

## de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen

mr. drs. S.A.W.J. Strik  
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Justitie van de  
Tweede Kamer der Staten-Generaal  
**mr. D.S. Nava**  
Postbus 20018  
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 17 september 2010

**Betreft:        Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde  
van Belastingadviseurs 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)’**

Geachte leden van de Commissie,

### 1.     **Inleiding**

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel tot ‘Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht).’ De memorie van toelichting op de voorgestelde invoeringswet bevat een afzonderlijke fiscale paragraaf (2d) waarin wordt geconcludeerd dat er geen wijzigingen behoeven te worden doorgevoerd in de rijksbelastingwetten. De mogelijke doorwerking van het flexibele bv-recht naar lagere regelgeving (besluiten, ministeriële regelingen) komt volgens de toelichting in een later stadium aan de orde, zij het dat alvast een aanpassing van art. 2 Besluit fiscale eenheid 2003 wordt aangekondigd.

De Orde heeft de doorwerking van het voorgestelde flexibele bv-recht naar het fiscale recht getoetst aan de door haar gehanteerde criteria voor fiscale wetsvoorstellen. De belangrijkste conclusies zijn:

- De Orde deelt de opvatting van de minister niet dat de fiscale verbondenheidsbepalingen reeds op zodanige wijze zouden zijn vormgegeven dat op adequate wijze rekening kan worden gehouden met het flexibele bv-recht.
- De reeds bestaande onduidelijkheid over het verbondenheidsbegrip in de vennootschapsbelasting wordt na de invoering van het flexibele bv-recht nog meer vergroot. De Orde onderbouwt dit met een verwijzing naar een recente conclusie van een advocaat-generaal.

*De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB toetst fiscale wetsvoorstellen op strijdigheid met het recht, effectiviteit en efficiency, terugwerkende kracht, uitvoerbaarheid, administratieve lastendruk en fiscaal vestigingsklimaat.*

1

- De aanmerkelijkbelangregeling in de inkomstenbelasting dreigt onbedoeld een veel groter bereik te krijgen door de toegenomen inrichtingsvrijheid van statuten van een bv. Een scherpe(re) omlijning van het fiscale begrip ‘soorttaandeel’ is nodig.
- Het verschil tussen een fiscaal niet-transparante kapitaalvennootschap en een fiscaal transparante personenvennootschap wordt flinterdun. De invoering van een optiestelsel behoort daarom serieus te worden overwogen.
- In de toelichting ontbreekt ten onrechte een uiteenzetting van de fiscale consequenties van de nieuwe bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid voor onverantwoorde uitkeringen uit het vermogen van de vennootschap.

Uit de opsomming blijkt dat de rechtszekerheid als fundamenteel rechtsbeginsel een belangrijke rol heeft gespeeld bij de beoordeling van de fiscale doorwerking. In dit commentaar vraagt de Orde aan de minister dan ook om op voorhand op een groot aantal punten duidelijkheid te verschaffen. Die gewenste duidelijkheid is vanzelfsprekend van groot belang voor het Nederlandse ondernemingsklimaat.

## **2. Fiscale verbondenheidsbepalingen**

### **2.1 Inleiding**

Het fiscale recht bevat een groot aantal uiteenlopende bepalingen die aansluiten bij de verhouding tussen een natuurlijk persoon en een bv of tussen rechtspersonen onderling (hierna: verbondenheidsbepalingen). De verbondenheid tussen deze personen is veelal omschreven in de vorm van een kwalificerend aandelenbezit of ‘belang’ bij de bv. In de memorie van toelichting wordt voor de belangrijkste verbondenheidsregelingen uit de Wet Vpb. 1969 en de Wet IB 2001 uiteengezet waarom geen wetswijziging nodig is. Het gaat onder andere om het verbondenheidsbegrip in de zin van art. 10a, lid 4 en lid 5 Wet Vpb. 1969, het deelnemingsbegrip ex art. 13 Wet Vpb. 1969, de bezitsei die wordt gehanteerd voor vorming van een fiscale eenheid ex art. 15 Wet Vpb. 1969 en het aanmerkelijkbelangcriterium ex art. 4.6 en art. 4.7 Wet IB 1001.

Hieronder gaat de Orde in op het deelnemingsbegrip, het verbondenheidsbegrip in de vennootschapsbelasting en het aanmerkelijkbelangcriterium.

