

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie

De Wet flex-BV

De gevolgen voor de aandeelhouder

Naam: Claudia van der Sar
Studentnummer: 330573
Begeleider: Mr. M.P.L. Adriaansen

Rotterdam, 22 juli 2014

Inhoudsopgave

Titelpagina

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 - Inleiding

1.1	Inleiding	4
1.2	Probleemstelling	5
1.3	Plan van aanpak	5

Hoofdstuk 2 – Gevolgen voor de aanmerkelijkbelanghouder

2.1	Inleiding	7
2.2	De aanmerkelijkbelangregeling	7
2.3	Het minimale kapitaalvereiste	8
2.4	Crediteurenbescherming	9
2.5	Terugbetaling na een onverantwoorde uitkering	12
2.6	De directeur-grotaandeelhouder	13
2.7	Conclusie	15

Hoofdstuk 3 - Soort aanmerkelijk belang

3.1	Inleiding	16
3.2	Soort aandelen	16
3.3	Stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen	19
3.4	Stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen: een soortaandeel?	22
3.5	Conclusie	24

Hoofdstuk 4 - De positie van de minderheidsaandeelhouder

4.1	Inleiding	25
4.2	De minimumwaarborgen	25
4.3	De geschillenregeling	27
4.4	Conclusie	29

<u>Hoofdstuk 5 - Samenvatting en conclusie</u>	31
Literatuurlijst	34

Hoofdstuk 1 - Inleiding

1.1 Inleiding

Door oud Minister van Justitie, mr. J.P.H. Donner werd in november 2003 aan de Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht de opdracht gegeven om “aanbevelingen te doen met betrekking tot knelpunten en lacunes in het BV-recht zoals deze in de praktijk en literatuur worden gesignaleerd”.¹ Dit onderzoek is het begin geweest van de wijzigingen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, die sinds 1 oktober 2012 zijn ingevoerd. Vanaf deze datum ging de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (hierna: Wet flex-BV) van kracht.

Toen de BV in 1972 werd geïntroduceerd leek de BV sterk op de naamloze vennootschap (NV), maar in de praktijkervaring bleek dat een gedeelte van de regels voor de BV als onnodig belastend werd aanschouwd.² Met het invoeren van de flex-BV is gepoogd hier verandering in te brengen. De rechtsvorm heeft nu veel meer een onderscheidend karakter met regelgeving die minder dwingend en meer regelend is.³ De Wet flex-BV heeft tot doel het ondernemingsrecht te moderniseren door de regels met betrekking tot de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV's) te vereenvoudigen en flexibeler te maken.⁴ Er is hierbij veel aandacht besteed aan het feit dat het oprichten van een BV makkelijker moest worden en dat de BV meer naar eigen wensen van de ondernemers kon worden ingericht.⁵

Het vernieuwen van het BV-recht is ook erg belangrijk op internationaal gebied. Steeds meer omringende landen hadden namelijk al een flexibele rechtsvorm met beperkte aansprakelijkheid geïntroduceerd.⁶ Om Nederland aantrekkelijk te laten blijven als vestigingsland voor binnen en- buitenlandse ondernemingen is het dus van belang dat de flex-BV bestaat.

¹ H.J. de Kluiver, *Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Den Haag: 6 mei 2004, p. III.

² *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p.1.

³ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 3.

⁴ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 2.

⁵ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 3.

⁶ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p 1.

1.2 Probleemstelling

De Wet flex-BV is van toepassing geworden op nieuw op te richten BV's en reeds bestaande BV's. De invoering van de Wet flex-BV heeft dus gevolgen gehad voor vele ondernemingen. Naast de ondernemingen is er ook invloed op de personen die betrokken zijn bij de onderneming. Zo hebben de bepalingen zijn doorwerking naar het dagelijkse bestuur van de onderneming en is er invloed op de aandeelhouders van de onderneming. Een aandeelhouder kan grote of kleine belangen in een vennootschap hebben, maar op allen is de vernieuwde wetgeving van toepassing. In deze scriptie wordt de invloed van de Wet flex-BV daarom bekeken vanuit de oogpunten van verschillende aandeelhouders. Zo wordt er aandacht besteed aan de aandeelhouder met een aanmerkelijk belang en de speciale positie van de directeur-grootaandeelhouder, die zowel een positie in het bestuur van de vennootschap heeft als wel aandeelhouder van de vennootschap is. Daarnaast komt ook de positie van een minderheidsaandeelhouder in tegenstelling tot zijn medeaandeelhouders aan bod.

De aandeelhouder is gehouden tot het betalen van inkomstenbelasting over het inkomen uit de vennootschap. De wetwijzigingen hebben fiscale gevolgen voor de aandeelhouder, ondanks dat de wetgever het bij de invoering van de Wet flex-BV, op enkele uitzonderingen na, niet nodig vond om de fiscale wetgeving te wijzigen.⁷

De onderzoeksvraag die centraal staat in deze scriptie is als volgt:

“Heeft de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht invloed op de aandeelhouder van een besloten vennootschap in de Inkomstenbelasting?”

Ter afbakening van de scriptie worden alleen de gevolgen voor de inkomstenbelasting onderzocht. De invloed van de Wet flex-BV op andere belastingen zullen buiten beschouwing worden gelaten. Daarbij wordt er alleen ingegaan op de gevolgen van de Wet flex-BV voor de aandeelhouder van de vennootschap. Alleen waar dit ter verduidelijking nodig is, wordt er daarnaast stilgestaan bij de positie van de bestuurder van de vennootschap.

1.3 Plan van aanpak

De onderzoeksvraag wordt beantwoord aan de hand van drie deelvragen. In het tweede hoofdstuk wordt de eerste deelvraag beantwoord.

⁷ J.W.E. Litjens & M. Tydeman-Yousef, 'De gevolgen van de flex-BV-wetgeving voor de inkomstenbelasting', *TFO* 2013/127.2, p. 1.

- Wat zijn de veranderingen door het inwerking treden van de bepalingen van de Flex-BV ten aanzien van de aanmerkelijkbelanghouder?

In dit hoofdstuk worden de relevante kenmerken van de flex-BV toegelicht en daarbij de relevante veranderingen ten opzichte van het oude regime voor de aanmerkelijkbelanghouder. Ook worden de eventuele gevolgen voor aanmerkelijkbelanghouder besproken met betrekking tot de inkomstenbelasting, zoals bijvoorbeeld bij de terugbetalingsregeling. In dit hoofdstuk zal ter verdieping ook stil worden gestaan bij de positie van de bestuurder van de vennootschap.

De tweede deelvraag komt in hoofdstuk drie aan bod.

- Wat zijn de gevolgen van het inwerking treden van de Wet flex-BV voor de soortbenadering van aandelen in de aanmerkelijkbelangregeling?

In dit hoofdstuk wordt besproken wanneer er sprake is van een soorttaandeel voor de aanmerkelijkbelangregeling. Sinds de invoering van de Wet flex-BV is het mogelijk om stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen uit te geven. Deze aandelen zullen in dit hoofdstuk worden toegelicht. Daarnaast zal er worden behandeld of er bij stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen gesproken kan worden over een soorttaandeel en wat de gevolgen hiervan zijn.

In hoofdstuk vier wordt de positie van de minderheidsaandeelhouder onderzocht. Dit wordt gedaan aan de hand van de derde deelvraag:

- Wat zijn de veranderingen door het inwerking treden van de bepalingen van de Flex-BV ten aanzien van de minderheidsaandeelhouder?

In dit hoofdstuk worden de wetswijzigingen besproken die invloed hebben op de minderheidsaandeelhouder van een vennootschap. Hierbij zal er aandacht zijn voor de bescherming van de minderheidsaandeelhouder ten opzichte van zijn medeaandeelhouders. Dit wordt onder ander gedaan aan de hand van de gewijzigde geschillenregeling.

Tenslotte volgt in hoofdstuk vijf de conclusie met een antwoord op de onderzoeksvraag.

Voor deze scriptie is voor een literatuuronderzoek gekozen. Met behulp van literatuur uit boeken, kamerstukken, vakbladen en informatie van internet wordt er antwoord gegeven op de deelvragen en onderzoeksvraag.

Hoofdstuk 2 – De veranderingen voor de aanmerkelijkbelanghouder

2.1 Inleiding

Het tweede hoofdstuk zal antwoord geven op de eerste deelvraag. De deelvraag is als volgt:

“Wat zijn de veranderingen door het inwerking treden van de bepalingen van de Flex-BV ten aanzien van de aanmerkelijkbelanghouder?”

In dit hoofdstuk wordt toegelicht wat een flex-BV is. Dit wordt gedaan aan de hand van relevante wetwijzigingen die van invloed zijn op de aanmerkelijk belanghouder. Hierbij wordt een vergelijking gemaakt tussen de wetgeving voor en de wetgeving na de invoering van de Wet flex-BV.

In paragraaf 2.2 wordt uiteengezet wanneer een aandeelhouder een aanmerkelijk belang heeft in een onderneming. Daarna zullen relevante veranderingen voor deze aanmerkelijk belanghouder worden toegelicht. Zo gaat paragraaf 2.3 in op het afschaffen van het minimumkapitaal. In paragraaf 2.4 wordt de invloed behandeld van de veranderingen in de crediteurenbescherming. Om deze veranderingen beter toe te kunnen lichten, zal hierbij een koppeling worden gemaakt naar de gevolgen voor de bestuurder van de onderneming. In paragraaf 2.5 volgt de terugbetalingsregeling die voor de aandeelhouder geldt als gevolg van de hoofdelijke aansprakelijkheid tot terugbetaling van de tekorten die ontstaan zijn na een uitkering door de vennootschap. Daarnaast worden in deze paragraaf de fiscale gevolgen van de terugbetalingsregeling voor de aandeelhouder met een aanmerkelijk belang behandeld. Paragraaf 2.6 gaat in op de speciale positie van de directeur-groootaandeelhouder (hierna: dga). In deze paragraaf wordt er vanuit gegaan dat de dga een aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap. Tenslotte volgt in paragraaf 2.7 de conclusie van het tweede hoofdstuk.

2.2 De aanmerkelijkbelangregeling

Een aandeelhouder heeft een aanmerkelijk belang in een vennootschap in het geval hij in het bezit is van 5% van de aandelen, zie art. 4.6 Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB).⁸

⁸ Artikel 4.6 sub a Wet IB 2001.

