

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics
Bachelor scriptie

De wet flexibilisering en vereenvoudiging BV-recht
De invloed op het aanmerkelijk belang

Kirsten Gielen
Studentnummer: 357579
Begeleider: M.H.M. Smeets

I. Afkortingenlijst

AB	Aanmerkelijk Belang
AVA	Algemene Vergadering van Aandeelhouders
BNB	Belastingen in belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
Blz.	Bladzijde
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
dga	directeur-groootaandeelhouder
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IB	Inkomstenbelasting
nr.	nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NV	Naamloze vennootschap
MvT	Memorie van Toelichting
p.	pagina
SW 1956	Successiewet 1956
tbs-regeling	terbeschikkingstellingsregeling
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
VPB	Vennootschapsbelasting
VP-bulletin	Vermogende Particulieren Bulletin
Wet flex-BV	Wet flexibilisering en vereenvoudiging BV-recht
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet IB 1964	Wet Inkomstenbelasting 1964
Wet LB 1964	Wet op de Loonbelasting 1964
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
Wetsvoorstel flex-BV	Wetsvoorstel flexibilisering en vereenvoudiging BV-recht

II. Inhoudsopgave

<i>I. Afkortingenlijst</i>	Blz. 2
<i>II. Inhoudsopgave</i>	Blz. 3
<i>1. Inleiding</i>	
1.1 Aanleiding	Blz. 4-5
1.2 Onderzoeksvraag	Blz. 5-6
1.3 Afbakening	Blz. 6
1.4 Onderzoeksopzet	Blz. 7
<i>2. De fiscaal relevante wijzigingen aan de hand van de wet flexibilisering en vereenvoudiging BV-recht</i>	
2.1 Inleiding	Blz. 8
2.2 Hoofdpijnen van de wet	Blz. 8
2.3 Afschaffing van het minimumkapitaal	Blz. 9
2.4 Bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid en de crediteurenbescherming	Blz. 9-10
2.5 Blokkeringsregeling	Blz. 11
2.6 Aandelen zonder stemrecht of winstrecht en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht	
2.6.1 Inleiding	Blz. 11-12
2.6.2 Stemrechtloze aandelen	Blz. 12-13
2.6.3 Winstrechtloze aandelen	Blz. 13-14
2.6.4 Aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht	Blz. 14-15
2.7 Conclusie	Blz. 15
<i>3. Het aanmerkelijk belang</i>	
3.1 Inleiding	Blz. 16
3.2 Het aanmerkelijk belang	Blz. 16-17
3.3 Het soort aanmerkelijk belang	
3.3.1 Het soort aanmerkelijk belang in de wet	Blz. 18
3.3.2 Achtergrond van het soort aanmerkelijk belang	Blz. 18-21
3.3.3 Jurisprudentie	Blz. 21-24
3.3.4 Literatuur	Blz. 24-27
3.4 Conclusie	Blz. 27-28
<i>4. Het gevolg van de nieuwe aandelenvarianten op het aanmerkelijk belang</i>	
4.1 Inleiding	Blz. 29
4.2 De gevolgen van de nieuwe aandelenvarianten	
4.2.1 Box 2 wet IB 2001	Blz. 29-30
4.2.2 Het gebruikelijk loon	Blz. 30-31
4.2.3 De terbeschikkingstellingsregeling	Blz. 32-33
4.3 Conclusie	Blz. 33-34
<i>5. Conclusie</i>	
5.1 Inleiding	Blz. 35
5.2 Beantwoording van de deelvragen	Blz. 35-38
5.3 Conclusie	Blz. 38
<i>III. Literatuurlijst</i>	Blz. 39-41

I. Inleiding

1.1 Aanleiding

Per 1 oktober 2012 geldt in Nederland een flexibilisering van het BV-recht: “De wet flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht”, hierna aangeduid als: de wet flex-BV¹. Op uitnodiging van de Minister van Justitie en de staatssecretaris van Economische zaken werd in november 2003 een expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht ingesteld. De taak die deze groep kreeg was:

“Aanbevelingen te doen met betrekking tot knelpunten en lacunes in het BV-recht zoals deze in de praktijk en literatuur worden gesignaleerd”².

De uitgangspunten hierbij waren:

- *“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 de 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 behoefte van de hedendaagse, nationale en internationale, praktijk;*
- *Aansluiten bij ontwikkelingen in de ons omringende landen en de Europese Unie;*
- *Geen nieuwe rechtsvorm, maar oplossing van knelpunten in het huidige BV-recht”³.*

Het rapport van deze expertgroep werd uitgebracht op 6 mei 2004. Op basis van dit rapport werd op 31 mei 2007 het wetsvoorstel nr. 31 058: “Flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht” ingediend. In dit wetsvoorstel wordt een aantal artikelen uit boek 2 van het BW met betrekking tot een BV met beperkte aansprakelijkheid gewijzigd. De drie doelen die deze wet beoogt te bereiken, zijn:

- Knelpunten of onduidelijkheden in het huidige BV-recht oplossen;
- Beter aansluiten bij de behoeften van de praktijk;
- Beter aansluiten bij andere Europese landen.⁴

Uiteindelijk is het wetsvoorstel op 15 december 2009 met algemene stemmen door de Staten Generaal aangenomen, waarna de wet op 5 juli 2012 in het Staatsblad is gepubliceerd en vervolgens, zoals hiervoor al aangegeven, vanaf 1 oktober 2012

¹ Wet van 5 juli 2012, Stb nr. 299.

² Expertgroep. (2004). Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Den Haag, p.III-IV.

³ Expertgroep (2004). Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Den Haag, p.1-2.

⁴ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, p.3, p.1.

van kracht is geworden⁵. Deze wet geldt voor zowel nieuw op te richten als voor bestaande BV's. Belangrijk hierbij is dat geen nieuwe rechtsvorm ontstaat. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de regering met deze wet juist een grondige renovatie en modernisering voor ogen had⁶.

De wet flex-BV geldt alleen voor de BV en niet voor de NV. Hiervoor is een aantal redenen. Ten eerste was in Nederland in het BV-recht een grote vraag naar meer vrijheid⁷. Hierbij is het ook nog zo dat de BV veel vaker voorkomt in Nederland dan de NV⁸. Daarnaast hebben ook de Europese ontwikkelingen een grote invloed gehad. Dit heeft te maken met de vrije verkeersbeginselen die in de EU gelden. Een van deze beginselen is het beginsel van vrij verkeer van vestiging. Op grond van art. 49 van het Verdrag betreffende de werking van de EU zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging van onderdanen van een lidstaat, op het grondgebied van een andere lidstaat, verboden. Ieder is in beginsel vrij om een onderneming op te richten in de staat waar het recht om deze onderneming op te richten hem het meest aantrekkelijk lijkt. De harmonisatie van het BV-recht is in verhouding met het NV-recht op Europees niveau minder ver gevorderd⁹. Het NV-recht is namelijk veel meer geharmoniseerd in de verschillende lidstaten. Omdat in het BV-recht op EU niveau nog niet veel geharmoniseerd is en voor ieder in beginsel de vrijheid van vestiging geldt, kan daadwerkelijk concurrentie tussen de verschillende lidstaten uit de EU worden aangegaan. In Spanje, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk was al eerder een flexibel en vereenvoudigd BV-recht geïntroduceerd. Om Nederland aantrekkelijk te houden voor nationale en internationale ondernemingen was het nodig om op het gebied van de BV, net als in deze landen, te flexibiliseren en vereenvoudigen¹⁰.

In zowel het wetsvoorstel als in de parlementaire stukken werd vrijwel geen aandacht besteed aan de fiscale gevolgen van de wet flex-BV. In de parlementaire geschiedenis werden de fiscale gevolgen voor het eerst in de invoeringswet benoemd. Er werd namelijk in de MvT van de invoeringswet een belastingparagraaf opgenomen. Deze was echter maar beperkt¹¹.

⁵ Wet van 5 juli 2012, Stb nr. 299.

⁶ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3, p.4-5.

⁷ F.J.P. van den Ingh & R.G.J. Nowak. (2006). *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht deel 1: de pre-parlementaire geschiedenis*. Deventer: Kluwer, p.11.

⁸ Centraal Bureau voor de Statistiek. Onderzoek naar de populatie van actieve bedrijven in Nederland 2008-2014: Bedrijven; grootte, rechtsvorm, bedrijfstak/branche (Statline). Den Haag/Heerlen.

⁹ J. Roest. (2012). Europees vennootschapsrecht: hoe verder? WPNR, 6950 & J. Achten. (2009). Op weg naar een Europees BV-recht? Tijdschrift Accountant Adviseur, 4, p.29.

¹⁰ F.J.P. van den Ingh & R.G.J. Nowak. (2006). *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht deel 1: de pre-parlementaire geschiedenis*. Deventer: Kluwer, p.11-12.

¹¹ P. Borsjé. (2010). Fiscale aspecten bij het wetsvoorstel invoeringswet flexibilisering BV-recht. Tijdschrift Vennootschap & Onderneming, 11, p.216-219.

1.2 Onderzoeksvraag

Zoals hiervoor vermeld zijn de fiscale gevolgen tijdens de parlementaire behandeling van de wet flex-BV vrijwel onbesproken gebleven. In deze scriptie worden juist de fiscale gevolgen van de wet flex-BV behandeld. Dit wordt toegespitst op de invloed van deze wijzigingen in het BV-recht op het aanmerkelijk belang (hierna: AB) in de wet IB 2001. De onderzoeksvraag die hierbij centraal staat is:

Wat is de invloed van de wet: “Flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht” op het aanmerkelijk belangregime?

Deze onderzoeksvraag zal worden beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

1. Wat zijn de belangrijkste fiscaal relevante veranderingen in het BV-recht als gevolg van de wet flexibilisering en vereenvoudiging BV-recht?
2. Wat is een aanmerkelijk belang en een soort aanmerkelijk belang?
3. Wat zijn de fiscale gevolgen van de in de eerste deelvraag behandelde veranderingen op het aanmerkelijk belang?

1.3 Afbakening

De fiscale gevolgen die kunnen ontstaan met betrekking tot andere wetten, zoals de vennootschapsbelasting, zullen in deze scriptie niet behandeld worden. Ook eventuele andere gevolgen in de IB zullen niet worden behandeld. Er zal geconcentreerd worden op de AB-regeling uit hoofdstuk 4 van de wet IB 2001 binnen het nationale kader.

In het tweede hoofdstuk worden de wijzigingen in het BV-recht met betrekking tot de wet flex-BV behandeld. Hier zal niet ingegaan worden op alle wijzigingen, maar staan alleen de belangrijkste centraal.

In de gehele scriptie staat de BV centraal. Het gaat hier om, in het kort, een rechtspersoon met een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal. De vennootschap is besloten omdat de aandelen op naam staan en hierdoor in beginsel niet vrij overdraagbaar zijn. Bij de overdracht van aandelen zal de overdragende aandeelhouder de aandelen eerst aan de medeaandeelhouder aan moeten bieden. Ook kunnen in de statuten blokkeringsregelingen worden opgenomen die de overdracht van deze aandelen nog verder beperken¹². Bij een BV is sprake van een zelfstandige entiteit, wat betekent dat de aandeelhouders in beginsel niet hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap. Bestuurders kunnen wel hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld in geval van wanbeleid of in geval afgesproken is dat zij ook met hun privévermogen aansprakelijk zijn. In dat geval kan de schuldeiser zich ook op het privévermogen van die bestuurder/aandeelhouder verhalen. In tegenstelling tot de BV zal de NV in deze scriptie buiten beschouwing

¹² M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman. (2013). *De kern van het ondernemingsrecht*. Deventer: Kluwer, p.3-5.

worden gelaten, omdat de wet flex-BV alleen tot wijzigingen in het BV-recht heeft geleid¹³.

1.4 Opzet

In het tweede hoofdstuk wordt een civielrechtelijk kader uiteengezet waarin de wijzigingen betreffende de wet flex-BV worden behandeld. Het gaat hier om de belangrijkste relevante wijzigingen, zoals deze in de literatuur worden genoemd. Deze wijzigingen omvatten de afschaffing van het minimumkapitaal, de invoering van een bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid, de wijziging in de crediteurenbescherming, de wijziging in de blokkeringsregeling en de invoering van nieuwe aandelenvarianten.

Vervolgens komt in hoofdstuk drie het AB en het soort AB aan bod. Kort gezegd is op grond van art. 4.6 wet IB 2001 sprake van een AB als een aandeelhouder, al dan niet tezamen met zijn partner, 5% of meer van de aandelen in een vennootschap houdt. Er kan echter ook sprake zijn van een soort AB. Dit is het geval indien deze 5% betrekking heeft op één soort aandelen (art. 4.7 wet IB 2001). Belangrijk is om te bepalen wanneer sprake is van een soort aandeel en wanneer je voor een soort AB kwalificeert. Deze begrippen zullen worden uitgelegd aan de hand van de wet IB 2001, relevante jurisprudentie en uitspraken in de literatuur.

Hierna worden in het vierde hoofdstuk, aan de hand van de twee voorgaande hoofdstukken, de gevolgen voor het AB behandeld. In het tweede hoofdstuk worden de nieuwe aandelenvarianten van de wet flex-BV behandeld en in het derde hoofdstuk het soort AB. Met behulp van deze gegevens zal worden onderzocht of met betrekking tot de nieuwe aandelenvarianten, die mogelijk worden gemaakt door de wet flex-BV, sprake is van nieuwe soorten aandelen en zo ja, wat het gevolg hiervan is voor het AB. In dit hoofdstuk wordt dus de algemene kwalificatie tot soort AB behandeld en daarbij wordt onderzocht wat voor invloed dit heeft op de aandeelhouder met betrekking tot wijzigingen en verplichtingen die hieruit voort kunnen vloeien.

In het laatste hoofdstuk zal een samenvatting worden gegeven en zullen conclusies worden getrokken.

¹³ M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman. (2013). *De kern van het ondernemingsrecht*. Deventer: Kluwer, p.174-175.

2. De fiscaal relevante wijzigingen aan de hand van de wet flexibilisering en vereenvoudiging BV-recht

2.1 Inleiding

Op basis van het rapport van de Expertgroep werd het wetsvoorstel flex-BV ingediend. Dit betrof een groot aantal wijzigingen in boek 2 van het BW. In dit hoofdstuk zal de eerste deelvraag worden beantwoord: *‘Wat zijn de belangrijkste fiscaal relevante veranderingen in het BV-recht als gevolg van de wet flexibilisering en vereenvoudiging BV-recht?’* Alleen de fiscaal relevante wijzigingen zoals genoemd in de literatuur¹⁴ worden hier dus behandeld. De overige wijzigingen zijn voor de fiscale structurering relevant maar hebben een beperkte invloed op de fiscale wetgeving¹⁵.

