

Fiscale aspecten bij het wetsvoorstel invoeringswet flexibilisering BV-recht

*Mr. P. Borsjé**

Inleiding

Met het wetsvoorstel tot 'Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)' dat op 15 juni 2010 bij de Tweede Kamer is ingediend, wordt voor het eerst van de kant van de wetgever ook aandacht besteed aan de fiscale aspecten van het flexibele BV-recht (hierna: flex-BV).¹ Hiermee wordt de toezegging gestand gedaan uit de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht'.² In deze bijdrage wordt aan de hand van de belastingparagraaf uit de memorie van toelichting bij voornoemd wetsvoorstel (hierna: MvT) een aantal fiscale aspecten nader besproken, met het accent op de implicaties voor de vennootschapsbelasting.

De belastingparagraaf uit de MvT

De belastingparagraaf uit de MvT behandelt de gevolgen van de flexibilisering van het BV-recht voor een beperkt aantal regelingen uit de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) en de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB). Daarnaast wordt zeer kort stilgestaan bij een enkel aspect uit de overdrachtsbelasting en de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB). In de literatuur is reeds eerder een aantal fiscaal-technische vraagpunten bij de invoering van het flexibele BV-recht gesignaleerd.³ In de MvT wordt echter het standpunt ingenomen dat de betreffende belastingwetten geen aanpassing behoeven, waarbij ten aanzien van doorwerking van de flexibilisering van het BV-recht naar de lagere fiscale regelgeving (besluiten en ministeriële regelingen) wordt opgemerkt dat deze 'in een later stadium aan de orde' zal komen. Overigens wordt in de MvT wel reeds een aanpassing van het Besluit fiscale eenheid 2003 aangekondigd (zie ook hierna in deze bijdrage). Het onderhavige wetsvoorstel tot invoeringswet van de flexibilisering van het BV-recht bevat dus geen fiscale begeleidingswetgeving. Het mag dan ook geen

verrassing heten dat de belastingparagraaf uit de MvT in fiscale kring kritisch is ontvangen.⁴

De fiscale aandacht gaat met name uit naar twee punten die volgen uit de flexibilisering van het BV-recht, namelijk de mogelijkheid tot flexibele toedeling van winst- en stemrechten aan aandelen en het nieuwe aansprakelijkheidsregime voor bestuurders en aandeelhouders.

Flexibele toedeling van winst- en stemrechten aan aandelen

In de fiscaliteit grijpt een heffing of vrijstelling over (inkomsten uit) een aandelenbelang in beginsel aan bij het vaststellen van de aard en de omvang van het betreffende 'belang' dat een belastingplichtige (direct of indirect) heeft in een bepaalde vennootschap: onder de flexibilisering van het BV-recht wordt met de komst van met name winstrechtloze en stemrechtloze aandelen – of creatieve combinaties daarvan – het bepalen van het precieze belang van een aandeelhouder een stuk ingewikkelder (zie art. 2:216 lid 7 en 2:228 lid 5 BW uit het wetsvoorstel). De komst van de flex-BV heeft in die zin, in ieder geval in theorie, gevolgen voor de reguliere belastingsoorten.⁵ Het is dan ook opvallend dat de MvT bijvoorbeeld geen aandacht schenkt aan de eventuele gevolgen voor de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB). Zo vraagt het NOB commentaar terecht naar de gevolgen voor de Wet DB bij opschorting van aandeelhoudersrechten ex artikel 2:292 lid 4 BW uit het wetsvoorstel.⁶

Aansprakelijkheidsregime

Een ander belangrijk punt onder de flexibilisering van het BV-recht betreft de fiscale gevolgen die voortvloeien uit het nieuwe aansprakelijkheidsregime voor bestuurders en aandeelhouders in het kader van de schuldeisersbescherming (zie art. 2:216 lid 1-3 BW uit het wetsvoorstel). De vraag is namelijk hoe een eventuele (verplichting tot) betaling – door bestuurder of aandeelhouder – onder dit nieuwe aansprake-

* Mr. P. Borsjé is werkzaam als advocaat en belastingadviseur bij Clifford Chance.

