

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

De fiscale gevolgen van de ‘flex-bv’

Naam: Mandy van den Hurk

Studentnummer: 302855

Begeleider: Prof. Dr. P. Kavelaars

Woerden, Datum: 23 april 2012

Inhoudsopgave

| | | |
|------|---|----|
| 1. | Inleiding..... | 4 |
| 1.1 | Doel van het wetsvoorstel | 4 |
| 1.2 | Hoofdvraag..... | 6 |
| 1.3 | Toetsingscriteria | 7 |
| 1.4 | Afbakening | 8 |
| 1.5 | Opzet | 8 |
| 2. | Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht | 9 |
| 2.1 | Inleiding..... | 9 |
| 2.2 | Uitgangspunten van het wetsvoorstel | 9 |
| 2.3 | De hoofdlijnen van het wetsvoorstel | 10 |
| 2.4 | Afschaffing van minimumkapitaal | 11 |
| 2.5 | Aandeelhoudersaansprakelijkheid | 12 |
| 2.6 | Crediteurenbescherming..... | 13 |
| 2.7 | Aandelen zonder winstrecht of zonder stemrecht..... | 14 |
| 2.8 | Conclusie | 16 |
| 3. | Vennootschapsbelasting | 17 |
| 3.1. | Inleiding..... | 17 |
| 3.2. | Verbondenheid op grond van artikel 10a Wet VPB 1969. | 18 |
| 3.3. | Het groepsbegrip in de thincapregeling..... | 26 |
| 3.4. | Deelnemingsvrijstelling..... | 29 |
| 3.5. | Fiscale eenheid | 33 |
| 3.6. | Conclusie | 35 |
| 4. | Loon- en inkomstenbelasting..... | 37 |
| 4.1. | Inleiding..... | 37 |
| 4.2. | Aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001 | 37 |
| 4.3. | Ter beschikkingstellingsregeling..... | 40 |
| 4.4. | Fusies en splitsingen..... | 41 |
| 4.5. | Aandelenoptieregeling voor medewerkers | 47 |

De fiscale gevolgen van de ‘flex-bv’

| | | |
|--|--|----|
| 4.6. | Conclusie | 49 |
| 5. | Overige heffingen | 51 |
| 5.1 | Inleiding..... | 51 |
| 5.2 | Bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting | 51 |
| 5.3 | Verkrijging van aandelen in een vastgoedlichaam | 54 |
| 5.4 | Artikel 4 van de Wet op de dividendbelasting 1965 | 57 |
| 5.5 | Conclusie | 59 |
| 6. | Samenvatting, conclusie en aanbevelingen | 62 |
| Literatuurlijst | | 66 |
| Kamerstukken..... | | 66 |
| Besluiten | | 67 |
| Boeken..... | | 67 |
| Artikelen..... | | 68 |
| Jurisprudentie | | 69 |
| Bijlage 1: Structuur bij arrest HR 8 april 2011..... | | 70 |

1. Inleiding

De wetgever is bezig met het moderniseren van het Nederlandse ondernemingsrecht. Deze modernisering bestaat uit verschillende elementen. Een van de aanpassingen die de wetgever voor ogen had was de herziening van de structuurregeling van de naamloze vennootschap (hierna: nv), die in 2004 is ingevoerd.¹

Daarnaast was er het wetsvoorstel² “Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek” (hierna: BW). Dit wetsvoorstel omvatte de invoering van een nieuwe rechtsvorm, de personenvennootschap. Deze nieuwe rechtsvorm zou de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap vervangen. Op 22 april 2011 heeft de commissie van Justitie in een voorlopig verslag vastgesteld waarom de commissie kritisch was over het wetsvoorstel “Invoeringswet titel 7.13 BW”. Naar aanleiding van dit voorlopige verslag heeft de Minister van Veiligheid en Justitie besloten om niet langer door te gaan met dit wetsvoorstel en het wetsvoorstel is op 28 oktober 2011 ingetrokken.³ Het derde onderdeel van de modernisering van het ondernemingsrecht is het wetsvoorstel “vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht”⁴ (hierna: wetsvoorstel ‘flex-bv’). Dit wetsvoorstel is op 19 december 2009 goedgekeurd door de Tweede Kamer en is inmiddels ingediend bij de Eerste Kamer. In deze scriptie staat het laatste wetsvoorstel centraal.

1.1 Doel van het wetsvoorstel

Met het wetsvoorstel ‘flex-bv’ heeft de wetgever drie doelen voor ogen, namelijk:

- De bv meer te doen aansluiten bij de wensen van de huidige praktijk;
- Onduidelijkheden en knelpunten bij het huidige bv-recht oplossen;
- Aansluiting houden bij andere Europese landen.

Zoals de naam van het wetsvoorstel ‘flex-bv’ al doet vermoeden, is het doel van dit wetsvoorstel de regels omtrent bv’s eenvoudiger en flexibeler te maken, zodat de bv meer gaat aansluiten aan de wensen van de praktijk.

Het huidige bv-recht is in 1971 geïntroduceerd en is het resultaat van gelegenhedswetgeving die tot stand is gekomen na de invoering van de eerste EG-richtlijn.⁵ Deze richtlijn stelt de vereisten vast voor de verplichte openbaarmaking van een reeks akten en gegevens door nv’s. Het gevolg van deze richtlijn was dat alle Nederlandse nv’s hun jaarrekening dienden te publiceren. De eerste EG-richtlijn verplichtte deze publicatie niet voor bv’s.

¹ Kamerstukken II, 2003/04, 29752, nr. 2

² Kamerstukken II, 2006/07, 31065, nr. 1

³ Kamerbrief: Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (31 065), 5 september 2011 en <http://www.rijksoverheid.nl/regering/het-kabinet/ministerraad/persberichten/2011/10/28/intrekking-nieuwe-regeling-personenvennootschappen.html>

⁴ Kamerstukken II, 2006/07, 31058, nr. 1

⁵ Richtlijn van 9 maart 1968, 68/151/EEG, PbEG 26/1, Publicatieblad nr. L 065 van 14/03/1968, p. 0008-0012

Voor de invoering van deze richtlijn kende Nederland alleen de nv.

Doordat de publicatieverplichting alleen van toepassing was op nv's, heeft de Nederlandse overheid besloten om de regels voor de nv iets aan te passen. Op deze manier was er sprake van vennootschappen die onder de uitzondering van de eerste EG-richtlijn vielen. Deze aangepaste versie van het nv-recht werd het bv-recht. Door deze "gekopieerde" en aangepaste versie worden de regels voor de bv vaak als star en onnodig belastend ervaren. Zo worden de oprichtingskosten en de bank- en accountantsverklaring als onnodig belastend ervaren.

Ook wil de wetgever deze aanpassingen in het bv-recht gebruiken om huidige onduidelijkheden en knelpunten in het bv-recht op te lossen. Zo wil de wetgever dat de rechtsonzekerheid weggenomen wordt, onnodige belemmerende of ineffectieve regels komen te vervallen en moet er een evenwichtige bescherming van crediteuren komen.

De wetgever geeft in de memorie van toelichting⁶ expliciet aan, dat er geen sprake is van een nieuwe rechtsvorm. De huidige wetgeving wordt volgens de wetgever dusdanig aangepast, dat de vernieuwde bv-wetgeving zoveel mogelijk voldoet aan de wensen die in de praktijk gesteld worden. De knelpunten die in de praktijk ervaren worden, worden ook zoveel mogelijk opgelost. De wetgever heeft voor deze benadering gekozen, onder andere omdat de praktijk vertrouwd is met de huidige bv-wetgeving. Een omvangrijke herziening van de huidige wetten zou een te grote inspanning opleveren voor de praktijk en daarnaast is de wetgever bang dat jurisprudentie omtrent de huidige wetgeving waarde verliest.⁷

Tot slot wenst de wetgever ook een flexibele bv in te voeren om aansluiting te houden bij andere Europese landen. In diverse Europese landen bestaat al een vorm van een flexibele bv. Dergelijke flexibele rechtsvormen hebben rechtspersoonlijkheid en een beperkte aansprakelijkheid, maar het staat de aandeelhouder grotendeels vrij om de inrichting en structuur van de vennootschap te bepalen. Om Nederland aantrekkelijk te houden als vestigingsland voor (inter)nationale bedrijven, wil de Nederlandse overheid deze ontwikkeling volgen.

Om de bovenstaande doelen te bereiken wil de wetgever het huidige bv-recht aanpassen. De wijzigingen in het wetsvoorstel spelen zich globaal af op drie onderdelen:

1. de orgaanstructuur, bevoegdheden en de daarbij horende regeling van aandelen en certificaten, en
2. de regeling met betrekking tot het besloten karakter van de bv en de geschillenregeling, en

⁶ Kamerstukken II 2006/07, 31058 nr. 3

⁷ Kamerstukken II 2006/07, 31058 nr. 3, p. 3 en 4

3. de regels omtrent de kapitaal- en vermogensbescherming.⁸

Na het lezen van de onderdelen waarop de aanpassingen van het bv-recht zich gaan afspelen, is wel duidelijk dat er veel gaat veranderen in het bv-recht als het wetsvoorstel 'flex-bv' tot wet verheven wordt. Deze veranderingen in het ondernemingsrecht, kunnen ook invloed hebben op de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving.

Het fiscale recht bevat een aantal regelingen waarin de omvang van het belang bepalend is voor de fiscale behandeling. Deze verschillen in de bezitscriteria leiden tot verschillen in de invulling van de zogenaamde verbondenheidsbegrippen in het fiscale recht.

Zo wordt het begrip 'belang' gebruikt bij art. 10a lid 4 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969), terwijl art. 8b Wet VPB 1969 het begrip 'belang' niet hanteert. Ook hebben de verschillende fiscale regelingen een andere ondergrens als het om verbondenheid gaat. Zo is in art. 8c Wet VPB 1969 een belang van minimaal een derde voldoende, terwijl er bij art. 12c lid 5 Wet VPB 1969 sprake moet zijn van een belang van minimaal 50%.⁹ Het begrip verbondenheid kan dus niet eenduidig ingevuld worden, maar ook omtrent het begrip 'belang', dat gebruikt wordt bij de invulling van het verbondenheidscriterium, bestaat onduidelijkheid. Zo is in de wetsgeschiedenis en in de literatuur herhaaldelijk gevraagd om duidelijkheid omtrent het begrip 'belang', want wanneer is er sprake van een belang.¹⁰ Moet er sprake zijn van zeggenschap hebben, economisch risico lopen, of beiden?

1.2 Hoofdvraag

In de vorige paragraaf is aangegeven dat de veranderingen in het ondernemingsrecht mogelijk invloed hebben op het fiscale recht. In de memorie van toelichting¹¹ staat ook dat een aantal wijzigingen van het huidige bv-recht doorwerking hebben naar het fiscale recht. In het wetsvoorstel is echter niets geregeld voor de fiscale gevolgen van de wijzigingen.¹² De conclusie die echter wel getrokken wordt is dat het huidige fiscale recht dusdanig is vormgegeven, dat er geen wijzigingen nodig zijn. Het huidige fiscale recht zou al op een adequate wijze rekening houden met de wijzigingen in het bv-recht als gevolg van de invoering van de 'flex-bv'.

⁸ Sangen, G.J.H. van der, *Wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht: de belangrijkste wijzigingen*, TFO 2007/85, p. 1-2

⁹ Zuidgeest, R.N.F., *Fiscale monografieën nummer 128, Verbondenheid in het belastingrecht*, Kluwer, Deventer, 2008, p.1 - 3

¹⁰ Zie bijvoorbeeld: Kamerstukken I 1989/90, 19 968 nr. 41c, p.10 en 11, Kamerstukken II 1988/89, 20 603, nr. 6, p. 13 en Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 5 p. 35.

¹¹ Kamerstukken II, 32426, nr. 3, p. 7 - 12

¹² Sangen, G.J.H., t.a.p., p. 1 en Zuidgeest, R.N.F., *Flexibel bv-recht en "verbondenheid" in het belastingrecht: buigen of barsten?*, WFR 2007/1162, p. 1

Het ontbreken van fiscale wijzigingsvoorstellen kan een gemiste kans zijn. Indien er een fiscale paragraaf opgenomen zou zijn in het wetsvoorstel, zouden er misschien minder onduidelijkheden zijn voor de fiscale praktijk. Nu heeft de wetgever in de memorie van toelichting⁸ wel toegelicht wat de gevolgen voor de fiscaliteit zijn, maar de vraag is of dat voldoende duidelijk is en of wetswijzigingen toch niet noodzakelijk zijn? Deze scriptie beoogt daarop een antwoord te geven.

Dit leidt tot de volgende probleemstelling:

Noodzaakt de invoering van het wetsvoorstel 'flex-bv' tot aanpassingen van de fiscale regelgeving en zo ja, welke aanpassingen zijn noodzakelijk?

Om de bovenstaande vraag te kunnen beantwoorden, heb ik de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Wat zijn de fiscaal relevante wijzigingen van het ondernemingsrecht als gevolg van de invoering van het wetsvoorstel 'flex-bv'?
2. Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de vennootschapsbelasting?
3. Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de loon- en de inkomstenbelasting?
4. Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de overige relevante fiscale wetsbepalingen?

In elk hoofdstuk staat een van deze deelvragen centraal en zal een deelvraag beantwoord worden. In de conclusie zal de hoofdvraag beantwoord worden.

1.3 Toetsingscriteria

Om de probleemstelling te kunnen beantwoorden moet er aan de hand van criteria getoetst worden of aanpassingen van het fiscale recht noodzakelijk zijn. Deze toetsing vindt plaats aan de hand van de volgende drie toetsingscriteria:

- Uitvoerbaarheid;
- Effectiviteit;
- Efficiency.

Aanpassingen van het fiscale recht zijn in mijn ogen noodzakelijk indien het huidige recht onuitvoerbaar wordt. Een regeling is in mijn ogen onuitvoerbaar indien de administratieve lasten onevenredig hoog worden of indien deze regeling zo onduidelijk is dat een onwerkbaar situatie ontstaat.

Daarnaast noodzaakt de invoering van de 'flex-bv' tot aanpassingen van het fiscale recht, indien effectiviteit van de desbetreffende regeling in het geding komt. Hiervan is sprake indien het doel van de regeling niet meer wordt gehaald na invoering van de wet 'flex-bv'.

Tot slot wordt het wetsvoorstel getoetst aan een van de doelen van de wetgever, namelijk dat de huidige onduidelijkheden en knelpunten opgelost moeten zijn.

1.4 Afbakening

In deze scriptie zal alleen het wetsvoorstel ‘flex-bv’ aan bod komen. Op het wetsvoorstel “Invoeringswet titel 7.13 BW” zal niet nader worden ingegaan, dit wetsvoorstel is immers ingetrokken.

In het tweede hoofdstuk van deze scriptie komen alleen de fiscaal relevante aspecten van het wetsvoorstel ‘flex-bv’ aan bod. Verder draait deze scriptie voornamelijk om verschillende samenwerkingsverbanden. Dit betekent dat in hoofdstuk drie en verder toegespitst wordt op de invulling van het begrip verbondenheid in de verschillende fiscale bepalingen en op de gevolgen van het wetsvoorstel voor die invulling van het begrip.

1.5 Opzet

Om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, wordt in het tweede hoofdstuk het wetsvoorstel ‘flex-bv’ geanalyseerd. Hierbij komen alleen de juridische aspecten van het wetsvoorstel aan bod en worden eventuele probleempunten voor de fiscaliteit gesignaleerd. Vervolgens komen de knelpunten voor de vennootschapsbelasting in hoofdstuk drie aan bod. Dit hoofdstuk draait om de concernfaciliteiten zoals de fiscale eenheid en de deelnemingsvrijstelling, maar ook om de antimisbruikbepalingen zoals artikel 10a Wet VPB 1969. Vervolgens worden in hoofdstuk vier de inkomstenbelasting en de loonbelasting behandeld. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de aanmerkelijk belangregeling, de ter beschikkingstellingsregeling en de regelingen betreffende fusies en splitsingen. Daarnaast wordt de optieregeling in de loonbelasting behandeld. In hoofdstuk vijf worden de overige relevante fiscale regelingen besproken zoals de bedrijfsopvolgingsregeling, de schenk- en erfbelasting en artikel 4 van de Belasting van het Rechtsverkeer. Artikel 4 Wet op de Dividendbelasting zal de ook revue passeren in hoofdstuk vijf. Na al deze fiscale wetten doorgenomen te hebben, trekken we in hoofdstuk zes de conclusie en wordt daarmee tevens antwoord op de hoofdvraag gegeven. Tevens worden er in dit hoofdstuk aanbevelingen gedaan voor mogelijke wijzigingsvoorstellen in de fiscaliteit.

2. Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de eerste deelvraag van deze scriptie centraal. Deze deelvraag luidt: *Wat zijn de fiscaal relevante wijzigingen van het ondernemingsrecht als gevolg van het wetsvoorstel 'flex-bv'?*

Om een antwoord te kunnen geven op deze vraag, wordt in paragraaf 2.2 eerst dieper ingegaan op de uitgangspunten van het wetsvoorstel 'flex-bv'. Het wetsvoorstel omvat diverse aanpassingen van het BW, de hoofdlijnen van deze aanpassingen zullen de revue passeren in paragraaf 2.3. Vervolgens worden de belangrijkste inhoudelijke veranderingen van het wetsvoorstel in paragraaf 2.4 en verder besproken. Tevens zullen de mogelijke knelpunten die zich op fiscaal vlak kunnen voordoen in kaart gebracht worden, zodat deze knelpunten in de komende hoofdstukken inhoudelijk behandeld kunnen worden.

2.2 Uitgangspunten van het wetsvoorstel

In de inleiding is al weergegeven dat de wetgever met het wetsvoorstel 'flex-bv' drie doelen nastreeft.

De doelen die met de voorgestelde bv-structuur bereikt moeten worden zijn:

- een betere aansluiting bij andere Europese landen;
- een betere aansluiting op de wensen en behoeften van de praktijk; en
- knelpunten of onduidelijkheden van het huidige bv-recht moeten weggenomen worden.

Tevens dient de nieuwe flex-bv een betrouwbare rechtsvorm te zijn voor alle partijen, waarbij crediteuren en (minderheids)aandeelhouders voldoende worden beschermd.¹³

Evenals de Expertgroep¹⁴ gaat het wetsvoorstel van de volgende uitgangspunten uit:

- *“minder dwingend en meer regelend recht;*
- *meer vrijheid voor aandeelhouders om de onderneming naar eigen inzicht en wensen vorm te geven met voldoende waarborgen voor de belangen van andere partijen (in het bijzonder minderheidsaandeelhouders);*
- *regels die onnodig belemmerend of ineffectief zijn, kunnen vervallen;*
- *vermindering van (administratieve) lasten;*
- *een evenwichtige bescherming van crediteuren*
- *het wegnemen van rechtsonzekerheid;*
- *aansluiten bij de behoeften van de hedendaagse, nationale en internationale, praktijk;*

¹³ Sangen, t.a.p., TFO 2007/85, p. 2

¹⁴ Expertgroep onder voorzitterschap van H.J. Kluiver, *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, Den Haag, 6 mei 2004,

- aansluiten bij ontwikkelingen in de ons omringende landen en de Europese Unie;
- geen nieuwe rechtsvorm, maar oplossing van knelpunten in het huidige bv-recht.”¹⁵

Het mag duidelijk zijn dat bovenstaande uitgangspunten tegenstrijdigheden kunnen bevatten. Zo kan de bescherming van crediteuren mogelijk leiden tot een (verzwaring van) administratieve last en tot meer belemmerende regels, hetgeen de wetgever juist wil voorkomen. Indien er sprake is van strijdigheid van regels, is het niet duidelijk welke regels in de ogen van de wetgever voorrang hebben op andere regels. Welk uitgangspunt geniet dan de voorkeur van de wetgever?

De Expertgroep heeft in zijn rapport opgemerkt dat de dwingende vorm van het huidige bv-recht heroverweging verdient. Volgens de Expertgroep zou het wenselijk zijn om meer regelend recht voor de flex-bv op te nemen en dus minder dwingend recht.¹⁶ Hoewel de beoogde flexibiliteit van het wetsvoorstel sterker zal worden benadrukt met regelend recht, heeft de wetgever ervoor gekozen om deze aanbeveling van de Expertgroep niet over te nemen. De reden is dat een systeem met meer regelend recht afwijkt van een systeem met dwingend recht zoals nu geldt voor rechtspersonen uit Boek 2 BW. Bezien vanuit een wetssystematisch oogpunt, levert dit volgens de wetgever een ongewenste situatie op.¹⁷

Na invoering van het wetsvoorstel zijn er wel veel meer mogelijkheden om af te wijken van de wet dan in het huidige bv-recht. Er kan echter alleen maar afgeweken worden van de wet indien en voor zover de wet dat uitdrukkelijk toestaat.¹⁸

2.3 De hoofdlijnen van het wetsvoorstel

In de memorie van toelichting heeft de wetgever de hoofdlijnen van het wetsvoorstel als volgt weergegeven: “meer vrijheid van inrichting en een evenwichtig systeem van crediteurenbescherming”.¹⁹

Met de vrijheid van inrichting bedoelt de wetgever dat de oprichter van een bv meer vrijheid heeft bij het inrichten van zijn vennootschap, de oprichter heeft dan dus meer keuzemogelijkheden. De voornaamste onderdelen van de vrijheid van inrichting zijn de bescherming van minderheidsaandeelhouders en de introductie van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen.

De belangrijkste elementen van het wetsvoorstel 'flex-bv' kunnen als volgt worden weergegeven:

- Afschaffing van het minimum startkapitaal van €18.000 (voorstel: art. 2:178 lid 2 BW);

¹⁵ Expertgroep de Kluiver, t.a.p., 6 mei 2004, p.1, en Kamerstukken II 2006/07, 31058 nr. 3, MvT, p. 3

¹⁶ Expertgroep de Kluiver, t.a.p., 2004, p. 109

¹⁷ Kamerstukken II 2006/07, 31058 nr. 3, MvT, p. 6

¹⁸ Sangen, t.a.p. TFO 2007/85, p.2

¹⁹ Kamerstukken II 2006/07, 31058 nr. 3, MvT, p. 1

De fiscale gevolgen van de 'flex-bv'

- Introductie van aandeelhoudersaansprakelijkheid tegenover derden (voorstel: art. 2:192 lid 1 BW);
- Invoering van een evenwichtig systeem van crediteurenbescherming (voorstel: art. 2:216 lid 1 en lid 2 BW); en
- Introductie van de statutaire mogelijkheid tot uitgifte van aandelen zonder winstrecht of zonder stemrecht en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht (voorstel: art. 2:216 lid 7 BW en art. 2:228 lid 4 en lid 5 BW).²⁰

Deze elementen worden in de komende paragrafen kort toegelicht.

2.4 Afschaffing van minimumkapitaal²¹

Op dit moment is er bij de oprichting van een bv een minimaal startkapitaal nodig van €18.000. Dit minimum startkapitaal wordt afgeschaft.

