschappelijke ondernemingen nodig hebben voor

hun bedrijfsvoering. Fiscale faciliteiten (zie hierna) zouden mede gebaseerd kunnen worden op het genormeerde maatschappelijk vermogen. De specifieke regels voor maatschappelijke ondernemingen introduceren op het eerste gezicht betrekkelijk weinig additionele verschillen tussen de commerciële en fiscale winstbepaling. De bestaande verschillen – met name ten aanzien van de regels voor afschrijvingen – hebben echter wel een belangrijke impact op de winstbepaling van maatschappelijke onderneming. Dat zal ik hierna toelichten.

5 Het fiscale winstbegrip en de maatschappelijke onderneming

5.1 De rechtsgrondslagen van de vennootschapsbelasting

Maatschappelijke ondernemingen kunnen - afhankelijk van de rechtsvorm en hun activiteiten - te maken krijgen met de vennootschapsbelasting. Het heffen van vennootschapsbelasting kan om verschillende redenen worden gerechtvaardigd. In de eerste plaats betalen bedrijven via de heffing van vennootschapsbelasting voor de publieke goederen en diensten waarvan zij ook profiteren. In de tweede plaats is de heffing van vennootschapsbelasting een praktische voorheffing op de inkomstenbelasting, omdat het aantal ondernemingen dat de vennootschapsbelasting moet betalen, veel minder omvangrijk is dan het aantal burgers dat in de heffing van de inkomstenbelasting moet worden betrokken. Het voorkomt ook dat individuen de heffing over vermogensinkomsten heel lang kunnen uitstellen door winstinhouding. In een internationale context is de heffing van vennootschapsbelasting een goede manier om belasting te heffen van buitenlandse aandeelhouders. Tot slot is de vennootschapsbelasting een efficiënte manier om overwinsten (economic rents) in de heffing te betrekken.

Economen betwijfelen of het mogelijk is in een open economie kapitaal te belastingen. Door de internationale mobiliteit van kapitaal zouden investeerders net zoveel kapitaal in het buitenland investeren totdat het rendement na belasting gelijk is aan de netto wereldinterest-tarieven⁸⁹. Aangezien in een competitieve wereldmarkt de bedrijven hun prijzen niet kunnen verhogen, zullen zij de belasting afwentelen op de werknemers door een verlaging van de lonen. De theorie is dus dat in een open economie de vennootschapsbelasting volledig gedragen wordt door de werknemers en dat het efficiënte tarief voor de vennootschapsbelasting nihil bedraagt. In de praktijk lijkt kapitaal echter minder mobiel te zijn dan wordt gedacht⁹⁰. De mobiliteit van kapitaal is vooral aan de orde indien de overwinsten van een onderneming zijn verbonden met de specifieke kenmerken van de onderneming (firm rents) in plaats van de specifieke kenmerken van de locatie (location specific rents), zoals natuurlijke hulpbronnen, unieke merken of belangrijke infrastructuur zoals een zee- of luchthaven. Het pleidooi om het normale rendement op kapitaal niet te belastingen, roept echter rechtvaardigingsvragen op, omdat de genietters van kapitaalinkomen substantieel lager worden belast dan degene die inkomen uit arbeid hebben⁹¹.

⁸⁹ Willem Vermeend, Rick van der Ploeg and Jan Willem Timmer, Taxes and the Economy. A survey on the impact of Taxes on Growth, Employment, Investment, Consumption and the Environment, blz. 168.

⁹⁰ Vermeend/Van der Ploeg/Timmer, blz. 170-172.

⁹¹ Zie bijvoorbeeld A.C. Rijkers, Blauwdruk winstbelastingen in de toekomst, NTFR 2010-2282.

Een systeem dat alleen rents in de heffing betreft, zou bijvoorbeeld kunnen worden aangevuld met een consumptiebelasting en een heffing bij overlijden. Dat vereist een fundamentele herziening van het belastingstelsel. Een fiscaal stelsel is uiteindelijk het product van de afweging tussen rechtvaardigheid en economische efficiëntie. Het kan een politieke keuze zijn om te berusten in een bepaalde mate van inefficiëntie door niet alleen de overwinsten in de heffing te betrekken, maar de gehele winst ten gunste van een rechtvaardiger belastingstelsel. In dit kader laat ik echter de principiële discussie over de behandeling van kapitaalinkomen in de context van het belastingstelsel verder rusten. Maatschappelijke ondernemingen verkeren in dat opzicht niet in een principiële afwijkende situatie. Voor zover de wetgever het noodzakelijk heeft gevonden hun subjectieve belastingplicht anders in te vullen dan die van profit-organisaties, zal daarvoor hierna nog een verklarende beschouwing worden opgenomen en worden daarbij zonedig kanttekeningen geplaatst.

Er zijn boeken vol geschreven over de rechtsgrondslagen van de vennootschapsbelasting en het ontbreken daarvan⁹². Naar mijn oordeel zijn het draagkrachtbeginsel in combinatie met het profijtbeginsel de rechtsgrondslagen voor de vennootschapsbelasting. Lichamen kunnen zelfstandig deel nemen aan het maatschappelijk verkeer en streven daarbij naar de vervulling van hun doelstelling. Zij zetten daartoe hun inkomen en vermogen in en profiteren van de goederen en diensten die de overheid aanbiedt. De betaling van belastingen gaat, net als bij natuurlijke personen, ten koste van hun (financiële) mogelijkheden. Als deze beginselen worden aanvaard, is een beperking van de belastingplicht tot ondernemingsactiviteiten niet gerechtvaardigd. Ook de inkomsten uit beleggingen vergroten immers de draagkracht van lichamen.

De winsten van de maatschappelijke onderneming vormen evenwel een bijzondere situatie. Zij worden – als het goed is - uiteindelijk volledig aangewend voor bestemmingen die passend zijn in het kader van de maatschappelijke doelstelling van de onderneming. Zolang de met die maatschappelijke bestemmingen samenhangende kosten fiscaal aftrekbaar zijn, heeft dat tot gevolg dat de fiscale winst van de maatschappelijke onderneming over de hele looptijd gezien nihil is. Er zou dan kunnen worden betoogd dat het lichaam geen draagkracht heeft,

⁹² Vg. J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Fiscale Hand- en Studieboeken, Kluwer Deventer, 2000, blz. 1-14 en S.A. Stevens, *De belaste overheid*, 2003, FM 109, blz. 144-158.

zodat er ten aanzien van de maatschappelijke ondernemingen geen ruimte is voor belastingplicht.

Een beperking van de belastingplicht tot echte ondernemingsactiviteiten, biedt ruimte voor splitsing van activiteiten binnen een concern en daardoor tot vermijding van belastingheffing. De beperking van de belastingplicht tot ondernemingsactiviteiten is ingegeven door het neutraliteitsbeginsel. Het gaat daarbij in de eerste plaats om rechtsvormneutraliteit. Het moet niet mogelijk zijn om door een verandering van de rechtsvorm de inkomsten uit bepaalde activiteiten buiten de heffing te houden. In de tweede plaats is concurrentiëneutraliteit van belang. Beide vormen van neutraliteit zijn echter niet consistent in de wet uitgewerkt. Zoals we later zien, ontbreekt rechtsvormneutraliteit vooral op concernniveau doordat de fiscale eenheid van de vennootschapsbelasting beperkt toepasbaar is bij concerns waartoe een stichting of vereniging behoort. Het gebrek aan rechtsvormneutraliteit doet zich trouwens ook voor door een beperkte uitleg van het begrip 'drijven van een onderneming' door de Hoge Raad bij de participatie van stichtingen in een fiscaal transparante commanditaire vennootschap. Een stichting die optreedt als commanditaire vennoot is niet enkel vanwege die deelname belastingplichtig, terwijl als dezelfde activiteit door een BV zou worden genomen er wel vennootschapsbelasting op de winsten zou drukken.

Ook in de uitwerking van de concurrentiëneutraliteit is de wetgever niet consistent geweest. In de eerste plaats gelden verschillende normen. Artikel 4 Wet Vpb 1969 bevat een zeer strenge norm. Een stichting of vereniging is al belastingplichtig indien potentieel in concurrentie wordt getreden met een particuliere (belastingplichtige) onderneming. De fiscale faciliteiten opgenomen in artikel 9, eerste lid, onderdeel h en i, Wet Vpb. 1969 worden echter pas ingetrokken indien sprake is van een ernstige concurrentievervalsing. In de zorgvrijstelling van artikel 5 Wet Vpb. 1969 en de generieke vrijstelling van artikel 6 Wet Vpb. 1969 zijn geen criteria opgenomen die aansluiten bij de vraag of het lichaam in concurrentie treedt. Voor de overheidsbedrijven geldt dat alleen bepaalde limitatief vermelde activiteiten in de heffing worden betrokken.

Om concurrentievervalsing te voorkomen wordt verdedigd dat maatschappelijke ondernemingen volledig belastingplichtig moeten worden. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat een verschil in fiscale posities in de vennootschaps-

belasting een negatief effect heeft op de concurrentieverhoudingen. Dat kan, maar hoeft niet het geval te zijn. Concurrentie kan op verschillende onderdelen plaatsvinden. Op prijs, op kwaliteit van het product of dienst, op service, op innovatie e.d. Een fiscaal voordeel in de sfeer van de vennootschapsbelasting heeft tot gevolg dat de maatschappelijke onderneming een hogere netto winst heeft. Daardoor heeft de maatschappelijke onderneming meer ruimte om de prijzen te verlagen, service te bieden en/of te investeren en te innoveren. Vanuit de samenleving gezien zijn dat positieve effecten, die wellicht juist aanleiding zijn om een maatschappelijke onderneming fiscaal te bevoordelen. Overigens het is zeer de vraag of er een direct verband kan worden gelegd tussen de fiscale bevoordeling en concurrentievervalsend gedrag van een maatschappelijke onderneming. Het is immers zeer lastig om – gegeven de complexe concurrentieverhoudingen tussen ondernemingen op (gereguleerde) gemengde markten van publieke en private aanbieders - de fiscale aspecten te isoleren. Er zijn veel meer factoren die de concurrentieverhoudingen beïnvloeden. Het belang van de fiscale positie dient daarbij te worden gerelativeerd. De apotheek in een ziekenhuis zal toch vooral profiteren van de locatierents. Voor de patiënt is het immers wel zo gemakkelijk om medicijnen meteen op de plaats van behandeling te kopen, in plaats van naar een andere apotheek te rijden. Of deze ziekenhuisapothek al dan niet aan vennootschapsbelasting onderworpen is, zal naar mijn stellige indruk van weinig betekenis zijn op de concurrentieverhoudingen. Ook indien een maatschappelijke onderneming goederen en diensten onder de commerciële marktprijs aanbiedt, vindt er een evidente verstoring van de concurrentieverhoudingen plaats. De fiscaliteit speelt daarin alleen een rol indien het fiscaal voordeel de maatschappelijke onderneming in staat stelt beneden de marktprijs goederen en diensten aan te bieden. Deze vorm van concurrentievervalsing kan beter worden voorkomen door voor te schrijven dat ten minste de integrale kostprijs moet worden berekend. Een dergelijke bepaling is in de Mededingingswet voorgesteld voor overheidsorganisaties die goederen en diensten voortbrengen.

Wanneer echter gesproken wordt over een level-playing-field, wordt ook altijd het verschil in fiscale posities genoemd. Bij een verschil in fiscale posities bestaat ten minste de schijn dat bevoordeling plaatsvindt. Het kan legitiem zijn om de wet aan te passen om ook de schijn van concurrentievervalsing weg te nemen. De prijs – vergroting van de administratieve regeldruk – dient dan wel extra zwaar te worden gewogen in relatie tot het te realiseren doel. Voor de

omzetbelasting (hierna: btw) geldt dat het verschil in fiscale behandeling direct van invloed is op de integrale kostprijs en daardoor evident verstorend werkt, bijvoorbeeld met betrekking tot de keuze tussen in- en uitbesteden van diensten. Daarom is voor overheidsorganisatie het btw-compensatiefonds ingevoerd en is in het regeerakkoord van het kabinet Rutte terecht voorgesteld om een dergelijk fonds uit te breiden naar de zorgsector. Op de externe markt (mededinging tussen diverse externe aanbieders) is de btw echter vaak neutraal, omdat de btw-positie minder afhankelijk is van de rechtsvorm van de aanbieder en meer van de aard van de dienst of goed.

5.2 De invloed van winst op de fiscale positie van maatschappelijke ondernemingen

De definitie van winst is van belang bij de beantwoording van de vraag of een maatschappelijke onderneming voor de vennootschapsbelasting belastingplichtig is. Deze vraag speelt een beperkte rol bij de beoordeling van de vraag of een stichting of vereniging een onderneming drijft en daardoor op grond van artikel 2, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb. 1969 belastingplichtig is. Weliswaar is het winststreven een van de bepalende kenmerken van het begrip 'onderneming', maar uit de jurisprudentie blijkt dat de Hoge Raad van mening is dat al snel aan die voorwaarde wordt voldaan. Voldoende is dat een lichaam structureel overschotten behaalt, waardoor aan de subjectieve betekenis van het woord 'streven' weinig belang toekomt.

De commerciële en fiscale winst zal in de praktijk vaak uit elkaar lopen, dit vanwege de toepassing van fiscale faciliteiten, alsmede door afwijkende fiscale waardering en afschrijvingen. Ook indien een maatschappelijke onderneming een kostendekkende exploitatie nastreeft, waarbij de commerciële afschrijvingen net worden gedekt uit de opbrengsten, zou fiscaal wel een winst kunnen worden geconstateerd, omdat de afschrijvingen worden beperkt door artikel 3.30 en 3.30a Wet Vpb. 1969 (zie § 5.4.4). Om dit soort effecten te voorkomen dient naar mijn mening voor de beantwoording van de vraag of naar winst wordt gestreefd, te worden gekeken naar de commerciële jaarrekening.

De invloed van winst en winststreven wordt verder gerelativeerd door de werking van artikel 4 Wet Vpb. 1969. In dat artikel wordt onder een onderneming mede verstaan 'een uiterlijk daarmee overeenkomende werkzaamheid waarmee in concurrentie wordt getreden met een commerciële onderneming van particu-

lieren'. De Hoge Raad heeft artikel 4 Wet Vpb. 1969 altijd ruim uitgelegd. Ook potentieel in concurrentie treden - en zelfs een monopolie - kan concurrentie tot gevolg hebben in de zin van artikel 4 Wet Vpb. 1969. De afwezigheid van een feitelijk winststreven staat derhalve niet in de weg aan de belastingplicht.

