

De deelnemingsvrijstelling en de regels voor het bijeenbrengen van kapitaal in een flex-BV

Het deelnemingscriterium in de vennootschapsbelasting is evenals veel andere fiscale regelingen onder de vereenvoudigings- en flexibiliseringsoperatie van het BV-recht ongewijzigd gebleven. In deze bijdrage worden de gevolgen van het nieuwe BV-recht voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling onderzocht. Het blijkt onder andere dat een gevolg kan zijn dat de deelnemingsvrijstelling toepassing mist in het geval een moedervennootschap alle aandelen houdt in een dochtervennootschap. Dat druist in tegen de ratio de van de deelnemingsvrijstelling maar staat ook haaks op hetgeen wordt beoogd met de versoepelde regels voor het bijeenbrengen van kapitaal. Om de problemen op te lossen doet de auteur een voorstel voor een nieuw deelnemingscriterium.



1. Inleiding

Met ingang van 1 oktober 2012 is de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht in werking getreden.¹ Een belangrijk onderdeel van deze wet is de afschaffing van de kapitaalbeschermingsregels voor de BV. Zo is het bij oprichting van een BV vereiste minimumkapitaal vervallen. In het sequeel hiervan is de zogenoemde 'balanstest' afgeschaft op grond waarvan uitkeringen aan aandeelhouders slechts zijn toegestaan voor zover het eigen vermogen groter is dan de som van het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal.² Hiervoor is een uitkeringstest in de plaats gekomen die moet voorkomen dat de BV ten koste van crediteuren winst en reserves uitkeert aan de aandeelhouders.³ Op grond van de nieuwe regeling moet het bestuur van de BV het besluit tot uitkering van winst of reserves goedkeuren. Als de uitkering onverantwoord is, is het bestuur in beginsel aansprakelijk voor het daardoor ontstane tekort. Bovendien kan een aandeelhouder onder omstandigheden zijn gehouden tot terugbetaling van de ontvangen uitkering.

De inwisseling van (oude) kapitaalbeschermingsregels voor de uitkeringstest, houdt een majeure systeemwijziging in. De civiele wetgever vindt niet meer belangrijk wat er 'in de bv wordt gestopt' als kapitaal, maar heeft de focus verlegd naar wat er 'uit de bv wordt gehaald' als uitkering van winst of reserves. Omdat de kapitaalbreng

is ontdaan van zijn waarborgfunctie voor schuldeisers, heeft de civiele wetgever de teugels laten vieren omtrent diverse regels voor de kapitaalbreng. De kapitaalbreng is echter onverminderd van belang voor de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting.⁴ Het deelnemingscriterium in de vennootschapsbelasting is per 1 oktober 2012 ongewijzigd gebleven. Van een deelneming is sprake indien 'de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld' (art. 13 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969). In deze bijdrage onderzoek ik de gevolgen van de nieuwe kapitaalbrengregels voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Daarbij ga ik er gemakshalve van uit dat als eenmaal de aanwezigheid van een deelneming is vastgesteld, de voordelen uit hoofde daarvan zijn vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling, tenzij het door de Hoge Raad ontwikkelde compartimenteringsleerstuk hierop een inbreuk maakt.⁵

2. De nieuwe regels omtrent kapitaalbreng⁶

2.1. Vervallen minimumkapitaal

De meest in het oog springende wijziging van de regels omtrent kapitaalbreng is het vervallen van het bij oprichting van een BV vereiste minimumkapitaal van € 18 000.⁷ Art. 2:178 lid 1 eerste volzin BW schrijft thans

* Dr. J.L. van de Streek is verbonden aan het Amsterdam Centre for Tax Law van de Universiteit van Amsterdam en het Bureau Vaktechniek van Ernst & Young Belastingadviseurs, tevens is hij redacteur van dit tijdschrift.

1. Wet van 18 juni 2012, *Stb.* 2012, 299. Tegelijkertijd trad ook de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht in werking (wet van 18 juni 2012, *Stb.* 2012, 300). De inwerkingtreding van beide wetten is geregeld in het Besluit van 29 juni 2012, *Stb.* 2012, 301.
 2. Voor de uitkering van wettelijke of statutaire reserves geldt vanaf 1 oktober nog steeds een balanstest: zie art. 2:216 lid 1 BW.
 3. Samen met H. Koster bespreek ik de uitkeringstest uitgebreid in: 'De nieuwe uitkeringstest voor de besloten vennootschap in civiel en fiscaal perspectief', *WPNR* 2012-6947, p. 718-728.
 4. En de fiscale eenheid van art. 15 Wet VPB 1969, maar deze problematiek laat ik rusten.
 5. Het deelnemingsregime zit strikt genomen niet zo in elkaar. De deelnemingsvrijstelling is namelijk niet van toepassing op voordelen uit hoofde van een zogenoemde 'niet-kwalificerende beleggingsdeelneming' (zie art. 13 lid 9 e.v. Wet VPB 1969).
 6. Voor een meer uitgebreide bespreking verwijs ik naar H.E. Boschma & J.N. Schutte, 'De BV uit de steigers', *Ondernemingsrecht* 2012, 116, H. Koster, 'Herziening van het kapitaalbeschermingsrecht', *Bb* 2012, 38 en O.M. Buma, 'Aandelen nieuwe stijl', *Bb* 2012, 55.
 7. Dit vereiste was opgenomen in art. 2:178 lid 2 (oud) BW.

slechts voor dat de statuten het nominale bedrag van de aandelen dienen te vermelden.⁸ Dat betekent concreet dat bij oprichting van een flex-BV het geplaatste kapitaal kan bestaan uit één aandeel met een nominale waarde van € 1. Het nominale bedrag mag ook worden uitgedrukt in een vreemde geldeenheid en in meer dan twee cijfers achter de komma. In het geval dat er maar één aandeel wordt geplaatst, moet dat ene aandeel overigens wel stemrecht hebben. Het had overigens niet veel gescheeld of ook de verplichting dat een aandeel een nominale waarde moet hebben, was afgeschaft. Dat is (vooralsnog) niet gebeurd omdat volgens de wetgever de nominale waarde behulpzaam kan zijn bij het vaststellen van de aandeelhoudersrechten.⁹ De nominale waarde van een aandeel kan worden gestort in geld of in natura. Zowel wat betreft de storting in geld als in natura zijn per 1 oktober 2012 additionele versoepelingen doorgevoerd.

