

# DE NOG STEEDS STARRE FISCALE ASPECTEN VAN DE FLEXIBELE BV (DEEL 1)

DR. J.L. VAN DE STREEK<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

Op 30 maart 2011 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel 'Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' aan de Tweede Kamer aangeboden.<sup>2</sup> Daarmee lijkt de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer van deze belangrijke pijler van de modernisering van het ondernemingsrecht in de eindfase te zijn beland. Het onderliggende wetsvoorstel zelf, te weten het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht', is al sinds 15 december 2009 bij de Eerste Kamer aangehangig.<sup>3</sup> Hoewel de voorgestelde invoeringswet is aangewezen als plaats voor wijzigingen van fiscale aard, wordt geen enkele wijziging voorgesteld van de rijksbelastingwetten. Ook de onlangs aangeboden nota van wijziging bevat geen aanpassing van een belastingwet.

De minister houdt daarmee vast aan de in de memorie van toelichting op de voorgestelde invoeringswet ingezette lijn. De daarin opgenomen fiscale paragraaf besteedt vooral aandacht aan de fiscaaltechnische doorwerking van de 'flexibele aandelen.' De conclusie van de fiscale paragraaf luidt dat de relevante fiscale bepalingen reeds zodanig zijn vormgegeven dat op adequate wijze rekening kan worden gehouden met het flexibele bv-recht. Over de doorwerking naar lagere regelgeving en beleidsbesluiten heeft de minister nog niet zijn hoofd gebogen, behalve dat hij een aanpassing van de bezitseis van de fiscale eenheid via het Besluit fiscale eenheid 2003 heeft aangekondigd. In de nota naar aanleiding van het verslag laat hij weten dat de inzet is om aanpassingen van besluiten die voortvloeien uit het wetsvoorstel bv-recht op te nemen in een verzamelbesluit. De uitwerking hiervan zal zo snel mogelijk ter hand worden genomen.

Het wekt geen verbazing dat de stiefmoederlijke behandeling van de fiscale aspecten aanleiding heeft gegeven tot forse kritiek en vele vragen.<sup>4</sup> Zo merkte Meussen op te vrezen voor eenzelfde 'drama' als bij het wetsvoorstel 'Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek'.<sup>5</sup> De fiscale beoordeling van het nieuwe personenvennootschappenrecht schoot aanvankelijk te kort waardoor door middel van vier nota's van wijziging orde op zaken moest worden gesteld.<sup>6</sup> In deze bijdrage, die is opgeslist in twee delen, ga ik in op de fiscale aspecten van de drie kernthema's van het flexibele bv-recht, te weten 1. flexibele aandelen, 2. flexibele statuten en 3. flexibele uitkeringsregels, waarbij ik beoordeel of met de nota naar aanleiding van het verslag voldoende tegemoet is gekomen aan de kritiek. Ik start met enkele algemene opmerkingen over rol van de fiscaliteit bij de vereenvoudigings- en flexibiliseringsoperatie van het bv-recht.

1 Verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en het Bureau Vaktechniek van Ernst & Young Belastingadviseurs.

2 Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7, blz. 1-42.

3 Kamerstukken I 2009/10, 31 059, A, blz. 1-30.

4 Zie het commentaar van Redactie Vakstudie Nieuws in V-N 2010/38.3, G.J.W. Kinnegim, 'De flex-bv opnieuw fiscaal getoetst', WFR 2011/116, het commentaar van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs van 22 maart 2010 en 17 september 2010 (beschikbaar via [www.nob.net](http://www.nob.net)) en G.T.K. Meussen, 'Fiscale aspecten van de invoering van de flex-bv (een tussenstand)', WPNR 2011/6870, blz. 38-46.

5 G.T.K. Meussen, 'Fiscale aspecten van de invoering van de flex-bv (een tussenstand)', WPNR 2011/6870, blz. 38-46.

6 Kamerstukken II, 31 065, nr. 9, 11, 13, en 16. De vijfde nota van wijziging (nr. 17) bevatte geen fiscale wijzigingen, althans niet bedoeld. Ongelukkigerwijs schaft de vijfde nota van wijziging echter de open commanditaire vennootschap af. Deze omissie wordt thans gerepareerd in de nota van wijziging van het wetsvoorstel 'Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' (Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 8). Ik ben ingegaan op deze kwestie in: 'Het einde van de open-cv per 1 januari 2011?', NTFR 2010/1425, blz. 26-30.