### **2.2 Bewuste aanvaarding van de consequenties voor aansluiting bij nominaal gestort of geplaatst aandelenkapitaal**

In de memorie van toelichting op de voorgestelde Invoeringswet Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht wordt aangegeven dat de consequenties van de harde 5%-eis die geldt voor de deelnemingsvrijstelling, bewust worden aanvaard. Volgens de memorie van toelichting betekent deze ‘bewuste aanvaarding van de consequenties’ dat zowel winstrechtloze als stemrechtloze aandelen onder de deelnemingsvrijstelling kunnen vallen en dat beide soorten aandelen meetellen voor de bepaling van het totale nominale gestorte kapitaal en voor de 5%-grens.

De Orde wijst erop dat deze keuze met zich brengt dat een aandelenpakket niet kwalificeert als deelneming als de harde 5%-eis niet wordt gehaald, terwijl het pakket cumulatief wél recht geeft op ten minste 5% van de winst, ten minste 5% van de stemrechten én ten minste 5% van het liquidatieoverschot. Wanneer bijvoorbeeld BV X 10% van de ‘gewone’ stem- en winstrecht houdende aandelen houdt, en andere aandeelhouders stem- en winstrechtloze aandelen bezitten, kan dit er voor zorgen dat het aandelenbelang van BV X minder is dan 5% van het nominale gestorte kapitaal. De Orde vraagt of de minister deze consequentie kan bevestigen en of hij kan aangeven hoe een en ander zich verhoudt tot de strekking van de deelnemingsvrijstelling, te weten het voorkomen van economische dubbele belasting.

De Orde vraagt de minister te bevestigen dat de consequenties ook bewust worden aanvaard voor een drietal andere regelingen waarvoor een eenvoudig verbondenheids criterium geldt, te weten:

- De uitsluiting van investeringsaftrek voor verplichtingen die zijn aangegaan tegenover ‘verbonden’ vennootschappen ex art. 8, lid 8, 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 bezit.’
- De aansprakelijkstelling van een gewezen aandeelhouder voor Vpb-schulden 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 Div. bel. 1965 voor ontvangen winstuitkeringen van lichamen waarin de inhoudingsplichtige ‘voor ten minste 25% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder’ is.

### **2.3 Verbonden lichaam in de zin van art. 10a, lid 4 en 5 Wet Vpb. 1969**

In de memorie van toelichting op de voorgestelde Invoeringswet Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht wordt er voorsnog van uitgegaan dat het begrip ‘belang’ ex art. 10a, lid 4 en 5 Wet Vpb. 1969 voldoende ruimte biedt om bij de invulling ervan op passende wijze rekening te houden met het flexibele bv-recht. De Orde heeft hierover haar twijfels en verwijst in dit verband naar de (bijlage bij de) conclusie van A-G Wattel voor HR 5 februari 2010, nr. 08/04451, BNB 2010/148.

De conclusie van de advocaat-generaal is dat het verbondenheidsbegrip van art. 10a Wet Vpb. 1969 uit de parlementaire geschiedenis ‘niet bovenmatig helder naar voren komt.’ De advocaat-generaal signaleert maar liefst zes punten van onduidelijkheid, waarvan er naar de mening van de Orde één fors wordt vergroot na de inwerkingtreding van het flexibele bv-recht. Het betreft de vraag of – en zo ja, in hoeverre - zeggenschap los van het financiële belang relevant is. De advocaat-generaal zet in zijn conclusie uiteen dat de wetgever bij aandelenvennootschappen veronderstelde dat de zeggenschap samengaat met het financiële belang. Aangezien die veronderstelling onder het flexibele bv-recht vaak niet zal opgaan, vraagt de Orde of de minister kan aangeven op welke wijze aandelen waaraan verschillende zeggenschap- en vermogens- of winstrechten zijn verbonden, dienen te worden meegeteld voor de beoordeling of is voldaan aan het criterium ‘voor ten minste een derde gedeelte belang hebben’ ex art. 10a, lid 4 en 5 Wet Vpb. 1969. In het bijzonder vraagt de Orde of de minister kan bevestigen dat het totaal van de ‘belangen’ in een lichaam niet groter kan zijn dan 100%.