2.2. Versoepelde regels voor storting in geld

Bij de storting in geld gaat het om twee versoepelingen. De eerste versoepeling betreft de afschaffing van de bankverklaring ex art. 2:203a (oud) BW. Volgens de wetgever is de bankverklaring een belemmering voor de oprichting van een BV die gemist kan worden in het nieuwe systeem van schuldeiserbescherming.¹⁰ Bovendien bleek uit de jurisprudentie dat de afgifte van een geldige bankverklaring niet doorslaggevend is voor het antwoord of er is voldaan aan de stortingsplicht op de aandelen.¹¹ Als aanvullend argument noemt de wetgever het feit dat in de praktijk slechts werd onderzocht of een bepaald bedrag op de bankrekening van de BV i.o. stond en niet of dit bedrag ten titel van storting was overgemaakt.¹² De tweede versoepeling betreft de verruiming van de mogelijkheid om een storting in geld uit te stellen. Onder het tot 1 oktober 2012 geldende BV-recht moest bij het nemen van een aandeel ten minste 25% van het nominale bedrag worden gestort.¹³ Op grond van art. 2:191 lid 1 tweede volzin (oud) BW was het slechts toegestaan om maximaal 75% van de stortingsplicht uit te stellen totdat de vennootschap het bedrag had opgevraagd.¹⁴ Onder het nieuwe BV-recht kan de verplichting tot volstorting van het nominale bedrag voor 100% worden uitgesteld. De tweede volzin van art. 2:191 lid 1 BW bepaalt namelijk dat kan worden bedongen dat het nominale bedrag of een deel daarvan eerst behoeft te worden gestort na verloop van een bepaalde tijd of nadat de vennootschap het zal hebben opgevraagd. Aldus is de gehele verplichting tot kapitaalbreng bij aanvang van een BV de facto

overboord gezet.¹⁵ Het resultaat is dat in de praktijk een BV kan worden opgericht met bijvoorbeeld een nominaal geplaatst kapitaal van € 1, waarbij aan de 100%-aandeelhouder-oprichter uitstel van de verplichting tot storting van dit bedrag wordt verleend totdat de BV het opvraagt. Voor de goede orde vermeld ik dat de regel is blijven bestaan dat een aandeelhouder (uiteindelijk) niet kan worden ontheven van zijn stortingsplicht (art. 2:191 lid 2 BW).¹⁶ In het geval van een faillissement van de BV is een curator bovendien niet gebonden aan een eventueel tussen de aandeelhouder en de BV overeengekomen uitstelbeding voor een bepaalde tijd. Op de dag van de faillietverklaring is de contante waarde van de stortingsplicht acuut opeisbaar (zie art. 2:193 BW).

Een ander belangrijk aspect is dat het niet volstorten van het nominale aandelenkapitaal niet langer automatisch aansprakelijkheid uitlokt voor bestuurders van de BV. Tot 1 oktober 2012 waren bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor verbintenissen van de BV die waren verricht in de periode vóórdat het vereiste minimumkapitaal en tevens 25% van het nominale bedrag was gestort (art. 2:180 lid 2 onderdeel b en c (oud) BW). Deze bestuurdersaansprakelijkheid is per 1 oktober 2012 vervallen.¹⁷ Er geldt thans (zelfs) geen bestuurdersaansprakelijkheid als de storting van het nominale bedrag voor 100% wordt uitgesteld totdat de vennootschap het opvraagt. Betekent dit dat tot in het oneindige maar uiterlijk tot aan een eventueel faillissement een BV in de lucht kan worden gehouden met een nominaal gestort kapitaal van nihil? Hoewel het antwoord strikt genomen bevestigend luidt, moet worden bedacht dat een bestuurder niet al te lichtvaardig kan nalaten het nominale bedrag op te vragen. In het bijzonder kan in het geval dat een BV afstevent op een faillissement niet worden gewacht op een actie van een curator. Op grond van de voor een bestuurder geldende verplichting tot behoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW dient hij volgens de wetgever zich voldoende in te spannen om de aandeelhouders te bewegen tot nakoming van hun stortingsplicht.¹⁸

Ik wijs erop dat het (vooralsnog) niet volstorten van het nominale kapitaal geen negatieve consequenties hoeft te hebben voor de aandeelhouders. Niet-volgestorte aandelen hebben in beginsel dezelfde zeggenschapsrechten als volgestorte aandelen. Op grond van art. 2:228 lid 2 BW is het stemrecht op aandelen in beginsel evenredig aan het nominaal bedrag van de aandelen (bij statuten kan hiervan worden afgeweken). Het is voor het stemrecht, of de uitoefening daarvan, derhalve in beginsel niet van

8. De vermelding van een maatschappelijk kapitaal hoeft niet langer: zie art. 2:187 lid 1 BW.

9. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 22 en *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 en 32 426, nr. C, p. 15-16.

10. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 8 en 27. Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 32.

11. De wetgever verwijst naar HR 24 maart 2000, *NJ* 2000, 354 (*WTN*) en HR 11 juli 2003, *JOR* 2003/193 (*Bas-C*).

12. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 61.

13. Dit naast de verplichting sowieso het minimumkapitaal te storten. Bovendien gold de stortingsverplichting van minimaal 25% ook voor aandelen uitgegeven na oprichting.

14. Art. 2:191 lid 1 (oud) BW luidde: 'Bij het nemen van het aandeel moet daarop het nominale bedrag worden gestort. Bedongen kan worden dat een deel, ten hoogste $\frac{1}{4}$, van het nominale bedrag eerst behoeft te worden gestort nadat de vennootschap het zal hebben opgevraagd.'

15. In vergelijkbare zin B. Bier in: *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk* (Preadvies KNB), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, par. 3.3.2, p. 190.

16. Behoudens via de ontheffingsprocedure van art. 2:208 lid 4 BW die neerkomt op afstempeling van de nominale waarde, met als ondergrens dat er na afstempeling nog ten minste één aandeel (met stemrecht) bij een aandeelhouder uitstaat (art. 2:175 juncto art. 2:21 BW).

17. H.E. Boschma & J.N. Schutte, 'De BV uit de steigers', *Ondernemingsrecht* 2012, 116, par. 2.2 typeren de vervallen aansprakelijkheid als een 'hakbijl' die een bestuurder genadeloos kon treffen.

18. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 33.

belang of het nominale bedrag is volgestort. Hoewel een niet-volgestort aandeel in beginsel geen recht geeft op uitkeringen van winst en reserves, kan dit in de statuten of telkens met instemming van alle aandeelhouders alsnog worden geregeld (zie art. 2:216 lid 6 BW). In de statuten kan derhalve worden bepaald dat het nominale bedrag van de aandelen (volgestort of niet) bepalend is voor het aandeel in de winst.¹⁹

2.3. Versoepelde regels voor storting in natura

Ten slotte zijn ook de regels voor de inbreng in natura versoepeld. De verplichte accountantsverklaring bij inbreng in natura is afgeschaft (art. 2:204a (oud) en 2:204b (oud) BW). Volstaan kan worden met beschrijving van hetgeen wordt ingebracht, met vermelding van de daaraan toegekende waarde en de toegepaste waarderingsmethode.²⁰ Anders dan bij de storting in geld is geen uitstel van een stortingverplichting in natura toegestaan. Per 1 oktober 2012 is de bepaling gehandhaafd op grond waarvan de inbreng anders dan in geld 'onverwijld' moet geschieden na het nemen van het aandeel of na de dag waartegen een bijstorting is uitgeschreven of waarop zij is overeengekomen (art. 2:191b BW).