Dit kan al dan niet tezamen zijn met een partner.⁹ Tevens is er sprake van een aanmerkelijk belang als een aandeelhouder de optie heeft op ten minste 5% van de aandelen, of in het bezit is van winstbewijzen die recht geven op ten minste 5% van de jaarwinst of 5% van de liquidatie-uitkering.¹⁰

Een aanmerkelijk belang kan daarnaast ontstaan aan de hand van de meetrekregeling, zie art. 4.10 Wet IB. Hiervoor hoeft de aandeelhouder niet zelf in het bezit te zijn van een aanmerkelijk belang. Als de partner of een bloed- of aanverwant in de rechte lijn wel een aanmerkelijk belang heeft in de onderneming, wordt het aandelenbezit alsnog aangemerkt als een aanmerkelijk belang. Als de aandeelhouder een aanmerkelijk belang heeft, worden op grond van de meeslepregeling van art. 4.9 Wet IB ook de andere aandelen in of winstbewijzen van de onderneming aangemerkt tot een aanmerkelijk belang. Art. 4.7 Wet IB 2001 stelt daarnaast dat als een vennootschap verschillende soorten aandelen heeft, de belastingplichtige ook een aanmerkelijk belang in de vennootschap heeft, indien hij al dan niet samen met zijn partner 5% van een bepaald soort aandelen in het bezit heeft. Ook als de aandeelhouder in bezit is van minstens 5% van de opties op een soort aandelen, heeft de aandeelhouder een aanmerkelijk belang.

2.3 Het minimale kapitaalvereiste

Een van de doelstellingen van het invoeren van de Wet flex-BV is dat het makkelijker is om een BV op te richten naar de wensen van de ondernemer.¹¹ Een maatregel waarmee de doelstelling van de Wet flex-BV onder andere moet worden verwezenlijkt is het afschaffen van het minimum kapitaalvereiste.¹² Voor de invoering van de Wet flex-BV diende er op grond van het oude art. 2:179 lid 2 BW een minimumkapitaal van €18.000 op de aandelen van de vennootschap gestort te worden. De bedoeling van het minimumkapitaal was het beschermen van de crediteuren van de onderneming. De crediteuren konden zo een beroep doen op het kapitaal van de onderneming op het moment dat zij hun vordering wilden innen. Sinds de invoering van de flex-BV is het minimumkapitaal geen vereiste meer. Voor het afschaffen is gekozen, omdat er slechts sprake was van een schijnzekerheid voor de

⁹ Partner als bedoeld in artikel 5a AWR jo. artikel 1.2 Wet IB 2001.

¹⁰ Artikel 4.6 sub b & sub c Wet IB 2001.

¹¹ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 3.

¹² *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 8.

crediteuren.¹³ Het kapitaal van €18.000 bij de oprichting van de onderneming bood geen zekerheid dat het bedrag ook daadwerkelijk aanwezig was in het geval de crediteur er aanspraak op wilde maken. Het was namelijk geen vereiste dat het bedrag in het bezit van de vennootschap moest blijven na de voltooiing van de oprichting. Op het moment dat de vordering door crediteuren werd geïnd, was de kans aanwezig dat het bedrag niet meer op de rekening van de vennootschap stond.

Een kapitaal van één cent is onder de Wet flex-BV voldoende bij de oprichting van een BV.¹⁴ Een doel van het afschaffen van het minimumkapitaal is dat het voor een beginnende onderneming, vooral de kleinere, makkelijker moet kunnen zijn om voor een rechtsvorm te kiezen met een beperkte aansprakelijkheid. De bankverklaring en de accountantsverklaring worden als gevolg van het afschaffen van het minimumkapitaal niet langer noodzakelijk geacht.¹⁵ De bankverklaring was namelijk de bevestiging van de bank dat er €18.000 op de rekening van de BV was gestort, zie art. 2:203a BW (oud). De accountantsverklaring is de verklaring van een accountant die nodig was bij een inbreng in natura. De verklaring moest bevestigen dat er voor een minimum van €18.000 werd ingebracht, zie art. 2:204a BW. Beide verklaringen zijn bij de oprichting niet langer vereist.

2.4 Crediteurenbescherming

Voor de invoering van de Wet flex-BV was de vennootschap aansprakelijk voor de aangegane schulden aan de crediteuren, zie art. 2:175 BW. De bestuurder van een onderneming is tegenover de vennootschap gehouden om zijn taken behoorlijk uit te voeren, zie art 2:9 BW. Dit is de interne aansprakelijkheid die rust op de schouders van de bestuurder. De bestuurder kan aansprakelijk gesteld worden in het geval er sprake is van onbehoorlijk bestuur, zie art. 2:9 BW. Bij onbehoorlijk bestuur moet worden nagegaan of een ander redelijk denkend bestuurder, onder dezelfde omstandigheden, op dezelfde manier te werk zou zijn gegaan.¹⁶ Voor de invoering van de Wet flex-BV kon de bestuurder daarnaast hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de ontstane schulden als gevolg van onbehoorlijk bestuur.¹⁷ Sinds de

¹³ H.J. de Kluiver, *Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Den Haag: 6 mei 2004, p. III, p. 88.

¹⁴ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 26.

¹⁵ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 8.

¹⁶ C. van Gool & I. Marye Alwon, 'Wijzigingen in bestuurdersaansprakelijkheid als gevolg van de flex-wet en het wetsvoorstel bestuur en toezicht', *Notariaat M&A* oktober 2012, par. A1.

¹⁷ C. van Gool & I. Marye Alwon, 'Wijzigingen in bestuurdersaansprakelijkheid als gevolg van de flex-wet en het wetsvoorstel bestuur en toezicht', *Notariaat M&A* oktober 2012, par. A2.

invoering van de flex-BV is dit echter veranderd. Nu kunnen naast de bestuurders ook de aandeelhouders van de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld.¹⁸ Dit is het gevolg van een nieuwe regeling van crediteurenbescherming. Deze regeling is ter vervanging van het afgeschafte minimumkapitaal.

Onder de oude regeling waren dividenduitkeringen van de vennootschap aan de aandeelhouders toegestaan op basis van de balanstest. De balanstest hield in dat zolang het eigen vermogen groter of gelijk was aan het geplaatst kapitaal vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserves een uitkering kon plaatsvinden.¹⁹ Indien een besluit werd genomen terwijl niet werd voldaan aan de balanstest, dan was het besluit nietig.

Op grond van art 2:216 lid 1 BW is de Algemene Vergadering bevoegd om de bestemming van de winst te bepalen. Zo kan er worden gekozen om de winst in de BV te houden als reservering of om de winst uit te keren aan de aandeelhouders. Als er voor winstuitkering wordt gekozen, dan moet het bestuur deze uitkering sinds de invoering van de Wet flex-BV eerst goedkeuren aan de hand van de uitkeringstest, zie art 2:216 lid 2 BW. De uitkeringstest is een combinatie van twee verschillende criteria waaraan voldaan moet worden. Het eerste criteria lijkt op de oude balanstest, maar is iets veranderd. Er moet nu door de Algemene Vergadering worden beoordeeld of het eigen vermogen groter is dan de wettelijke en statutaire reserves, zie art. 2:216 lid 1 BW. Op grond van het tweede lid moet het bestuur vervolgens het besluit dat strekt tot uitkering goedkeuren. Het bestuur weigert slechts de goedkeuring in het geval het weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de vennootschap de opeisbare schulden niet meer zal kunnen voldoen als gevolg van de uitkering.²⁰ Bij de opeisbare schulden moet niet alleen gekeken worden naar de schulden die op het moment van het nemen van het besluit opeisbaar zijn, maar er moet ook worden gekeken naar de schulden waarvan het bestuur kan verwachten dat die de komende tijd opeisbaar kunnen worden.²¹

Als er niet wordt voldaan aan de uitkeringstest is een besluit niet langer nietig, maar kunnen de bestuurders en de aandeelhouders hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld.

¹⁸ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 43-44.

¹⁹ Y. Borrius, 'Ondernemingsrecht, Bestuurdersaansprakelijkheid en de uitkering van winst bij de B.V.', *Ondernemingsrecht 2013/79*, p. 2.

²⁰ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 26.

²¹ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 71.

De bestuurder kan intern aansprakelijk worden gesteld voor onbehoorlijk bestuur. Als de bestuurder echter geen verwijt kan worden gemaakt en hij het niet heeft nagelaten om maatregelen te nemen tegen onbehoorlijk bestuur, kan de bestuurder niet aansprakelijk worden gesteld.²² Daarnaast kunnen bestuurders en aandeelhouders gehouden worden tot het terugbetalen van een tekort dat door de uitkering van de vennootschap is ontstaan. De aansprakelijkheid gaat van kracht indien de bestuurders en/of aandeelhouders niet te goeder trouw waren.²³ Dit betekent dat zij wisten of behoorden te weten dat de onderneming als gevolg van de uitkering niet meer aan de verplichtingen kon voldoen.²⁴ De periode van een jaar staat echter niet vast. Ook de omstandigheden waarin de onderneming zich bevindt buiten deze periode moeten namelijk in ogenschouw worden genomen bij het nemen van het besluit.²⁵ Hierbij moeten ook de liquiditeit, de solvabiliteit en de rentabiliteit van de onderneming in acht worden genomen. Bij liquiditeit moet worden gekeken naar de verhouding tussen de vlottende activa en de kortlopende schulden. De solvabiliteit gaat om de verhouding tussen het eigen vermogen en het vreemd vermogen. En rentabiliteit is hetgeen dat het geïnvesteerde eigen of vreemd vermogen oplevert.²⁶

Een bestuurder kan hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de beslissing die hij heeft genomen. Op het moment dat hij niet te goede trouw is, kan de bestuurder worden gehouden aan het terugbetalen van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, zie art. 2:216 lid 3 BW. Het werkelijke bedrag dat moet worden terugbetaald, heeft op grond van ditzelfde artikel de grootte van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering.²⁷ Bestuurders die een bedrag hebben betaald aan de onderneming uit hoofde van aansprakelijkheid, kunnen dit bedrag terugvorderen van de aandeelhouder als dat degene is die de uitkering heeft genoten.²⁸ De aandeelhouder kan aansprakelijk worden gesteld als hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap door het ontvangen van de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De aandeelhouder is in dit geval verplicht tot een vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, tot ten hoogste het bedrag van de ontvangen

²² C. van Gool & I. Marye Alwon, 'Wijzigingen in bestuurdersaansprakelijkheid als gevolg van de flex-wet en het wetsvoorstel bestuur en toezicht', *Notariaat M&A* oktober 2012, par. B1.