Een van de kritiepunten die geuit wordt op het minimum startkapitaal is, dat het geen adequate bescherming biedt voor crediteuren. Er kan sprake zijn van schijnzekerheid; het hebben van een minimum bedrag aan startvermogen, geeft immers geen enkele garantie dat het (eigen) vermogen ook daadwerkelijk aanwezig is in de bv wanneer een schuldeiser zijn vordering wil innen.²¹

Oprichters van de bv omzeilen de eis van het minimumkapitaal door bijvoorbeeld het benodigde kapitaal van een bank te lenen. Dit minimum startkapitaal staat dan op een bankrekening van de bv in oprichting gedurende de periode dat de bankverklaring en accountantsverklaring worden afgegeven. Zodra de bank- en accountantsverklaring afgegeven zijn aan de bv in oprichting, wordt het oprichtingskapitaal teruggegeven aan de bank. Op deze manier voldoen de oprichters aan alle wettelijke vereisten, terwijl crediteuren geen zekerheid hebben verkregen doordat er geen kapitaal in de bv zit.

Het minimum bedrag van €18.000 is een arbitraire grens die geen rekening houdt met de aard en omvang van de activiteiten waar de bv zich mee bezig gaat houden.²² Sommigen bv's gaan zich bezig houden met activiteiten die meer risico's met zich mee brengen voor de crediteuren in tegenstelling tot andere bv's. In de huidige wet moeten bv's met relatief veel risicovolle activiteiten evenveel kapitaal hebben als bv's met hoofdzakelijk risico-arme activiteiten, terwijl crediteuren bij bv's met risicovolle activiteiten veel meer zekerheid zouden moeten krijgen.

²⁰ Zuidgeest, t.a.p., WFR 2007/1162, p. 1

²¹ Kamerstukken II, 31058, nr. 3, MvT, p. 24 en Berg, J.A.M., *Aandelen in de bv-nieuwe stijl: stemrecht en stortingsplicht*, Ondernemingsrecht 2007-9, p. 346

²² Kamerstukken II, 31058, nr. 3, MvT, p. 24

Als gevolg van de nieuwe wettelijke regeling krijgen de oprichters de vrijheid om de omvang van het startkapitaal te bepalen. Een bv kan al opgericht worden met een startkapitaal van 1 eurocent.²³

Duidelijk zal zijn dat het minimumkapitaal niet (meer) functioneert als een bescherming voor crediteuren.

Het nieuwe systeem gaat uit van de geoorloofdheid van een uitkering op basis van de financiële positie en niet langer van een systeem waarbij er een minimum bedrag aan kapitaal aanwezig moet zijn. Op deze manier kunnen de aard en omvang van de activiteiten van de bv meegenomen worden in de afweging of kapitaal de bv mag verlaten of niet (hier zal in paragraaf 2.5 en 2.6 nader op ingegaan worden).

2.5 Aandeelhoudersaansprakelijkheid

De kapitaalbescherming onder het huidige bv-recht gaat uit van formele regels van kapitaalbescherming op het moment dat er sprake is van een besluit, dat invloed heeft op het vermogen van een vennootschap. Worden deze regels bij het nemen van een besluit niet nageleefd, dan is het genomen besluit nietig. In het geval van een dividend uitkering betekent dit dat de uitkering nietig was.

In het voorgestelde rechtssysteem, is geen sprake meer van een nietig besluit, maar van bestuursaansprakelijkheid. Indien de bv als gevolg van de uitkering binnen één jaar niet meer kan voldoen aan haar betalingsverplichtingen, zijn de bestuurders aansprakelijk voor het bedrag aan gedane uitkeringen.

Aandeelhouders die wisten of redelijkerwijs konden weten, dat de bv door de uitkering niet meer aan haar betalingsverplichtingen kon voldoen, moeten de uitgekeerde verplichting terugbetalen.²⁴

Aandeelhouders hoeven de uitkering alleen terug te betalen indien de betalingsproblemen van de bv ontstaan binnen één jaar nadat de uitkering gedaan is.

De aansprakelijkheid van aandeelhouders omtrent de ontvangen uitkering geldt alleen tegenover de vennootschap, tenzij de aandeelhouder niet te goeder trouw was. Indien een aandeelhouder te kwader trouw was, kan de bestuurder die uit hoofde van zijn aansprakelijk betaald heeft, het betaalde bedrag terugvorderen. Dit geldt ook voor derden die niet te goeder trouw waren.²⁵ De Commissie vennootschapsrecht acht het juist dat aandeelhouders gedwongen kunnen worden tot terugbetaling van de uitkering. Volgens deze Commissie is deze aansprakelijkheid van aandeelhouders gerechtvaardigd, er wordt namelijk verwacht dat aandeelhouders in een flexibele bv aanzienlijk meer macht hebben dan in de huidige bv's. De aandeelhouders kunnen in dat geval het bestuur onder druk zetten om in te stemmen met een door de aandeelhouders gewenste uitkering. Door deze aansprakelijkheid van

²³ Het startkapitaal van een bv zal blijken uit de akte van oprichting.

²⁴ Dit geldt ook voor andere winstgerechtigden.

²⁵ Kamerstukken II, 31058, nr. 3, MvT, p. 31 - 34

aandeelhouders wordt de positie van het bestuur enigszins versterkt ten opzichte van de aandeelhouders.²⁶

2.6 Crediteurenbescherming

In paragraaf 2.5 is vastgesteld dat de crediteurenbescherming in het huidige bv-recht gebaseerd is op het minimum startkapitaal van de bv, namelijk € 18.000. Volgens de Commissie vennootschapsrecht zijn deze kapitaalvoorschriften in de praktijk weinig effectief en staan dit soort voorschriften in heel Europa onder druk. Daarnaast is deze Commissie van mening dat de naleving van de kapitaalvoorschriften vaak leidt tot een "*weinig nuttige administratieve lastendruk*".²⁷

In de nieuwe regeling worden er alleen beperkingen opgelegd bij het doen van uitkeringen aan aandeelhouders. De crediteurenbescherming is dan gebaseerd op een uitkeringstest in combinatie met een aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders.

Op dit moment is het zo dat aandeelhouders alleen aansprakelijk zijn voor het bedrag dat zij in de vennootschap geïnvesteerd hebben. Aandeelhouders lopen dus ook slechts risico over hun inbreng. De wetgever is van mening dat deze beperkte aansprakelijkheid duidelijkheid schept in de rechtsverhoudingen. Deze beperkte aansprakelijkheid heeft tot gevolg dat crediteuren van de bv hun tegoeden slechts kunnen verhalen op de bv en niet op het persoonlijke vermogen van de aandeelhouders.

Een crediteur zal een waarborg eisen en zo proberen zijn vordering veilig te stellen. De wetgever denkt echter dat een waarborg niet door alle crediteuren gesteld kan worden. Om die reden heeft de wetgever besloten regels op te stellen om de crediteuren te beschermen en hun vordering beter veilig te stellen.²⁸

De wetgever is van mening dat de bescherming van minderheidsaandeelhouders een belangrijke rol speelt bij de vrijheid van inrichting. Tevens denkt hij dat minderheidsaandeelhouders het risico lopen dat ze benadeeld worden als gevolg van de grotere vrijheid van inrichting. Om deze reden zijn in het wetsvoorstel 'flex-bv' een aantal minimumwaarborgen opgenomen ter bescherming van de minderheidsaandeelhouders. De wetgever is wel waakzaam dat de minimumwaarborgen voor de flexibiliteit van het wetsvoorstel 'flex-bv' niet verloren gaan.²⁹

²⁶ Commissie vennootschapsrecht, Advies over het wetsvoorstel inzake de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht, Ondernemingsrecht 2007-1, p. 16

²⁷ Commissie vennootschapsrecht, t.a.p., p. 16

²⁸ Kamerstukken II, 31058, nr. 3, MvT, p. 23

²⁹ Kamerstukken II, 31058 nr. 3, MvT, p. 1-4

2.7 Aandelen zonder winstrecht of zonder stemrecht

De verandering besproken in paragraaf 2.4, 2.5 en 2.6 zijn van beperkte invloed op diverse regelingen van de fiscale wetgeving.³⁰ De verandering die volgens de literatuur³¹ verreweg de meeste invloed heeft op de fiscale wetgeving, is de verruiming van de mogelijkheid tot het introduceren van diverse soorten aandelen. Deze verandering is vooral van betekenis op de toepassing van de begrippen 'belang' en 'verbondenheid'.³²

In het huidige bv-recht hebben aandelen zowel stemrecht als winstrecht. Het kan in sommige situaties wenselijk zijn dat een aandeelhouder niet meedeelt in de winst van de bv en dat deze aandeelhouder ook geen recht heeft op een deel van het liquidatieoverschot. Onder het huidige recht kan dit niet bereikt worden, tenzij de aandeelhouder in kwestie vrijwillig afziet van zijn winstrecht. Volgens de Expertgroep de Kluiver is dit een knelpunt van het huidige bv-recht³³. De wetgever wil dit knelpunt oplossen door de mogelijkheid te creëren aandelen in te voeren die geen recht hebben op een deel van de winst of van de reserves.

Een andere belangrijk recht dat op dit moment is verbonden aan een aandeel is het stemrecht. Op grond van het huidige art. 2:228 lid 1 BW, is het niet mogelijk om aandelen zonder stemrecht te hebben bij een bv. Dit kan onder omstandigheden wel gewenst zijn, bijvoorbeeld als de vennootschap de werknemers financieel wil laten deelnemen in de onderneming³⁴. De vennootschap wil dan dat de werknemer een financiële prikkel krijgt die een positieve invloed heeft op de betrokkenheid en de productiviteit van de werknemer.

Om minderheidsaandeelhouders te beschermen is er besloten dat het stemrecht slechts aan een aandeel ontnomen kan worden, indien de aandeelhouder hiermee instemt.³⁵

Als de regeling van de 'flex-bv' ingevoerd is, hebben bv's wel de mogelijkheid om nieuwe aandelen uit te geven met een beperkt of geen stemrecht of winstrecht. Een aandeel moet of stemrecht of winstrecht hebben, aandelen die geen van beide rechten hebben, kunnen na invoering van de wettelijke regeling niet bestaan. Wel kan het zo zijn dat er sprake is van een zogenaamde "nihilaandeel". Dit is een aandeel met totaal geen stemrecht en een zeer beperkt winstrecht. Er kan ook sprake zijn van een aandeel dat geen stemrecht heeft, maar een buitenproportioneel groot winstrecht. Dit zijn de zogenaamde "turboaandelen".³⁶

³⁰ Kinnegim, G.J.W., *De flex-bv opnieuw fiscaal getoetst*, WFR 2011/116

³¹ Zie onder andere Sangen, t.a.p., TFO 2007/85, Zuidgeest, t.a.p., WFR 2007/1162 en Kinnegim, t.a.p., WFR 2011/116

³² Zie paragraaf 3.2

³³ Expertgroep De Kluiver, t.a.p., p. 76-77

³⁴ Expertgroep Dde Kluiver, t.a.p., p. 65-66

³⁵ Kamerstukken II, 2010/11, 32 426, nr. 7, p.7

³⁶ Kinnegem, t.a.p., WFR 2011/116, p. 2

Dat een aandeel geen stemrecht heeft, moet besloten worden voor de uitgifte van het aandeel, na uitgifte kan het stemrecht van een aandeel slechts ontnomen worden indien alle aandeelhouders hiermee instemmen.

In de literatuur worden vraagtekens gezet bij het invoeren van aandelen zonder stemrecht of zonder winstrecht. Zo vraagt Berg zich af of door invoering van winstrechtloze aandelen het onderscheid tussen de vennootschap en de stichting niet ontoelaatbaar vervaagt. Hij leest het nieuwe art. 2:175 BW namelijk zo dat er een mogelijkheid bestaat dat er een bv aan het economisch handelen deelneemt, zonder dat de aandelen die delen in de winst en reserves zijn geplaatst.³⁷ In de Memorie van Toelichting is namelijk alleen opgemerkt dat op grond van het voorgestelde art 2:175 lid 1 BW ten minste één aandeel met stemrecht bij een derde geplaatst moet worden. Over aandelen met winstrecht wordt niets gezegd.³⁸

Daarnaast is er de problematiek omtrent de kwalificatie van stemrechtloze aandelen. De Expertgroep heeft op die problematiek gewezen en was mede om die reden geen voorstander van de invoering van aandelen zonder stemrecht. Ook was de Expertgroep de Kluiver van mening dat de complicaties die de invoering met zich meebrengt, niet opwegen tegen de voordelen van stemrechtloze aandelen. De Expertgroep de Kluiver was van mening dat een groot deel van de voordelen van stemrechtloze aandelen ook gehaald konden worden door certificering van aandelen. Hun voorstel was dan ook om mogelijk te maken dat er in de statuten van de vennootschap gevarieerd kan worden met de toekenning van stemrecht. Op die manier zou er volgens de Expertgroep de Kluiver minder behoefte bestaan aan stemrechtloze aandelen³⁹.

Aandelen zonder nominale waarde worden niet mogelijk na invoering van het wetsvoorstel 'flex-bv'. Hier is wel over nagedacht, de wetgever heeft echter aangegeven dat er een voorkeur bestaat voor de handhaving van de nominale waarde van aandelen. Zo kan de nominale waarde gebruikt worden bij het vaststellen van de aandeelhoudersrechten. Ook is het niet de verwachting dat aandelen zonder nominale waarde zullen leiden tot een vereenvoudiging van de wetgeving.⁴⁰

³⁷ Berg, t.a.p., p. 338

³⁸ Kamerstukken II, 31058, nr. 3, p. 38

³⁹ Expertgroep De Kluiver, t.a.p., p.67-70

⁴⁰ Kamerstukken II, 31058, nr. 3, p. 12, 22-23

2.8 Conclusie

Met het invoeren van de regeling inzake de 'flex-bv' beoogt de wetgever aan veel kritiek tegemoet te komen. Ook beoogt de wetgever veel knelpunten en onduidelijkheden weg te nemen.

De vraag wat de fiscaal relevante wijzigingen zijn als gevolg van het wetsvoorstel 'flex-bv', stond in dit hoofdstuk centraal. De belangrijkste wijzigingen ten gevolge van de 'flex-bv' zijn:

- Afschaffing van het minimum startkapitaal van €18.000.
- De introductie van aandeelhoudersaansprakelijkheid tegenover derden.
- De invoering van een evenwichtig systeem van crediteurenbescherming.
- De introductie van de statutaire mogelijkheid tot uitgifte van aandelen zonder winstrecht of stemrecht en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht.

Deze veranderingen kunnen invloed hebben op de fiscaliteit, maar de meeste veranderingen zullen maar een zeer geringe invloed hebben op de fiscaliteit.

De introductie van stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen kan wel invloed hebben op de fiscaliteit, vooral voor de begrippen 'belang' en 'verbondenheid'. Deze invloed wordt in de volgende hoofdstukken nader onderzocht.

3. Vennootschapsbelasting

3.1. Inleiding

Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat de introductie van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen invloed kan hebben voor de fiscale regelgeving. De vraag die opkomt is, in hoeverre gevolgen zijn verbonden aan de introductie van verschillende soorten aandelen?

In dit hoofdstuk wordt bekeken in hoeverre de introductie van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen de vennootschapsbelasting beïnvloedt. Dit heeft tot de deelvraag geleid: *Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de vennootschapsbelasting?*

De Nederlandse fiscale wet- en regelgeving gaat ervan uit dat natuurlijke personen en rechtspersonen zelfstandig in de belastingheffing betrokken worden.

Binnen de vennootschapsbelasting worden lichamen, indien ze belastingplichtig zijn, zelfstandig in de belastingheffing betrokken. Indien er sprake is van gelieerde partijen, spreken we van zogenaamde verbonden personen of verbonden lichamen⁴¹. Gelieerde partijen zijn in beginsel zelfstandig belastingplichtig, maar kunnen ook gezamenlijk in de belastingheffing betrokken worden, namelijk als fiscale eenheid.

In diverse regelingen in de vennootschapsbelasting speelt verbondenheid tussen lichamen een rol. Het begrip verbondenheid is gedefinieerd in artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969. Deze definitie is leidend voor veel fiscale regelingen in de vennootschapsbelasting. Naast het verbondenheidsbegrip van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969, kent de vennootschapsbelasting nog enkele andere vormen van verbondenheid. Zo sluit de thincapregeling van artikel 10d Wet VPB 1969 aan bij het groepsbegrip van artikel 2:24 BW. De deelnemingsvrijstelling en de regeling omtrent de fiscale eenheid hanteren een minimaal bezit in de (dochter)vennootschap.

Na deze inleiding, wordt in paragraaf 3.2 eerst het begrip verbondenheid van artikel 10a Wet VPB 1969 behandeld. Andere fiscale regelingen zoals de thincapregeling worden in paragraaf 3.3 besproken, en vervolgens wordt de deelnemingsvrijstelling in paragraaf 3.4 behandeld en tot slot zal in paragraaf 3.5 de regeling rond de fiscale eenheid de revue passeren. Na de behandeling van deze fiscale regelingen wordt er in paragraaf 3.6 een antwoord gegeven op de deelvraag van dit hoofdstuk.

⁴¹ Er is onder andere sprake van verbondenheid bij een dga en een b.v. en een fiscale eenheid.

3.2. Verbondenheid op grond van artikel 10a Wet VPB 1969.

In artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969 is gedefinieerd wanneer er sprake is van een verbonden lichaam. Hoewel in dit artikel gedefinieerd is wanneer er sprake is van een verbonden lichaam, werkt het vierde lid door naar vele andere fiscale regelingen in de vennootschapsbelasting. Dit blijkt uit de wettekst van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969, want in de wettekst staan de andere fiscale artikelen waarvoor die definitie van een verbonden lichaam geldt.

In het vierde en vijfde lid van art. 10a Wet VPB 1969 zijn de definities te vinden van de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden persoon'. Uit de wettekst van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969 blijkt dat er sprake is van een verbonden lichaam indien de belastingplichtige ten minste een belang van een derde gedeelte heeft in een lichaam, een lichaam ten minste een derde belang heeft in de belastingplichtige of als er sprake is van een fiscale eenheid.

In paragraaf 1.1 bestond er onduidelijkheid over de invulling van het begrip 'belang'. Doordat de wetgever geen invulling heeft gegeven aan dit begrip, is het begrip een open norm dat door de parlementaire geschiedenis en door jurisprudentie moet worden ingevuld⁴².

Op verschillende momenten in de parlementaire geschiedenis zijn wel enige richtlijnen gegeven over dit begrip. Om de vragen rond het begrip 'belang' te kunnen beantwoorden moet eerst duidelijk zijn of het begrip 'belang' een formeel of een materieel karakter heeft. Het bepalen van het karakter van dit begrip is relevant omdat dat informatie geeft over hoe het begrip ingevuld dient te worden. Bij een formele invulling van het begrip 'belang' is uitsluitend het aandelenbelang relevant, terwijl bij een materiële invulling van dit begrip ook andere gelijksoortige rechten, zoals zeggenschapsrechten en belangen van schuldeisers een rol kunnen spelen.

In de literatuur bestond gedurende een lange tijd geen eenduidige visie over het karakter van het begrip 'belang'. Volgens De Vries en De Vries⁴³ is sprake van een materieel begrip. Zij zijn van mening dat het begrip 'belang' ruimer is dan het begrip 'aandeelhouderschap'. Ook Brandsma⁴⁴ is van mening dat een materiële invulling passend is. Hij vindt steun voor zijn mening bij de introductie van art. 8b Wet VPB 1969 waarin benadrukt is dat niet alleen aandeelhoudersbelangen relevant zijn. In Hof Arnhem 17 juni 1998 heeft het Hof aangenomen dat het begrip 'belang' materieel dient te worden uitgelegd⁴⁵.

⁴² Zie onder andere Rozendal, A., *Belang in de zin van art. 10a, vierde lid, Wet VPB 1969 na HR 8 april 2011, nr. 10/00651*, WFR 2011/855

⁴³ Vleggeert, J., *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, Digitale Editie, onderdeel 2.2.3.F.d1

⁴⁴ Brandsma, R.P.C.W.M., *Fiscale monografieën nummer 111, Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 39

⁴⁵ Hof Arnhem, 17 juni 1998, V-N 1998/57.14

Niekel⁴⁶ is juist van mening dat het begrip 'belang' formeel dient te worden uitgelegd. Hij concludeert dit na een lange analyse van de wetsgeschiedenis en van de parlementaire geschiedenis. De Hosson⁴⁷ concludeert hetzelfde na eveneens een analyse van de parlementaire toelichting.

Naar aanleiding van enkele Kamervragen heeft de Minister van Justitie getracht duidelijkheid te verschaffen over het formele of materiële karakter van het begrip 'belang'. In de nota naar aanleiding van het verslag⁴⁸ heeft de Minister van Justitie als volgt geantwoord op vragen omtrent verbondenheid en belang:

“De fiscale wetgeving kent een groot aantal wetsartikelen die aansluiten bij de verbondenheid tussen lichamen of tussen natuurlijke personen en lichamen. Het doel van deze artikelen en de daarin gebruikte omschrijving van de vereiste verbondenheid, kunnen verschillen. Elke bepaling dient op zijn eigen merites te worden beoordeeld.”

Hieruit blijkt dat het begrip 'belang' volgens de wetgever een materiële invulling heeft en dat de invulling van het begrip dus afhangt van de feiten en omstandigheden in kwestie. Dit betekent ook dat andere rechten (dan het aandelenbelang) een rol kunnen spelen bij het bepalen van de omvang van een belang. De uitleg van de Minister van Justitie heeft duidelijkheid geschapen omtrent het karakter van het begrip 'belang', maar niet over de invulling van dit begrip.

Daarnaast is ook duidelijk dat het begrip 'belang' ruimer ingevuld dient te worden dan het begrip aandeelhouderschap. Deze ruimere invulling heeft ten minste betrekking op de volgende drie punten:

1. Aandeelhouderschap heeft alleen betrekking op vennootschappen waarvan het kapitaal is verdeeld in aandelen, terwijl het begrip 'belang' ook betrekking heeft op vennootschappen waarvan het kapitaal niet in aandelen is verdeeld. Een voorbeeld van een vennootschap zonder aandelenkapitaal is een commanditaire vennootschap.
2. Zowel directe als indirecte relaties in een vennootschap kunnen een belang vormen.
3. Bij een aandeelhouderschap is alleen het aandeel in het gestorte kapitaal beslissend. Bij het bepalen van het belang in een vennootschap is naast het aandeel in het gestorte kapitaal, ook de gerechtigdheid in het geplaatste (nog niet gestorte) kapitaal bepalend⁴⁹.

⁴⁶ Niekel, S.F.M., *Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen*, WFR 1998/557

⁴⁷ Hosson, F.C. de, *Het begrip 'gelieerde ondernemingen' in het nationale en internationale recht (II)*, WFR 1987/1453

⁴⁸ Kamerstukken II, 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 10

⁴⁹ Vleggeert, t.a.p., onderdeel 2.2.3.F. d1

Onduidelijkheden en knelpunten

Het is jammer dat de wetgever niet meer duidelijkheid heeft verschaft over de invulling van het begrip 'belang'. Het is immers nog altijd onduidelijk hoe de omvang van het belang bepaald dient te worden. Uit het bovenstaande is gebleken dat niet alleen het aandelenbelang relevant is voor het bepalen van de omvang van een belang, maar ook andere gelijksoortige rechten een rol spelen. De vraag is echter welke rechten relevant zijn voor het bepalen van het belang en welke rechten niet. Dienen optierechten en conversierechten meegerekend te worden? En welke rol spelen winstrechten en (contractuele) zeggenschapsrechten? Op deze rechten ga ik hierna in.