## 2 De rol van de fiscaliteit bij de flexibilisering van het bv-recht

### 2.1 De fiscaliteit als invoeringsprobleem

Een steeds terugkerend probleem bij civielrechtelijke herzieningswetten is dat de fiscaliteit van meet af aan een min of meer tweederangsstatus ten deel valt.<sup>7</sup> Hoewel algemeen wordt erkend dat de fiscale aspecten vaak bepalend zijn voor het maken van civielrechtelijke keuzes, denk aan de keuze tussen eenmanszaak of bv, worden de fiscale consequenties pas door de wetgever bezien in het kader van een invoeringstraject. Bij het nieuwe bv-recht is het beeld niet anders. Zo wordt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' met geen woord gerept over de fiscale aspecten. De Raad van State plaatste geen kritische kanttekening en de Tweede Kamer vroeg er (uit zichzelf) niet naar. Als reactie op vragen van fiscale aard van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, zegde de Minister van Justitie in de nota naar aanleiding van het verslag toe aan de fiscale aspecten aandacht te zullen besteden in de invoeringswet.<sup>8</sup> Die toezegging was afdoende om het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' door de Tweede Kamer te loodsen.

In een invoeringstraject van een civielrechtelijke herzieningswet worden – naast eventueel overgangsrecht – de gevolgen geregeld voor wetgeving waarvoor andere ministeries verantwoordelijk zijn dan het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Naar mijn mening verdient de wetgeving waarvoor het Ministerie van Financiën verantwoordelijk is, te weten het fiscale recht, een plaats in de totstandkomingsfase van een civielrechtelijk wetsontwerp. Ik omarm dan ook het voorstel van Stevens om bij

civilrechtelijke herzieningswetten meteen een fiscale begeleidingswet te voegen.<sup>9</sup> Dat vergt ongetwijfeld in de voorbereidingsfase een ruimere planning, die zich mijns inziens later dubbel en dwars terugverdient.<sup>10</sup>

Een herwaardering van het belang van de fiscaliteit zou mijns inziens ook moeten inhouden dat een civielrechtelijke herzieningswet volledig 'fiscaal' wordt doorgelicht en niet slechts op enkele onderdelen. In dit verband wijs ik op de opmerkelijke beperkte actieradius van de fiscale paragraaf van het wetsvoorstel 'Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht'. Onverbloemd start de inleiding met de opmerking dat 'zal worden aangeven wat de bepalingen van het wetsvoorstel bv-recht betekenen voor de toepassing van *enkele* (cursivering: JLS) regelingen en begrippen in de inkomstenbelasting, het successierecht, de loonbelasting en de overdrachtsbelasting'.<sup>11</sup> De nota naar aanleiding van het verslag geeft bovendien geen antwoord op alle gestelde vragen (zie onderdeel 3.4).

### 2.2 Het fiscale beoordelingskader

Opvallend is dat de fiscale paragraaf bij de beoordeling van de fiscale gevolgen van het nieuwe bv-recht géén acht slaat op de doelstellingen van de flexibiliseringoperatie. In de voorgestelde 'Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek' is er wél expliciet voor gewaakt dat de fiscaliteit niet de beoogde effecten van het nieuwe personenvennootschapsrecht 'doorkruist'.<sup>12</sup> Het gevolg hiervan is onder andere dat de personenvennootschap – ongeacht de optie voor rechtspersoonlijkheid – voor de heffing van de inkomsten- en vennootschapsbelasting transparant blijft. Zo kan de keuze voor rechtspersoonlijkheid op zijn eigen merites worden beoordeeld zonder dat de fiscaliteit daarbij een 'stoorzender' vormt.<sup>13</sup> De beoordeling van de fiscale consequenties van het nieuwe bv-recht lijkt louter beperkt tot een 'technische doorwerking' zonder dat is bezien of die doorwerking een rem zet op de werking van het flexibele bv-recht.

Pas in de nota naar aanleiding van het verslag lijkt de minister het rammelende fiscale beoordelingskader te beseffen. Hij merkt naar aanleiding van een opmerking van de VVD-fractie op: "Tot op dit moment zijn geen lancunes in de fiscale wetgeving onderkend die aan het

7 Zo merkt L.G.M. Stevens, 'Fiscale beleidsnotities 2011', WFR 2010/1200 op dat 'bij alle civielrechtelijke herzieningswetten de fiscale begeleiding bijna structureel als een overbodige activiteit wordt beschouwd.' H.J. de Kluiver, 'Titel 7.13L een 'missing link' gelegd', WPNR 2003/6524, blz. 205-213, merkt op dat in de praktijk de fiscale component van een civielrechtelijk wetsvoorstel 'min of meer in de bezemwagen naar de finish wordt gereden.'

8 Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, blz. 36. Het advies van de gecombineerde commissie dateert van 20 september 2007 en is opvraagbaar via [www.notaris.nl/subsites/commissie](http://www.notaris.nl/subsites/commissie).

9 L.G.M. Stevens, 'Fiscale beleidsnotities 2011', WFR 2010/1200.

10 Vergelijk J.L.M. Gribnau en A.O. Lubbers, 'Aanbevelingen tot verbetering van het fiscale wetgevingsproces', WFR 2010/6880, die een ruimere planning aanbevelen bij majeure hervormingen en bij de introductie van nieuwe rechtsfiguren.

11 Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, blz. 7. In deze opsomming ontbreekt de vennootschapsbelasting omdat daaraan in een afzonderlijke subparagraaf aandacht is besteed.

