

Gemengde gevoelens

Wie zich verdiept in de fiscale aspecten van het nieuwe bv-recht kan niet om hem heen.

Hij schrijft erover, is inleider op seminars, veelvuldig geraadpleegde vraagbaak voor collega's en *auctor intellectualis* van de verschillende NOB-commentaren op de betreffende wetsvoorstellen.

Jan van de Streek is universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam en daarnaast verbonden aan het Bureau Vaktechniek van Ernst & Young Belastingadviseurs.

In welke stemming hij op 1 oktober 2012 wakker denkt te worden? Hij hoeft er niet lang over na te denken. 'Ongetwijfeld met gemengde gevoelens. Enerzijds het prettige besef dat het eindelijk zover is, dat het gelukt is, en dat een debacle zoals bij de personenvennootschap is uitgebleven. Maar daarnaast ook de vrees dat vanaf nu het aantal moeilijke vragen over de fiscale gevolgen van het nieuwe recht snel zal toenemen. Vragen die niemand aan de tekentafel heeft voorzien, maar die in de praktijk onvermijdelijk zullen opkomen. Waarom? Omdat de fiscale kant in het hele wetgevingsproces veel te weinig aandacht heeft gekregen.'

Maatwerk Nodig was de hele wetsoperatie wel, benadrukt hij. 'Het bestaande stelsel heeft archaïsche trekken. De fictie dat de bv met een kapitaal van achttienduizend euro in staat is haar schulden te voldoen – daar zijn we nu vanaf. En ook de mogelijkheid om je statuten naar eigen inzicht in te richten is een grote stap vooruit. Het nieuwe recht biedt de mogelijkheid van maatwerk; we zijn verlost van een onaangenaam knellend juridisch harnas.'

Mogelijkheden De bv zou in het slop zijn geraakt als we niets hadden gedaan, denkt hij. 'Vanaf 1 oktober hebben we weer een rechtspersoon die qua mogelijkheden vergelijkbaar is met die in andere landen. We roepen wel eens dat het buitenland onze fiscale bedenksels kopieert. Dat mag zo zijn, maar omgekeerd hebben wij nu met de flex-bv civiel hetzelfde gedaan. Op zich prima en goed voor ons vestigingsklimaat, maar we moeten wel beseffen dat we nog steeds niet dezelfde mogelijkheden bieden als bijvoorbeeld Groot-Brittannië en de Verenigde Staten. We verliezen de concurrentieslag bijvoorbeeld wat betreft de combinatie van fiscale transparantie en beperkte aansprakelijkheid. Andere landen hebben die wel; wij niet. Het idee is wel aan de orde geweest, maar de wetgever meende dat er in de praktijk geen behoefte

aan zou bestaan. Ik denk juist van wel, maar het is er dus niet van gekomen.'

Passief Jan van de Streek volgde de parlementaire behandeling van het nieuwe bv-recht na de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer op 31 mei 2007 op de voet. Het meest viel hem daarbij op dat de fiscale gevolgen – net als bij andere civiele voorstellen in het verleden – stelselmatig werden genegeerd. 'Het is een steeds terugkerend probleem: de fiscaliteit wordt in dit soort gevallen behandeld als een ondergeschoven kindje. Dat is volgens mij niet anders te verklaren dan vanuit de verkokering van Den Haag. De flex-bv

Omdraaien

Dat de nv in het hele wetgevingsproces buiten schot is gebleven zal gevolgen hebben voor de organisatievorm van bedrijven die in groepsvorm opereren, voorspelt Jan van de Streek. 'De voordelen van de flex-bv wil je in de top houden, want daar zitten de afspraken tussen de aandeelhouders. De nadelen – denk aan de uitkerings-test – stop je bij voorkeur onderin je organisatiestructuur. Nu is de meest geëigende opbouw die van een nv aan de top, met daaronder divisies en werk-bv's. In de nieuwe situatie zal dat mogelijk worden omgedraaid: de bv aan de top, met daaronder de divisies en de werkmatschap-pijen in nv-vorm. Fiscaal verloopt de omzetting van een bv in een nv geruisloos. Of die omzetting een grote vlucht gaat nemen is moeilijk te voorzien, maar in theorie kan het voor bedrijven heel aantrekkelijk uitpakken. Het hangt er ook vanaf hoe snel de modernisering van het nv-recht gerealiseerd wordt. Die is wel aangekondigd, maar het proces is nog ingewikkelder dan dat bij de bv door de gebondenheid van de nv-vorm aan EU-richtlijnen.'