1. Zie Kamerstukken II 2009/2010, 32 426, nr. 3, p. 7-12.

2. Zie Kamerstukken II 2008/2009, 31 058, nr. 6, p. 36.

3. Zie met name G.J.W. Kinnekim, *De flex-bv fiscaal getoetst, Ondernemingsrecht* 2007, p. 406-414, en R.N.F. Zuidgeest, *Flexibel bv-recht en 'verbondenheid' in het belastingrecht: buigen of barsten?*, *WFR* 2007, p. 1162-1170.

4. Zie redactie *Vakstudie Nieuws*, V-N 2010, 38.3, en commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB commentaar) op het wetsvoorstel 'Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, nr. 32 426)', te raadplegen op de website van de NOB, zie <www.nob.net/?q=node/15393>.

5. Zie ook redactie *Vakstudie Nieuws* 2010 en vgl. *Zuidgeest* 2007.

6. Zie NOB commentaar, onderdeel 5.

lijkheidsregime fiscaal moet worden geduid, bijvoorbeeld: zijn dergelijke betalingen fiscaal aftrekbaar, inclusief eventuele wettelijke rente? De MvT besteedt hier helaas geen aandacht aan.

Gevolgen voor de Wet Vpb

Hierna zal nader worden ingegaan op een aantal gevolgen van de introductie van de flex-BV voor de Wet Vpb aan de hand van de regelingen zoals deze aan de orde komen in de MvT.

Vennootschapsbelastingplicht

De MvT stelt dat de vennootschapsbelastingplicht van de BV in de Wet Vpb met de flexibilisering van het BV-recht niet zal wijzigen, mede omdat 'een belangrijk kenmerk van de rechtsvorm van de BV dat de aandeelhouders niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor hetgeen in de naam van de BV wordt verricht' in stand zou blijven.⁷ Deze vaststelling uit de MvT is echter onvolledig: de flexibilisering van het BV-recht maakt het juist mogelijk om de aandeelhouders – naast de BV zelf – aansprakelijkheid toe te delen voor (alle) schulden van de BV (zie art. 2:192 lid 1 BW uit het wetsvoorstel). Hier dringt zich ook een vergelijking op met de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (hierna: OVR) uit het wetsvoorstel titel 7.13 BW voor aanpassing van het personenvennootschapsrecht, waar de aansprakelijkheid van de besturende vennoten juist kan worden uitgesloten bij overeenkomsten met derden:⁸ de OVR is in beginsel echter *niet* vennootschapsbelastingplichtig, aangezien de OVR doorgaans kwalificeert als een fiscaal transparante entiteit, waarbij de winsten van de OVR direct op het niveau van de vennoten in de belastingheffing worden betrokken, en de OVR wordt genegeerd voor vennootschapsbelastingdoeleinden. Dit rechtvaardigt de vraag of in het licht van het wetsvoorstel tot flexibilisering van het BV-recht en het wetsvoorstel titel 7.13 BW de grondslag voor belastingplicht in de Wet Vpb misschien zou moeten worden heroverwogen. Reeds eerder is in de fiscale literatuur gewezen op de mogelijkheid van een keuzesysteem, waarbij een (kapitaal- of personen)vennootschap zou kunnen opteren voor 'transparantie' voor vennootschapsbelastingdoeleinden.⁹ Een dergelijk systeem wordt bijvoorbeeld al sinds 1997 met succes in de Verenigde Staten toegepast (de zogeheten *check the box*-classificatieregels). Helaas heeft de wetgever deze mogelijkheid, die ook de internationale aantrekkelijkheid van het Nederlandse vennootschapsrecht verder zou kunnen versterken, evenwel naast zich neergelegd.

Verbonden lichamen en verbonden natuurlijk persoon

Onder de Wet Vpb kwalificeert een lichaam of natuurlijk persoon als 'verbonden' met een belastingplichtige indien dit