2.2 Hoofdpijnen van de wet

Het doel van de wet flex-BV is om de regels voor een BV eenvoudiger en flexibeler te maken. Hierbij is het belangrijk dat zoveel mogelijk aangesloten wordt bij de wensen uit de praktijk¹⁶.

De minister noemde in de MvT de volgende hoofdpijnen: “Meer vrijheid van inrichting en een evenwichtig systeem van crediteurenbescherming¹⁷”. Het gaat hier o.a. om de volgende wijzigingen:

- De afschaffing van het minimumkapitaal van € 18.000 (het schrappen van art. 2:178, lid 2 en 3, BW)
- Een bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid (wijziging in art 2.192, lid 1, BW);
- Een crediteurenbescherming gebaseerd op een uitkeringstest in combinatie met regels met betrekking tot aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders (art. 2.116, lid 1 en 2, BW);
- Het afschaffen van de blokkeringsregeling (wijziging in art. 2:195, lid 1, BW);
- De mogelijkheid tot invoering van aandelen zonder stemrecht, aandelen zonder winstrecht en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht (art. 2:216, lid 7, BW en art. 2:228, lid 4 en 5, BW)¹⁸.

¹⁴ G.J.H. van der Sangen. (2007). TFO 2007/85, p.1; G.J.W. Kinnegim. (2011). WFR 2011/116, p.1-2; R.N.F. Zuidgeest. (2007). WFR 2007/1162, p.1-2.

¹⁵ G.J.H. van der Sangen. (2007). TFO 2007/85, p.1; G.J.W. Kinnegim. (2011). WFR 2011/116, p.1-2; R.N.F. Zuidgeest. (2007). WFR 2007/1162, p.1-2.

¹⁶ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3, p.1.

¹⁷ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3, p.1.

¹⁸ G.J.H. van der Sangen. (2007). TFO 2007/85, p.1-2; G.J.W. Kinnegim. (2011). WFR 2011/116, p.1-2.

2.3 Afschaffing van het minimumkapitaal

Volgens het oude BV-recht diende op basis van art. 2:178, tweede lid, BW (oud) bij oprichting van de vennootschap een bedrag met een minimum van € 18.000 op de aandelen te worden gestort. Dit minimumkapitaal vormde de basis van de crediteurenbescherming. Een bestuurder of aandeelhouder was namelijk in beginsel niet hoofdelijk aansprakelijk voor schulden van de vennootschap. Dit minimumkapitaal diende dan als bescherming voor de crediteuren. Zij konden een beroep doen op dit vermogen indien ze hun vordering wilden innen¹⁹. De regering noemde dit in de MvT echter een schijnzekerheid, omdat geen zekerheid werd geboden dat dit bedrag nog aanwezig zou zijn in het vermogen van de vennootschap op het moment dat de crediteur zijn vordering op zou willen eisen²⁰. Dit werd ook door de expertgroep in het rapport genoemd²¹. Ook in verband met de Europese ontwikkelingen was het noodzakelijk het minimumkapitaal af te schaffen. In Frankrijk, Spanje en het Verenigd Koninkrijk konden al vennootschappen zonder minimumkapitaal worden opgericht. In Duitsland bestond het plan om het minimumkapitaal te verlagen van € 25.000 naar € 10.000. Om de BV in Nederland aantrekkelijk te laten blijven voor investeerders was het dus verstandig om mee te gaan in het afschaffen van het minimumkapitaal²².

In de nieuwe wetgeving is het minimumkapitaal van € 18.000 dan ook afgeschaft. Door de afschaffing van dit minimumkapitaal kan een BV worden opgericht met een heel klein kapitaal. Dit zou bijvoorbeeld zelfs kunnen met één aandeel met een nominale waarde van € 0,01²³. Ook zijn, bij het storten van het minimumkapitaal, de bankverklaring bij een inbreng in contanten en de accountantsverklaring bij een inbreng in natura komen te vervallen²⁴.

2.4 Bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid en de crediteurenbescherming

In de oude wetgeving was er op het gebied van kapitaalbescherming een aantal formele regels. De besluitvorming van het bestuur werd nietig verklaard als het zich niet aan deze formele regels hield. Een uitkering van bijvoorbeeld dividend aan een aandeelhouder was nietig indien het eigen vermogen op het moment van de uitkering niet groter was dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves (oud art. 2:216 lid 2 BW). Aandeelhouders en bestuurders waren in beginsel niet hoofdelijk aansprakelijk voor schulden van de BV. Ze konden alleen hoofdelijk aansprakelijk worden door onbehoorlijk bestuur of borgstelling in privé. In de huidige wetgeving wordt niet langer gekozen voor een

¹⁹ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3, p.22.

²⁰ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3, p.24.

²¹ Expertgroep. (2004). Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Den Haag, p.88.

²² Expertgroep. (2004). Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Den Haag, p.88 & Kamerstukken II, 2006/07, 31058, p.26-27.

²³ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3, p.24 & G.J.H. van der Sangen. (2013). Een civielrechtelijke beschouwing over aandelen, kapitaal en vermogensbescherming bij de Flex-BV. TFO, 127.

²⁴ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3, p. 6.

systeem met nietigheid in de besluitvorming, maar voor een systeem met een aansprakelijkheid voor bestuurders en aandeelhouders²⁵.

Deze bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid is in de nieuwe wetgeving gebaseerd op een uitkeringstest. Door de expertgroep werd in eerste instantie ook een balanstest²⁶ geadviseerd. Deze balanstest is echter niet in de wet opgenomen²⁷. De uitkeringstest houdt in dat bestuurders en aandeelhouders aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door de vennootschap gedane uitkering. Een bestuurder wordt aansprakelijk gesteld voor de schade in verband met de gedane uitkering indien deze wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap na deze uitkering niet meer aan haar opeisbare schulden zou kunnen voldoen. Hij wordt geacht dit te weten of redelijkerwijs behoren te weten indien de vennootschap binnen een jaar failliet wordt verklaard. Blijkt achteraf dat de bestuurder een onterechte goedkeuring voor de winstuitkering heeft verleend, dan is hij aansprakelijk voor het tekort dat door deze winstuitkering is ontstaan. Dit wordt vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de winstuitkering (art. 2:216, derde lid, BW). Ook de aandeelhouder die wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de aan hem gedane uitkering voor problemen bij de vennootschap zou zorgen, kan aansprakelijk worden gesteld. Deze moet de gedane uitkering vergoeden vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de winstuitkering (art. 2:216, vierde lid, BW)²⁸.

In het oude BV-recht was de crediteurenbescherming gebaseerd op het minimumstartkapitaal van € 18.000. Zoals in paragraaf 2.3 besproken bood dit echter een schijnzekerheid. Na de invoering van het huidige BV-recht is de minimumkapitaaleis van € 18.000 komen te vervallen. Om in de nieuwe wetgeving de schuldeisers voldoende te blijven beschermen is de aansprakelijkheid van bestuurders- en aandeelhouders in combinatie met de uitkeringstest, zoals hierboven beschreven, ingevoerd. De vorderingen van crediteuren worden beschermd doordat de vennootschap door middel van de uitkeringstest aan haar opeisbare schulden moet kunnen blijven voldoen²⁹.

²⁵ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3, p. 23 en p.31.

²⁶ De balanstest houdt in dat het bestuur moet toetsen of na de winstuitkering het eigen vermogen groter is dan de wettelijke en de statutaire reserves (D.C. Hoorn. (2006). Verrijking van eigen aandelen door de besloten vennootschap nader bezien in het licht van de derde tranche Vennootschap & onderneming, 5, p. 83).

²⁷ Er werd namelijk veel kritiek geuit over deze test, zoals dat de balanstest over het verleden gaat, het tot meer administratieve lasten leidt en deze niet veel toegevoegde waarde heeft omdat het eigen vermogen sterk afhangt van de soort vennootschap, de activiteiten ervan en de financiering (Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3, p. 28-29).

²⁸ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3, p. 31-34 & Expertgroep. (2004). Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Den Haag, p.43.

²⁹ G.J.H. van der Sangen. (2013). Een civielrechtelijke beschouwing over aandelen, kapitaal en vermogensbescherming bij de Flex-BV. TFO, 127, p.2-4

2.5 Blokkeringsregeling

Een BV kent aandelen die op naam staan. Hierdoor zijn de aandelen beperkt vrij overdraagbaar. De aandelen onder het oude BV-recht waren vrij overdraagbaar aan de partner van de aandeelhouder, zijn of haar bloed- of aanverwanten in de rechte lijn en zijn of haar bloed- of aanverwanten in de zijlijn tot maximaal de tweede graad. In de statuten kon deze vrije kring met betrekking tot bloed- of aanverwanten iets worden uitgebreid of ingeperkt (oud art. 2:195, eerste lid, BW). Voor de overige gevallen gold op grond van art. 2:195, tweede lid, BW (oud) in de statuten een blokkeringsregeling. Deze bestond uit de goedkeurings- en aanbiedingsregeling. Bij deze aanbiedingsregeling moest een aandeelhouder eerst zijn over te dragen aandelen aanbieden aan mede- aandeelhouders (oud art. 2:195, vijfde lid, BW). Vervolgens moest de AVA of een ander daartoe aangewezen orgaan op grond van art. 2:195, vierde lid, BW (oud), via de goedkeuringsregeling, de overdracht van deze aandelen goedkeuren. Door deze blokkeringsregeling bleef de kring van aandeelhouders beperkt, wat de vennootschap dan ook besloten hield³⁰.

In de nieuwe wet is de verplichte blokkeringsregeling vervallen. Omdat hierdoor een heel belangrijk element van het besloten karakter van de BV wegvalt, is er in art. 2:195, eerste lid, BW voor gekozen dat in beginsel een aanbiedingsregeling geldt, waarvan in de statuten mag worden afgeweken. Er is dus de keuze tussen een wettelijke blokkeringsregeling of een statutaire regeling die bepaalt dat er geen blokkeringsregeling geldt. Lid 3 en 4 bieden dan nog de mogelijkheid tot statutaire regelingen die voorzien in een uitsluiting van de overdraagbaarheid van aandelen gedurende een bepaalde termijn of een andere beperking van de overdraagbaarheid. Om het besloten karakter van de vennootschap tevens te behouden moeten alle aandelen op grond van art. 2:194, eerste lid, BW nog steeds op naam worden gesteld³¹.

2.6 Aandelen zonder stemrecht of winstrecht en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht

2.6.1 Inleiding

De in de voorgaande paragrafen genoemde wijzigingen waren vooral civielrechtelijk. Volgens de literatuur heeft de mogelijkheid tot het uitgeven van aandelen zonder stemrecht, aandelen zonder winstrecht en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht de meeste fiscale invloed³².

³⁰ Expertgroep. (2004). Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Den Haag, p.53.

³¹ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr. 3, p.12-13.

³² G.J.H van der Sangen. (2007). TFO 2007/85, p.1; G.J.W. Kinnegim. (2011). WFR 2011/116, p.1; R.N.F. Zuidgeest. (2007). WFR 2007/1162, p.1 & A.J.M. Arend. (2010). Winstrechtloze aandelen: Hoe deze fiscaal te behandelen? NTFR, 47.

In het oude BV-recht hadden aandelen zowel stemrecht als winstrecht. Enkel in bijzondere situaties konden aandelen bestaan zonder een winst- of stemrecht³³. Volgens de expertgroep was dit een van de knelpunten in het oude BV-recht. In sommige situaties kan het gunstig zijn om aandelen zonder winst- of stemrecht uit te geven. Een voorbeeld van zo'n situatie is wanneer een vennootschap de werknemers financieel wil laten participeren in de vennootschap, maar de bestuurders en aandeelhouders hierbij niet willen dat de werknemers stemrecht krijgen in de BV³⁴.

Ondanks dat de expertgroep geen voorstander was van de aandelen zonder stemrecht³⁵, zijn deze, samen met de winstrechtloze aandelen, toch opgenomen in de wet³⁶. Onder dit nieuwe BV-recht kunnen wel aandelen zonder stemrecht of zonder winstrecht worden uitgegeven. Het is echter wel zo dat een aandeel óf stemrecht óf winstrecht moet hebben. Aandelen die geen van deze beide rechten hebben kunnen niet bestaan. Wel kan sprake zijn van nihilaandelen. Dit zijn aandelen die geen stemrecht en voorts een zeer beperkt winstrecht hebben. Daarnaast bestaan ook turboaandelen. Hiervan is sprake bij aandelen zonder stemrecht en een buitenproportioneel winstrecht³⁷.

Er is in het nieuwe BV-recht sprake van drie varianten aandelen:

- Aandelen met winstrecht en stemrecht (de "gewone" aandelen)
- Aandelen met winstrecht en zonder stemrecht (de stemrechtloze aandelen)
- Aandelen met stemrecht en zonder winstrecht (de winstrechtloze aandelen)

Hierbinnen kunnen varianten voorkomen zoals de bovengenoemde nihil- en turboaandelen en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht³⁸.

2.6.2 Stemrechtloze aandelen

Stemrechtloze aandelen zijn geïntroduceerd om derden of werknemers in de winst van de BV deel te laten nemen zonder dat deze een directe invloed op de besluitvorming kunnen uitoefenen³⁹. Volgens de minister biedt certificering namelijk geen alternatief, omdat daarmee niet kan worden bereikt dat op de aandelen geen stemrecht kan worden uitgeoefend. Ook zou dit in het buitenland moeilijk kunnen worden uitgelegd en zou het voor relatief hoge kosten zorgen als gevolg van de

³³ Dit kon bijvoorbeeld als een aandeelhouder zijn wettelijke of statutaire verplichtingen niet nakwam of als deze vrijwillig van zijn of haar winstrecht afzag (G.J.H van der Sangen. (2007), TFO 2007/85, p.4).

³⁴ Expertgroep. (2004). Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Den Haag, p.66.

³⁵ Ze waren van mening dat de complicaties niet opwogen tegen de voordelen en dat de voordelen van stemrechtloze aandelen ook behaald konden worden d.m.v. certificering van aandelen. Hun voorstel was om te variëren in stemrecht in de statuten zodat er minder behoefte zou zijn aan stemrechtloze aandelen (Expertgroep. (2004). Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Den Haag, p.67-70).

³⁶ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr.3, p.11 & Expertgroep. (2004). Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Den Haag, p.67-70.

³⁷ G.J.W. Kinnegim. (2011). De flex-BV opnieuw fiscaal getoetst. WFR, 116, p.3.