²³ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 33.

²⁴ G.J.H. van der Sangen, 'Een civielrechtelijke beschouwing over aandelen, kapitaal en vermogensbescherming bij de Flex-BV', *TFO* 2013/127.1, par. 4.3.

²⁵ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 30.

²⁶ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 71.

²⁷ *Kamerstukken II 2011-2012*, 31 058, E, p. 15.

²⁸ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 31.

uitkering. Dit bedrag wordt vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag dat de uitkering werd ontvangen tot het moment dat het bedrag weer terug is in de onderneming, zie art. 2:216 lid 3 BW.

2.5 Terugbetaling na een onverantwoorde uitkering

De ontvangen voordelen kunnen worden aangemerkt als een regulier voordeel. Deze voordelen zijn voor de aanmerkelijkbelanghouder belast in box 2 tegen een tarief van 25%, zie art. 4.12 Wet IB jo. art. 2.12 Wet IB. De terugbetaling van een uitkering door de aanmerkelijkbelanghouder is hierdoor een negatief regulier voordeel uit aanmerkelijk belang.²⁹ Dit volgt na uitspraak van de Hoge Raad in arrest BNB 1988/122.³⁰ In het arrest werd geoordeeld dat als er een wettelijke verplichting is tot terugbetaling er sprake is van een negatieve opbrengst van vermogen. Als gevolg mag het bedrag dat moet worden terugbetaald aan de onderneming in mindering worden gebracht op de te betalen belasting in box 2.

Als het ontvangen bedrag echter niet als voordeel is aangemerkt, en daarom niet belast is geweest, kan het ook niet als negatief inkomen worden aangemerkt.³¹ Hierdoor kan het bedrag niet als negatief inkomen in aftrek worden gebracht op het inkomen uit aanmerkelijk belang in box 2. Het terugbetaalde bedrag wordt dan aangemerkt als een op aandelen gestort bedrag, wat er voor zorgt dat de verkrijgingsprijs van de aandelen hoger wordt.³² Tevens kan de verschuldigde rente niet worden aangemerkt als een negatief regulier voordeel. Het bedrag is namelijk niet gemaakt ter verwerving, inning of behoud van het reguliere voordeel in box 2.³³ Dit bedrag kan daarom niet gelden als aftrek op het inkomen uit aanmerking belang in box 2.

Bij negatieve inkomsten kan het verlies worden verrekend met andere jaren. Er geldt een carry-back van één jaar en een carry-forward van negen jaar.³⁴ Het terugbetaalde bedrag kan dus alleen worden verrekend met hetzelfde ontvangen bedrag als dit in twee opeenvolgende jaren plaats vindt. Als de terugbetaling niet in hetzelfde of het opvolgende jaar plaatsvindt,

²⁹ *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 426, nr. 7, p. 40.

³⁰ HR 20 januari 1988, BNB 1988/122.

³¹ *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 426, nr. 7, p. 40.

³² *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 426, nr. 7, p. 40.

³³ H.P.A.M. van Arendonk, 'Enige fiscale aspecten van de Wet Flex-bv en de Invoeringswet', *MBB* 2012/11, par. 2.

³⁴ Artikel 4.49 lid 1 Wet IB 2001.

dan is verliesverrekening alleen mogelijk als er een regulier voordeel uit aanmerkelijk belang is in de komende negen jaren.³⁵

Onder de uitkeringstest vallen naast de uitkering van winst ook de uitkeringen voor een kapitaalruggave of een inkoop van eigen aandelen. Ook in deze gevallen kan een verplichting tot terugbetaling volgen voor de aandeelhouder als de onderneming niet meer aan de opeisbare schulden zal kunnen voldoen als gevolg van de uitkering.³⁶

Bij een kapitaalruggave kan de terugbetaling worden aangemerkt als een negatief regulier voordeel. Dit kan echter alleen als de terugbetaling volgt op een belaste bate.³⁷ Als de bate namelijk niet belast is geweest, kan de er geen aftrek op grond van een negatief regulier voordeel plaatsvinden.³⁸ De inkoop van eigen aandelen is een vervreemding op grond van art. 4.16 lid 1 Wet IB. Hierdoor ontstaat een vervreemdingsvoordeel. Als dit voordeel belast is geweest, dan dient de terugbetaling vervolgens aangemerkt te worden als een negatief vervreemdingsvoordeel.³⁹ Zowel bij een verplichting tot kapitaalruggave als bij de inkoop van eigen aandelen kan de aandeelhouder de terugbetaling in aftrek brengen op het box 2 inkomen, mits er een belaste uitkering aan vooraf is gegaan.

2.6 De directeur-groootaandeelhouder

Een directeur-groootaandeelhouder is een bijzondere vorm van een aanmerkelijk belanghouder. Het is een natuurlijk persoon die zowel als aandeelhouder en als bestuurder invloed heeft op de vennootschap.⁴⁰ Meestal heeft een dga meer dan 5% van de aandelen van de vennootschap in zijn bezit, en is hierdoor in dat geval een aanmerkelijk belanghouder. De dga ontvangt inkomen voor zijn werk als bestuurder en daarnaast dividend en uitkeringen omdat hij tevens aandeelhouder is. Daarnaast heeft de dga ook het recht op vervreemdings-, liquidatie- of exit-waarde van de onderneming.⁴¹

³⁵ H.P.A.M. van Arendonk, 'Enige fiscale aspecten van de Wet Flex-bv en de Invoeringswet', *MBB* 2012/11, par. 2.

³⁶ H.P.A.M. van Arendonk, 'Enige fiscale aspecten van de Wet Flex-bv en de Invoeringswet', *MBB* 2012/11, par. 2.

³⁷ Artikel 4.13 lid 1 sub b Wet IB 2001.

³⁸ H.P.A.M. van Arendonk, 'Enige fiscale aspecten van de Wet Flex-bv en de Invoeringswet', *MBB* 2012/11, par. 2.

³⁹ H.P.A.M. van Arendonk, 'Enige fiscale aspecten van de Wet Flex-bv en de Invoeringswet', *MBB* 2012/11, par. 2.

⁴⁰ Raaijmakers, M. J. G. C., & van der Sangen, G. J. H. (2011). De directeur- grootaandeelhouder in het nieuwe BV- recht. In P. van der Korst, & G. T. M. J. Raaijmakers (editors), *Handboek 'onderneming en aandeelhouder'*. (Recht en Onderneming). Deventer: Kluwer, p. 2.

⁴¹ Raaijmakers, M. J. G. C., & van der Sangen, G. J. H. (2011). De directeur- grootaandeelhouder in het nieuwe

Ook voor de vennootschap met een dga gelden de regels van de uitkeringstest. Dit levert een situatie op waarin de dga in zijn positie als bestuurder een besluit tot uitkering moet goedkeuren, dat is genomen door zichzelf in de positie als aandeelhouder die deel uitmaakt van de Algemene Vergadering. Dit zorgt op grond van art. 2:239 lid 6 BW voor een tegenstrijdig belang. De dga mag als gevolg hiervan niet deelnemen aan de beraadslaging en het nemen van een bestuursbesluit over een uitkering. De besluitvorming wordt in dat geval uitgevoerd door de overige aanwezige bestuurders. Als deze niet aanwezig zijn, wordt het een taak van de Raad van Commissarissen. Als ook de Raad van Commissarissen ontbreekt kan, tenzij de statuten anders bepalen, het besluit genomen worden door de Algemene Vergadering. Als de besluitvorming alleen wordt uitgevoerd door de Algemene Vergadering, wordt het besluit dus enkel genomen door aandeelhouders en is er geen sprake van een bestuurdersbesluit.⁴²

Als een besluit leidt tot een situatie waarin de onderneming zijn opeisbare schulden niet meer kan voldoen, kan de dga aansprakelijk worden gesteld. De vraag die op dat moment centraal staat is of de dga de terugbetaling verricht vanuit zijn positie als bestuurder of als aandeelhouder. In het geval dat de terugbetaling wordt verricht als bestuurder, kan het bedrag worden aangemerkt als negatief loon.⁴³ Dit volgt uit een uitspraak van de Hoge Raad in arrest BNB 1993/144.⁴⁴ Hierin werd geoordeeld dat een terugbetaling van de dga kan worden aangemerkt als negatief loon. De Hoge Raad stelde hierbij als voorwaarde dat de terugbetaling moet voortvloeien uit een wettelijke verplichting tot terugbetaling. Deze wettelijke verplichting is ter voorkoming van de mogelijkheid dat de aandeelhouder op een gewenst tijdstip een negatief inkomen kan creëren.⁴⁵

Het negatieve loon kan worden afgetrokken van de te betalen belasting over het loon in box 1. Dit betekent dat er kan worden afgetrokken tegen een tarief van maximaal 52%. Als de dga echter terugbetaalt vanuit de positie van aandeelhouder, dan kan het bedrag worden

BV- recht. In P. van der Korst, & G. T. M. J. Raaijmakers (editors), Handboek 'onderneming en aandeelhouder'. (Recht en Onderneming). Deventer: Kluwer, p. 2.

⁴² H.P.A.M. van Arendonk, 'Enige fiscale aspecten van de Wet Flex-bv en de Invoeringswet', *MBB* 2012/11, par. 2.

⁴³ J.W.E. Litjens & M. Tydeman-Yousef, 'De gevolgen van de flex-BV-wetgeving voor de inkomstenbelasting', *TFO* 2013/127.2, par. 3.5.

⁴⁴ HR 17 maart 1993, nr. 28 943, BNB 1993/144.