Optierechten en conversierechten

De vraag of optierechten meegerekend dienen te worden bij het bepalen van de omvang van een belang speelt al geruime tijd. In de literatuur lopen de meningen over het al dan niet meerekenen van optierechten uiteen. Zuidgeest⁵⁰ zou het logisch vinden als opties en dat soort bezitsvormen mee zouden tellen voor de omvang het belang in een vennootschap. Deze mening baseert hij op het feit dat de term 'belang' een anti-ontgaansfunctie⁵¹ heeft. Zouden opties niet meetellen bij het bepalen van de omvang van een belang, kan relatief eenvoudig aan de werking van artikel 10a Wet VPB 1969 ontkomen worden.

Van Strien⁵² is van mening dat het begrip 'belang' materieel ingevuld dient te worden, maar hij acht opties niet van betekenis bij het berekenen van het belang in een vennootschap. Er is door de wetgever of in de jurisprudentie nog geen duidelijkheid verschaft over het al dan niet meetellen van opties bij het vaststellen van de omvang van een belang.

Mijns inziens moeten optierechten ook meegerekend worden om het belang in een vennootschap te bepalen. Ik baseer mijn mening op de werknemersoptiearresten⁵³ en dan met name op het oordeel van de Hoge Raad in het arrest BNB 2001/161. De Hoge Raad overweegt in BNB 2001/161 het volgende:

“De houder van een optie op aandelen in de vennootschap die het optierecht heeft verleend, of, zoals in casu, in een met deze in een fiscale eenheid als bedoeld in artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 verbonden lichaam staat tot die vennootschap of dat verbonden lichaam in een rechtsbetrekking die zodanig overeenkomt met die van aandeelhouder dat alle transacties tussen hem en die vennootschap of dat verbonden lichaam op gelijke voet als geldt voor de aandeelhouder buiten de winstsfeer worden afgewikkeld. Het waardeverloop van een optie heeft in zo'n geval derhalve geen invloed op het fiscale resultaat.

⁵⁰ Zuidgeest, t.a.p., 2008, p. 196

⁵¹ Anti-ontgaansfunctie wil zeggen dat het de bedoeling van de wetgever is, dat een belastingplichtige een regeling niet (makkelijk) kan omzeilen.

⁵² Strien, J.C. van, Fiscale monografieën nummer 119, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 2007, p. 311

⁵³ HR 21 februari 2001, nr. 35 074, BNB 2001/160 en HR 21 februari 2001, nr. 35 639, BNB 2001/161

*Ook het resultaat op aandelen die zouden zijn ingekocht om aan de optieverplichting te voldoen, raakt de winstsfeer niet, aangezien die aandelen dan als ingetrokken dienen te worden beschouwd.*⁵⁴

De Hoge Raad zegt hier in feite dat optiehouders gelijk gesteld zijn aan aandeelhouders. Om die reden ben ik van mening dat optierechten meegerekend dienen te worden bij het bepalen van een belang in een vennootschap.

Conversierechten dienen in mijn ogen ook te worden meegerekend voor het begrip 'belang'. De Hoge Raad heeft op 20 mei 2005⁵⁵ een arrest gewezen waarin de lijn wordt doorgetrokken die is ingezet met de werknemersoptiearresten en de falconsarresten.⁵⁶ In dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de houders van conversierechten, evenals de houders van optierechten, gelijk gesteld kunnen worden aan aandeelhouders.

Mijns inziens is het terecht dat houders van optierechten en conversierechten gelijkgesteld worden aan houders van aandelen. Vanuit een juridisch perspectief zijn deze houders verschillend.

Aandeelhouders hebben namelijk stemrecht, terwijl de houders van optierechten of conversierechten (nog) geen stemrecht hebben.

Vanuit economisch perspectief zijn houders van optierechten en conversierechten gelijk aan elkaar en gelijk aan aandeelhouders. Ze ervaren allemaal een gelijk financieel risico en rendement. Naarmate de vennootschap beter floreert en rendeert, ervaren zowel de aandeelhouders als de houders van optierechten of stemrechten de financiële baten door de stijging van de aandelenkoers. Aan de andere kant dragen ze allemaal de financiële lasten indien het bedrijf in financieel zwaar weer terecht komt. Het financiële belang weegt zwaarder dan het juridische belang. Later in deze paragraaf zal blijken dat er al sprake kan zijn van verbondenheid indien de aandeelhouder alleen een financieel belang heeft van een derde. Mijns inziens is het financiële belang in een vennootschap leidend, dus ben ik van mening, dat het terecht is, dat aandeelhouders en houders van optierechten en conversierechten gelijk behandeld worden.

Winstrechten en (contractuele) zeggenschapsrechten

Een langlopend vraagstuk was of er ook sprake is van verbondenheid als de aandelen van een vennootschap gecertificeerd zijn. Dan heeft de certificaathouder alleen de winstrechten, terwijl de zeggenschapsrechten (de stemrechten) in de handen van een ander persoon of lichaam zijn. Kan er sprake zijn van verbondenheid als de aandeelhouder geen zeggenschapsrechten heeft?

⁵⁴ HR 21 februari 2001, nr. 35 639, BNB 2001/161, r.o. 3.1

⁵⁵ HR 20 mei 2005, nr. 40 038, BNB 2005/260, r.o. 3.4.2

⁵⁶ Deze arresten zullen in de 4^e paragraaf van dit hoofdstuk aan bod komen.

In het arrest van 8 april 2011 heeft de Hoge Raad duidelijkheid gegeven over deze langlopende kwestie. De centrale vraag in dit arrest was of belanghebbende en D nv verbonden lichamen waren in de zin van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969 (voor een schematische weergave van de situatie in dit arrest, zie bijlage 1). De aandeelhouders van D nv hadden wel een financieel belang van meer dan 1/3 in X bv, maar geen zeggenschap in X bv doordat de aandelen gecertificeerd waren. Het was onduidelijk of er sprake kon zijn van verbondenheid als de aandeelhouders geen zeggenschap hadden in belanghebbende.

De Hoge Raad overweegt in dit arrest het volgende:

“(…) blijkt dat de wetgever met de introductie van het criterium 'ten minste een derde gedeelte belang' heeft beoogd de reikwijdte van het begrip verbonden lichamen te verruimen door daarvoor niet langer alleen het aandeel in het gestorte kapitaal (het financiële belang) beslissend te laten zijn, maar ook betekenis toe te kennen aan het aandeel in het geplaatste kapitaal (de mate van invloed door stemrecht; het zeggenschapsbelang). Anders dan het middel in wezen betoogt kan aan deze wetsgeschiedenis niet een argument worden ontleend dat een direct of indirect aandeel van ten minste een derde in het gestorte kapitaal - vertegenwoordigend een derde gedeelte van het financiële belang - anders dan voorheen niet tot verbondenheid leidt indien niet ook ten minste een derde van de stemrechten wordt gehouden.”⁵⁷

De Hoge Raad heeft dus geoordeeld dat een financieel belang van ten minste een derde voldoende is voor verbondenheid. Het is niet vereist dat ook minimaal een derde van de stemrechten wordt gehouden.

De Hoge Raad geeft geen inhoudelijke motivering bij het gewezen arrest. Indien er sprake is van een financieel belang van minimaal een derde, is er sprake van verbondenheid ongeacht de zeggenschap. De redactie van de V-N heeft hieruit geconcludeerd dat zeggenschap een los en zelfstandig criterium lijkt, hetgeen leidt tot een uitbreiding van het verbondenheidscriterium⁵⁸. Ik deel de mening van de redactie van de V-N. Hierbij baseer ik mijn mening ook op het arrest van de Hoge Raad, echter heeft de Hoge Raad geen inhoudelijke motivering gegeven. In het gewezen arrest verwijst de Hoge Raad naar een uitspraak van de rechtbank. De rechtbank oordeelde dat er

“in de parlementaire geschiedenis geen aanknopingspunten te vinden zijn voor de stelling van de eiseres dat de zeggenschapsverhouding als doorslaggevend criterium fungeert voor het

⁵⁷ HR 8 april 2011, nr. 10/00651, LJN BP1489, Ro 3.3.1

⁵⁸ V-N 2011/19.15, *Voor verbondenheid lichamen is geen zeggenschap vereist; het financiële belang van ten minste een derde is voldoende (art. 10a en 15 ad Wet VPB 1969 1969)*, p. 5 - 6

beoordelen van verbondenheid. Slechts in die gevallen waarin er geen of niet voldoende financieel belang aanwezig is, kan toetsing aan het zeggenschaps criterium ertoe leiden dat tóch sprake is van een kwalificerend belang."⁵⁹

Uit deze rechtsoverweging blijkt dat de rechtbank twee criteria ziet waaraan getoetst moet worden om te beoordelen of een belang kwalificeert voor verbondenheid. De eerste toets is het financiële belang in een vennootschap en de tweede toets is de mate van zeggenschap in een vennootschap.

Mijns inziens blijkt uit de rechtsoverweging van de rechtbank ook dat er sprake kan zijn van een kwalificerend belang indien de belastingplichtige ten minste een derde van de zeggenschap in handen heeft en weinig tot geen financieel belang in handen heeft.

Voorafgaand aan het arrest van 8 april 2011 heeft advocaat-generaal Wattel geconcludeerd dat stemrecht geen doorslaggevende factor is bij het bepalen van de aanwezigheid van verbondenheid, maar stemrechten zouden volgens Wattel wel een noodzakelijk element zijn⁶⁰. Bij de invoering van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969 heeft de wetgever aangegeven dat stemrechtverhoudingen een rol spelen bij het bepalen van verbondenheid.⁶¹ Uit deze passage concludeert A-G Wattel dat zeggenschap in de ogen van de wetgever een zelfstandig criterium vormt bij de beoordeling van verbondenheid. Daarnaast is A-G Wattel van mening dat stemrechten een noodzakelijke bijdrage moeten vormen bij het bepalen van de aanwezigheid van verbondenheid. In de conclusie bij het arrest van 8 april 2011 schrijft A-G Wattel het volgende:

*“Anderzijds vóóronderstelt een antimisbruikbepaling als art. 10a c.q. art. 15ad Wet Vpb zeggenschap omdat de in die bepaling bestreden winstdrainage-opzetjes niet opgezet kunnen worden zonder zeggenschap.”*⁶²

A-G Wattel baseert zich dus op het antimisbruikarakter van artikel 10a Wet VPB 1969.

Kinnegim is het niet eens met de uitspraak van de Hoge Raad. Hij is van mening dat er alleen sprake kan zijn van verbondenheid indien de aandeelhouder een belang heeft in een vennootschap dat een belangrijk gedeelte van de stemrechten vertegenwoordigt⁶³. In dat geval is er bij certificering van aandelen en bij het hebben van stemrechtloze aandelen geen sprake van verbondenheid. Alleen indien een aandeelhouder een belangrijk gedeelte van het stemrecht heeft, kan de aandeelhouder invloed uitoefenen op het beleid van de vennootschap.

⁵⁹ Rechtbank Arnhem, 26 januari 2010, nr. 08/3331, LJN BM1637, r.o. 4.4

⁶⁰ Conclusie A-G Wattel, 14 december 2010, nr. 10/00651

⁶¹ Kamerstukken II, 1986/87, 19 968, nr. 3, p. 11

⁶² Conclusie A-G Wattel, t.a.p., 2010, r.o. 6.5

⁶³ Kinnegim, t.a.p., WFR 2011/116

Van Sprundel en Van Strien⁶⁴ zijn van mening dat er bij certificering van aandelen onder voorwaarden sprake kan zijn van verbondenheid. Zij verwijzen hierbij naar het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2010. Hier zal in paragraaf 3.5 nader op ingegaan worden.

Evenals Wattel en Rozendal, ben ik van mening dat stemrechten een rol moeten spelen bij het bepalen van de omvang van een belang. Als er sprake is van verbondenheid, zonder dat de aandeelhouder stemrechten heeft, kunnen onder omstandigheden schuldeisers ook als verbonden personen worden aangemerkt. Denk dan bijvoorbeeld aan de verstrekker van een deelnemerschapslening en de houder van een achtergestelde perpetual bond⁶⁵.

Schuldeisers worden voor de fiscaliteit gelijk gesteld aan aandeelhouders zonder stemrecht indien er sprake is van een van de volgende leningen:

- Een deelnemerschapslening is een geldverstrekking waarbij de rente afhankelijk is van de winst, de lening is achtergesteld bij alle aanwezige crediteuren en de looptijd is niet vastgelegd.
- Een achtergestelde perpetual is een lening die dezelfde kenmerken heeft als een deelnemerschapslening.

Doordat beide vormen van geldverstrekking achtergesteld zijn, bevinden deze schuldeisers zich bij faillissement in dezelfde positie als aandeelhouders en moeten dan afwachten of en in hoeverre hun lening wordt terugbetaald. Daarnaast is de vergoeding van zowel de aandeelhouders als van deze geldverstrekkers afhankelijk van de winst.

Mijns inziens zijn deze achtergestelde geldverstrekkingen en een deelnemerschapslening vergelijkbaar met stemrechtloze aandelen. Dat zou betekenen dat de schuldeisers van een achtergestelde geldverstrekking en verstrekkers van een deelnemerschapslening, evenals de houders van stemrechtloze aandelen, aangemerkt kunnen worden als verbonden lichaam/persoon als ze een belang hebben van ten minste een derde van het vermogen van een vennootschap.

Indien stemrechten een rol spelen bij het bepalen van de aanwezigheid van verbondenheid, moet een aandeelhouder, naast het vereiste financiële belang van minimaal één derde, minimaal één aandeel met stemrecht hebben om als verbonden lichaam/persoon te worden aangemerkt. In dat geval kunnen houders van een achtergestelde geldverstrekking of verstrekkers van een deelnemerschapslening niet aangemerkt worden als verbonden persoon of lichaam.

Het is echter de vraag of één stemrecht voldoende is om te kunnen spreken van verbondenheid. Mijns inziens moet een belastingplichtige een substantiële zeggenschap hebben in een vennootschap voordat er sprake kan zijn van verbondenheid. Met substantiële zeggenschap bedoel ik dat de

⁶⁴ Sprundel, D.E. van en Strien, J.C. van, *Certificering, verpanding en (lenings)overeenkomsten bij een fiscale eenheid. Blijft de deur van Pandora gesloten?* WFR 2010/1323

⁶⁵ Een perpetual bond is een eeuwigdurende (vaak achtergestelde) lening

belastingplichtige invloed moet kunnen uitoefenen op het beleid van een vennootschap. Indien de belastingplichtige slechts één stemrecht heeft, heeft deze belastingplichtige weinig tot geen invloed op het beleid van de vennootschap, tenzij het een zeer kleine vennootschap betreft met weinig stemrechten.

Ik ben van mening dat de belastingplichtige een bepaald percentage aan stemrechten moet hebben. Op die manier is de invloed bij kleine en bij grote bedrijven in verhouding gelijk, ongeacht het aantal stemrechten die een belastingplichtige bezit. Hoewel een percentage te allen tijde arbitrair is, denk ik dat het percentage voor zeggenschapsrechten gelijk moet zijn aan het percentage voor financieel belang. De wetgever heeft in artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969 gekozen voor een belang van ten minste een derde. Een belastingplichtige moet in mijn ogen dus minimaal een derde van de zeggenschapsrechten en minimaal een financieel belang hebben van een derde⁶⁶.

Bij de invoering van het wetsvoorstel 'flex-bv' krijgt de problematiek omtrent de invulling van het begrip 'belang' een geheel nieuwe dimensie. Door de invoering van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen is het belangrijk om te weten of winstrecht en stemrecht relevant zijn voor de bepaling van het belang in een vennootschap.

In het bovenstaande arrest is duidelijk geworden dat de Hoge Raad verbondenheid al aanwezig acht indien er een financieel belang is van ten minste een derde.

In het arrest was er echter sprake van een belanghebbende die een financieel belang had van meer dan een derde en daarnaast een kwart van de stemrechten in handen had. Het is niet duidelijk of er in de ogen van de Hoge Raad ook sprake zou zijn geweest van verbondenheid indien de aandeelhouder alleen een financieel belang van meer dan een derde had en geheel geen zeggenschap. Aan de andere kant is het nog onduidelijk wat er gebeurt als de aandeelhouder weinig tot geen financieel belang heeft en dus alleen zeggenschap⁶⁷.

Het blijkt dat met de invoering van het wetsvoorstel flex-bv geen fiscale onduidelijkheden opgelost worden, maar dat ze blijven bestaan. Dit is begrijpelijk aangezien het een civiel wetsvoorstel is. Het is wel curieus dat de wetgever het niet nodig vindt om de fiscale wet- en regelgeving aan te passen na de invoering van de 'flex-bv'.

Mijns inziens ontstaan er door de invoering van de 'flex-bv' zelfs meer onduidelijkheden als gevolg van de invoering van de 'flex-bv'. Door de invoering van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen, ontstaat er namelijk meer onduidelijkheid over de invulling van het begrip 'belang'.

⁶⁶ Recent is er een voorstel (COM(2011)121/3) gedaan voor een belasting op Europees niveau (CCCTB), in dit voorstel is een percentage van ten minste 20% voldoende voor verbondenheid.

⁶⁷ Zie Commentaar van Van Horzen (NTFR 2011/848) voor andere onduidelijkheden die nog heersen op dit gebied. Deze onduidelijkheden worden echter in deze scriptie niet behandeld.

Artikel 10a Wet VPB 1969 en de andere antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting zijn ingevoerd om uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag te voorkomen. Indien stemrechtloze en winstrechtloze aandelen niet meetellen bij de bepaling van het belang in een eventueel verbonden persoon, kunnen dit soort aandelen gebruikt gaan worden om de toepassing van antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting te ontlopen. In dat geval missen die antimisbruikbepalingen hun doel.

Indien de stemrechtloze en winstrechtloze aandelen wel meetellen bij het bepalen van de omvang van een belang, verandert er weinig ten opzichte van de huidige situatie.

Zolang er nog zoveel onduidelijkheden over de invulling van het begrip 'belang' zijn, doet de wetgever er mijns inziens verstandig aan om de onduidelijkheden weg te nemen middels een wetswijziging. De wetgever kan er dan voor kiezen om in de wettekst op te nemen dat de belastingplichtige ten minste een derde van de stemrechten in de vennootschap moet bezitten en dat de belastingplichtige ook een financieel belang moet hebben van ten minste een derde in de vennootschap. Indien de wetgever ervoor kiest om de wet aan te passen, wordt in mijn ogen de problematiek omtrent het bepalen van verbondenheid (vrijwel) geheel opgelost. Misschien dat er nog onduidelijkheid blijft bestaan over optierechten, conversierechten of andere soortgelijke rechten, maar de wetgever kan dit ook overlaten aan de reeds bestaande jurisprudentie en eventueel opnemen in een besluit hoe omgegaan dient te worden met dat soort rechten bij het bepalen van verbondenheid.

3.3. Het groepsbegrip in de thincapregeling

Doel en achtergrond

De thincapregeling is sinds 1 januari 2004 opgenomen in artikel 10d Wet VPB 1969. Het doel van deze regeling is het voorkomen van grondslaguitholling en grondslagverschuiving door de renteaftrek van lichamen te beperken indien deze lichamen zijn gefinancierd met een overmaat aan vreemd vermogen⁶⁸.

Bij de thincapregeling wordt gekeken naar de verhouding tussen het eigen vermogen en het vreemde vermogen binnen een vennootschap. Een lichaam heeft een overmaat aan vreemd vermogen indien het saldo aan vreemd vermogen drie keer zo groot is als het fiscale eigen vermogen van de vennootschap (de vaste ratiotoets). Daarnaast moet het saldo aan schulden groter zijn dan € 500.000. Voor het boventallige vreemde vermogen geldt de rente-aftrekbeperking, indien deze rente wordt betaald aan verbonden lichamen. Als alternatief voor de vaste ratiotoets bestaat er ook de concernratio. Bij deze toets wordt er gekeken naar het gemiddeld eigen vermogen van de groep. Als het gemiddelde vreemd vermogen van de vennootschap groter is dan het gemiddelde eigen vermogen vermenigvuldigt met een factor, dan heeft de vennootschap een overmaat aan vreemd vermogen. Ook nu geldt er een rente-aftrekbeperking voor de rente die betaald wordt aan verbonden lichamen.

⁶⁸ Vleggeert, t.a.p., onderdeel 2.2.6

Onduidelijkheden en knelpunten

Op basis van lid 2 van artikel 10d Wet VPB 1969, komt de thincapregeling alleen aan de orde indien er sprake is van een groep in de zin van artikel 2:24b BW. Op grond van dit artikel is sprake van een groep indien er sprake is van een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch verbonden zijn.

In RJ 217.201 en RJ 217.202 is toegelicht dat voor een economische eenheid een organisatorische verbondenheid en/of centrale leiding nodig is. Om dit vast te stellen moet gekeken worden naar het geheel van feitelijke situatie en de contractuele relaties (RJ 217.203). Er is sprake van een groep indien de ene vennootschap de andere vennootschap beheerst, dus 'in control' is⁶⁹. Uit jurisprudentie blijkt dat een vennootschap de zeggenschap moet hebben in de andere vennootschap.

Evenals bij artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969, wordt er bij artikel 10d, lid 2, Wet VPB 1969 gekeken naar de feitelijke situatie. Doordat de thincapregeling in eerste instantie aansluit bij het groepsbegrip van artikel 2:24 BW, speelt het begrip belang een minder prominente rol dan bij artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969. Dit heeft tot gevolg dat er veel minder onduidelijkheden zijn bij het bepalen of er sprake is van een groep of niet. Bij het bepalen of er sprake is van een groep of niet, waren er wel enige vragen. De meeste vragen zijn inmiddels beantwoord in civiele jurisprudentie.

Naast het groepsbegrip in lid 2, sluit artikel 10d, lid 3, Wet VPB 1969 aan bij het begrip 'verbonden lichaam'. Op grond van deze bepaling is alleen van aftrek uitgesloten, de rente die de belastingplichtige betaalt aan een verbonden lichaam. De rente die de belastingplichtige aan derden betaalt is dus gewoon aftrekbaar, ook al heeft de belastingplichtige teveel aan vreemd vermogen. Voor de definitie van het begrip 'verbonden lichaam' wordt aangesloten bij artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969. Ook bij dit artikel is onduidelijk wanneer er sprake is van een verbonden lichaam. In artikel 10d, lid 3, Wet VPB 1969 spelen dus dezelfde knelpunten en onduidelijkheden als aangegeven in paragraaf 3.2.

Optierechten en conversierechten

Optierechten en conversierechten spelen mijns inziens geen rol bij het vaststellen of er sprake is van een groep. Zoals gezegd moet er sprake zijn van een organisatorische eenheid en een centrale leiding. De ene vennootschap moet de andere vennootschap beheersen. Om 'in control' te zijn, moet een vennootschap zeggenschap hebben. Als een vennootschap optierechten of conversierechten bezit, heeft die vennootschap geen zeggenschap en is dus niet 'in control'. In beginsel is er dan ook geen sprake van een groep.