FOTO: KLAAS KOPPE

is van Veiligheid en Justitie. Voor Financiën betekent dat huiswerk, opgelegd door een ander ministerie – en daar hebben ze geen zin in. De staatssecretaris heeft zijn eigen Fiscale Agenda; die wil hij niet laten verstoren door opdrachten van buiten. Gevolg is dat Financiën zich heel passief heeft opgesteld. Pas in het laatste stadium hebben ze iets van hun afwachterende houding laten varen. Maar in feite heeft de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB een aantal fiscale problemen geïnventariseerd – iets wat Financiën natuurlijk zelf had moeten doen.’

Civiel Was het eindresultaat beter geweest als wel vanaf het begin naar de fiscale consequenties was gekeken? Hij denkt het, maar is ook voorzichtig. ‘Voorop staat dat het een civiele operatie is – en ook moet zijn. De fiscaliteit is afgeleid. Maar om problemen te voorkomen moet je wel al in de ontwerpfasen toetsen wat de fiscale gevolgen kunnen zijn. Die toets moet aansluiten bij het doel van de operatie. Met andere woorden: je moet je afvragen of wat beoogd wordt – meer flexibiliteit – niet wordt gehinderd door bestaande fiscale regels. Dat is niet of nauwelijks gebeurd. Tekenend is dat er in geen enkele belastingwet een aanpassing heeft plaatsgevonden. Civiel en fiscaal zijn in de nieuwe situatie dus niet beide flexibel. Daarom ben ik bang dat er nog veel fiscale verrassingen zullen opduiken – waaronder de nodige onaangename. Dat had – in elk geval grotendeels – voorkomen kunnen worden.’

Kernthema's In het *Weekblad fiscaal recht* van 23 en 30 juni 2011 schreef hij twee artikelen met de veelzeggende titel ‘De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv’. Centraal stonden de drie kernthema's van het nieuwe bv-recht: flexibele aandelen, flexibele statuten en flexibele uitkeringsregels. Desgevraagd kiest hij ruim een jaar later per thema één onderwerp waarop belastingadviseurs volgens hem extra alert moeten zijn.

‘Voor de aandelen moet je er rekening mee houden dat er in de nieuwe situatie eerder sprake is van “verbondenheid”. Dat is relevant voor een groot aantal bepalingen in de Vpb, waaronder de renteaftrekbepalingen, de deelnemingsvrijstelling en afschrijvingen. Wat de statuten betreft is de centrale vraag of je de aandeelhoudersovereenkomst in de statuten incorporeert of dat je er een blote overeenkomst van maakt. Dat kan van essentieel belang zijn voor het ontstaan van een aanmerkelijk belang. De keuze is hier aan de cliënt. In sommige gevallen zal hij – met het oog op bepaalde fiscale faciliteiten – een ab willen hebben; in andere gevallen juist niet.’

Uitkering Wat betreft de uitkeringsregels wijst hij op de situatie die ontstaat als een vennootschap met een dga failliet gaat als gevolg van een onverantwoorde uitkering. ‘Dan kan

Gemengde gevoelens

Vervolg van pagina 11

de curator namens de vennootschap de dga aansprakelijk stellen en terugbetaling eisen. In dat geval moet je er belastingadviseur goed op letten in welke hoedanigheid de curator de dga aanspreekt: als bestuurder of als aandeelhouder. In het eerste geval mag de dga het terugbetaalde geld als negatief loon aftrekken in box één. Als aandeelhouder kan hij dat in box twee maar tegen vijftientig procent doen.'

Het feit dat een terugbetaling in hoedanigheid van bestuurder onbelast is bij de bv lokt volgens hem opzetjes uit. 'De fiscus moet bijvoorbeeld alert zijn bij management buy-outs. Denk aan een bestuurder die ter uitkoop van de bestaande aandeelhouders een onverantwoord superdividend goedkeurt. De aandelen neemt de bestuurder vervolgens voor een prikje over. De aanvulling van het tekort dat door het superdividend is ontstaan trekt de bestuurder af in box één als negatief loon. Het voordeel is maximaal zevenentwintig procent.'

NOB-commentaren We kijken nog even terug op twee uitgebreide NOB-commentaren die tijdens de parlementaire behandeling richting Tweede en Eerste Kamer gingen. Er zit een lijn in, zegt hij. 'Het centrale thema is steeds geweest of de flex-bv wel tot haar recht komt en of wat er met het nieuwe recht wordt beoogd niet wordt doorkruist door de manier waarop de regels fiscaal uitpakken. Een brede benadering dus,

waarbij we stap voor stap hebben geopereerd. Eerst een vraag stellen: gaan we op dit punt links- of rechtsom? Pas als we het antwoord hadden had het zin om een volgende vraag te stellen. We gaan linksom: Dan zijn dit de mogelijke fiscale gevolgen. Hoe gaat u die aanpakken?'