## 2.4 Soort aandelen aanmerkelijk belang

### 2.4.1 Lopende procedure

In de memorie van toelichting wordt een opsomming gegeven van gevallen waarin in ieder geval sprake zou zijn van aparte soorten aandelen voor de aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 2001. Het is de Orde opgevallen dat in de optiek van de minister aandelen waaraan verschillende stemrechten zijn verbonden een afzonderlijke soort vormen. De Orde wijst erop dat dit een openstaande vraag is en thans onderwerp is van een bij de Hoge Raad aanhangige procedure naar aanleiding van de uitspraak van Hof Arnhem 1 december 2009, nr. 08/00145, V-N 2010/7.1.4, NTFR 2009/2722.

In deze procedure gaat het om aandelen met een verschil in nominale waarde, agioreserve en stemrecht. Het hof leidde uit de wetsgeschiedenis af dat de regeling inzake het soortaanmerkelijkbelang naar de bedoeling van de wetgever ziet op aandelen die verschillen voor wat betreft rechten op de winstreserves van de vennootschap. Omdat aan de desbetreffende aandelen gelijke winstrechten waren verbonden, besliste het hof dat sprake was van aandelen van dezelfde soort. Hieraan deed het verschil in stemrecht en agioreserve niet af.

De Orde verneemt graag van de minister of hij van plan is zich neer te leggen bij de uitkomst van de procedure of dat hij voornemens is de wet aan te passen in het geval dat de Hoge Raad de uitspraak van het hof volgt.

### 2.4.2 Benoemingsrechten en bijzondere aanbiedingsregeling (art. 4.7, lid 2 Wet IB 2001)

In art. 4.7, lid 2, Wet IB 2001 is onder andere bepaald dat aandelen in een vennootschap en de aandelen in die vennootschap die zich daarvan onderscheiden uitsluitend doordat aan die aandelen een benoemingsrecht, het recht de naam van de vennootschap te mogen bepalen of een met die rechten vergelijkbaar recht toekomt, worden beschouwd als behorende tot één soort. Op grond van het nieuwe art. 2:257, lid 1, BW zijn aandeelhouders die een bestuurder kunnen benoemen, tevens automatisch bevoegd om een eventuele schorsing van die bestuurder door de raad van commissarissen op te heffen. De Orde vraagt of de minister kan bevestigen dat dit aan een benoemingsrecht gekoppelde opheffingsrecht niet leidt tot een afzonderlijke aandelensoort in de zin van art. 4.7 Wet IB 2001.

In art. 4.7, lid 2, Wet IB 2001 worden voorts aandelen die zich onderscheiden doordat ter zake van die aandelen een bijzondere aanbiedingsregeling of een daarmee vergelijkbare regeling geldt, niet als een afzonderlijke soort aangemerkt. Hiermee wordt onder andere bedoeld op een eventueel van een blokkeringsregeling ex art. 2:195 BW deel uitmakende aanbiedingsregeling. Hoewel niet langer verplicht, blijft de blokkeringsregeling onder het nieuwe bv-recht bestaan. De Orde vraagt of de minister kan bevestigen dat art. 4.7, lid 2, Wet IB 2001 ook van toepassing is op een statutaire aanbiedingsregeling in de zin van het voorgestelde art. 2:192, lid 1, onderdeel c, BW. Op grond van deze – van een blokkeringsregeling los staande - regeling kunnen de statuten met betrekking tot (bepaalde) aandelen bepalen dat de aandeelhouder in in de statuten omschreven gevallen gehouden is zijn aandelen of een deel daarvan aan te bieden en over te dragen. Denk bijvoorbeeld aan het faillissement van de aandeelhouder of de overgang van aandelen krachtens erfrecht.

De statuten kunnen daarbij, evenals onder de blokkeringsregeling (zie het voorgestelde art. 2:195, lid 4, BW), voorzien in een prijsregeling (zie het voorgestelde art. 2:192, lid 3, BW).

### *2.4.3 Aan het aandeelhouderschap verbonden statutaire verplichtingen en kwaliteitseisen*

Eén van de pijlers van het nieuwe bv-recht is de verruiming van de mogelijkheden om bij de statuten verplichtingen of eisen aan het aandeelhouderschap te verbinden. Nu kan aan een aandeelhouder tegen zijn wil geen verplichtingen worden opgelegd boven de storting tot het nominale bedrag van het aandeel. De verruiming is uitgewerkt in het voorgestelde art. 2:192, lid 1, onderdeel a en b, BW.