lichaam, of natuurlijk persoon, een 'belang' van ten minste een derde gedeelte heeft in de belastingplichtige, of wanneer de belastingplichtige een 'belang' heeft van een derde gedeelte in dat lichaam. Verbondenheid ontstaat ook indien een derde entiteit, of natuurlijk persoon, in beide – hierdoor 'verbonden' – entiteiten een 'belang' van een derde gedeelte heeft (zie art. 10a lid 4-6 Wet Vpb). Dit verbondenheidsbegrip heeft relevantie voor een groot aantal bepalingen in de Wet Vpb, maar is bijvoorbeeld ook terug te vinden in de overdrachtsbelasting. Zo is in de Wet Vpb de aftrek van rente die is betaald tussen twee 'verbonden lichamen' aan specifieke vereisten onderhevig (zie art. 10a lid 1-3 Wet Vpb). Bij de invulling van het criterium 'belang' ter bepaling van de 'verbondenheid' speelt niet alleen het zuiver financiële 'belang' in verband met het houden van aandelen in het gestorte kapitaal een rol, maar kunnen bijvoorbeeld ook zeggenschapsrechten worden meegewogen, waarbij de precieze grens van wat nu nog te gelden heeft als 'belang' door de wetgever niet helder is getrokken.¹⁰ In de praktijk kan het door toedeling van verschillende winst-, vermogens- en zeggenschapsrechten aan diverse belanghebbenden zeer lastig zijn om te bepalen welke entiteit of persoon nu kwalificeert als 'verbonden'. De MvT grijpt deze onduidelijkheid aan om te stellen dat het begrip 'belang' ook 'voldoende ruimte biedt om bij de invulling ervan op passende wijze rekening te houden met de als gevolg van de flexibilisering toegekomen vrijheid in de inrichting van BV's'.¹¹ Daarmee zal voor de praktijk de reeds bestaande onzekerheid omtrent de begrippen 'belang' en 'verbondenheid' verder toenemen nu de flexibele toedeling van winst- en stemrechten een nog grotere differentiatie mogelijk maakt in de mogelijke vormen van het houden van een 'belang'.

Deelnemingsvrijstelling

Met de deelnemingsvrijstelling wordt beoogd de winst die is belast op niveau van een dochtermaatschappij niet voor een tweede maal in de heffing te betrekken op niveau van een moedermaatschappij (zie art. 13 e.v. Wet Vpb). Vermogenswinsten en dividenden die voortkomen uit een 'deelneming' kunnen daarom onder voorwaarden worden vrijgesteld, waarbij een aandelenbelang van ten minste 5% in het nominaal gestorte kapitaal van een dochtermaatschappij kwalificeert als 'deelneming'. De betreffende 5%-eis is een hard vereiste dat volgens de MvT kan worden gehandhaafd na flexibilisering van het BV-recht. Daarmee wordt het mogelijk dat een 1%-moedermaatschappij, die door flexibele toedeling van winstrechten bijvoorbeeld wel recht heeft op (veel) meer dan 5% van de winst, toch wordt uitgesloten van toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Dit is opmerkelijk, omdat dit in lijkt te gaan tegen de voornoemde ratio van de deelnemingsvrijstelling, namelijk het voorkomen van een dubbele heffing op het niveau van de moedermaatschappij. Daarentegen zou een 5%-moedermaatschappij, die door flexibele toedeling slechts recht

7. Zie Kamerstukken II 2009/2010, 32 426, nr. 3, p. 7.

8. Zie 'Invoeringswet Titel 7.13 BW (vennootschap)', en Kamerstukken II 2003/2004, 28 746, nr. 5, p. 15 in verband met art. 7:813 BW uit het betreffende wetsvoorstel.

9. Zie ook NOB commentaar, onderdeel 3.1, en Kinnegim 2007, onderdeel 2.5; vgl. ook M.L.M. van Kempen, Het wetsvoorstel Titel 7.13 BW en de fiscale transparantie van personenvennootschappen, WFR 2003, p. 285-292.

10. Vgl. onderdeel 2.23 uit de conclusie van A-G Wattel bij HR 5 februari 2010, BNB 2010, 148.

11. Zie Kamerstukken II 2009/2010, 32 426, nr. 3, p. 8.

heeft op een zeer minimaal deel van de winst, wel in aanmerking komen voor de deelnemingsvrijstelling.