³⁸ G.J.W. Kinnegim. (2011). De flex-BV opnieuw fiscaal getoetst. WFR, 116, p.3.

³⁹ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr.3, p.11.

instelling van een administratiekantoor. Nog een belangrijke reden is dat een aantal buitenlandse rechtsstelsels al aandelen zonder stemrecht kenden. Hierdoor zijn de stemrechtloze aandelen volgens de regering gerechtvaardigd⁴⁰. In art. 2:228, vijfde lid, BW is bepaald dat in de statuten kan worden geregeld dat aan bepaalde aandelen geen stemrecht in de AVA is verbonden. Dit stemrecht mag na uitgifte van de aandelen alleen ontnomen worden ten aanzien van alle aandelen van een bepaalde soort waarvan alle aandeelhouders instemmen of waarvan voor de uitgifte is bepaald dat daaraan geen stemrecht in de AVA is verbonden.

Deze stemrechtloze aandelen kennen alle aandeelhoudersrechten van normale aandelen met uitzondering van het stemrecht. Met deze aandeelhoudersrechten wordt het vergaderrecht en het winstrecht bedoeld. Daarnaast zijn de aandeelhouders van stemrechtloze aandelen bevoegd om bepaalde besluiten door de rechter te laten vernietigen of hiertegen een kort geding aan te spannen. Ook mogen ze een enquêteverzoek indienen. Dit is een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de BV⁴¹.

Volgens Van der Grinten is een aandeel een onlosbare vennootschappelijke schuldvordering ten laste van de vennootschap. Onafscheidelijk daarvan zijn de rechten van de aandeelhouder. Daaronder valt in de eerste plaats het recht tot uitoefening op de gang van zaken door bijwoning van de AVA, deelneming aan de beraadslaging en uitoefening van het stemrecht. Naar zijn mening is het stemrecht dus onlosmakelijk met het aandeel verbonden⁴². Stemrechtloze aandelen zullen dan niet kwalificeren als aandelen. Eisma en Van den Nieuwenhuijzen menen echter dat sprake is van een aandeel zolang het maar als zodanig is uitgegeven. Volgens hen is ingeval van stemrechtloze aandelen dus gewoon sprake van aandelen⁴³.

2.6.3 Winstrechtloze aandelen

In art. 2:216, zevende lid, BW wordt bepaald dat in de statuten kan worden geregeld dat bepaalde soorten aandelen geen of een beperkt recht tot uitdeling van de winst of reserves van de BV geven. De invoering van deze aandelen kwam voort uit wensen vanuit de praktijk om de economische en juridische eigendom van de aandelen te scheiden. Een voorbeeld hiervan is een familievennootschap waarbij het hoofd van de familie nog wel een juridisch belang bij de BV wil behouden maar geen economisch belang.

⁴⁰ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr.3, p.12.

⁴¹ G.J.W. Kinnegim. (2011). De flex-BV opnieuw fiscaal getoetst. WFR, 116, p.3 & R.N.F. Zuidgeest. (2007). Flexibel BV-recht en "verbondenheid" in het belastingrecht: buigen of barsten. WFR, 6739, p.2.

⁴² E.J.J van der Heijden. & W.C.L. van der Grinten. (2013). *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*. Deventer: Kluwer.

⁴³ M.C.A. van den Nieuwenhuijzen. (2008). Aandelen zonder stemrecht en aandelen met flexibel stemrecht in de flex-BV, WPNR, 6737.

, p.224 & S.E. Eisma. (1991). Tussen aandeel en schuldbrief: participatiebewijzen, in L. Timmerman e.a. *Ondernemingsrechtelijke contracten*. Deventer: Kluwer, p.36.

De optie om aandelen uit te sluiten van het recht op winst kan niet worden toegepast op aandelen die ook geen stemrecht hebben. Art. 2:228, vijfde lid, BW bepaalt dat art. 2:216, zevende lid, BW niet van toepassing is op de stemrechtloze aandelen. Aandelen zonder winst- en stemrecht worden namelijk niet als aandeel aangemerkt⁴⁴.

2.6.4 Aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht

In de oude wetgeving bestonden, met betrekking tot de zeggenschap van aandelen, de gewone aandelen en de prioriteitsaandelen. Gewone aandelen leveren in beginsel één stemrecht op. Aan de prioriteitsaandelen zijn bijzondere zeggenschapsrechten, zoals een vetorecht, verbonden. Naast deze aandelen bestaan met ingang van de nieuwe wetgeving aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht. Op grond van art 2:228, vierde lid, BW is er de mogelijkheid om bij de statuten te voorzien in een flexibel stemrecht. Het wettelijke uitgangspunt dat het stemrecht zich evenredig verhoudt tot de nominale waarde van de aandelen, blijft in lid 2 en lid 3 gehandhaafd. Lid 4 bepaalt dan dat daar in de statuten van afgeweken kan worden. Zuidgeest merkt hierover op dat volgens de minister een regeling mogelijk is waarbij aandeelhouder A recht heeft op het uitbrengen van 100 stemmen, terwijl aandeelhouder B maar recht heeft op het uitbrengen van 10 stemmen, ondanks dat deze evenveel aandelen heeft⁴⁵.

Voor de invoering van de wet flex-BV was het ook mogelijk om aan verschillende soorten aandelen een verschillende omvang van het stemrecht toe te kennen. Met ingang van de nieuwe wetgeving is het echter ook mogelijk om te variëren in het stemrecht wanneer sprake is van één soort aandelen. Volgens Schwarz is dit het aanduiden van aandelen⁴⁶. Er kunnen nu aandelen van een verschillende soort met een gelijke nominale waarde bestaan die een verschillend stemrecht vertegenwoordigen. Aan preferente aandelen van € 1,- nominaal wordt bijvoorbeeld één stemrecht toegekend en aan de gewone aandelen van € 1,- nominaal worden twee stemrechten toegekend. Ook is het dus mogelijk, door het aanduiden van aandelen, een verschillend stemrecht aan één soort aandelen toe te kennen. Dit is bijvoorbeeld mogelijk door de aandelen te nummeren of een andere naam te geven. Aan die aangeduide aandelen kan dan een stemrecht worden toegekend, terwijl voor de andere aandelen binnen die soort een ander stemrecht geldt⁴⁷. Een voordeel hiervan is volgens Schwarz dat gevarieerd kan worden in zeggensmacht tussen

⁴⁴ G.J.W. Kinnegim. (2011). De flex-BV opnieuw fiscaal getoetst. WFR, 116, p.3 & R.N.F. Zuidgeest. (2007). Flexibel BV-recht en "verbondenheid" in het belastingrecht: buigen of barsten. WFR, 6739, p.2-3.

⁴⁵ R.N.F. Zuidgeest. (2007). Flexibel BV-recht en "verbondenheid" in het belastingrecht: buigen of barsten, WFR, 6739, p.3.

⁴⁶ C.A. Schwarz. (2012). Afwijking van relatering nominale waarde en stemrecht; aandelen van een soort of aanduiding bij: Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 228 [stemrecht]. Groen Serie Rechtspersonen, aantekening 4.

⁴⁷ C.A. Schwarz. (2012). Afwijking van relatering nominale waarde en stemrecht; aandelen van een soort of aanduiding bij: Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 228 [stemrecht]. Groen Serie Rechtspersonen, aantekening 4 & G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme. (2013). Stemrechtloze aandelen en aandelen met flexibel stemrecht bij de BV. Asser 2-IIa NV en BV oprichting, vermogen en aandelen, 307.

aandeelhouders zonder dat nieuwe aandelen hoeven te worden uitgegeven. Echter vindt hij ook dat het onderscheid tussen de aandelen van een bepaalde soort of aanduiding niet altijd even duidelijk is en dit resultaat ook bereikt zou kunnen worden wanneer de aandelen genummerd zouden zijn en geconverteerd worden in aandelen van een nieuwe soort⁴⁸.

De invoering van het flexibele stemrecht is volgens de minister een van de regelingen waarbij de doelstelling van het flexibiliseren van het BV-recht nadrukkelijk naar voren komt. Het biedt de oprichters van de vennootschap meer vrijheid om de stemverhoudingen zelf vorm te geven. De oude regeling bood slechts een beperkte mogelijkheid om een gedifferentieerd stemrecht in te voeren. Deze mogelijkheid was zo beperkt dat er bijna geen gebruik van werd gemaakt^{49,50}.

2.7 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de belangrijkste fiscaal relevante wijzigingen als gevolg van de invoering van de wet flex-BV behandeld. Indien echter de invloed van deze wijzigingen op het AB-regime in de wet IB 2001 wordt onderzocht, kunnen enkele wijzigingen buiten beschouwing blijven. Zoals in paragraaf 2.7.1 is beschreven, is de fiscale invloed van de invoering van aandelen zonder stemrecht, de aandelen zonder winstrecht en de aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht het grootst. Hierdoor zal in de volgende hoofdstukken alleen de invloed van deze wijziging op het AB-regime in de wet IB 2001 behandeld worden.

⁴⁸ C.A. Schwarz. (2012). Afwijking van relatering nominale waarde en stemrecht; aandelen van een soort of aanduiding bij: Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 228 [stemrecht]. Groen Serie Rechtspersonen, aantekening 4.

⁴⁹ In de statuten kon namelijk worden bepaald dat het aantal stemmen op een aandeel kon worden beperkt, mits alle aandeelhouders die hetzelfde bedrag aan aandelen hadden ook hetzelfde aantal stemmen konden uitbrengen. Ook kon er in de statuten een andere verdeling worden bepaald, mits er aan eenzelfde aandeelhouder niet meer dan zes stemmen werd toegekend indien het maatschappelijk kapitaal verdeeld was in honderd of meer aandelen en niet meer dan drie stemmen indien het maatschappelijk kapitaal in minder dan honderd aandelen was verdeeld (oud art. 2:228, lid vier en vijf, BW).

⁵⁰ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr.3, p.85.

3. Het aanmerkelijk belang

3.1 Inleiding

Inkomen uit AB wordt op grond van art. 2.12 wet IB 2001 belast in box 2 van de wet IB 2001 tegen een tarief van 25%. Dit inkomen uit AB bestaat uit de voordelen op aandelen of winstbewijzen die tot een AB behoren, verminderd met de aftrekbare kosten. Ook behoren hiertoe de voordelen die worden behaald met de vervreemding van deze aandelen of winstbewijzen (art 4.12 wet IB 2001). De definitie van dit AB wordt behandeld in hoofdstuk 4 van de wet IB 2001. Indien een belastingplichtige niet aan het AB-criterium voldoet, wordt hij belast in box 3 van de wet IB 2001⁵¹. In dit hoofdstuk wordt het AB behandeld. Hierbij zal eerst worden uitgezocht wanneer er sprake is van een “normaal” AB. Vervolgens wordt het soort AB uitgebreid behandeld. Dit laatste is belangrijk om daarna te kunnen bepalen wat de gevolgen van de nieuwe aandelenvarianten uit de wet flex-BV op het AB zijn. Dit wordt gedaan aan de hand van het begrip soort AB in de wet, de achtergrond van het soort AB, de jurisprudentie en opvattingen in de literatuur.

3.2 Het aanmerkelijk belang

Volgens art. 4.6 van de wet IB 2001 heeft een belastingplichtige een aanmerkelijk belang indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect:

- a. Voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
- b. Rechten heeft om direct of indirect aandelen te verwerven tot ten minste 5% van het geplaatste kapitaal;
- c. Winstbewijzen heeft die betrekking hebben op ten minste 5% van de jaarwinst van een vennootschap dan wel op ten minste 5% van wat bij liquidatie wordt uitgekeerd;
- d. Gerechtigd is tot ten minste 5% van de stemmen uit te brengen in de algemene vergadering van een in artikel 4.5a bedoelde rechtspersoon.

Met onderdeel b worden de koopopties bedoeld. Op basis van art 4.4 wet IB 2001 worden deze koopopties in art. 4.6 en art. 4.7 wet IB 2001 niet gelijkgesteld met aandelen. De in art. 4.6, onderdeel d, wet IB 2001 genoemde rechtspersonen uit art. 4.5a wet IB 2001 zijn de coöperaties. Het vruchtgebruik op aandelen wordt op basis van art 4.3 wet IB 2001 gelijkgesteld met aandelen. Het vruchtgebruik op winstbewijzen wordt op grond van ditzelfde artikel gelijkgesteld met winstbewijzen.

De belastingplichtige kan dus zelf aandelen, koopopties, winstbewijzen of stemrechten in een coöperatie bezitten, waardoor hij kwalificeert voor een AB. Zoals hierboven genoemd kan een belastingplichtige ook samen met zijn partner aangemerkt worden als AB houder. Een dergelijk geval komt voor indien de belastingplichtige en zijn partner beide 3% van de aandelen in een vennootschap

⁵¹ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver. (2013). *Inkomstenbelasting: inclusief hoofdzaken loonbelasting en premieheffing*. Deventer: Kluwer, p.531.

bezitten. Apart kwalificeren ze niet voor een AB, maar samen hebben ze 6% van de aandelen in de vennootschap, waardoor ze wel kwalificeren voor een AB.

Zowel een direct als een indirect belang van 5% of meer in een vennootschap kwalificeert voor een AB. Een direct belang is de eenvoudigste vorm waarbij een aandeelhouder de aandelen in een vennootschap houdt. Gebeurt dit via een holding dan is sprake van de indirecte variant. Een voorbeeld hiervan is een aandeelhouder die 100% van de aandelen houdt in een holding waarin zijn pensioen etc. is ondergebracht. Deze holding heeft 10% van de aandelen in een werkmaatschappij. Dit betekent dat de aandeelhouder indirect een belang van 10% heeft in de werkmaatschappij, hetgeen kwalificeert voor een AB⁵².

Een belastingplichtige kan ook kwalificeren voor een AB indien hij zelf geen AB heeft, maar zijn partner of een van de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van deze belastingplichtige of zijn partner wel. De belastingplichtige wordt dan als het ware "meegetrokken". Er wordt dan ook gesproken van een meetrek AB (art 4.10 wet IB 2001).

Om te kwalificeren voor een AB moet een belastingplichtige ten minste 5% van de aandelen, koopties, winstbewijzen of stemrechten in een coöperatie bezitten. Indien een belastingplichtige bijvoorbeeld 3% van de aandelen, 4% van de winstbewijzen en 2% van de koopties bezit, kwalificeert hij niet voor een AB⁵³. Opgeteld is sprake van 9%, maar omdat geen van de afzonderlijke belangen boven de 5% uitkomt, wordt niet voor een AB gekwalificeerd. Indien de belastingplichtige wel recht heeft op 5% of meer van de koopties, dan behoren alle drie de afzonderlijke belangen tot een AB. Het recht op 5% van de koopties kwalificeert op zichzelf voor een AB en de 3% aandelen en 4% winstbewijzen worden door deze koopties meegesleept op basis van art. 4.9 wet IB 2001.