Op grond van het voorgestelde art. 2:192, lid 1, onderdeel a, BW kunnen de statuten aan het aandeelhouderschap van (bepaalde) aandelen verbintenisrechtelijke verplichtingen verbinden tegenover de vennootschap, derden of medeaandeelhouders. Het voorgestelde art. 2:192, lid 2, onderdeel b, BW maakt het mogelijk om (kwaliteits)eisen te stellen aan het aandeelhouderschap van (bepaalde) aandelen.

De Orde vraagt of de minister kan bevestigen dat op grond van het nieuwe art. 2:192, lid 1, onderdeel a, BW in de statuten van een bv opgenomen verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard met betrekking tot bepaalde aandelen, niet leiden tot een afzonderlijke soort in de zin van art. 4.7, lid 1, Wet IB 2001. Hetzelfde vraagt de Orde met betrekking tot aandelen waarvan op grond van het nieuwe art. 2:192, lid 1, onderdeel a, BW in de statuten eisen zijn verbonden aan het aandeelhouderschap. Een denkbaar concreet geval is opgenomen in het onderstaande voorbeeld.

#### *Voorbeeld*

Het geplaatste aandelenkapitaal van bv X bestaat uit aandelen A, B en C. Alle aandelen hebben dezelfde nominale waarde, stemrechten, winstrechten en aanspraken op het liquidatiesaldo. Aan het aandeelhouderschap van de aandelen A verbinden de statuten van bv X de aansprakelijkheid voor een bepaalde bankschuld. Het aandeelhouderschap van de aandelen B staat op grond van de statuten van bv X slechts open voor personen met een bepaalde vakopleiding. Aan het aandeelhouderschap van de C-aandelen kleeft geen verplichting van verbintenisrechtelijke aard of een kwaliteitseis.

De Orde vraagt of de minister kan bevestigen dat de aandelen A, B en C voor de toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling tezamen één soort vormen en niet drie afzonderlijke soorten.

## **3. Belastingplicht flexibele bv voor de heffing van vennootschapsbelasting en de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden**

### **3.1 Belastingplicht bv**

In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat bv's op grond van art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb. 1969 onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting en dat de flexibilisering van het bv-recht géén aanleiding vormt hierin verandering te brengen. De memorie van toelichting noemt onder andere als reden dat 'het een belangrijk kenmerk van de rechtsvorm van de bv [blijft] dat aandeelhouders niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor hetgeen in de naam van de bv wordt verricht.'

Zoals opgemerkt in par. 2.4.3 van dit commentaar, kunnen de statuten op grond van het voorgestelde art. 2:192, lid 1, onderdeel a, BW onder andere verbintenisrechtelijke verplichtingen verbinden aan (bepaalde) aandelen jegens de bv of derden. Op grond van deze bepaling is het zelfs geoorloofd om statutair te bepalen dat aandeelhouders naast de vennootschap persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor bepaalde of alle schulden van de bv (Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, blz. 44).

De Orde vraagt of de minister kan bevestigen dat bv's ook onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting (en dus niet fiscaal transparant zijn) indien op grond van art. 2:192, lid 1, onderdeel a, BW de aandeelhouders aansprakelijk zijn voor alle schulden van de bv?

Voorts vraagt de Orde of de minister kan aangeven wat het relevante verschil nog is tussen een fiscaal transparante openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (OVR) en een niet-transparante bv? De Orde wijst er in dit verband op dat de besturende vennoten weliswaar op grond van art. 7:813 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de OVR, maar dat die aansprakelijkheid kan worden uitgesloten bij overeenkomsten met derden (zie Kamerstukken II 2003/04, 28 746, nr. 5, blz. 15). Het antwoord op de vraag naar het verschil tussen een fiscaal transparante personenvennootschap en een fiscaal niet-transparante kapitaalvennootschap acht de Orde ook van belang in het kader van de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden (zie paragraaf 3.2 hierna).