3. Deelnemingsvrijstelling

3.1. Het deelnemingscriterium van 5%

De modernisering van het BV-recht heeft geen aanleiding gegeven het deelnemingscriterium in de Wet VPB 1969 te wijzigen. Op grond van dit criterium moet de moeder-vennootschap voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder zijn van de dochtervennootschap (art. 13 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969). In de fiscale paragraaf van de memorie van toelichting op de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht is aangegeven dat ook na de inwerkingtreding van het flexibele BV-recht voor de beoordeling of sprake is van een deelneming een formele (harde) 5%-eis geldt.²¹ De eis is 'hard' omdat de deelnemingsvrijstelling categorisch is uitgesloten voor belangen van minder dan 5%.²² Tijdens de parlementaire behandeling is aandacht besteed aan de vraag of de opbouw van het nominale kapitaal uit verschillende aandelensoorten, zoals stemrechtloze en winstrecht-

loze aandelen, relevant is voor de deelnemingsvrijstelling. Het antwoord op deze vraag luidde ontkennend.²³ Ongeacht om welk aandelensoort het gaat, telt een op een aandeel nominaal gestort bedrag mee voor de bepaling van het totale nominale gestorte kapitaal en voor de 5%-grens. De door de wetgever gegeven reden is niet verrassend: aansluiting bij het belang in nominaal kapitaal wordt van oudsher ervaren als een praktische manier om vast te stellen of sprake is van een deelneming.²⁴ Bovendien is reeds in de beleidsmatige sfeer aangegeven dat een preferent aandelenbelang – al dan niet met stemrecht – dat voor ten minste 5% deel uitmaakt van het nominaal gestorte kapitaal, in aanmerking komt voor de deelnemingsvrijstelling.²⁵

De gevolgen voor de deelnemingsvrijstelling van het vervallen van het minimumkapitaal en de introductie van de 100%-uitstelmogelijkheid van de stortingsverplichting zijn niet expliciet aan de orde geweest tijdens de parlementaire behandeling van de flexibiliseringsoperatie van het BV-recht. De fiscale paragraaf merkt over het stortings-element slechts het volgende op: 'Alleen het daadwerkelijk op aandelen gestorte kapitaal telt mee. (...) Agio en informeel kapitaal behoren niet tot het nominaal gestorte kapitaal en spelen dus bij de berekening van het deelnemingspercentage geen rol.'²⁶ Betekent dit dat gebruikmaking van de mogelijkheid om 100% van de stortingsverplichting uit te stellen per definitie de toepassing van de deelnemingsvrijstelling uitsluit? Voor de beantwoording van deze vraag is het nuttig allereerst de jurisprudentie van de Hoge Raad te onderzoeken over het tot 1 januari 1997 geldende aanmerkelijkbelangcriterium in de inkomstenbelasting. Dat criterium knoopte ook aan bij het nominaal gestorte kapitaal (art. 39 lid 3 (oud) Wet IB 1964).²⁷ Algemeen wordt aangenomen dat deze jurisprudentie als richtsnoer geldt voor de uitleg van het deelnemingscriterium in de vennootschapsbelasting.²⁸

De crux van de jurisprudentie van de Hoge Raad over het oude ab-criterium is dat de uitdrukking 'nominaal gestort kapitaal' in beginsel moet worden opgevat in puur civielrechtelijke zin.²⁹ Volgens de Hoge Raad biedt de wetsgeschiedenis geen steun voor het buiten aanmerking laten van de eis dat het nominale kapitaal is gestort, terwijl ook de grondslag van de ab-regeling daartoe niet dwingt.

19. Een andere variant kan inhouden dat ook het als agio gestorte kapitaal meetelt voor de winstdeling van een aandeel.

20. Bij oprichting dienen de oprichters de inbrengbeschrijving te maken; bij een inbreng in natura ná de oprichting dient de vennootschap de inbrengbeschrijving op te stellen.

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

22. Afgezien van meesleep- en meetreksituaties ex art. 13 lid 4 en 5 Wet VPB 1969, afloopsituaties ex art. 13 lid 16 Wet VPB 1969 en compartimenteringsaanspraken.

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

24. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 37.

25. Zie het Besluit van 12 juli 2010, nr. DGB2010/2154M, *BNB* 2010/278, par. 1.2.11 en 1.2.12.

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

27. Vanaf 1 januari 1997 wordt aangesloten bij het geplaatste kapitaal.

28. Zie *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie* (Vennootschapsbelasting), aant. 4.7.1 op art. 13 Wet VPB 1969; S.A.W.J. Strik & J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel Vpb.2.4.1.C.c.2.I en J. Verburg, *Vennootschapsbelasting* (Fiscale hand- en studieboeken), Deventer: Kluwer 2000, p. 295. Ook W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969* (Fed fiscale brochure), Deventer: Kluwer 2011, p. 27 trekt de jurisprudentie over het oude ab-criterium door.

29. Er lijkt één logische uitzondering te zijn op de aansluiting bij het civiele recht. Deze uitzondering houdt verband met de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad op grond waarvan door een vennootschap ingekochte eigen aandelen voor fiscale doeleinden in beginsel als ingetrokken moeten worden beschouwd (o.a. HR 14 november 1956, nr. 12 894, *BNB* 1957/20). Als dat het geval is, ligt voor de hand dat de ingekochte eigen aandelen niet meetellen bij de vaststelling van het deelnemingspercentage ex art. 13 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969. Hieraan doet niet af dat de ingekochte eigen aandelen civielrechtelijk niet zijn ingetrokken en dus nog steeds deel uitmaken van het nominaal gestorte kapitaal.

Zo wees de Hoge Raad in HR 8 september 1976, nr. 18 041, *BNB* 1976/227 de stelling af dat ook niet-volgestorte aandelen voor het nominale bedrag in aanmerking worden genomen bij de vraag of sprake van een aanmerkelijk belang. In HR 9 december 1987, nr. 23 917, *BNB* 1988/38 besliste de Hoge Raad dat aandelen waarvan de verplichting tot storting van het nominale bedrag nog niet is nageleefd, niet meetellen voor de vraag of sprake is van een aanmerkelijk belang ex art. 39 lid 3 (oud) Wet IB 1964, zelfs als door de aandeelhouder al wel rente is verschuldigd aan de vennootschap. Met deze jurisprudentie spoort een specifiek voor de deelnemingsvrijstelling gewezen hofuitspraak.³⁰ Het hof overwoog dat onder nominaal gestort kapitaal dient te worden verstaan 'het in aandelen verdeelde geplaatste kapitaal, voorzover daarop het nominale bedrag – dan wel, bij toepassing van art. 38a K, het nominale bedrag verminderd met de emissiekorting – is voldaan'.

De vraag rijst of de ratio van de deelnemingsvrijstelling anders dan die van de oude ab-regeling wél dwingt tot het buiten aanmerking laten van de eis dat het nominale kapitaal is gestort.³¹ Juist de ratio van de deelnemingsvrijstelling, te weten het voorkomen van economische dubbele belastingdruk, heeft de Hoge Raad ertoe gebracht om met het *Falcons*-arrest HR 22 november 2002, nr. 36 272, *BNB* 2003/34 een lijn in te zetten die het toepassingsbereik van de deelnemingsvrijstelling aanzienlijk heeft vergroot.³² Ongeacht hoe tegen deze nog steeds niet uitgekristalliseerde jurisprudentie wordt aangekeken, moet worden geconstateerd dat het 5%-vereiste in deze jurisprudentie overeind is gebleven, en daarmee waarschijnlijk ook het stortingselement van dit vereiste.³³ Zo reserveert de Hoge Raad in het *Falcons*-arrest de deelnemingsvrijstelling op een optieresultaat uitdrukkelijk voor gevallen waarin de onderliggende waarde van de optie bestaat uit aandelen die behoren tot een deelneming.³⁴ Een arrest dat voortborduurde op het *Falcons*-arrest verdient op deze plaats bijzondere aandacht, te weten HR 22 april 2005, nr. 40 563, *BNB* 2005/254. In deze zaak besliste de Hoge Raad dat de waardedaling van het recht op nieuw uit te geven aandelen onder de deelnemingsvrijstelling valt (en dus niet aftrekbaar is). Ook in dit arrest lijkt het 5%-vereiste en het daarvan deel uitmakende stortingselement niet te zijn losgelaten. Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op het recht op nieuwe aandelen was namelijk cruciaal dat ervan kon worden uitgegaan dat de te verkrijgen aandelen een deelneming

zouden vormen in de zin van art. 13 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969. Bovendien betrof het een recht op bij voorbaat volgestorte aandelen. Tegenover het recht op de nieuwe aandelen stond namelijk een reeds plaatsgevonden inbreng.