Bij het kwalificeren als AB-houder is het economische eigendom bepalend. Een goed voorbeeld hiervan is het hiervoor genoemde vruchtgebruik dat ook kan kwalificeren voor een AB. Het juridische eigendom speelt bij het kwalificeren als AB-houder dus geen rol. Dit betekent dat bijvoorbeeld aandelen die gesteld zijn bij een derde, die deze aandelen voor rekening en risico van een ander houdt, voor die derde dus niet tot een AB behoren⁵⁴.

⁵² E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver. (2013). *Inkomstenbelasting: inclusief hoofdzaken loonbelasting en premieheffing*. Deventer: Kluwer, p.540.

⁵³ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver. (2013). *Inkomstenbelasting: inclusief hoofdzaken loonbelasting en premieheffing*. Deventer: Kluwer, p.537.

⁵⁴ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver. (2013). *Inkomstenbelasting: inclusief hoofdzaken loonbelasting en premieheffing*. Deventer: Kluwer, p.540.

3.3 Het soort aanmerkelijk belang

3.3.1 *Het soort aanmerkelijk belang in de wet*

Indien op grond van art. 4.6 wet IB 2001 geen sprake is van een AB, moet nog bepaald worden of op grond van art. 4.7 wet IB 2001 sprake is van een AB⁵⁵. In art. 4.7 wet, eerste lid, IB 2001 wordt het volgende bepaald:

“Indien een vennootschap verschillende soorten aandelen heeft, heeft de belastingplichtige ook een aanmerkelijk belang indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect:

- a. Voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een soort aandelen aandeelhouder is; of*
- b. Rechten heeft om direct of indirect aandelen van een soort te verwerven tot ten minste 5% van het van die soort geplaatste kapitaal.”*

Indien een aandeelhouder dus 5% van een soort aandelen of van een soort koopopties in een vennootschap heeft, heeft hij een soort AB. Er wordt echter niet in de wet bepaald welke rechten een aandeel tot een andere soort doen behoren. In het tweede lid wordt alleen vastgesteld dat aandelen in een vennootschap en aandelen in die vennootschap die zich daarvan onderscheiden uitsluitend doordat aan die aandelen een benoemingsrecht, het recht de naam van de vennootschap te mogen bepalen of een met die rechten vergelijkbaar recht is verbonden of doordat ter zake van die aandelen een bijzondere aanbiedingsregeling of een daarmee vergelijkbare regeling geldt, niet worden beschouwd als aandelen van een verschillende soort. Als sprake is van een soort aandeel kunnen bij ministeriële regeling regels worden gesteld op grond waarvan aandelen niet als aandelen van één soort worden aangemerkt (art 4.7, derde lid, wet IB 2001).

3.3.2 *De achtergrond van het soort aanmerkelijk belang*

Vanaf 20 maart 1991 is in de wet IB 1964 een soort AB opgenomen⁵⁶. In de MvT van het wetsvoorstel “Wijziging van de Inkomstenbelasting (beperkte reparatie van het regime inzake de winst uit aanmerkelijk belang)” werd door de regering gesteld dat deze wet bedoeld was om verwateringsconstructies tegen te gaan. Door de HR werd in BNB 1974/132 en BNB 1974/133 geoordeeld dat ook aandelen die niet deelden in het liquidatiesaldo of geen beschikkingsmacht over de reserves verschaften ook tot het nominaal gestorte kapitaal waren te rekenen. Dit werd ook nog eens bevestigd in BNB 1988/289, 290 en 291. Door deze “verwateringsarresten” was het mogelijk om het AB te verwateren⁵⁷. Deze verwateringsconstructies ontstonden door bijvoorbeeld aandelen die niet deelden in de vennootschappelijke reserves bij een derde te plaatsen. Doordat dan sprake was van meer aandelen daalde het percentage

⁵⁵ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver. (2013). *Inkomstenbelasting: inclusief hoofdzaken loonbelasting en premieheffing*. Deventer: Kluwer, p.538.

⁵⁶ Fiscale Encyclopedie Vakstudie Inkomstenbelasting 1964. (2007). Verwatering; aankondiging reparatiewetgeving bij: Wet op de inkomstenbelasting 1964, Artikel 39, p.1.

⁵⁷ Kamerstukken, 1988/89, 21 033, nr.3, p.1 & A.J. van Soest. (2007). *Belastingen: Inkomstenbelasting, Vennootschapsbelasting, Besluit Voorkoming Dubbele Belasting 2001, Nederlands Standaardverdrag*. Deventer: Kluwer, p. 282.

aandelen van de aandeelhouder op het geheel van de aandelen. Hierdoor zakte het percentage onder de AB-grens. Zo konden de aandeelhouders de AB-heffing eenvoudig ontlopen⁵⁸. De regering vond dat ingegrepen moest worden omdat anders de situatie, die als gevolg van de genoemde arresten ontstond, ertoe zou leiden dat de heffing van IB ter zake van de winst uit AB op grote schaal terzijde kon worden gesteld.

In de wet IB 1964 werd daarom aan art. 39, derde lid de volgende bepaling toegevoegd:

“Ingeval de vennootschap in de loop van de laatste vijf jaren verschillende soorten nominaal gestort kapitaal heeft gehad, wordt zulk een belang ook aanwezig geacht indien met betrekking tot een van die soorten wordt voldaan aan de vorige volzin; alsdan worden ten aanzien van de belastingplichtige; behoudens voor de toepassing van de artikel 59 en 60, eveneens tot het aanmerkelijk belang gerekend de hem toebehorende aandelen in de andere soorten kapitaal^{59,60}.

Door deze toevoeging aan het derde lid was het niet meer mogelijk om door middel van verwateringsconstructies de AB-heffing te ontlopen.

De staatssecretaris stelde dat hierbij sprake was van verschillende soorten aandelen indien deze niet onderling vervangbaar, dus niet dooreen leverbaar, waren. De meest voorkomende aandelen hierbij zijn aandelen die verschilden in recht op jaarwinst of recht op dividend of aandelen die verschilden omdat ze niet hetzelfde stemrecht vertegenwoordigden⁶¹. Als voorbeeld van aandelen die niet dooreen leverbaar zijn noemde hij letteraandelen met dividendreserves waarvan de omvang niet gelijk was⁶².

Per 1 januari 1992 werden de boeken drie, vijf en zes van het BW ingevoerd. Hierdoor werd art. 39, derde lid, wet IB 1964 vlak na de inwerkingtreding al aangepast. Aan dit lid werd de volgende volzin toegevoegd:

“De aandelen in die vennootschap die zich daarvan onderscheiden uitsluitend doordat aan die aandelen een benoemingsrecht, het recht de naam van de vennootschap te mogen bepalen of een met die rechten vergelijkbaar recht is verbonden, dan wel doordat ter zake van die aandelen een bijzondere

⁵⁸ Kamerstukken II, 1989/90, 21 033 nr. 3, p.2.

⁵⁹ Kamerstukken II, 1989/90, 21 033, nr. 2, p.1-2.

⁶⁰ Een aandeelhouder had dan een AB indien deze in de loop van de vijf jaren voorafgaande aan het tijdstip waarop hij aandelen in die vennootschap vervreemde, onmiddellijk of middellijk aandeelhouder was, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot en zijn bloed- en aanverwanten in de rechte lijn en de tweede graad van de zijlijn, voor ten minste 33 1/3 procent van het nominaal gestorte kapitaal en als hij tevens onmiddellijk of middellijk aandeelhouder was, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, voor meer dan zeven procent van dat kapitaal. Indien dit niet het geval was werd er gekeken of er een AB was op grond van het derde lid.

⁶¹ Kamerstukken II, 1989/90, 21 033, nr. 3, p.5.

⁶² Kamerstukken II, 1989/90, 21 033, nr. 118, p.1.

*aanbiedingsregeling of een daarmee vergelijkbare regeling geldt, worden beschouwd als behorende tot één soort*⁶³.

Per 18 december 1997 is het AB-regime in de wet IB 1964 ingrijpend gewijzigd⁶⁴. Onder dit nieuwe regime worden reguliere- en vervreemdingsvoordelen op dezelfde manier behandeld. Onder de reguliere voordelen vallen de voordelen in verband met de aandelen zoals dividenden, bonusaandelen, de teruggaaf van gestort kapitaal, het fictieve rendement voor aandelen in een buitenlands beleggingsmaatschappij en de vestiging van een tijdelijk vruchtgebruik op aandelen⁶⁵. Het vervreemdingsbegrip werd op een aantal punten uitgebreid met fictieve vervreemdingen. Een daarvan was een daling van het aandelenbezit onder de grens voor de aanwezigheid van een AB. Hierdoor werden de eerder genoemde verwateringsconstructies op een andere manier bestreden. Toch werd ook gekozen om nog een soortbenadering in de wet te handhaven⁶⁶. In art 20a, derde lid, wet IB 1964 werd een vereenvoudigde versie van art 39, derde lid, wet IB 1964 opgenomen. In dit lid werd op de volgende wijze bepaald of sprake was van een (soort) AB:

*“Een aanmerkelijk belang wordt aanwezig geacht indien de belastingplichtige, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot en hun bloed- en aanverwanten in de rechte lijn, voor ten minste vijf percent van het geplaatste kapitaal onmiddellijk of middellijk aandeelhouder is in een vennootschap welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. Ingeval een vennootschap verschillende soorten aandelen heeft, wordt ook een aanmerkelijk belang aanwezig geacht indien de belastingplichtige, al dan niet te zamen met zijn echtgenoot en hun bloed- of aanverwanten in de rechte lijn, voor ten minste vijf percent van het geplaatste kapitaal van een soort aandelen onmiddellijk of middellijk aandeelhouder is. Voor de toepassing van dit lid worden aandelen in een vennootschap en de aandelen in die vennootschap die zich daarvan onderscheiden uitsluitend doordat aan die aandelen een benoemingsrecht, het recht op de naam van de vennootschap te mogen bepalen of een met die rechten vergelijkbaar recht is verbonden, dan wel doordat ter zake van die aandelen een bijzondere aanbiedingsregeling of een daarmee vergelijkbare regeling geldt, beschouwd als behorende tot één soort. Voor de toepassing van dit lid blijft buiten aanmerking het ingekochte, nog in te trekken kapitaal.”*⁶⁷

In de MvT stelde de minister dat sprake was van verschillende soorten aandelen indien de aan deze aandelen verbonden rechten niet identiek waren. Aandelen die slechts verschilden door het nominale bedrag, maar waarvan de aan de aandelen verbonden rechten overigens identiek waren, behoorden tot één soort⁶⁸. In zijn advies ging de Raad van state in op de betekenis van de soortbenadering en kwam daarbij met het advies het begrip soort aandeel te omschrijven. Bij de beoordeling of

⁶³ Kamerstukken II, 1991/92, 22 442, nr. 8, p.3.

⁶⁴ Wet van 18 december 1997, Stb nr. 731.

⁶⁵ Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr. 3, p.9.

⁶⁶ Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr. 3, p.9.

⁶⁷ Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr. 1-2, p.2.

⁶⁸ Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr.3, p.43-44.

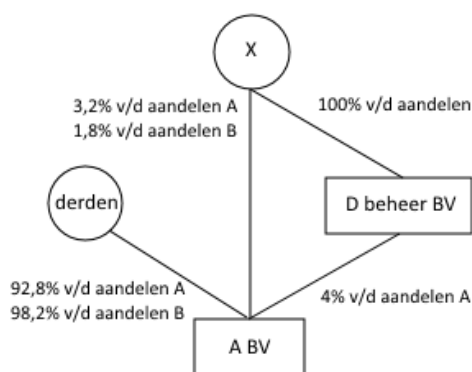
sprake was van soort aandelen werd gesteld dat een vennootschap meerdere soorten aandelen had indien de aan de aandelen verbonden rechten niet identiek waren. De raad adviseerde dan ook om het voorstel aan te vullen met een omschrijving van hetgeen onder een soort aandeel moet worden verstaan. Dit advies werd echter niet gevolgd⁶⁹. Ook de PvdA-fractie vond dat de tekst in de MvT duidelijker was dan de wettekst zelf. Ook zij stelde voor om de wettekst te verduidelijken⁷⁰. In de Nota n.a.v. het verslag werd ook dit voorstel afgewezen⁷¹.

De wet IB 2001 vertoont ten aanzien van het regime voor het AB grote overeenkomsten met de wet IB 1964 sinds 1997. De wet IB 2001 trad in werking op 1 januari 2001⁷². In deze wet wordt de boxenstructuur geïntroduceerd. Het AB-regime werd ondergebracht in box 2, hoofdstuk 4, van de wet IB 2001. De soortbenadering wordt gehandhaafd in art 4.7 van deze wet (zie paragraaf 3.3.1). Art 4.7 is qua indeling anders dan art 20a, derde lid, wet IB 1964 maar is inhoudelijk hetzelfde⁷³. Ook hier is dus gekozen om geen limitatieve bepaling in de wet op te nemen.

3.3.3 Jurisprudentie

In de wet is met betrekking tot wat kwalificeert voor een soort aandeel weinig geregeld. Zoals hiervoor beschreven behandelt art. 4.7, tweede lid, wet IB 2001 alleen wat in ieder geval niet tot een aparte soort wordt gerekend. De HR heeft wel enkele belangrijke uitspraken over het begrip soort aandeel gedaan. De staatssecretaris is van mening dat de arresten van de HR op 16 december 2011, BNB 2012/80 en BNB 2012/81, recht doen aan de ratio van de soortbenadering. Volgens hem vormen deze arresten een richtsnoer voor de vaststelling of sprake is van een soort aandeel⁷⁴. In deze scriptie worden deze twee arresten behandeld. Het feitencomplex van deze twee zaken is verschillend, maar de rechtsoverwegingen over het soortbegrip zijn gelijk.

In BNB 2012/80 had belanghebbende (X), tot medio 2000, aandelen in het kapitaal van A BV. Op 20 juli 1999 zijn de statuten van A BV gewijzigd. Hierdoor werden de aandelen gesplitst in gewone aandelen A en converteerbare niet-cumulatief preferente aandelen B.



