

Steekpenningen en fiscus

Drs. J.C. de Zeeuw

THEMA

Inleiding

Hoewel de universiteiten en maatschappelijke vormingsinstellingen steeds meer aandacht geven aan bedrijfsethiek, zeggen de ondernemers zelf nauwelijks tijd te hebben voor ethische reflectie. 'Zaken doen zonder ethiek is al ingewikkeld genoeg.' Bedrijven bestaan nu eenmaal bij de gratie van winst en daarbij heeft iedereen baat: klanten, leveranciers, managers, werknemers en aandeelhouders.

Sommige ondernemers vinden het voldoende wanneer zij ethische normen toetsen aan algemene beginselen van behoorlijk staatsburgerschap of algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Naast dwingende rechtsregels van de overheid kan een bedrijf zich op vrijwillige basis ook eigen regels opleggen: bedrijfscodes. Dat zijn bindende afspraken over hoe ondernemingen in omschreven omstandigheden moeten handelen. Dergelijke codes variëren van korte beginselverklaringen tot uitvoerige bepalingen omtrent een veelheid van onderwerpen zoals eerlijkheid tegenover leveranciers en klanten, zorg voor de kwaliteit van het produkt en niet-inmenging in politieke kwesties. Zo schrijft bijvoorbeeld Shell voor dat Shell-bedrijven geen betalingen mogen verrichten aan politieke partijen en organisaties. Er zijn ook bedrijven die voorschrijven dat hun werknemers geen giften e.d. mogen aannemen al dan niet boven een bepaald bedrag (bijv. f 75) c.q. dat deze giften e.d. bij de bedrijfsleiding gemeld moeten worden.

In Amerika schijnt meer dan 80% van de Amerikaanse bedrijven een bedrijfscode te hebben, in Europa 45%. In Nederland zijn het vooral dochterondernemingen van Amerikaanse bedrijven en de grotere concerns die over (uitgebreidere) gedragscodes beschikken.

Het belastingrecht beweegt zich op het niveau van de plichtmoraal. Het is de uitwendige, dwingende norm, die is vastgelegd in de wet, de 'social control'. De plichtmoraal heeft negatieve-bestrafende-sancties. Het criterium voor het onderscheid tussen recht en ethiek is daarom gelegen in de vraag waar de plichtmoraal eindigt en de aspiratiemoraal begint. De aspiratiemoraal is de inwendige, individuele, ethische norm, die niet zonder meer kan worden afgedwongen, maar met zorg moet worden gevormd. (Zie ook Prof. Dr. L.G.M. Stevens in 'Fiscale ethiek: rechtvaardigheid en rechtvaardiging van de fiscus'.)

De belastingmoraal (zowel plichtmoraal als aspiratiemoraal) van 'de' Nederlandse belastingbetaler is blijkens enkele onderzoeken zodanig laag dat er voor de staatssecretaris van Financiën nog voldoende werk te doen is.

Uit onderzoeken uit 1984/1986 (zoals besproken door Dr. D.J. Hessing in 'Fiscale ethiek: rechtvaardigheid en rechtvaardiging van de fiscus') blijkt o.a. het volgende:

- Begrijpelijkheid van het verzwijgen van inkomsten/ontduiken van belastingen: 65%;
- Begrijpelijkheid van het opgeven van onjuiste aftrekposten: 60%;
- Gepercipieerde reactie van de omgeving op ontduiken (1986): 69%.

Uit een in 1994 in een krant gepubliceerd onderzoek blijkt o.a. het volgende:

Drs. J.C. de Zeeuw is venoot-fiscalist bij Deloitte & Touche, registeraccountants, belastingadviseurs en managementconsultants, kantoor Sittard.