⁴⁵ HR 17 maart 1993, nr. 28 943, BNB 1993/144, r.o. 4.2.

aangemerkt als een negatief regulier voordeel.⁴⁶ Dit negatieve voordeel is dan aftrekbaar van het belaste inkomen uit aanmerking belang in box 2, tegen een tarief van 25%. Er kan hier een onevenwichtig effect optreden.⁴⁷ Het is namelijk mogelijk dat de uitkering belast wordt in box 2 tegen 25%, maar dat er door de terugbetaling een aftrek plaatsvindt van 52% in box 1. De wetgever heeft op dit punt geen uitsluitel gegeven over wat de juiste manier is. Door de mogelijkheid voor de bestuurder om onder de aansprakelijkheid uit te komen, is de kans groter dat de dga in dit geval als aandeelhouder aansprakelijk wordt gesteld tot de terugbetaling, zie art. 2:216 lid 3 BW.⁴⁸ Als gevolg hiervan zal de terugbetaling van de dga in dit geval worden gezien als een negatief regulier voordeel met een aftrekrecht in box 2.

2.7 Conclusie

Sinds 1 oktober 2012 zijn er wettelijke veranderingen doorgevoerd met betrekking tot de besloten vennootschap. Deze wetwijzigingen hebben het doel het recht te vereenvoudigen en flexibeler te maken, waardoor de onderneming meer kan worden opgericht naar de wensen van de ondernemer. Zo is het minimumkapitaal van €18.000 afgeschaft en kan worden voldaan met een kapitaal van 1 eurocent. Om de zekerheid van de schuldeisers van een onderneming te kunnen blijven waarborgen is gekozen voor een nieuwe regeling in de vorm van een uitkeringstest. De uitkeringstest houdt in dat het bestuur zijn goedkeuring moet geven als er door de Algemene Vergadering is besloten tot uitkering van de winst. Zowel de bestuurders als de aandeelhouders kunnen als gevolg van een onrechtmatig besluit waarna de onderneming niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld. Hierdoor kunnen zij worden verplicht tot een terugbetaling aan de onderneming. Hierbij ontstaat een aparte situatie voor de directeur-grotaandeelhouder, die zowel een positie in het bestuur heeft en aandeelhouder van de onderneming is. De wetgever heeft hier geen duidelijk uitsluitel gegeven of de eventuele terugbetaling die de dga moet verrichten moet worden aangemerkt als een negatief regulier voordeel, of als negatief loon.

⁴⁶ J.W.E. Litjens & M. Tydeman-Yousef, 'De gevolgen van de flex-BV-wetgeving voor de inkomstenbelasting', *TFO* 2013/127.2, par. 3.5.

⁴⁷ J.L. van de Streek, 'De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv (deel 2)', *WFR* 2011/846, par. 3.2.

⁴⁸ J.W.E. Litjens & M. Tydeman-Yousef, 'De gevolgen van de flex-BV-wetgeving voor de inkomstenbelasting', *TFO* 2013/127.2, par. 3.5.

Hoofdstuk 3 – Soort aanmerkelijk belang

3.1 Inleiding

Dit derde hoofdstuk gaat in op de tweede deelvraag:

“Wat zijn de gevolgen van het in werking treden van de Wet flex-BV voor de soortbenadering van aandelen in de aanmerkelijkbelangregeling?”

In dit hoofdstuk wordt een uiteenzetting gegeven van de aanmerkelijkbelangregeling met betrekking tot verschillende soorten aandelen. Voor de invoering van de Wet flex-BV gaf een aandeel de aandeelhouder recht op een stem in de Algemene Vergadering en het recht op de winst van de onderneming. Sinds de invoering van de Wet flex-BV is het echter ook mogelijk om aandelen zonder winst- of stemrecht uit te geven.⁴⁹ Deze stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen worden in dit hoofdstuk behandeld.

In paragraaf 3.2 wordt toegelicht wanneer er sprake is van een soortaandeel. Hierbij wordt voornamelijk ingegaan op de uitspraken van de Hoge Raad op 16 december 2011 inzake soortaandelen. Paragraaf 3.3 gaat vervolgens in op de nieuwe aandelen, de stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen. Paragraaf 3.4 behandelt of deze stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen ook een apart soort aandelen vormen, en wat de gevolgen hiervan zijn. Ten slotte volgt in paragraaf 3.5 een conclusie.

3.2 Soort aandelen

In het tweede hoofdstuk is uiteengezet wanneer er sprake is van een aanmerkelijk belang voor een aandeelhouder. Een van de vormen waarin een aanmerkelijk belang gerealiseerd wordt is als de aandeelhouder, al dan niet samen met een partner, in het bezit is van ten minste 5% van de aandelen van een bepaalde soort, zie art. 4.7 Wet IB. Ook opties tot het kopen van ten minste 5% van een soort aandelen leidt tot een aanmerkelijk belang. Uit artikel 4.7 lid 2 Wet IB volgt dat niet elk verschil tussen aandelen leidt tot een apart soort. Een benoemingsrecht, het recht om de naam van de vennootschap te mogen bepalen of een recht dat vergelijkbaar is met deze rechten leiden namelijk niet tot een apart soort, als dit het enige onderscheid is met de andere aandelen. Ook als er voor de aandelen een bijzondere aanbiedingsregeling geldt, of

⁴⁹ Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 9.

een regeling die hiermee vergelijkbaar is, zal dit niet leiden tot een apart soort aandeel, zie art 4.7 lid 2 Wet IB.

Uit kamerstukken is af te leiden dat er sprake is van een aparte soort aandelen als de aandelen zodanig van elkaar verschillen, dat zij daardoor niet onderling vervangbaar, oftewel niet dooreen leverbaar zijn.⁵⁰ In de Memorie van Toelichting op de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht is er verder toegelicht wanneer er sprake is van een soorttaandeel. Voor de toepassing van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is vastgesteld dat er in ieder geval sprake is van een apart soort aandelen in de volgende gevallen:

- “het aandelenkapitaal bestaat uit aandelen met verschillende letters en eigen winstreserves;
- de aandelen verschillen in nominale waarde, tenzij de aandelen – in verhouding tot het nominale bedrag – in dezelfde mate delen in de winstreserves en de aan de aandelen verbonden rechten overigens identiek zijn;
- aan de aandelen zijn verschillende stemrechten verbonden. Het stemrecht is niet te vergelijken met de rechten genoemd in het tweede lid van artikel 4.7 van de Wet IB 2001. Dit lid bevat een opsomming van aandelen die worden beschouwd als behorende tot één soort;
- de aandelen kennen verschillende preferenties (bijvoorbeeld bij dividenduitkering of bij liquidatie);
- aan de aandelen zijn speciale rechten toegekend om belangrijke economische beslissingen betreffende de (onderneming van de) vennootschap te nemen, zoals over fusie, splitsing, consolidatie, verkoop of afstoting van activa of wijzigingen in de aard van de onderneming. Deze rechten zijn essentieel en ingrijpender van betekenis dan de vermelde benoemingsrechten en het recht om de naam van de vennootschap te wijzigen.”⁵¹

Daarnaast werd in de Memorie van Toelichting ook gesteld dat aandelen zonder stemrecht, of met een beperkt stemrecht en winstrecht, na de invoering van de Wet flex-BV zullen behoren tot een apart soort aandelen met betrekking tot de aanmerkelijkbelangregeling.⁵²

⁵⁰ *Kamerstukken II 1988-1989*, 21 033, nr. 3, p. 5.

⁵¹ *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 426, nr. 3, p. 11.

⁵² *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 426, nr. 3, p. 11.

Op 16 december 2011 heeft de Hoge Raad de soortbenadering, zoals die op het moment voor de invoering van de Wet flex-BV werd toegepast, verder toegelicht in twee arresten.⁵³ Deze arresten werden gewezen op het moment dat de wetsvoorstellen voor de Wet flex-BV in behandeling waren. Het feit dat het waarschijnlijk mogelijk zou worden om stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen uit te kunnen geven, zouden dus van invloed zijn geweest op de manier waarop de Hoge Raad zijn arresten heeft gewezen.⁵⁴ In beide casussen had de onderneming twee verschillende aandelen uitgegeven. De aandeelhouder had van beide aandelen een aantal aandelen in het bezit welke op zichzelf minder dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal omvatten. Dit betekende dat als er geen sprake was van verschillende soorten aandelen, de aandelen niet als een aanmerkelijk belang zouden worden aangemerkt.

In BNB 2012/80 had de aandeelhouder gewone aandelen A en converteerbare niet-cumulatief preferente aandelen B in zijn bezit. Het verschil tussen de aandelen bestond uit het tijdstip van verjaring van de dividendvordering, preferentie ten aanzien van het liquidatiesaldo en een conversiebepaling die van toepassing was op de preferente aandelen. Daarnaast hadden de aandelen verschillende zeggenschapsrechten bij het nemen van bepaalde besluiten.⁵⁵ In BNB 2012/81 was er enkel sprake van een verschil in stemrecht tussen de aandelen. De vraag die hier centraal in beide casussen stond was of deze verschillen genoeg waren om er toe te leiden dat er sprake is van verschillende soorten aandelen, of dat er een uitzondering van art. 4.7 lid 2 Wet IB van toepassing is. De Hoge Raad concludeerde in BNB 2012/81 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 art. 4.7, lid 2, van de Wet IB 2001 bedoelde verschillen”⁵⁶. Vervolgens licht de Hoge Raad toe dat er sprake is van een soort aanmerkelijk belang als “rechten verschillen wat betreft het stemrecht over de vaststelling of uitbetaling van dividenden en over andere kwesties die de vermogenspositie van de vennootschap rechtstreeks raken.”⁵⁷ Deze

⁵³ HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80 en HR 16 december 2011, nr. 10/00158, BNB 2012/81.

⁵⁴ HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80 (conclusie A-G Van Ballegooijen, met noot van J.P. Boer).

⁵⁵ J.P. Boer & N.E.A. Wentzel, ‘De gevolgen van de Wet Flex-bv voor het soortaanmerkelijkbelang’, *MBB* 2012/11, par. 3.3.

⁵⁶ HR 16 december 2011, nr. 10/00158, BNB 2012/81, r.o. 3.3.4.