De belanghebbende bezat 3,2% van de aandelen A en 1,8% van de aandelen B. Daarnaast bezat hij indirect via D beheer BV, een vennootschap waarvan hij enig aandeelhouder was, 4% van de aandelen A. Dit komt neer op een totaal bezit van 4,1%.

In de statuten is een aantal verschillen, met

⁶⁹ Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr. B, p.14-15.

⁷⁰ Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr.6, p.48.

⁷¹ Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr.7, p.59.

⁷² Wet van 30 mei 2000, Stb 215.

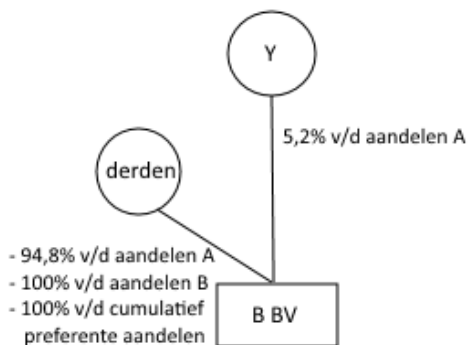
⁷³ Kamerstukken II, 1998/99, 26 727, nr.3, p.198.

⁷⁴ Kamerstukken II, 2011/12, 31 058 en 32 426, nr. C, p.3.

betrekking tot de aandelen A en de aandelen B, vastgelegd. De vordering tot uitkering van toegekend dividend op de aandelen A verjaart namelijk door een tijdversloop van vijf jaar en de vordering tot uitkering van toegekend dividend op de aandelen B verjaart niet. Bij het nemen van besluiten door de AVA moet ten minste 67% van de aandeelhouders A aanwezig of vertegenwoordigd zijn en voor het voorstel hebben gestemd. In geval van de aandeelhouders B is dit 50%. Daarnaast is het zo dat het liquidatiesaldo eerst op de aandelen B wordt uitgekeerd. Wat daarna resteert wordt uitgekeerd op de aandelen A.

Belanghebbende vindt dat de aandelen niet tot een aparte soort behoren waardoor zijn totale bezit neerkomt op 4,1%. Indien de aandelen wel als een aparte soort worden beschouwd is er sprake van een AB. De aandelen A kwalificeren voor een AB (7,3%) en de aandelen B (1,8%) worden meegesleept⁷⁵.

Rechtbank Haarlem oordeelde dat geen sprake was van verschillende soorten aandelen. Hierbij werd gekeken naar de ontstaansgeschiedenis van het soort AB en werd de uitspraak van de staatssecretaris gevolgd⁷⁶. Omdat de aandelen niet met elkaar verschilden met betrekking tot het recht op winst en het liquidatieoverschot was Rechtbank Haarlem van mening dat de aandelen dooreen leverbaar zijn en dus geen sprake is van verschillende soorten aandelen⁷⁷. Hof 's-Gravenhage volgde de Rechtbank Haarlem en oordeelde ook dat geen sprake is van verschillende soorten aandelen. Het Hof was van mening dat het binnen het AB-regime van belang is of de aandelen naar evenredigheid van de nominale waarde recht geven op een gelijke verdeling van de jaarwinst en de winstreserves. Indien dit het geval is, is sprake van één soort, ook al zijn aan de verschillende aandelen naast de winstrechten nog bijzondere rechten verbonden⁷⁸.



In BNB 2012/81 is belanghebbende (Y) in 1999 aandeelhouder geworden van 5,2% van de aandelen A van B BV. Het aandelenkapitaal van de vennootschap bestaat naast deze aandelen A ook uit aandelen B en cumulatief preferente aandelen.

Het totaal gestorte kapitaal op de aandelen is voor zowel de aandelen A als de aandelen B 5 gulden. Een aandeel A geeft echter recht op vier stemmen in de AVA en een aandeel B slechts op één stem in de AVA. Bij winstverdeling en bij liquidatie hebben de houders van de cumulatief preferente aandelen voorrang op de aandeelhouders van de aandelen A en de aandelen B. De restanten worden evenredig naar het op de aandelen A en B gestorte kapitaal verdeeld. Wat betreft de winstverdeling en het liquidatieoverschot zijn de aandelen A en B dus aan elkaar gelijk.

⁷⁵ HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80.

⁷⁶ Zie p.19.

⁷⁷ Rechtbank Haarlem, 15 december 2008, nr. 07/4877, NTFR 2009-1170.

⁷⁸ Hof 's-Gravenhage, 5 januari 2010, nr. 08-00526, V-N 2010/26.1.2.

Belanghebbende vindt dat de aandelen niet tot een aparte soort behoren waardoor zijn totale bezit neerkomt op 3,25%. Indien de aandelen wel als een aparte soort worden beschouwd, kwalificeren de aandelen A voor een AB (5,2%)⁷⁹.

Rechtbank Arnhem oordeelde dat de aandelen A een aparte soort vormden. De Rechtbank is van mening dat de uitzonderingen, zoals deze in art. 20a, derde lid, wet IB 1964 worden genoemd, hier niet van toepassing zijn, omdat deze vooral over niet-vermogensrechtelijke rechten gaan en het stemrecht hier geen onderdeel van is⁸⁰. Hof Arnhem was van mening dat de aandelen A en de aandelen B wel één soort vormden. Doordat de aandelen identieke winstrechten en slechts een niet-vermogensrechtelijk verschil bevatten, werd door het Hof geoordeeld dat geen sprake is van verschillende soorten aandelen⁸¹.

In beide zaken is het de vraag of sprake is van een soort AB. In beide gevallen kwalificeren de verschillende aandelen van een belanghebbende samen niet voor een AB, terwijl ze dit wel doen ingeval de aandelen per soort worden bekeken.

In de conclusie van Advocaat Generaal Van Ballegooijen van 17 augustus 2011 wordt ingegaan op de vraag wat onder een soort AB dient te worden verstaan. Deze definitie haalt hij uit de parlementaire geschiedenis⁸².

In art. 20a, derde lid, van de wet IB 1964 werd een formulering met uitzonderingssituaties opgenomen, wanneer weliswaar sprake is van aandelen met verschillende rechten, maar die niet leiden tot een soort aandeel⁸³. De vraag die Van Ballegooijen stelt is of de uitzonderingen zoals opgenomen in art. 20a, derde lid, wet IB 1964 (en later in art 4.7, tweede lid, wet IB 2001) een limitatieve opsomming vormen, of dat de uitzondering breder strekt, namelijk tot alle niet-vermogensrechtelijke aanspraken⁸⁴. Hij beantwoordt deze vraag als volgt:

“De tekst van het tweede lid laat duidelijk de mogelijkheid open dat andere, niet genoemde maar overigens vergelijkbare (niet-vermogensrechtelijke) aanspraken/rechten delen in de uitzondering en aldus worden beschouwd te behoren tot één soort”⁸⁵.

Volgens Van Ballegooijen betreffen de uitzonderingen uit art. 20a, derde lid, wet IB 1964 geen limitatieve opsomming. Alsdan dient nog bepaald te worden of een verschil in stemrecht kan worden aangemerkt als een onderscheid van niet-vermogensrechtelijke aard. Het hebben van stemrecht biedt niet direct extra

⁷⁹ HR 16 december 2011, nr.10/00158, BNB 2012/81.

⁸⁰ Rechtbank Arnhem, 28 februari 2008, nr. 07/1744, NTFR 2012-18.

⁸¹ Hof Arnhem, 11 december 2009, nr. 08-00145, V-N 2010/7.1.4.

⁸² Zie paragraaf 3.3.2, p.19.

⁸³ HR 16 december 2001, nr. 10/00610, BNB 2012/80, onderdeel 8.4 en HR 16 december 2011, nr.10/00158, BNB 2012/81, onderdeel 8.4, conclusie A-G Van Ballegooijen.

⁸⁴ HR 16 december 2001, nr. 10/00610, BNB 2012/80, onderdeel 8.5 en HR 16 december 2011, nr.10/00158, BNB 2012/81, onderdeel 8.5, conclusie A-G Van Ballegooijen.

⁸⁵ HR 16 december 2001, nr. 10/00610, BNB 2012/80, onderdeel 8.5 en HR 16 december 2011, nr.10/00158, BNB 2012/81, onderdeel 8.5, conclusie A-G Van Ballegooijen.

aanspraken op de winst of de reserves van de vennootschap, maar (extra) stemrecht geeft de aandeelhouder wel meer macht om belangrijke economische beslissingen te nemen die de kern van de vennootschap raken⁸⁶. Van Ballegooijen geeft dan ook aan:

*"In zoverre komt de extra beslissingsmacht tot uitdrukking in een verschil in de waarde van de verschillende aandelen. Aandelen die verschillen op het punt van stemgerechtigdheid kunnen mitsdien worden beschouwd als behorende tot één soort, als bedoeld in artikel 20a, derde lid, wet IB 1964 (en later in artikel 4.7, tweede lid, wet IB 2001.)"*⁸⁷.

De HR is van mening dat sprake is van verschillende soorten aandelen niet alleen indien sprake is van een bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap (zoals het geval is bij letteraandelen met een eigen dividendreserve), maar ook indien tussen verschillende soorten aandelen uitsluitend een verschil bestaat met betrekking tot de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap. Laatstgenoemd verschil is niet van dezelfde orde als de in artikel 20a, derde lid, derde volzin, van de wet IB 1964 bedoelde verschillen⁸⁸.

Anders dan de Rechtbank, het Hof en Advocaat Generaal Van Ballegooijen is de HR in beide zaken van mening dat er geen andere conclusie kan zijn dan dat de aandelen A en B verschillende soorten zijn, omdat deze verschillen in stemrecht over de vaststelling of uitbetaling van dividenden die de vermogenspositie van de vennootschap direct raken. De HR is van mening dat deze verschillen niet hetzelfde zijn als de verschillen die worden genoemd in art 20a, derde lid, wet IB 1964, die niet kwalificeren voor verschillende soorten aandelen⁸⁹.

3.3.4 Literatuur

Ook in de literatuur wordt door verschillende auteurs een standpunt met betrekking tot het begrip soort aandeel ingenomen. In deze paragraaf zal een aantal van deze standpunten worden behandeld.

Boer is het niet eens met de uitspraken van de HR in BNB 2012/80 en 2012/81. In zijn noot bij BNB 2012/80 schrijft hij dat in zijn ogen aandelen met verschillen in stemrecht, met betrekking tot beslissingen van de vennootschap, niet tot een eigen soort zouden behoeven te leiden. Volgens hem gaat de AB-regeling uit van een economische benadering en zo dient een verschil in stemrecht niet tot een soort AB te leiden. Hij vindt dat dit alleen zo zou moeten zijn indien een dergelijk recht met betrekking tot de besluitvorming voor een specifieke groep aandeelhouders een

⁸⁶ HR 16 december 2001, nr. 10/00610, BNB 2012/80, onderdeel 8.6 en HR 16 december 2011, nr.10/00158, BNB 2012/81, onderdeel 8.6, conclusie A-G Van Ballegooijen.

⁸⁷ HR 16 december 2001, nr. 10/00610, BNB 2012/80, onderdeel 8.6 en HR 16 december 2011, nr.10/00158, BNB 2012/81, onderdeel 8.6, conclusie A-G Van Ballegooijen.

⁸⁸ HR 16 december 2011, nr.10/00610, BNB 2012/80, onderdeel. 3.3.3 & HR 16 december 2011, nr.10/00158, BNB 2012/81, onderdeel. 3.3.3.

⁸⁹ HR 16 december 2011, nr.10/00610, BNB 2012/80, onderdeel. 3.3.4 & 3.3.5 & HR 16 december 2011, nr.10/00158, BNB 2012/81, onderdeel 3.3.4 & 3.3.5.

eigen gerechtigheid tot de winst of reserves oplevert, met uitsluiting van overige aandeelhouders. Met betrekking tot BNB 2012/80 is hij van mening dat de bijzondere zeggenschapsrechten kunnen worden gezien ter versterking van de vermogensrechtelijke preferenties van de aandeelhouders B en zo dus geen aparte soort vormen. In BNB 2012/81 bestaat alleen een verschil in stemrecht. Het gestorte kapitaal per aandeel is gelijk. Volgens Boer zijn de aandelen dan weliswaar niet dooreen leverbaar maar delen de aandelen wel op gelijke wijze in de winst en het vermogen van de vennootschap. De aandelen vormen ook hier volgens hem geen aparte soort⁹⁰.

Ook de redactie van Vakstudienieuws is het niet eens met de uitspraak van de HR en zoekt aansluiting bij de conclusie van A-G Van Ballegooijen. Volgens de redactie moet als hoofdregel worden aangemerkt: *“Er is sprake van dezelfde soort aandelen indien deze aandelen dooreen leverbaar zijn, dat wil zeggen indien de daaraan verbonden rechten, blijkens de statuten en ook feitelijk, identiek zijn. Indien de aandelen dus niet dooreen leverbaar zijn, is er sprake van aparte soorten aandelen. Aandelen die uitsluitend verschillen in rechten met een niet-vermogensrechtelijke aard vormen geen aparte soort”*. Aandelen met een verschil in stemrecht zijn volgens haar weliswaar niet dooreen leverbaar, maar het verschil in stemrechten brengt wel met zich mee dat de uitzonderingscategorie van art. 4.7, tweede lid, wet IB 2001 van toepassing is. Aandelen met een verschil in stemrecht behoren dus niet tot een aparte soort⁹¹.

Alink oordeelt over de uitspraak van de HR dat sprake is van verschillende soorten aandelen indien een aandeel verschillend is met betrekking tot een bijzondere gerechtigheid tot een vermogensbestanddeel of reserve van de vennootschap en indien tussen verschillende soorten aandelen uitsluitend een verschil bestaat met betrekking tot de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap. Met betrekking tot dit oordeel is Alink van mening dat de in art. 4.7, tweede lid, wet IB 2001 genoemde opsomming niet limitatief is, maar wel beperkt moet worden opgevat. In BNB 2012/80 en BNB 2012/81, waarbij de aandelen verschillen in stemrecht, is dus sprake van soort aandelen, zoals de HR hierover ook oordeelde⁹².

Heithuis, Kavelaars en Schuver bespreken in hun boek *‘Inkomstenbelasting’* de arresten BNB 2012/80 en BNB 2012/81. Ze gaan in op de uitspraak van de HR dat louter afwijkende stemrechten bij een gelijke economische gerechtigheid kunnen zorgen voor verschillende soorten aandelen. Naar hun mening moet het stemrecht dan wel betrekking hebben op de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap. Stemrecht dat niet hierop betrekking heeft, maar op bijvoorbeeld het recht om te bepalen in welke kleur kostuum de directie van de vennootschap elke dag moet verschijnen, leidt naar hun mening niet tot een

⁹⁰ HR 16 december 2011, 10/00610, BNB 2012/80, Noot. J.P. Boer.