12 Kamerstukken II 2006/07, 31 065, nr. 3, blz. 34.

13 Deze fiscaal neutrale behandeling geldt overigens alleen voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting. Voor de overdrachtsbelasting is de OV wel transparant en de OVR niet.

realiseren van de voordelen van het wetsvoorstel bv-recht in de weg zouden staan.<sup>14</sup> Het gebruik van het woord 'onderkend' duidt niet op een bijzonder actieve opsporingshouding. Toch lijkt er reden voor een uitgebreid(er) onderzoek. Zo krijgt bijvoorbeeld de aanmerkelijkbelangregeling een mijns inziens onwenselijk groot toepassingsbereik omdat aandelen reeds als gevolg van een flexibele verdeling van de stemrechten of incorporatie van een aandeelhoudersovereenkomst tussen bepaalde aandeelhouders als een afzonderlijke soort worden beschouwd. Ik werk dit uit in onderdeel 3.4 (en in onderdeel 2.3 van deel 2 van deze bijdrage).

### 3 Flexibele aandelen

#### 3.1 Inleiding

De flexibilisering van de aandeelhoudersrechten springen vanuit fiscaal oogpunt het meest in het oog vanwege de vele fiscale bepalingen die betrekking hebben op een aandelenbelang.<sup>15</sup> Evenals onder het huidige recht, is het uitgangspunt van het flexibele bv-recht dat aan alle aandelen in verhouding tot hun nominale bedrag gelijke rechten en verplichtingen zijn verbonden (zie art. 2:201, eerste lid, BW). Zo geeft bijvoorbeeld een aandeel met een nominale waarde van € 10 recht op tien keer zoveel stemmen als een aandeel met een nominale waarde van € 1. Onder het huidige recht zijn wat betreft het stemrecht slechts twee afwijkingen van dit zogenoemde 'evenredigheidsbeginsel' toegestaan (art. 2:228, vierde en vijfde lid BW). Die afwijkingen zijn zodanig vormgegeven dat er in de praktijk nauwelijks gebruik van wordt gemaakt. Het flexibele bv-recht maakt elke gewenste variabele verdeling van de stemrechten mogelijk (zie het voorgestelde art. 2:228, vierde lid, BW). Dit gaat zelfs zo ver dat stemrechtloze aandelen zijn toegestaan (zie het voorgestelde art. 2:228, vijfde lid, BW).

Het andere aandeelhoudersrecht – het recht op dividend – is onder huidig recht reeds zeer flexibel. Elke winstverdeling is thans toegestaan, zij het dat geen van de aandeelhouders geheel kan worden uitgesloten van het delen in de winst (art. 2:216, achtste lid, BW). Op grond van het voorgestelde art. 2:216, zevende lid, BW komt nu ook dit winstuitsluitingsverbod te vervallen, zodat de

uitgifte van winstrechtloze aandelen mogelijk wordt.<sup>16</sup> Wat alleen niet kan, is dat aandelen zowel stem- als winstrechtloos zijn (zie het nieuwe art. 2:228, vijfde lid, BW). In een dergelijk geval is geen sprake meer van een 'aandeel', te weten een recht waaraan ten minste stemrecht óf aanspraak op uitkeringen uit winst of reserves is verbonden.<sup>17</sup>

#### 3.2 Deelnemingsvrijstelling, fiscale eenheid en verbondenheid

De gevolgen van het nieuwe bv-recht voor de drie fiscale leerstukken die tot de kern van de het fiscale concernrecht kan worden gerekend, te weten de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet VPB 1969, de fiscale eenheid ex art. 15 Wet VPB 1969 en het verbondenheidsbegrip ex art. 10a, vierde lid, Wet VPB 1969, zijn inmiddels uitvoerig aan de orde gekomen in de parlementaire behandeling.

### 'Manipulaties worden kennelijk bewust aanvaard'

Ook na de inwerkingtreding van het flexibele bv-recht is sprake van een deelneming ex art. 13, tweede lid, Wet VPB 1969 indien wordt voldaan aan de harde formele eis van minimaal 5% van het nominaal gestorte kapitaal. In de fiscale paragraaf wordt aangegeven dat zowel winstrechtloze als stemrechtloze aandelen onder de deelnemingsvrijstelling kunnen vallen en dat beide meetellen voor de bepaling van het totale nominale gestorte kapitaal en voor de 5%-grens. Van belang voor de praktijk is dat de fiscale paragraaf uitdrukkelijk vermeldt dat de consequenties van de rigide 5%-grens bewust worden aanvaard. Eén van die consequenties is volgens de minister overigens niet dat de ratio van de deelnemingsvrijstelling – te weten het voorkomen van dubbele heffing – zou zijn losgelaten. Die ratio gaat volgens de minister pas op voor 'concerns', waarvan het bestaan wordt afgemeten aan het halen van de 5%-grens.<sup>18</sup> De bevestiging dat de

14 Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7, blz. 8. De VVD-fractie veronderstelde juist dat aanpassing van de fiscale wetgeving essentieel is om het bv-recht optimaal te laten werken.