⁵⁷ HR 16 december 2011, nr. 10/00158, BNB 2012/81, r.o. 3.3.5.

tweede formulering van de Hoge Raad is ruimer en leidt er toe dat bijna alle verschillen met betrekking tot de besluitvorming over de vermogenspositie van de vennootschap tot een apart soort aandelen leiden.⁵⁸

In beide casussen kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat er sprake was van soorten aandelen.⁵⁹ De Hoge Raad heeft toegelicht dat als aandelen enkel verschillen in stemrechten, er sprake kan zijn van verschillende soorten aandelen. Met deze uitspraken volgde de Hoge Raad niet het advies uit de conclusie van A-G Van Ballegooijen. Van Ballegooijen is namelijk van mening dat enkel een verschil in stemrecht niet leidt tot een apart soort aandelen. Daarnaast zouden de aandelen namelijk ook een verschil van vermogensrechtelijke aard moeten bevatten.⁶⁰ In zijn noot sluit ook Boer zich aan bij Van Ballegooijen over het feit dat enkel een verschil in stemrecht niet genoeg is om te leiden tot een apart soort aandelen. Boer zegt over het stemrecht: “Uitsluitend indien een dergelijk recht met betrekking tot de besluitvorming voor een specifieke categorie aandeelhouders een eigen gerechtigheid tot de winst of reserves oplevert, met uitsluiting van de overige aandeelhouders, is mijns inziens sprake van een eigen soort.”⁶¹

3.3 Stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen

Sinds de invoering van de Wet flex-BV is de mogelijkheid ontstaan om andere soorten aandelen uit te geven. Het is namelijk mogelijk geworden om bij het uitgeven van de aandelen te variëren met de stemrechten en de winstrechten.⁶²

Door de invoering van art. 2:216 lid 7 BW is de mogelijkheid ontstaan om aandelen uit te geven die een beperkt recht of in zijn geheel geen recht meer geven op de winst van de onderneming. Deze winstrechtloze aandelen kunnen bijvoorbeeld door de onderneming worden aangewend in het geval dat de aandeelhouder wel zeggenschap in de onderneming wil

⁵⁸ J.P. Boer & N.E.A. Wentzel, ‘De gevolgen van de Wet Flex-bv voor het soortenmerkbelang’, *MBB* 2012/11, par. 3.3.

⁵⁹ J.P. Boer & N.E.A. Wentzel, ‘De gevolgen van de Wet Flex-bv voor het soortenmerkbelang’, *MBB* 2012/11, par. 3.3.

⁶⁰ A.C. Rijkers, ‘De uitwerking van de regel’, *Cursus Belastingrecht IB.4.3.3.B.*

⁶¹ HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80 (conclusie A-G Van Ballegooijen, met noot van J.P. Boer).

⁶² *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 9.

blijven houden, maar de winst aan de andere aandeelhouders wil laten.⁶³ Een houder van winstrechtloze aandelen heeft namelijk wel altijd zeggenschap in de onderneming.⁶⁴

Daarnaast is door de wijzigingen in art. 2:228 BW de mogelijkheid ontstaan tot het variëren met het aantal stemrechten dat is verbonden aan een aandeel. Op grond van lid 5 van het artikel is het mogelijk om aandelen uit te geven die helemaal geen stemrecht hebben. Dit zijn de zogenoemde stemrechtloze aandelen. Stemrechtloze aandelen bevatten alle aandeelhoudersrechten, met uitzondering van het stemrecht.⁶⁵ Zo geeft een stemrechtloos aandeel wel recht op de winst.⁶⁶ Het is niet mogelijk dat een aandeel op eenzelfde moment én geen recht op de winst én geen stemrecht in een onderneming biedt. In dat geval is er namelijk geen sprake van een aandeel, zie art. 2:190 BW. Een beperkt recht op de winst is wel mogelijk, maar het volledig ontzeggen tot de winst niet.⁶⁷ Stemrechtloze aandelen geven de houder van de aandelen tevens wel het vergaderrecht.⁶⁸ Dit is het recht om deel te kunnen nemen aan de Algemene Vergadering, en het recht om hier te spreken. De aandeelhouder kan dus wel deelnemen aan een vergadering, maar mag hier vervolgens niet stemmen.

Stemrechtloze aandelen kunnen worden uitgegeven door de onderneming als dit is vastgelegd in de statuten, zie art 2:228 lid 5 BW. Als er aandelen worden uitgegeven zonder stemrecht, dan moet dit gelden voor alle aandelen met dezelfde aanduiding of van dezelfde soort.⁶⁹ Tevens is uitgifte mogelijk als er voor aanvang is bepaald dat de aandelen stemrechtloos zullen zijn. Met deze regeling wordt voorkomen dat een aandeelhouder zomaar, tegen eigen wil in het stemrecht over zijn aandelen kan verliezen.⁷⁰ Er moet altijd ten minste één aandeel worden uitgegeven met stemrecht aan een ander dan en anders dan voor rekening van de vennootschap of een van haar dochtermaatschappijen, zie art. 2:175 lid 1 BW. Hierdoor blijft het altijd mogelijk dat de Algemene Vergadering een besluit kan nemen.⁷¹

⁶³ H.J. de Kluiver, *Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Den Haag: 6 mei 2004, p. III, p. 77.

⁶⁴ B.A.H.J. Schijns & E.H.B. Kroesen, 'De flex-bv nader belicht', *Forfaitair* 2011/220, par. 3.1.

⁶⁵ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 12.

⁶⁶ B.A.H.J. Schijns & E.H.B. Kroesen, 'De flex-bv nader belicht', *Forfaitair* 2011/220, par. 3.1.

⁶⁷ P.P.A.H. van den Heuvel, 'De Flex-BV; flexibel stemrecht en aandelen zonder stemrecht', *TvOB* 2011/3, p. 74.

⁶⁸ B.A.H.J. Schijns & E.H.B. Kroesen, 'De flex-bv nader belicht', *Forfaitair* 2011/220, par. 3.1.

⁶⁹ P.P.A.H. van den Heuvel, 'De Flex-BV; flexibel stemrecht en aandelen zonder stemrecht', *TvOB* 2011/3, p. 75.

⁷⁰ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 86.

⁷¹ *Kamerstukken I 2011-2012*, 31 058, C, p. 8.

Voor de invoering van de Wet flex-BV was er al een mogelijkheid tot het certificeren van aandelen. Bij de certificering van aandelen worden de economische en juridische rechten die verbonden zijn aan de aandelen van elkaar gesplitst.⁷² Dit wordt gerealiseerd doordat de aandeelhouder zijn aandelen levert aan een administratiekantoor en hiervoor in ruil certificaten van het administratiekantoor ontvangt. Het administratiekantoor heeft meestal de stichting als rechtsvorm⁷³. Het administratiekantoor is na de levering de aandeelhouder en houdt de aandelen ten titel van beheer voor de houders van de certificaten.⁷⁴ Hierbij heeft het administratiekantoor het recht om de aandeelhoudersrechten uit te oefenen. Door een contract tussen de certificaathouder en het administratiekantoor, heeft de certificaathouder alle rechten die aan een aandeel verbonden zijn, met uitzondering van het stemrecht.⁷⁵ Het stemrecht blijft namelijk in handen van het administratiekantoor. De certificaten geven de houder het recht op de inkomsten uit de aandelen, zoals de winst van de onderneming. Het inkomen zal door de onderneming, via het administratiekantoor, aan de certificaathouders worden uitbetaald.⁷⁶

Sinds de invoering van de Wet flex-BV is het mogelijk om in de statuten te bepalen dat aan de certificaten een vergaderrecht is verbonden.⁷⁷ Daarnaast is het ook mogelijk om het vergaderrecht weer in te trekken. De houder van stemrechtloze aandelen heeft daarentegen altijd het recht om de Algemene Vergadering bij te wonen.⁷⁸ Een ander verschil tussen certificaten en stemrechtloze aandelen is dat er bij stemrechtloze aandelen geen zeggenschap meer verbonden is aan het aandeel, terwijl dit bij certificaten nog wel het geval is. De zeggenschap is nu echter in handen van het bestuur van het administratiekantoor. In beide situaties behoudt de houder van de certificaten of de houder van de stemrechtloze aandelen wel het economische recht van de aandelen.

Een voordeel van het invoeren van de stemrechtloze aandelen is dat het de concurrentiepositie ten opzichte van het buitenland verbeterd. In andere Europese landen was er al eerder de mogelijkheid tot het oprichten van een vennootschap waarbij stemrechtloze aandelen kunnen

⁷² O. Salah, 'Certificering van aandelen en stemrechtloze aandelen na invoering flex-bv', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/16, p. 2.

⁷³ J.A.M. ten Berg, '(Af)stemming in de Flex-BV', *Ondernemingsrecht* 2012/115, p. 10.

⁷⁴ O. Salah, 'Certificering van aandelen en stemrechtloze aandelen na invoering flex-bv', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/16, p. 2.

⁷⁵ J.A.M. ten Berg, '(Af)stemming in de Flex-BV', *Ondernemingsrecht* 2012/115, p. 10.

⁷⁶ O. Salah, 'Certificering van aandelen en stemrechtloze aandelen na invoering flex-bv', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/16, p. 2.

⁷⁷ J.A.M. ten Berg, '(Af)stemming in de Flex-BV', *Ondernemingsrecht* 2012/115, p. 10.

⁷⁸ J.A.M. ten Berg, '(Af)stemming in de Flex-BV', *Ondernemingsrecht* 2012/115, p. 10.

worden uitgegeven.⁷⁹ Daarnaast is certificering in het buitenland onbekend.⁸⁰ Vanwege de steeds verdere internationalisering van het bedrijfsleven is het dus erg belangrijk voor Nederland als vestigingsland dat het uitgeven van stemrechtloze aandelen mogelijk is geworden.

3.4 Stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen: een soortaandeel?

Het is belangrijk om te weten wanneer er sprake is van een soort aanmerkelijk belang. Voor de aandeelhouder heeft dit namelijk gevolgen voor de heffing van de belasting. Een aanmerkelijk belanghouder wordt namelijk belast in box 2 tegen het hogere tarief van 25%. Als er geen sprake is van een aanmerkelijk belang wordt de aandeelhouder echter belast in box 3 tegen een tarief van 30% over het forfaitair rendement van 4%. Het is dus van belang om te weten of de stemrechtloze en winstrechtloze aandelen ook vallen onder een soort aandeel.