Bij de subjectieve vrijstellingen van artikel 5 Wet Vpb. 1969 (onder andere de zorgvrijstelling) is het niet relevant dat het lichaam winst maakt en/of naar winst streeft. In de wet zijn wel eisen opgenomen ten aanzien van de winstbestemming. In de kern komen die erop neer dat de winst bestemd moet worden ten behoeve van een ander vrijgesteld lichaam of een algemeen maatschappelijk belang.

De omvang van de winst is wel weer van belang bij de toepassing van de vrijstelling van artikel 6 Wet Vpb. 1969. De wettelijke marges⁹³ waarbinnen de winst moet blijven, zijn echter niet toereikend voor de meeste maatschappelijke ondernemingen en bieden onvoldoende ruimte om wisselende resultaten te accommoderen en een weerstandsvermogen op te bouwen. De fiscus respectievelijk de fiscale wetgever zijn daar op twee manieren aan tegemoetgekomen. Ten eerste is in het besluit van 23 december 2005⁹⁴ een verruiming opgenomen, waardoor (exploitatie)subsidies in de zin van de Awb onder voorwaarden niet direct tot de winst hoeven te worden gerekend. Deze tegemoetkoming is echter op een aantal punten niet toereikend dan wel onvoldoende duidelijk. Veel welzijnsinstellingen zijn werkzaam voor gemeenten en moeten in competitie met andere instellingen inschrijven op projecten. Het is dan niet altijd duidelijk of de vergoeding die de gemeente betaalt, een subsidie is in de zin van de Awb. Ook stelt het besluit dat een instelling naast subsidies alleen eigen bijdragen mag ontvangen. Niet duidelijk is wat onder 'eigen bijdragen' moet worden verstaan. Bovendien heeft deze eis tot gevolg dat elke andere (geringe) geldstroom, bijvoorbeeld uit sponsoring, in de weg staat aan toepassing van het besluit. Ten tweede is een tegemoetkoming opgenomen in artikel 12 Wet Vpb 1969 (herbestedingsreserve) die het onder voorwaarden mogelijk maakt dat instellingen (zonder aandeelhouders), die activiteiten ondernemen waarbij een algemeen maatschappelijk of sociaal belang op de voorgrond staat, een deel van de winst kunnen reserveren ten behoeve van investeringen en projecten, waarop

⁹³ Maximaal € 7.500 per jaar dan wel in het jaar en de vier voorafgaande jaren tezamen € 37.500.

⁹⁴ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 december 2005, nr. CPP2005/2730M, BNB 2006/91.

het lichaam naar verwachting verlies zal maken. De belangrijkste beperking van deze faciliteit – naar mijn mening tevens een tekortkoming - houdt in dat het niet mogelijk is om in algemene zin te reserveren voor continuïteitsrisico's en dat de opgebouwde reserve weer binnen drie jaren moet worden aangewend. Bovendien kan als de herbestedingsreserve wordt aangewend voor investeringen, er toch een belastinglast optreden, terwijl er commercieel geen winst wordt gemaakt doordat de fiscale en commerciële afschrijvingen verschillen. De fiscale afschrijving vindt immers plaats op basis van de aanschafwaarde of voortbrengingskosten minus de afgeboekte herbestedingsreserve.

5.3 De invloed van winstuitkeringen op de fiscale positie van maatschappelijke ondernemingen

Het kabinet heeft in het regeerakkoord vastgelegd onder voorwaarden winstuitkering aan private investeerders in de zorg mogelijk te willen maken. In de MvT (blz. 30-31) bij het ingetrokken wetsvoorstel van de maatschappelijke onderneming werd opgemerkt dat de zorgvrijstelling van artikel 5, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb. 1969 zou komen te vervallen indien het ziekenhuis zou worden gedreven door een stichting M.O.W. (maatschappelijke onderneming met winstbewijzen). Dit is op zich logisch. De winst kan immers toevloeden aan de houders van de winstbewijzen. De houders daarvan kunnen particuliere investeerders zijn, waardoor niet langer sprake is van een instelling van algemeen nut of weldadigheid. In MvT (blz. 31) werd dit als volgt toegelicht: "Immers, van een lichaam dat als "instelling van weldadigheid of van algemeen nut" kan worden aangemerkt zoals in dat artikel is bedoeld, zal dan niet langer sprake zijn, aangezien een dergelijke instelling eventuele winsten kan aanwenden anders dan ten bate van de vrijgestelde instelling zelf of een ander algemeen maatschappelijk belang". Impliciet ligt aan die benadering de gedachte ten grondslag, dat winsten die toevloeden aan de private sector, belast moeten worden, omdat zij bij de ontvanger leiden tot een vermeerdering van de draagkracht. Ook impliciet is de vrijstelling gebaseerd op de gedachte dat de werkzaamheden van ziekenhuizen of van vergelijkbare maatschappelijke ondernemingen algemeen nuttig zijn en dat die fiscaal gestimuleerd moeten worden, althans in elk geval niet fiscaal moeten worden gehinderd (instrumenteel argument). In § 2.6 zagen wij dat in de economische literatuur de stelling betwist wordt dat non-profitorganisaties voordelen bieden boven profit-organisaties. Daarmee zou de rechtvaardiging van een fiscale faciliteit komen te vervallen.

Het vervallen van de vrijstelling heeft tot gevolg dat de maatschappelijke onderneming volledig belastingplichtig zou worden. Dat betekent dat niet alleen de winst die toekomt aan de private kapitaalverschaffers in de heffing wordt betrokken, maar ook het deel van de winst dat niet kan worden uitgekeerd en gereserveerd blijft voor de behartiging van het maatschappelijke belang. Een belangrijke consequentie van de voorgestelde vormgeving was echter dat er fiscaal een hoge prijs kwam te staan op de uitgifte van winstbewijzen. De financierskosten zijn in dat geval immers hoog niet alleen omdat er belasting zal drukken op de uitgekeerde winst, maar ook omdat deze belasting in feite wordt verhoogd met de belasting op de winst die ingehouden wordt ten behoeve van het maatschappelijke belang. De vraag rijst daarmee of de mogelijkheid tot uitkering van winst niet bij voorbaat een doodgeboren kindje zou zijn geweest. Financiering door uitgifte van winstbewijzen is fiscaal immers veel duurder dan financiering met vreemd vermogen. Het is wellicht mogelijk om de winstuitkering op een lager niveau te bewerkstelligen door de maatschappelijke onderneming samen met een private investeerder te laten participeren in een commanditaire vennootschap die vervolgens de feitelijke ondernemingsactiviteiten verricht⁹⁵. De fiscale nadelen in de vennootschapsbelasting kunnen dan in beginsel worden weggenomen, maar dat is waarschijnlijk niet de bedoeling. Bovendien moet men zich afvragen of dergelijke gekunstelde constructies wenselijk zijn. Het doel van de voorgestelde regeling was immers de governance van de maatschappelijke onderneming te regelen en daarbinnen de houders van de winstbewijzen een relatief beperkte zeggenschap te geven⁹⁶.

De wetgever zou er ook voor kunnen kiezen om niet de vrijstelling in haar geheel te laten vervallen, maar om alleen de winst in de heffing te betrekken voorzover die toekomt aan de winstbewijshouders. Het voordeel van deze oplossing is dat de vergoedingen op de winstbewijzen in beginsel op dezelfde wijze kunnen worden behandeld als winstbewijzen uitgegeven door vennootschappen. Op een aantal plaatsen zal de wet daarvoor moeten worden aangevuld. In artikel 4.6 Wet IB 2001 moeten winstbewijzen, uitgegeven door een stichting, expliciet worden aangemerkt als een aanmerkelijk belang, indien de winstbewijzen – kort gezegd - recht geven op ten minste 5% van de winst. Tevens dient

⁹⁵ Ik ga verder niet in op andere mogelijke complicatie zoals toelatingseisen op grond van sectorale regelgeving zoals de Wtzi en de btw.

⁹⁶ Zie de brief van het Ministerie van Volksgezondheid Welzijn en Sport van 9 juli 2009, Ruimte rekenschap voor zorg en ondersteuning, blz. 35.

de deelnemingsvrijstelling te worden toegepast op winstbewijzen uitgegeven door de stichting. Tot slot zal de stichting inhoudingsplichtig moeten worden voor de dividendbelasting. Als het nieuwe flexibele BV-recht wordt ingevoerd zou als alternatief voor winstbewijzen ook stemrechtloze aandelen kunnen worden uitgereikt

5.4. De fiscale winstbepaling

5.4.1 Inleiding

Goedkoopmansgebruik is gebaseerd op de leer van de bedrijfseconomie (HR 8 mei 1957, BNB 1957/208). Uitzonderingen die in de bedrijfseconomie worden gemaakt voor de winstbepaling van maatschappelijke ondernemingen zouden dus in beginsel moeten doorwerken naar de fiscale winstbepaling, tenzij dat leidt tot (1) strijd met enig voorschrift der belastingwetgeving of (2) de ‘algemeen opzet of een beginsel van de belastingwet om welke toepassing het gaat’ te kort zou worden gedaan. De verwijzing naar de regels van de bedrijfseconomie betekent echter geenszins dat de verslaggevingsregels (bijvoorbeeld Titel 9 van Boek 2 BW) direct doorwerken naar goedkoopmansgebruik. In verschillende arresten heeft de Hoge Raad deze directe doorwerking afgewezen, omdat de verslaggevingsregels een andere functie hebben. Titel 9 kan daardoor voorschriften bevatten die voor de heffing van vennootschapsbelasting niet van belang zijn (HR 23 september 1992, BNB 1993/60). De koppeling tussen de fiscale jaarwinstbepaling en de bepalingen inzake de jaarrekening in Titel 9 van Boek 2 BW loopt derhalve alleen via de omweg van de bedrijfseconomie (zij het dat de vennootschapsrechtelijke bepalingen steeds losser van de bedrijfseconomie zijn komen te staan)⁹⁷, alsmede door de leer van de eenheid van de rechtsorde⁹⁸.

Doordat de verslaggevingsregels zich meer richten op het geven van een ‘true and fair view’ en minder gewicht toekennen aan het voorzichtigheidsbeginsel, zijn de vennootschapsrechtelijke regels steeds minder geschikt als vertrekpunt

⁹⁷ Vergelijk C. Camfferman, Betekenis van onderzoek en theorievorming voor de praktijk van de externe verslaggeving, in M. Hoogendoorn, J. Klaassen, F. Krens (red), Externe verslaggeving in theorie en praktijk, vierde druk, deel 1, Reed Business Information, Den Haag, 2004, blz. 34-35 en blz. 47.

⁹⁸ P.H.J. Essers, Preadvies en bespreking van het preadvies De toekomst van Good Koopmansgebruik na de invoering van International Financial Reporting Standards in 2005, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap No. 224, Kluwer, 2005, blz. 16.

voor de fiscale winstbepaling⁹⁹. Ik zal de argumenten pro en contra hier niet nader behandelen¹⁰⁰. Naast de vraag in hoeverre aangesloten moet worden bij de vennootschappelijke regels voor de jaarwinstbepaling, is in discussie of de fiscale regels van goed koopmansgebruik in grotere mate moeten worden gecodificeerd. Essers en Lubbers pleiten daarvoor¹⁰¹, waarbij in de praktijk ook convenanten kunnen worden gesloten om concrete en specifieke kwesties te regelen. De voordelen van codificatie zijn de rechtszekerheid voor de praktijk, de oplossing voor technisch ingewikkelde winstbepalingsvraagstukken, meer draagvlak voor de regels indien die in overleg met de praktijk zijn opgesteld en meer democratische legitimiteit. Tegelijkertijd dreigt verstarring en neemt de ruimte van de rechter af om in het concrete geval een redelijke beslissing te nemen. Een vorm van codificatie heeft plaatsgevonden in VSO 2 dat een aantal specifieke bepalingen voor woningcorporaties bevat ten aanzien van de waardering van de vermogensbestanddelen op de openingsbalans en de berekening van de jaarwinst, in het bijzonder de berekening van de resultaten bij projectontwikkeling. Aangezien op maatschappelijke ondernemingen veelal specifieke regelgeving van toepassing is met betrekking tot de aard en financiering van de activiteiten, kunnen convenanten aan maatschappelijke ondernemingen een goede oplossing bieden om onduidelijkheden in de wettoepassing weg te nemen. Zij zijn immers een relatief homogene groep belastingplichtigen en hebben te maken met dezelfde complexe winstbepalingsvraagstukken. Daarvoor is geen specifieke wettelijke regeling nodig.

De leer van de bedrijfseconomie wordt niet gevolgd indien dat leidt tot strijd met een wettelijk voorschrift. In dit kader zijn vooral de regels voor afschrijvingen (artikel 3.30 en 3.30a Wet IB 2001) en de afwaardering van activa naar lagere bedrijfswaarde (artikel 3.29c Wet IB 2001) van belang. Deze wettelijke bepalingen zijn meestal door de wetgever ingevoerd om een bredere heffingsgrondslag te bewerkstelligen, waardoor winsten eerder in aanmerking moeten worden genomen en lasten op een later tijdstip.

Er wordt ook van de leer van de bedrijfseconomie afgeweken indien deze leer strijdt met de ‘algemene opzet’ of het ‘beginsel’ van de wet. Naar mijn mening

is er geen wezenlijk onderscheid tussen beide categorieën. Een beginsel dat ten grondslag ligt aan de wet, zal ook tot uitdrukking komen in de algemene opzet en vice versa.

Een eerste beginsel is dat de fiscale wet elke rechtspersoon fiscaal zelfstandig behandelt. Transacties tussen rechtspersonen die deel uitmaken van hetzelfde concern – en niet tot een fiscale eenheid behoren - leiden derhalve fiscaal tot een belastbaar resultaat, ook al wordt commercieel het concern geconsolideerd en commercieel pas winst genomen indien de transactie met een derde plaatsvindt (HR 8 mei 1957, BNB 1957/208).