Nu de personenvennootschap en de kapitaalvennootschap door de modernisering van het ondernemingsrecht zo dicht tegen elkaar aangroeien, vraagt de Orde nogmaals aandacht voor het keuzesysteem naar Amerikaans model. In haar reactie op de Nota Werken aan winst heeft de Orde reeds de invoering van een check-the-box-achtig systeem bepleit (zie Brief van de Orde van 19 mei 2005, blz. 7-8). Onder een dergelijk systeem kan een personenvennootschap of kapitaalvennootschap zelf de keuze maken voor een al dan niet fiscaal transparante behandeling. De Orde zou een dergelijk systeem graag zien ingevoerd voor zowel nationale samenwerkingsverbanden (zoals de OV(R) en de bv) als buitenlandse samenwerkingsverbanden. Uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht maakt de Orde op dat de minister reeds speelt met de gedachte om fiscale transparantie voor de bv mogelijk te maken, maar dat hij eerst de praktijkervaringen met de nieuwe personenvennootschap en de nieuwe bv wil afwachten (Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, blz. 5). De Orde verzoekt de minister een concreet tijdpad aan te geven waarbinnen de praktijkervaringen worden gezien met het oog op de invoering van een optiestelsel. De Orde heeft een voorkeur voor een studie op korte termijn.

### **3.2 Kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden**

De vraag wat het verschil is tussen een fiscaal transparante personenvennootschap en een niet-transparante kapitaalvennootschap is ook van belang in het kader van de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden. Indien de suggestie van de Orde niet wordt overgenomen om een optiestelsel in te voeren, verneemt de Orde graag of het voornemen bestaat om het toetsingskader van het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, BNB 2010/58 aan te passen na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht.

Hieronder gaat de Orde nader in op één van de huidige toetsen, te weten de aanwezigheid van aandelenkapitaal, en op een in het verleden gehanteerde toets die ongelukkigerwijs terug lijkt te keren, te weten het uitdelingsbesluit.

#### *Aandelenkapitaal na invoering flex-bv*

De Orde wijst erop dat de vraag of sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal een in de praktijk lastig te beantwoorden vraag is. Nu met de flexibilisering van het bv-recht de koppeling tussen stemrecht, winst en gerechtigdheid tot het liquidatiesaldo enerzijds en inbreng anderzijds wordt losgelaten, wordt het volgens de Orde in de praktijk welhaast ondoenlijk om de aanwezigheid van aandelenkapitaal vast te stellen. De Orde vraagt of de minister kan aangeven wat volgens hem dan ná de inwerkingtreding van het flexibele bv-recht onder aandelenkapitaal moet worden verstaan.

In dit verband verneemt de Orde graag of de tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht geformuleerde definitie van het begrip 'aandeel' op enigerlei wijze relevant is in het kader van de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden. Zo zijn volgens de nota naar aanleiding van het verslag 'de minimumvereisten voor een aandeel dat er sprake is van een recht dat als aandeel is uitgegeven met inachtneming van de voor uitgifte voorgeschreven formaliteiten en waaraan ten minste stemrecht of aanspraak op uitkeringen uit winst of reserves is verbonden' (Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, blz. 47).

#### *Revival van het uitdelingsbesluit*

Het is de Orde opgevallen dat de minister het feit dat voor de bv bij winstverdeling telkens een besluit van de algemene vergadering is vereist, bestempelt als een 'element dat een rol speelt' bij het aanmerken van de bv als een voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtig subject. De Orde vermoedt dat de minister doelt op het voorgestelde art. 2:216, lid 1, BW op grond waarvan de algemene vergadering bevoegd is tot bestemming van de winst en tot vaststelling van uitkeringen. Onder huidig recht is dat in de praktijk ook al vaak het geval omdat wordt afgeweken van de - af te schaffen - hoofdregel dat de winst automatisch, dat wil zeggen zonder uitdelingsbesluit, aan de aandeelhouders ten goede komt (zie ook Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, blz. 68).

De Orde wijst erop dat het uitdelingsbesluit in het kader van de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden een onvoldoende onderscheidend criterium is gebleken tussen transparante en niet-transparante lichamen. Om die reden is bij de voorloper van het Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, BNB 2010/58, te weten het Besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, BNB 2005/88, het uitdelingsbesluit als toetsingscriterium dan ook komen te vervallen.