⁹¹ Vakstudie Nieuws. (2011). Soort-ab geldt niet voor alle verschillen in zeggenschap. V-N 2011/67.6

⁹² Alink. (2012). Verschil in stemrecht over uitkeringen van winst leidt tot verschillende soorten aandelen (I). NTFR, 18

afzonderlijke soort aandelen. Na deze arresten rijst bij hen wel de vraag of alleen sprake is van soort aandelen door afwijkingen in de statuten van de BV of ook als de aandelen van elkaar verschillen op een andere wijze dan in de statuten⁹³.

Ganzeveld gaf commentaar op de uitspraak van Hof Arnhem in V-N 2010/7.1.4, die leidde tot het arrest BNB 2012/81. Ze achtte de uitspraak van Hof Arnhem juist. Naar haar mening was het juist dat het Hof stelde dat er sprake was van één soort aandelen. De opsomming van de rechten in art. 4.7, tweede lid, wet IB 2001 is niet limitatief bedoeld zoals de Rechtbank Arnhem dit wel opvatte. Derhalve valt naar haar mening het verschil in stemrechten ook onder deze opsomming en is bij een verschil in stemrecht geen sprake van verschillende soorten aandelen⁹⁴.

Ook Meussen is het met de beslissing van Hof Arnhem eens. Art. 4.7, tweede lid, wet IB 2001 is niet limitatief en strekt zich uit tot alle verschillen van niet-vermogensrechtelijke aard. Het verschil in stemrecht leidt derhalve niet tot verschillende soorten aandelen. Het verschil in stemrecht leidt namelijk niet tot een verschil in de economische gerechtigdheid tot de winst⁹⁵.

Nog een voorstander van dit standpunt van Hof Arnhem is Arends. Ook deze achtte de opvatting dat sprake was van één soort aandelen juist. Het stemrecht op de aandelen heeft meerwaarde voor de aandeelhouder, maar is niet gerelateerd aan de waarde van de onderneming⁹⁶.

Ganzeveld, Meussen en Arends zijn alle drie voorstanders van de uitspraak van Hof Arnhem, hetgeen betekent dat hun mening over het begrip soort aandelen haaks op de uitspraak van de HR staat. Een verschil in stemrecht leidt naar hun mening niet tot verschillende soorten aandelen.

Heithuis komt tot de volgende uitleg van het begrip soort aandelen: *“Een vennootschap heeft verschillende soorten aandelen ingeval de aan de aandelen verbonden rechten niet identiek zijn, hetgeen het geval is als de aandelen niet onderling vervangbaar, dat wil zeggen dooreen leverbaar, zijn. Of aandelen onderling vervangbaar respectievelijk dooreen leverbaar zijn, dient te worden vastgesteld aan de hand van de toets of de belastingplichtige gerechtigd is tot enig vermogensbestanddeel of reserve van de vennootschap waarin niet alle aandeelhouders voor gelijke delen zijn gerechtigd. Het gaat hierbij niet alleen om statutair aan de aandelen toegekende rechten, maar ook om feitelijke verschillen in gerechtigdheid, waarbij alleen moet worden gekeken naar vermogensrechten en niet naar zeggenschapsrechten”⁹⁷*. Ook Heithuis is dus geen voorstander van de

⁹³ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, & B.F. Schuver. (2013). *Inkomstenbelasting: inclusief hoofdzaken loonbelasting en premieheffing*. Deventer: Kluwer, p.539.

⁹⁴ J. Ganzeveld. (2009). Verschil in stemrecht leidt niet tot verschillende soorten aandelen. NTFR, 52.

⁹⁵ G.T.K. Meussen. (2011). Fiscale aspecten van de invoering van de flex-BV (een tussenstand). WPNR, 6870, p.41.

⁹⁶ A.J.M. Arends. (2010). Winstrechtloze aandelen: Hoe deze fiscaal te behandelen? NTFR, 47.

⁹⁷ E.J.W. Heithuis. (1999) *Het nieuwe aandelenregime gewikt en gewogen, Fiscale monografieën nr.89*. Deventer: Kluwer, p.119.

uitspraak van de HR. Volgens hem is de uitspraak dat een verschil in stemrecht zorgt voor verschillende soorten aandelen onjuist.

Zwier is van mening dat sprake is van verschillende soorten aandelen indien het aandeel de aandeelhouder, direct of indirect, recht geeft op bijzondere aanspraken op het vermogen. Bijzondere zeggenschapsrechten zijn alleen relevant indien zij de aandeelhouder (potentieel) dergelijke vermogensrechtelijke aanspraken (kunnen) geven⁹⁸. Zijn mening komt overeen met de uitspraak van de HR.

Ook Blokland gaat in op de vraag wanneer sprake is van verschillende soorten aandelen: *“Het recht om een directeur of commissaris te benoemen of voor te dragen, een wat afwijkende blokkeringsregeling met betrekking tot de overdraagbaarheid van de aandelen en andere statutaire rechten in die lijn, die mitsdien niet zien op winst en/of reserves van de vennootschap, leiden niet tot afzonderlijke soorten aandelen.”* Naar zijn mening zorgt ook loutere letteraanduiding niet voor verschillende soorten aandelen. Dit geldt evenmin voor het verdelen van de winstreserves in A en B met betrekking tot deze letteraandelen. Wel is sprake van een aparte soort indien de aandeelhouders A dividend hebben opgenomen uit de winstreserves A en de aandeelhouders B geen of minder dividend hebben opgenomen. Dan zijn de aandelen onderling, in hun rechten op vennootschappelijke winst en reserves, gaan verschillen⁹⁹. Volgens de HR is wel sprake van soort aandelen bij letteraandelen met eigen winstreserves.

Anders dan Blokland zijn Rijkers en Van Dijck van mening dat bij letteraandelen wel sprake is van soort aandelen, hetgeen in overeenstemming is met de uitspraak van de HR. Het verschil in rechten moet worden gezien vanuit de aandeelhouder en niet vanuit een willekeurige koper van aandelen. Indien letteraandelen, door een toevallige gelijkheid in winstreserves, op een bepaald moment gelijk zijn in waarde zegt dat niets. De houders van de letteraandelen A zijn namelijk niet gerechtigd in de dividendreserves van de letteraandelen B en omgekeerd. Hierdoor zijn de rechten van de aandeelhouders A en B niet identiek en is sprake van verschillende soorten aandelen. De rechten die worden genoemd in art. 4.7, tweede lid, wet IB 2001 kunnen wel de waarde van de aandelen beïnvloeden, maar geven geen bijzondere aanspraken op het vermogen van de vennootschap. Een verschil in deze rechten zorgt dus niet voor verschillende soorten aandelen¹⁰⁰.

Zelf deel ik de mening van de HR dat sprake is van verschillende soorten aandelen indien de aandelen verschillen met betrekking tot een bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap of indien sprake is van verschillen in stemrecht over de vaststelling of uitbetaling van dividenden die de vermogenspositie van een vennootschap rechtstreeks beïnvloeden. Zoals in paragraaf 2.7.2 beschreven is volgens Van Grinten het stemrecht een essentieel

⁹⁸ R.E. Zwier, R.E. (2011). De soortbenadering in het aanmerkelijk belang. WFR, 978, p.1.

⁹⁹ T. Blokland. (1999). *Winst uit aanmerkelijk belang, Fiscale Monografieën nr. 19*. Deventer: Kluwer, p. 77.

¹⁰⁰ A.C. Rijkers & J.E.A.M van Dijck. (2000). *De aanmerkelijk-belangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001, FED fiscale brochures*. Deventer: Kluwer, p. 83-84.

onderdeel van een aandeel. Ook naar mijn mening is het stemrecht heel belangrijk voor een aandeel, hetgeen er in mijn ogen voor zorgt dat indien een aandeel geen stemrecht heeft deze ook tot een andere soort behoort.

3.4 Conclusie

Uit de parlementaire geschiedenis kan worden opgemaakt dat sprake is van verschillende soorten aandelen indien de aan deze aandelen verbonden rechten niet identiek zijn. Hiervan is sprake als de verschillende soorten aandelen niet onderling vervangbaar, dus niet dooreen leverbaar, zijn.

Door de HR wordt gebruik gemaakt van twee verschillende betekenissen wat betreft een soort aandeel. Aan de ene kant is sprake van een soort aandeel indien een aandeel verschillend is met betrekking tot een bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap en als uitsluitend een verschil bestaat met betrekking tot de besluitvorming van uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap. Anderzijds is ook sprake van een soort aandeel indien verschillen in stemrecht bestaan over de vaststelling of uitbetaling van dividenden die de vermogenspositie van een vennootschap rechtstreeks beïnvloeden.

In de literatuur is echter weinig steun te vinden voor de beslissing van de HR. De meeste auteurs nemen het standpunt in dat geen sprake is van verschillende soorten aandelen indien de aandelen louter verschillen in stemrecht. Alleen Alink, Zwier en Rijkers en Van Dijck delen de mening van de HR. Zelf sluit ik me aan bij voorgenoemde auteurs. Het volgens de HR sprake zijn van een soort aandeel bij een verschil in stemrecht is in mijn ogen juist.

4. De gevolgen van de nieuwe aandelenvarianten op het aanmerkelijk belang regime

4.1 Inleiding

Met invoering van de wet flex-BV is het mogelijk om aandelen zonder winstrecht, aandelen zonder stemrecht en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht uit te geven. De wet IB 2001 hoeft na de invoering van de wet flex-BV volgens de MvT niet aangepast te worden. De jurisprudentie als voorheen geldt nog steeds¹⁰¹. In de MvT wordt, met ingang van de wet flex-BV, geacht sprake te zijn van verschillende soorten aandelen indien:

- De aandelen in nominale waarde verschillen, tenzij deze in dezelfde mate delen in de winstreserves en de aan de aandelen verbonden rechten identiek zijn;
- Het aandelenkapitaal uit aandelen met verschillende letters en eigen winstreserves bestaat;
- Aan de aandelen verschillend stemrechten verbonden zijn. Dit stemrecht is niet te vergelijken met de opsomming van art. 4.7, tweede lid, wet IB 2001;
- De aandelen verschillende preferenties kennen, bijvoorbeeld bij liquidatie of bij een dividenduitkering;
- Aan de aandelen speciale rechten zijn toegekend om belangrijke economische beslissingen over de vennootschap te nemen, zoals bij een fusie of splitsing¹⁰².

Op basis van het voorgaande en de uitspraak van de HR in het vorige hoofdstuk kan worden geconcludeerd dat sprake is van verschillende soorten aandelen indien aandelen verschillen in de met deze aandelen verbonden rechten en deze rechten betrekking hebben op een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap of indien deze rechten betrekking hebben op de besluitvorming met betrekking tot de winst en het vermogen van de vennootschap. Hierdoor vormen winstrechtloze aandelen, stemrechtloze aandelen en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht een aparte soort. Winstrechtloze aandelen vormen soort aandelen omdat zij een afwijkend recht hebben op het vermogen van de vennootschap en de stemrechtloze aandelen en de aandelen met een flexibele indeling met het stemrecht omdat ze een afwijkend stemrecht hebben¹⁰³.

4.2 De gevolgen van de nieuwe aandelenvarianten

4.2.1 Box 2 Wet IB 2001

Met de invoering van de wet flex-BV kunnen stemrechtloze aandelen, winstrechtloze aandelen en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht worden

¹⁰¹ Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr.3, p. 11.

¹⁰² Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr.3, p. 11.

¹⁰³ Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr.3, p. 11 & G.J.W. Kinnekim. (2011). De flex-BV opnieuw fiscaal getoetst. WFR, 116, p.4.

uitgegeven. Zoals hierboven beschreven behoren deze aandelen ieder tot een aparte soort. Deze aandelen zullen de kwalificatie voor een “normaal” AB niet wijzigen. Er blijft immers gewoon sprake van eenzelfde hoeveelheid aandelen. Een pakket aandelen zonder stemrecht, zonder winstrecht of met een flexibele indeling van het stemrecht kan echter wel op zichzelf een (soort) AB gaan vormen¹⁰⁴.

Het gevolg hiervan is dat sneller sprake kan zijn van een (soort) AB. 5% van een bepaalde soort aandelen is namelijk al voldoende om aan de AB-eis te voldoen¹⁰⁵. Een aandeelhouder zal hierdoor sneller belasting moeten betalen in box 2 van de wet IB 2001 over zijn reguliere- en vervreemdingsvoordelen op de aandelen. Op winstrechtloze aandelen wordt geen dividend uitgekeerd, waardoor voor deze aandelen alleen de vervreemdingsvoordelen gelden. De aandeelhouder zal over deze voordelen op grond van art. 2.12 wet IB 2001 25% belasting moeten betalen. Indien de aandelen niet tot een AB hadden gekwalificeerd werden deze belast in box 3 van de wet IB 2001 tegen een tarief van 30% (art. 2.13 wet IB 2001). Het voordeel in box 3 wordt op grond van art. 5.2 wet IB 2001 op een forfaitair rendement van 4% gesteld zodat effectief een belastingdruk van 1,2% ($30\% \cdot 4\%$) ontstaat.

Het invoeren van de nieuwe aandelenvarianten zorgt ervoor dat sneller gekwalificeerd kan worden voor een (soort) AB. Dit heeft naast het af moeten rekenen over de reguliere- en de vervreemdingsvoordelen ook gevolgen voor de gebruikelijkloonregeling en de terbeschikkingstellingsregeling (hierna: tbs-regeling) in de wet IB 2001^{106,107}. Deze regelingen zullen in de twee volgende paragrafen worden behandeld.

4.2.2 Het gebruikelijk loon

Veel AB-houders zijn tevens directeur in de BV waarin zij een AB-positie hebben. Deze worden daarom ook wel directeur-groootaandeelhouder (dga) genoemd. Een dga kan van de BV een inkomen krijgen in de vorm van loon als directeur, dividend als aandeelhouder of als loon én dividend. Indien een dga dividend ontvangt op zijn aandelen, wordt dit op grond van art. 4.12 wet IB 2001 belast in box 2 tegen een tarief van 25% (art. 2.12 wet IB 2001). De BV heeft over de winst reeds VPB betaald tegen een tarief van 20 of 25% (art. 22 wet VPB 1969). De gecombineerde belastingdruk is dan 40 tot maximaal 43,75%. Het inkomen in de vorm van loon is onderworpen aan het progressieve tarief in box 1 van de wet IB 2001. Dit tarief kan oplopen tot 52%. Indien veel inkomen genoten wordt is het dus gunstiger om inkomen in de vorm van dividend te ontvangen. Om te voorkomen dat een dga alleen inkomen krijgt in de vorm van dividend is het gebruikelijk loon ingevoerd¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Fiscale encyclopedie de Vakstudie Inkomstenbelasting. (2014) Aantekening 1.4.4 Wet Vereenvoudiging en Flexibilisering BV-recht bij: Wet Inkomstenbelasting 2001, artikel 4.7.