Heeft het effect gehad? Ja en nee, vindt hij. 'We hebben niet kunnen voorkomen dat er geen enkele fiscale wet is aangepast – terwijl dat naar ons idee wel had moeten gebeuren. Daar staat tegenover dat Financiën aanzienlijk terughoudender is geworden wat betreft de interpretatie van arresten over aandelensoorten in het aanmerkelijkbelangregime. Dat is winst. Verder moeten we afwachten.'

Advies Zijn slotadvies aan belastingadviseurs? Dat is dat ze hun cliënten moeten waarschuwen beslist goed naar de fiscale gevolgen van het nieuwe bv-recht te kijken. 'Let erop dat ze niet lukraak – bijvoorbeeld op advies van hun advocaat of notaris – hun statuten flexibel laten maken. Er moet echt direct een belastingadviseur bij betrokken worden. Zo niet, dan kunnen de fiscale gevolgen ronduit onaangenaam zijn. ■

In het *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)* neemt Jan van de Streek binnenkort samen met een civilist de nieuwe uitkeringstest onder de loep.

Continuïteit als norm

Vervolg van pagina 13

beginsel uitkeerbaar – hoewel er in de praktijk vaak wel rekening moet worden gehouden met bepaalde normpercentages voor de solvabiliteit. Maar in het flexibele bv-recht is dat veranderd. Dan is de maatstaf of de vennootschap haar opeisbare schulden kan blijven voldoen. Dat is natuurlijk moeilijk tot op de euro te voorspellen. Je kunt in de meeste situaties hooguit een bandbreedte aangeven, waarbij een uitkering van bijvoorbeeld honderdduizend euro naar verwachting niet zal leiden tot insolventie, maar een uitkering van honderdvijftigduizend euro vrijwel zeker wel. Vraag is dan wat je kunt voorspellen over een uitkering waarvan de hoogte tussen die twee bedragen in ligt. Welk aansprakelijkheidsrisico is een bestuurder in dat geval bereid te nemen? Het is afwachten hoe dat in de praktijk zal uitpakken. En ook hoe de rechter in concrete gevallen zal oordelen.'

Reserve deelnemingen Door de veranderingen in het wettelijke systeem van crediteurenbescherming vervalt in het nieuwe recht een aantal wettelijke reserves: die voor het minimumkapitaal en die voor verstrekte leningen ter verkrijging van aandelen in het kapitaal van de bv – het bekende artikel 207c Boek 2 BW. Ook de euro omzettings- en bijschrijvingsreserves (art. 2:178a lid 2 en lid 3 BW) verdwijnen, maar die komen in de praktijk maar weinig voor.

Wel gebleven – vanwege EU-richtlijnen – is de wettelijke reserve deelnemingen die een deelnemende vennootschap moet aanhouden. Kimenai voorziet dat het bepalen van de hoogte daarvan onder het nieuwe recht lastiger wordt. 'In het bestaande stelsel wordt bij de hoogtebepaling aangenomen dat een meerder-

heidsaandeelhouder – los van bestaande contractuele verplichtingen – uitkering van het gehele vrije vermogen kan bewerkstelligen. De omvang van dat vrije vermogen neemt in het nieuwe recht nog toe, want het geplaatste kapitaal behoort dan niet langer tot het beklemd vermogen. Maar kink in de kabel kan wel eens worden dat het bestuur zich vanaf 1 oktober 2012 een eigen oordeel over de uitkering moet vormen en expliciet zijn goedkeuring moet geven. Daarvoor zal de aandeelhouder – die de omvang van zijn wettelijk reserves moet bepalen – een insolventietest moeten uitvoeren, vergelijkbaar met de uitkeringstest. Een veel lastiger situatie dus dan nu.'

Positief Hij komt tot een positief eindoordeel over de flex-bv. 'Het bestaande bv-recht is grotendeels afgeleid van het nv-recht; in die zin heeft het weinig eigens. Nu krijgen we een echte besloten vennootschap, met minder formaliteiten, flexibiliteit in de zeggenschap en het recht om de economische voordelen naar eigen inzicht te verdelen. Daar is de praktijk zeker mee geholpen. ■

* Corné Kimemai RA heeft als accountant meer dan 25 jaar ervaring in de controlepraktijk van Deloitte. Naast zijn werk als verslaggevingsspecialist op het Accounting en Auditing Center van Deloitte is hij ook vice-voorzitter van de vaktechnische staf van de Raad voor de Jaarverslaggeving en docent Externe verslaggeving in het HBO en het post-HBO. Hij doet zijn uitspraken in dit interview op persoonlijke titel.

** Art. 2:384 lid 3 BW.