⁶⁹ Böhmer, S., Hoogendoorn, M.N. en Krens, F., Ernst & Young, *Handboek voor de jaarrekening 2008*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 233 en 234

Winstrechten en (contractuele) zeggenschapsrechten

Indien een vennootschap alleen winstrechten bezit, heeft deze vennootschap geen zeggenschap en is dus niet 'in control'. Bij (contractuele) zeggenschapsrechten ligt het anders. Een vennootschap kan (contractuele) zeggenschapsrechten hebben verworven. Indien deze zeggenschapsrechten voldoende zeggenschap geven in de vennootschap, dus als de houder van de zeggenschapsrechten de vennootschap beheerst, is er wel sprake van een groep.

Zo kan zich de situatie voordoen waarin de aandelen van de vennootschap gecertificeerd zijn en dat de aandeelhouder alleen de zeggenschapsrechten heeft en dus 'in control' is.

Het is de vraag of dit een wenselijke situatie is, want een houder van zeggenschapsrechten loopt niet het financiële risico, dat een aandeelhouder met 'volledige' aandelen wel loopt.

Mijns inziens is er pas sprake van een groep indien de aandeelhouder zeggenschap heeft en een financieel belang heeft. Het verdient in mijn ogen dan ook aanbeveling om niet langer aan te sluiten bij alleen het zeggenschapsrecht.

Bij de invoering van het wetsvoorstel 'flex-bv' blijft artikel 2:24b BW ongewijzigd.

Om van een groep te kunnen spreken moet de ene vennootschap de zeggenschap hebben in de andere vennootschap. Wel kan zich de situatie voordoen dat een aandeelhouder één aandeel bezit met 100% zeggenschap, terwijl andere aandeelhouders de rest van de aandelen bezitten met alleen winstrecht, maar geen zeggenschap. Het is de vraag of er in zo'n geval van een groep gesproken kan worden. De aandeelhouder met 100% zeggenschap is weliswaar 'in control', maar er is in mijn ogen geen sprake van economische verbondenheid. Toch is er voor de thincapregeling sprake van een groep. De belastingplichtige met de zeggenschap, heeft geen financieel belang van ten minste een derde. De renteaftrekbepijking van deze regeling geldt echter niet, omdat er geen sprake is van een verbonden lichaam op grond van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969.

Dezelfde situatie kan zich voordoen indien een belastingplichtige ten minste een derde van de winstrechtloze aandelen in handen heeft. Aan de andere kant kan het na de invoering van de 'flex-bv' ook voorkomen dat een belastingplichtige economisch verbonden is, omdat de belastingplichtige alle stemrechtloze aandelen in handen heeft. Deze belastingplichtige is echter niet 'in control', dus is er geen sprake van een groep.

Mijns inziens zou het groepsbegrip van de thincapregeling aangepast moeten worden zodat de situaties zoals hierboven beschreven voorkomen kunnen worden. Ik ben van mening dat de thincapregeling zou moeten gelden als sprake is van een verbonden persoon of lichaam. De thincapregeling zou mijns inziens dus moeten aansluiten bij het verbondenheidsbegrip van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969 om te bepalen of er sprake is van een groep. Dan zou er sprake zijn van een groep indien de

belastingplichtige direct of indirect ten minste een derde van de zeggenschapsrechten in handen heeft en een financieel belang heeft van ten minste een derde.

3.4. Deelnemingsvrijstelling

De deelnemingsvrijstelling (artikel 13 e.v. Wet VPB 1969) is gebaseerd op de 'ne bis in idem'-gedachte. Het uitgangspunt van dit artikel is om dubbele heffing binnen concernverhoudingen te voorkomen. Dit doel heeft twee kanten.

- Aan de ene kant moet de deelnemingsvrijstelling er in nationale situaties voor zorgen dat winst binnen moeder-dochter verhoudingen niet (economisch) dubbel belast wordt. Een dubbele belasting bij een winst binnen moeder-dochter verhouding kan zich voordoen als de dochter winst behaalt en deze winst uitkeert als dividend aan de moeder. Dan wordt de winst bij dochter belast en het dividend bij moeder. De deelnemingsvrijstelling voorkomt dit.
- Aan de andere kant moet de deelnemingsvrijstelling op internationaal niveau een (juridische) dubbele belastingheffing voorkomen. Winst die bij een buitenlandse dochter belast wordt, zou bij de Nederlandse moeder wederom belast kunnen worden, ook in dit geval voorkomt de deelnemingsvrijstelling een dubbele belastingheffing.

Er is een deelneming aanwezig indien de belastingplichtige:

- “voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;*
- ten minste 5% bezit van het aantal in omloop zijnde bewijzen van deelgerechtigdheid in een fonds voor gemene rekening; daarbij wordt het aantal andere dan enkelvoudige bewijzen van deelgerechtigdheid herleid tot een daarmee overeenstemmend aantal enkelvoudige bewijzen;*
- lid is van een coöperatie of van een vereniging op coöperatieve grondslag;*
- als commanditaire vennoot een aandeel heeft in de vennootschappelijke gemeenschap van een open commanditaire vennootschap en daardoor voor ten minste 5% deelt in het door die vennootschap behaalt voordeel.”⁷⁰*

Is sprake van een deelneming, dan zijn de aan de dochter ontleende voordelen bij de moeder-vennootschap onbelast.

Alle voordelen die genoten worden uit een laag belaste beleggingsdeelneming vallen niet onder de deelnemingsvrijstelling. Wel kan er een verrekening van de buitenlandse belasting plaatsvinden indien er positieve voordelen genoten worden. Om te kunnen spreken van een beleggingsdeelneming moet er sprake zijn van een deelneming die als belegging wordt aangehouden of de bezittingen van de vennootschap moeten voor een groot deel bestaan uit de bezittingen zoals bedoeld in artikel 13, lid 14, Wet VPB 1969. In dit lid wordt dezelfde opsomming gemaakt als bij artikel 13, lid 2, Wet VPB 1969.

⁷⁰ Artikel 13, lid 2, Wet VPB 1969

Er is echter één cruciaal verschil tussen de opsommingen in lid 2 en lid 14. In lid 2 geldt een minimaal bezit van 5%, terwijl in lid 14 een maximaal bezit geldt van 5%.

Gezien het feit dat de kwalificatie voor een beleggingsdeelneming aansluit bij hetzelfde criterium dat de deelnemingsvrijstelling hanteert voor een deelneming, bestaan bij beide begrippen dezelfde problemen en knelpunten. Deze zullen hieronder besproken worden.

De deelnemingsvrijstelling kent geen soort aandelenbenadering. Een soort aandelenbenadering houdt in dat een belastingplichtige een deelneming zou hebben indien hij voor ten minste 5% van het nominaal gestort kapitaal heeft van één soort aandelen. Volgens de parlementaire toelichting strookt deze benadering niet met het uitgangspunt van de deelnemingsvrijstelling. Volgens de Staatssecretaris van Financiën zegt een criterium in de vorm van een soort aandelenbenadering niets over het relatieve aandelenbelang in een dochtermaatschappij. Daarmee zegt het relatieve aandelenbelang dus ook niets over de vraag of de dochtermaatschappij onderdeel is van het concern of meer als belegging wordt aangehouden⁷¹. Daarnaast is de wetgever van mening dat de invoering van een soort aandelenbenadering in de deelnemingsvrijstelling tot gevolg heeft dat de deelnemingsvrijstelling zeer eenvoudig verkregen kan worden, terwijl er feitelijk geen sprake is van een deelnemingsverhouding⁷².

De wetgever beschouwt de deelnemingsvrijstelling als een concernregeling⁷³. Om die reden is Zuidgeest verrast over dit antwoord van de Staatssecretaris. Aan de ene soort aandelen kan immers meer zeggenschap verbonden zijn dan aan een ander soort aandelen⁷⁴. Een prioriteitsaandeel kan de meerderheid van de stemrechten bevatten en een preferent aandeel kan een meerderheid van de winstrechten bevatten. 'Gewone' aandeelhouders worden dan in verhouding achtergesteld ten opzichte van de houders van de prioriteitsaandelen en tot de houders van preferente aandelen. De verhoudingen binnen een concern kunnen daardoor wijzigen.

Naar aanleiding van jurisprudentie en wetsgeschiedenis is de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing indien een belastingplichtige voor ten minste 5% economisch belang heeft in het gestorte kapitaal. Als een belastingplichtige voor bijvoorbeeld 5% eigendom van koopties heeft, kunnen de voordelen uit dit eigendom onder omstandigheden onder de deelnemingsvrijstelling worden genoten⁷⁵. Bij eigendom van koopties is feitelijk geen sprake van een deelnemingsverhouding, toch kan de deelnemingsvrijstelling toegepast worden. Het gevolg is dat de deelnemingsvrijstelling eerder van toepassing is dan de wetgever mijns inziens voor ogen had. Als koopties onder omstandigheden meetellen voor de deelnemingsvrijstelling, geldt dit dan ook voor conversierechten? En tellen

⁷¹ Kamerstukken I, 2006/07, 30 572, nr. C, p. 8

⁷² Kamerstukken II, 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 31

⁷³ Kamerstukken II, 2005/06, 30 107, nr. 4, p. 16

⁷⁴ Zuidgeest, t.a.p., 2008, p. 221

⁷⁵ Kinnegim, t.a.p., WFR 2011/116, p. 5

winstrechten en (contractuele) zeggenschapsrechten dan ook mee? Deze vragen worden hieronder beantwoordt.

Optierechten en conversierechten

De falconsarresten⁷⁶ hebben meer duidelijkheid geschapen over de behandeling van optierechten in de deelnemingsvrijstelling. In het falconsarrest BNB 2003/34 heeft de Hoge Raad als volgt geoordeeld:

“De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. Indien het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, zoals in casu door het schrijven van een optie op dat aandeel, strookt het met die strekking bij beide belanghebbenden de deelnemingsvrijstelling toe te passen, zodat de deelnemingsvrijstelling geldt voor alle voor- en nadelen van dat aandeel.

Bij vervreemding van een deelneming waarop de houder een calloptie heeft verleend, geldt als vervreemdingsprijs de optie-uitoefenprijs en valt het met de optie behaalde resultaat onder de deelnemingsvrijstelling. Ging het om een putoptie, dan valt de door de houder van de deelneming betaalde premie evenzeer onder de deelnemingsvrijstelling.”

De Hoge Raad heeft dus geoordeeld dat optierechten ook onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Daarnaast heeft de Hoge Raad in de werknemersoptiearresten ook geoordeeld dat de houders van optierechten gelijk zijn aan aandeelhouders. Dat betekent mijns inziens ook dat beide gelijk behandeld dienen te worden. Vanuit dat oogpunt vind ik het oordeel van de Hoge Raad in de falconsarresten heel begrijpelijk en logisch.

Naar aanleiding van het falconsarrest rees de vraag of conversierechten ook onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Het antwoord op deze vraag viel niet af te leiden uit het falconsarrest.

Op 12 januari 2005 heeft het Hof Amsterdam⁷⁷ onder verwijzen naar het falconsarrest geoordeeld dat de deelnemingsvrijstelling ook geldt voor conversierechten.

Daarnaast bleek in paragraaf 3.2 al dat de Hoge Raad op 20 mei 2005 een arrest gewezen heeft waaruit bleek dat houders van conversierechten gelijk gesteld werden aan houders van optierechten en aandeelhouders.

Doordat de deelnemingsvrijstelling geen soort aandelenbenadering kent, lijkt er na de invoering van de 'flex-bv' een paradoxale situatie te ontstaan. Na de invoering van de 'flex-bv' wordt het eenvoudiger om de deelnemingsvrijstelling te verkrijgen door de uitgifte van winstrechtloze en stemrechtloze

⁷⁶ HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34 en HR 20 mei 2005, nr. 40 038, BNB 2005/260

⁷⁷ Hof Amsterdam, 12 januari 2005, nr. 03/4198, V-N 2005/25.1.1

aandelen. Op die manier kan een deelneming gecreëerd worden, zonder dat er feitelijk sprake is van een deelneming. Dit is precies wat de wetgever wil voorkomen door geen soort aandelenbenadering te introduceren in de deelnemingsvrijstelling.

Ter illustratie een voorbeeld: Bij de uitgifte van stemrechtloze of winstrechtloze aandelen kan een aandeelhouder bijvoorbeeld 3% van het nominaal gestort kapitaal in 'gewone aandelen' houden en nog 2% in winstrechtloze aandelen of nihilaandelen. Op grond van de huidige wettekst in artikel 13 Wet VPB 1969, mag de belastingplichtige de deelnemingsvrijstelling toepassen, want deze vennootschap houdt ten minste 5% van de aandelen in het nominaal gestort kapitaal. Kinnegim concludeert op basis van dit voorbeeld dat er na de invoering van de 'flex-bv' meer mogelijkheden zijn om de deelnemingsvrijstelling toe te passen⁷⁸.

Door wetsgeschiedenis en jurisprudentie is deze vrijstelling al van toepassing in gevallen waar feitelijk geen sprake is van een concernverhouding, zoals bij eigendom van koopopties. Daarnaast worden verschillende soorten aandelen nu bij elkaar opgeteld, hetgeen er ook voor kan zorgen dat de deelnemingsvrijstelling al van toepassing is terwijl er feitelijk geen sprake is van een concern. Dit is juist wat de wetgever beoogt te voorkomen door geen soort aandelenbenadering toe te passen binnen de deelnemingsvrijstelling.

Mijns inziens schiet de deelnemingsvrijstelling zijn doel voorbij doordat de vrijstelling toegepast kan worden in situaties waarbij er feitelijk geen sprake is van een concernverhouding. In mijn ogen verdient het de aanbeveling om de soort aandelenbenadering wel toe te passen bij de deelnemingsvrijstelling. Op deze manier moet een belastingplichtige minimaal 5% van één soort aandelen hebben of in het geval van bijvoorbeeld koopopties, moeten de opties minimaal recht geven op 5% van één soort aandelen.

Dat zal er in mijn ogen voor zorgen dat de deelnemingsvrijstelling minder eenvoudig toepasbaar wordt en dat er minder 'misbruik' gemaakt kan worden door vennootschappen waarbij feitelijk geen concernverhouding bestaat.

Na invoering van de 'flex-bv' voorkomt de deelnemingsvrijstelling nog steeds juridische en economische dubbele heffing binnen concernverhoudingen. Het is alleen de vraag of de regeling zijn doel niet voorbij schiet als de deelnemingsvrijstelling eenvoudiger te verkrijgen is. Na invoering van de 'flex-bv' zou de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn indien een aandeelhouder bijvoorbeeld 2% van de winstrechtloze aandelen en 3% van de stemrechtloze aandelen houdt. Het is de vraag of er in deze situatie sprake is van een concern. Ik ben van mening dat je in zo'n geval niet kan spreken van een concernverhouding, terwijl de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing is omdat de aandeelhouder bij elkaar gezien 5% van de aandelen heeft. Indien de deelnemingsvrijstelling een

⁷⁸ Kinnegim, t.a.p., WFR 2011/116, p. 5

soort aandelenbenadering hanteert, zou in het bovenstaande geval de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zijn omdat de aandeelhouder geen 5% van een soort aandelen bezit. Mijns inziens spoort deze benadering beter met het doel van de regeling, want de regeling is immers bedoeld om dubbele heffing binnen concernverhoudingen te voorkomen. In mijn ogen moet er dus eerst sprake zijn van een concernverhouding voordat de deelnemingsvrijstelling toegepast mag worden.

3.5. Fiscale eenheid

Doel en achtergrond

Het uitgangspunt van in de vennootschapsbelasting is dat lichamen zelfstandig belastingplichtig zijn. Er wordt in beginsel geen rekening gehouden met eventuele concernverhoudingen tussen vennootschappen. Op dit uitgangspunt bestaat één uitzondering, namelijk de regeling voor de fiscale eenheid. Deze regeling is gebaseerd op de concerngedachte en er liggen drie doelstellingen aan ten grondslag.

De eerste doelstelling is gebaseerd op het "ne bis in idem"-beginsel dat ook ten grondslag ligt aan de deelnemingsvrijstelling. Dat betekent dat dubbele heffing binnen het concern voorkomen wordt.

De tweede doelstelling is dat de fiscale eenheid beoogt verliezen van een bij het concern behorende vennootschap, binnen het concern te verrekenen.

De laatste doelstelling is dat transacties tussen vennootschappen van de fiscale eenheid onbelast zijn⁷⁹.

Om aanspraak te kunnen maken op een fiscale eenheid, moeten de vennootschappen voldoen aan de algemene eisen uit artikel 15, lid 1 en lid 3, Wet VPB 1969. Daarnaast moeten ook de door de Minister nader te stellen voorwaarden vervuld zijn.

Om een fiscale eenheid te kunnen vormen moet de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom bezitten van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochter (artikel 15, lid 1, wet VPB 1969). Als de dochter meer soorten aandelen heeft, bijvoorbeeld 'gewone' aandelen en preferente aandelen, moeten de aandelen in handen van de moeder te allen tijde recht geven op minimaal 95% van de winst en van het vermogen (hierna: 95%-criterium)⁸⁰. Als de dochtermaatschappij dus verschillende soorten aandelen uitgeeft, leidt dit niet direct tot een verbreking van de fiscale eenheid.

Na de invoering van de 'flex-bv' kan de dochtermaatschappij stemrechtloze aandelen uitgeven. De uitgifte van deze aandelen leidt tot verbreking van de fiscale eenheid, indien de moedermaatschappij na uitgifte niet meer aan het 95%-criterium voldoet.

Er zal geen sprake zijn van verbreking van de fiscale eenheid indien de dochtermaatschappij winstrechtloze aandelen uitgeeft. Dit kan leiden tot de situatie dat de moedermaatschappij weinig tot

⁷⁹ Kok, Q.W.J.C.H., Fiscale wetenschappelijke reeks, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2005, p. 52-53

⁸⁰ Artikel 2 Besluit fiscale eenheid 2003

geen stemrecht heeft, maar wel een fiscale eenheid kan vormen met de dochtermaatschappij omdat de moeder aan het 95%-criterium voldoet. Zuidgeest is van mening dat dit niet in overeenstemming is met de concerngedachte waarop het regime van de fiscale eenheid gebaseerd is⁸¹. Ook Kinnegim is van mening dat de introductie van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen tot situaties kan leiden die niet lijken te passen binnen de regeling van de fiscale eenheid⁸².

Bij de introductie van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen kan de situatie zich voordoen dat de moeder aan het 95%-criterium voldoet, maar geen zeggenschap heeft in de dochter. Volgens de wetgever is het regime van de fiscale eenheid een vergaande faciliteit die alleen open zou moeten staan voor groepen maatschappijen die functioneren als een eenheid. De moeder moet de dochter volledig beheersen en als enige aandeelhouder uiteindelijk gerechtigd zijn tot de winst en het totale vermogen van de dochter⁸³.

Indien de moeder geen zeggenschap heeft in de dochter, is er volgens de wetgever geen sprake meer van een eenheid omdat de moedermaatschappij de dochtermaatschappij niet beheerst.

De wetgever heeft aangekondigd dat artikel 2 Besluit fiscale eenheid aangepast zal worden bij de invoering van de 'flex-bv' om er zeker van te zijn dat de fiscale eenheid alleen mogelijk blijft indien de moedermaatschappij minimaal 95% van de winstrechten en van de stemrechten in handen heeft. Dit is de enige fiscale wet waarvoor de wetgever aanleiding ziet om de wettekst aan te passen naar aanleiding van de invoering van de 'flex-bv'.

Stemrechtloze aandelen kunnen vergeleken worden met gecertificeerde aandelen. Tot voor kort was het onduidelijk of bij certificering van aandelen de fiscale eenheid verbroken werd. In de literatuur bestond er ook een discussie op dit punt.

Dijstelbloem⁸⁴ en Bavinck⁸⁵ zijn van mening dat certificering van aandelen niet leidt tot verbreking van de fiscale eenheid, indien de moedermaatschappij direct of indirecte zeggenschap blijft houden over de dochtermaatschappij. Van Sprundel en van Strien⁸⁶ zijn ook van mening dat er bij certificering van aandelen onder voorwaarden sprake kan zijn van verbondenheid. Zij verwijzen hierbij naar het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2010⁸⁷, waarin is beslist dat de fiscale eenheid niet verbroken wordt indien de eigenaar van de gecertificeerde aandelen het stemrecht op die aandelen moet uitvoeren volgens de instructies die de certificaathouder/moedermaatschappij, zonder dat deze instemming van

⁸¹ Zuidgeest, t.a.p., 2008, p. 230

⁸² Kinnegim, t.a.p., WFR 2011/116

⁸³ Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 10

⁸⁴ Dijstelbloem, H.G.M., van, *Fiscale faciliteiten bij interne reorganisaties van naamloze en besloten vennootschappen*, Kluwer, Deventer, 1984, p. 84

⁸⁵ Bavinck, C.B., *De volledige eenheid voor de vennootschapsbelasting*, WFR 1989/305

⁸⁶ Sprundel, D.E. van en Strien, J.C. van, t.a.p., WFR 2010/1323

⁸⁷ HR 18 juni 2010, nr. 08/03662, V-N 2010/28.21

derden nodig hebben. Van Gijlswijk⁸⁸ en Strik⁸⁹ vinden echter dat de fiscale eenheid verbroken wordt bij certificering van aandelen.

Door het arrest van 18 juni 2010 is duidelijk geworden dat de fiscale eenheid ook in stand kan blijven bij certificering van aandelen, maar dan moet de moeder indirect zeggenschap blijven houden in de dochter. Dit was het cruciale punt in het arrest van 18 juni 2010, want de moeder behield indirect zeggenschap in haar dochter waardoor de fiscale eenheid in stand kon blijven. Normaliter houdt de moedermaatschappij geen zeggenschap in de dochter als aandelen gecertificeerd worden. In die gevallen wordt de fiscale eenheid dus verbroken.

De wetgever heeft aangekondigd de wetgeving omtrent de fiscale eenheid dusdanig aan te passen dat de fiscale eenheid alleen mogelijk is indien de moeder minimaal 95% van het juridische en economische eigendom in handen heeft. In elke situatie moet de moeder dus de (in)direct zeggenschap blijven houden in de dochter. Is die zeggenschap er niet, dan leiden zowel bij stemrechtloze aandelen als gecertificeerde aandelen tot verbreking van de fiscale eenheid.

Evenals Zuidgeest⁹⁰, ben ik van mening dat het niet in overeenstemming is met de concerngedachte die ten grondslag ligt aan de fiscale eenheid, dat een moedermaatschappij 95% van de winstrechten houdt, zonder ook 95% van de stemrechten te houden. In mijn ogen is het besluit van de wetgever om de wettekst aan te passen bij de invoering van de 'flex-bv', dan ook een goed besluit. Aan de andere kant vraag ik me af of een vereist winstrecht en stemrecht van ten minste 95% niet te hoog is. Ik denk dat het economische klimaat zal verbeteren als meer nieuwe (research) joint ventures in Nederland ontstaan als gevolg van een samenwerking van verschillende bedrijven. Maar een percentage van 95% kan bedrijven afhouden van een samenwerkingsverband, hetgeen onwenselijk is. Een verlaging van deze 95% is mijns inziens vanuit economisch oogpunt gewenst.

3.6. Conclusie

De deelvraag die in deze hoofdstuk centraal staat is: Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de vennootschapsbelasting?

In dit hoofdstuk zijn vier regelingen behandeld waar de invoering van de 'flex-bv' invloed op kan hebben. Dit zijn de regelingen waar verbondenheid of concernverhoudingen een rol spelen.