Kan de minister bevestigen dat het uitdelingsbesluit ook na inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' niet relevant is voor het onderscheid tussen transparante en niet-transparante lichamen?

#### **4. Fiscale gevolgen bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid voor ‘onverantwoorde’ uitkeringen uit het vermogen van de vennootschap (art. 2:216 BW)**

##### **4.1 Inleiding**

De Orde heeft kennisgenomen van de ingrijpende herziening van de kapitaalbeschermingsregels voor de bv. De belangrijkste wijzigingen zijn de afschaffing van het minimumkapitaal en de invoering van een uitkeringstest voor alle vormen van uitkering van vermogen aan aandeelhouders. De Orde vraagt de minister aan te geven wat de gevolgen zijn van de afwikkeling van de aansprakelijkheidssancties die samenhangen met de nieuwe uitkeringstest.

De crux van het nieuwe systeem ex art. 2:216 BW is dat de aandeelhouder gehouden is tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan indien hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de bv na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De vergoedingsplicht geldt voor ten hoogste het bedrag van de ontvangen uitkering, vermeerderd met wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. De bestuurder is in het nieuwe systeem ook aansprakelijk indien hij ten onrechte het uitkeringsbesluit heeft goedgekeurd omdat het wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de bv na de uitkering niet kon blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

De verhouding tussen de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders is ook geregeld (art. 2:216, lid 3, vierde volzin, BW). Indien de bestuurder uit hoofde van zijn aansprakelijkheid de uitkering reeds aan de vennootschap heeft vergoed, dient de aansprakelijke aandeelhouder de uitkering niet aan de vennootschap, maar aan de bestuurders te voldoen.

##### **4.2 Fiscale gevolgen bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid**

De Orde vraagt de minister om de fiscale gevolgen van het nieuwe systeem te verduidelijken aan de hand van de onderstaande voorbeelden.

###### *Voorbeeld 1*

Bv X keert in 2011 een dividend uit van 100 aan aanmerkelijkbelanghouder Y. Het dividend wordt in 2011 bij Y belast als regulier voordeel uit aanmerkelijk belang. In 2015 betaalt Y op de voet van art. 2:216, lid 3, volzin 3, BW het dividend terug aan de vennootschap vermeerderd met de wettelijke rente van 12. De bestuurder van bv X wordt niet aangesproken.

De Orde vraagt of de minister de fiscale gevolgen kan aangeven voor bv X en aanmerkelijkbelanghouder Y van het terugbetaalde dividend en de betaalde rente.

###### *Voorbeeld 2*

Bv X keert in 2011 een dividend uit van 100 aan aanmerkelijkbelanghouder Y. Het dividend wordt in 2011 bij Y belast als regulier voordeel uit aanmerkelijk belang. Door de dividenduitkering ontstaat een tekort bij bv X, waarvoor de bestuurder van bv X, weten natuurlijk persoon Z, op grond van art. 2:216, lid 3, volzin 1, BW hoofdelijk is verbonden. In 2015 vergoedt de bestuurder het bedrag van 100 aan bv X vermeerderd met de wettelijke rente van 12. De bestuurder heeft géén regresvordering op aandeelhouder Y omdat Y te goeder trouw is.



De Orde vraagt of de minister de fiscale gevolgen kan aangeven voor bv X, de bestuurder van bv X en aanmerkelijkbelanghouder Y. In het bijzonder vraagt de Orde of de minister kan bevestigen dat de aansprakelijkheidstelling op de voet van art. 2:216, lid 3, BW een voldoende voorwaarde is voor het in aanmerking nemen van negatief loon bij de bestuurder.

*Voorbeeld 3*

Bv X keert in 2011 een dividend uit van 100 aan aanmerkelijkbelanghouder Y. Het dividend wordt in 2011 bij Y belast als regulier voordeel uit aanmerkelijk belang. Door de dividenduitkering ontstaat een tekort bij bv X, waarvoor de bestuurder van bv X, te weten natuurlijk persoon Z, op grond van art. 2:216, lid 3, volzin 1, BW hoofdelijk is verbonden. In 2015 vergoedt de bestuurder het bedrag van 100 aan bv X vermeerderd met de wettelijke rente van 12. In 2016 vergoedt aanmerkelijkbelanghouder Y op zijn beurt op grond van art. 2:216, lid 3, volzin 3, BW het bedrag van 100 vermeerderd met een bedrag van 16 aan wettelijke rente aan bestuurder Z.