¹⁰⁵ L.P. Cats. (2012). Stemrechtloze en winstrechtloze aandelen: soortaandelen? VP-Bulletin, 32 & Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr.3, p. 11 & G.J.W. Kinnegim. (2011). De flex-BV opnieuw fiscaal getoetst. WFR, 116, p.4.

¹⁰⁶ Kamerstukken II, 2009/10, 32 426, nr. 3, p.12 & J.W.E. Litjens & M. Tydenman-Yousef. (2013) De gevolgen van de flex-BV-wetgeving voor de inkomstenbelasting. TFO, 127, p.6.

¹⁰⁷ Ook buiten de wet IB hebben deze nieuwe aandelenvarianten fiscale gevolgen. In deze scriptie wordt echter alleen op de inkomstenbelasting geconcentreerd (zie paragraaf 1.2).

¹⁰⁸ L.G.M. Stevens. (2013). *Elementair belastingrecht*. Deventer: Kluwer, p.362.

Het gebruikelijk loon houdt in dat een AB-houder die arbeid verricht voor een BV of NV waarin hij dit AB houdt, geacht wordt een loon te krijgen dat normaal is voor het niveau en de duur van zijn arbeid (art 12a wet LB 1964). Hierover zal dan belasting in box 1 van de wet IB 2001 betaald moeten worden. Het gebruikelijk loon voor 2014 is vastgesteld op € 44.000 (art 12a, eerste lid, wet LB 1964). Indien de belastingplichtige dit gebruikelijk loon te hoog vindt kan hij proberen aannemelijk te maken dat het gebruikelijk loon lager zou moeten zijn. Daarnaast mag de fiscus ook aannemelijk maken dat het loon hoger is. In dat geval stelt de inspecteur het bedrag op het hoogst van de twee volgende bedragen:

- 70% van het hogere gebruikelijk loon, maar ten minste het gebruikelijk loon van € 44.000;
- Het loon van de meestverdienende werknemer of van de meestverdienende werknemer van een verbonden vennootschap.¹⁰⁹

Onder het loon wordt zowel inkomen in geld als inkomen in natura verstaan (art. 12a en art. 13 wet LB 1964). Zoals hierboven beschreven wordt gebruik gemaakt van een percentage van 70%. Anders gezegd mag het salaris maximaal 30% afwijken van hetgeen als gebruikelijk wordt vastgesteld^{110,111}.

Door de invoering van de nieuwe aandelenvarianten kan sneller een (soort) AB ontstaan, omdat de nieuwe aandelenvarianten op zichzelf voor een soort AB kunnen kwalificeren. Gevolg hiervan is dat de aandeelhouder over het vastgestelde gebruikelijk loon maximaal 52% belasting moet betalen in box 1 (art 2.10 wet IB 2001). Indien de belastingplichtige niet voor een AB had gekwalificeerd, hoefde hij geen gebruikelijk loon in aanmerking te nemen. Hij zou over dit bedrag dan ook geen belasting in box 1 van de wet IB 2001 hoeven te betalen.

Naar mijn mening is het opmerkelijk dat, door het uitgeven van winstrechtloze en stemrechtloze aandelen, aandeelhouders sneller (kunnen) kwalificeren voor een (soort) AB en daardoor sneller een gebruikelijk loon in aanmerking moeten nemen. Zoals hiervoor beschreven is het gebruikelijk loon ontstaan om te voorkomen dat een aandeelhouder zichzelf alleen inkomen in de vorm van dividend uitkeert. Winstrechtloze aandelen hebben echter helemaal geen recht op dividend. Ze kunnen geen inkomen in de vorm van dividend ontvangen maar moeten bij een AB toch een gebruikelijk loon in aanmerking nemen. De houders van stemrechtloze aandelen hebben zelf geen invloed op het uitoefenen van hun inkomen en kunnen dus niet bepalen dat hen alleen inkomen in de vorm van dividend toekomt. Wat mij betreft ligt dit voor beide, door de wet flex-bv mogelijk gemaakte aandelenvarianten, niet in de lijn waar het gebruikelijk loon oorspronkelijk voor bedoeld is.

¹⁰⁹ L.G.M. Stevens. (2013). *Elementair belastingrecht*. Deventer: Kluwer, p.362.

¹¹⁰ L.G.M. Stevens. (2013). *Elementair belastingrecht*. Deventer: Kluwer, p.362.

¹¹¹ In 2014 geldt nog steeds het percentage van 30%, maar er zijn plannen om dit doelmatigheidsmarge te verlagen naar 10% (E.J.W. Heithuis. (2013). Van Dijkhuizen en de DGA. NTRF, 29).

4.2.3 De terbeschikkingstellingsregeling

Art 3.92 wet IB 2001 regelt het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan een vennootschap waarin een AB wordt gehouden. Deze terbeschikkingstelling valt onder inkomen uit overige werkzaamheden en wordt als zodanig in box 1 van de wet IB 2001 belast. Onder deze werkzaamheden wordt namelijk volgens art 3.92, eerste lid, wet IB 2001 ook verstaan:

- a. *“het rendabel maken van vermogensbestanddelen, daaronder begrepen de schulden die rechtstreeks samenhangen met die vermogensbestanddelen, voor zover deze vermogensbestanddelen al dan niet tegen vergoeding rechtens dan wel in feite, direct of indirect ter beschikking worden gesteld aan een vennootschap waarin de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon, een aanmerkelijk belang heeft als bedoeld in hoofdstuk 4 behoudens indien sprake is van een aanmerkelijk belang op grond van de artikelen 4.10 en 4.11; of*
- b. *Het rendabel maken van vermogensbestanddelen, daaronder begrepen de schulden die rechtstreeks samenhangen met die vermogensbestanddelen, voor zover deze vermogensbestanddelen al dan niet tegen vergoeding rechtens dan wel in feite, direct of indirect ter beschikking worden gesteld aan een samenwerkingsverband waarvan een vennootschap als bedoeld in onderdeel a uitmaakt”.*

Indien een belastingplichtige dus een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt aan een vennootschap waarin hij, of een met hem verbonden persoon, een AB heeft wordt hij voor de inkomsten hieruit belast in box 1 van de wet IB 2001. Onder een verbonden persoon wordt, volgens art 3.91, tweede lid, onderdeel b en c en art. 3.92, tweede lid, onderdeel b, wet IB 2001, verstaan:

- De partner van de belastingplichtige;
- De minderjarige kinderen van de belastingplichtige of zijn partner;
- Indien de belastingplichtige minderjarig is: een bloed- of aanverwant in de eerste graad van de opgaande lijn en degene die onder een met die bloed- of aanverwant verbonden persoon als hiervoor, wordt verstaan.

Indien een vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld aan een vennootschap waar een niet onder art. 3.91, tweede lid, onderdeel b, begrepen bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of van zijn partner een AB heeft, wordt alsnog van een terbeschikkingstelling gesproken indien het een in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstelling is. Wat maatschappelijk ongebruikelijk is wordt bij ministeriële regels vastgesteld (art 3.92, derde lid wet IB 2001).

Het VPB tarief is gelijk aan 20 of 25% en in box 2 van de wet IB geldt een tarief van 25%. Dit gecombineerde tarief komt neer op 40 of 43,75%. In box 3 van de wet IB 2001 geldt een vast percentage van 30% over een forfaitair rendement van 4%. Zonder de tbs-regeling zou door het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen binnen de gelieerde kring van personen volop van dit

verschil in effectieve belastingdruk kunnen worden geprofiteerd. Zonder deze regeling zou namelijk het vergoedingsbedrag voor het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel bij de vennootschap afgetrokken kunnen worden tegen het gecombineerde tarief van 20 a 25% VPB en 25% IB box 2, terwijl het vermogensbestanddeel bij de belastingplichtige die het ter beschikking stelt tegen het fictieve rendement van 4% belast is met 30%. Zeker bij een beduidend hoger rendement op de vermogensbestanddelen is dit heel voordelig¹¹².

Dat een belanghebbende sneller kan kwalificeren voor een (soort) AB heeft gevolgen voor de tbs-regeling¹¹³. Deze kan hierdoor namelijk ook sneller van toepassing zijn. Hierdoor zal het vermogensbestanddeel bij de belastingplichtige die dit vermogensbestanddeel ter beschikking stelt sneller in box 1 van de wet IB 2001 in plaats van in box 3 van de wet IB 2001 terechtkomen. Het gevolg hiervan is dat de belastingplichtige te maken krijgt met een belastingdruk van maximaal 52% in plaats van 1,2% (zie paragraaf 4.2.2). Een belastingplichtige heeft wel recht op de terbeschikkingstellingsvrijstelling van 12% op grond van art. 3.99b wet IB 2001. Hierdoor zal de effectieve belastingdruk in box 1 van de wet IB 2001 lager uitvallen.

De tbs-regeling is zoals hiervoor beschreven ingevoerd om boxarbitrage tegen te gaan. Naar mijn mening is het sneller in aanmerking nemen van de tbs-regeling door het sneller kwalificeren tot een (soort) AB op grond van stemrechtloze aandelen niet in overeenstemming met de bedoeling van de tbs-regeling. Een houder van stemrechtloze aandelen heeft geen invloed op de bedrijfsvoering van de BV en dus is voor hem boxarbitrage ook niet mogelijk. Een dergelijke aandeelhouder kan niet bepalen hoe de BV met bijvoorbeeld vermogensbestanddelen om zou moeten gaan. Een houder van winstrechtloze aandelen heeft wel stemrecht en kan dit dus wel. Mijns inziens is het dan ook juist dat deze aandelen de tbs-regeling in aanmerking moeten nemen.

4.3 Conclusie

Door het invoeren van de nieuwe aandelenvarianten met de wet flex-BV kunnen nieuwe soorten aandelen ontstaan. Een pakket aandelen zonder stemrecht, zonder winstrecht of met een flexibele indeling van het stemrecht kan op zichzelf een (soort) AB gaan vormen. Het gevolg hiervan is dat sneller sprake kan zijn van een (soort) AB. 5% van een bepaalde soort aandelen is namelijk al voldoende om aan de AB-eis te voldoen. Hierdoor valt een belastingplichtige sneller in box 2 van de wet IB 2001 en zal hij over de reguliere- en vervreemdingsvoordelen 25% IB moeten betalen. Indien de aandelen niet voor een AB hadden gekwalificeerd zouden deze worden belast in box 3 van de wet IB 2001 tegen een tarief van 30%. In box 3 wordt het voordeel echter op een forfaitair rendement van 4% gesteld zodat de effectieve belastingdruk 1,2% ($30\% * 4\%$) is.

¹¹² L.G.M. Stevens. (2013). *Elementair belastingrecht*. Deventer: Kluwer, p.295.

¹¹³ Kamerstukken II, 2009/10, 32426, nr. 3, p.12 & J.W.E. Litjens & M. Tydenman-Yousef. (2013) De gevolgen van de flex-BV-wetgeving voor de inkomstenbelasting. TFO, 127, p.6.

Door het sneller kwalificeren voor een (soort) AB krijgt de belastingplichtige ook sneller te maken met de gebruikelijkloonregeling en de tbs-regeling. Indien geen gebruikelijk loon in aanmerking genomen hoeft te worden, hoeft de belastingplichtige geen box 1 tarief (van maximaal 52%) over dit bedrag te betalen. Indien vermogensbestanddelen niet onder de tbs-regeling vallen komen ze in plaats van in box 1 van de wet IB 2001 in box 3 van de wet IB 2001 terecht, waar de effectieve belastingdruk 1,2% is.

5. Conclusie

5.1 Inleiding

Per 1 oktober 2012 geldt in Nederland de wet flex-BV. Deze wet heeft als doel om de knelpunten en onduidelijkheden in het BV-recht op te lossen, beter aan te sluiten bij de behoeften vanuit de praktijk en beter aan te sluiten bij andere Europese landen. Door de invoering van deze wet flex-BV ontstonden veel civielrechtelijke wijzigingen. In deze scriptie zijn de belangrijkste wijzigingen op een rij gezet. Aan de hand van een van de wijzigingen: het kunnen uitgeven van aandelen zonder stemrecht, zonder winstrecht en van aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht worden de wijzigingen in het AB behandeld. De hoofdvraag was dan ook:

“Wat is de invloed van de wet: “Flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht” op het aanmerkelijk belangregime?”

5.2 Beantwoording van de deelvragen

Wat zijn de belangrijkste fiscaal relevante veranderingen in het BV-recht als gevolg van de wet flexibilisering en vereenvoudiging BV-recht?

Alleen de fiscaal relevante wijzigingen zoals genoemd in de literatuur zijn in deze scriptie behandeld. De overige wijzigingen zijn voor de fiscale structurering relevant maar hebben een beperkte invloed op de fiscale wetgeving. De volgende wijzigingen zijn in deze scriptie behandeld:

- De afschaffing van het minimumkapitaal

Bij de oprichting van een vennootschap is het minimumkapitaal van € 18.000 afgeschaft. Een BV kan nu worden opgericht met een heel klein kapitaal. Dit zou bijvoorbeeld al kunnen met één aandeel met een nominale waarde van € 0,01.

De bankverklaring bij een inbreng in contanten is evenals de accountantsverklaring bij een inbreng in natura afgeschaft. Wel blijft de inbrengbeschrijving bij een inbreng in natura bestaan.

- Een bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid en de crediteurenbescherming

In het oude recht waren bestuurders en aandeelhouders in beginsel niet hoofdelijk aansprakelijk voor schulden van de BV. Ze konden alleen hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld door onbehoorlijk bestuur of door borgstelling in privé. Met ingang van de nieuwe wet geldt een aansprakelijkheid voor bestuurders en aandeelhouders door middel van een uitkeringstest. Indien bestuurders een dividenduitkering doen waarbij zij wisten of redelijkerwijs behoorden te weten dat de vennootschap na deze uitkering niet meer aan haar opeisbare schulden zou kunnen voldoen, kunnen zij hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld. Ook de aandeelhouder die een dividenduitkering aanvaardt,

waarvan hij wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat deze onbehoorlijk was, kan hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld.