Ten slotte is van belang dat ook de wetsgeschiedenis geen steun biedt om het stortingsvereiste voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet langer serieus te nemen. De wetgever heeft namelijk in het kader van de totstandkoming van de Wet werken aan winst per 1 januari 2007 overwogen om het deelnemingscriterium te baseren op het belang in het geplaatste kapitaal (volgestort of niet), maar zag daarvan af.³⁵ Over de hieraan ten grondslag liggende reden(en) kom ik te spreken in paragraaf 5.

3.2. Gevolgen voor de praktijk

Voor de praktijk betekent de strikte aansluiting bij het gestorte deel van het kapitaal dat als de deelnemingsvrijstelling is gewenst, en daar ga ik op deze plaats van uit (zie anders paragraaf 4 hierna), belastingplichtigen er alert op moeten zijn dat bij oprichting van een flex-BV met een geplaatst nominaal kapitaal van bijvoorbeeld € 1, de moedermaatschappij die ene euro ook daadwerkelijk stort.³⁶ Indien storting achterwege blijft, bestaat bij de moedermaatschappij géén recht op de deelnemingsvrijstelling voor voordelen uit hoofde van de flex-BV. Ik geef een eenvoudig voorbeeld ter verduidelijking.

Voorbeeld

BV M richt flexdochter BV D op met een geplaatst aandelenkapitaal bestaande uit één aandeel met een nominale waarde van € 1. Storting blijft achterwege. Vervolgens koopt BV D een onderneming met een (al dan niet door BV M gegarandeerde) banklening. De onderneming maakt winst, en BV D keert dividend uit. Hoewel BV M 100% van de aandelen in BV D heeft, bestaat geen recht op de deelnemingsvrijstelling.

Ik wijs erop dat als de deelnemingsvrijstelling is gewenst, met de volstorting niet kan worden gewacht tot (vlak vóór) de dividenduitkering. Een eventuele waardeinstijging van de aandelen vanaf de oprichting van de flex-BV tot het volstortingsmoment, valt namelijk onder het door de Hoge Raad ontwikkelde compartimenteringsleerstuk.³⁷ Op grond van dit leerstuk dienen de voordelen uit hoofde van aandelenbelangen te worden gesplitst in een deel dat wordt toegerekend aan de vrijgestelde periode en een deel

30. Hof 's-Gravenhage 14 januari 1966, nr. 70/1965, *BNB* 1966/184.

31. Zie voor deze vraag ook S.A.W.J. Strik & J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel Vpb.2.4.1.C.c2.I voor een geval waarin géén gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om de stortingsverplichting uit te stellen totdat de vennootschap het heeft opgevraagd, maar de aandeelhouder desondanks (nog) niet heeft gestort.

32. Zie voor een recent overzicht van de ontwikkeling van de jurisprudentie W.F.E.M. Egelie, 'Voordelen uit hoofde van een deelneming of uit andere hoofde' (Opinie), *NTFR* 2012, 2425, p. 1-6.

33. Zie ook S.A.W.J. Strik & J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel Vpb.2.4.1.C.b3.VIII.

34. Zelfs als de optie waardeloos expireert of voor de uitoefening wordt verkocht, blijft het 5%-vereiste van belang. Volgens de Hoge Raad moet dan worden beoordeeld of 'de houder van de calloptie of de schrijver van de putoptie bij uitoefening van de optie een deelneming zou hebben verkregen'.

35. *Kamerstukken I* 2005-2006, 30 572, nr. C, p. 8.

36. Of strikt genomen minimaal 5% van € 1 = € 0,05.

37. Zie HR 2 juli 1986, nr. 23 444, *BNB* 1986/305; HR 19 juni 1991, nr. 26 102, *BNB* 1991/268; HR 18 maart 1992, nr. 27 121, *BNB* 1992/195; HR 17 mei 1995, nr. 30 268, *BNB* 1995/250 en HR 22 januari 1997, nr. 31 748, *BNB* 1997/101.

dat wordt toegerekend aan de belaste periode.³⁸ Dit betekent concreet dat de waardestijging die het aandeel doormaakt tot aan het moment waarop het wordt volgestort, is uitgesloten van de deelnemingsvrijstelling. Het lijkt er bovendien op dat de opgetreden waardestijging acuut in de heffing wordt betrokken op het moment dat het aandeel wordt volgestort (i.c. het moment van de sfeerovergang).³⁹

Vervolgens rijst de vraag hoe – in dit geval tegenover de fiscus – aannemelijk kan worden gemaakt dat het nominale kapitaal, in het voorbeeld € 1, is gestort nu de inbrengcontrole is afgeschaft (wat betreft de storting in geld: de bankverklaring, zie paragraaf 2). De eerste gedachte die mogelijk opkomt is om het nominaal gestorte kapitaal af te leiden uit de oprichtingsakte. Op grond van art. 2:187 lid 1 BW dient de akte van oprichting het bedrag te vermelden van het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan. Bedacht moet echter worden dat de bewijskracht van de oprichtingsakte (zeer) beperkt lijkt. In de parlementaire geschiedenis van de flex-BV is opgemerkt dat het vervallen van de inbrengcontrole niet leidt tot een uitbreiding van de controlerende taak van de notaris.⁴⁰

Het lijkt er dus niet op dat het notariaat thans moet controleren of het bedrag – in het voorbeeld € 1 – daadwerkelijk is gestort. Bier merkte hierover reeds in het preadvies van de KNB het volgende op: 'In de oprichtingsakte moet het bedrag worden opgenomen dat op de aandelen wordt gestort. Moet de notaris bij een oprichting vragen hoe het zit met de storting op de aandelen en in hoeverre moet hij verifiëren of de BV i.o. de storting heeft ontvangen, dan wel de waarde van de inbreng wel reëel is? Ik zou terughoudend willen zijn bij de rol die de notaris in dezen dient te spelen. Het kan niet zo zijn dat de wetgever aan de ene kant waarborgen rond de storting wegneemt en om deze vervolgens op het bordje van de notaris te leggen. De oprichters verklaren in de oprichtingsakte dat een bepaald bedrag op de aandelen die bij de oprichting worden genomen is gestort. De juistheid van die verklaring komt voor rekening van degene die de verklaring aflegt.'⁴¹ Het laatste woord lijkt over deze kwestie overigens niet gezegd. Zo is Zaman een stuk minder terughoudend over de rol van de notaris dan Bier. Recent merkte hij het volgende op: 'Naar mijn mening zal de notaris wel een rol hebben om vast te stellen dat storting, indien overeengekomen, daadwerkelijk heeft plaatsgehad, zodat ook aantekening daarvan kan plaatsvinden in het aandeelhoudersregister.'⁴²