Ook het liquiditeitsbeginsel kan worden gezien als een beginsel dat voortvloeit uit de algemene opzet van de wet. De belastingplichtige moet over de liquide middelen beschikken om belasting te kunnen betalen¹⁰². Directe aansluiting bij de bedrijfseconomische winstbepalingsregels is daarom niet goed denkbaar, zeker niet indien de commerciële winst steeds meer wordt gebaseerd op basis van ‘fair value accounting’ en daardoor ook ongerealiseerde winsten in aanmerking worden genomen. Fair value accounting hoeft echter niet principieel op gespannen voet te staan met de beginselen van fiscale winstbepaling¹⁰³. Wel zullen de negatieve liquiditeitseffecten moeten worden gemitigeerd. Dat kan op verschillende manieren worden gerealiseerd.

In de eerste plaats kan het commerciële winstbegrip worden gecorrigeerd voor de ongerealiseerde resultaten door deze te doteren aan een liquiditeitsreserve¹⁰⁴. Een alternatief is een aanzienlijke verruiming van de termijnen voor de verrekening van verliezen, met name ook voor achterwaarts verliesverrekening. Een verruiming van de verliesverrekeningstermijnen heeft tot gevolg dat de belastingopbrengsten gedurende een langere periode onzeker blijven voor de overheid. De overheid is echter naar mijn mening in een betere positie om de effecten van een onzekere economische conjunctuur op te vangen dan individuele belastingplichtigen. Een belangrijk nadeel is wel dat de onderneming de belastingbetaling in verband met ongerealiseerde winsten moet financieren.

⁹⁹ Vergelijk in dit verband Wolfgang Schön, International Accounting Standard – A ‘Starting Point’ for a Common European Tax Base?, European Taxation, oktober 2004, blz. 431.

¹⁰⁰ C. Bruijsten, De toekomst van het fiscale jaarwinstbegrip, WFR 2009/823. Essers 2005, blz. 24.

¹⁰¹ Essers 2005, blz. 25-27.

¹⁰² Bruijsten, 2009.

¹⁰³ Wolfgang Schön, International Accounting Standard – A ‘Starting Point’ for a Common European Tax Base?, European Taxation, oktober 2004, blz. 440.

¹⁰⁴ Kampschöer, 2006, blz. 35.

Zeker bij snel groeiende ondernemingen, die weinig ingehouden winsten hebben, kan dat tot gevolg hebben dat voor de betaling van belastingen extern geleend moet worden. Bij een liquiditeitsreserve treedt dat nadeel niet op, zodat die faciliteit de voorkeur heeft boven een verlenging van de verliesverrekenings-termijnen als middel om tegemoet te komen aan het liquiditeitsprobleem.

5.4.2 *Zelfstandige belastingplicht versus concernbenadering*

Wij zagen dat een hoofdregel van de vennootschapsbelasting is dat elk lichaam zelfstandig beoordeeld moet worden. Dat geldt voor de beantwoording van de prealabele vraag, of een lichaam subjectief belastingplichtig of vrijgesteld is, alsmede voor de bepaling van de fiscale winst. Deze zelfstandige beoordeling veroorzaakt twee problemen. Ten eerste is het een belemmering voor de verzelfstandiging van activiteiten. Indien een ziekenhuis de parkeergarage van het ziekenhuis onderbrengt in een stichting, dan is die stichting in beginsel belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting, omdat de stichting een onderneming drijft. Worden het ziekenhuis en de parkeergarage echter door hetzelfde lichaam geëxploiteerd, dan loopt de exploitatie van het ziekenhuis mee in de zorgvrijstelling van artikel 5 Wet Vpb. 1969. Een parkeergarage is immers een essentieel onderdeel van een ziekenhuis. Waar moeten de patiënten en personeel anders parkeren? Anders valt het aanbieden van de parkeerfaciliteit in elk geval binnen de 10% toegestane nevenactiviteiten. Hetzelfde probleem doet zich voor bij kernactiviteiten die deel uitmaken van het primaire zorgproces. Stel dat het laboratorium van het ziekenhuis wordt verzelfstandigd in een aparte rechtspersoon. De Belastingdienst neemt nu het standpunt in dat de werkzaamheden van een laboratorium niet vallen onder de zorgvrijstelling (artikel 5, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb. 1969), te weten ‘genezing of verpleging van zieken’. Ik zou vinden dat in elk geval alle activiteiten die onderdeel uitmaken van het primaire zorgproces onder de vrijstelling moeten vallen. Dat wil zeggen: ook laboratoriumactiviteiten, preventie en de verkoop van medicijnen.

Ten tweede biedt de zelfstandige beoordeling van lichamen de mogelijkheid om activiteiten buiten de belaste sfeer te houden, terwijl die op concernniveau beoordeeld in de (belaste) ondernemingsfeer behoren te worden getrokken. De passieve verhuur van een pand door een stichting, of het verstrekken van een lening, is niet het drijven van een onderneming en leidt daardoor niet tot belastingplicht. In concernverhoudingen kan daardoor relatief eenvoudig voor dergelijke activiteiten de onbelaste sfeer worden opgezocht, omdat fiscale trans-

parantie (dat wil zeggen dat het vermogen en resultaten worden toegerekend aan een andere rechtspersoon) niet snel zal worden aanvaard.

Het eerste probleem kan worden opgelost door de regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting uit te breiden naar stichtingen en verenigingen. Op dit moment is het alleen voor woningcorporaties mogelijk een fiscale eenheid aan te gaan met een dochter BV¹⁰⁵. De fiscale eenheid biedt twee belangrijke voordelen voor concerns: verrekening van onderlinge verliezen en de mogelijkheid van onbelaste reorganisatie (zie hierna). Op grond van het neutraliteitsbeginsel zouden beide voordelen ook open moeten staan voor concerns waartoe stichtingen behoren. In Nederland wordt algemeen erkend dat de economische realiteit van concernvorming haar weerklink dient te vinden in de belastingwetgeving¹⁰⁶. Belangrijker is echter nog dat als een fiscale eenheid kan worden aangegaan, de activiteiten van de verschillende lichamen die tot de fiscale eenheid behoren vervolgens op fiscale eenheidsniveau kunnen/moeten worden beoordeeld en daardoor van kleur kunnen verschieten. Vastgoed dat door een stichting wordt verhuurd binnen een concern, verandert in ‘vastgoed in eigen gebruik’ en zal op grond van de vermogensetiketteringsregels toegerekend moeten worden aan de belaste of onbelaste sfeer waarin het vastgoed wordt gebruikt. Door de subjectieve vrijstellingen toe te passen alsof er sprake is van een fiscale eenheid, kunnen de hiervoor genoemde kwalificatieproblemen van verzelfstandigde activiteiten worden opgelost.

In artikel 15 Wet Vpb. 1969 zou daarom de lijst van kwalificerende moeder- en dochtervennootschappen moeten worden uitgebreid met stichtingen en verenigingen¹⁰⁷. Indien een stichting of vereniging moedermaatschappij is en een NV of BV dochtermaatschappij, kan worden aangesloten bij het bestaande criterium van 95%-aandelenbezit. Vanwege de afwezigheid van een aandelenbelang dient bij stichtingen een ander criterium te worden gekozen. Er zou kunnen worden aangesloten bij de criteria van artikel 7, vierde lid, Wet OB 1968. De stichtingen

¹⁰⁵ Artikel 15, derde lid, onderdeel d, Wet Vpb 1960.

¹⁰⁶ Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, SDU, blz. 64.

¹⁰⁷ In gelijke zin R.W. F. Hendriks, De stichting in concernverband, Schoordijk Instituut, blz. 312 die pleit om voor stichtingen aan te sluiten bij de regels van de Btw, met dat verschil dat hij voor de Vpb alleen een fiscale eenheid op verzoek van de belastingplichtige wil toestaan.

moeten financieel, economisch en juridisch een eenheid vormen¹⁰⁸. Een alternatief is aan te sluiten bij de consolidatieregels. In RJ 640.205 is als criterium voor consolidatie opgenomen dat het groepshoofd overheersende zeggenschap of centrale leiding kan uitoefenen. In de Richtlijnen is dat criterium nader uitgewerkt voor stichtingen (organisaties zonder winstoogmerk).

Het belangrijkste bewaar tegen uitbreiding van de fiscale eenheid lijkt te zijn dat stichtingen en verenigingen beperkt belastingplichtig zijn. Naar mijn mening is dat echter geen bezwaar. Ook de vaste inrichting van een in het buitenland gevestigd lichaam – die dus beperkt belastingplichtig is – kan in de fiscale eenheid worden opgenomen. In een extra voorwaarde zou eventueel het verkeer kunnen worden geregeld tussen de belaste en onbelaste sfeer. Veel problemen zie ik daar niet in, omdat de regels van de totaalwinst al zullen verzekeren dat sfeerovergangen leiden tot een belaste onttrekking, respectievelijk een onbelaste storting. Verder zou kunnen worden bepaald dat de aandelen van de dochter-BV moeten worden gerekend tot de belaste sfeer, maar ook dat zal meestal automatisch al voortvloeien uit de vermogensetiketteringsregels.

Het tweede probleem – het bestaan van onbelaste zones - is lastiger op te lossen. De invoering van integrale belastingplicht is vanzelfsprekend een adequate oplossing, omdat daarmee onbelaste sferen worden opgeheven. Daaraan zijn echter belangrijke praktische bezwaren verbonden (zie § 6,2,1). Eerder heb ik voorgesteld om ook in de vennootschapsbelasting, analoog aan de terbeschikkingstellingsregeling in de inkomstenbelasting, fictieve belastingplicht in te voeren indien vermogensbestanddelen worden verhuurd aan een verbonden lichaam¹⁰⁹. Een lichaam wordt geacht een onderneming te drijven – indien en voorzover - het lichaam vermogensbestanddelen ter beschikking stelt aan een verbonden lichaam in de zin van artikel 8b Wet Vpb 1969, mits degene aan wie het vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld belastingplichtig is en niet subjectief is vrijgesteld. Onder het ter beschikking stellen van vermogen wordt mede verstaan het deelnemen in het kapitaal van een verbonden lichaam

¹⁰⁸ In HR 26 juni 2009, nr. 43 872, BNB 2009/232 heeft de Hoge Raad de eis van financiële verwevenheid bij stichtingen nader ingevuld. Voldoende is dat een stichting een zodanige zeggenschap heeft in de andere stichting dat zij instaat is via het financiële verkeer en (de prijsstelling van het) dienstenverkeer tussen de stichtingen belanghebbende en X1, de financiële posities van beide stichtingen zich op de door haar gewenste wijze tot elkaar te laten verhouden.

¹⁰⁹ Stevens 2003, blz. 308.

in de zin van artikel 8b Wet Vpb. 1969 of het aanhouden van niet duurzaam overtollige middelen ten behoeve van voornoemd lichaam. Doordat artikel 8b Wet Vpb. 1969 niet alleen bij deelname in het kapitaal aansluiting zoekt, maar ook bij deelname aan de leiding of toezicht is het goed toepasbaar bij stichtingen en verenigingen.

5.4.3 *Uitbreiding van de reorganisatiefaciliteiten*

In het algemeen dient naar mijn mening te gelden dat – op grond van het neutraliteitsbeginsel - een concern dat mede bestaat uit stichtingen en verenigingen, in beginsel op een vergelijkbare wijze fiscaal begeleid moet kunnen reorganiseren als een concern dat bestaat uit kapitaalvennootschappen. Dat wil niet zeggen dat alle faciliteiten op een gelijke wijze kunnen worden toegepast. De bedrijfsfusie regelt de overdracht van een onderneming tegen uitreiking van aandelen. Bij gebrek aan een in aandelen verdeeld kapitaal kan een stichting dus niet als verkrijger optreden. Maar het gaat erom dat fiscaal geruisloze reorganisaties mogelijk moeten zijn. Een belangrijk voordeel van het toestaan van een fiscale eenheid is dat reorganisaties tussen stichtingen eenvoudiger worden. Nu kan dat alleen worden geëffectueerd via de splitsings- en fusiefaciliteit¹¹⁰. Overdracht binnen een fiscale eenheid is een meer flexibel instrument en artikel 15ai Wet Vpb. 1969 kan op een vergelijkbare wijze worden toegepast om claimverlies bij overdracht van vermogensbestanddelen te voorkomen. Eventueel zou ook bij de overdracht van een zelfstandig deel van een onderneming de termijn kunnen worden teruggebracht naar drie jaren. In dit verband verdient het ook aanbeveling om de vrijstelling voor interne reorganisaties in de overdrachtsbelasting te verruimen¹¹¹. Positief is dat een stichting de top van een concern kan vormen, maar het is nog niet mogelijk dat een stichting ook als concern-‘vennootschap’ kwalificeert. Voor de definitie van het begrip ‘concern’ zou kunnen worden aangesloten bij de consolidatieregels. Ten aanzien van de vrijstelling voor juridische fusie en taakoverdracht zou naar mijn mening de eis kunnen vervallen dat de betrokken lichamen anbi’s moeten zijn. Bovendien zou ook de overdracht van onroerende zaken mogelijk moeten zijn, zonder andere (ondernemings)activiteiten¹¹².

¹¹⁰ De bedrijfsfusiefaciliteit geldt bovendien alleen indien een stichting een onderneming of zelfstandig onderdeel van een onderneming overdraagt aan een NV of BV tegen uitreiking van aandelen.

¹¹¹ Artikel 15 lid 1h jo. artikel 5b Uitv. besl. BRV.

¹¹² Artikel 15 lid 1h jo. artikel 5d Uitv. besl. BRV.

5.4.4 Afschrijvingen

Een belangrijk onderwerp bij de bepaling van de jaarwinst zijn de afschrijvingen van de bedrijfsmiddelen. Hoewel de afschrijvingen in beginsel betrekking hebben op de bepaling van de jaarwinst, kan door de beperkte verrekeningstermijn van verliezen een beperking van de afschrijving ook van invloed zijn op de totaalwinst. Afschrijvingen hebben als doel de lasten die worden opgeroepen door de aanschaf van zaken voor het drijven van een onderneming te spreiden over de jaren waarin dat gebruik plaatsvindt. In de literatuur is ook de opvatting verdedigd dat afschrijvingen ten doel hebben het waardeverlies tot uitdrukking te brengen als gevolg van technische en economische slijtage¹¹³. De leer van de Hoge Raad gaat echter nog steeds uit van kostentoerekening¹¹⁴. Goed koopmansgebruik vereist niet dat bij de bepaling van de restwaarde rekening wordt gehouden met - bijvoorbeeld ten gevolge van te verwachten inflatie - wellicht waarschijnlijke, maar nog niet zekere, toekomstige waardeinstijgingen van het bedrijfsmiddel. Als reden hiervoor geeft de Hoge Raad dat indien met die mogelijke toekomstige waardeinstijgingen rekening zou worden gehouden, de jaarwinst - door middel van een lagere afschrijving - zou worden verhoogd ten gevolge van nog niet plaatsgevonden hebbende waardeinstijgingen. Goed koopmansgebruik verplicht niet tot een dergelijk vooruitlopen op toekomstige waardeinstijgingen. Zodanige aanpassing is wel geboden bij een aanmerkelijke verandering van die waarde, welke redelijkerwijs als blijvend kan worden beschouwd (HR 2 januari 1958, nr. 13 379, BNB 1958/56).