- stel dat u uw keuken wilt laten verbouwen. U vindt een aannemer die de verbouwing voordelig wil doen, maar dan zonder BTW. Wat zou u doen?
 - * zeker doen : 27%
 - * waarschijnlijk doen : 31%
- Er zijn ook mensen met een lage uitkering of met een klein inkomen die af en toe bijverdienen zonder dit aan de fiscus of de sociale dienst op te geven. Wat vindt u daarvan?
 - * keurt af, maar wel begrip : 60%
 - * mensen hebben groot gelijk : 18%

Deze onderzoekscijfers bevestigen de reeds lang bestaande indruk dat 'de' belastingplichtigen niet zo'n hoge belastingmoraal hebben. Men kan zich afvragen in hoeverre dit in feite veroorzaakt is door de gedragingen van de overheid zelf.

De belastingmoraal – althans de aspiratiemoraal – zou best eens beïnvloed kunnen worden door de kwaliteit en wijze van totstandkoming van onze belastingwetgeving. De wetgever heeft zich in het verleden enkele malen duidelijk laten kennen als tamelijk onbetrouwbare 'partner'.

Duidelijke voorbeelden hiervan zijn de plotselinge afschaffing van de WIR-premieregeling en de plotselinge wijziging van de lijfrentepremieaftrek voor lijfrente-overeenkomsten met 'eigen' BV's. De wetgever introduceert ook regelmatig bewust vage nieuwe begrippen, met voor de rechter de moeilijke taak hieraan in de loop der tijd veranderende betekenissen toe te kennen. Het is voor de wetgever uiteraard ook vrij moeilijk om in alle situaties zijn ethische motivatie in wettelijke bepalingen te vatten. Het is lang niet altijd mogelijk de bedoeling van de wetgever precies te verwoorden.

De geest van de wet stijgt soms uit boven de bewoordingen ervan. Maar mag men niet van de wetgever verwachten dat hij zo zorgvuldig mogelijk de bedoelingen van de wet formuleert, zodat men daarnaar in het concrete geval niet hoeft te gissen? Aan die zorgvuldigheid heeft het – al dan niet door tijdsdruk – wel eens ontbroken. Dit werkt rechtsonzekerheid en verpolitisering van de uitvoering van de wet in de hand. Echter, de ethische dimensie van de wet wordt ook van binnenuit aangetast door de instrumentalisering van de belastingheffing.

Naarmate de belastingwetgeving meer 'vertechniseert' vervaagt de rechtswaarde ervan. De inspecteur en de adviseur worden dan (steeds

meer) fiscale ingenieurs. De ethische binding raakt dan volstrekt afwezig.

Het onderwerp 'steekpenningen' begeeft zich op het raakvlak van bedrijfsethiek en belastingmoraal.

Is het verwerpelijk dat een ondernemer zich bedient van het middel 'betalen van steekpenningen' om bepaalde opdrachten te verwerven c.q. de continuïteit van zijn bedrijf te waarborgen?

Is het aanvaardbaar dat de steekpenningenbetaler de steekpenningen als aftrekbare bedrijfslast ten laste van zijn belastbare winst brengt, terwijl hij weet dat de steekpenningontvanger de steekpenningen niet als belastbare inkomsten aan zal geven?

Op het onderwerp 'steekpenningen' en de fiscale behandeling daarvan zal in het onderstaande nader worden ingegaan.

Steekpenningen

Er is bij mijn weten geen onderzoek gedaan naar het oordeel omtrent het betalen c.q. het ontvangen van steekpenningen. In sommige bedrijfstakken is het betalen van steekpenningen (tipgelden, provisies, smeergelden, verkoopstimulerende premies e.d.) min of meer onvermijdelijk. Deze steekpenningen worden in de regel in contanten betaald aan inkopers en andere sleutelfunctie vervullende personen van bedrijven, instellingen en overheidsinstanties. De redenen voor het betalen van steekpenningen zijn verschillend:

- verkrijgen c.q. behouden van (vervolg-) opdrachten;
- versnellen van betalingen, administratieve procedures e.d.;
- etc.