15 Zie reeds R.N.F. Zuidgeest, 'Flexibel bv-recht en 'verbondenheid' in het belastingrecht: buigen of barsten?', WFR 2007/1162 en G.J.W. Kinnegim, 'De flex-bv fiscaal getoetst', Ondernemingsrecht 2007, 10/11, en G.J.W. Kinnegim, 'De flex-bv opnieuw fiscaal getoetst', WFR 2011/116.

16 Voor H. Koster, 'Winstverdeling bij rechtspersonen en personenvennootschappen vanuit civielrechtelijk perspectief', in: 40 jaar Cursus Belastingrecht, blz. 109-115, Deventer: Kluwer 2010, is dit aanleiding om ervoor te pleiten ook bij de personenvennootschap het zogenoemde verbod op de 'societas leonina' op te heffen.

17 Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, blz. 47.

18 Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7, blz. 37.

ratio van de deelnemingsvrijstelling in tact blijft, laat mijns inziens er geen misverstand over bestaan dat de jurisprudentie die op deze ratio is gebaseerd – zoals het Falcons-arrest HR 22 november 2002, nr. 36 272, *BNB* 2003/34 – na inwerkingtreding van het flexibele bv-recht nog steeds van toepassing is. Manipulaties van het aandelenkapitaal om de 5%-grens te halen (of juist niet) worden kennelijk bewust aanvaard. Dat sluit aan bij de opstelling van de Minister van Financiën ten aanzien van de sedert 1 januari 2007 in zwang geraakte stapelconstructies (ook wel dakpanconstructies genoemd).<sup>19</sup> In een debat met de Tweede Kamer merkte hij over deze ontwikkeling op: 'Naar mijn oordeel maakt men met een dakpanconstructie geen misbruik van de deelnemingsvrijstelling. De Belastingdienst zal dergelijke constructies dan ook niet gaan bestrijden.'<sup>20</sup>

De bezitseis in het regime van de fiscale eenheid ligt iets gecompliceerder. Voor de vorming van een fiscale eenheid is vereist dat de moedermaatschappij zowel de juridische als economische eigendom moet bezitten van ten minste 95% van het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij. Aangekondigd is dat art. 2 Besluit fiscale eenheid 2003 zal worden aangepast teneinde zeker te stellen dat een fiscale eenheid alleen mogelijk is indien de moedermaatschappij ook de zeggenschap heeft in de dochter (lees: ten minste 95% van de stemrechten).<sup>21</sup> Het bezit van de juridische eigendom van 95% van de aandelen houdt onder het flexibele bv-recht immers niet langer automatisch 95% van de zeggenschapsrechten in (zie onderdeel 3.1). Een vergelijking dringt zich op met de voorgestelde wijziging van de uitkoopregeling van art. 2:201a BW.<sup>22</sup> De loskoppeling van aandelenkapitaal en zeggenschap is aanleiding om als extra eis voor de uitkoopregeling op te nemen dat de aandeelhouder – naast 95% van het geplaatste kapitaal – tevens 95% van de stemrechten in de algemene vergadering moet kunnen uitoefenen.<sup>23</sup> De aangekondigde aanpassing van art. 2 Besluit fiscale eenheid 2003 lijkt in overeenstemming met hetgeen is bedoeld met de juridische eigendomseis, te weten het verzekeren dat de moeder de 'volledige' zeggenschap heeft in de dochter.<sup>24</sup> Deze invulling van de juridische eigendomseis was voor de Hoge Raad bovendien in HR 18 juni 2010, nr. 08/03662, *BNB* 2010/266

aanleiding om een fiscale eenheid toe te staan in het geval waarin een moedermaatschappij de certificaten van aandelen bezat en tevens de stichting administratiekantoor beheerste. Toch gaat de aanpassing mij niet ver genoeg. Ik vraag mij namelijk af waarom de bezitseis in de fiscale eenheid niet tevens wordt 'geflexibiliseerd' in die zin dat daaraan is voldaan in alle situaties waarin de moedermaatschappij via één of meerdere aandelen – bijvoorbeeld via één aandeel met een nominale waarde van € 1 – ten minste 95% van de winst-, vermogens- en stemrechten bezit in de dochter.<sup>25</sup> Of de door de moeder gehouden aandelen in de dochter ook ten minste 95% van het nominaal gestorte kapitaal beslaan van de dochter, zou mijns inziens niet relevant moeten zijn. Blijven aansluiten bij het – ook door het vervallen van de kapitaalbeschermingsregels (zie onderdeel 3.1 van deel 2) – uitgeholde kapitaalbegrip, is wat mij betreft te 'star'.