Stemrechtloze aandelen kunnen, als we kijken naar de arresten van de Hoge Raad op 16 december 2011, worden aangemerkt als een soortaandeel. Stemrechtloze aandelen verschillen namelijk altijd van andere aandelen als er wordt gekeken naar de besluitvorming over uitkeringen van winst of vermogen van een onderneming.⁸¹ Daarnaast heeft ook de wetgever in de memorie van toelichting gesteld dat een pakket aandelen zonder stemrecht op zichzelf een aanmerkelijk belang zal vormen.⁸²

Cats is van mening dat het feit dat winstrechtloze aandelen niet dooreen leverbaar zijn met gewone aandelen genoeg is om te kunnen spreken van een soortaandeel.⁸³ De rechten die verbonden zijn aan de aandelen verschillen namelijk van elkaar, en een houder van gewone aandelen zal deze niet zonder tegenprestatie willen ruilen tegen aandelen zonder winstrecht. Als er echter getoetst wordt aan de motivering van de Hoge Raad in BNB 2012/81, kan er een discussie ontstaan of een winstrechtloos aandeel wel kan worden aangemerkt als een soortaandeel. Zo vinden Boer en Wentzel dat het arrest mee moet worden genomen in de beoordeling. Zij vinden dat het ontbreken van een winstrecht niet kan worden aangemerkt als

⁷⁹ P.P.A.H. van den Heuvel, 'De Flex-BV; flexibel stemrecht en aandelen zonder stemrecht', *TvOB* 2011/3, p. 76.

⁸⁰ P.P.A.H. van den Heuvel, 'De Flex-BV; flexibel stemrecht en aandelen zonder stemrecht', *TvOB* 2011/3, p. 77.

⁸¹ J.P. Boer & N.E.A. Wentzel, 'De gevolgen van de Wet Flex-bv voor het soortaanmerkelijkbelang', *MBB* 2012/11, par. 4.3.

⁸² *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 426, nr. 3, p. 10-11.

⁸³ L.P. Cats, 'Stemrechtloze en winstrechtloze aandelen: soortaandelen?', *VP-bulletin* 2012/32.

een ‘bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of reserve’.⁸⁴ Alleen indien er ook sprake is van een verschil in de zeggenschapsrechten kan er naar hun mening sprake zijn van een soortaandeel. Tenslotte zijn Litjens en Tydeman-Yousef van mening dat een ‘bijzondere gerechtigdheid’ ook kan worden gelezen als een ‘afwijkende gerechtigdheid’.⁸⁵ Hierdoor zou een winstrechtloos aandeel wel voldoen aan de motivering die de Hoge Raad heeft gegeven, en vormt het een soortaandeel.

Naar mijn mening kan er bij zowel stemrechtloze als winstrechtloze aandelen gesteld worden dat zij een soortaandeel vormen. Bij stemrechtloze aandelen zal er altijd een verschil ontstaan met gewone aandelen met betrekking tot de besluitvorming over de uitkering van winst of vermogen van de vennootschap, zoals de Hoge Raad dit stelde. Daarnaast sluit ik mij aan bij de mening van Litjens en Tydeman-Yousef met betrekking tot winstrechtloze aandelen. Winstrechtloze aandelen verschillen dusdanig van gewone aandelen dat ze niet dooreen leverbaar zijn. Daarnaast is het ontbreken van een winstrecht naar mijn mening ook een ‘bijzondere vorm van gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een deel van de reserve van de vennootschap’ en zouden winstrechtloze aandelen moeten worden beschouwd als een soortaandeel.

Door het aanmerken van stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen als soort aandelen is er sneller de mogelijkheid dat een aandeelhouder een aanmerkelijk belang heeft in een vennootschap. Doordat de aandeelhouder van winstrechtloze aandelen geen recht heeft op de winst van de onderneming, is een inkomen uit aanmerkelijk belang niet snel gerealiseerd. Het feit dat een aandeelhouder dus sneller een aanmerkelijk belang kan krijgen in een onderneming, en dus belast wordt in box 2, heeft in de praktijk dus minder invloed op de houder van winstrechtloze aandelen. Maar op het moment dat de aandeelhouder zijn aandelen zal verkopen zal het weldegelijk een gevolg hebben. Er worden dan namelijk vervreemdingsvoordelen behaald die zullen worden belast in box 2.

⁸⁴ J.P. Boer & N.E.A. Wentzel, ‘De gevolgen van de Wet Flex-bv voor het soortaanmerkelijkbelang’, *MBB* 2012/11, par. 4.2.

⁸⁵ J.W.E. Litjens & M. Tydeman-Yousef, ‘De gevolgen van de flex-BV-wetgeving voor de inkomstenbelasting’, *TFO* 2013/127.2, par. 3.1.1.2.

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is toegelicht wanneer er sprake is van een soort aanmerkelijk belang. Een soortaandeel ontstaat als aandelen zodanig van elkaar verschillen dat deze niet dooreen leverbaar zijn. Daarnaast heeft de Hoge Raad op 16 december 2011, in de arresten BNB 2012/80 en BNB 2012/80, meer duidelijkheid gegeven over wanneer er sprake van een soort aanmerkelijk belang is. De Hoge Raad stelde hier dat als er een sprake is van een “bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een 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”, een aandeel behoort tot een apart soort.

Sinds de invoering van de Wet flex-BV is het mogelijk geworden om aandelen uit te geven zonder stemrecht of zonder winstrecht. Deze stemrechtloze en winstrechtloze aandelen kunnen ook worden aangemerkt als een apart soort aandelen. Dit heeft tot gevolg dat de kans voor een aandeelhouder groter is geworden om onder de aanmerkelijkbelangregeling te vallen.

Hoofdstuk 4 – De positie van de minderheidsaandeelhouder

4.1 Inleiding

Dit vierde hoofdstuk gaat in op de derde deelvraag:

“Wat zijn de veranderingen door het inwerking treden van de bepalingen van de Flex-BV ten aanzien van de minderheidsaandeelhouder?”

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de positie van de minderheidsaandeelhouder na de invoering van de Wet flex-BV. Aandeelhouders die zich in dezelfde omstandigheden bevinden, moeten door de vennootschap op gelijke wijze worden behandeld, zie art. 2:201 BW. Om de positie van de minderheidsaandeelhouder in de vennootschap te beschermen heeft de wetgever een aantal minimumwaarborgen ingevoerd. Het doel van de wetgever is dat de minimumwaarborgen de aandeelhouder meer zekerheid bieden, zonder dat het ten koste gaat van de flexibilisering van het recht met betrekking tot de besloten vennootschap.⁸⁶

In paragraaf 4.2 worden de eerste twee minimumwaarborgen behandeld die door de wetgever zijn ingesteld. In paragraaf 4.3 wordt de derde waarborg besproken. Deze gaat over het oplossen van geschillen tussen aandeelhouders. Hierbij wordt de geschillenregeling na de invoering van de Wet flex-BV vergeleken met de regeling die van kracht was voor de invoering van de Wet flex-BV. Ten slotte volgt in paragraaf 4.4 de conclusie van het hoofdstuk.

4.2 De minimumwaarborgen

Een minderheidsaandeelhouder is een aandeelhouder die minder dan de helft van de aandelen van de vennootschap in zijn bezit heeft. Het is van belang dat er speciale regels zijn ter bescherming van de positie van de minderheidsaandeelhouder. Er is namelijk de kans dat de minderheidsaandeelhouders door de grotere vrijheid bij inrichting worden benadeeld door de meerderheid.⁸⁷

⁸⁶ Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 4.

⁸⁷ Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 4.

De minderheidsaandeelhouder moet zich schikken in het feit dat de meerderheid het voor het zeggen heeft bij de besluitvorming in een Algemene Vergadering.⁸⁸ Hierbij zal er door de aandeelhouders moeten worden gehandeld naar redelijkheid en billijkheid, zie art. 2:8 BW. Als een besluit in strijd is met redelijkheid en billijkheid, dan is het besluit vernietigbaar op grond van art. 2:15 BW. De vennootschap moet tegenover de aandeelhouders een bijzondere zorgvuldigheid in acht nemen.⁸⁹ Hierbij is het van belang dat de vennootschap voorkomt dat er een belangenverstremming plaatsvindt. Als er bij het nemen van een besluit misbruik wordt gemaakt van het meerderheidsbelang, of als de rechten van de aandeelhouders in het geding zijn, is het daarnaast nodig om met wettelijke bepalingen de minderheidsaandeelhouder te beschermen.⁹⁰ Zo heeft de wetgever extra eisen gesteld aan het proces van besluitneming in de vennootschap. Dit is het geval bij een wijziging van de statuten waardoor er een wijziging in de aandeelhoudersrechten kan plaatsvinden.⁹¹ Er worden hier dan de wijziging van belangrijke aandeelhoudersrechten bedoeld, zoals de wijzigingen in de stemrechtverdeling, de overdraagbaarheid van aandelen en het vergaderrecht. Als er wordt besloten over deze rechten is unanimititeit een eis.⁹² Door deze maatregel wordt de minderheidsaandeelhouder in bescherming genomen. De minderheidsaandeelhouder heeft nu namelijk invloed op een besluit over de overdraagbaarheid van aandelen en de verdeling van het stemrecht. Als gevolg hiervan is er ook invloed op de verdeling van de machtsverhouding tussen aandeelhouders.⁹³

Een ander waarborg die door de wetgever is ingevoerd, is dat een regeling niet tegen de wil van de aandeelhouder kan worden opgelegd.⁹⁴ Dit is bijvoorbeeld het geval bij het verbinden van verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard aan het aandeelhouderschap. Ook het opleggen van eisen aan de aandeelhouder, en het bepalen dat een aandeelhouder al zijn aandelen of een deel daarvan moet aanbieden en moet afdragen zijn besluiten die niet kunnen worden opgelegd tegen de wil in van de aandeelhouder zelf. Dit kan eveneens niet als er in het besluit een tijdsbepaling wordt opgenomen, zie art. 2:192 BW.

⁸⁸ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 4.

⁸⁹ HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296, r.o. 3.2.

⁹⁰ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 4.

⁹¹ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 4.

⁹² *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 4.

⁹³ D. van der Wulp, 03-04-2012, 'De positie/bescherming van minderheidsaandeelhouders in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in het licht van de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht'. Geraadpleegd op 15-07-2014, van <http://www.juristenweblog.nl/artikelen.asp?aid=218>.