De steekpenningbetaler handelt soms tegen zijn wil in, maar ziet zich ertoe genoodzaakt omdat het binnenhalen van opdrachten van levensbelang kan zijn voor het voortbestaan van zijn bedrijf en daarmee voor de werkgelegenheid (en inkomsten) van zijn personeel. Deze kanteekeningen zijn niet bedoeld om het gedrag van de steekpenningbetaler goed te praten, maar om zijn handelwijze te relativieren en in een breder kader te plaatsen.

Men kan zich afvragen wat nu kwalijker is: het betalen van steekpenningen of het ontvangen van steekpenningen?

De namen van de ontvangers van de steekpenningen worden normaliter angstvallig geheim gehouden. Het noemen van de namen van de personen zou een risico kunnen betekenen voor vervolgoopdrachten, ongewenste reacties e.d.

De (contant) betaalde steekpenningen worden in de regel als verkoopkosten of provisies e.d. in de boekhouding verwerkt.

Fiscale behandeling van steekpenningen

De belastingheffing maakt geen onderscheid tussen 'legale' inkomsten en inkomsten die verdiend zijn met 'illegale' activiteiten.

De fiscale behandeling van steekpenningen op zich is in feite niet ingewikkeld. Indien en voorzover er sprake is van echte steekpenningen, die zijn uitgegeven met het oog op de zakelijke belangen van het bedrijf, zijn de fiscale aspecten als volgt samen te vatten:

- 100% aftrekbare bedrijfskosten voor de vennootschapsbelasting (c.q. inkomstenbelasting ingeval van een zgn. 'IB-ondernemer');
- géén belastbaar loon voor de loonbelasting; en
- géén premieloon voor de werknemersverzekeringen.

Bewijs

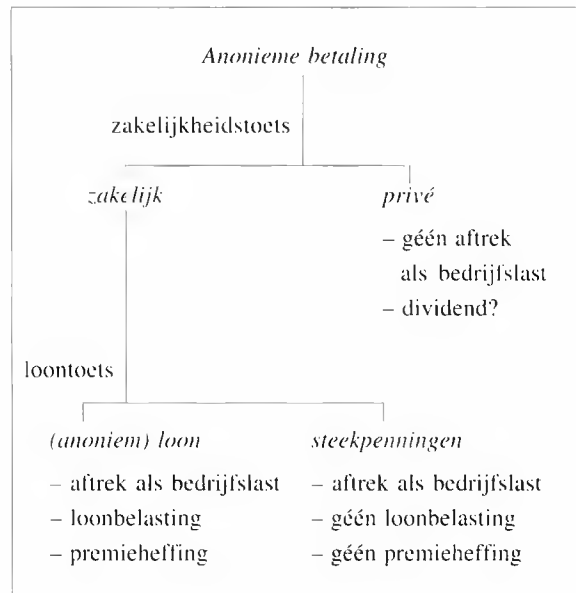
Het eigenlijke probleem in de fiscale praktijk is gelegen in de sfeer van de bewijslevering. Er moeten in feite twee 'hobbels' genomen worden:

- de zakelijkheidstoets in de winstfeer; en
- de loontoets in de loonsfeer.

De fiscus (en de bedrijfsvereniging) hebben er belang bij voldoende zekerheid te hebben over de volgende twee zaken met betrekking tot de als steekpenning gepresenteerde veelal anonieme betalingen:

- de betaling is niet terecht gekomen in de 'privé-sfeer' van de ondernemer c.q. directeur-aandeelhouder (zakelijkheidstoets); en
- de betaling is niet aangewend als betaling van 'zwart' loon (loon toets).

Schematisch is het vorenstaande als volgt weer te geven.