### *'Het totaal van de belangen in een lichaam kan 200% zijn'*

De problematiek van de fiscale verbondenheid ex art. 10a, vierde lid, Wet VPB 1969 krijgt onder invloed van het nieuwe bv-recht een nieuwe impuls.<sup>26</sup> De fiscale paragraaf herhaalt dat volgens de wetsgeschiedenis met de term 'belang' niet uitsluitend op het financiële belang wordt gedoeld, maar dat ook het stemrecht en de aard van de aandelen een rol spelen.<sup>27</sup> Bovendien bestaat het financiële belang op zijn beurt ook weer uit deelbelangen, te weten de winstgerechtigdheid en de gerechtigdheid tot het liquidatiesaldo.<sup>28</sup> De vraag is echter hoe al deze typen belangen zich tot elkaar verhouden. Een belangrijke vraag hierbij is of het totaal van de 'belangen' in een lichaam groter kan zijn dan 100%. In de nota naar aanleiding van het verslag gaat de minister in op door de NOB gestelde vragen over de uitleg van het verbondenheidsbegrip. De minister merkt letterlijk op: 'Het verbonden-

19 Per die datum is de zogenoemde oneigenlijke deelneming afgeschaft.

20 Handelingen II 2006/07, nr. 92, blz. 5211. Het betrof een debat over de Fiscale Onderhoudswet 2007, Stb. 2007, 503.

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

22 Hetgeen niet verwonderlijk is omdat de bezitseis aansluit bij de uitkoopregeling: zie Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3, blz. 8.

23 Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, blz. 15.

24 Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, blz. 12-14.

25 Iets anders is of de 95%-grens omlaag moet, bijvoorbeeld als reactie op de in aantocht zijnde CCCTB die een consolidatieregime kent met een veel soepelere bezitseis.

26 De problematiek kent een lange geschiedenis van onduidelijkheid: zie conclusie A-G Wattel voor HR 5 februari 2010, nr. 08/04451, *BNB* 2010/148, en die voor HR 8 april 2011, nr. 10/00651, V-N 2011/19.15 (NTR 2011/848).

27 Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, blz. 8.

28 Ook de winstgerechtigdheid kan weer worden opgesplitst in een recht op de totale winst en een recht op de overwinst (in casu de winst na aftrek van een marktconform preferent dividend).

heidsbegrip van artikel 10a van de Wet Vpb 1969 ziet, kort gezegd, op een 'belang' van éénderde of meer in een ander lichaam. Bij de beoordeling of een lichaam een kwalificerend belang heeft in een ander lichaam in de zin van artikel 10a, vierde lid van de Wet Vpb 1969 zijn zowel zeggenschap in of over laatstgenoemd lichaam als het financiële belang daarin relevant. Bij het begrip belang gaat het om een materieel criterium waarvan de invulling afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. Bij de aanwezigheid van aandelen waaraan verschillende zeggenschaps- en vermogens- of winstrechten zijn verbonden, zal een kwantificering moeten plaatsvinden van de relatieve zeggenschap en de relatieve financiële belangen in het lichaam, waarbij als uitgangspunt kan worden gehanteerd dat niet meer dan drie rechtspersonen een kwalificerend belang in hetzelfde lichaam kunnen houden. Net als bij andere open normen vindt de exacte invulling hiervan uiteindelijk plaats door de praktijk en jurisprudentie.<sup>29</sup> Hoewel ik het graag anders had gezien, zegt de minister in deze passage mijns inziens *niet* dat maximaal drie (rechts)personen een belang van ten minste 1/3 ex art. 10a, vierde lid, Wet VPB 1969 in een lichaam kunnen houden.<sup>30</sup> De minister onderscheidt namelijk twee typen kwalificerende belangen, te weten zeggenschapsbelangen en financiële belangen. Beide typen belangen kunnen leiden tot verbondenheid. Het totaal van de belangen in een lichaam kan dus kennelijk 200% zijn, bestaande uit de som van een 100% zeggenschapsbelang en een 100% financieel belang.<sup>31</sup> De kwantificering waarop de minister doelt, moet plaatsvinden per type kwalificerend belang. Deze benadering strookt mijns inziens met het recente arrest van de Hoge Raad over een verbondenheidskwestie.<sup>32</sup> Volgens de Hoge Raad is een louter financieel belang van ten minste 1/3 voldoende voor verbondenheid.

### 3.3 De aandelenuitreikingseis bij een bedrijfsfusie

De fiscale paragraaf besteedt afzonderlijk aandacht aan de invloed van het flexibele bv-recht op de bedrijfsfusiefaciliteit van artikel 14 Wet Vpb 1969.<sup>33</sup> Hoewel de wettekst van art. 14 Wet VPB 1969 noch art. 2, onderdeel d, richtlijn 2009/133/EG (Fusierichtlijn) expliciete eisen stelt aan de (soort) uit te reiken aandelen, wordt in het besluit van 29 december 2008, nr. CPP2008/1008, *BNB* 2009/10 het standpunt ingenomen dat de uit te reiken aandelen een 'adequate tegenprestatie' moeten vormen voor de overgedragen onderneming.<sup>34</sup> Indien dat niet het geval is, wordt de bedrijfsfusiefaciliteit geweigerd. De fiscale paragraaf onderschrijft deze eis omdat deze zou voortvloeien uit de systematiek van artikel 14 Wet Vpb 1969. Bij de beoordeling of sprake is van een adequate tegenprestatie spelen volgens de fiscale paragraaf begrippen als 'winstgerechtigdheid' en 'zeggenschap' een rol. Al met al biedt de eis van een adequate tegenprestatie volgens de fiscale paragraaf voldoende flexibiliteit om met het nieuwe bv-recht om te gaan, zoals de uitgifte van winstrechtloze en stemrechtloze aandelen.