Bij het verbondenheidscriterium van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969 bestaan onder het huidige recht al veel onduidelijkheden. Voornamelijk omtrent de invulling van het begrip 'belang' bestaat veel

⁸⁸ Gijlswijk, M.J.A.M., van, *De fiscale eenheid*, FED fiscale actualiteiten nummer 151, Kluwer, Deventer, 2004, p. 16

⁸⁹ Strik, S.A.W.J., *Het herziene regime van de fiscale eenheid*, SDU Fiscale en financiële uitgevers, Amersfoort, 2003, p. 28

⁹⁰ Zuidgeest, t.a.p., 2008, p. 230 en 239

De fiscale gevolgen van de 'flex-bv'

vragen. Na de invoering van de 'flex-bv' krijgt de invulling van het begrip 'belang' een hele nieuwe dimensie. Het moet duidelijk worden hoe omgegaan dient te worden met stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen bij het bepalen van een belang in een vennootschap. Mijns inziens zou de wetgever deze duidelijkheid moeten verschaffen. Dit kan door middel van een besluit, maar het zou beter zijn om het begrip 'belang' in de wet te omschrijven en vast te leggen.

Het groepsbegrip in de thincapregeling kent weinig onduidelikheden onder het huidige recht. Na de invoering van de 'flex-bv' verandert het groepsbegrip niet. Dit kan vergaande gevolgen hebben als de stemrechtloze en winstrechtloze aandelen geïntroduceerd worden. Het verdient aanbeveling om niet langer het groepsbegrip van artikel 2:24 BW te hanteren in de thincapregeling, maar aan te sluiten bij het verbondenheidsbegrip van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969.

De deelnemingsvrijstelling kent onder het huidige recht geen soort aandelenbenadering. Na invoering van de 'flex-bv' ziet de wetgever geen noodzaak om de wettekst van de deelnemingsvrijstelling te wijzigen. Op grond van het voorgaande betoog is de aanbeveling om de wettekst wel te wijzigen en een soort aandelenbenadering in te voeren bij de deelnemingsvrijstelling. In mijn ogen is de soort aandelenbenadering in overeenstemming met het doel van de deelnemingsvrijstelling en zorgt die benadering ervoor dat er minder misbruik gemaakt kan worden van de deelnemingsvrijstelling.

De fiscale eenheid is de enige fiscale regeling waarvoor de wetgever de noodzaak ziet om de wet aan te passen na de invoering van de 'flex-bv'. De wettekst wordt dusdanig aangepast dat de regeling van de fiscale eenheid pas toegepast kan worden indien de aandeelhouder 95% van de winstrechten en van de stemrechten in handen heeft. Mijns inziens heeft de wetgever hier een goede keuze gemaakt door in de wettekst duidelijk op te nemen dat stemrechten en winstrechten nodig zijn.

4. Loon- en inkomstenbelasting

4.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn de fiscale gevolgen als gevolg van de invoering van de 'flex-bv' voor de vennootschapsbelasting behandeld. De invoering van de 'flex-bv' hoeft niet alleen invloed te hebben op de vennootschapsbelasting, ook andere fiscale wetten kunnen beïnvloed worden. In dit hoofdstuk komt de invloed van de 'flex-bv' op de loon- en inkomstenbelasting aan bod. De deelvraag die in dit hoofdstuk behandeld wordt is: *Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de loon- en de inkomstenbelasting?*

Om deze deelvraag te beantwoorden staan er enkele fiscale regelingen centraal, te weten de aanmerkelijk belangregeling, de ter beschikkingstellingsregeling, de regeling omtrent fusies en splitsingen en tot slot de optieregeling. De aanmerkelijk belangregeling wordt in de paragraaf 4.2 behandeld; in paragraaf 4.3 wordt stilgestaan bij de ter beschikkingstellingsregeling. In paragraaf 4.4 behandelen we de regelingen betreffende fusies en splitsingen. Vervolgens wordt in paragraaf 4.5 de aandelenoptieregeling uit de loonbelasting behandeld. Tot slot wordt in paragraaf 4.6 de conclusie getrokken en de deelvraag beantwoord.

4.2. Aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001

Het aanmerkelijk belangcriterium speelt niet alleen een rol in hoofdstuk 4 Wet IB 2001, maar ook bij andere fiscale regelingen in de inkomstenbelasting zoals de ter beschikkingstellingsregeling van artikel 3.92 Wet IB 2001. Naast regelingen in de inkomstenbelasting is het aanmerkelijk belangcriterium ook van belang voor artikel 13a Successiewet 1956 en voor belastingverdragen.⁹¹

Inkomen uit aanmerkelijk belang wordt belast in box 2 tegen een tarief van 25%. In hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 is het aanmerkelijk belangcriterium gedefinieerd. Deze definitie staat centraal in heel hoofdstuk 4 Wet IB 2001, want dit criterium bepaalt of iemand voor zijn aandelen of winstbewijzen belast wordt in box 2 of box 3.

In artikel 4.5 Wet IB 2001 is het begrip 'aanmerkelijk belang' gedefinieerd. De belastingplichtige heeft een aanmerkelijk belang in de volgende vier gevallen:

1. De belastingplichtige is voor ten minste 5% van het geplaatst kapitaal aandeelhouder in een kapitaalvennootschap;
2. De belastingplichtige bezit de rechten om, direct of indirect, ten minste 5% van het geplaatst aandeelkapitaal te verwerven;

⁹¹ Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P. en Schuver, B.F., Fed fiscale studieseries, *Inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer, 2011, p. 520

De fiscale gevolgen van de 'flex-bv'

3. De belastingplichtige heeft winstbewijzen die recht geven op minimaal 5% van de jaarwinst of op minimaal 5% van de liquidatie-uitkering;
4. De belastingplichtige heeft ten minste 5% stemrecht in een coöperatie.

De belastingplichtige kan zelf aandelen of andere rechten bezitten waardoor hij kwalificeert als aanmerkelijk belanghouder, maar hij kan ook tezamen met zijn partner aangemerkt worden als aanmerkelijk belanghouder. Dit is het geval als de belastingplichtige zelf bijvoorbeeld 4% van de aandelen in een vennootschap bezit en zijn partner in diezelfde vennootschap 2% van de aandelen bezit. Ieder afzonderlijk heeft geen aanmerkelijk belang, maar de bezittingen worden bij elkaar opgeteld. Hierdoor heeft de belastingplichtige tezamen met zijn partner 6% van het geplaatst kapitaal, waardoor ze beiden aangemerkt worden als aanmerkelijk belanghouders.

De belastingplichtige kwalificeert alleen als aanmerkelijkbelanghouder indien hij aan een van de bovengenoemde vier categorieën voldoet (soort aandelenbenadering). Indien een aandeelhouder 4,9% van de aandelen bezit en 4,9% optierechten bezit en 4,9% winstbewijzen bezit, kwalificeert dit bezit niet als een aanmerkelijk belang, want het bezit voldoet niet aan de bovengenoemde vereisten van 5%. Om te kunnen spreken van een aandeelhouder in de zin van het aanmerkelijke belangregime, is het juridische eigendom niet van belang. Uit de strekking van de aanmerkelijk belangregeling volgt dat het economisch belang van de aandelen noodzakelijk is.⁹² Slechts indien sprake is van een coöperatie wordt gekeken naar de houders van de stemrechten.⁹³

Indien de aandelen gecertificeerd zijn en de belastingplichtige de certificaten in handen heeft, kwalificeert belastingplichtige, indien hij ten minste 5% van de certificaten in handen heeft, als aanmerkelijk belanghouder (artikel 4.6 Wet IB 2001).⁹⁴ De belastingplichtige heeft dan immers het economische belang in de vennootschap.

Houders van optierechten en van conversierechten hebben evenals certificaathouders, alleen het economische eigendom. Deze rechten tellen in beginsel ook mee in het aanmerkelijk belangregime (zie ook artikel 4.4 Wet IB 2001).

Bij de invoering van de wetgeving inzake de 'flex-bv' leidt de huidige benadering ertoe dat houders van winstrechtloze aandelen geen aanmerkelijk belang kunnen hebben, terwijl stemrechtloze aandelen wel tot een aanmerkelijk belang kunnen leiden. Dit verschil heeft evenwel geen gevolgen aangezien de houders van winstrechtloze aandelen geen dividend uitgekeerd krijgen en dus in die zin geen voordelen genieten, terwijl de houders van stemrechtloze aandelen wel dividend uitgekeerd kunnen krijgen. De houders van winstrechtloze aandelen hebben dus geen direct economisch belang.

⁹² Rijkers, A.C., *Cursus Belastingrecht, Inkomstenbelasting*, Digitale editie, onderdeel 4.2.1.A

⁹³ Artikel 4.5a, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001

⁹⁴ Zie onder andere HR 18 maart 1987, nr. 23 674, BNB 1987/229 en HR 6 maart 1996, nr. 30 870, BNB 1996/164

Aan de andere kant kunnen zowel de houders van winstrechtloze aandelen, als de houders van stemrechtloze aandelen hun aandelen vervreemden. De verkoopprijs kan hoger zijn dan de aankoopprijs, waarmee beide aandeelhouders een vervreemdingswinst kunnen realiseren op de verkoop van hun aandelen. De waarde van het aandeel en daarmee de verkoopprijs zijn onderdeel van onderhandelingen tussen de koper en de verkoper en zijn afhankelijk van de waarde in het economisch verkeer van de onderneming.⁹⁵

Indien de verkopende aandeelhouder een verkoopwinst realiseert, is deze winst bij de houder van stemrechtloze aandelen wel belast, terwijl de houder van winstrechtloze aandelen niet belast wordt over de verkoopwinst. Ik vraag mij af of dit verschil in behandeling wel terecht is. Hoewel de houder van winstrechtloze aandelen geen recht heeft op jaarlijkse dividenduitkeringen, kan deze aandeelhouder wel invloed uitoefenen op het beleid van de vennootschap. Dat houdt in dat de houders van winstrechtloze aandelen ook invloed kunnen uitoefenen op het dividendbeleid en dit beleid dus kunnen wijzigen. Indien de houders van winstrechtloze aandelen ervoor kiezen om weinig of geen dividenden uit te keren, maar de winst gaan oppotten, wordt de intrinsieke waarde van de vennootschap verhoogd. Uit een uitspraak van Hof Amsterdam⁹⁶ blijkt dat de waarde in het economische verkeer afgeleid kan worden door het gemiddelde te nemen tussen de intrinsieke waarde en de rendementswaarde. Hieruit volgt dat een hogere intrinsieke waarde van de vennootschap kan leiden tot een hogere waarde van de winstrechtloze aandelen.

Door het wijzigen van het dividendbeleid van een vennootschap, kunnen de houders van winstrechtloze aandelen de waarde van hun aandelen verhogen en dus vervreemdingswinsten behalen.

Zoals eerder al bleek worden de vervreemdingsvoordelen van de houders van stemrechtloze aandelen belast in box 2, want de houders van stemrechtloze aandelen hebben het economische eigendom (winstrechten) in handen.

De vervreemdingsvoordelen van houders van winstrechtloze aandelen worden niet belast als voordeel uit aanmerkelijk belang in box 2, want er is geen sprake van economische eigendom. Mijns inziens is dit verschil in behandeling niet terecht, omdat de houder van winstrechtloze aandelen invloed kunnen uitoefenen op het dividendbeleid van een vennootschap en daarmee op de (intrinsieke) waarde van hun aandelen en derhalve dus ook een (indirect) economisch belang hebben.

Om dit verschil in behandeling te voorkomen, dient de wetgever de wet omtrent de aanmerkelijk belangregeling bij invoering van de 'flex-bv' dusdanig te wijzigen dat zowel de houders van winstrechtloze aandelen als de houder van stemrechtloze aandelen onder de aanmerkelijk belangregeling kunnen vallen.

⁹⁵ Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 9

⁹⁶ Hof Amsterdam, 06 juni 2005, nr. 03/04306, V-N 2005/48.19

De wetgever kan dit bereiken door ook het juridische belang mee te laten tellen in het aanmerkelijk belangregime. Nu hebben de houders van stemrechten alleen een aanmerkelijk belang indien de stemrechten recht geven om minimaal 5% van de stemmen uit te brengen op de algemene vergadering van een coöperatie. Indien de wetgever de wettekst dusdanig aanpast dat ook de houder van meer dan 5% van de stemrechten in een vennootschap hieronder valt, kan ook de houder van winstrechtloze aandelen gekwalificeerd worden als aanmerkelijk belanghouder en de verkoopwinsten zijn dan dus ook belast als inkomen uit aanmerkelijk belang. Op die manier wordt er niet alleen naar het economisch belang gekeken, maar ook naar het juridisch belang.

4.3. Ter beschikkingstellingsregeling

De ter beschikkingstellingsregeling in de inkomstenbelasting zorgt ervoor dat inkomsten uit vermogensbestanddelen die ter beschikking gesteld zijn aan een vennootschap waarin de belastingplichtige, of een met hem verbonden persoon, een aanmerkelijk belang heeft, belast zijn in box 1 als resultaat uit overige werkzaamheden.⁹⁷

Door het grote verschil in belastingtarief tussen box 1 en box 3, is box 3 aantrekkelijk voor belastingplichtigen. Dit kan – zonder daartegen gerichte maatregelen - leiden tot constructies waarbij de aanmerkelijk belanghouder de benodigde activa niet zelf aanschaf, maar de activa laat aanschaffen door een met hem verbonden persoon (zijn echtgeno(o)t(e), kinderen of familielid). De verbonden persoon stelt het activum na aanschaf ter beschikking aan de vennootschap.

Het voordeel van de constructies is dat een vennootschap de betaalde huur in mindering kan brengen op haar winst, terwijl de verbonden persoon slechts forfaitair in box 3 belast wordt.⁹⁸

Deze vorm van belastingarbitrage tussen de verschillende boxen wilde de wetgever tegengaan⁹⁹. Om deze reden is de ter beschikkingstellingsregeling (hierna: tbs-regeling) ingevoerd.

De invoering van de 'flex-bv' heeft mijns inziens geen invloed op het begrip 'verbonden persoon' in de ter beschikkingstellingsregeling, want de invoering van de 'flex-bv' heeft geen gevolgen voor de personen die onder de ter beschikkingstellingsregeling kunnen vallen.

Mogelijk heeft de 'flex-bv' wel invloed op het begrip 'aanmerkelijk belang'. Zoals eerder aangegeven, moet de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang hebben in de vennootschap waaraan het vermogensbestanddeel ter beschikking gesteld wordt. Wanneer er sprake is van een aanmerkelijk belang en of de invoering van de 'flex-bv' invloed heeft op het begrip 'aanmerkelijk belang', is in paragraaf 4.2 behandeld.

⁹⁷ Artikel 3.92 Wet IB 2001

⁹⁸ Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, No. 226, *De terbeschikkingstellingsregeling in de inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 24-25

⁹⁹ Kamerstukken II, 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 136

De invoering van de 'flex-bv' heeft gevolgen voor het aanmerkelijk belangregime. Deze gevolgen kunnen ook doorwerken naar de ter beschikkingstellingsregeling.

Indien de wetgever de wettekst van de aanmerkelijk belangregeling niet aanpast na invoering van de 'flex-bv', is het wellicht noodzakelijk om de wettekst omtrent de ter beschikkingstellingsregeling aan te passen. Houders van stemrechtloze aandelen hebben een aanmerkelijk belang indien ze ten minste 5% van de aandelen in een vennootschap houden. Deze aandeelhouders vallen dan dus ook onder de ter beschikkingstellingsregeling en op dit punt hoeft de wettekst niet gewijzigd te worden.

Zoals in paragraaf 4.2 al bleek, vallen de houders van winstrechtloze aandelen niet onder de huidige aanmerkelijk belangregeling en omdat er geen sprake is van een aanmerkelijk belang vallen deze aandeelhouders ook niet onder de ter beschikkingstellingsregeling. De vraag is dus of deze aandeelhouders wel onder de ter beschikkingstellingsregeling moeten vallen.

Mijns inziens zouden houders van winstrechtloze aandelen onder de ter beschikkingstellingsregeling moeten vallen indien ze meer dan 5% van de stemrechten in de vennootschap hebben. Ik ben van mening dat de houders van winstrechtloze aandelen zich door middel van boxenarbitrage kunnen bevoordelen, zoals iedere andere aandeelhouder dat kan. De wetgever heeft met de ter beschikkingstellingsregeling beoogd boxenarbitrage te voorkomen. Indien de houders van winstrechtloze aandelen zichzelf op dezelfde wijzen kunnen bevoordelen, moeten deze aandeelhouders naar mijn mening fiscaal hetzelfde behandeld worden als de houders van stemrechtloze aandelen of 'gewone' aandelen.

4.4. Fusies en splitsingen

In de Wet IB 2001 zijn enkele regelingen opgenomen waarin fusies of splitsingen geregeld worden. Het gaat hierbij om de volgende regelingen:

- Aandelenfusie (artikel 3.55 Wet IB 2001);
- Juridische splitsing (artikel 3.56 Wet IB 2001); en
- Juridische fusie (artikel 3.57 Wet IB 2001).

Naast de bovenstaande regelingen in de inkomstenbelasting, bestaat er ook de bedrijfsfusie (artikel 14 Wet VPB 1969). De bedrijfsfusie is een aangelegenheid in de vennootschapsbelasting. Niettemin bespreek ik die hier omdat de regeling voor zover het de onderhavige problematiek betreft nauw aansluit bij de andere fusievormen.

In deze paragraaf worden eerst de fiscale regelingen omtrent een fusie besproken, daarna komt de juridische splitsing aan bod.

Aandelenfusie

Van een aandelenfusie is sprake als een vennootschap tegen uitreiking van eigen aandelen of winstbewijzen¹⁰⁰, eventueel met bijbetaling, een zodanig bezit verwerft in een andere vennootschap, dat zij meer dan de helft van de stemrechten¹⁰¹ verkrijgt.¹⁰² Indien er sprake is van een aandelenfusie, zijn de voordelen uit de vervreemding van de aandelen of winstbewijzen onbelast (artikel 3.55, lid 1, Wet IB 2001).

Bij de aandelenfusiefaciliteit zijn er twee vereisten, namelijk dat de verkrijgende vennootschap minimaal de helft van de stemrechten in de andere vennootschap moet verkrijgen. Daarnaast moeten de aandelen in de overnemende vennootschap een adequate tegenprestatie¹⁰³ vormen.

Onder het huidige bv-recht verkrijgt een vennootschap per definitie winstrechten, als zij stemrechten verkrijgt. Aan de eerste vereiste is dan voldaan indien de verkrijgende vennootschap meer dan de helft van de stemrechten krijgt. Vervolgens moet beoordeeld worden of er sprake is van een adequate tegenprestatie. Hiervoor wordt gekeken naar de (gecorrigeerde) waarde in het economisch verkeer van:

- de overgedragen onderneming;
- de aandelen in de overnemende vennootschap.¹⁰⁴

De wetgever heeft bepaald dat bijbetalingen in contanten slechts is toegestaan indien de bijbetaling minder is dan 10% van de nominale waarde van de uitgereikte aandelen (artikel 3.55, lid 4, onder a, Wet IB 2001). Voor de beoordeling van de tegenprestatie heeft de Hoge Raad op 25 oktober 2000 het volgende overwogen:

*“(...) mede moeten beoordelen of bij de aandelenruil de tegenprestatie zoveel mogelijk bestaat uit aandelen en of de waarde van de te verkrijgen aandelen overeenstemt met, althans niet lager is dan, de waarde van de te vervreemden aandelen”.*¹⁰⁵

Met de invoering van de 'flex-bv' worden winstrechten niet meer per definitie verkregen door middel van de verkrijging van de stemrechten. De verkrijger kan dus door de verkrijging van winstrechtloze aandelen, die meer dan de helft van de stemrechten vertegenwoordigen, voldoen aan de vereisten van de fusiefaciliteit. Mijns inziens behoeft de wettekst op dit punt geen aanpassingen, omdat de fusiefaciliteit onder het nieuwe bv-recht nog altijd toegepast kan worden. Ook de reikwijdte van de faciliteit wordt niet uitgebreid.

¹⁰⁰ Een winstbewijs is een bewijsstuk voor het recht op een aandeel in de winst (bron: Van Dale)

¹⁰¹ Dit kunnen 'gewone' aandelen zijn, maar ook prioriteitsaandelen, preferente aandelen en na invoering van de flex-bv ook winstrechtloze en stemrechtloze aandelen.

¹⁰² Artikel 3.55, lid 2, Wet IB 2001

¹⁰³ Deze eis geldt zowel voor de aandelenfusie, de bedrijfsfusie en de juridische fusie.

¹⁰⁴ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Artikelsgewijs commentaar artikel 3.55 Wet IB 2001, aantekening 1.20.4

¹⁰⁵ HR 25 oktober 2000, 35 957, BNB 2001/123, r.o. 4.1

De verkrijgende vennootschap reikt in ruil voor de stemrechten eigen aandelen uit. Op basis van de huidige wettekst kunnen aandelen de vorm hebben van prioriteitsaandelen, preferente aandelen, 'gewone' aandelen, maar er kunnen ook stemrechtloze en winstrechtloze aandelen uitgegeven worden. Mijns inziens hoeft de wettekst op dit punt ook niet aangepast te worden.

Onder het huidige bv-recht verkrijgt een vennootschap per definitie winstrechten indien er een stemrecht verkregen wordt. Bij invoering van de 'flex-bv' is dit niet meer het geval.

Dan kan de situatie ontstaan dat men slechts de stemrechten verkrijgt, en de winstrechten aan andere lichamen of personen toebehoren. Toch kan dan van de aandelenfusiefaciliteit gebruik gemaakt worden. Het is echter de vraag of de situatie die ontstaat bij invoering van de 'flex-bv' ook wenselijk is.

Indien de winstrechten ontbreken, heeft de aandeelhouder geen economisch belang in de vennootschap, waardoor de vraag rijst of deze aandeelhouder zakelijk en in het belang van het bedrijf handelt.

Daarnaast is het de vraag of de aandelenfusiefaciliteit ook van toepassing zou moeten zijn indien de oorspronkelijke aandeelhouder alleen winstrechtloze aandelen verkrijgt. Indien de tegenprestatie alleen uit stemrechten bestaat, verwerft de vennootschap geen economisch belang in de andere vennootschap. Indien een economisch belang ontbreekt, moet beoordeeld worden of er nog wel sprake is van een adequate tegenprestatie en of de fusiefaciliteit wel van toepassing zou moeten zijn.

Naar mijn mening kan er sprake zijn van een adequate tegenprestatie indien er alleen winstrechtloze aandelen verkregen worden. Winstrechtloze aandelen hebben weliswaar een lagere waarde dan stemrechtloze aandelen, maar dat wil niet zeggen dat de verkrijging van stemrechten geen adequate tegenprestatie zou kunnen vormen.

Hoewel de verkrijging van winstrechtloze aandelen dus kan kwalificeren als een adequate tegenprestatie, ben ik van mening dat dit tot onwenselijke situaties kan lijden. Dit met name als de winstrechten bij andere aandeelhouders zitten. Zoals eerder gesteld, ontbreekt op dat moment het economisch belang en zou deze faciliteit slechts moeten gelden in geval de overnemende partij zowel winstrechten als stemrechten verkrijgt. Mijns inziens zou de wetgever de wettekst van de aandelenfusiefaciliteit dusdanig moeten aanpassen dat deze faciliteit niet van toepassing is bij verkrijging van alleen winstrechtloze aandelen.