Zakelijkheidstoets

Bij de parlementaire behandeling van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Handelingen Tweede Kamer 26 februari 1976, pp. 3046-3048) is door de toenmalige staatssecretaris Van Rooijen uitvoerig aandacht besteed aan de aftrek van steekpenningen en de bewijsrechtelijke aspecten: 'Mijn ambtsvoorganger heeft toen reeds geantwoord, dat dergelijke onkostenposten, waarvan aannemelijk is, dat zij zijn uitbetaald, door de fiscus zonder nader bewijs worden aanvaard. Nader bewijs wordt eerst gevraagd, indien om welke reden dan ook twijfel bestaat aan de juistheid van de boekingspost, terwijl geen nader bewijs wordt gevraagd, indien belastingplichtige betrouwbaar is en zowel de aard van de ondernemingen als de omvang van de uitgaven zodanig zijn, dat zij niet afwijken van hetgeen onder plaatselijke omstandigheden gebruikelijk is.' [...] 'Ik voeg daaraan toe, dat de fiscus niet de eis stelt, dat wordt aangetoond, aan wie de betaling is gedaan, maar dat hij die eis ook niet kan stellen. Dit blijkt ook uit de jurisprudentie van de administratieve rechter.' (zie BNB 1961/157 en BNB 1957/57) [...]

'De aftrekbaarheid van een uitgave bij een belastingplichtige moet worden beoordeeld los van de vraag of de genietter van die inkomste deze al of niet als inkomen moet verantwoorden en, zo ja, ook inderdaad als inkomen aangeeft. Om dat laatste te bereiken is het weigeren van de aftrek bij de uitbetalende partij niet het middel dat de fiscus ten dienste staat.'

Ook onder de sinds 1 juli 1989 geldende Oortwetgeving blijven steekpenningen in beginsel volledig (100%) aftrekbaar (zie nota naar aanleiding van het verslag Eerste Kamer, Wet van 21 december 1989, Stb. 582, nr. 60 b, p. 3). Dat is op zijn minst opmerkelijk te noemen. Immers, relatiegeschenken van meer dan f 50 zijn in het geheel niet meer aftrekbaar en relatiegeschenken beneden dit bedrag zijn voor 75% aftrekbaar.

In de memorie van antwoord (Wet van 27 april 1989, Stb. 124, nr. 6, p. 8) is hierover het volgende opgemerkt:

‘Een belangrijke overweging om de beperking voor relatiegeschenken de voorgestelde vorm te geven is, ter aanvulling op de algemeen geldende overwegingen voor de in dit wetsvoorstel neergelegde beperking in dit geval een argument vanuit de uitvoeringssfeer. Tegenover de aftrekbaarheid van relatiegeschenken in de huidige systematiek staat de belastbaarheid daarvan bij de ontvanger. Vooral dit laatste aspect levert in de praktijk problemen op. Enerzijds speelt daarbij een rol dat, waar het gaat om kleine geschenken, deze door de ontvanger niet als inkomen worden ervaren. Er is hier aldus sprake van een zekere spanning tussen een theoretisch juiste toepassing van het inkomensbegrip en de maatschappelijke opvattingen omtrent inkomen die er in resulteert dat dit ‘inkomen’ niet wordt aangegeven. In kleine zaken komt het mij voor dat men daar vrede mee moet hebben. Anderzijds kan echter aan de belastbaarheid bij de ontvanger niet worden voorbijgegaan bij grote geschenken. In dat geval doet zich in de praktijk, naast het feit dat de ontvanger de afzender niet meer erkentelijk zal zijn voor het ontvangen van een aanvullende belastingaanslag in samenhang met het relatiegeschenk echter een groot waardeeringsprobleem voor. Voor de belastbaarheid bij de ontvanger geldt namelijk in veel gevallen het zogenaamde besparingscriterium, hetgeen noopt tot individuele waardevaststelling, met alle problemen van dien. Een gevolg van de voorgestelde beperking van de aftrekbaarheid van relatiegeschenken zal naar het mij voorkomt zijn dat het verschijnsel van dure relatiegeschenken zal worden teruggedrongen, waardoor ook de hiervoor geschetste problematiek bij de belastingheffing daarover bij de ontvanger zal verminderen, en ter zake geen aanvullende maatregelen behoeven te worden overwogen.’

