

Dga nog aansprakelijk voor fiscale eenheid

Als gevolg van het Van der Steen-arrest is de dga geen btw-ondernemer meer. Daarmee is ook de fiscale eenheid die hij had met zijn bv verbroken. Maar hoe zit het dan met de jaren voor het arrest. Kan de dga nog aansprakelijk worden gesteld voor de btw van zijn toenmalige fiscale eenheid.

Als er sprake is van een fiscale eenheid, worden de ondernemers die hiervan deel uitmaken niet meer afzonderlijk als belastingplichtige in de btw behandeld. De fiscale eenheid is de belastingplichtige voor de btw. Een nadeel van de fiscale eenheid is dat alle onderdelen van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de fiscale eenheid verschuldigde btw. In 2002 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een directeur-groootaandeelhouder (dga) die werkzaamheden verricht voor een bv waarvan hij meer dan de helft van de aandelen bezit, zelfstandig ondernemer is voor de btw. Om te voorkomen dat de dga's voor hun salaris een factuur met btw moesten gaan sturen aan de vennootschap, werden fiscale eenheden voor de btw gevormd. Het grote voordeel van een fiscale eenheid is dat de onderdelen onderling geen btw hoeven te berekenen.

Dga geen btw-ondernemer

Op 18 oktober 2007 oordeelde het Europese Hof van Justitie in het arrest Van der Steen dat een dga die een arbeidsovereenkomst heeft met zijn bv, waarvan hij enig aandeelhouder, bestuurder en personeelslid is, géén ondernemer is voor de btw. Het arrest van de Hoge Raad uit 2002 bleek dus strijdig met het Europese recht.

Dat een dga in deze situatie niet meer als ondernemer in de zin van de btw kon worden aangemerkt, had tot gevolg dat de fiscale eenheid waarvan de dga onderdeel uitmaakt ontbonden of aangepast moest worden.

Omdat alle onderdelen van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de fiscale eenheid verschuldigde btw en de btw tot maximaal vijf kalenderjaren terug nageheven kan worden, loopt de dga ook na ontbinding van de fiscale eenheid het risico om hoofdelijk aansprakelijk gesteld te worden. Die hoofdelijke aansprakelijkheid kan nu in 2009 nog slechts betrekking hebben op de jaren 2004, 2005, 2006 en 2007 (in 2008 bestond de fiscale eenheid namelijk niet meer als gevolg van het arrest Van der Steen). Met andere woorden als de Belastingdienst nu een boekenonderzoek zou instellen, zou een dga aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door de fiscale eenheid verschuldigde btw over de hiervoor genoemde vier jaren.

Naheffingsaanslagen

Het arrest Van der Steen leidde - net als het arrest van de Hoge Raad in 2002 - tot een veel commotie. Sommige

dga's die een fiscale eenheid vormden met hun vennootschap - en geconfronteerd werden met naheffingsaanslagen - zagen in het arrest mogelijkheden om onder de hoofdelijke aansprakelijkheid uit te komen. Sinds oktober 2007 zijn tenminste vier uitspraken gedaan door rechtbanken en één gerechtshof. Helaas voor de dga's werden hun argumenten door de rechters afgewezen.

Beargumenteed werd dat de dga niet tot een fiscale eenheid kon behoren omdat het ondernemerschap was gebaseerd op een onjuist oordeel van de Hoge Raad. De dga's waren van mening dat de fiscale eenheid onterecht tot stand is gekomen en dat van hoofdelijke aansprakelijkheid dan geen sprake kon zijn.

De rechter is niet onder de indruk van de argumenten. Ten tijde van de vorming van de fiscale eenheid heeft de belastingdienst een beschikking afgegeven waartegen bezwaar had kunnen worden aangetekend. In tegenstelling tot Van der Steen, hadden de dga's in de latere procedures destijds geen bezwaar gemaakt. Aldus is volgens de rechters een rechtsgeldige fiscale eenheid ontstaan en kan nu niet achteraf die rechtsgeldigheid ter discussie worden gesteld. Met andere woorden, als een dga destijds geen formeel bezwaar heeft ingediend, heeft hij zijn rechten verspeeld.

Conclusie

Op het eerste gezicht lijken het logische uitspraken die de rechters hebben gedaan. Anderzijds hebben de uitspraken ook iets onredelijks. De dga's hadden destijds geen enkele reden om te twifelen aan de juistheid van het arrest van de Hoge Raad. Ook de staatssecretaris van Financiën wees in een aantal besluiten op de mogelijkheid voor dga's om een fiscale eenheid aan te gaan met hun vennootschap. In feite is de dga door als een brave burger de Hoge Raad en de staatssecretaris te volgen in een financieel nadelige positie terecht gekomen.

Wellicht dat de Hoge Raad zelf in de nabije toekomst nog over dergelijke zaken mag gaan oordelen, maar voorlopig lijkt het erop dat de dga bij hoofdelijke aansprakelijkheid aan het kortste eind trekt. ■

Bron: HR 26-04-2002, nr. 35 775; EG HvJ 18-10-2007, nr. C-355/06; Rb. Haarlem 20-12-2007, nrs. 07/702 en 07/703; Hof Arnhem 31-07-2008, nr. 07/00360; Rb. Arnhem 18-11-2008, nr. AWB 07/1607