Bedrijfsfusie

Bij een bedrijfsfusie draagt de belastingplichtige (een evenredig deel van) zijn onderneming over aan een ander lichaam (de overnemer) tegen uitreiking van aandelen in de overnemer. In tegenstelling tot de aandelenfusie, worden er nu geen stemrechten overgedragen, maar worden de activa en passiva overgedragen. Ook bij een bedrijfsfusie zijn de vervreemdingswinsten die behaald worden onbelast indien aan de (standaard)voorwaarden voldaan wordt (artikel 14, lid 1, Wet VPB 1969). Uit de

standaardvoorwaarden van artikel 14 Wet VPB 1969 en uit het Besluit van 29 september 2008¹⁰⁶ blijkt dat de overnemer een adequate tegenprestatie moet leveren. In het Besluit wordt ingegaan op de vraag wanneer er sprake is van een adequate tegenprestatie. Bij de beoordeling van deze vraag spelen de winstgerechtigdheid en de zeggenschap een rol. Volgens de wetgever kan één aandeel (met agio) al een adequate tegenprestatie vormen.¹⁰⁷

Winstrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid en lidmaatschapsrechten worden op basis van artikel 14, lid 6, Wet VPB 1969 gelijkgesteld met aandelen. Verder worden er in de wettekst van artikel 14 Wet VPB 1969 geen expliciete eisen gesteld aan de soort uit te reiken aandelen.

Mijns inziens kan de fusiefaciliteit toegepast worden indien de overnemer certificaten uitreikt, want een certificaat is een vorm van een winstrecht. Opties of vergelijkbare rechten op aandelen kunnen niet uitgegeven worden door de overnemer, dit zijn immers geen winstrechten, maar een recht om een aandeel of winstrecht in de toekomst te kopen tegen een vooraf vastgestelde prijs.

De invoering van de 'flex-bv' heeft volgens de wetgever geen gevolgen voor artikel 14 Wet VPB 1969. De wetgever is van mening dat de eis van een adequate tegenprestatie voldoende ruimte biedt om met zowel stemrechtloze als winstrechtloze aandelen om te gaan. De eis van een adequate tegenprestatie volgt uit de systematiek van artikel 14 Wet VPB 1969, derhalve is een aanpassing van de wettekst volgens het kabinet niet nodig. Wel zal in de toekomst gekeken moeten worden of de standaardvoorwaarden aangepast dienen te worden.¹⁰⁸

De redactie van de Vakstudie¹⁰⁹ is van mening dat de staatssecretaris in zijn analyse te veel uitgaat van de standaardvoorwaarden bij artikel 14 Wet VPB 1969. De redactie stelt dat winstrechtloze en stemrechtloze aandelen in beginsel ook uitgegeven kunnen worden bij een bedrijfsfusie. De wettekst van artikel 14 Wet VPB 1969 eist alleen dat er aandelen moeten worden uitgegeven, in beginsel kunnen dit dus alle soorten aandelen zijn. De wetgever is van mening dat claimverlies bij een bedrijfsfusie alleen voorkomen kan worden door te eisen dat er sprake moet zijn van een adequate tegenprestatie. In artikel 14 Wet VPB 1969 komt de eis van een adequate tegenprestatie niet voor, deze eis is opgenomen in de standaardvoorwaarden.¹¹⁰ Ik ben het eens met de redactie.¹¹¹

De wettekst van artikel 14 Wet VPB 1969 eist dat er in ruil voor de over te nemen onderneming, aandelen uitgereikt moeten worden. Er zijn geen eisen over de soort aandelen die uitgereikt moeten worden. Op basis van de wettekst kunnen zowel stemrechtloze als winstrechtloze aandelen uitgereikt worden bij een bedrijfsfusie.

¹⁰⁶ Besluit 29 september 2008, nr. CPP2008/1008M, BNB 2009/10, par. 3.4

¹⁰⁷ Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr. 1-4, V-N 2010/38.3

¹⁰⁸ Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr. 1-4, V-N 2010/38.3

¹⁰⁹ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Artikelsgewijs commentaar artikel 3.55 Wet IB 2001, aantekening 1.20.4 en Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr. 1-4, V-N 2010/38.3

¹¹⁰ Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr. 1-4, V-N 2010/38.3

¹¹¹ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Artikelsgewijs commentaar artikel 3.55 Wet IB 2001, aantekening 1.20.4

Zoals eerder al opgemerkt, is het de vraag of winstrechtloze aandelen een adequate tegenprestatie vormen voor de overgenomen onderneming.

Uit deze standaardvoorwaarden blijkt dat bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een adequate tegenprestatie, gekeken wordt naar begrippen als zeggenschap en winstgerechtigdheid. Als voorbeeld wordt gegeven dat er geen sprake is van een adequate tegenprestatie als de overdrager niet tot een evenredig deel van zijn inbreng gerechtigd wordt tot de winst van de overnemer. Hiervan kan alleen op basis van een zakelijke grondslag worden afgeweken.¹¹²

Op basis van het bovenstaande kan er in beginsel geen bedrijfsfusie plaatsvinden indien de overdrager stemrechtloze of winstrechtloze aandelen verkrijgt. Alleen indien de overnemer een zakelijk grondslag heeft voor de tegenprestatie bestaande uit slechts stemrechtloze of winstrechtloze aandelen, kan er gebruik gemaakt worden van de bedrijfsfusiefaciliteit.

Het is echter de vraag of de wetgever de standaardvoorwaarden aan moet passen bij de invoering van de 'flex-bv'. In beginsel is er geen sprake van een adequate tegenprestatie bij verkrijging van slechts stemrechtloze of winstrechtloze aandelen, tenzij er bij de overnemer een zakelijke grondslag is voor deze tegenprestatie.

Op dit moment lijkt het dus niet noodzakelijk om de wettekst na invoering van de 'flex-bv' van de bedrijfsfusie aan te passen. Ook de standaardvoorwaarden behoeven geen aanpassing na invoering van de 'flex-bv', want op basis van de uitzondering in de standaardvoorwaarden in het toepassen van de bedrijfsfusiefaciliteit ook bij de 'flex-bv' mogelijk.

Juridische fusie

In artikel 3:57 Wet IB 2001 is de juridische fusie geregeld. Er is sprake van een juridische fusie als twee of meer lichamen samen opgaan in één lichaam. De aandeelhouders van alle verdwijnende lichamen krijgen aandelen in het lichaam dat alle activa en passiva verkrijgt. De vervreemdingsvoordelen zijn onbelast indien de fusie aan de voorwaarden van artikel 3:57 Wet IB 2001 voldoet.

De tegenprestatie bij een juridische fusie bestaat uit aandelen. Op grond van artikel 3:57, lid 5 Wet IB 2001 worden winstbewijzen en lidmaatschapsrechten gelijk gesteld aan aandelen. Daarnaast worden ook rechten op aandelen, winstbewijzen of een schuldvordering gelijk gesteld aan een aandeel.

De wettekst van artikel 3:57 Wet IB 2001 regelt alleen wat er gelijk gesteld is aan een aandeel. In dit artikel staat nergens wat een aandeel precies is, dus het is onduidelijk welke soort aandelen in

¹¹² Burgt, G.C., van der, FED fiscale brochures *De bedrijfsfusie in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969*, Kluwer, Deventer, 2009, p.62

aanmerking komen voor deze faciliteit. Dit heeft tot gevolg dat zowel winstrechtloze als stemrechtloze aandelen uitgegeven kunnen worden bij een juridische fusie.

Tijdens de parlementaire behandeling¹¹³ is niets gezegd over een juridisch fusie of splitsing en de gevolgen voor deze fiscale faciliteiten bij de invoering van de 'flex-bv'. De redactie is van mening dat alles wat er opgemerkt wordt over een bedrijfsfusie, ook van toepassing is voor de juridische fusie en de juridische splitsing. Volgens de redactie houdt dit in dat de wetgever sterk leunt op de standaardvoorwaarden en dat er dus sprake moet zijn van een adequate tegenprestatie.¹¹⁴

Ook bij de juridische fusie wordt er bij de beoordeling of er sprake is van een adequate tegenprestatie gekeken naar de zeggenschapsrechten en de winstgerechtigdheid. In beginsel kan de juridische fusiefaciliteit niet toegepast worden als de tegenprestatie bestaat uit slechts winstrechtloze of stemrechtloze aandelen. Alleen indien er sprake is van een zakelijke grondslag kan hiervan worden afgeweken.¹¹⁵

Ook na invoering van de 'flex-bv' is het mogelijk om de juridische fusiefaciliteit toe te passen. Derhalve is het mijns inziens niet noodzakelijk om de wettekst van artikel 3.57 Wet IB 2001 aan te passen.

Juridische splitsing

In artikel 3.56 Wet IB 2001 is de juridische splitsingsfaciliteit vastgelegd. Op grond van deze faciliteit hoeven de vervreemdingsvoordelen bij een juridische splitsing niet tot het resultaat van de onderneming gerekend te worden. Een belastingplichtige die aandelen of schuldvorderingen in een splitsende vennootschap heeft, wordt namelijk op grond van artikel 3.56, lid 1, Wet IB 2001 geacht zijn aandelen of schuldvordering te hebben vervreemd.

Evenals bij de juridische fusie, zijn winstbewijzen en lidmaatschapsrechten gelijkgesteld aan aandelen (artikel 3.56, lid 5, onder b, Wet IB 2001) en wordt een recht om een aandeel, een winstbewijs of een schuldvordering te verwerven in de splitsende vennootschap aangemerkt als een aandeel, een winstbewijs of een schuldvordering.

Zoals bij de juridische fusie is opgemerkt, is in de parlementaire geschiedenis¹¹⁶ niets te vinden over een juridische fusie of juridische splitsing en is de redactie¹¹⁷ van mening dat alles wat is opgemerkt over de bedrijfsfusie, ook van toepassing is voor de juridische fusie en de juridische splitsing.

¹¹³ Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr. 1-4

¹¹⁴ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Artikelsgewijs commentaar artikel 3.55 Wet IB 2001, aantekening 1.20.4

¹¹⁵ Burgt, G.C., van der, FED fiscale brochures *De bedrijfsfusie in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969*, Kluwer, Deventer, 2009, p.62

¹¹⁶ Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr. 1-4

¹¹⁷ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Artikelsgewijs commentaar artikel 3.55 Wet IB 2001, aantekening 1.20.4

De gevolgen bij de invoering van de “flex-bv zijn bij de juridisch splitsing dan ook gelijk aan de gevolgen voor de juridische fusie. Ik ben dus van mening dat de wettekst van de juridische splitsing voldoende flexibiliteit heeft om de wijzigingen in het bv-recht op te vangen.

4.5. Aandelenoptieregeling voor medewerkers

Naast het “gewone” salaris kan een werknemer ook loon ontvangen in de vorm van een recht. Een voorbeeld van loon in de vorm van een recht is een koopoptie op aandelen in de werkgever. De werknemer krijgt dan het optierecht om gedurende een bepaalde termijn tegen een afgesproken prijs bijvoorbeeld aandelen in de werkgever te kopen.¹¹⁸ Doordat de koopoptie het recht geeft om in de toekomst de aandelen te kopen tegen de afgesproken prijs, kan de werknemer een voordeel krijgen. Of de werknemer daadwerkelijk een voordeel behaalt, hangt af van de marktprijs van de aandelen op het moment dat de koopoptie wordt uitgeoefend. In artikel 10a Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964) is geregeld hoe aandelenoptierechten belast moeten worden in de loonbelasting.

Als een werknemer een aandelenoptie toegekend krijgt, vormt dit in beginsel te belasten loon. Eerst moet beoordeeld worden of er daadwerkelijk sprake is van een aandelenoptierecht.

Op grond van artikel 10a, lid 6 Wet LB 1964 is een aandelenoptierecht *“een recht krijgt om een of meer aandelen of daarmee gelijk te stellen rechten te verwerven in de inhoudingsplichtige vennootschap of in een met de inhoudingsplichtige verbonden vennootschap, of een daarmee gelijk te stellen recht”*.

Indien de werknemer een recht krijgt om aandelen in de werkgever te verwerven, kwalificeert dat recht dus als een optierecht. In artikel 10a Wet LB 1964 staat niet gedefinieerd wat een aandeel precies is, alleen dat er aandelen verworven kunnen worden.

Stemrechtloze en winstrechtloze aandelen

Op basis van de wettekst kunnen na de invoering van het wetsvoorstel ‘flex-bv’ zowel stemrechtloze aandelen als winstrechtloze aandelen verworven worden door middel van een optierecht. De wet schrijft immers voor dat het om een aandeel moet gaan, maar niet om wat voor een soort aandeel de aandelenoptieregeling draait.

Mijns inziens kunnen opties uitgeven worden met als onderliggende waarde stemrechtloze aandelen; de werkgever kan op deze manier de werknemer aan het bedrijf binden. Veelal oefenen de werknemers de optie uit, verkopen direct de aandelen en incasseren op die manier een vervreemdingswinst (verschil tussen optieprijs en marktprijs). De werknemer kan er ook voor kiezen

¹¹⁸ Dukers, R.C. en Baelemans, C.H.C.W., Wegwijzer financieel advies, *Employee Benefit*, Kluwer, Deventer, 2007, p. 73-74

om de aandelen te behouden zodat hij structureel meeprofiteert van de (jaarlijkse) winstuitkeringen in de vorm van dividend.

Er kunnen ook opties uitgegeven worden met als onderliggende waarde winstrechtloze aandelen.

Indien de werknemer deze opties uitoefent, krijgt de werknemer zeggenschap in de vennootschap. Ik vraag me af of werkgevers dat willen, want dit betekent dat iedere medewerker met winstrechtloze aandelen invloed kan uitoefenen op het beleid van de vennootschap buiten de organisatorische hiërarchie om.

Na de invoering van het wetsvoorstel 'flex-bv' vallen optierechten op zowel stemrechtloze als winstrechtloze aandelen onder artikel 10a Wet LB 1964. Mijns inziens is het dus niet noodzakelijk om de wettekst van de aandelenoptierechten aan te passen. De optierechten die betrekking hebben op winstrechtloze of stemrechtloze aandelen behoren mijns inziens gewaardeerd te worden tegen de waarde in het economische verkeer. De vervreemdingswinst van deze opties zou naar mijn mening bepaald moeten worden door de verkrijgingsprijs te verminderen met de uitoefenprijs.

Verbonden vennootschap

Een ander punt is dat de aandelenoptie betrekking moet hebben op aandelen of daarmee gelijk te stellen rechten in de inhoudingsplichtige of een met de inhoudingsplichtige verbonden vennootschap.

Een aandachtspunt hierbij is dat duidelijk moet zijn wanneer er sprake is van een met de inhoudingsplichtige verbonden vennootschap.

Artikel 10a, lid 7, Wet LB 1964 geeft aan wanneer er sprake is van een met de inhoudingsplichtige verbonden vennootschap. Er is sprake van een met de inhoudingsplichtige verbonden vennootschap, indien de inhoudingsplichtige ten minste een derde belang heeft in de vennootschap of indien de vennootschap ten minste een derde belang heeft in de inhoudingsplichtige.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het begrip 'verbonden lichaam' van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969 een ruimere strekking heeft dan het begrip 'verbonden vennootschap' van artikel 10a, lid 7, Wet LB 1964.¹¹⁹ Onder een lichaam vallen rechtsvormen zoals vennootschappen (zoals bv's en nv's), stichtingen, verenigingen en coöperaties, terwijl onder een vennootschap alleen rechtsvormen met een in aandelen verdeeld kapitaal vallen. Een verbonden vennootschap is altijd een verbonden lichaam, maar een verbonden lichaam is niet noodzakelijkerwijs een verbonden vennootschap.

Zuidgeest wijst erop dat artikel 10a, lid 7, Wet LB 1964 geen rekening houdt met belangen van nauw verbonden personen, hetgeen wel gedaan wordt in artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969, waardoor de reikwijdte van artikel 10a, lid 7, Wet LB 1964 beperkter is.¹²⁰

¹¹⁹ Kamerstukken II, 1998/99, 26 020, nr. 104b, p. 6

¹²⁰ Zuidgeest, t.a.p., 2008, p. 313

Hoewel artikel 10a, lid 7, Wet LB 1964 een beperktere reikwijdte heeft dan artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969, sluiten beide artikelen aan bij het begrip 'belang'. Zuidgeest is van mening dat in beide artikelen dezelfde invulling wordt gegeven aan het begrip 'belang'. Ik deel de mening van Zuidgeest. Bij het bepalen van eventuele verbondenheid tussen de inhoudingsplichtige en de vennootschap spelen mijns inziens dezelfde onduidelijkheden en problemen een rol, die ook een rol spelen bij het bepalen van verbondenheid op grond van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969. Voor deze problemen en onduidelijkheden verwijs ik dan ook naar paragraaf 3.2.

4.6. Conclusie

In dit hoofdstuk heeft de inkomstenbelasting centraal gestaan. De deelvraag die in dit hoofdstuk beantwoord wordt is als volgt: *Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de loon- en de inkomstenbelasting?*

Om deze deelvraag te beantwoorden heb ik enkele regelingen in de inkomstenbelasting en de loonbelasting behandeld waar verbondenheid een rol speelt, namelijk de aanmerkelijk belangregeling, de ter beschikkingstellingsregeling, de regelingen omtrent fusies en splitsingen en tot slot de aandelenoptieregeling.

De invoering van de 'flex-bv' heeft gevolgen voor het aanmerkelijk belangregime. Bij het aanmerkelijk belangregime telt het juridische eigendom van aandelen niet mee. Alleen in geval van een coöperatie wordt er gekeken naar de stemrechten, bij andere rechtspersonen wordt er alleen gekeken naar het economische eigendom. Dit heeft tot gevolg dat na invoering van de 'flex-bv' de vervreemdingswinsten van de houder van winstrechtloze aandelen onbelast zijn in box 2. Mijns inziens dient de wetgever het aanmerkelijk belangregime dusdanig aan te passen dat het juridisch eigendom wel mee gaat tellen, zodat zowel de houders van winstrechtloze aandelen als de houders van stemrechtloze aandelen onder dit regime vallen, indien deze aandeelhouders minimaal 5% winstrechtloze aandelen bezitten.

De ter beschikkingstellingsregeling in de inkomstenbelasting is van toepassing indien er sprake is van een verbonden persoon. De gevolgen voor het aanmerkelijk belangregime werken door naar de ter beschikkingstellingsregeling, omdat de ter beschikkingstellingsregeling aansluit bij het begrip 'aanmerkelijk belang'. De wetgever wil met de ter beschikkingstellingsregeling boxenarbitrage voorkomen. Om dit doel te bereiken dienen alle soorten aandeelhouders hetzelfde behandeld te worden en moeten houders van winstrechtloze aandelen ook onder de ter beschikkingstellingsregeling vallen.

De wetgever is van mening dat er bij een fusie of splitsing sprake moet zijn van een adequate tegenprestatie. De redactie merkt op dat deze eis niet is opgenomen in de wettekst van de fusie- en splitsingsfaciliteiten, maar in de standaardvoorwaarden. Op basis van de huidige wettekst is het mogelijk om een fusie of splitsing toe te passen als er sprake is van stemrechtloze of winstrechtloze aandelen. Echter op grond van de hoofdregel in de standaardvoorwaarden is het gebruik van deze aandelen niet mogelijk, tenzij er sprake is van een zakelijke grondslag voor de overnemer, dan mag er wel gebruik gemaakt worden van de fusie- of splitsingsfaciliteit bij stemrechtloze en winstrechtloze aandelen. Derhalve is het mijns inziens niet noodzakelijk om de wettekst van de fusie- en splitsingsfaciliteiten aan te passen. Ook de tekst van de standaardvoorwaarden hoeft mijns inziens niet aangepast te worden.

Tot slot is de optieregeling voor medewerkers uit de loonbelasting aan bod gekomen. De invoering van de 'flex-bv' kan op twee manieren invloed hebben op deze regeling. Er moet een recht op aandelen uitgereikt worden aan de werknemer om te kunnen spreken van een aandelenoptierecht, maar welke aandelen vallen onder de aandelenoptieregeling? Alleen stemrechtloze aandelen of ook winstrechtloze aandelen? Op basis van de huidige wettekst kunnen beide soorten aandelen onder deze regeling vallen, dus mijns inziens hoeft de wettekst op dit punt niet aangepast te worden bij de invoering van de 'flex-bv'.

Daarnaast moet er ook sprake zijn van een met de inhoudingsplichtige verbonden vennootschap. Bij de aandelenoptieregeling wordt, evenals bij artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969, aangesloten bij het begrip 'belang'. De problemen en onduidelijkheden die spelen bij artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969 doen zich dus ook voor bij de aandelenoptieregeling. Evenals bij artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969 is het dus van belang dat de wetgever duidelijkheid verschaft over de rol van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen onder het begrip 'belang'.

5. Overige heffingen

5.1 Inleiding

In de vorige twee hoofdstukken zijn de vennootschapsbelasting, de inkomstenbelasting en de loonbelasting aan bod gekomen. Naast deze belastingen zijn er nog enkele andere regelingen in de fiscale wet- en regelgeving waar de 'flex-bv' invloed op zou kunnen hebben.

In dit hoofdstuk wordt de invloed van de 'flex-bv' op de overige fiscale regelingen behandeld. De deelvraag in dit hoofdstuk is dan ook: *Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de overige fiscale regelingen?*

Allereerst wordt in paragraaf 5.2 de bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting behandeld. Vervolgens zal in paragraaf 5.3 de verkrijging van aandelen in een vastgoedlichaam belast met overdrachtsbelasting de revue passeren. In paragraaf 5.4 van dit hoofdstuk komt de dividendbelasting aan bod om vervolgens dit hoofdstuk af te sluiten met een conclusie in paragraaf 5.5.

5.2 Bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting

Indien (een deel van) een onderneming door schenking of vererving overgaat, moet er in beginsel schenk- of erfbelasting betaald worden. De schenk- of erfbelasting kan tot financiële verplichtingen leiden die de continuïteit van de onderneming kunnen aantasten. De wetgever vond deze gevolgen vanuit een algemeen sociaaleconomisch belang onwenselijk en heeft om die reden een bedrijfsopvolgingsregeling opgenomen in de schenk- en erfbelasting.¹²¹ Het doel van deze faciliteit is het wegnemen van fiscale belemmeringen bij bedrijfsopvolging door middel van vererving of schenking.¹²²

De bedrijfsopvolgingsregeling kan op verzoek van de voortzetter worden toegepast, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. De bedrijfsopvolgingsregeling van artikel 35b Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) houdt in dat de verkrijger een voorwaardelijke vrijstelling krijgt voor de waarde van het ondernemingsvermogen tot € 1.006.000. Indien (een deel van een) ondernemingsvermogen verkregen wordt met een waarde van meer dan € 1.006.000 is 83% voorwaardelijk vrijgesteld en over de resterende 17% moet schenk- en erfbelasting betaald worden. Indien de verkrijger van het ondernemingsvermogen op enig tijdstip binnen vijf jaar niet meer aan het voortzettingsvereiste van artikel 35e SW 1956 voldoet (artikel 35b, lid 6, SW 1956) voldoet, vervalt de voorwaardelijke vrijstelling en moet de verkrijger dus alsnog de schenk- en erfbelasting betalen.