De Orde vraagt of de minister de fiscale gevolgen kan aangeven voor bv X, de bestuurder van bv X en aanmerkelijkbelanghouder Y.

*Voorbeeld 4*

Bv X doet in 2011 een kapitaalruggeef van 100 aan aanmerkelijkbelanghouder Y. De kapitaalruggeef vormt geen regulier voordeel uit aanmerkelijk belang bij Y maar wordt afgeboekt op de verkrijgingsprijs van de aandelen (art. 4.13, lid 1, onderdeel b juncto art. 4.33 Wet IB 2001). In 2015 betaalt Y op de voet van art. 2:208 lid 6 juncto art. 2:216 lid 3 volzin 3 BW het dividend terug aan de vennootschap vermeerderd met de wettelijke rente van 12. De bestuurder van bv X wordt niet aangesproken. De Orde vraagt of de minister de fiscale gevolgen kan aangeven voor bv X en aanmerkelijkbelanghouder Y.

*Vennootschapsbelastingplichtig lichaam als aandeelhouder*

De Orde vraagt of de minister ook kan ingaan op de voorbeelden indien in plaats van aanmerkelijkbelanghouder Y een aan de vennootschapsbelasting onderworpen bv aandeelhouder is van bv X. Is het voor de behandeling van de terugbetalingsverplichting relevant of al dan niet de deelnemingsvrijstelling van toepassing was op het ontvangen dividend?

### **4.3 Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting**

De Orde merkt op dat bij eerste lezing de aftrek van een door een vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder verschuldigde wettelijke rente in verband met de terugbetaling van een ontvangen 'onverantwoorde' winstuitkering, lijkt te kunnen worden beperkt door art. 10a, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb. 1969. De Orde wijst er in dit verband op dat vaak niet zal zijn voldaan aan de 10%-toets van art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb. 1969 vanwege verliezen bij de vennootschap die de 'onverantwoorde' winstuitkering deed. Ter illustratie geeft de Orde een voorbeeld.

*Voorbeeld*

Bv X houdt 100% van de aandelen in bv Z. Bv Z keert in 2011 een dividend uit van 100 aan bv X. In 2014 betaalt bv X het dividend op de voet van art. 2:216, lid 3, volzin 3, BW terug aan bv Z vermeerderd met 12 wettelijke rente.

De Orde vraagt of de minister kan bevestigen dat hier geen sprake is van winstdrainage zodat de wettelijke rente niet in aftrek kan worden beperkt door art. 10a Wet Vpb. 1969.

Voorts vraagt de Orde of de minister kan bevestigen dat de wettelijke rente niet in aftrek kan worden beperkt door de onderkapitalisatiemaatregel van art. 10d Wet Vpb. 1969 omdat de terugbetalingsverplichting geen overeenkomst van geldlening is of een daarmee vergelijkbare overeenkomst.

#### **5. Opschorting aandeelhoudersrechten ex art. 2:292 lid 4 BW**

Op grond van het voorgestelde art. 2:192, lid 1, onderdeel a en b BW kunnen de statuten verbintenisrechtelijke verplichtingen respectievelijk (kwaliteits)eisen verbinden aan het aandeelhouderschap. De niet-nakoming hiervan kan op grond van art. 2:292, lid 4, vennootschapsrechtelijk worden gesanctioneerd door opschorting van de aandeelhoudersrechten, zoals het recht op uitkeringen. De Orde vraagt de minister te bevestigen dat zolang het recht op (winst)uitkeringen is opgeschort, een eventueel door de vennootschap gedeclareerd dividend niet in de heffing van dividendbelasting wordt betrokken. De bv heeft bij opschorting een (voorwaardelijke) schuld voor de nog te betalen uitkering van winst. Pas als de aandeelhouder een onvoorwaardelijk recht op uitbetaling van het dividend heeft, is naar de mening van de Orde eerst sprake van een belastbaar feit voor de dividendbelasting.