De vraag rijst of de eis van de adequate tegenprestatie in overeenstemming is met artikel 2, onderdeel d, richtlijn 2009/133/EG (Fusierichtlijn), waarop zoals bekend ook in zuiver binnenlandse situaties een beroep kan worden gedaan. In de fusierichtlijn wordt die eis niet aangetroffen. De fusierichtlijn is onlangs in stelling gebracht in Hof Arnhem 14 september 2010, nr. 09/00383, *V-N* 2010/59.2.3. De casus betreft een coöperatie die haar onderneming laat uitzakken in een andere coöperatie tegen een bewijs van lidmaatschap dat (slechts) recht geeft op 10% van het vermogen en de jaarwinst van de laatstgenoemde coöperatie. Omdat de coöperatie die de onderneming overneemt overigens geen activiteiten of vermogen heeft, is in één oogopslag duidelijk dat geen sprake is van een adequate tegenprestatie. Het bijzondere aan deze casus is dat het recht op de overige 90% van het vermogen en de jaarwinst van de overnemende coöperatie in handen is van dezelfde twee leden natuurlijke personen die lid zijn van de overdragende coöperatie.<sup>35</sup> De onzakelijke tegenprestatie heeft dan ook niet een vermogensverschuiving tussen de leden tot gevolg, hetgeen bijvoor-

29 Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7, blz. 9-10. Vervolgens merkt de minister in een voetnoot op dat 'onder omstandigheden evenwel het standpunt [wordt] ingenomen dat ook bij een groep samenwerkende aandeelhouders – bij elk van de aandeelhouders – sprake kan zijn van een kwalificerend belang.'

30 Anders: het commentaar van de redactie in *NTFR* 2011/834.

31 Het kan dus zo zijn dat drie personen afzonderlijk een zeggenschapsbelang hebben van exact 1/3 en drie andere personen afzonderlijk een financieel belang hebben van exact 1/3.

32 *HR* 8 april 2011, nr. 10/00651, *V-N* 2011/19.15 (*NTFR* 2011/848).

33 Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, blz. 9-10.

34 Waarom deze eis alléén wordt gesteld bij een bedrijfsfusie en niet bij een juridische fusie en (af)splitsing is mij niet duidelijk. Wellicht houdt dit verband met het feit dat bij deze figuren een ruilverhouding van de aandelen moet worden vastgesteld die is omgeven met diverse procedurele voorschriften, waaronder een accountantsverklaring dat de ruilverhouding redelijk is (zie voor fusie art. 2:325-2:328 BW en voor splitsing art. 2:334x-2:334aa BW).

35 En ook nog eens in dezelfde verhouding, te weten fiftyfifty.



beeld een belastbaar feit voor de schenkbelasting bij voorbaat de pas afsnijdt.<sup>36</sup> De vraag in casu is of de overdrachtswinst voor de heffing van vennootschapsbelasting buiten aanmerking kan blijven met een beroep op de bedrijfsfusiefaciliteit. Het hof beantwoordt die vraag ontkennend omdat het wettelijk systeem met zich zou brengen dat de tegenprestatie – in casu in de vorm van aan het lidmaatschapsrecht verbonden rechten – ‘at arm’s length’ moet zijn. Het beroep op de fusierichtlijn wijst het hof af omdat de uitzakoperatie plaatsvond in 2003 en coöperaties pas nadien aan de rechtsvormbijlage van de fusierichtlijn zijn toegevoegd.<sup>37</sup>

In situaties die wel onder de richtlijn vallen, verkeert de eis van de adequate tegenprestatie naar mijn mening in de Europese gevarenzone. De vraag of sprake is van een transactie in de zin van art. 2 fusierichtlijn lijkt het HvJ EU immers vooral grammaticaal en civielrechtelijk te benaderen.<sup>38</sup> Wellicht dat de eis wordt gesauveerd door de antimisbruikbepaling ex art. 15, eerste lid, fusierichtlijn, zij het dat deze bepaling in elk concreet geval afzonderlijk moet worden getoetst. Uit de misbruikjurisprudentie van het HvJ EU in het kader van de vestigingsvrijheid ex art. 49 VWEU kan worden opgemaakt dat een transactie die niet onder at arm’s-lengthvoorwaarden plaatsvindt, weliswaar duidt op een kunstmatige constructie maar dat belastingplichtigen altijd de tegenbewijsmogelijkheid moet worden geboden om aannemelijk te maken dat daarvoor commerciële redenen waren (motieftoets).<sup>39</sup> Een dergelijke escape biedt de eis van de adequate tegenprestatie niet.