Dit stukje wetshistorie is naar mijn mening op te vatten als een vrijbrief voor de ontvanger van

relatiegeschenken. De belastingheffing over deze relatiegeschenken wordt in feite afgekocht door de aftrekbeperking bij de geveer van de relatiegeschenken.

Hoewel steekpenningen in de praktijk bij de ontvanger ook niet worden belast, is dit argument niet gebruikt om ook de steekpenningen onder de aftrekbeperkingen te brengen.

Het noemen van de namen van de steekpenningontvangers is in het kader van de zakelijkheidstoets niet verplicht. In het kader van de zakelijkheidstoets zijn met name de volgende aspecten van belang:

- de betrouwbaarheid van de boekhouding;
- de gebruikelijkheid van steekpenningbetalingen in de branche;
- het eventueel kunnen leveren van getuigenbewijs.

Loontoets

De fiscus heeft er in het kader van de zakelijkheidstoets in beginsel geen belang bij te weten wie de steekpenningontvangers zijn, als het maar niet de directeur-aandeelhouder c.q. de ondernemer zelf is. In het kader van de loontoets kan het wel van belang zijn te weten wie de steekpenningontvangers zijn. Immers, als er sprake zou zijn van ‘zwart’ loon, wil de inspecteur graag weten wie dan de werknemers zijn die dat ‘zwarte’ loon hebben ontvangen. Voor ‘inhoudingsplichtigen’ (lees: werkgevers) geldt een inlichtingenplicht (art. 48 AWR): ‘iedere inhoudingsplichtige is gehouden aan de inspecteur:

- a de door deze gevorderde gegevens en inlichtingen te verstrekken welke voor de heffing van de belasting waarvan de inhouding aan hem is opgedragen, van belang kunnen zijn;
- b boeken en andere bescheiden waarvan de kennisneming van belang kan zijn voor de vaststelling van de feiten welke invloed kunnen uitoefenen op de heffing van belasting waarvan de inhouding aan hem is opgedragen, desgevorderd ter inzage te verstrekken.’

(Sinds 14 juli 1994 is deze informatieverplichting geregeld in art. 53 AWR.)

Niet-nakoming van deze verplichting leidt mogelijk zowel tot een administratiefrechtelijke sanctie (zgn. ‘omkering van de bewijslast’; art. 25 en 29 AWR) als tot een strafrechtelijke sanctie (art. 68 AWR). Het probleem is nu echter dat in

het kader van de loontoets juist het discussiepunt is de vraag of de steekpenningenbetaler met betrekking tot deze steekpenningenbetaling aan te merken is als 'inhoudingsplichtige' (lees: werkgever). Daarvoor is dan noodzakelijk dat de steekpenningenontvanger bij hem in dienstbetrekking werkzaam is (geweest). Juist om dat te kunnen bewijzen heeft de inspecteur in voorkomende gevallen nadere gegevens nodig. De Hoge Raad heeft omtrent deze kwestie op 12 februari 1992 (nr. 27677) een beslissing genomen die – in elk geval in theorie – een oplossing biedt voor dit probleem. De beslissing van de Hoge Raad komt in feite op het volgende neer:

- a de inspecteur moet zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat uit de gevraagde gegevens en inlichtingen kan blijken dat de als steekpenningen geboekte bedragen in feite loonbetalingen zijn;
- b indien en voor zover de inspecteur zich in redelijkheid op dit standpunt heeft kunnen stellen, zal de steekpenningenbetaler vervolgens aannemelijk moeten maken dat géén sprake is van loonbetalingen;
- c pas indien en voor zover de steekpenningenbetaler daarin niet slaagt, kan de inspecteur een beroep doen op art. 48 AWR/art. 53 AWR.