De wettelijke beperking van de afschrijvingen

Het hierboven beschreven systeem wordt voor vastgoed echter beperkt door de werking van artikel 3.30a Wet IB 2001. Beleggingsvastgoed mag worden afgeschreven tot de WOZ-waarde en vastgoed in eigen gebruik tot 50% van de WOZ-waarde. Voor de meeste maatschappelijke ondernemingen zal gelden dat het vastgoed in eigen gebruik is, waardoor zij slechts in beperkte mate last hebben van de afschrijvingsbeperking. Voor een aantal andere ondernemingen ligt dat echter anders. In het bijzonder kan worden gewezen op de woningcorporaties. Op de openingsbalans zijn de panden op grond van VSO 2 al gewaardeerd

¹¹³ Vgl. T.M. Berkhout, Afschrijven op vastgoed: knopen ontward of doorgelukt?, WFR 2007/957, blz. 957-965.

¹¹⁴ HR 10 augustus 2007, nr. 41 283, BNB 2007/302.

beneden de WOZ-waarde, zodat er geen ruimte meer is om op de woningen af te schrijven. Daarbij veronderstel ik dat de woningen die een woningcorporatie verhuurt, niet kunnen worden gekwalificeerd als woningen 'in eigen gebruik'. De letterlijke tekst van de wet gaat immers uit van een objectief criterium 'een gebouw dat bestemd is om direct of indirect hoofdzakelijk ter beschikking te

stellen aan een ander dan met de belastingplichtige verbonden persoon of lichaam (gebouw ter belegging)¹¹⁵. Deze formulering biedt weinig ruimte om rekening te houden met de context waarin de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Bij een woningcorporatie zou kunnen worden betoogd dat de doelstelling is het huisvesten van personen met een laag inkomen. Vanuit die doelstelling gezien is ook de verhuurde woning in eigen gebruik.

Een vergelijkbare vraag kan spelen bij een stichting dat een dorps huis exploiteert en in dat kader de ruimten van het buurthuis tegen een lage huur verhuurt. Is daar sprake van verhuur of van eigen exploitatie? Niet elke vorm van terbeschikkingstelling behoeft echter te worden getroffen door de aftrekbeperking. De inspecteur mag een minder strikt standpunt innemen indien aan de volgende drie voorwaarden is voldaan:

1. er is sprake van een normale zakelijke exploitatie van het bedrijfsmiddel;
2. de afstand van het gebruik van het bedrijfsmiddel is min of meer kortstondig, terwijl
3. een relatie tussen eigenaar/exploitant en de gebruiker(s), afgezien van die ter zake van het gebruik, ontbreekt¹¹⁶.

Bij de uitleg van het begrip 'ter beschikking stellen' speelt een rol de mate waarin andere activiteiten worden verricht. Uit HR 29 augustus 1990, nr. 25 925, BNB 1990/294 en HR 10 juni 1998, nr. 33 297, BNB 1998/306 kan worden afgeleid dat in de situatie waarin niet het geboden dienstenpakket als zodanig centraal staat, maar de dienstverlening er louter toe strekt het gebruik van de desbetreffende gebouwen door derden mogelijk te maken, wel sprake is van terbeschikkingstelling. De enkele (kale) verhuur van ruimten in een buurthuis zal naar mijn mening dus leiden tot een beperking van de afschrijvingen.

¹¹⁵ Artikel 3.30a, derde lid, onderdeel a, Wet IB 2001.

¹¹⁶ Eerste Kamer, Aanhangsel Handelingen I 2000/01, blz. 12-555.

Ook bij een PPS-constructie kan de afschrijvingsbeperking aan de orde zijn indien een projectvennootschap op basis van een DBFMO-overeenkomst¹¹⁷ de verplichting heeft op eigen grond een gebouw te doen verrijzen en dit gebouw vervolgens gedurende een lange periode ter beschikking moet stellen aan de overheid, waarbij de projectvennootschap tevens een keur aan facilitaire diensten gaat verrichten aan die zelfde overheid, zoals diensten op het vlak van schoonmaak, onderhoud, beveiliging en horeca¹¹⁸.

Tot slot wordt in dit verband een specifiek probleem opgeroepen bij concerns die bestaan uit stichtingen. De afschrijvingsbeperking is immers niet van toepassing indien ‘ter beschikking’ wordt gesteld aan een verbonden lichaam. Artikel 8, lid 6a, Wet Vpb. 1969 verwijst voor de definitie van het begrip ‘verbonden lichaam’ naar artikel 10a Wet Vpb. 1969. Lichamen zijn met elkaar verbonden als sprake is van een belang van een derde. Dat criterium is echter lastig toepasbaar bij stichtingen. Het begrip ‘belang’ refereert in eerste instantie aan een financiële relatie in het eigen vermogen¹¹⁹, maar ook bestuursverhoudingen kunnen, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, tot verbondenheid leiden¹²⁰. De invulling van het kwantitatieve criterium ‘een derde’ is daardoor diffuus. Dat betekent dat bij stichtingen discussie kan ontstaan over de vraag of sprake is van ‘eigen gebruik’ dan wel ‘terbeschikkingstelling’ van een onroerende zaak.

5.4.5 De fiscale behandeling van maatschappelijke kosten¹²¹

Maatschappelijke ondernemingen maken ook kosten die niet resulteren in een financieel rendement, maar waarvan verwacht wordt dat deze een maatschappelijk of sociaal rendement opleveren. Deze kosten zijn in beginsel aftrekbaar. Voorwaarde is dat die kosten samenhangen met de onderneming die wordt

¹¹⁷ Design Build Finance Maintain Operate. In een DBFMO-overeenkomst wordt in het algemeen de juridische en economische eigendom van een gebouw door de overhead voorbehouden. De projectvennootschap komt dan niet aan afschrijvingen toe.

¹¹⁸ G.J.W. Kinnegim en R.F.P. Bekker, Het nieuwe afschrijven op gebouwen: over sprookjeshuizen, bowlingbanen en PPS-projecten, WFR 2007/631.

¹¹⁹ Rechtbank Arnhem 26 januari 2010, nr. AWB 08/3331, V-N 1010/23.1.4. heeft beslist dat bij een financieel belang van een derde in elk geval sprake is van verbondenheid, ongeacht de zeggenschapsverhouding.

¹²⁰ NV, Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 5, blz. 35.

¹²¹ Deze paragraaf is gebaseerd op mijn artikel De aftrek van maatschappelijke kosten en de totaalwinst, WFR 2009/6829, blz. 1234 e.v.

gedreven en passen in de doelstelling van het lichaam. De kosten mogen bovendien niet in een zodanige wanverhouding staan tot het nut, dat een redelijk handelende ondernemer die kosten niet gemaakt zou hebben.

De kosten moeten wel in redelijke verhouding staan tot het rendement dat daarmee wordt bereikt. Een vraag daarbij is wie daarvoor als referent kan gelden?

Bestaat de referentiegroep uit andere maatschappelijke ondernemers of uit commerciële ondernemers? De jurisprudentie geeft daarvoor geen aanwijzingen. De groep van andere maatschappelijke ondernemingen resulteert vanzelfsprekend in de meest ruime aftrekmogelijkheden. De grens van de redelijkheid wordt naar mijn mening overschreden indien kosten worden aanvaard die ertoe leiden dat een maatschappelijke onderneming duurzaam niet-rendabel kan worden geëxploiteerd. In de praktijk is die norm echter inhoudsloos, omdat ook maatschappelijke ondernemingen zich dat om bedrijfseconomische redenen ook niet kunnen permitteren. Zij zullen veelal subsidies ontvangen waaruit – ten dele – de onrendabele activiteiten kunnen worden betaald. Voor het overige is sprake van interne subsidiëring.

Bij de beoordeling van de aftrek van maatschappelijke kosten moet onderscheid worden gemaakt tussen maatschappelijke ondernemingen die beperkt belastingplichtig zijn en lichamen die integraal belastingplichtig zijn op basis van een wettelijke fictie (artikel 2, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb. 1969) of omdat bijvoorbeeld de stichting met zijn gehele vermogen een onderneming drijft.

De maatschappelijke onderneming is beperkt belastingplichtig

Een stichting is belastingplichtig indien en voorzover zij een onderneming drijft. De aanwezigheid van een niet-ondernemings sfeer impliceert dat de kosten die daarop betrekking hebben, ook niet ten laste van de winst kunnen worden gebracht. Ook nu zal gelden dat als in de ondernemings sfeer een onderneming wordt gedreven die in beginsel erop is gericht een maatschappelijk doel te behartigen, ook de maatschappelijke kosten die daarmee samenhangen in aftrek kunnen worden gebracht. Op het resultaat van de museumwinkel kunnen bijvoorbeeld niet de kosten van het onderhoud van de schilderijencollectie in aftrek worden gebracht, indien de belaste activiteit slechts de winkel betreft en niet tevens het museumdeel. Is het museum zelf integraal belastingplichtig,

dan zullen ook de restauratiekosten van schilderijen aftrekbaar kunnen zijn, zelfs indien het museum een schilderij voor een ander museum restaureert zonder daarvoor een vergoeding te rekenen. Een dergelijke activiteit kan passen in een museum dat als maatschappelijke doelstelling heeft het ten toon stellen, conserveren en bewaren van bijvoorbeeld 17e eeuwse Hollandse meesters.

Bij de splitsing van kosten dient er rekening mee te worden gehouden dat bij sociale of maatschappelijke ondernemingen – meer dan bij een puur commercieel bedrijf – diverse kostensoorten door elkaar lopen. Het betreft kosten die specifiek op de sociale doelstelling van toepassing zijn (sociale kosten) en de kosten die specifiek bij de productie of dienstverlening horen¹²². Artikel 9, eerste lid, onderdeel h, Wet Vpb. 1969 staat toe dat de uitgaven ten bate van een algemeen maatschappelijk belang in aftrek kunnen worden gebracht, tenzij als gevolg van deze aftrek ernstige concurrentievervalsing zou optreden. Deze faciliteit neemt daarmee het effect van de beperkte belastingplicht – waardoor maatschappelijke kosten niet ten laste van de winst komen – weer terug.

De maatschappelijke onderneming is integraal belastingplichtig

Bij maatschappelijke ondernemingen die integraal belastingplichtig zijn, is de relevante vraag of ondanks de integrale belastingplicht het lichaam een maatschappelijke of kapitaalsfeer kan hebben, waaraan uitgaven moeten worden toegerekend met als gevolg dat die uitgaven niet ten laste van de winst kunnen worden gebracht.

Uit het manege-arrest bleek dat als een derde geen zakelijk belang heeft bij de bedrijfsuitoefening van een lichaam en derhalve handelt uit vrijgevigheid, het voordeel niet tot de winst hoeft te worden gerekend¹²³. Een tegengestelde uitkomst was te lezen in de zaak waarin een stichting een subsidie verstrekke aan een vennootschap die een vliegveld exploiteerde. De stichting hield alle aandelen van een vennootschap. De subsidie moest tot de winst van de vennootschap worden gerekend, omdat de subsidiënten van de stichting een publiek of privaat belang hadden bij de exploitatie van het vliegveld¹²⁴.

¹²² Scholten 2003, blz. 39.

¹²³ HR 10 maart 1999, nr. 33 575, BNB 1999/208 c.*

¹²⁴ HR 23 april 2004, nr. 38 226, BNB 2004/274.

In het bovengenoemd vliegveld-arrest gaat de Hoge Raad er kennelijk vanuit dat het behartigen van het publieke belang een particulier (zakelijk) belang is, althans het wordt gelijkgesteld aan een particulier belang. Bij de belastbaarheid van het voordeel wordt een publiek belang aan een zakelijk belang gelijk gesteld. Geldt dan ook het omgekeerde: de uitgave die in het publiek belang wordt gedaan is tevens een zakelijke uitgave? Dit lijkt mij dan logisch, zeker

indien het een publiek of maatschappelijk belang betreft waarvoor de desbetreffende stichting krachtens haar doelstellingen opkomt door middel van het drijven van een onderneming.

Naast het motief van de verstrekker is ook de sfeer waarin het voordeel opkomt van belang. Het voordeel is belast indien het opkomt in de ondernemings sfeer. Een voorbeeld is te vinden in het arrest HR 3 mei 2002, BNB 2002/259, waarin een stichting die een kinderdagverblijf exploiteerde de subsidie tot de winst moest rekenen, omdat de subsidie was verstrekt om de ondernemingsactiviteit te financieren. Ook in het bloedbank-arrest¹²⁵ speelde de sfeer waarin het voordeel opkwam, een rol. De Hoge Raad stond slechts aftrek van de werkelijke kosten van de afname van bloed toe, omdat deze activiteit reeds in de ondernemings sfeer plaatsvond. Het voordeel kwam derhalve op in de belaste sfeer en niet in de onbelaste sfeer, zodat ook niet de vraag aan de orde kon komen of er sprake kon zijn van een informele kapitaalstorting door de onbelaste niet-ondernemings sfeer van de stichting in de belaste ondernemings sfeer.

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat een stichting die met haar gehele vermogen een onderneming drijft, toch een niet-belaste kapitaalsfeer kan hebben, waardoor stortingen onbelast blijven. Het omgekeerde zou dan ook moeten gelden: dat er in beginsel onttrekkingen kunnen plaatsvinden aan het vermogen van de stichting die via de kapitaal- en niet via de winstsfeer verlopen, dit ondanks het feit dat er geen gerechtigden zijn tot het kapitaal van de stichting. De Hoge Raad laat deze mogelijkheid in beginsel ook open in HR 10 februari 2006, nr. 49 924, BNB 2006/259. In die zaak overweegt de Hoge Raad dat bij een stichting die met haar gehele vermogen een onderneming drijft, ervan moet worden uitgegaan dat alle uitgaven van de stichting zijn gedaan binnen het kader van die onderneming, tenzij de inspecteur het tegendeel aannemelijk

¹²⁵ HR 15 november 1989, BNB 1990/48.

maakt. Een dergelijke situatie laat zich naar mijn mening slechts voorstellen, indien vermogen wordt uitgekeerd aan een doel dat ligt buiten de statutaire doelstelling van de maatschappelijke onderneming, althans een doelstelling die niet mede wordt behartigd door het drijven van de onderneming op grond waarvan het lichaam integraal belastingplichtig is.