In het oude BV-recht werd de crediteurenbescherming gebaseerd op het minimumkapitaal van € 18.000. Dit bood echter een schijnzekerheid. Er werd namelijk geen zekerheid geboden dat dit bedrag nog aanwezig zou zijn in het vermogen van de vennootschap op het moment dat de crediteur zijn vordering op zou willen eisen. Om de crediteuren onder het nieuwe BV-recht te beschermen is gekozen voor de uitkeringstest in combinatie met de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders zoals hierboven beschreven.

- Blokkeringsregeling

Voor de invoering van de wet flex-BV waren aandelen beperkt vrij overdraagbaar. De aandelen waren alleen vrij overdraagbaar aan de partner, de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of de bloed- of aanverwanten in de zijlijn tot maximaal de tweede graad. Voor de overige gevallen gold een blokkeringsregeling die uit een aanbiedings- en goedkeuringsregeling bestond. Bij de aanbiedingsregeling moest de overdragende aandeelhouder eerst zijn over te dragen aandelen aanbieden aan de medeaandeelhouders. Vervolgens moest de AVA of een daartoe aangewezen orgaan, door de goedkeuringsregeling, de overdracht van de aandelen goedkeuren.

In de nieuwe wet is de verplichte blokkeringsregeling afgeschaft. Er is gekozen voor een blokkeringsregeling waarvan in de statuten kan worden afgeweken. Indien er niet van afgeweken wordt geldt alsnog de aanbiedingsregeling.

- Aandelen zonder stemrecht of winstrecht en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht

Onder het oude BV-recht bestonden alleen aandelen met zowel stem- als winstrecht. Met ingang van het nieuwe BV-recht kunnen zowel aandelen zonder stemrecht, zonder winstrecht en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht worden uitgegeven. Er zijn vanaf dan 3 varianten aandelen:

- Aandelen met winst- en stemrecht (de "gewone" aandelen)
- Aandelen met winstrecht en zonder stemrecht (de stemrechtloze aandelen)
- Aandelen met stemrecht en zonder winstrecht (de winstrechtloze aandelen)

Hiertussen kunnen varianten ontstaan zoals de aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht, turboaandelen (aandelen zonder stemrecht en een buitenproportioneel winstrecht) en nihilaandelen (aandelen zonder stemrecht en een zeer beperkt winstrecht). Aandelen zonder zowel stem- als winstrecht kunnen niet bestaan. Een aandeel met een flexibele indeling van het stemrecht houdt in dat sommige aandelen meer zeggenschap hebben dan andere aandelen.

De stemrechtloze aandelen zijn ontstaan om bijvoorbeeld derden of werknemers

in de winst van de BV deel te laten nemen zonder dat deze een directe invloed op de besluitvorming kunnen uitoefenen. Winstrechtloze aandelen zijn ontstaan omdat er wensen waren om de economische en juridische eigendom van de aandelen te scheiden. Dit was bijvoorbeeld het geval in een familievennootschap waarbij het hoofd van de familie nog wel een juridisch belang bij de BV wil behouden maar geen economisch belang.

Hierboven zijn de belangrijkste fiscaal relevante wijzigingen als gevolg van de invoering van de wet flex-BV genoemd. Indien echter de invloed van deze wijzigingen op het AB-regime wordt onderzocht, kan een aantal wijzigingen buiten beschouwing blijven. De invoering van de stemrechtloze aandelen, winstrechtloze aandelen en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht heeft het grootste fiscale gevolg voor het AB-regime.

Wat is een aanmerkelijk belang en een soort aanmerkelijk belang?

Er is volgens art 4.6 van de wet IB 2001 sprake van een AB indien een belastingplichtige, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect:

- a. Voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
- b. Rechten heeft om direct of indirect aandelen te verwerven tot ten minste 5% van het geplaatste kapitaal;
- c. Winstbewijzen heeft die betrekking hebben op ten minste 5% van de jaarwinst van een vennootschap dan wel op ten minste 5% van wat bij liquidatie wordt uitgekeerd;
- d. Gerechtigd is tot ten minste 5% van de stemmen uit te brengen in de algemene vergadering van een in artikel 4.5a bedoelde rechtspersoon³.

Indien een vennootschap verschillende soorten aandelen heeft, heeft de belastingplichtige ook een aanmerkelijk belang indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect:

- a. Voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een soort aandelen aandeelhouder is of
- b. Rechten heeft om direct of indirect aandelen van een soort te verwerven tot ten minste 5% van het van die soort geplaatste kapitaal.

Er is dan sprake van een soort AB.

Uit de parlementaire geschiedenis kan worden opgemaakt dat sprake is van verschillende soorten aandelen indien de aan deze aandelen verbonden rechten niet identiek zijn. Hiervan is sprake als de verschillende soorten aandelen niet onderling vervangbaar, dus niet dooreen leverbaar, zijn.

De HR maakt in BNB 2012/80 en BNB 2012/81 duidelijk wat hij onder een soort aandeel verstaat. Er is sprake van een soort aandeel indien een bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap

bestaat en als uitsluitend een verschil bestaat met betrekking tot de besluitvorming van uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap. Ook is sprake van een soort aandeel indien aandelen verschillen in stemrecht over de vaststelling of uitbetaling van dividenden die de vermogenspositie van een vennootschap rechtstreeks beïnvloeden.

In de literatuur is echter weinig steun te vinden voor de uitspraak van de HR. De meeste auteurs nemen het standpunt in dat geen sprake is van verschillende soorten aandelen indien de aandelen louter verschillen in stemrecht. Er is slechts een aantal auteurs dat het standpunt van de HR deelt. De uitspraak van de HR is echter bindend. Zelf deel ik ook de mening van de HR. In mijn ogen is het juist dat aandelen met een verschil in stemrecht kwalificeren voor een aparte soort.

Wat zijn de fiscale gevolgen van de nieuwe aandelenvarianten voor het aanmerkelijk belang?

Met invoering van de wet flex-BV kunnen aandelen zonder stemrecht, aandelen zonder winstrecht en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht worden uitgegeven. Aan de hand van de uitspraak van de HR en de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel flex-BV kan worden opgemaakt dat in deze gevallen sprake is van verschillende soorten aandelen. Hierdoor kan sneller een (soort) AB ontstaan, omdat de aandeelhouder slechts 5% van de aandelen in een bepaalde soort hoeft te hebben. Hierdoor valt hij sneller in box 2 van de wet IB 2001 en zal dan af moeten rekenen over de reguliere- en vervreemdingsvoordelen op zijn aandelen.

Doordat sneller sprake is van een (soort) AB zal ook sneller een gebruikelijk loon in aanmerking genomen moeten worden en kan sneller sprake zijn van een terbeschikkingstelling zoals in art. 3.92 wet IB 2001. Hierdoor moet de belastingplichtige inkomen in aanmerking nemen in box 1 van de wet IB 2001 en daarover belasting betalen.

5.3 Conclusie

Het antwoord op de vraag: *“Wat is de invloed van de wet: “Flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht” op het aanmerkelijk belangregime?”* kan aan de hand van onderdeel paragraaf 5.2 samengevat worden weergegeven:

De nieuwe aandelenvarianten: stemrechtloze aandelen, winstrechtloze aandelen en aandelen met een flexibele indeling van het stemrecht, zorgen voor nieuwe aandelensoorten. Hierdoor kan een aandeelhouder sneller kwalificeren voor een (soort) AB wat als gevolg heeft dat hij:

- sneller belasting moet betalen over de reguliere- en vervreemdingsvoordelen;
- sneller een gebruikelijk loon in aanmerking moet nemen;
- sneller in de terbeschikkingstellingsregeling van art 3.92 wet IB 2001 kan vallen.

III. Literatuurlijst

Artikelen

Achten, J. (2009). Op weg naar een Europees BV-recht? Tijdschrift Accountant Adviseur, 4

Alink. (2012). Verschil in stemrecht over uitkeringen van winst leidt tot verschillende soorten aandelen (I). NTFR, 18

Arends, A.J.M. (2010). Winstrechtloze aandelen: Hoe deze fiscaal te behandelen?. Nederland Tijdschrift voor Fiscaal Recht, 47

Borsjé, P. (2010). Fiscale aspecten bij het wetsvoorstel invoeringswet flexibilisering BV-recht. Tijdschrift Vennootschap & Onderneming, 11.

Cats, L.P. (2012). Stemrechtloze en winstrechtloze aandelen: soort aandelen?. VP-Bulletin, 32

Centraal Bureau voor de Statistiek. Onderzoek naar de populatie van actieve bedrijven in Nederland 2008-2014: Bedrijven; grootte, rechtsvorm, bedrijfstak/branche (Statline). Den Haag/Heerlen

Expertgroep. (2004). Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Den Haag.

Fiscale Encyclopedie Vakstudie Inkomstenbelasting 1964. (2007). Verwatering; aankondiging reparatiewetgeving bij: Wet op de inkomstenbelasting 1964, Artikel 39.

Fiscale encyclopedie Vakstudie Inkomstenbelasting 2001. (2013). Artikelsgewijs commentaar artikel 4.7 lid 2 Wet IB 2001, aantekening 2

Fiscale encyclopedie Vakstudie Inkomstenbelasting 2001. (2014). Aantekening 1.4.4 Wet Vereenvoudiging en Flexibilisering BV-recht bij: Wet Inkomstenbelasting 2001, artikel 4.7

Ganzeveld, J. (2009). Verschil in stemrecht leidt niet tot verschillende soorten aandelen. Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht, 52

Heithuis, E.J.W. & Stevens, L.G.M. (2013). Van Dijkhuizen en de DGA. Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht, 29

Hoorn, D.C. (2006). Verkrijging van eigen aandelen door de besloten vennootschap nader bezien in het licht van de derde tranche. Vennootschap & onderneming, 5

Kinnegim, G.J.W. (2011). De flex-BV opnieuw fiscaal getoetst. Weekblad Fiscaal Recht, 116.

Litjens, J.W.E., & Tydenman-Yousef, M. (2013) De gevolgen van de flex-BV-wetgeving voor de inkomstenbelasting. Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht, 127.

Meussen, G.T.K. (2011). Fiscale aspecten van de invoering van de flex-BV (een tussenstand). Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat & registratie, 6870

Nieuwenhuijzen, van den M.C.A. (2008). Aandelen zonder stemrecht en aandelen met flexibel stemrecht in de flex-BV, WPNR, 6737, p.224

Roest, J. (2012). Europees vennootschapsrecht: hoe verder? WPNR, 6950

Sangen, van der G.J.H. (2013). Een civielrechtelijke beschouwing over aandelen, kapitaal en vermogensbescherming bij de Flex-BV. Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht, 127

Sangen, G.J.H. (2007). Het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht: de belangrijkste wijzigingen. Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht, 85.

Schwarz, C.A. (2012). Afwijking van relatering nominale waarde en stemrecht; aandelen van een soort of aanduiding bij: Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 228 [stemrecht]. Groen Serie Rechtspersonen, aantekening 4

Solinge, van G. & Nieuwe Weme, M.P. (2013). Stemrechtloze aandelen en aandelen met flexibel stemrecht bij de BV. Asser 2-IIa NV en BV oprichting, vermogen en aandelen, 307

Vakstudie Nieuws. (2011). Soort-ab geldt niet voor alle verschillen in zeggenschap. V-N 2011/67.6

Zuidgeest, R.N.F. (2007). Flexibel BV-recht en "verbondenheid" in het belastingrecht: buigen of barsten. Weekblad voor Fiscaal recht, 6739.

Zwier, R.E. (2011). De soortbenadering in het aanmerkelijk belang. Weekblad Fiscaal Recht, 987

Boeken

Blokland, T. (1999). *Winst uit aanmerkelijk belang, Fiscale monografieën nr. 19*. Deventer: Kluwer

Eisma, S.E. (1991). Tussen aandeel en schuldbrief: participatiebewijzen, in Timmerman, L. e.a. *Ondernemingsrechtelijke contracten*. Deventer: Kluwer

Heijden, van der E.J.J. & Grinten, van der W.C.L. (2013). *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*. Deventer: Kluwer

Heithuis, E.J.W. (1999). *Het nieuwe aandelenregime gewikt en gewogen, fiscale monografieën nr.89*. Deventer: Kluwer

Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P., & Schuver, B.F. (2013). *Inkomstenbelasting: inclusief hoofdzaken loonbelasting en premieheffing*. Deventer: Kluwer

Ingh, van den F.J.P., & Nowak, R.G.J. (2006). *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht deel 1: de pre-parlementaire geschiedenis*. Kluwer: Deventer

Kroeze, M.J., Timmerman, L., & Wezeman, J.B. (2013). *De kern van het ondernemingsrecht*. Deventer: Kluwer

Rijkers, A.C. & van Dijk, J.E.A.M. (2009). *De aanmerkelijk-belangregeling in de wet IB 1964 en de wet IB 2001, FED fiscale brochures*. Deventer: Kluwer

Soest, van A.J. (2007). *Belastingen: Inkomstenbelasting, Vennootschapsbelasting, Besluit Voorkoming Dubbele Belasting 2001, Nederlands Standaardverdrag*. Deventer: Kluwer

Stevens, L.G.M. (2013). *Elementair belastingrecht*. Deventer: Kluwer

Jurisprudentie

Hof Arnhem, 11 december 2009, nr. 08/00145, V-N 2010/7.1.4

Hof 's-Gravenhage, 15 januari 2010, nr. 08/00526, V-N 2010/26.1.2

HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80

HR 16 december 2011, 10/00610, BNB 2012/80, Conclusie A-G Van Ballegooijen

HR 16 december 2011, 10/00610, BNB 2012/80, Noot. J.P. Boer

HR 16 december 2011, nr. 10/00158, BNB 2012/81

HR 16 december 2011, 10/00158, BNB 2012/81, Conclusie A-G Van Ballegooijen

Rechtbank Haarlem, 15 december 2008, nr. 07/4877, Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht 2009/1170

Rechtbank Arnhem, 28 februari 2008, nr. 07/1744, Nederland Tijdschrift voor Fiscaal Recht 2012/18

Parlementaire geschiedenis

Kamerstukken II, 1988/89, 21 033, nr.3

Kamerstukken II, 1989/90, 21 033, nr.118

Kamerstukken II, 1991/92, 22 442, nr.8

Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr.1

Kamerstukken II, 1995/96, 24 761 nr.2

Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr.3

Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr.6

Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr.7

Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr.B

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

Kamerstukken II, 2006/07, 31 058 nr.3

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

Kamerstukken II, 2011/12, 31 058, nr.C

Kamerstukken II, 2011/12, 32 426, nr.C