Ingeval alsdan de inlichtingenverplichting van art. 48 AWR/art. 53 AWR niet wordt nagekomen, kan de zogenaamde 'omkering van de bewijslast' aan de orde komen en geldt voor de steekpenningenbetaler de zwaardere vorm van bewijslevering ('aantonen' in plaats van 'aannemelijk maken'). In fase b kan de betrouwbaarheid van de boekhouding een belangrijke rol spelen.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat met behulp van getuigenverklaringen aannemelijk kan worden gemaakt dat de steekpenningen aan derden zijn betaald. Ook in fase b bestaat er in beginsel nog geen verplichting de namen van de steekpenningenontvangers te verstrekken. Nadere jurisprudentie zal duidelijk moeten maken wanneer de inspecteur zich in redelijkheid op het standpunt kan stellen dat uit de door hem gevraagde gegevens en inlichtingen kan blijken, dat de als steekpenningen geboekte bedragen in feite loonbetalingen zijn.

Aanbeveling

Het verdient naar mijn mening aanbeveling steekpenningen te behandelen als 'relatiegeschen-

ken'. Behandelen als 'relatiegeschenken' wil zeggen:

- a bij de steekpenningbetaler niet c.q. voor 75% (indien $\leq f 50$) aftrekbaar bij de fiscale winstbepaling;
Toelichting: bij de huidige stand van wetgeving zijn relatiegeschenken beperkt c.q. niet aftrekbaar bij de fiscale winstbepaling, terwijl steekpenningen 100% aftrekbaar zijn. De aftrekbeperking bij de relatiegeschenken is met name gebaseerd op het feit dat relatiegeschenken bij de steekpenningenontvanger in de praktijk niet in de belastingheffing wordt betrokken. Dit argument geldt evenzeer voor steekpenningen.
- b bij de steekpenningontvanger onbelast voor de loon- en inkomstenbelasting en premieheffing volksverzekeringen;
Toelichting: indien de fiscale aftrekbaarheid van de steekpenningen bij de steekpenningenbetaler vervalt c.q. beperkt wordt, omdat bij de steekpenningenontvanger feitelijk geen belastingheffing plaatsvindt, is het consequent de steekpenningen bij de steekpenningenontvanger ook formeel vrij te stellen.
- c géén premieheffing en géén uitkeringsgrondslag met betrekking tot de werknemersverzekeringen;
Toelichting: indien de fiscale correctie in feite alleen bij de steekpenningenbetaler plaatsvindt (door de aftrekbeperking), kan de premieheffing werknemersverzekeringen buiten beschouwing blijven. Bij echte steekpenningen komt premieheffing werknemersverzekeringen sowieso niet aan de orde. Hiertegenover staat dat steekpenningen ook niet tot de uitkeringsgrondslag behoren.

Dit is meer een pragmatische oplossing dan een principiële oplossing. Het is echter een oplossing met voldoende realiteitszin, waarbij de belasting- en premieheffing met betrekking tot de steekpenningen in feite wordt verlegd naar en afgekocht door de steekpenningbetaler, doordat bij hem de betaalde steekpenningen fiscaal niet aftrekbaar zijn. Om dit te bereiken is echter een wetswijziging nodig.

Deze voorgestelde wetswijziging levert (op indirecte wijze) mogelijk een (beperkte) bijdrage tot bestrijding van corruptie. Door de betaling van steekpenningen niet aftrekbaar te laten zijn, wordt een financiële drempel opgeworpen. Dit is echter

niet de reden voor de voorgestelde wetswijziging. Het beoogde effect is per saldo een vorm van belastingheffing te bewerkstelligen. De belastingwetgeving behoeft niet als instrument ingezet te worden bij de strijd tegen de corruptie.

In 1992 is het beleid over de aftrekbaarheid van steekpenningen in een vertrouwelijk overleg

met de Tweede Kamer besproken. Tijdens de algemene financiële beschouwingen in 1994 is door de staatssecretaris van Financiën opgemerkt dat er nu geen aanleiding is dit beleid te wijzigen. De kans op wetswijziging is derhalve momenteel niet groot.