Met ingang van 1 januari 2009 is in artikel 8d en artikel 10, eerste lid, onderdeel k, Wet Vpb. 1969 bepaald dat de subsidies, respectievelijk de heffingen die het Centraal Fonds Volkshuisvesting verstrekt of oplegt, fiscaal gedefiscaliseerd zijn. In de wetgeschiedenis heeft de staatssecretaris opgemerkt dat de bijdrageheffing een vermogensoverheveling betreft in het kader van de volkshuisvesting¹²⁶. Dat zou tot gevolg kunnen hebben dat de aftrekbaarheid enerzijds en de belastbaarheid anderzijds niet in evenwicht zijn. Zo was het volgens de staatssecretaris denkbaar dat de bijdrage bij de ontvangende ‘toegelaten instelling’ belast zou zijn, terwijl deze bij de betalende ‘toegelaten instelling’ niet aftrekbaar is. Naar mijn mening heeft de Raad van State terecht opgemerkt dat CFV-heffing moet worden aangemerkt als een zakelijke heffing die in beginsel aftrekbaar is, omdat vanuit het perspectief van de toegelaten instelling sprake is van een uitgave die wordt gedaan in het kader van het bevorderen van de volkshuisvesting. Een doelstelling die toegelaten instellingen trachten te behartigen door (bij wetsfictie) het drijven van een onderneming met hun gehele vermogen.

Ook kan worden betoogd dat de wetgever bij de introductie van artikel 3.29c Wet IB 2001 impliciet aanvaard heeft dat maatschappelijke kosten ten laste van de winst kunnen worden gebracht. Artikel 3.29c Wet IB 2001 zou immers niet nodig zijn indien het onrendabele deel van de investering als zodanig niet ten laste van de winst zou kunnen worden gebracht op grond van het totaalwinstbeginsel¹²⁷.

5.5 De financiering van de maatschappelijke onderneming

Een van de meest belangrijke actuele vraagstukken is de financiering van maatschappelijke ondernemingen, met name van zorginstellingen. In het verlengde daarvan ligt de vraag of zij winst mogen uitkeren aan verschafters van eigen vermogen. Hiervoor zagen wij dat de uitreiking van winstbewijzen het

vervallen van de zorgvrijstelling in de vennootschapsbelasting tot gevolg heeft, waardoor eigen vermogen duur wordt¹²⁸. Een alternatief voor winstbewijzen is financiering met vreemd vermogen, al dan niet door middel van een lening met een winstafhankelijke rente. Daarmee raken we aan een van de kernproblemen van de winstbepaling van ondernemingen, namelijk de behandeling van financieringskosten. Vanwege de ongelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen bestaat er permanent spanning in het fiscale systeem. Fiscaal is het voordeliger om activiteiten te financieren met vreemd vermogen omdat (1) de rente, anders dan dividend, fiscaal aftrekbaar is en (2) er betere mogelijkheden zijn om verliezen op schuldfinanciering in aftrek te brengen. De fiscale bevoordeling van vreemd vermogen leidt tot een aantal (economische) distorsies¹²⁹. In de eerste plaats trekken ondernemingen relatief te veel vreemd vermogen aan, hetgeen hen kwetsbaar maakt in tijden van economische neergang. In de tweede plaats worden startende en innovatieve ondernemingen, die moeilijker toegang hebben tot vreemd vermogen, gediscrimineerd ten opzichte van volwassen ondernemingen. In de derde plaats is de fiscaal ongelijke behandeling een incentive voor (internationale) tax planning en belastingarbitrage. In de vierde plaats leidt de fiscale bevoordeling van vreemd vermogen tot een niet optimale allocatie van eigen en vreemd vermogen, hetgeen een excess burden (welvaartsverlies) tot gevolg heeft. Tot slot wordt gestimuleerd om winsten in te houden in plaats van uit te delen. In een systeem zoals dat van box 3 van de Wet IB 2001, waarin de heffing niet is gebaseerd op de werkelijk genoten inkomsten, maar op de waarde van het aandeel of de schuldtitel, treedt deze laatste verstoring overigens niet op. Bij de heffing van inkomstenbelasting in box 2 van de Wet IB

¹²⁸ De zorgvrijstelling van artikel 5, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb 1969 kent de eis dat de winst uitsluitend ten goede mag komen aan vergelijkbare (algemeen nuttige) instellingen. Ook artikel 6 Wet Vpb 1969 kent beperkingen ten aanzien van de winstgerechtigdheid. In het wetsvoorstel Maatschappelijke ondernemingen was aangegeven dat de uitreiking van winstbewijzen aan derden tot gevolg zou hebben dat de zorgvrijstelling komt te vervallen voor de Maatschappelijke onderneming met winstbewijzen.

¹²⁹ J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, FM 119, 2007, blz. 22-26 en R.A. de Mooij, *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?*, Rotterdam, 2003. Vermeend/Van der Ploeg/Timmer, blz. 163.

¹²⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31705, nr. 7, V-N 2008/53-4.

¹²⁷ Kamerstukken II 2007/08, 31 205, nr. 4, p. 25 (advies RvS).

2001 is deze verstoring echter wel relevant,¹³⁰ evenals in de dividendbelasting¹³¹. Deze argumenten gelden in beginsel ook voor maatschappelijke ondernemingen.

In de literatuur zijn verschillende systemen voorgesteld om de ongelijke behandeling van eigen en vermogen te mitigeren. Hierbij zijn principiële oplossingen voorgesteld die de ongelijke behandeling in de kern trachten op te lossen door eigen en vreemd vermogen gelijk te behandelen. Dat kan via een CBIT (comprehensive business income tax) waarin de aftrek van rente wordt uitgesloten, of via een systeem van aftrek van primair rendement¹³², waarin een aftrek over het eigen vermogen wordt voorgesteld (allowance for company equity)¹³³. Het kenmerk van deze principiële oplossingen is dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen interne financiering en financiering van derden, zoals banken. Een alternatief is niet de aftrek van rente aan te pakken, maar te verzekeren dat de betaalde rente (en de uitgekeerde dividenden) onderworpen zijn aan belastingheffing¹³⁴, bijvoorbeeld door de inhouding van bronbelasting en/of de genietter van de rente/dividend (buitenlands) belastingplichtig te maken in de inkomsten- of vennootschapsbelasting.

De hiervoor genoemde distorsies zijn ook aan de orde bij de financiering van maatschappelijke ondernemingen. Doordat in het concern of samenwerkingsverband veelal geheel of ten dele vrijgestelde lichamen zijn, is belastingarbitrage mogelijk die vergelijkbaar is met de problematiek die wordt opgeroepen door belastingparadijzen, maar nu binnen één fiscale jurisdictie. In § 5.4.2 heb ik daarom voorgesteld een fictieve belastingplicht in te voeren voor het ter beschikking stellen van vermogen door stichtingen binnen concern.

¹³⁰ Met ingang van 1 januari 2010 is deze verstoring wel minder geworden omdat de aanmerkelijk-belangclaim niet meer ongeclausuleerd kan worden doorgeschoven door vererving van de aandelen. Doorschuiving is nu alleen nog mogelijk indien de vennootschap een onderneming drijft. Niettemin treedt een verstoring op omdat ook voor beleggingsvennootschappen het – in elk geval vanuit een liquiditeitsperspectief voordelig is om afrekening uit te stellen.

¹³¹ Voor de volledigheid merk ik op dat voor ondernemers die in box 1 belast worden natuurlijk ook geldt dat de feitelijk genoten inkomsten in de heffing worden betrokken, zodat ook bij hen uitstel van heffing voordelen biedt.

¹³² Een andere variant is de aftrek van uitgekeerd (primair) dividend.

¹³³ Zie rapport Continuïteit en vernieuwing. Een visie op het belastingstelsel, Studiecommissie belastingstelsel, blz. 86-92.

¹³⁴ E.C.C.M. Kemmeren, Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rente!, WFR 2009/401.

Hieronder analyseer ik kort de gevolgen voor maatschappelijke ondernemingen van de verschillende in de literatuur voorgestelde alternatieven.

Bij de introductie van een CBIT zouden de rente en dividendbetalingen van vrijgestelde lichamen, net als rentebetalingen door de overheid en particulieren, geheel onbelast blijven. Dit kan worden opgelost door vrijgestelde lichamen en overheden de verplichting op te leggen een bronbelasting in te houden op de uitgekeerde dividenden en rente. Ten opzichte van de bestaande situatie maakt dat in beginsel macro gezien geen verschil voorzover de ontvanger van de rente en dividend in de heffing zou worden betrokken. De heffing bij de ontvanger wordt dan immers ingeruild voor een inhouding bij de betaler.

Rente en dividend wordt echter ook ontvangen door lichamen die thans niet aan belastingheffing onderworpen zijn. Indien geen bronheffingen worden ingehouden, zijn nadere maatregelen niet noodzakelijk. Er zullen wel verdelings-effecten optreden. De rente is nu immers aftrekbaar en niet belast. In een C BIT systeem is de rente niet aftrekbaar en daardoor indirect belast op het niveau van de schuldenaar. Voor het vrijgestelde lichaam die de rente ontvangt, verandert er niets indien de bruto rente gelijk blijft (ik ga ervan uit dat in een C BIT systeem de rente en dividend bij de ontvanger niet belast wordt). De gevolgen voor de rentebetalende vennootschap hangen af van de vraag in welke mate de uitsluiting van de renteaftrek wordt gecompenseerd door een verlaging van het vpb-tarief.

In een systeem met een ACE zal op een vergelijkbare wijze belastingarbitrage plaatsvinden tussen de belaste sfeer en de onbelaste sfeer als in het bestaande systeem. Financiering zal zoveel mogelijk vanuit de onbelaste concernonderdelen plaatsvinden om op die wijze de winst in de belaste delen af te romen. Alleen als een compenserende heffing wordt vereist bij de ontvanger van het primair rendement, kan deze arbitrage worden voorkomen. Bovendien zal er – als de rente hoger is dan het primair rendement – een prikkel blijven bestaan om zoveel mogelijk activiteiten met vreemd vermogen te financieren. Indien heffing bij de ontvanger plaatsvindt door de inhouding van bronheffingen en/of een optionele belastingheffing bij de ontvanger in de inkomsten- of vennootschapsbelasting, zullen vergelijkbare maatregelen als bij een CBIT nodig zijn om tegemoet te komen aan de positie van vrijgestelde lichamen.

5.6 Winst en fiscaal ondernemerschap

Ondernemerschap bij maatschappelijke ondernemingen kan verwijzen naar de eigenschappen van een organisatie, de werknemers of het management. In de fiscaliteit heeft de kwalificatie ‘ondernemer’ tot gevolg dat een ander fiscaal voordelig regime van toepassing is. Voor deze kwalificatie zijn niet zozeer de persoonlijke eigenschappen van belang, maar de voorwaarden waaronder de werkzaamheden worden verricht (zelfstandigheid, verschillende opdrachtgevers e.d.). Met name in de zorg loopt er een actuele discussie over het fiscaal ondernemerschap van zelfstandig gevestigde specialisten. Maar ook op andere plaatsen in de zorg, bijvoorbeeld in de thuiszorg, wordt gebruik gemaakt van zzp'ers¹³⁵. De vraag is actueel of deze zzp'ers kwalificeren als ondernemer (of als directeur-groootaandeelhouder). Maar zoals gezegd, de ondernemersvraag speelt ook bij medische specialisten. Als we het hebben over het honorarium dat wordt uitgekeerd aan de specialisten, spreken we niet snel van een winstuitkering. Toch zijn er specialisten die fiscaal als ondernemer worden aangemerkt en die hun honorarium dus als ‘winst’ verantwoorden. In het nieuwe model voor de bekostiging van specialisten zullen de ziekenhuizen met het collectief van de specialisten afspraken maken over de honorarium en de verdeling daarvan over de vrij gevestigde specialisten. In dat model, dat tot 1 januari 2015 zal gelden, worden specialisten – zo is de bedoeling van partijen - aangemerkt als ondernemer, omdat zij via het ziekenhuis aan de patiënt of verzekeraar declareren en daardoor volgens VWS een debiteurenrisico behouden¹³⁶. Ook lopen zij ten dele een inkomensrisico omdat de vergoeding zal bestaan uit een vast en een variabel deel. Bovendien zullen – afhankelijk van de concrete afspraken – sommige maatschappen van specialisten zelf investeringen doen en eigen kosten dragen. Er zal een nieuwe Model Toelatingsovereenkomst worden opgesteld dat aan het Ministerie van Financiën zal worden voorgelegd om het ondernemerschap te bevestigen.

In feite is er dus al sprake van winstuitkering in de zorg¹³⁷. In dat licht is het opmerkelijk dat er zoveel weerstand bestaat tegen winstuitdeling in de zorg aan de verstrekkers van eigen vermogen. Een belangrijk motief voor de kritische

houding tegen winstuitkering lijkt mij ingegeven door de maatschappelijke weerstand over de absolute hoogte van het inkomen. Dat past in het tijdsbeeld waarbij alle inkomens - in het bijzonder die in de publieke sector - kritisch worden bekeken.