Ik ben van mening dat het (sluitende) bewijs dat het bij oprichting geplaatste kapitaal is gestort pas wordt verkregen als tegenover de inspecteur aannemelijk wordt gemaakt dat het bedrag daadwerkelijk als kapitaal aan de BV ter beschikking is gesteld, bijvoorbeeld via een bankafschrift waaruit blijkt dat het bedrag ten titel van storting aan de BV is overgemaakt. In het algemeen geldt dat de civielrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad over de realiteit van de kapitaalstorting onder het flexibele bv-recht nog steeds van toepassing is en daarmee automatisch van belang is voor het deelnemingscriterium in de vennootschapsbelasting.⁴³ De deelnemingsvrijstelling komt naar mijn mening dan ook niet in gevaar in het geval waarin door de notaris in de oprichtingsakte (onverhoopt of gemakshalve) niet is vastgelegd dat het nominale kapitaal – in het voorbeeld aan het begin van deze paragraaf € 1 – is volgestort, terwijl dat wel het geval is. De belastingplichtige kan door het overleggen van een bankafschrift (alsnog) bewijzen dat is voldaan aan de stortingsplicht. Hetzelfde geldt als (ook) in het aandeelhoudersregister ex art. 2:194 BW abusievelijk (nog) niet is vermeld dat het nominale bedrag is gestort.

Ook voor de deelnemingsvrijstelling is relevant dat als uitgangspunt geldt 'eenmaal gestort, blijft gestort'. Indien het nominale kapitaal van een flex-BV eenmaal is volgestort, wordt hierop in beginsel niet teruggekomen.⁴⁴ Zelfs niet als via uitkeringen het eigen vermogen daalt tot onder het nominaal gestorte aandelenkapitaal. In een dergelijk geval ontstaat volgens de parlementaire behandeling een negatieve reserve.⁴⁵ Er is derhalve geen sprake van een herleving van de stortingsplicht. Ik maak dit effect inzichtelijk aan de hand van twee vennootschapsrechtelijke balansen in een geval waarin het nominaal gestorte oprichtingskapitaal wederom slechts € 1 bedraagt.

Oprichtingsbalans flex-BV			
Kas	€ 1	Nominaal gestort aandelenkapitaal	€ 1
	€ 1		€ 1

Na uitkering van het bedrag van € 1, ziet de balans er als volgt uit:

Balans flex-BV na uitkering			
Kas	Nihil	Nominaal gestort aandelenkapitaal	€ 1
		Negatieve reserve	-/- € 1
	Nihil		Nihil

38. Het is onduidelijk of het compartimenteringsleerstuk ook ziet op dividenden, maar dat lijkt wel logisch: zie onderdeel 7 van de recente conclusie van A-G Wattel van 12 oktober 2012, nr. 11/04538, V-N 2012/58.12.

39. Zie HR 22 januari 1997, nr. 31 748, BNB 1997/101. Mogelijk kan worden gewacht met afrekening over de compartimenteringsclaim tot het moment waarop een dividend wordt uitgekeerd of het aandeel wordt vervreemd. Het beleidsbesluit waarin de uitgestelde heffing was goedgekeurd, is echter opmerkelijk genoeg ingetrokken: zie het Besluit van 3 december 1999, nr. DB99/3318M, BNB 2000/71 en het Besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, BNB 2008/121, onderdeel 12.

40. Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 17.

41. B. Bier in: *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk* (Preadvies KNB), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, par. 35, p. 198-199.

42. D.F.M.M. Zaman, 'De Flex-BV: aan de slag!', JBN 2012, 46, onderdeel 2.4.

43. Over deze jurisprudentie, waaronder die vermeld in noot 11, is veel literatuur voorhanden: ik volsta met een verwijzing naar Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 110.

44. Wel kan het nominaal gestorte kapitaal worden verminderd door terugbetaling of afstempeling, zij het dat er minimaal één aandeel bij een aandeelhouder moet uitstaan (art. 2:175 juncto art. 2:21 BW).

45. Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 40. Wat de juiste naam is voor deze opmerkelijke reserve is onduidelijk.

Het fenomeen van de negatieve reserve is een direct uitvloeisel van het feit dat de balanstest is afgeschaft.⁴⁶ De slotsom is dat er onder het flexibele BV-recht wel een heel eenvoudig kasrondje mogelijk lijkt ter volstorting van de aandelen. Direct na de storting kan het kapitaal immers terugkeren naar de aandeelhouder via een uitkering, mits is voldaan aan de uitkeringstest.⁴⁷ Een dergelijke uitkering regardeert niet de omvang van het nominaal gestorte kapitaal, welke grootte relevant is voor de deelnemingsvrijstelling.

4. Niet-volgestorte aandelen en aftrekbaar afwaarderen van een verliesgevende deelneming

Anders dan het tot 1 oktober 2012 geldende BV-recht, is het thans mogelijk dat een belastingplichtige binnen concern een 100%-dochter opricht (flex-BV) waarbij het aandelenkapitaal in zijn geheel niet wordt volgestort. De volstortingsverplichting dient daartoe volledig te worden uitgesteld op de voet van art. 2:191 lid 1 BW. De deelnemingsvrijstelling is dan niet van toepassing. In sommige situaties kan dat gewenst zijn, zoals in het geval van een verliesgevende dochter. Van 1 januari 1997 tot 1 januari 2006 was voor de (tijdelijke) afwaardering van verliesgevende deelnemingen gedurende de eerste vijf jaar na verwerving in art. 13ca (oud) Wet VPB 1969 een regeling opgenomen. In de kern was deze regeling een sigaar uit eigen doos: uiteindelijk moest het afgetrokken afwaarderingsverlies weer bij de winst worden opgeteld. Dat was zelfs het geval als de waarde van de deelneming na vijf jaar nog steeds lager was dan de kostprijs van de deelneming of als de deelneming tussentijds was verkocht met verlies. Pogingen van belastingplichtigen om via een gekunstelde gang van zaken de belaste opwaarderingsverplichting te ontlopen, strandden voor de Hoge Raad.⁴⁸ Door al dan niet het nominale kapitaal vol te storten, hebben belastingplichtigen het thans zelf in de hand of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de voordelen uit hoofde van een dochtervennootschap. Ik geef een eenvoudig voorbeeld ter verduidelijking.