### 3.4 Overige fiscale aandelencriteria

De flexibilisering van de aandeelhoudersrechten op de voet van art. 2:228, vierde en vijfde lid, BW en art. 2:216, zevende lid, BW doet ook vragen rijzen met betrekking tot diverse andere fiscale aandelencriteria. In de parle-

mentaire behandeling zijn de volgende regelingen de revue gepasseerd:

- De soortregeling van art. 4.7 Wet IB 2001 in het aanmerkelijkbelangregime.
- Het aanmerkelijkbelangcriterium in de overdrachtsbelasting ex art. 4 WBR.
- De uitsluiting van investeringsaftrek voor verplichtingen die zijn aangegaan tegenover ‘verbonden’ vennootschappen ex art. 8, achtste lid, onderdeel b en c, Wet VPB 1969. Voor verbondenheid in deze regeling moet sprake zijn van een aandeelhouder die ‘ten minste een derde gedeelte van het nominaal gestorte kapitaal heeft’.
- De aansprakelijkstelling van een gewezen aandeelhouder voor vennootschapsbelastingsschulden van een ‘lege vennootschap’ ex art. 40 IW 1990. Deze regeling is van toepassing op een aandeelhouder die ‘ten minste een derde gedeelte van het geplaatste kapitaal van een vennootschap’ hield.
- De dooruitdelingsfaciliteit ex art. 11 Wet DB 1965 voor ontvangen winstuitkeringen van lichamen waarin de inhoudingsplichtige ‘voor ten minste 25% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder’ is.

Helaas wordt niet veel klare wijn geschonken. Wat betreft de soortregeling in het aanmerkelijkbelangregime vermeldt de fiscale paragraaf dat onder andere sprake is van een afzonderlijke aandelensoort indien aan de aandelen verschillende winstrechten of stemrechten zijn verbonden.<sup>40</sup> Dat een verschil in winstrecht tot een voor de aanmerkelijkbelangregeling afzonderlijke aandelensoort leidt, volgt onmiskenbaar uit de wetsgeschiedenis en ratio van de regeling. Er is bovendien geen twijfel over mogelijk dat dit ook het geval is indien aandelen met afwijkende winstrechten geen afzonderlijke aandelensoort vormen in traditionele civielrechtelijke zin (bijvoorbeeld aandelen A) maar op grond van het voorgestelde art. 2:189a BW (slechts) afzonderlijk worden aangeduid (bijvoorbeeld nr. 1 t/m 20). De vraag of een verschil in stemrecht noopt tot het onderkennen van een afzonderlijke aandelensoort voor de aanmerkelijkbelangregeling ligt gecompliceerder. Thans is de kwestie voorwerp van een bij de Hoge Raad aanhangige procedure.<sup>41</sup> In de nota naar aanleiding van het verslag wordt opgemerkt dat afhankelijk van het oordeel van de Hoge Raad de gevolgen voor het bestaande beleid en de bestaande wetgeving nader zullen worden bezien.<sup>42</sup> Mijns inziens

36 Zie goed dat er wel sprake is van een verkapt dividend door de overdragende coöperatie aan de twee leden gevolgd door een informele kapitaalbreng door deze twee leden in de overnemende coöperatie. Hoewel in deze procedure niet aan de orde, rijst bovendien de vraag of de met dit ‘driehoekje’ gepaard gaande heffing van aanmerkelijkbelanginkomen in strijd is met de fusierichtlijn.

37 Die toevoeging geldt vanaf 1 januari 2007.

38 Vergelijk HvJ EU 5 juli 2007, zaak C-321/05 (Kofoed), en conclusie A-G Wattel 15 februari 2011, nr. 10/00807, par. 36, V-N 2011/9.13, inzake een ruizesplitsing die materieel een uitkoop betreft.

39 HvJ EU 13 maart 2007, zaak C-524/04 (Thin Cap GLO), punt 81 en 82.

40 Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, blz. 11.

41 Zie conclusie A-G van Ballegooijen 17 augustus 2010, nr. 10/00158, V-N 2010/50.13. Zie goed dat in deze procedure het aantal uit te brengen stemmen per aandeel verschilt vanwege een verschil in nominale waarde. De winstrechten zijn echter gelijk omdat die worden berekend naar rato van het totale gestorte kapitaal per aandeel, dat wil zeggen inclusief agio.