In het fiscale recht zijn voor ondernemers verschillende fiscale faciliteiten opgenomen en voor directeurs- grootaandeelhouders geldt dat de gecombineerde druk van vennootschaps- en inkomstenbelasting resulteert in een lager effectief tarief dan het toptarief in box 1 van de Wet IB 2001. Bovendien bestaat de mogelijkheid van uitstel van heffing, omdat de inkomstenbelasting pas geheven wordt bij uitkering van de winst als dividend op het aandelenbezit of bij verkoop van de aandelen. Daardoor kan het voor een persoon aantrekkelijker zijn om de diensten als ondernemer of als directeur-groootaandeelhouder aan te bieden dan als werknemer. Dit heeft ook effect op de wijze waarop bijvoorbeeld de zorg wordt georganiseerd. Op zich bestaat daar weinig bezwaar tegen, maar het is wel van belang dat de fiscale faciliteiten sterk gekoppeld blijven aan de onderscheidende kenmerken van ondernemers zoals: het hebben van een ondernemingsvermogen, het doen van investeringen in fysiek en human capital en het in dienst nemen van personeel. Het enkele feit dat iemand zich afficheert als ondernemer is naar mijn mening niet voldoende. In dit kader kan ik deze problematiek niet verder uitspinnen, maar een consequentie van bovenvermelde lijn van denken in bijvoorbeeld de zorg is dat specialisten alleen voordeel van een fiscale faciliteit moeten hebben indien zij zelfstandig of – in maatschapsverband personeel in dienst hebben of investeringen doen – of delen in de totale winst (en daardoor indirect investeren en personeel in dienst hebben) van het ziekenhuis.

¹³⁵ Zie recent Rechtbank Leeuwarden, MK, 2 september 2010, nr. AWB 09/2724, V-N 2010/64.13 inzake een verpleegkundige die via een bemiddelingsbureau werkzaam was.

¹³⁶ Brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer d.d. 15 december 2010, CZ-IPZ 304126

¹³⁷ Zie ook Kamerstukken II 2004/05, bijlage 27 659, nr. 52: Transparantie en integrale tarieven in de gezondheidszorg, blz. 30.

6

Een alternatief voor het bestaande regime

6.1 Knelpunten in het huidige systeem

Het bestaande fiscale regime voor maatschappelijke ondernemingen voldoet niet meer. De zorgvrijstelling (artikel 5 Wet Vpb. 1969) sluit niet goed aan op de huidige praktijk van grote instellingen met een diversiteit aan activiteiten, samenwerking en ketenvorming, specialisatie en uitbesteding en een sterkere gerichtheid op preventie¹³⁸. De gebruikte terminologie in de vrijstelling is sterk verouderd, de aard van de activiteiten moet op het niveau van de rechtspersoon worden beoordeeld in plaats van op concernniveau. De vrijstelling wordt door de Belastingdienst eng uitgelegd, waardoor activiteiten die essentieel zijn voor het primaire zorgproces buiten de reikwijdte van de vrijstelling vallen (dat is bijvoorbeeld het geval met diagnostische activiteiten). Tot slot kent de vrijstelling een alles-of-niets-karakter. Indien de kwantitatieve grens wordt overschreden die wordt bepaald door het ‘uitsluitend of nagenoeg uitsluitend werkzaamheden verrichten welke bestaan uit de genezing of verpleging van zieken, kraamvrouwen of gebrekkigen’, zijn alle activiteiten belast. Dat zou te billijken zijn indien duidelijk was op welke wijze de grens moet worden getrokken. Maar dat is niet de realiteit.

De algemene vrijstelling van artikel 6 Wet Vpb. 1969 biedt voor instellingen waarbij een algemeen maatschappelijk of sociaal belang op de voorgrond staat, weinig soelaas vanwege de strikte winstgrenzen (€ 7.500 per jaar en maximaal € 37.500 in vijf jaren). Bovendien bestaat in de praktijk veel discussie over de uitleg van het begrip ‘algemeen maatschappelijk belang’ (zie § 2.4.2). Door de sterke nadruk die de rechter legt op het particuliere belang, lijkt het erop dat veel maatschappelijke ondernemingen niet kunnen worden aangemerkt als een instelling, waarbij het algemeen maatschappelijk belang op de voorgrond staat. Dat leidt tot rechtsonzekerheid en onbegrip omdat in het spraakgebruik en naar publieke opvattingen maatschappelijke ondernemingen nu juist worden gezien als instellingen die primair in het maatschappelijk belang werkzaam (moeten) zijn.

¹³⁸ Voor een overzicht van de technische tekortkomingen verwijs ik onder andere naar S.A. Stevens en M. van Dijk, *Belastingwet als stimulans voor maatschappelijk ondernemerschap. De toekomstige fiscale behandeling van maatschappelijke ondernemingen in de vennootschapsbelasting*, PricewaterhouseCoopers, 2008 en C.P.Kooy en J.C.M. Cremers, *Knelpunten in de heffing van vennootschapsbelasting in de zorg- en onderwijssector*, WFR 2009/538.

De herbestedingsreserve (ex artikel 12 Wet Vpb. 1969) biedt – onder voorwaarden - de mogelijkheid om resultaten uit te smeren over jaren en te verschuiven naar de toekomst. Doordat de gereserveerde winsten moeten worden afgeboekt op de investeringen, kan er echter een verschil ontstaan tussen de commerciële en de fiscale winst waardoor toch over de jaarwinst belasting moet worden betaald, terwijl de totale winst nihil is. Bovendien is het niet toegestaan een herbestedingsreserve te vormen voor generieke doelen, zoals risico's die samenhangen met de bedrijfsvoering. De herbestedingsreserve biedt daarom slechts beperkte mogelijkheden om de belastinglast te mitigeren, tenzij – zoals bij woningcorporaties – zeer veel investeringen worden gedaan en de afschrijvingen uit anderen hoofde reeds beperkt zijn.

Tegelijkertijd biedt de beperkte belastingplicht voor stichtingen mogelijkheden voor belastingvermijding. Indien een stichting als commanditair vennoot deelneemt in een fiscaal transparante commanditaire vennootschap wordt die niet geacht een onderneming te drijven (ondanks de fiscale transparantie). Via de faciliteit van artikel 9, eerste lid, onderdeel h, Wet Vpb. 1969 is het mogelijk de belastingplicht van stichtingen volledig uit te hollen door de ondernemingsactiviteiten onder te brengen in een afzonderlijke rechtspersoon en die vervolgens als fondswervende instelling te laten optreden ten behoeve van een algemeen nut beogende instelling (anbi). De wettelijke eis dat de toepassing van de faciliteit niet mag leiden tot een ernstige verstoring van de concurrentieverhoudingen, werpt naar mijn mening weinig beperkingen op. In de praktijk zien wij dan ook dat de discussie vooral gaat over de vraag of een woningcorporatie, ziekenhuis of instelling van onderwijs kan worden aangemerkt als een anbi.

6.2 Een nieuw regime voor maatschappelijke ondernemingen

6.2.1 *Aanpassing van de belastingplicht*

Op grond van het voorgaande is er naar mijn mening voldoende aanleiding om het belastingregime voor maatschappelijke ondernemingen te herzien. In beginsel zouden stichtingen en verenigingen integraal belastingplichtig moeten zijn, ongeacht de activiteiten. Ook deze rechtspersonen hebben immers draagkracht en profiteren van het overheidsbeleid. Bovendien is een integrale belastingplicht de beste garantie tegen belastingarbitrage en wordt het neutraliteitsbeginsel gewaarborgd. De nadelen zijn echter dat het aantal belastingplichtigen aanzienlijk stijgt, de administratieve lastendruk voor veel organisaties sterk wordt verhoogd, terwijl het heffingsbelang bij veel organisaties beperkt is.

Een integrale belastingplicht is voor veel organisaties waarschijnlijk ook niet gewenst.

Het heeft weinig zin eerst de grote bulk van amateursport- en muziekverenigingen in de belastingheffing te betrekken en vervolgens via subjectieve vrijstellingen weer een groot aantal organisaties te moeten vrijstellen. Wetstechnisch is het daarom eenvoudiger om de wet met een aantal meer specifieke maatregelen te verbeteren. De volgende uitgangspunten dienen daarbij te worden gehanteerd:

1. een stichting of vereniging is belastingplichtig indien en voorzover zij een onderneming drijft;
2. een lichaam wordt geacht een onderneming te drijven – indien en voorzover - het lichaam vermogensbestanddelen ter beschikking stelt aan een verbonden lichaam in de zin van artikel 8b Wet Vpb. 1969, mits degene aan wie het vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld belastingplichtig is en niet subjectief vrijgesteld is. Onder het ter beschikking stellen van vermogen wordt mede verstaan het deelnemen in het kapitaal van een verbonden lichaam in de zin van artikel 8b Wet Vpb. 1969 of het aanhouden van niet duurzaam overtollige middelen ten behoeve van vernoemd lichaam;
3. de bestaande subjectieve vrijstellingen dienen te worden vervangen door een reserve voor maatschappelijke gebonden vermogen (zie hierna);
4. stichtingen moeten in een fiscale eenheid kunnen worden opgenomen.

Door bovenvermelde systematiek kunnen fiscale oases en belastingarbitrage effectief worden voorkomen. Stichtingen die een particulier belang behartigen, zullen immers worden aangemerkt als een afgezonderd particulier vermogen, als gevolg waarvan het vermogen wordt toegerekend aan de inbrengen, respectievelijk de erfgenamen of begunstigen (artikel 2.14a Wet IB 2001). Invoering van een integrale belastingplicht voor stichtingen is dus niet noodzakelijk om dergelijke doelvermogens in de heffing te betrekken.

Overheidsbedrijven

Om concurrentievervalsing te voorkomen kunnen ook de indirecte overheidsbedrijven – dat zijn de stichtingen, verenigingen, NV's en BV's die door de overheid worden beheerst – in de belastingheffing worden betrokken indien en voorzover zij een onderneming drijven. De belangrijkste wijziging ten opzichte van het huidige systeem is dat de limitatieve opsomming van belaste activiteiten (artikel 2, derde lid, Wet Vpb. 1969) komt te vervallen. Dit voorstel is conform de Ondernemingsvariant in de nota overheidsbedrijven en de Contourenschets.

Dat betekent dat overheidsstichtingen en -verenigingen belastingplichtig worden indien en voorzover zij een onderneming drijven en dat overheids-NV's en BV's integraal belastingplichtig worden. In de praktijk heeft dat een aanzienlijke uitbreiding van de belaste activiteiten tot gevolg, omdat de overheid vooral dienstverlenende activiteiten uitoefent die thans niet in de belastingheffing worden betrokken.

Het argument om de ondernemingsactiviteiten in de heffing te betrekken is te voorkomen dat de concurrentieverhoudingen worden verstoord. Gelet op de budgettaire functie zou belastingheffing niet noodzakelijk zijn, omdat het bij een indirect overheidsbedrijf 'slechts' om een verschuiving van middelen binnen de overheid gaat. Natuurlijk is belastingheffing wel relevant voor de desbetreffende organisaties en heeft het gevolgen voor de allocatie van collectieve middelen aan de verschillende beleidsterreinen, maar op het niveau van de totale overheid heeft de belastingheffing geen budgettair effect. In beginsel geldt dat voor alle gesubsidieerde instellingen indien het negatieve budgettaire effect van belastingheffing volledig zou worden gecompenseerd door een verhoging van de subsidie. In de praktijk zal dat niet het geval zijn, omdat de overheidsinstanties die de belasting heffen en die de subsidie verstrekken niet gelijk zijn.

Voor de directe overheidsbedrijven, dat wil zeggen de ondernemingsactiviteiten van de overheid zelf, kan de belastingplicht worden beperkt tot de ondernemingsactiviteiten waarmee in concurrentie wordt getreden met de onderneming van particulieren. Ook hier geldt het voorkomen van een verstoring van de concurrentieverhoudingen als rechtvaardiging voor de belastingplicht. Beperking van de belastingplicht kan vervolgens via de introductie van specifieke vrijstellingen worden bewerkstelligd.

6.2.2 Afbakening van de onderneming en samenwerkingsverbanden

Indien de ondernemingsactiviteiten als aangrijpingspunt van de belastingheffing worden gekozen, is een belangrijk vraagpunt op welke wijze de onderneming wordt afgebakend. Een onderneming is gedefinieerd als een organisatie van arbeid en kapitaal die deelneemt aan het economische verkeer met het oogmerk winst te maken. Bij een maatschappelijke onderneming zal altijd sprake zijn van een organisatie van arbeid en kapitaal. Door de objectivering van het winststreven – voldoende is dat overschotten worden behaald - wordt ook aan deze voorwaarde voldaan. Bepalend is derhalve of aan het economische verkeer wordt deelgenomen. Dat criterium omvat twee aspecten.

In de eerste plaats moeten er bedrijfsmatige activiteiten worden verricht. Dat wil zeggen het lichaam moet goederen en diensten voortbrengen en niet alleen een doorgeefluik zijn van geld. In de tweede plaats dient het lichaam extern te presteren. Zuiver interne bedrijfsmatige activiteiten kunnen – evenals thans ook het geval is - niet worden aangemerkt als een ondernemingsactiviteit. In de zogenoemde verdringingsvariant (Nota belastingheffing van overheidsbedrijven) worden ook interne prestaties als een ondernemingsactiviteit aangemerkt. Alle activiteiten die eventueel uitbesteed zouden kunnen worden naar een particuliere onderneming, bijvoorbeeld de interne reproafdeling, leiden dan tot belastingplicht. Dit gaat naar mijn mening echter veel te ver, omdat daarmee een eindeloze discussie dreigt omtrent de vraag of sprake is van een niet uitbesteedbare kerntaak of een hulpactiviteit die eventueel kan worden verzelfstandigd.

Vervolgens is de vraag aan de orde of alle activiteiten ten behoeve van derden tot gevolg moeten hebben dat sprake is van deelname aan het economische verkeer en dus leiden tot het drijven van een onderneming. Een dergelijke strikte uitleg zou een aanzienlijke belemmering betekenen van de organisatie en eventuele verzelfstandiging van activiteiten. Stel dat al het drukwerk van het Rijk vanwege efficiencyvoordelen via één afdeling wordt geregeld¹³⁹. Op een bepaald moment wordt die afdeling ondergebracht in een stichting of BV die door de overheid wordt beheerst. De stichting of BV heeft het Rijk als enige afnemer. Er zou kunnen worden betoogd dat er deelname is aan het economische verkeer. Ik zie dan echter geen wezenlijk verschil met de situatie dat deze activiteiten door het Rijk zelf zonder onderbrenging in een separate rechtsvorm worden verricht.