Voorbeeld

BV M richt flexdochter BV D op. Het nominaal geplaatste aandelenkapitaal bestaat uit 1 aandeel van € 1. BV M stort het bedrag van € 1 (nog) niet vol, maar wacht daarmee totdat de vennootschap overgaat tot opvraging. Wél doet BV M een informele kapitaalstorting van € 1 000 000.⁴⁹ De te activeren kostprijs van het verkregen belang (niet-volgestort aandeel inclusief informeel kapitaal) in de flex-BV is derhalve € 1 000 000.⁵⁰ Als na verloop van tijd de bedrijfswaarde van het belang in de flex-BV daalt, kan de moedermaatschappij een afwaarderingsverlies nemen.⁵¹

Het afwaarderingsverlies is een gevolg van het voor bedrijfsmiddelen geldende fiscale systeem van waardering op kostprijs of lagere bedrijfswaarde.⁵² Voor het antwoord op de vraag wat de bedrijfswaarde is van het niet-volgestorte aandeel inclusief het informele kapitaal kan worden aangesloten bij de jurisprudentie over de waardering van deelnemingen waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is.⁵³ Uit die jurisprudentie blijkt dat – net zoals voor andere bedrijfsmiddelen – voor de afwaardering van een deelneming tot de lagere bedrijfswaarde niet alleen is vereist dat de bij de verkoop aan een derde te realiseren waarde (directe opbrengstwaarde) beneden de fiscale boekwaarde van de deelneming is gedaald, maar ook de zogenoemde ‘indirecte opbrengstwaarde’. Dat maakt de afwaardering in de praktijk ongetwijfeld een bijzonder lastige klus. De indirecte opbrengstwaarde van een deelneming is kort gezegd de contante waarde van de bijdrage van de deelneming aan de totale winst van de moeder. Die waarde kan heel wel hoger zijn dan de verkoopwaarde van de deelneming, bijvoorbeeld omdat er synergetische effecten te verwachten zijn die bijdragen aan de winst van de moedervennootschap.⁵⁴ Slechts in het geval dat de deelneming als een ‘losse opbrengstdrager’ kan worden beschouwd, zoals het geval waarin een deelneming slechts een beleggingsportefeuille bezit, zijn de directe en de indirecte opbrengstwaarde aan elkaar gelijk.⁵⁵ Keerzijde van de afwaardering naar de lagere bedrijfswaarde vormt de verplichte opwaardering van het belang in de flex-BV-dochter zodra de bedrijfswaarde

46. Er is nog wel een zogenoemde ‘beperkte balanstest’ voor het geval er wettelijke of statutaire reserves zijn (zie art. 2:216 lid 1 BW).

47. Zie voor kritiek op deze gang van zaken waarbij de facto de officiële kapitaalverminderingprocedure ex art. 2:208 BW wordt omzeild: J.A.M. ten Berg, ‘De kapitaalbescherming op de helling’, *O&F* 2008-3, p. 88-108.

48. Zie HR 4 juni 2010, nr. 08/01549, *BNB* 2010/236.

49. Ik wijs erop dat de informele kapitaalstorting niet als nominaal kapitaal en/of agio kan worden aangemerkt omdat het niet is gestort op aandelen en niet is bedongen: zie S.A.W.J. Strik & J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel Vpb.2.0.6.E.b2. De informele kapitaalstorting kan bijvoorbeeld een gevolg zijn van een onzakelijke transactie. Ook kan door de moeder een deelnemerschapslening worden verstrekt. Een dergelijke lening wordt aangemerkt als fiscaal kapitaal (HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB* 1998/208), waarop in beginsel fiscaal aftrekbaar kan worden afgewaardeerd (HR 28 juni 1995, nr. 30 439, *BNB* 1995/271).

50. En (nog) niet € 1 000 001. Dat lijkt eerst het geval indien de vennootschap het kapitaal heeft opgevraagd en er zodoende een schuld van de aandeelhouder aan de vennootschap ontstaat; vanaf dat moment moet er ook (fiscaal) rente in aanmerking worden genomen (vergelijk HR 19 oktober 1983, nr. 21 855, *BNB* 1983/319).

51. Afschrijven op het belang in de dochter lijkt niet te kunnen omdat er geen sprake is van slijtage: zie HR 17 december 2004, nr. 40 233, *BNB* 2005/95.

52. HR 15 februari 1956, nr. 12 649, *BNB* 1965/102; HR 11 december 1985, nr. 23 159, *BNB* 1987/187 en HR 17 april 1991, nr. 27 074, *BNB* 1991/165. De waardering van een belang in een dochter op netto-vermogenswaarde is fiscaal niet toegestaan (HR 23 september 1992, nr. 28 155, *BNB* 1993/60).

53. Het betreft met name (oude) jurisprudentie die betrekking heeft op de periode dat er nog een zogenoemde ‘aanaalbezitseis’ gold voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Zie uitgebreid S.A.W.J. Strik & J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel Vpb.2.4.6.D.

54. Of als via de deelneming mede marktpositie van de moeder wordt beschermd: zie HR 6 september 1995, nr. 30 077, *BNB* 1996/7.

55. Vergelijk HR 11 december 1985, nr. 23 159, *BNB* 1987/187 waarin het ging om vaststelling van de bedrijfswaarde van verhuurde onroerende zaken.

daartoe aanleiding geeft, bijvoorbeeld door een gewijzigde winstverwachting.⁵⁶ De verplichte opwaardering is gemaximeerd tot maximaal de oorspronkelijke kostprijs. Een eventuele verdere waardestijging boven de kostprijs is pas belast als deze wordt gerealiseerd, zoals bij verkoop.

In principe staan belastingplichtigen – via uitstel van de stortingsverplichting – na het geforceerd uitschakelen van de deelnemingsvrijstelling ongelimiteerd bloot aan belastingheffing over de voordelen uit hoofde van de dochter. Dat is weinig aantrekkelijk. Ervan uitgaande dat van een investering een positief rendement wordt verwacht, ligt het niet voor de hand dat belastingplichtigen de deelnemingsvrijstelling ‘vrijwillig’ zullen uitschakelen om in een onvermoed verliesscenario een afwaarderingsverlies op het belang in de dochter te kunnen aftrekken. Desondanks lijkt niet uitgesloten dat belastingplichtigen zullen proberen om van twee walletjes te eten. Denk in dit verband vooral aan gevallen waarin risicovolle activiteiten in de dochter worden ondergebracht.⁵⁷ Als de moedermaatschappij het aandeel van nominaal € 1 in een verliesgevende dochter volstort op een moment dat de bedrijfswaarde van het aandeel nog niet is opgekrabbeld, kan de belastingheffing over een latere waardestijging worden gefrustreerd. Na volstorting ontstaat immers een deelneming ex art. 13 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969 waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.⁵⁸ Er is sprake van een sfeerovergang van de niet-deelnemings-sfeer naar de deelnemings-sfeer. Anders dan onder art. 13ca (oud) Wet VPB 1969 kan het afgetrokken afwaarderingsverlies permanent ten laste van de winst worden gebracht. Zelfs bij een betere gang van zaken bij de dochter hoeft het afwaarderingsverlies niet te worden ‘ingehaald’.

Van belang is dat er geen antimisbruikbepalingen zijn die deze sfeerovergang van niet-deelneming naar deelneming flankeren. In het bijzonder ontbreekt er een bepaling op grond waarvan het tijdens de niet-deelnemingsperiode afgetrokken verlies, in één keer op het volstortingsmoment of gespreid in de tijd na volstorting weer moet worden gerekend tot de winst van de moedermaatschappij.⁵⁹ Op de sfeerovergang zijn enkel de door de Hoge Raad ontwikkelde compartimenteringsregels van toepassing. Dat betekent dat het aandelenbelang op het volstortingsmoment moet worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer van het belang in de dochter.