Fiscale eenheid

Door vorming van een fiscale eenheid tussen twee vennootschappen worden beide behandeld als één belastingplichtige voor vennootschapsbelastingdoeleinden: dit maakt het bijvoorbeeld mogelijk om fiscale verliezen van de ene entiteit te compenseren met fiscale winsten van de andere entiteit (zie art. 15 e.v. Wet Vpb). Op grond van de Wet Vpb kunnen een moeder- en dochtermaatschappij een fiscale eenheid vormen indien de moedermaatschappij ten minste 95% van de 'juridische en economische eigendom' van aandelen bezit in de dochtermaatschappij. Volgens de wetsgeschiedenis betekent dit dat de moedermaatschappij in bezit dient te zijn van ten minste 95% van de winst- en de zeggenschapsrechten in de dochtermaatschappij. Na de flexibilisering van het BV-recht zou echter met het juridische eigendom van 95% van stemrechtloze aandelen op grond van de letterlijke wettekst van de Wet Vpb toch een fiscale eenheid kunnen worden aangegaan met een betreffende dochtermaatschappij. In de MvT wordt daarom voor de zekerheid aangekondigd dat artikel 2 van het Besluit fiscale eenheid 2003 zal worden aangepast, zodat het fiscale eenheidsregime alleen kan worden toegepast indien de moedermaatschappij ook ten minste 95% van de stemrechten in de dochtermaatschappij bezit. In de MvT wordt aangegeven dat bij het doorvoeren van deze wijziging ook zal worden gekeken of andere aanpassingen in dit kader nodig zijn.

Overige aspecten ten aanzien van de Wet Vpb

De MvT gaat ook specifiek in op de bedrijfsfusievrijstelling. Kortweg regelt deze faciliteit onder bepaalde voorwaarden een onbelaste overdracht van een onderneming, tegen uitgifte van aandelen, bijvoorbeeld aan een BV. De MvT stelt hierbij vast dat voor toepassing van de faciliteit de uitgifte van aandelen altijd dient te kwalificeren als een 'adequate tegenprestatie', waarmee is geïmpliceerd dat een bedrijfsfusie tegen uitgifte van bijvoorbeeld winstrechtloze aandelen mogelijk niet zal kwalificeren voor de vrijstelling.¹²

Het is opvallend dat de MvT verder op geen enkele wijze refereert aan andere regelingen in de Wet Vpb die mogelijk gevolgen kunnen ondervinden van het geflexibiliseerde BV-recht. Zo worden bijvoorbeeld de splitsings- en juridische fusievrijstelling (ex art. 14a en 14b Wet Vpb) en de bepaling aangaande de handel in zogeheten verlieslichamen (ex art. 20a Wet Vpb) niet genoemd, terwijl ook hier relevante vereisten gelden ten aanzien van een 'belang' of specifiek aandeelhouder-schap.¹³

Wet IB: de aanmerkelijkbelangregeling

De aanmerkelijkbelangregeling uit hoofdstuk IV van de Wet IB regelt de belastingplicht van natuurlijke personen op alle

voordelen (waaronder dividenden en vervreemdingsvoordelen) die samenhangen met kortweg een (direct of indirect) belang dat bestaat uit ten minste 5% van de aandelen, van een bepaalde soort, in het geplaatste kapitaal van de betreffende entiteit, bijvoorbeeld in een BV. Het aanmerkelijkbelangbegrip grijpt dus aan bij iedere aparte soort aandelen, waarmee met name zijn bedoeld aandelen die verschillende vermogensrechtelijke aanspraken vertegenwoordigen – bijvoorbeeld verschillende aanspraken op winstreserves. De betreffende wettekst (zie art. 4.7 lid 2 Wet IB) is enigszins onduidelijk, maar de heersende leer is dat het toebedelen van verschillende rechten van niet-vermogensrechtelijke aard geen aparte soort aandelen in het leven roept.¹⁴ Het is dan ook merkwaardig dat de MvT zonder meer stelt dat het toebedelen van verschillende stemrechten, zoals onder het geflexibiliseerde BV-recht, 'in ieder geval' aandelen van een aparte soort creëert. Op de gevolgen voor de aanmerkelijkbelangregeling van de mogelijkheid om onder het geflexibiliseerde BV-recht aan aandeelhouders aparte verplichtingen (bijvoorbeeld aansprakelijkheid jegens derden) of specifieke vereisten te stellen (zie art. 2:192 lid 1 BW uit het wetsvoorstel), wordt in de MvT niet ingegaan.