¹²¹ Kamerstukken II, 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7-9

¹²² Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 13

In artikel 35c SW 1956 is bepaald wat verstaan wordt onder het begrip 'ondernemingsvermogen'. Op grond van artikel 35c, lid 1 SW 1956 wordt onder de verkrijging van ondernemingsvermogen onder andere verstaan de vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang hebben behoord.¹²³ Daarnaast moet het lichaam waarin het belang wordt verkregen een onderneming drijven in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid vormen in de zin van artikel 3.3 Wet IB 2001 (artikel 35c SW 1956).

De bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 sluit dus aan bij het begrip 'aanmerkelijk belang'. Vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker tot een fictief aanmerkelijk belang¹²⁴ hebben behoord of op grond van de meetregel van artikel 4.10 Wet IB 2001 tot een aanmerkelijk belang behoorden, kwalificeren als niet ondernemingsvermogen bij de bedrijfsopvolgingsregeling.¹²⁵

Voor een toelichting op het begrip 'aanmerkelijk belang' en de invloed van de 'flex-bv' op het begrip 'aanmerkelijk belang', verwijs ik naar paragraaf 4.2. Hierin zagen we dat winstrechtloze aandelen niet kwalificeren als aanmerkelijk belang, indien de wetgever het aanmerkelijk belangregime niet aanpast na invoering van de wet 'flex-bv'. Dat heeft tot gevolg dat, op basis van de huidige wet- en regelgeving, de verkrijgers van winstrechtloze aandelen geen gebruik kunnen maken van de bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting. Stemrechtloze aandelen kunnen, evenals preferente aandelen, wel kwalificeren als aanmerkelijk belang, de verkrijgers van dit soort aandelen kunnen dus wel gebruik maken van de bedrijfsopvolgingsregeling.¹²⁶ De toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling op preferente aandelen is echter beperkt op grond van artikel 35c, lid 4 SW 1956. Deze beperking heeft de vorm van enkele voorwaarden, indien niet aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 35c, lid 4 SW 1956 wordt voldaan, mag de bedrijfsopvolgingsregeling niet toegepast worden.

Het is vreemd dat winstrechtloze aandelen uitgesloten zijn van de bedrijfsopvolgingsregeling. Mijns inziens zijn winstrechtloze aandelen vergelijkbaar met prioriteitsaandelen. Beide soorten aandelen kunnen namelijk meer zeggenschap hebben binnen de vennootschap in verhouding tot houders van 'gewone' aandelen, preferente aandelen of stemrechtloze aandelen. Met prioriteitsaandelen, evenals met winstrechtloze aandelen, wordt beoogd om machtsverhoudingen binnen een vennootschap te scheppen, die niet voortkomen uit het bezit van 'gewone' aandelen. De rechten die aan een prioriteitsaandeel verbonden kunnen zijn, bestaan onder andere uit een voorstelrecht, een

¹²³ Op grond van artikel 35c SW 1956 zijn er nog meer mogelijkheden die als ondernemingsvermogen kwalificeren, deze zijn echter niet relevant voor deze scriptie en zullen dus niet behandeld worden.

¹²⁴ Zie artikel 4.11 Wet IB 2001

¹²⁵ Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44.

¹²⁶ Dool, R.P. van den en Heithuis, E.J.W., Fiscaal Actueel, nummer 5, *De fiscale positie van de DGA*, Rapport in opdracht van de Samenwerkende Registeraccountants en Administratieconsulenten (SRA) en de Nederlandse Federatie van Belastingadviseurs (NFB), Kluwer, Deventer, 2009, p. 192

goedkeuringsrecht en nog enkele eigen bevoegdheden.¹²⁷ Er is dus een soort stemrecht verbonden aan prioriteits aandelen. Deze aandelen kunnen op grond van artikel 4.7 Wet IB 2001 een aanmerkelijk belang vormen en de bedrijfsopvolgingsregeling kan derhalve toegepast worden bij verkrijging van prioriteits aandelen.

Op basis van het voorgaande rijst de vraag of het terecht is dat winstrechtloze aandelen uitgesloten worden van deze bedrijfsopvolgingsregeling, terwijl houders van prioriteits aandelen wel gebruik kunnen maken van deze regeling. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet eerst bekeken worden wat er in de Successiewet 1956 precies onder bedrijfsopvolging wordt verstaan en wat de ratio van deze bedrijfsopvolgingsregeling is.

Het doel van de bedrijfsopvolgingsregeling is het wegnemen van fiscale belemmeringen bij bedrijfsopvolging.¹²⁸ Indien de verkrijging van winstrechtloze aandelen kwalificeert als bedrijfsopvolging en het doel van de regeling niet in het geding komt, zou de bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting toepasbaar moeten zijn voor de verkrijger van winstrechtloze aandelen. Hierna zal eerst worden gekeken wanneer er precies sprake is van een bedrijfsopvolging, vervolgens wordt getoetst of de ratio van de bedrijfsopvolgingsregeling in het geding komt bij de verkrijging van winstrechtloze aandelen.

In artikel 35b, lid 5 SW 1956 is gedefinieerd wat er in de schenk- en erfbelasting onder bedrijfsopvolging wordt verstaan, namelijk:

“een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in 35d, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste, bedoeld in artikel 35e.”

De bedrijfsopvolgingsregeling is bedoeld om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.¹²⁹ De verkrijging van stemrechten is in mijn ogen geen verkrijging van ondernemingsvermogen, het is een verkrijging van invloed op de besluitvorming van de onderneming. Derhalve zou er bij een verkrijging van winstrechtloze aandelen geen gebruik gemaakt kunnen worden van de bedrijfsopvolgingsregeling.

De bedrijfsopvolgingsregeling heeft echter als doel om de verkrijging van een onderneming te faciliteren, zodat de continuïteit van de onderneming gewaarborgd wordt. Zodra er een onderneming gedreven wordt, zou het in mijn ogen niet uit mogen maken in welke vorm een belang in dat ondernemingsvermogen verkregen wordt. Er kan een direct belang verkregen worden, doordat de

¹²⁷ Sanders, P. en Vestbroek, W., *Recht en Praktijk, BV en NV*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 98

¹²⁸ Kamerstukken II, 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 7-9

¹²⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 42

erfgenaar medevenoot wordt. Er kan ook een indirect belang verkregen worden doordat de erfgenaar een belang in de vorm van aandelen erft. Bij beide vormen van verkrijging is in mijn ogen de bedrijfsopvolgingsregeling van toepassing.

Indien er sprake is van de verkrijging van aandelen in een 'flex-bv', zou het in mijn ogen ook niet uit mogen maken welke soort aandelen verkregen worden, zolang er sprake is van een 'flex-bv' waar een onderneming in zit. Zou er wel verschil worden gemaakt tussen winstrechtloze of stemrechtloze aandelen, dan is dit in mijn ogen in strijd met de ratio van de bedrijfsopvolgingsregeling. Dan wordt de verkrijging van een onderneming immers niet gefaciliteerd waardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar kan worden gebracht door de heffing van erfbelasting.

Indien het aanmerkelijk belangregime niet wordt aangepast bij de invoering van de 'flex-bv' (zie paragraaf 4.2) kwalificeren alleen stemrechtloze aandelen als aanmerkelijk belang. Dit heeft tot gevolg dat de bedrijfsopvolgingsregeling van de schenk- en erfbelasting niet toegepast kan worden indien er winstrechtloze aandelen verkregen worden. Zoals hierboven blijkt, ben ik van mening dat het niet uit mag maken in welke vorm ondernemingsvermogen verkregen wordt. Indien sprake is van de verkrijging van een (deel van een) onderneming, dient de verkrijging fiscaal gefaciliteerd te worden. Zoals in paragraaf 4.2 al bleek, ben ik van mening dat de wetgever na de invoering van de 'flex-bv' het aanmerkelijk belangregime moet aanpassen zodat zowel de houders van winstrechtloze als stemrechtloze aandelen onder dit regime vallen. Zou de wetgever het aanmerkelijk belangregime niet wijzigen, dan dient in mijn ogen de bedrijfsopvolgingsregeling van artikel 35b SW 1956 dusdanig aangepast te worden dat ook de verkrijging van een belang in een onderneming middels winstrechtloze aandelen onder de bedrijfsopvolgingsregeling kan vallen.

Indien het aanmerkelijk belangregime wel aangepast wordt aan de nieuwe regelgeving (zie paragraaf 4.2), kunnen zowel winstrechtloze als stemrechtloze aandelen kwalificeren als aanmerkelijk belang. Dit heeft tot gevolg dat de bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting niet alleen van toepassing zou zijn op de verkrijging stemrechtloze aandelen, maar ook op de verkrijging van winstrechtloze aandelen.

5.3 Verrijking van aandelen in een vastgoedlichaam

In de Wet op belastingen van rechtsverkeer (hierna: Wet BRV 1970) wordt de overdrachtsbelasting geregeld. Overdrachtsbelasting is een belasting die geheven wordt op het moment van de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of rechten op onroerende zaken. In de Wet BRV 1970 is geen definitie opgenomen over het begrip 'verrijking'.¹³⁰ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat er volgens de wetgever bij een verkrijging in de eerste plaats gedacht moet worden aan een

¹³⁰ Bongard, M.P., FED Fiscale studieseries, *Leidraad overdrachtsbelasting*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 19 - 21

civielrechtelijke verkrijging (artikel 2, lid 1 Wet BRV 1970).¹³¹ Sinds 1995 is ook de verkrijging van economisch eigendom belast met overdrachtsbelasting op grond van artikel 2, lid 2 Wet BRV 1970.

Bij de verkrijging van (rechten op) onroerende zaken moet men overdrachtsbelasting betalen over de waarde van deze (rechten op) onroerende zaak. Een aanvulling op deze hoofdregel is de verkrijging van aandelen in een zogenaamd vastgoedlichaam. De verkrijging van aandelen in een vastgoedlichaam kan men kwalificeren als een verkrijging van een onroerende zaak en is derhalve belast met overdrachtsbelasting op grond van artikel 4 Wet BRV 1970 en niet op grond van artikel 2 Wet BRV 1970. De verkrijging van aandelen in een vastgoedlichaam wordt belast met overdrachtsbelasting indien:

- de verkrijger, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, een belang van 7% verkrijgt of uitbreidt, en;
- de verkrijger, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot of bloed- en aanverwanten in de rechte linie of in tweede lijn van de zijlinie of tezamen met een verbonden vennootschap¹³², een belang van minimaal een derde verkrijgt in het desbetreffende vastgoedlichaam.

Niet alleen de verkrijging van aandelen in een vastgoedlichaam, maar ook de verkrijging van rechten van lidmaatschap van verenigingen of coöperaties kunnen belast worden met overdrachtsbelasting.¹³³ Het doel van artikel 4 Wet BRV 1970 is om te voorkomen dat de heffing van overdrachtsbelasting wordt ontgaan door gebruik te maken van bepaalde constructies. Daarnaast heeft dit artikel als doel om wezenlijke gelijke gevallen ook gelijk te behandelen door gebruik te maken van een meer economische benadering.¹³⁴

Op grond van artikel 4, lid 1 Wet BRV 1970 kwalificeren lichamen als vastgoedlichamen, indien ze ten tijde van de verkrijging of op enig tijdstip in de daaraan voorafgaande twaalf maanden meer dan 50% van hun bezittingen bestaat uit onroerende zaken (of rechten daarop). Deze onroerende zaken moeten op dat tijdstip voor 70% of meer dienstbaar zijn of worden aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken.¹³⁵ Indien een verkrijger binnen twee jaar meer keren aandelen verkrijgt, worden deze aandelen geacht te zijn verkregen uit dezelfde of een samenhangende overeenkomst (artikel 4, lid 5, onderdeel b Wet BRV 1970). Indien de verkrijger in jaar 1 een belang van 15% in een vastgoedlichaam verkrijgt is dit geen belaste verkrijging voor de overdrachtsbelasting.

¹³¹ Zie onder andere: Kamerstukken II 1988/89, 20 800 XI B, nr. 42 en Kamerstukken II 1992/93, 22 800 IX B, nr. 47, V-N 1993, p. 2551, punt 2.

¹³² In artikel 4, lid 6 Wet BRV 1970 is een definitie van het begrip 'verbonden lichaam' opgenomen en in artikel 4, lid 7 Wet BRV 1970 is weergegeven wanneer een lichaam als een met de verkrijger verbonden lichaam wordt aangemerkt.

¹³³ Artikel 4, lid 1 Wet BRV 1970

¹³⁴ Kamerstukken II, 1969/70, 10 560, nr. 7, p. 7

¹³⁵ Kamerstukken II, 2010/11, 32 504, nr. 3, P. 38

De fiscale gevolgen van de 'flex-bv'

Zodra de verkrijging in jaar 2 een belang van 20% in het vastgoedlichaam verkrijgt, heeft de verkrijging in totaal binnen twee jaar 35% belang verkregen in het vastgoedlichaam. Dit betekent dat de verkrijging in jaar 1 alsnog belast is met overdrachtsbelasting, evenals de verkrijging in jaar 2.

Op dit moment is de verkrijging van aandelen in een vastgoedlichaam belast met overdrachtsbelasting, mits voldaan wordt aan de voorwaarden. Het is echter de vraag wat de gevolgen van de invoering van de 'flex-bv' zijn. Evenals bij de aandelenoptieregeling van paragraaf 4.5, schrijft de wet alleen voor dat er aandelen verkregen moeten worden. Het is echter niet duidelijk wat voor aandelen er verkregen moeten worden om onder artikel 4 Wet BRV 1970 te vallen. Gaat het om de verwerving van economisch eigendom of juist om de verkrijging van zeggenschap in een lichaam?

Na de invoering van de 'flex-bv' is het mogelijk om winstrechtloze aandelen en/of stemrechtloze aandelen in een vastgoedlichaam te verkrijgen. Op grond van artikel 2 Wet BRV 1970 is zowel de verkrijging van juridisch eigendom als de verkrijging van economische eigendom belast. De vraag is echter of beide soorten aandelen onder artikel 4 Wet BRV 1970 vallen.

Eerder bleek dat de verkrijging van winstrechtloze aandelen gelijk is aan het verkrijgen van zeggenschap. De vraag die dan beantwoord moet worden is of de verkrijging van zeggenschap onder artikel 4 Wet BRV 1970 valt. De Hoge Raad heeft in het arrest van 24 oktober 2004 het volgende overwogen:

“(...)Nu de wetgever in artikel 4 de regeling voor aandelen in lichamen niet had beperkt tot gevallen waarin het lichaam rechtspersoonlijkheid bezit, bracht dit mee dat in het geval van certificaatrechten, tevens zijnde aandelen in een niet rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal, de verkrijging van die certificaten onder omstandigheden onder beide regelingen zou kunnen worden gebracht, waarbij dan verschillende voorwaarden voor belastbaarheid van de verkrijging zouden gelden. Aangenomen moet worden dat de wetgever dit niet heeft beoogd, en dat hij ook bij de verkrijging van zodanige certificaten alleen die verkrijgingen met overdrachtsbelasting heeft willen treffen die de verkrijger wezenlijke zeggenschap, geconcretiseerd in de eis van een aanmerkelijk belang, verschaffen.(...)”¹³⁶

Sinds het bovenstaande arrest gewezen is, is de wettekst van de overdrachtsbelasting een aantal keer gewijzigd. Ik ben echter van mening dat de bovenstaande rechtsoverweging nog steeds van toepassing is op de huidige wettekst.

Mijns inziens zegt de Hoge Raad in de bovenstaande rechtsoverweging dat de wetgever beoogd heeft om de verkrijging van een wezenlijke zeggenschap in een lichaam te belasten met

¹³⁶ HR 24 oktober 2004, 38 879, V-N 2004/55.28, r.o. 3.5.2.

overdrachtsbelasting. Van wezenlijke zeggenschap is sprake indien een verkrijger ten minste een derde van de zeggenschap in een lichaam in handen krijgt.

Als de lijn van de Hoge Raad doorgetrokken wordt naar de 'flex-bv', kan de verkrijging van winstrechtloze aandelen belast zijn met overdrachtsbelasting. In dat geval moet er wel sprake zijn van een verkrijging van wezenlijke zeggenschap.

Nu vast staat dat de verkrijging van winstrechtloze aandelen belast is met overdrachtsbelasting, resteert de vraag of verkrijging van stemrechtloze aandelen ook belast is.

Op grond van artikel 4, lid 5, onderdeel c Wet BRV 1970 is bepaald dat de verkrijging van economisch eigendom en beperkte rechten (zoals bijvoorbeeld vruchtgebruik) gelijk belast wordt met verkrijging van de achterliggende aandelen. De verkrijging van stemrechtloze aandelen is een verkrijging van een economisch belang in een vennootschap. Op grond van artikel 4, lid 5, onderdeel c Wet BRV 1970 is de verkrijging van stemrechtloze aandelen dus belast met overdrachtsbelasting.

Uit het bovenstaande blijkt dat na de invoering van de 'flex-bv' zowel de verkrijging van winstrechtloze als de verkrijging van stemrechtloze aandelen in een vastgoedlichaam belast wordt met overdrachtsbelasting. Het doel van artikel 4 Wet BRV 1970 is tweeledig. Enerzijds wil de wetgever voorkomen dat de overdrachtsbelasting ontgaan kan worden door het gebruik van bepaalde constructies. Anderzijds wilde de wetgever meer gelijkheid creëren door een meer economische benadering. Mijns inziens kan er na invoering van de 'flex-bv' met behulp van constructies niet eenvoudig aan de overdrachtsbelasting ontgaan worden, omdat de verkrijging van zowel stemrechtloze als winstrechtloze aandelen in een vastgoedlichaam is belast met overdrachtsbelasting.

Derhalve is het mijns inziens niet noodzakelijk om de wettekst van artikel 4 Wet BRV 1970 aan te passen bij de invoering van de 'flex-bv'.

5.4 Artikel 4 van de Wet op de dividendbelasting 1965

In artikel 4 van de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965) zijn de facultatieve vrijstellingen voor de dividendbelasting geregeld.

Op grond van dit artikel mag de inhouding van dividendbelasting achterwege blijven bij opbrengsten van aandelen, winstbewijzen of deelnemerschapsleningen¹³⁷ in de volgende gevallen:

1. indien de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet VPB 1969 van toepassing is en de deelneming moet tot het Nederlandse ondernemingsvermogen van de belastingplichtige behoren;

¹³⁷ Dit zijn leningen als bedoeld in artikel 10, lid 1, onderdeel d VPB 1969

2. indien de deelnemingsverrekening van artikel 13aa Wet VPB 1969 van toepassing is en de deelneming moet tot het Nederlandse ondernemingsvermogen van de belastingplichtige behoren; of
3. indien de opbrengstgerechtigde en de inhoudingsplichtige tot dezelfde fiscale eenheid behoren als bedoeld in artikel 15 Wet VPB 1969 en de aandelen, winstbewijzen of deelnemerschapsleningen moeten tot het Nederlandse ondernemingsvermogen horen.¹³⁸

De dividendbelasting is een voorheffing van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, wat inhoudt dat de dividendbelasting verrekend kan worden met de te betalen inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting. Aangezien deelnemingsdividenden zijn vrijgesteld voor de vennootschapsbelasting op grond van de deelnemingsvrijstelling, kan de daarop drukkende dividendbelasting niet in mindering worden gebracht op grond van artikel 25 Wet VPB 1969. Zonder de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB 1965 zou de voorheffing van dividendbelasting een eindheffing zijn, omdat de voorheffing niet verrekend kan worden. Om te voorkomen dat de dividendbelasting niet verrekend kan worden, is de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB 1965 ingevoerd.¹³⁹

De deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid zijn aan bod gekomen in respectievelijk paragraaf 3.4 en 3.5. Voor de gevolgen van de invoering van de 'flex-bv' verwijs ik dan ook naar deze paragrafen. De deelnemingsverrekening van artikel 13aa Wet VPB 1969 is van toepassing indien er sprake is van een beleggingsdeelneming. Een beleggingsdeelneming is een deelneming die ter belegging gehouden wordt (artikel 13, lid 9 Wet VPB 1969). Ook voor de deelnemingsverrekening wordt dus bij dezelfde begrippen aangesloten als het geval is bij de deelnemingsvrijstelling. Derhalve verwijs ik naar paragraaf 3.4 voor een uiteenzetting van de invloed van de 'flex-bv' op de deelnemingsverrekening van artikel 13aa Wet VPB 1969.

Naast de verwijzing naar de bovenstaande faciliteiten, gaat het in artikel 4 Wet DB 1965 ook over opbrengsten van aandelen, winstbewijzen en deelnemerschapsleningen. Mogelijk kan de invoering van de 'flex-bv' hiervoor van belang zijn.

Onder opbrengsten uit aandelen worden niet alleen dividenden verstaan, maar ook liquidatie-uitkeringen, teruggaven van hetgeen op de aandelen is gestort en uitkeringen op winstbewijzen etc. (artikel 3, lid 1 Wet DB 1965).

Indien gebruik wordt gemaakt van stemrechtloze aandelen, kunnen er ook uitkeringen gedaan worden aan de houders van die stemrechtloze aandelen. Deze uitkeringen vormen een opbrengst uit aandelen; hieruit volgt dat de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB 1965 van toepassing kan zijn op uitkeringen die gedaan worden aan de houders van stemrechtloze aandelen.

¹³⁸ Artikel 4, lid 1 Wet DB 1965

¹³⁹ Marres, O.C.R., Wattel, P.J., FED fiscale studiereserie, Dividendbelasting, Kluwer, Deventer, 2011, p. 72

De fiscale gevolgen van de 'flex-bv'

De houders van winstrechtloze aandelen krijgen uiteraard geen winstrechten uitgekeerd. Er kunnen echter wel andere vormen van opbrengsten voorkomen bij deze soort aandelen. Zo kan er bijvoorbeeld sprake zijn van een 'flex-bv' die de aandeelhouder het bedrag teruggeeft dat hij op de winstrechtloze aandelen heeft gestort en daarbij ook een deel van de winstreserves gebruikt. Een rekenvoorbeeld ter verduidelijking:

Verkrijgingsprijs: € 100 per aandeel en de aandelen worden door de 'flex-bv' ingekocht tegen € 300.
 $€ 300 - € 100 = € 200$ opbrengst uit aandelen

Het deel van de teruggave dat gefinancierd wordt uit de winstreserves (in het rekenvoorbeeld is dit € 200), vormt ook een opbrengst uit (winstrechtloze of stemrechtloze) aandelen. Deze opbrengst kan mijns inziens ook onder de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB 1965 vallen, indien aan de overige voorwaarden voldaan wordt. Er is immers sprake van een opbrengst uit aandelen.

Uit het bovenstaande blijkt dat de invoering van de 'flex-bv' geen directe invloed heeft op de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB 1965. Immers de inkomsten die in de vennootschapsbelasting zijn vrijgesteld, zijn ook niet onderworpen aan de dividendbelasting. Derhalve ben ik van mening dat de wettekst van artikel 4 Wet DB 1965 niet aangepast hoeft te worden bij de invoering van de 'flex-bv'. De 'flex-bv' heeft echter wel indirect invloed op dit artikel. De 'flex-bv' heeft namelijk gevolgen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid. De wettekst van deze faciliteiten moeten bij de invoering van de 'flex-bv' verduidelijkt of aangepast worden; dit is in paragraaf 3.4 en 3.5 uiteengezet en verduidelijkt.