Als de indirecte opbrengstwaarde hoger is dan de directe opbrengstwaarde van de dochter, lijkt als waarde in het economische verkeer bij de sfeerovergang te moeten worden uitgegaan van de indirecte opbrengstwaarde.⁶⁰ De conclusie moet zijn dat dit waarderingsvoorschrift bij sfeerovergang geen effect sorteert omdat het belang in de dochter al op grond van goed koopmansgebruik op deze waarde zal zijn gesteld.⁶¹ Stel dat in het bovenstaande voorbeeld de moeder het belang in de dochter aanvankelijk voor € 900 000 heeft afgewaardeerd tot de lagere bedrijfswaarde van € 100 000. Als de bedrijfswaarde vervolgens toeneemt tot € 400 000, moet de moeder € 300 000 belaste opwaarderingswinst verantwoorden. De volstorting van het aandeel op het moment dat de bedrijfswaarde € 400 000 bedraagt, heeft dan geen winsteffect. Het restant van het afwaarderingsverlies van € 600 000 (€ 900 000 –/– € 300 000) komt permanent ten laste van de winst.

De vraag rijst of de wetgever zou moeten optreden tegen taxplanning waarbij gebruik wordt gemaakt van de sfeerovergang. Fiscaaltheoretisch kan worden volgehouden dat geen sprake is van een heffingslek, mits het belang in de dochter (uiteindelijk) op het moment van de sfeerovergang maar juist wordt gewaardeerd.⁶² Waarderings-exercities zijn in de praktijk echter zeer lastig en monden vaak uit in een discussie met de inspecteur. Min of meer vergelijkbare problemen van sfeerovergang heeft de wetgever (uiteindelijk) opgelost via het treffen van anti-ontgaansbepalingen.⁶³ Het toevoegen van een nieuwe anti-ontgaansbepaling aan het regime van de deelnemingsvrijstelling heeft niet mijn voorkeur. Het probleem wordt automatisch opgelost als de wetgever kiest voor een ander deelnemingscriterium. Daarvoor is – los van het ‘sfeerovergangsslek’ – alle reden toe, hetgeen ik in paragraaf 5 hierna nader uitwerk.

5. Voorstel voor een nieuw deelnemingscriterium

Het voorgaande overziende, lijkt een herbezinning op het deelnemingscriterium in de vennootschapsbelasting op zijn plaats. De aansluiting bij het nominaal gestorte kapitaal in art. 13 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969 doet naar mijn mening geen recht aan het flexibele BV-recht. De bewust door de civiele wetgever verruimde mogelijkheden om de storting van het nominale kapitaal achterwege te laten, kunnen daardoor niet altijd worden benut. Hier wreekt zich het feit dat bij de beoordeling van de

56. HR 18 maart 1992, nr. 27 918, *BNB* 1992/186. Zie specifiek voor ‘deelnemingen’ waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is: Hof Arnhem 9 januari 1964, nr. 403/62, *BNB* 1964/185.

57. Denk vooral aan het geval waarin geen fiscale eenheid mogelijk is, zoals joint ventures of feitelijk in het buitenland gevestigde dochters.

58. Ik laat de zogenoemde niet-kwalificerende beleggingsdeelneming van art. 13 lid 9 e.v. Wet VPB 1969 buiten beschouwing.

59. Vergelijk art. 13b en art. 13ba Wet VPB 1969.

60. Er is sprake van een zogenoemde confrontatie tussen jaarwinst en totaalwinst, waarbij het mijns inziens juist lijkt om een hogere indirecte opbrengstwaarde tot uitdrukking te laten komen in de waardering van de deelneming. Normaliter vertaalt een hogere indirecte opbrengstwaarde zich in een afzonderlijke post ‘goodwill’.

61. Er is immers eerder afgewaardeerd naar lagere bedrijfswaarde, zodat belast moet worden opgewaardeerd zodra de bedrijfswaarde weer stijgt (tot maximaal de oorspronkelijke kostprijs).

62. Vergelijk J.C.M. van Sonderen voor verwante sfeerovergangsproblematiek in art. 13c (oud) en art. 13b (oud) Wet VPB 1969 in: ‘De deelnemingsvrijstelling in beweging (2)’, *MBB* 1987, 197, onderdeel 4 en 5.

63. Ik doel op art. 13c (oud) Wet VPB 1969 voor de omzetting van een verliesgevende vaste inrichting in een deelneming en art. 13b/13ba Wet VPB 1969 voor de vervreemding van een afgewaardeerde vordering op een deelneming en de omzetting van een afgewaardeerde vordering in een deelneming. Ook in de inkomstenbelasting heeft de wetgever manipulaties van sfeerovergangen bij voorbaat de pas afgesneden: zie de bepalingen die betrekking hebben op opties op tbs-vermogensbestanddelen (art. 3.92 lid 2 onderdeel 4–6 Wet IB 2001). De wetgever heeft daarbij niet vertrouwd op de vaststelling van een zakelijke prijs als wapen ter bestrijding van manipulaties.

fiscale gevolgen van het flexibele BV-recht niet de toets is aangelegd of die fiscale gevolgen de doelstellingen van het flexibele BV-recht doorkruisen.⁶⁴ Ook de ratio van de deelnemingsvrijstelling dwingt mijns inziens geenszins tot een aansluiting bij nominaal gestorte kapitaal. Weliswaar is het nog steeds regeland recht om de winstverdeling te baseren op het aandeel in het nominaal gestorte kapitaal, maar de mogelijkheden om daarvan af te wijken zijn legio.⁶⁵ Wat te denken van het voorkomen van economische dubbele belastingdruk in het geval de aandeelhouder over een winstrechtloos – maar volgestort(!) – aandeel beschikt? Illustratief is voorts de veel voorkomende 100%-concernverhouding tussen moeder en dochter. Onder het flexibele recht kan die verhouding eenvoudig worden gecreëerd zonder dat de moeder op het gehouden belang in de dochter ook maar iets formeel stort. De deelnemingsvrijstelling is zelfs in dit geval niet van toepassing. Met de ratio van de deelnemingsvrijstelling heeft dat niets te maken. Integendeel. In een 100%-concernverhouding zou bij uitstek economische dubbele heffing over de winst van de dochter moeten worden voorkomen. Bovendien heeft de mogelijke uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling in een 100%-concernverhouding als ongewenst neveneffect dat de deur op een kier wordt gezet voor constructies met als doel dubbele verliesverrekening (zie paragraaf 4).

Gegeven de wens van de fiscale wetgever om de deelnemingsvrijstelling pas toe te passen vanaf een aandelenbezit van een bepaalde omvang,⁶⁶ pleit ik ervoor om het deelnemingscriterium voortaan te laten aansluiten bij het nominaal geplaatste kapitaal, ongeacht of, en zo ja in welke mate, het nominale bedrag daarop is gestort. Van een deelneming is dan sprake als de moeder voor ten minste 5% van het nominaal geplaatste kapitaal aandeelhouder is van de dochter. Na een dergelijke wetwijziging is de deelnemingsvrijstelling in een 100%-concernverhouding niet langer afhankelijk van nadere voorwaarden (i.c. een minimale storting van 5%).⁶⁷ Evenals het huidige deelnemingscriterium, functioneert het door mij voorgestelde deelnemingscriterium overigens als een praktische en harde grens. Dat betekent dat consequenties die voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling kunnen zijn verbonden aan de aanwezigheid van verschillende soorten aandelen, waaronder nu ook niet-volgestorte aandelen, bewust worden aanvaard.⁶⁸ Hoewel manipulaties door belastingplichtigen derhalve zijn toegestaan, kunnen die manipulaties in het door mij voorgestelde systeem per

definitie niet zo ver gaan dat er in een reguliere 100%-concernverhouding afwaarderingsmogelijkheden worden gecreëerd.