De aanmerkelijkbelangregeling heeft overigens doorwerking naar verschillende andere bepalingen in de Wet IB en Wet Vpb. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de regeling ten aanzien van het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan een vennootschap waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden (zie art. 3.92 Wet IB), aan de regeling voor buitenlandse belastingplichtigen ex artikel 17 lid 3 onderdeel b en lid 4 Wet Vpb, en het speciale regime voor de fiscale beleggingsinstelling ex artikel 28 Wet Vpb.

De MvT behandelt ten aanzien van de Wet IB alleen de aanmerkelijkbelangregeling, hoewel de flexibilisering van het BV-recht ook voor andere bepalingen van de Wet IB – in ieder geval in theorie – consequenties lijkt te kunnen hebben. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de faciliteit ten aanzien van de inbreng van een persoonlijke onderneming in een BV tegen uitreiking van aandelen (ex art. 3.65 Wet IB), vergelijkbaar met de hiervoor besproken regeling voor de bedrijfsfusievrijstelling in de Wet Vpb, maar ook aan de betreffende aandelenfusie, splitsings- en juridische fusiefaciliteiten (ex art. 3.55, 3.56 en 3.57 Wet IB).

Overdrachtsbelasting

In overdrachtsbelasting kan het verkrijgen of uitbreiden van een 'belang' van een derde gedeelte of meer in een onroerende-zaaklichaam – kortweg een entiteit die hoofdzakelijk vastgoed houdt en exploiteert – kwalificeren als een belaste verkrijging, waarbij bij het bepalen van de omvang van het verworven belang ook het 'belang' wordt betrokken van de met de belastingplichtige 'verbonden lichamen' en 'natuurlijke personen', zie artikel 4 lid 3, 7 en 8 Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 (hierna: WBR). De MvT merkt slechts op dat ook voor de overdrachtsbelasting het begrip 'belang' een open norm

12. Vgl. HR 25 augustus 1993, BNB 1994, 32, genoemd door redactie Vakstudie Nieuws 2010.

13. Zie in dezelfde zin redactie Vakstudie Nieuws 2010.

14. Vgl. in dezelfde zin de conclusie van A-G Van Ballegooijen van 17 augustus 2010 en Hof Arnhem 1 december 2009, V-N 2010, 7.1.4.

kent en aanpassingen dus niet nodig zouden zijn. Hiervoor geldt echter dezelfde problematiek als hierboven aangegeven bij de Wet Vpb, waarbij door de MvT ook nog geheel voorbij wordt gegaan aan de specifieke aandeelhoudersrelaties (het 'concern'-begrip) die gelden voor de toepassing van bepaalde vrijstellingen in de overdrachtsbelasting – zie art. 15 lid 1 onderdeel h WBR en art. 5a-5c Uitvoeringsbesluit WBR, van toepassing bij fusie, interne reorganisatie en splitsing.

Wet LB

De MvT stelt dat ook ten aanzien van de Wet LB geen aanpassingen nodig zouden zijn. Zonder hier op nadere aspecten van aandeelhoudersrelaties in de Wet LB in te gaan kan als voorbeeld worden opgemerkt dat ook in de Wet LB het begrip 'verbonden' vennootschap voorkomt (zie art. 10a lid 7 Wet LB), dat sterk lijkt op het vergelijkbare begrip in de Wet Vpb. De MvT schenkt hier geen aandacht aan.

Conclusie

Er valt het nodige aan te merken op de belastingparagraaf uit de MvT bij de invoeringswet tot flexibilisering van het BV-recht. De fiscale problematiek lijkt op een aantal onderdelen nog onvoldoende te zijn doordacht, terwijl bovendien bepaalde onderwerpen en belastingsoorten totaal niet aan bod komen, waardoor onnodig rechtsonzekerheid wordt gecreëerd. Vanuit fiscaal-technisch oogpunt is de belastingparagraaf uit de MvT te kwalificeren als een gemiste kans. Het lijkt dat de MvT toch vooral dienstbaar is aan een vaker gehanteerde strategie van het ministerie van Financiën om met het handhaven van onduidelijkheid bepaald misbruik door belastingplichtigen die de grenzen van de wet opzoeken, te bestrijden.