5.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de overige fiscale regelgeving centraal. De deelvraag die in dit hoofdstuk beantwoord is luidt: *Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de overige fiscale regelingen?*

Om deze deelvraag te beantwoorden is eerst de bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting aan bod gekomen. Vervolgens is de verkrijging van aandelen in een vastgoedlichaam behandeld en tot slot is de dividendbelasting aan de orde geweest.

De bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting sluit aan bij het begrip 'aanmerkelijk belang' van artikel 4.5 Wet IB 2001. Dit artikel is in paragraaf 4.2 aan bod gekomen. Daar bleek dat winstrechtloze aandelen niet kwalificeren als aanmerkelijk belang, wat tot gevolg heeft dat verkrijgers van winstrechtloze aandelen geen gebruik kunnen maken van de bedrijfsopvolgingsregeling. Mits aan de overige voorwaarden voldaan wordt, kwalificeren stemrechtloze aandelen als aanmerkelijk belangaandelen, waardoor gebruik kan worden gemaakt van de bedrijfsopvolgingsregeling.

De fiscale gevolgen van de 'flex-bv'

De bedrijfsopvolgingsregeling is bedoeld om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Het zou niet uit mogen maken in welke vorm het ondernemingsvermogen verkregen wordt, zodra er een (belang in een) onderneming verkregen wordt, dient de verkrijging fiscaal gefaciliteerd te worden. Op zowel de verkrijging van stemrechtloze aandelen als de verkrijging winstrechtloze aandelen in een 'flex-bv' zou derhalve de bedrijfsopvolgingsregeling toegepast moeten kunnen worden.

Indien het aanmerkelijk belangregime aangepast wordt en winstrechtloze aandelen als aanmerkelijk belang kunnen kwalificeren, hoeft de wettekst van de bedrijfsopvolgingsregeling in artikel 35b SW 1956 niet aangepast te worden. Wordt het aanmerkelijk belangregime daarentegen niet aangepast, dient de wettekst van artikel 35b SW 1956 wel aangepast te worden. De wetswijziging dient dusdanig vormgegeven te worden, dat de bedrijfsopvolgingsregeling toegepast kan worden bij de verkrijging van winstrechtloze aandelen, mits aan de voorwaarden die aan verkrijgingen gesteld worden, wordt voldaan.

De verkrijging van aandelen in een vastgoedlichaam is belast met overdrachtsbelasting, mits aan de overige voorwaarden van artikel 4 Wet BRV 1970 voldaan wordt. De wetgever heeft met dit artikel beoogd om de verkrijging van wezenlijke zeggenschap in een vastgoedlichaam te belasten met overdrachtsbelasting. Derhalve zal de verkrijging van winstrechtloze aandelen belast worden met overdrachtsbelasting. Op grond van artikel 4, lid 5, onderdeel a Wet BRV 1970 wordt de verkrijging van winstrechten op aandelen in een vastgoedlichaam gezien als de verkrijging van een belang. Derhalve is de verkrijging van economisch eigendom, en dus van stemrechtloze aandelen, ook belast met overdrachtsbelasting. Gezien het feit dat de huidige wettekst op zowel stemrechtloze als winstrechtloze aandelen van toepassing is, hoeft de wettekst van artikel 4 Wet BRV 1970 niet aangepast te worden.

Tot slot is artikel 4 Wet DB 1965 behandeld. Dit artikel verwijst enerzijds naar de deelnemingsvrijstelling, de deelnemersverrekening en naar een fiscale eenheid. Deze faciliteiten zijn respectievelijk in paragraaf 3.4 en 3.5 aan bod gekomen. Indien een van deze faciliteiten van toepassing is, kan de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB 1965 toegepast worden en hoeft er geen dividendbelasting betaald te worden.

Anderzijds sluit artikel 4 Wet DB 1965 aan bij de opbrengsten uit aandelen, winstbewijzen en deelnemerschapsleningen. Niet alleen dividend kwalificeert als een opbrengst uit aandelen, maar ook liquidatie-uitkeringen en de uitgekeerde winstreserves bij de inkoop van aandelen door de 'flex-bv' zijn opbrengsten uit aandelen. Alleen de houders van stemrechtloze aandelen ontvangen dividenden en andere winstuitkeringen. Deze opbrengsten zijn derhalve belast met dividendbelasting.

Zowel de houders van stemrechtloze als de houders van winstrechtloze aandelen kunnen te maken krijgen met liquidatie-uitkeringen en met uitgekeerde winstreserves indien de bv eigen aandelen inkoop. Ook deze opbrengsten worden belast met dividendbelasting.

De fiscale gevolgen van de 'flex-bv'

Na invoering van de 'flex-bv' blijft de inhoudingsvrijstelling van de dividendbelasting dus voorkomen, dat de voorheffing van de dividendbelasting verandert in een eindheffing, omdat de voorbelasting niet verrekend kan worden doordat een vrijstelling in de vennootschapsbelasting van toepassing is. Derhalve hoeft de wettekst van artikel 4 Wet DB 1965 niet aangepast te worden.

6. Samenvatting, conclusie en aanbevelingen

In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever geconcludeerd dat het huidige fiscale recht dusdanig is vormgegeven dat er op adequate wijze rekening gehouden wordt met de wijzigingen in het bv-recht als gevolg van de invoering van de 'flex-bv'. Hoewel de wetgever heeft aangegeven wat de gevolgen voor de fiscaliteit zijn, is het de vraag of de gevolgen voldoende duidelijk zijn en of er toch wetwijzigingen noodzakelijk zijn na invoering van de 'flex-bv'. De hoofdvraag in deze scriptie luidt dan ook: *Noodzaakt de invoering van het wetsvoorstel 'flex-bv' tot aanpassingen van de fiscale regelgeving en zo ja, welke aanpassingen zijn noodzakelijk?* Voordat er een antwoord gegeven wordt op deze hoofdvraag, worden eerst de deelvragen beantwoord.

1. Wat zijn de fiscaal relevante wijzigingen van het ondernemingsrecht als gevolg van de invoering van het wetsvoorstel 'flex-bv'?

Met de invoering van de 'flex-bv' beoogt de wetgever tegemoet te komen aan de kritiek uit de praktijk. Daarnaast heeft de 'flex-bv' als doel om knelpunten en onduidelijkheden omtrent het huidige bv-recht weg te nemen.

Als gevolg van de invoering van de 'flex-bv' wordt het minimum startkapitaal van €18.000 afgeschaft. Daarnaast wordt de aansprakelijkheid van aandeelhouders ten opzichte van derden geïntroduceerd en wordt er een evenwichtig systeem van crediteurenbescherming ingevoerd. Tot slot worden er stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen geïntroduceerd. Van alle beoogde wijzigingen, heeft de introductie van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen het meeste invloed op de fiscale wet- en regelgeving.

2. Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de vennootschapsbelasting?

Binnen de vennootschapsbelasting heeft de invoering van de 'flex-bv' vooral invloed op de fiscale regelingen waar verbondenheid, dan wel concernverhoudingen een rol spelen.

- Onder het huidige recht bestaat er onduidelijkheid omtrent de invulling van het begrip 'belang' in het verbondenheidscriterium van artikel 10, lid 4 Wet VPB 1969. Na invoering van de 'flex-bv' worden de onduidelijkheden niet verminderd, maar de onduidelijkheid omtrent het begrip 'belang' krijgt een geheel nieuwe dimensie.

Om die onduidelijkheid weg te nemen, verdient het aanbeveling om duidelijkheid te verschaffen omtrent de behandeling van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen onder artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969. Dit kan middels een besluit, maar mijn inziens verdient het de voorkeur om het begrip 'belang' te codificeren.

- De thincapregeling van artikel 10d Wet VPB 1969 sluit aan bij het groepsbegrip van artikel 2.24 BW. Bij de invoering van de 'flex-bv' wordt het groepsbegrip van artikel 2:24 BW niet aangepast. Dit kan vergaande gevolgen hebben bij de introductie van stemrechtloze en winstrechtloze

aandelen. Het verdient derhalve ook aanbeveling om voor de thincapregeling aansluiting te zoeken bij het verbondenheidscriterium van artikel 10a, lid 4 VPB 1969.

- Onder het huidige recht is er geen soort aandelenbenadering opgenomen in de deelnemingsvrijstelling. De wetgever heeft geen voornemens om de deelnemingsvrijstelling aan te passen als gevolg van de wijzigingen in het bv-recht. Mijns inziens doet de wetgever er goed aan om na de invoering van het wetsvoorstel 'flex-bv' een soort aandelenbenadering in te voeren bij de deelnemingsvrijstelling. De soort aandelenbenadering is in mijn ogen in overeenstemming met het doel van de deelnemingsvrijstelling en die benadering zorgt ervoor dat er minder misbruik gemaakt kan worden van de deelnemingsvrijstelling
- Na invoering van de 'flex-bv' wordt de wettekst van de fiscale eenheid wel aangepast. Na de wijziging van de wettekst kan een fiscale eenheid alleen toegepast worden indien de aandeelhouder 95% van zowel de winstrechten als van de stemrechten in handen heeft. Mijns inziens heeft de wetgever hier een goede keuze gemaakt.

3. Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de loon- en de inkomstenbelasting?

Naast de vennootschapsbelasting kan de invoering van de 'flex-bv' ook invloed hebben op de loonbelasting en inkomstenbelasting.

- Binnen het aanmerkelijk belangregime speelt juridisch eigendom geen rol; er wordt alleen gekeken naar economisch eigendom. Het gevolg is dat een aandeelhouder met slechts winstrechtloze aandelen niet als aanmerkelijk belanghouder kwalificeert en vervreemdingswinsten zijn dan ook niet belast in box 2. Het verdient aanbeveling om de wettekst van het aanmerkelijk belangregime dusdanig aan te passen dat ook juridisch eigendom mee telt in het aanmerkelijk belangregime. Dan kwalificeren aandeelhouders met alleen 5% (of meer) winstrechtloze aandelen ook als aanmerkelijk belanghouder. Hierdoor worden alle soorten aandeelhouders op gelijke wijze behandeld.
- Het aanmerkelijk belangregime heeft ook invloed op de ter beschikkingstellingsregeling. De ter beschikkingstellingsregeling heeft als doel om boxenarbitrage te voorkomen. Om die reden valt het aan te raden om alle soorten aandeelhouders gelijk te behandelen, wat inhoudt dat ook de houders van slechts winstrechtloze aandelen onder de ter beschikkingstellingsregeling moeten kunnen vallen.
- In het geval van een fusie of splitsing kunnen stemrechtloze of winstrechtloze aandelen als zakelijke tegenprestatie kwalificeren, derhalve kunnen de fusie- of splitsingsfaciliteiten na invoering van de 'flex-bv' gewoon toegepast worden. Mijns inziens behoeven de wettekst of de standaardvoorwaarden geen aanpassingen als gevolg van de invoering van de 'flex-bv'.
- De invoering van de 'flex-bv' heeft geen directe invloed op de optieregeling in de loonbelasting, maar wel een indirecte invloed. De indirecte invloed wordt veroorzaakt doordat de optieregeling

aansluit bij het begrip 'belang'. Derhalve is het belangrijk dat de wetgever duidelijkheid verschaft omtrent het begrip 'belang' van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969. De wettekst van de optieregeling behoeft echter geen aanpassingen.

4. Wat zijn de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel 'flex-bv' voor de overige relevante fiscale wetsbepalingen?

In het laatste hoofdstuk zijn de overige heffingen besproken. Hier zijn de bedrijfsopvolgingsregeling van de schenk- en erfbelasting, de verkrijging van aandelen in een vastgoedlichaam en de inhoudingsvrijstelling van de dividendbelasting aan bod gekomen.

- Het aanmerkelijk belangregime is van invloed op de bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting. Er kan gebruik gemaakt worden van deze bedrijfsopvolgingsregeling indien er sprake is van een onderneming, een medegerechtigdheid of indien er sprake is van een aanmerkelijk belang. De bedrijfsopvolgingsregeling is bedoeld om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Het zou dan niet uit mogen maken in welke vorm het ondernemingsvermogen verkregen wordt. Indien winstrechtloze aandelen niet kwalificeren als aanmerkelijk belang, dient de wetgever ervoor te zorgen dat de bedrijfsopvolgingsregeling wel toegepast kan worden op de verkrijging van winstrechtloze aandelen.
- De verkrijging van aandelen in een vastgoedlichaam is belast met overdrachtsbelasting, mits aan de overige vereisten wordt voldaan. Na invoering van de 'flex-bv' is zowel de verkrijging van winstrechtloze aandelen als de verkrijging van stemrechtloze aandelen in een vastgoedlichaam belast met overdrachtsbelasting. Derhalve behoeft de wettekst van artikel 4 Wet BRV 1970 geen aanpassing als gevolg van de invoering van de 'flex-bv'.
- De inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting is van toepassing indien de deelnemingsvrijstelling, de deelnemingsverrekening van toepassing is of er sprake is van een fiscale eenheid. Alle opbrengsten uit aandelen zijn belast met dividendbelasting en kunnen dus onder de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB 1965 vallen. Dit geldt zowel voor opbrengsten uit stemrechtloze aandelen als voor opbrengsten uit winstrechtloze aandelen. Derhalve hoeft de wettekst van artikel 4 Wet DB 1965 niet aangepast te worden.

Noodzaakt de invoering van het wetsvoorstel 'flex-bv' tot aanpassingen van de fiscale regelgeving en zo ja, welke aanpassingen zijn noodzakelijk?

Uit het bovenstaande blijkt dat de invoering van het wetsvoorstel 'flex-bv' tot gevolg heeft dat enkele fiscale regelingen aangepast dienen te worden. Op die manier blijven die fiscale regelingen effectief, want ze blijven hun doel behalen. Daarnaast is aanpassing nodig om de uitvoerbaarheid en de efficiency van diverse regelingen te behouden.

De aanpassingen die noodzakelijk zijn, zien voornamelijk toe op het wijzigen van de wettekst van diverse fiscale regelingen, zodat zowel stemrechtloze als winstrechtloze aandelen in de regelingen betrokken worden. Daarnaast zijn er wijzigingen nodig om onduidelijkheden weg te nemen.

Literatuurlijst

Kamerstukken

- Kamerstukken II, 1969/70, 10 560, nr. 7
- Kamerstukken II, 1986/87, 19 968, nr. 3
- Kamerstukken II 1988/89, 20 800 XI B, nr. 42
- Kamerstukken II 1988/89, 20 603, nr. 6
- Kamerstukken I 1989/90, 19 968 nr. 41c
- Kamerstukken II 1992/93, 22 800 IX B, nr. 47, V-N 1993
- Kamerstukken II, 1994/95, 24 172, nr. 3
- Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 5
- Kamerstukken II, 1997/98, 25 688, nr. 3
- Kamerstukken II, 1998/99, 26 020, nr. 104b
- Kamerstukken II, 1998/99, 26 727, nr. 3
- Kamerstukken II, 2000/01, 27 466, nr. 3
- Kamerstukken I, 2003/04, 29 210, nr. C
- Kamerstukken II, 2003/04, 29 210, nr. 93
- Kamerstukken II, 2003/04, 29752, nr. 2
- Kamerstukken II, 2005/06, 30 107, nr. 4
- Kamerstukken II, 2005/06, 30 572, nr. 8
- Kamerstukken II, 2006/07, 31058, nr. 1
- Kamerstukken II, 2006/07, 31 065, nr. 1
- Kamerstukken I, 2006/07, 30 572, nr. C
- Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3
- Kamerstukken II, 2008/09, 31 930, nr. 9
- Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3
- Kamerstukken II, 2009/10, 32 426 nr. 1 - 4
- Kamerstukken II, 2010/11, 32 426 nr. 7
- Kamerstukken II, 2010/11, 32 504, nr. 3

- Kamerbrief: Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (31 065), 5 september 2011
- <http://www.rijksoverheid.nl/regering/het-kabinet/ministerraad/persberichten/2011/10/28/intrekking-nieuwe-regeling-personenvennootschappen.html>

Besluiten

- Besluit 29 september 2008, nr. CPP2008/1008M, BNB 2009/10
- Richtlijn van 9 maart 1968, 68/151/EEG, PbEG 26/1, Publicatieblad nr. L 065 van 14/03/1968, p. 0008-0012

Boeken

- Blommers, J.H. en Paardt, R.N.G. van der, Loyens & Loeff *BTW en Overdrachtsbelasting in de vastgoedsector*, editie 2008, Loyens & Loeff, 2008
- Böhmer, S., Hoogendoorn, M.N. en Krens, F. Ernst & Young, *Handboek voor de jaarrekening 2008*, Kluwer, Deventer, 2008
- Bongard, M.P., FED Fiscale studieseries, *Leidraad overdrachtsbelasting*, Kluwer, Deventer, 2009
- Brandsma, R.P.C.W.M., Fiscale monografieën nummer 111, *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Kluwer, Deventer, 2004
- Burgt, G.C., van der, FED fiscale brochures *De bedrijfsfusie in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969*, Kluwer, Deventer, 2009
- Dijstelbloem, H.G.M., van, *Fiscale faciliteiten bij interne reorganisaties van naamloze en besloten vennootschappen*, Kluwer, Deventer, 1984
- Dool, R.P. van den en Heithuis, E.J.W., Fiscaal Actueel, nummer 5, *De fiscale positie van de DGA*, Rapport in opdracht van de Samenwerkende Registeraccountants en Administratieconsulenten (SRA) en de Nederlandse Federatie van Belastingadviseurs (NFB), Kluwer, Deventer, 2009
- Dukers, R.C. en Baelemans, C.H.C.W., *Wegwijzer financieel advies, Employee Benefit*, Kluwer, Deventer, 2007
- Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, No. 226, *De terbeschikkingstellingsregeling in de inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer, 2005
- Gijlswijk, M.J.A.M., van, *De fiscale eenheid*, FED fiscale actualiteiten nummer 151, Kluwer, Deventer, 2004
- Gijzen, J.A. van, Rietveld, J.B., *Jaarboek Arbeidsvoorwaarden en medezeggenschap*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009
- Heithuis, E.W.J. en Ruijschop, M.H.C., *De terbeschikkingstellingsregelingen, in: Vijf jaar Wet IB 2001*, Kluwer, Deventer, 2006
- Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P. en Schuver, B.F., Fed fiscale studieseries, *Inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer, 2008

De fiscale gevolgen van de 'flex-bv'

- Kok, Q.W.J.C.H., Fiscale wetenschappelijke reeks, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2005
- Marres, O.C.R., Wattel, P.J., FED fiscale studieresie, *Dividendbelasting*, Kluwer Deventer, 2011
- Rijkers, A.C., Cursus Belastingrecht, *Inkomstenbelasting*, Digitale editie
- Sanders, P. en Vestbroek, W., *Recht en Praktijk, BV en NV*, Kluwer, Deventer, 2005
- Strien, J.C. van, Fiscale monografieën nummer 119, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 2007
- Strik, S.A.W.J., *Het herziene regime van de fiscale eenheid*, SDU Fiscale en financiële uitgevers, Amersfoort, 2003
- Vleggeert, J., Cursus Belastingrecht, *Vennootschapsbelasting*, Digitale Editie
- Zuidgeest, R.N.F., Fiscale monografieën nummer 128, *Verbondenheid in het belastingrecht*, Kluwer, Deventer, 2008

Artikelen

- Algemeen, *Verslag wetsvoorstel Invoering flexibilisering bv-recht*, NTFR 2011/834, 21 april 2011
- Bavinck, C.B., *De volledige eenheid voor de vennootschapsbelasting*, WFR 1989/305
- Berg, J.A.M., *Aandelen in de bv-nieuwe stijl: stemrecht en stortingsplicht*, *Ondernemingsrecht* 2007-9
- Commissie vennootschapsrecht, *Advies over het wetsvoorstel inzake de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht*, *Ondernemingsrecht* 2007-1
- Expertgroep onder voorzitterschap van H.J. Kluiver, *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, Den Haag, 6 mei 2004
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, *Inkomstenbelasting*, Artikelsgewijs commentaar op artikel 3.55 Wet IB 2001
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, *Inkomstenbelasting*, Artikelsgewijs commentaar op artikel 3.56 Wet IB 2001
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, *Belastingen van rechtsverkeer*, Artikelsgewijs commentaar op artikel 4 Wet BRV
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, *Successiewet*, Artikelsgewijs commentaar op artikel 35b Successiewet, aantekening 2.1
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, *Successiewet*, Artikelsgewijs commentaar op artikel 35c Successiewet, aantekening 5.1

De fiscale gevolgen van de 'flex-bv'

- Horzen, van, *Commentaar bij HR 8 april 2011, 10/00651*, NTFR 2011/848
- Hossen, F.C. de, *Het begrip 'gelieerde ondernemingen' in het nationale en internationale recht (II)*, WFR 1987/1453
- Kavelaars P., en Smittenberg, R.A.H., *Het groepsbegrip in de thincapregeling*, WFR 2004/165
- Kinnegim, G.J.W., *De flex-bv opnieuw fiscaal getoetst*, WFR 2011/116
- Niekel, S.F.M., *Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen*, WFR 1998/557
- Rozendal, A., *Belang in de zin van art. 10a, vierde lid, Wet VPB 1969 na HR 8 april 2011, nr. 10/00651*, WFR 2011/855
- Sangen, G.J.H. van der, *Het wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht: de belangrijkste wijzigingen*, TFO 2007/85
- Sprundel, D.E. van en Strien, J.C. van, *Certificering, verpanding en (lenings)overeenkomsten bij een fiscale eenheid. Blijft de deur van Pandora gesloten?* WFR 2010/1323
- V-N 2011/19.15, *Voor verbondenheid lichamen is geen zeggenschap vereist; het financiële belang van ten minste een derde is voldoende (art. 10a en 15 ad Wet VPB 1969)*
- Zuidgeest, R.N.F., *Flexibel bv-recht en "verbondenheid" in het belastingrecht: buigen of barsten?* WFR 2007/1162

Jurisprudentie

- HR 18 maart 1987, nr. 23 674, BNB 1987/229
- HR 6 maart 1996, nr. 30 870, BNB 1996/164
- Hof Arnhem, 17 juni 1998, V-N 1998/57.14
- HR 25 oktober 2000, 35 957, BNB 2001/123
- HR 21 februari 2001, nr. 35 074, BNB 2001/160
- HR 21 februari 2001, nr. 35 639, BNB 2001/161
- HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34
- HR 15 oktober 2004, nr. 38 879, V-N 2004/55.28
- Hof Amsterdam, 12 januari 2005, nr. 03/4198, V-N 2005/25.1.1
- HR 20 mei 2005, nr. 40 038, BNB 2005/260
- Hof Amsterdam, 06 juni 2005, nr. 03/04306, V-N 2005/48.19
- Rechtbank Arnhem, 26 januari 2010, nr. 08/3331, LJN BM1637
- HR 18 juni 2010, nr. 08/03662, V-N 2010/28.21
- Conclusie A-G Wattel, 14 december 2010, nr. 10/00651
- HR 8 april 2011, nr. 10/00651, LJN BP1489

Bijlage 1: Structuur bij arrest HR 8 april 2011

In het onderstaande structuuroverzicht staat de structuur weergegeven zoals die speelde in het arrest van 8 april 2011, V-N 2010/28.21. In dit arrest was in geschil of er in de onderstaande structuur sprake was van verbondenheid in de zin van artikel 10a, lid 4, Wet VPB 1969.