Naar mijn mening zou de BV of stichting dus niet belastingplichtig moeten zijn, mits zij uitsluitend werkzaam is voor het concern waartoe zij behoort. Deelname aan het economische verkeer doet zich niet voor indien de belastingplicht op concernniveau wordt beoordeeld. Op concernniveau is immers sprake van interne prestaties. Het fiscale recht beoordeelt echter – tenzij sprake is van een fiscale eenheid – de activiteiten van de zelfstandige lichamen in beginsel op zichzelf, los van hun juridische, bedrijfseconomische en organisatorische verbanden. Ik zou er daarom voorstander van zijn om een fiscale eenheid tussen stichtingen, verenigingen, publiekrechtelijke rechtspersonen en andere

¹³⁹ Vgl. Uitvoeringsprogramma Compacte Rijksdienst, Brief van de minister van Binnenlandse Zaken, 14 februari 2011, kenmerk 2011-2000012818.

lichamen mogelijk te maken en de belastingplicht van de zelfstandige lichamen te beoordelen alsof er een fiscale eenheid is.

Een alternatief is een afzonderlijke vrijstelling in de wet op te nemen voor dienstverlenende activiteiten van stichtingen, verenigingen of overheidsorganisaties ten behoeve van andere (verbonden) lichamen. Een dergelijke vrijstelling zou ook de mogelijkheid bieden een ruimere kring van samenwerkingsverbanden vrij te stellen. De oplossingsrichting van een fiscale eenheid gaat immers niet op indien bijvoorbeeld een aantal gemeenten besluit een samenwerkingsverband op te zetten. Een rechtvaardiging voor een ruimere faciliteit is dat anders grote organisaties bevoorreed worden ten opzichte van kleinere organisaties. Die laatste groep is immers vanwege de beperkte eigen schaalgrootte sneller genoodzaakt samen te werken met andere overheidsorganisaties. Een vergelijkbaar probleem doet zich voor in de Mededingingswet waarin regels zijn voorgesteld om te voorkomen dat een overheidsorganisatie een overheidsbedrijf bevoorreedt. Daarvoor is onder meer de verplichting opgenomen de integrale kostprijs in rekening te brengen voor de goederen en diensten. Een uitzondering geldt voor het aanbieden van goederen of diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen of aan overheidsbedrijven voor zover deze goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak¹⁴⁰.

In de btw spelen vergelijkbare problemen. Om te komen tot een praktische oplossing is de zogenoemde 'koepelvrijstelling' opgenomen (artikel 11, eerste lid, onderdeel u, Wet OB 1968). Deze vrijstelling regelt dat – onder voorwaarden – de diensten van een koepel jegens de "leden" zijn vrijgesteld van btw (de koepel hoeft overigens geen verenging te zijn). In de wet zijn specifieke diensten vermeld die onder de koepelvrijstelling kunnen vallen (bijvoorbeeld de diensten van woningcorporaties die rechtstreeks noodzakelijk zijn voor het beheer of onderhoud van woningwet- of premiewoningen, alsook voor bepaalde diensten van verplegings- en verzorgingshuizen). Tegelijkertijd zijn – om versterking van de concurrentieverhoudingen te voorkomen – bepaalde diensten uitgesloten, zoals de wasverzorging, het verzorgen van de loon- en salarisadministratie en de grootboekadministratie, het ter beschikking stellen van personeel, bepaalde ICT-diensten, adviesdiensten met betrekking tot onderhoud van woningen en andere gebouwen en expertisewerkzaamheden in het kader van een verzekering of schadegeval.

¹⁴⁰ Artikel 25i, tweede lid. Zie Eerste Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 354, A.

Introductie van een koepelvrijstelling in de vrijstellingsbepalingen van de vennootschapsbelasting kan langs dezelfde lijnen worden geregeld. Een eis die in de vennootschapsbelasting lastig toepasbaar zou zijn, is dat de koepel slechts de kosten mag doorbelasten. In de vennootschapsbelasting dienen juist at arm's length-prijzen te worden berekend en om die reden zou de koepel een winstmarge in aanmerking moeten nemen op de levering van goederen of diensten aan de leden. Als dat niet meer hoeft, is er fiscaal ook geen winst en bestaat er geen behoefte aan een vrijstelling.

Invoering van een generieke eis dat de koepel niet in concurrentie mag treden, zou tot gevolg hebben dat de vrijstelling niet effectief is. Een dergelijke eis is wellicht ook niet nodig. Er zou immers kunnen worden betoogd dat - net als in de Mededingingswet - het risico van concurrentievervalsing voldoende is gewaarborgd indien ten minste de integrale kostprijs in rekening wordt gebracht. In elk geval zal de eis moeten worden gesteld dat de koepel uitsluitend goederen en diensten levert aan leden van de koepel. Er kan dan immers worden betoogd dat de koepel slechts het verlengstuk is van de leden. Aanvullend kunnen - net als bij de btw - specifieke activiteiten worden uitgesloten. Deze diensten kunnen echter niet één op één worden gekopieerd, omdat de koepelvrijstelling in de btw betrekking heeft op een bepaald type organisatie (namelijk de ondernemer die vrijgestelde diensten verricht of niet-ondernemer is). Deze beperkingen vereisen rechtspolitieke keuzen tussen enerzijds het voorkomen van concurrentievervalsing van de samenwerkingsverbanden en aan de andere kant de legitieme wens van instellingen te willen samenwerken met het oog op kwaliteitsverbetering en versterking van de doelmatigheid.

6.2.3 *Aanpassing van de vrijstellingen*

In het door mij voorgestelde systeem leiden in beginsel alle ondernemingsactiviteiten tot belastingplicht. Thans kennen wij vrijstellingen in artikel 5 en 6 Wet Vpb. 1969. Vrijstellingen of andere faciliteiten kunnen worden gerechtvaardigd, omdat de wetgever om instrumentele redenen van mening is dat activiteiten ondersteund moeten worden. Ook kan er een praktische rechtvaardiging zijn, namelijk dat de verwachte belastingopbrengst niet in verhouding staat tot de administratieve lasten.

De vrijstellingen dienen in beginsel rechtsvormneutraal te zijn. Wel dient als eis te worden gesteld dat de winsten van het lichaam uiteindelijk ten goede moeten komen aan een lichaam dat de winst niet kan uitkeren aan particulie-

ren. Een BV kan derhalve een beroep doen op een subjectieve vrijstelling, mits de aandelen worden gehouden door een stichting. Deze beperking wordt gerechtvaardigd door het gelijkheids- en het draagkrachtbeginsel. De ondernemingswinsten die toekomen aan particulieren moeten in de heffing worden betrokken ongeacht de aard van de onderneming.

In de wet kan een meer uitgebreide lijst worden opgenomen van activiteiten die in aanmerking komen voor een vrijstelling. In de btw fungeert een dergelijke lijst redelijk goed. Een mogelijk nadeel is dat de uitleg van de verschillende vrijstellingen voortdurende interpretatieverschillen kan opleveren met de Belastingdienst. Een belangrijk voordeel is wel dat de belastingplichtigen meer rechtszekerheid hebben en de wetgever beter richting kan (en moet) geven aan het bereik van de vrijstelling. Daarmee krijgt de vrijstelling ook meer democratische legitimiteit in vergelijking met de huidige algemene formulering die door de rechter moet worden ingevuld. Eventueel kan voor een combinatie worden gekozen, waarbij in de wet een open norm wordt geformuleerd, maar tegelijkertijd de wetgever (of via algemene maatregel van bestuur) een aantal grenzen expliciet maakt door bepaalde activiteiten te vermelden die zijn vrijgesteld en andere expliciet uit te sluiten. Het voordeel van een open norm, flexibiliteit, wordt daarmee enigszins behouden. Welke activiteiten concreet onder de vrijstelling worden gebracht vergt keuzen van rechtspolitieke aard. Op de uitwerking daarvan zal ik in dit stadium niet nader ingaan.

Voor de formulering van de vrijstelling zou eventueel kunnen worden aangesloten bij de Europeesrechtelijke begrippen 'diensten van algemeen belang' en 'diensten van algemeen economisch belang'. Een voordeel daarvan lijkt te zijn dat daarmee eenheid wordt gecreëerd in de nationale en Europees rechtelijke benadering van het voorkomen van verstoring van de mededinging. De invulling van voornoemde begrippen is echter in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel overgelaten aan de individuele Lidstaten. Europeesrechtelijk ingrijpen is immers pas noodzakelijk indien de nationale uitleg een verstoring van het intracommunautaire handelsverkeer tot gevolg zou hebben. In elk geval is wel een bepaalde vorm van coördinatie noodzakelijk. De vrijstellingen mogen immers geen staatssteun vormen (artikel 107 VWEU).

Tot slot is de vraag relevant of de vrijstelling moet worden gekoppeld aan de generieke eis dat het lichaam niet in concurrentie treedt met ondernemingen

van particulieren¹⁴¹. In de context van artikel 4 Wet Vpb, 1969 geldt een ruime uitleg van dat begrip. Ook potentieel in concurrentie treden valt er onder. Naar mijn mening dient deze bepaling echter niet zó ruim te worden uitgelegd dat ook wettelijke monopolies onder de belastingplicht vallen. In het fiscale recht wordt bij verschillende fiscale faciliteiten ook het begrip 'ernstige vorm van concurrentieverstoring' gebruikt. Een dergelijk criterium is naar mijn mening echter niet aanbevelenswaardig. In de eerste plaats is moeilijk te bepalen wanneer sprake is van *ernstige concurrentieverstoring*. Rechtbank Breda heeft beslist dat daarvan sprake is indien 'de activiteit binnen de branche duidelijk als concurrentie wordt ervaren, zodat de fictieve kostenafrek en in het verlengde daarvan de vrijstelling daadwerkelijk zou leiden tot een ongewenste marktverstoring'. De rechtbank kende betekenis toe aan de stelling van belanghebbende dat hij geen lagere prijzen hanteerde dan in de branche gebruikelijk is. Zij oordeelde: 'De stelling dat belanghebbende lagere prijzen zou kunnen hanteren dan vergelijkbare winkels doordat zij met vrijwilligers werkt, acht de rechtbank niet van belang nu - zelfs als die stelling juist is - daarvan geen daadwerkelijke concurrentieverstoring uitgaat'.

In de uitspraak inzake het taleninstituut heeft Hof 's-Hertogenbosch¹⁴² - in de context van artikel 9, eerste lid, onderdeel h, Wet Vpb 1969 - gepreciseerd dat er een causaal verband vereist is tussen de aftrek en de ernstige concurrentieverstoring. De opvatting van de inspecteur dat de enkele omstandigheid dat een belastingplichtige activiteiten verricht waarmee in concurrentie wordt getreden met andere ondernemers, voldoende is om een 'ernstige concurrentieverstoring' aanwezig te achten, is afgewezen. Volgens de inspecteur had de wetgever niet het oog gehad op commerciële activiteiten, maar slechts op activiteiten 'in de marge'. Zodra een belastingplichtige commerciële activiteiten verricht, is per definitie sprake van (de mogelijkheid van) een ernstige concurrentieverstoring en bestaat nimmer recht op de aftrek, aldus de inspecteur.

Het begrip 'in concurrentie treden' dient naar mijn mening, zoals ik ook al in het voorgaande betoogde, in elk geval niet zo ruim te worden opgevat dat ook alle interne activiteiten die door een zelfstandige onderneming zouden kunnen worden verricht, tot belastingplicht leiden¹⁴³.

¹⁴¹ Vergelijk de Nota belastingheffing van overheidsbedrijven van 25 september 2007, V-N 2007/54.15.

¹⁴² Hof 's-Hertogenbosch, MK III, 25 juni 2010, nr. 08/00620, V-N 2010/50.17.

¹⁴³ In de Nota belastingheffing van overheidsbedrijven wordt dit de zogenoemde verdringsvariant genoemd.

Alleen voor generiek geformuleerde vrijstellingen – die niet aansluiten bij specifieke activiteiten, maar bij de rechtsvorm en een algemeen karakter van de activiteiten (zoals werkzaamheden in het algemeen belang) heeft het concurrentie criterium toegevoegde waarde. Bij specifieke vrijstellingen is het zinvoller dat de wetgever deze afweging maakt bij de invoering van de vrijstelling en het bestaansrecht – mede in het licht van een potentiële verstoring van de concurrentieverhoudingen – periodiek evalueert.

6.2.4 *Uitbreiding van de herbestedingsreserve: reserve voor maatschappelijk gebonden vermogen*

Een vrijstelling heeft als nadeel dat het inkomen en vermogen geheel buiten de fiscale sfeer blijft en daarmee ook onttrokken wordt aan het toezicht van de fiscus. Een oplossing daarvoor is een faciliteit te bieden in de belaste sfeer bijvoorbeeld in de vorm van een reserve ten behoeve van continuïteitsrisico's en investeringen. De omvang van de reserve kan worden gemaximeerd op basis van concrete criteria die een indicatie vormen van de vereiste reserves met het oog op de gelopen risico's en geplande investeringen. Een dergelijke open norm geldt ook voor algemeen nut beogende instellingen¹⁴⁴. Een dergelijke faciliteit past goed bij het kenmerk van een maatschappelijke onderneming, namelijk dat het gereserveerde vermogen aangewend moet worden in het kader van de maatschappelijke doelstelling. Door de reserve te maximeren, kan ook concreet invulling worden gegeven aan de eis dat het vermogen beschikbaar moet blijven voor de maatschappelijke doelstelling. Vermogenoverschotten kunnen, ook als die niet kunnen worden uitgekeerd, worden geacht niet langer meer voor het maatschappelijk doel te worden gebruikt indien een norm wordt overschreden. Het zou daarbij mijn voorkeur hebben aan te sluiten bij normen die in de sector gelden. Deze sectorale normen zijn in eerste instantie gericht op het borgen van de continuïteit van de maatschappelijke ondernemingen, maar tegelijkertijd geldt dat de politiek beducht is voor te grote reserves. Er zijn dus maatschappelijke tegenkrachten die ervoor zorgen dat ook realistische maxima worden gesteld aan de reservevorming. Op dit moment bestaat nog weinig eenheid in de gestelde of te stellen normen. Elke gemeente kan in beginsel eigen normen voorschrijven in de subsidievoorwaarden. De Commissie Don heeft gekeken naar vermogensvorming in het onderwijs en het Centraal Fonds voor de Volks-

¹⁴⁴ Artikel 41b Uitv.reg. IB 2001.

huisvesting ontwikkelt normen voor woningcorporaties. Tegelijkertijd is de belastingheffing in de vennootschapsbelasting natuurlijk niet een volledige waarborg tegen het oppotten van vermogen. De fiscale prijs bedraagt 25% vennootschapsbelasting. Dat betekent dat 75% van de winst zonder fiscale consequenties kan worden gereserveerd. Indien de fiscaliteit zou moeten worden ingezet als instrument om het vermogen te reguleren, zou het tarief op een bepaald moment moeten oplopen naar 100%. Een dergelijke heffing levert naar mijn mening geen schending op van het recht van eigendom, indien het ingebed is in een wettelijk kader voor maatschappelijke ondernemingen (zie § 2.2.3). In de wet dient specifiek – net als bij de vrijstellingen – te worden bepaald ter zake van welke activiteiten de reserve kan worden gevormd. Ook overheidsbedrijven zou kunnen worden toegestaan om voor deze activiteiten een reserve te vormen.