Ik wijs erop dat de wetgever al eens met de gedachte heeft gespeeld om het deelnemingscriterium te baseren op de relatieve omvang van het aandelenbezit ten opzichte van het geplaatste kapitaal. Tijdens de parlementaire behandeling van de per 1 januari 2007 inwerking getreden Wet werken aan winst gaf de Staatssecretaris van Financiën aan dat hiervoor uiteindelijk niet is gekozen omdat dit een ‘verstrakking’ zou betekenen in bepaalde situaties.⁶⁹ De staatssecretaris was helaas weinig concreet. Zo gaf hij niet aan om welke situaties het gaat. Wellicht doelde de staatssecretaris op een tot voor kort wel voorkomende praktijk waarbij bij bepaalde aandeelhouders aandelen worden geplaatst die nog niet voor de volle 100% behoeven te worden volgestort. Op deze wijze is de vennootschap verzekerd van een eventueel in de toekomst wenselijke kapitaalinjectie.⁷⁰ Als dan voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt aangesloten bij het geplaatste kapitaal in plaats van het nominaal gestorte kapitaal, zouden de overige aandeelhouders de deelnemingsvrijstelling kunnen kwijtraken. Onder het flexibele BV-recht hoeft echter niet meer te worden gewerkt met niet-volgestorte aandelen om een aandeelhouder op te zadelen met een bijstortingsverplichting in de toekomst. Anders dan onder het tot 1 oktober geldende recht, kan thans op grond van art. 2:192 lid 1 onderdeel a BW een verplichting tot het doen van een aanvullende kapitaalinjectie in de statuten worden opgenomen.⁷¹ Voor een vrees voor een ‘verstrakking’ in dit type gevallen bestaat vanaf 1 oktober 2012 derhalve geen grond.

Hoewel mijn voorstel om het deelnemingscriterium te laten aansluiten bij het geplaatste kapitaal is ingegeven door wetgevende activiteiten op het front van de BV, meen ik dat een dergelijk deelnemingscriterium zonder problemen eveneens kan worden toegepast op het aandelenbezit in een NV. Bij de NV zijn de kapitaalbrengregels onveranderd gebleven: het minimumkapitaal bedraagt € 45 000 en het overige nominaal geplaatste kapitaal moet voor ten minste 25% worden volgestort.⁷² Het dunkt mij dat het risico van ‘verstrakking’ niet op de loer ligt. Bij NV’s gaat het veelal om beursgenoteerde vennootschappen waarvan de aandeelhouders zelden een vpb-plichtig lichaam zijn en zelden meer dan 5% bezitten van het nominaal gestorte kapitaal. Bovendien is het aandelenbezit doorgaans volledig volgestort. Alleen in het geval van een

64. Zie uitgebreid over dit rammelende beoordelingskader: J.L. van de Streek, ‘De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv (deel 1)’, *Weekblad* 2011, 6911, p. 819-825.

65. Zie art. 2:216 lid 6 BW.

66. Deze eis houdt verband met de wens van de wetgever om aandelenpakketten die ter belegging worden gehouden, niet voor de deelnemingsvrijstelling in aanmerking te laten komen: zie S.A. W.J. Strik & J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel Vpb.2.4.1.C.c1.

67. Uiteraard kan de deelnemingsvrijstelling nog wel worden ontzegd als sprake is van het onderbrengen van mobiel kapitaal in een *tax haven* (zie art. 13 lid 9-15 Wet VPB 1969).

68. Vergelijk hetgeen de wetgever heeft opgemerkt over het huidige deelnemingscriterium in *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 9 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 37.

69. *Kamerstukken I* 2006/06, 30 572, nr. C, p. 8.

70. De vennootschap kan dan eenvoudig in een opkomende kapitaalbehoefte voorzien door het nog niet gestorte bedrag op te vragen.

71. Vergelijk *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 14. Een dergelijke bijstortingsverplichting was onder het oude BV-recht nietig: zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 102.

72. Art. 2:67 en art. 2:80 BW. Overigens is bij een NV uitstel van een als agio te storten bedrag niet mogelijk.

beschermingsconstructie wil een beursvennootschap nog wel eens niet-volgestorte preferente aandelen uitgeven (aan een 'stichting continuïteit').⁷³ Mocht er een vennootschapsbelastingplichtig lichaam in een beursvennootschap ten minste 5% van het geplaatste kapitaal bezitten, dan zou door de uitgifte van de 'beschermingsaandelen' de deelnemingsvrijstelling bij het vennootschapsbelastingplichtige lichaam in theorie kunnen worden uitgeschakeld. Bedacht moet echter worden dat een beschermingsconstructie van dit type altijd van tijdelijke aard is.⁷⁴ Ik houd het er dan ook op dat de figuur van de aflopende deelneming ex art. 13 lid 16 Wet VPB 1969 voldoende soelaas zal bieden om de periode te overbruggen waarin de beschermingsconstructie actief is.

6. Afsluiting

In deze bijdrage heb ik de gevolgen van het nieuwe BV-recht voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling nader onder de loep genomen. Het deelnemingsbegrip sluit per 1 oktober 2012 onveranderd aan bij het belang dat de moeder heeft in het gestorte kapitaal van de dochter. Volgens de fiscale wetgever is het deelnemingscriterium op zodanige wijze vormgegeven dat op adequate wijze rekening kan worden gehouden met de mogelijkheden die de flexibilisering van het BV-recht biedt.⁷⁵ De conclusie van deze bijdrage is dat daarop kan worden afgedongen. Het lijkt erop dat de fiscale wetgever over het hoofd heeft gezien dat door de inwisseling van de oude kapitaalbeschermingsregels voor de nieuwe uitkeringstest er de facto een BV kan worden opgericht zonder gestort kapitaal. De volledige stortingsverplichting kan namelijk worden uitgesteld totdat de BV het te storten bedrag opvraagt. Dat betekent in een 100%-concernverhouding, te weten het geval waarin de moeder de enig aandeelhouder is van de dochter, dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing kan zijn. Dat is een vreemd effect gelet op de ratio van de deelnemingsvrijstelling, te weten het voorkomen van economische dubbele heffing in concernverhoudingen. Om toch de deelnemingsvrijstelling veilig te stellen moet een moeder er alert op zijn dat zij bij oprichting wel degelijk iets formeel op de aandelen in de dochter stort, met bovendien allerlei bewijsrechtelijke complicaties tot gevolg. Een 'bankverklaring' – nu in de vorm van een eenvoudig rekeningafschrift – lijkt het beste middel om tegenover de fiscus te bewijzen dat het kapitaal is gestort. Aan de andere kant zet de mogelijkheid om de deelnemingsvrijstelling in een 100%-concernverhouding uit te schakelen de deur op een kier om een (permanent) afwaarderingsverlies te claimen op het belang in een tijdelijk in waarde gedaalde dochter. Om de gesignaleerde problemen het hoofd te bieden heb ik voorgesteld om voor de vraag of sprake is van een deelneming aan te knopen bij het belang dat een moeder heeft in het geplaatste kapitaal van de dochter, los van de vraag of er is gestort. Een dergelijke wijziging herstelt het systeem van de deelnemingsvrijstelling en doet recht aan de versoepelde regels voor de inbreng in contanten.

73. Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 637.

74. Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 635.

75. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 7-12.