42 Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7, blz. 10-11.

zou het nieuwe bv-recht juist aanleiding moeten zijn om af te stappen van het stemrecht als relevante factor voor het soortcriterium.<sup>43</sup> De crux van het nieuwe bv-recht is dat elke gewenste afwijking van het zogenoemde 'evenredigheidsbeginsel' van art. 2:201, eerste lid, BW mogelijk is, waarbij aandelen zelfs stemrechtloos kunnen zijn. Hoewel stemrechten het heffingsobject van de aanmerkelijkbelangregeling niet rechtstreeks raken, krijgt de regeling door een variabele stemrechtverdeling opeens wel een groter toepassingsbereik. Dat is naar mijn mening onwenselijk en staat haaks op de beoogde flexibilisering van het stemrecht. De figuur van stemrechtloze aandelen beoogt uitdrukkelijk te voorzien in een behoefte wanneer aandelen zijn toegekend in het kader van werknemersparticipatie.<sup>44</sup> Waarom moeten de dividenden op aan enkele werknemers uitgegeven stemrechtloze aandelen ex art. 2:228, vijfde lid, BW (nieuw) die in totaal slechts 2% van het geplaatste kapitaal beslaan, bij deze werknemers worden belast in box 2 (in plaats van box 3)? Zoals gezegd in onderdeel 2.2, wrekt zich hier het feit dat niet de toets is aangelegd of de fiscaliteit de beoogde effecten van een het nieuwe bv-recht wellicht 'doorkruist'.

De aandacht die de parlementaire behandeling schenkt aan de invloed van het nieuwe bv-recht op de overige aandelencriteria in bovenstaande opsomming, is beduidend geringer. Over het de term 'belang' ex art. 4 WBR wordt slechts opgemerkt dat het een open norm is waarvan de invulling uiteindelijk plaatsvindt door de praktijk en jurisprudentie.<sup>45</sup> Voorts is de minister het antwoord schuldig gebleven op de vraag van de NOB over de wijze waarop de (eenvoudige) aandelencriteria van art. 8, achtste lid, onderdeel b en c, Wet VPB 1969, art. 40 IW 1990 en art. 11 Wet DB 1965 moeten worden uitgelegd. De NOB wilde weten of deze aandelencriteria evenals de 5%-grens voor het deelnemingsbegrip moeten worden opgevat als een 'harde grens'. Het antwoord van de minister dat 'elke bepaling op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld' is naar mijn mening ronduit teleurstellend.<sup>46</sup>

#### 4 Afsluiting

Het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' voorziet in een omvangrijke herziening van het bv-recht. In de thans bij de Tweede Kamer aanhangige invoeringswet wordt alleen in de toelichting aandacht besteed aan de fiscale aspecten. Ook in de nota naar aanleiding van het verslag houdt de minister vol dat het fiscale recht reeds zodanig is vormgegeven dat op adequate wijze rekening kan worden gehouden met het flexibele bv-recht. Er worden derhalve geen fiscale wetswijzigingen voorgesteld. De vraag rijst echter of de fiscale consequenties van het flexibele bv-recht wel geheel worden overzien. Illustratief is de opmerking van de minister in de nota naar aanleiding van het verslag dat de doorwerking van het nieuwe bv-recht naar de fiscale regels 'mede aan de hand van de inbreng van belangenorganisaties en de literatuur de komende tijd verder [zal] worden gevolgd'.

Met deze bijdrage heb ik de handschoen opgepakt. De conclusie van het eerste deel van deze bijdrage is dat het fiscale beoordelingskader rammelt. De focus lijkt vooral te liggen op de 'fiscaaltechnische doorwerking', zonder dat de vraag wordt gesteld wat het effect van die doorwerking is op de functionering van het nieuwe bv-recht. Dat is – toegegeven – vooralsnog een tamelijk abstracte conclusie. Om die conclusie te operationaliseren is een aanvang gemaakt met een beoordeling van de fiscale aspecten die wél rekening houdt met de aan het nieuwe bv-recht ten grondslag liggende doelstellingen. In deel 1 van deze bijdrage is aandacht besteed aan één van drie kernthema's van het nieuwe bv-recht, te weten 'flexibele aandelen'. Geconstateerd is onder andere dat de aanmerkelijkbelangregeling een onwenselijk groot toepassingsbereik krijgt omdat aandelen reeds als gevolg van een flexibele verdeling van de stemrechten als een afzonderlijke soort worden beschouwd. Voorts rijst de vraag waarom de bezitser in het fiscale-eenheidsregime blijft aansluiten bij een door de flexibilisering van het bv-recht uitgehouden kapitaalbegrip.

In het tweede deel van deze bijdrage, dat verschijnt in het volgende nummer van het Weekblad, komen de fiscale aspecten van de twee overige kernthema's van het flexibele bv-recht aan bod, te weten 'flexibele statuten' en 'flexibele uitkeringsregels'.

43 Ik werk dit verder uit in: J.L. van de Streek, 'De moeizame symbiose tussen het flexibele BV-recht en de aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 2001', in: 40 jaar Cursus Belastingrecht, blz. 213-220, Deventer: Kluwer 2010.

44 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, blz. 11, en zeer recent nog in Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7, blz. 7.

45 Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, blz. 12.

46 Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7, blz. 37.