⁹⁴ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 4.

Voor de invoering van de Wet flex-BV was het verplicht om in de statuten van de vennootschap een blokkeringsregeling op te nemen. Met de blokkeringsregeling worden de aandeelhouders beperkt om de aandelen vrij over te dragen.⁹⁵ Op deze manier wordt het besloten karakter van de besloten vennootschap beschermd.⁹⁶ Zo kan er in de statuten een aanbiedingsregeling zijn opgenomen. Dit houdt in dat als een aandeelhouder zijn aandelen wil vervreemden, hij deze eerst moet aanbieden aan zijn medeaandeelhouders.⁹⁷ Een andere mogelijkheid is de goedkeuringsregeling. Bij deze regeling moet de aandeelhouder bij vervreemding van zijn aandelen goedkeuring aan de Algemene Vergadering vragen.⁹⁸ Als er niet wordt voldaan aan de blokkeringsregeling is de overdracht van de aandelen niet rechtsgeldig, aangezien er sprake is van beschikkingsonbevoegdheid.⁹⁹

Sinds de wetswijziging is de blokkeringsregeling echter niet meer verplicht, maar facultatief. Het is nu mogelijk om in de statuten aan te geven dat er wordt afgezien van de blokkeringsregeling.¹⁰⁰ Als dit niet is aangegeven in de statuten, geldt de aanbiedingsregeling zoals deze ook voor de invoering van de Wet flex-BV van toepassing was, zie art. 2:195 BW.¹⁰¹ De prijs die voor de aandelen bij overdracht wordt betaald door een andere aandeelhouder wordt vastgesteld door een onafhankelijke deskundige. Als er in de statuten echter wordt bepaald dat de prijs op een andere manier tot stand komt, kan het besluit hier toe niet worden genomen tegen de wil van de aandeelhouder in.¹⁰² Ook dit is ter voorkoming van het misbruiken van de positie waarin de minderheidsaandeelhouder zich bevindt. De regeling dat er niet kan worden besloten tegen de wil in van de aandeelhouder is persoonsgebonden. Als er een aandeelhouder nieuw zou toetreden tot de vennootschap als gevolg van de overdracht van de aandelen, kan deze nieuwe aandeelhouder wel worden gebonden aan de nieuwe statutaire regeling.¹⁰³

4.3 De geschillenregeling

Een andere minimumwaarborg van de wetgever ligt in de geschillenregeling. Deze regeling is sinds de invoering van de Wet flex-BV sterk veranderd. Met de geschillenregeling wordt

⁹⁵ H. Koster, 'Besloten vennootschap en blokkeringsregeling', *BB* 2012/33, p. 1.

⁹⁶ W. Bosse, 'De flex-bv (deel 1)', *ftV* 2012/13, p. 9.

⁹⁷ H. Koster, 'Besloten vennootschap en blokkeringsregeling', *BB* 2012/33, p. 2.

⁹⁸ H. Koster, 'Besloten vennootschap en blokkeringsregeling', *BB* 2012/33, p. 1.

⁹⁹ H. Koster, 'Besloten vennootschap en blokkeringsregeling', *BB* 2012/33, p. 2.

¹⁰⁰ N.V. Douma, 'De flex-BV nader belicht, een overzicht van de belangrijkste wijzigingen en nieuwe mogelijkheden die de wet introduceert', *V&O* 2012 (afl. 11).

¹⁰¹ W. Bosse, 'De Flex-BV, ruim een jaar verder (deel 2)', *ftV* 2014/7, p. 5.

¹⁰² *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 4.

¹⁰³ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 4.

beoogd de problemen die aandeelhouders onderling hebben op te lossen. Van de geschillenregeling die in werking was voor de invoering van de Wet flex-BV werd niet veel gebruik gemaakt, omdat het in de praktijk niet goed werkte.¹⁰⁴ Eén van de redenen hiervan was dat het proces te lang duurde. Door een veranderd proces kan de minderheidsaandeelhouder effectiever gebruik maken van de geschillenregeling in het geval er onderlinge problemen zijn met de medeaandeelhouders.¹⁰⁵

De geschillenregeling houdt in dat problemen tussen aandeelhouders worden opgelost door de overdracht van aandelen. Deze overdracht kan plaatsvinden door het uittreden en het uitstoten van aandeelhouders.¹⁰⁶ Het uitstoten van aandeelhouders houdt in dat aandeelhouders verplicht worden om de aandelen te verkopen aan de medeaandeelhouders van de vennootschap, omdat het langer aanblijven als aandeelhouder niet langer wordt geduld.¹⁰⁷ Daarnaast is de mogelijkheid gecreëerd dat de aandeelhouder zelf een vordering tot uittreding kan instellen.¹⁰⁸ Bij het uittreden van aandeelhouders heeft de uittredende aandeelhouder een vordering tot het overnemen van de aandelen.¹⁰⁹ Het recht tot uittreding kan worden uitgevoerd als het in redelijkheid niet langer van de aandeelhouder kan worden gevergd om nog langer aandeelhouder van de vennootschap te blijven.¹¹⁰ Daarnaast kan de vordering ook worden ingesteld op basis van het gedrag van medeaandeelhouders of van de vennootschap zelf, zie art. 2:343 lid 1 BW.

Een uittreding van een aandeelhouder zal niet kunnen plaatsvinden in het geval de vennootschap niet de mogelijkheid heeft om de aandelen over te nemen. Er is voor de vennootschap namelijk sprake van een verkrijging van eigen aandelen.¹¹¹ Als de

¹⁰⁴ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 17.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 4.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 18.

¹⁰⁷ H.T. Verhaar, 'De verbeterde geschillenregeling: meer potentieel dan wellicht wordt gedacht', *Onderneming en Financiering* 2012 (20) 3, p. 27.

¹⁰⁸ H.T. Verhaar, 'De verbeterde geschillenregeling: meer potentieel dan wellicht wordt gedacht', *Onderneming en Financiering* 2012 (20) 3, p. 30.

¹⁰⁹ H.T. Verhaar, 'De verbeterde geschillenregeling: meer potentieel dan wellicht wordt gedacht', *Onderneming en Financiering* 2012 (20) 3, p. 27.

¹¹⁰ *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3, p. 4.

¹¹¹ H.T. Verhaar, 'De verbeterde geschillenregeling: meer potentieel dan wellicht wordt gedacht', *Onderneming en Financiering* 2012 (20) 3, p. 31.

vennootschap als gevolg van deze verkrijging niet meer aan zijn opeisbare schulden zal kunnen voldoen, kan de vordering tot uittreding niet worden toegewezen.¹¹²

Bij een geschil zal de rechter eerst bepalen of de vordering tot uittreding of uitstoting van een aandeelhouder gegrond is. Vervolgens zal de rechter een beslissing nemen over de prijs die voor de aandelen moet worden betaald.¹¹³ Als echter in de statuten een ander prijsbepaling is vastgesteld, is de prijsbepaling door de rechter niet noodzakelijk.¹¹⁴ In tegenstelling tot de regeling die voor de invoering van de Wet flex-BV van toepassing was, kan er nu pas in hoger beroep worden gegaan op het moment dat er in hoger beroep kan worden gegaan tegen het vonnis met de prijsbepaling.¹¹⁵ Tijdens de oude regeling was er eerder hoger beroep mogelijk en kon er pas aan de prijsbepaling worden begonnen op het moment dat het vonnis over de vordering onherroepelijk was vastgesteld. Een andere methode die kan worden toegepast is als de aandeelhouders onderling al hebben beslist dat de aandelen van de een over zullen gaan naar de andere partij.¹¹⁶ Er kan in dit geval dan nog een beroep worden gedaan op de rechter, zodat de prijs van de aandelen kan worden vastgesteld.

Door deze nieuwe mogelijkheden is de procedure van de geschillenregeling een stuk sneller geworden. De aandeelhouder wordt door deze geschillenregeling beter beschermd, door het feit dat er sneller uit de vennootschap kan worden getreden op het moment dat het niet langer van de aandeelhouder kan worden gevergd om te blijven.

4.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is de positie van de minderheidsaandeelhouder aan de orde gekomen. Er zijn enkele minimumwaarborgen ingevoerd om de minderheidsaandeelhouder te beschermen. Dit is nodig omdat er anders de kans bestaat dat de minderheidsaandeelhouders door de meerderheid worden benadeeld als gevolg van de grotere vrijheid van inrichting van de vennootschap. Zo is het in sommige gevallen verplicht dat besluiten unaniem worden

¹¹² H.T. Verhaar, 'De verbeterde geschillenregeling: meer potentieel dan wellicht wordt gedacht', *Onderneming en Financiering* 2012 (20) 3, p. 31.

¹¹³ H.T. Verhaar, 'De verbeterde geschillenregeling: meer potentieel dan wellicht wordt gedacht', *Onderneming en Financiering* 2012 (20) 3, p. 29.

¹¹⁴ H.T. Verhaar, 'De verbeterde geschillenregeling: meer potentieel dan wellicht wordt gedacht', *Onderneming en Financiering* 2012 (20) 3, p. 29.

¹¹⁵ H.T. Verhaar, 'De verbeterde geschillenregeling: meer potentieel dan wellicht wordt gedacht', *Onderneming en Financiering* 2012 (20) 3, p. 27.

¹¹⁶ H.T. Verhaar, 'De verbeterde geschillenregeling: meer potentieel dan wellicht wordt gedacht', *Onderneming en Financiering* 2012 (20) 3, p. 30.

genomen. Hierdoor heeft ook de minimumaandeelhouder invloed op de onderlinge verhouding tussen aandeelhouders. Daarnaast kan een minderheidsaandeelhouder niet tegen zijn wil in regelingen worden opgelegd. Een ander manier waarop de aandeelhouder wordt beschermd, is door de vernieuwde geschillenregeling. Door deze regeling is het mogelijk geworden om sneller tot een vordering tot uittreding of uitstoting van een aandeelhouder te komen. Op het moment dat het niet langer kan worden gevegd van de aandeelhouder om aandeelhouder te blijven is het nu mogelijk dat de aandeelhouder zelf een vordering doet tot uittreding.