6.2.5 *Overeenstemming met Europees recht*

Vanzelfsprekend dient bij een aanpassing van de regelingen voor de maatschappelijke onderneming rekening te worden gehouden met het verbod op staatssteun (artikel 107 VWEU). Ik ga daar in dit verband niet uitgebreid op in¹⁴⁵. Wel merk ik op de vrijstellingen in artikel 5 en 6 Wet Vpb. 1969 kwalificeren als bestaande steun. Voor die instellingen zou er sprake zijn van de vervanging van de vrijstelling door een andere steunmaatregel. Dit kan betekenen dat er sprake is van nieuwe steun die door de Europese Commissie moet worden goedgekeurd. In dat verband kan worden betoogd dat deze instelling een dienst van algemeen economisch belang behartigen. Fiscale faciliteiten in de sfeer van de vennootschapsbelasting voldoen echter naar mijn mening niet snel aan de strenge criteria die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld. Wel kansrijk acht ik de stelling dat geen sprake is van steun, omdat de Europese Commissie heeft aangegeven dat rekening kan worden gehouden met de omstandigheid dat een instelling geen winst kan maken¹⁴⁶. Hierbij dient ook te worden meegenomen dat de goedkeuring van staatssteun niet een zuiver juridische aangelegenheid is, maar verweven is met politieke overwegingen.

¹⁴⁵ S.A. Stevens, Tax aid and Non-profit organisations, EC Tac review, 2010, Volume 19, nr. 4, p. 156 e.v.

¹⁴⁶ Commission Notice on the Application of the State Aid Rules to Measures Relating to Direct Business Taxation, C-384/3, 10/12/98, para 25.

7 BTW

De btw is een belangrijke belasting bij maatschappelijke ondernemingen. Ze is in het voorgaande reeds enkele malen ter sprake gekomen. Omdat veel diensten die door maatschappelijke ondernemingen worden voortgebracht, vrijgesteld zijn van btw, is de btw die in rekening wordt gebracht niet aftrekbaar. Daardoor vormt de btw een aanzienlijke kostenpost voor de onderneming. De heffing van btw is een wezenlijke belemmering voor een aantal ontwikkelingen van maatschappelijke ondernemingen, zoals samenwerking, uitbesteding en verzelfstandiging van activiteiten en de opzet van PPS-constructies¹⁴⁷. In het regeerakkoord is aangekondigd dat onderzocht zal worden of een btw-compensatiefonds in de zorg kan worden ingevoerd. Het probleem daarbij is vooral de financiering van het fonds. De financiering van het btw-compensatiefonds voor gemeenten en provincies kon relatief eenvoudig plaatsvinden door een verlaging van de rijksbijdrage aan het gemeente- en provinciefonds. Aangezien er verdelingseffecten optraden tussen de gemeenten en provincies, ging dat niettemin gepaard met een langdurig en complex invoeringstraject. De kern van het probleem zit in de vrijstelling. Het schrappen van de vrijstelling leidt tot een aanzienlijke verhoging van de kosten van de diensten van zorginstellingen, omdat de loonkosten veruit de belangrijkste kostenpost zijn. De diensten van zorginstellingen zijn juist vrijgesteld om de kosten voor de consument te verlagen. Een oplossing zou zijn de vrijstellingen die als ratio hebben de kosten te verlagen (merit goederen), te vervangen door een 0%-tarief. Dat vereist echter een aanpassing van de btw-richtlijn en dus overeenstemming tussen de lidstaten. Het grote voordeel van een 0%-tarief is dat de administratieve rompslomp van een btw-compensatiefonds kan worden vermeden. Een tweede aspect dat bij de btw-vrijstelling relevant is, is de omstandigheid dat een aantal vrijstellingen de eis kent dat geen winst mag worden uitgekeerd (vgl. artikel 11, tweede lid, Wet OB 1968). Indien winstuitdeling in de zorg mogelijk zou worden gemaakt, hebben deze instellingen geen recht meer op de vrijstelling. Dat zou tot concurrentievervalsing leiden. Daarom was in het kader van het wetsvoorstel voor de Maatschappelijke onderneming al aangekondigd dat de eis dat geen winst mag worden uitgekeerd, in de desbetreffende wettelijke bepalingen zou komen te vervallen. Anders dan bij de vennootschapsbelasting komt aan de eis dat geen winst mag worden uitgekeerd ook minder belang toe. De vrijstelling heeft

¹⁴⁷ Zie J.G. Sijmons en T.A. van de Ende, De juridische herpositionering van de zorginstelling, blz. 88 In: Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg, Preadvies van de vereniging Handelsrecht, 2008.

immers als doel de kostprijs van de diensten te verlagen. Dat voordeel slaat primair neer bij de consumenten, tenzij de aanbieder het kostprijsvoordeel niet volledig doorgeeft aan de consument. Een op winst gerichte onderneming zal die neiging eerder hebben, maar als er een competitieve markt bestaat, of de prijzen gereguleerd zijn, bestaat er weinig ruimte om dit voordeel om te zetten in een hogere winst.

8 De onderzoeksagenda

Het fiscaal wetenschappelijk onderzoek is bij uitstek een terrein dat zich leent voor interdisciplinair onderzoek. Bij de vormgeving van het fiscale stelsel moet voortdurend een afweging worden gemaakt tussen efficiëncy- en rechtvaardigheidsbeginselen. Dat betekent dat het fiscale onderzoek gegrond is in de economische- en de rechtswetenschappen. Twee wetenschapsgebieden waarop de afgelopen jaren veel kritiek is geuit. Harry van Dalen heeft in zijn oratie de kritiek op economen op een rij gezet¹⁴⁸. In de kern komt het er op neer dat economen uitgaan van rigide veronderstellingen zoals (1) dat individuen alleen hun eigen belang nastreven en (2) dat zij rationeel handelen. Dat leidt ertoe dat sociale problemen teveel worden gezien als een probleem van nutsmaximalisatie onder voorwaarden. De betekenis van kennis wordt overschat en er wordt te weinig rekening gehouden met het mensbeeld. De nadruk ligt (te) sterk op doelmatigheid. Er is te veel aandacht voor theorievorming en te weinig oog voor de werkelijkheid. De mogelijkheid dat markten, maar ook toezichthouders en overheden die opkomen voor het publiek belang, kunnen falen, is onderschat. Economen gaan ervan uit dat het gedrag van mensen vooral kan worden beïnvloed door (financiële) prikkels. De onderzoeksarbeid in de juridische discipline heeft zich lange tijd vooral gekenmerkt door analyse van wet- en regelgeving en door het annoteren van rechtelijke uitspraken. Er is te weinig aandacht besteed aan de rechtssociologische en rechtspsychologische kant van de medaille. Ook is de bestuurlijke en policologische dimensie in en van het rechtstelsel in de rechtswetenschap veelal onderbelicht gebleven, althans zijn de wetenschapsgebieden te weinig geïntegreerd. De agenda van de rechtswetenschap wordt in hoge mate bepaald door de belangen van de rechtspraak¹⁴⁹. Praktijk en wetenschap gaan hand in hand, waarbij de praktijk vaak leidend is. En dat geldt zeker ook voor de fiscale wetenschap. In veel fiscaal onderzoek staat de techniek en casuïstiek voorop.

In de fiscale wetenschap is veel winst te boeken indien weer met grotere nadruk de confrontatie wordt gezocht tussen economie en recht en de wetenschappers van verschillende achtergrond met elkaar in debat gaan en elkaars paradigma's ter discussie stellen. Ook de fiscale wetenschap kan niet volstaan met een analyse

¹⁴⁸ Harry van Dalen, Het stille onbehagen. Over ingenieurs, leunstoeleconomen en ezeldrijvers in de economie, oratie, 2010.

¹⁴⁹ Jan Vranken, Een nieuwe taak voor de rechtswetenschap?, blz. 85. In: Maatschappelijke rechtsvorming, Hans Gribnau (red), BJU, 2005.

van fiscale wet- en regelgeving en jurisprudentie. Er is volgens mij behoefte aan meer empirisch onderzoek naar de werkelijke maatschappelijke effecten van fiscale regelgeving. Recht is immers geen autonome discipline, die los staat van de werkelijkheid waarop het geacht wordt betrekking te hebben¹⁵⁰. Daarvoor is het nodig om vraagstukken meer integraal vanuit verschillende disciplines te bekijken. In Nederland wordt bijvoorbeeld weinig rechtssociologisch en –psychologisch onderzoek gedaan naar fiscale vraagstukken, terwijl de fiscale wetenschap ook een gedragswetenschap is, zodat de inzichten van die terreinen verrijkend kunnen zijn. De zeer sterke vermenging van praktijkfiscalisten en wetenschappers, waar ik zelf ook een voorbeeld van ben, maakt het lastiger om die stap te zetten. Het op de wet- en regelgeving georiënteerde onderzoek levert immers de meeste synergie op met het werk van een praktijkfiscalist. Ik heb de indruk dat de specialisatie in de fiscaliteit te ver aan het doorschieten is, waardoor we te weinig van elkaars kennis profiteren om maatschappelijke problemen op te lossen. De btw biedt, zo is mij gebleken bij dit onderzoek, bijvoorbeeld veel inspiratie met betrekking tot vraagstukken rond mededingingsneutraliteit en de vormgeving van vrijstellingen voor maatschappelijke ondernemingen voor andere onderdelen van de belastingheffing. Toch lijkt de segregatie tussen de beoefenaren van de indirecte en directe belastingen alleen maar toe te nemen.

Gelukkig wordt steeds meer onderzoek rechtsvergelijkend opgezet, waarbij de verschillende rechtsgebieden, zoals rechtspersonenrecht en het fiscale recht, geïntegreerd aan bod komen. De komende jaren zal waarschijnlijk opnieuw worden gezocht naar de ideale organisatievorm voor een maatschappelijke onderneming. Het zou goed zijn om bij dat onderzoek vanaf het begin ook fiscale aspecten te betrekken. Traditioneel wordt in de fiscale wetenschap al veel aandacht besteed aan de ontwikkeling van de verslaggevingsregels en de interactie met fiscale regels. Onderbelicht tot op heden is naar mijn mening de relatie met mededingingsregels. Dat is opmerkelijk omdat in het fiscale recht mededingingsneutraliteit een belangrijk uitgangspunt is. Er valt dus wat te leren van de afwegingen die in het mededingingsrecht worden gemaakt. Natuurlijk zal ook internationaal rechtsvergelijkend onderzoek worden verricht. Er zijn andere landen bijvoorbeeld Duitsland en het Verenigd Koninkrijk die vergelijkbaar met Nederland gemengde markten hebben.

¹⁵⁰ Vranken 2005.

Deze landen kennen ook een bijzondere rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming. Voorts kunnen de raakvlakken met de overheidsfinanciën niet uit het oog worden verloren, en moeten vraagstukken betreffende de sociaal-economische ordening mede tot een oplossing worden gebracht door de instrumentele inzet van de belastingheffing, waarbij mede de sociale rechtvaardigheid een belangrijk maatschappelijk beleids criterium zal blijven.

De ambitie is mijn onderzoeksprogramma voor de komende jaren vanuit het fiscale perspectief onderzoek te verrichten naar het fenomeen ‘maatschappelijke ondernemingen’. Het Centrum voor het Bestuur van de Maatschappelijke Onderneming is als multidisciplinair centrum bij uitstek de plek om die ambitie waar te maken.

De centrale invalshoek van mijn onderzoek is de vraag waarin maatschappelijke ondernemingen zich (wezenlijk) onderscheiden van andere (commerciële) ondernemingen en wat de winst is van maatschappelijke ondernemingen. Die vraag zal worden toegespitst op de fiscale behandeling van maatschappelijke ondernemingen en het fiscale gedrag van de organisatie. Enkele concrete onderzoeksvragen die ik de komende jaren wil uitwerken zijn de volgende:

- Op welke wijze wordt c.q. kan de winst van maatschappelijke ondernemingen worden bepaald?
- Op welke wijze beïnvloedt het fiscale stelsel de organisatie en financiering van maatschappelijke ondernemingen? Zijn er aanpassingen van de regelgeving gewenst om (fiscale) knelpunten te voorkomen.
- In welke mate wordt de mededingingsneutraliteit tussen maatschappelijke ondernemingen en andere (commerciële) ondernemingen verstoord door fiscale regelgeving en dient dat te leiden tot een aanpassing van de fiscale regelgeving?
- Genereert een maatschappelijke onderneming positieve of negatieve externe effecten en is het fiscale recht een goed instrument om die effecten te stimuleren of af te remmen?
- Welke rol speelt het fiscale recht bij het toezicht en de governance van maatschappelijke ondernemingen?
- Wat betekent de status van een maatschappelijke onderneming voor het fiscale gedrag van de onderneming in vergelijking met commerciële ondernemingen?
- Op welke wijze worden maatschappelijke ondernemingen die actief zijn op

een gemengde markt van maatschappelijke en commerciële ondernemingen in het buitenland fiscaal behandeld?

- Op welke wijze beperken internationale regels de vrijheid van de Nederlandse overheid om specifieke (fiscale) regels te maken voor maatschappelijke ondernemingen?
- Welke (fiscale) gevolgen heeft de overgang van een (maatschappelijke) onderneming van de onbelaste sfeer naar de belaste sfeer?

Kortom, genoeg uitdagende vragen om de komende jaren mee aan de slag te gaan. Gelukkig weet ik mij daarbij gesteund door familie, een groot aantal vrienden en collega's die ook vandaag aanwezig zijn.

In de gesproken tekst volgt nu een persoonlijk dankwoord dat ik hier heb weggelaten.

Colofon

copyright

Prof.dr. S.A. (Stan) Stevens

vormgeving

Beelenkamp ontwerpers, Tilburg

fotografie omslag

Ton Toemen

druk

PrismaPrint, Tilburg University