Hoofdstuk 5 - Samenvatting en conclusie

Met ingang van 1 oktober 2012 is de Wet flex-BV in werking getreden. Deze wet ziet op wijzigingen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. De wetwijzigingen hebben het doel om het ondernemingsrecht te moderniseren door de regels die betrekking hebben op de BV te vereenvoudigen en te flexibiliseren. Het inrichten van de BV moest vooral meer naar de eigen wensen van de ondernemer kunnen worden gedaan. De wijzigingen die zijn doorgevoerd werken door naar de aandeelhouders van de onderneming. Niet alleen civielrechtelijk heeft de Wet flex-BV gevolgen, maar ook in fiscaal opzicht heeft de Wet flex-BV zijn doorwerking op de aandeelhouder.

Een van de wetwijzigingen die het doel van de Wet flex-BV moet verwezenlijken is het afschaffen van het minimum kapitaalvereiste. Voorheen was een minimumkapitaal van €18.000 vereist bij het oprichten van een BV. Aangezien dit kapitaal alleen een schijnzekerheid bleek en niet de crediteurenbescherming gaf die het had moeten doen, is er overgaan tot afschaffing. Om de zekerheid van de crediteuren te kunnen blijven waarborgen is er gekozen voor een nieuwe regeling in de vorm van een uitkeringstest. Deze uitkeringstest houdt in dat het bestuur van de vennootschap zijn goedkeuring moet geven aan een besluit dat is genomen door de Algemene Vergadering met betrekking tot uitkering van de winst. Als de vennootschap als een gevolg van een genomen besluit door het bestuur zijn opeisbare schulden niet meer kan voldoen, kunnen de bestuurders en de aandeelhouders van de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld. Deze aansprakelijkheid gaat van kracht indien de aandeelhouders en bestuurders wisten of behoorden te weten dat de vennootschap als gevolg van het besluit niet meer aan de verplichtingen kan voldoen.

De aandeelhouder kan aansprakelijk gesteld worden voor het tekort dat is ontstaan als gevolg van de uitkering. De aandeelhouder moet in dit geval het tekort aan de vennootschap terugbetalen, tot ten hoogste het bedrag van de ontvangen uitkering. Als de aandeelhouder een uitkering ontvangt van de vennootschap kan dit worden aangemerkt als een regulier voordeel. Dit zal worden belast in box 2 tegen een tarief van 25%. Als de aandeelhouder een terugbetaling moet doen aan de vennootschap kan dit worden aangemerkt als een negatief regulier voordeel en mag dit bedrag in aftrek worden gebracht op de te betalen belasting in box 2.

Een aparte situatie ontstaat voor de directeur-groootaandeelhouder, die zowel bestuurder als aandeelhouder van de vennootschap is. Als de dga een terugbetaling moet doen aan de vennootschap ontstaat de vraag of hij dit doet vanuit zijn positie als aandeelhouder of als bestuurder. Als er een terugbetaling wordt verricht als aandeelhouder is er sprake van een negatief regulier voordeel, maar als het een verrichting is als bestuurder, dan is er sprake van negatief loon. Negatief loon kan echter worden afgetrokken tegen een tarief van maximaal 52% in tegenstelling tot het tarief van 25% in het geval van een negatief regulier voordeel. Ondanks het risico op een onevenwichtig effect, heeft de wetgever geen uitsluitel gegeven over hoe de terugbetaling door de dga moet worden aangemerkt.

Een aandeelhouder heeft onder andere een aanmerkelijk belang in een vennootschap als hij in het bezit is van ten minste 5% van de aandelen van een bepaalde soort. Er is sprake van een soorttaandeel als de aandelen zodanig van elkaar verschillen dat deze niet dooreen leverbaar zijn. Daarnaast heeft de Hoge Raad in de arresten van 16 december 2011 meer duidelijkheid gegeven over wanneer er sprake is van een soorttaandeel met betrekking tot de aanmerkelijkbelangregeling. De Hoge Raad stelde dat als er een sprake is van een “bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een 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”, een aandeel behoort tot een apart soort.

Met de invoering van de Wet flex-BV is ook de mogelijkheid ontstaan tot het uitgeven van stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen. Deze aandelen kunnen ook worden aangemerkt als een soorttaandeel. Bij stemrechtloze aandelen zal er namelijk altijd een verschil ontstaan met gewone aandelen met betrekking tot de besluitvorming over de uitkering van winst of vermogen van de vennootschap, zoals de Hoge Raad het stelde. Winstrechtloze aandelen verschillen daarnaast dusdanig van gewone aandelen dat zijn niet dooreen leverbaar zijn. Ook kan het ontbreken van het winstrecht naar mijn mening worden aangemerkt als een ‘bijzondere vorm van gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap’.

Als gevolg van het aanmerken van stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen als soort aandelen, is er voor de aandeelhouder sneller de kans om onder de aanmerkelijkbelangregeling te vallen. Hierdoor zal de aandeelhouder met een aanmerkelijk belang onderworpen worden aan de belasting in box 2, in plaats van de belasting tegen het lagere tarief van box 3.

Tenslotte is ingegaan op de positie van de minderheidsaandeelhouder in de vennootschap. De wetgever heeft met ingang van de Wet flex-BV een aantal waarborgen ingevoerd, die de positie van de minderheidsaandeelhouders moet beschermen. Door de grotere vrijheid van inrichting is er namelijk de kans dat de minderheidsaandeelhouder benadeeld wordt door de medeaandeelhouders van de vennootschap. Zo is het bij het nemen van besluiten over de wijziging van belangrijke aandeelhoudersrechten vereist dat er unaniem wordt besloten. Op deze manier heeft ook de minderheidsaandeelhouder invloed op de verdeling van de machtsverhouding tussen de aandeelhouders. Een tweede waarborg van de wetgever is dat er aan een minderheidsaandeelhouder niet tegen zijn wil regelingen kunnen worden opgelegd. Daarnaast geeft de gewijzigde geschillenregeling de minderheidsaandeelhouder bescherming. De regeling geeft de aandeelhouder de kans om sneller tot een vordering tot uittreding of uitstoting van een aandeelhouder te komen. Het is nu mogelijk geworden voor de aandeelhouder om zelf een vordering tot uittreding te doen, op het moment dat er niet langer van de aandeelhouder kan worden gevergd om aandeelhouder te blijven.

Literatuurlijst

Vakliteratuur

- H.P.A.M. van Arendonk, 'Enige fiscale aspecten van de Wet Flex-bv en de Invoeringswet', *MBB* 2012/11.
- J.A.M. ten Berg, '(Af)stemming in de Flex-BV', *Ondernemingsrecht* 2012/115.
- J.P. Boer & N.E.A. Wentzel, 'De gevolgen van de Wet Flex-bv voor het soortaanmerkelijkbelang', *MBB* 2012/11.
- Y. Borrius, 'Ondernemingsrecht, Bestuurdersaansprakelijkheid en de uitkering van winst bij de B.V.', *Ondernemingsrecht* 2013/79.
- W. Bosse, 'De flex-bv (deel 1)' *ftV* 2012/13.
- W. Bosse, 'De Flex-BV, ruim een jaar verder (deel 2)', *ftV* 2014/7.
- L.P. Cats, 'Stemrechtloze en winstrechtloze aandelen: soort aandelen?', *VP-bulletin* 2012/32.
- N.V. Douma, 'De flex-BV nader belicht, een overzicht van de belangrijkste wijzigingen en nieuwe mogelijkheden die de wet introduceert', *V&O* 2012 (afl. 11).
- C. van Gool & I. Marye Alwon, 'Wijzigingen in bestuurdersaansprakelijkheid als gevolg van de flex-wet en het wetsvoorstel bestuur en toezicht', *Notariaat M&A* oktober 2012.
- P.P.A.H. van den Heuvel, 'De Flex-BV; flexibel stemrecht en aandelen zonder stemrecht', *TvOB* 2011/3.
- H. Koster, 'Besloten vennootschap en blokkeringsregeling', *BB* 2012/33.
- J.W.E. Litjens & M. Tydeman-Yousef, 'De gevolgen van de flex-BV-wetgeving voor de inkomstenbelasting', *TFO* 2013/127.2.
- Raaijmakers, M. J. G. C., & van der Sangen, G. J. H. (2011). De directeur-groootaandeelhouder in het nieuwe BV- recht. In P. van der Korst, & G. T. M. J. Raaijmakers (editors), *Handboek 'onderneming en aandeelhouder'*. (Recht en Onderneming). Deventer: Kluwer.
- A.C. Rijkers, 'De uitwerking van de regel', *Cursus Belastingrecht IB.4.3.3.B*.
- O. Salah, 'Certificering van aandelen en stemrechtloze aandelen na invoering flex-bv', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/16.

- G.J.H. van der Sangen, 'Een civielrechtelijke beschouwing over aandelen, kapitaal en vermogensbescherming bij de Flex-BV', *TFO* 2013/127.1.
- B.A.H.J. Schijns & E.H.B. Kroesen, 'De flex-bv nader belicht', *Forfaitair* 2011/220.
- J.L. van de Streek, 'De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv (deel 2)', *WFR* 2011/846.
- H.T. Verhaar, 'De verbeterde geschillenregeling: meer potentieel dan wellicht wordt gedacht', *Onderneming en Financiering* 2012 (20) 3.
- D. van der Wulp, 03-04-2012, De positie/bescherming van minderheidsaandeelhouders in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in het licht van de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht. Geraadpleegd op 15-07-2014, van <http://www.juristenweblog.nl/artikelen.asp?aid=218>.

Parlementaire stukken

- *Kamerstukken II 1988-1989*, 21 033, nr. 3.
- *Kamerstukken II 2006-2007*, 31 058, nr. 3.
- *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 426, nr. 3.
- *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 426, nr. 7.
- *Kamerstukken I 2011-2012*, 31 058, C.
- *Kamerstukken II 2011-2012*, 31 058, E.

Jurisprudentie

- HR 20 januari 1988, BNB 1988/122.
- HR 17 maart 1993, nr. 28943, BNB 1993/144.
- HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296.
- HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80 (conclusie A-G Van Ballegooijen, met noot van J.P. Boer).
- HR 16 december 2011, nr. 10/00158, BNB 2012/81.

Overige literatuur

- H.J. de Kluiver, *Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Den Haag: 6 mei 2004.