De Orde vraagt hiernaar omdat de Staatssecretaris van Financiën in het Besluit van 7 maart 1988, nr. 285-8848, Infobulletin 1988/199, V-N 1988/1193, punt 24 het standpunt inneemt dat ook inhouding van dividendbelasting moet plaatsvinden indien de aandeelhoudersrechten – in dit geval op grond van het bestaande art. 2:183 lid 4 BW – zijn opgeschort.<sup>1</sup> Naar de mening van de Orde kan na het Staatsloterij-arrest HR 29 juni 2007, nr. 43.108, BNB 2008/154 niet langer worden volgehouden dat een dergelijk dividend ‘ter beschikking is gesteld’ in de zin van art. 7 lid 3 Wet Div.bel. 1965.

#### **6. Amendement-Tang/Irrgang over de bevrozing van beloningen van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen bij overname en fusie**

De Orde heeft kennisgenomen van het op 15 december 2009 door de Tweede Kamer aangenomen amendement-Tang/Irrgang bij het wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Kamerstukken II 2009/10, 31 058, nr. 24). Het amendement beoogt de waarde van door de leden van de raad van bestuur van een beursgenoteerde vennootschap gehouden aandelen of opties te bevriezen, zodat er geen persoonlijk financieel belang meer meeweegt bij fusie of overname. Daartoe wordt in het voorgestelde art. 2:129, lid 7, BW kort gezegd geregeld dat een bestuurder een eventuele waardevermindering van de aandelen of opties in een bepaalde periode rondom het fusie- of overnamebesluit, dient te betalen aan de vennootschap. Wanneer en op welke manier precies het bedrag aan de vennootschap wordt betaald, laat het amendement over aan de vennootschap zelf, die daarover afspraken kan maken met de bestuurder.

---

<sup>1</sup> Dit besluit is overigens ingetrokken bij het Besluit Staatssecretaris van Financiën van 10 juli 2006, nr. CPP2006/768M, V-N 2006/42.9 omdat het een ‘informatief karakter’ zou hebben.

De Orde hecht er belang aan dat de fiscale consequenties van de betaling aan de vennootschap duidelijk zijn. Als de Orde het goed ziet, kan de betalingsverplichting onder andere betrekking hebben op opties waarvan de afwikkeling op de voet van art. 10a Wet LB 1964 loopt via de loonsfeer, opties en aandelen die behoren tot een lucratief belang ex art. 3.92b Wet IB 2001 en opties en aandelen die behoren tot het box 3 vermogen van de bestuurder. Zou de minister op de fiscale gevolgen willen ingaan, waarbij aandacht wordt besteed aan de loon- en inkomstenbelasting, dividendbelasting en de vennootschapsbelasting? De Orde beseft overigens dat de voorgestelde Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht beoogt het amendement ongedaan te maken (zie art. I.1, onderdeel A), maar wenst niettemin duidelijkheid over de fiscale consequenties nu uit een op 1 juli 2010 ingediend nieuw amendement blijkt dat een meerderheid in de Tweede Kamer het niet eens is met die ongedaanmaking (zie Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 5).

## **7. Bestaanbaarheid open commanditaire vennootschap na inwerkingtreding Titel 7.13 BW**

De Orde heeft met verbazing kennisgenomen van de vijfde nota van wijziging bij het wetsvoorstel ‘Invoeringswet Titel 7.13 BW (vennootschap)’ op grond waarvan dwingendrechtelijk de medewerking is vereist van alle vennoten voor de toetreding of vervanging van vennoten (Kamerstukken II 2009-2010, nr. 31 065, nr. 17).

Tot aan de vijfde nota van wijziging was het medewerkingsvereiste van art. 7:823, lid 1, BW aanvullend recht, zodat er in de vennootschapsakte van kon worden afgeweken. In de memorie van toelichting op de voorgestelde ‘Invoeringswet Titel 7.13 BW (vennootschap)’ is een directe koppeling gelegd tussen het kunnen afwijken van het medewerkingsvereiste en de fiscaalrechtelijke figuur van de open commanditaire vennootschap ex art. 2, lid 3, AWR. Het volgende is opgemerkt: ‘Het kan zich voordoen dat een CVR ook voldoet aan de kwalificatie van ‘open commanditaire vennootschap’ als geformuleerd in artikel 2, derde lid, onderdeel c, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Dat doet zich voor wanneer in de vennootschapsakte is afgeweken van artikel 7:823, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken II 2006/07, 31 065, nr. 3, blz. 41).’

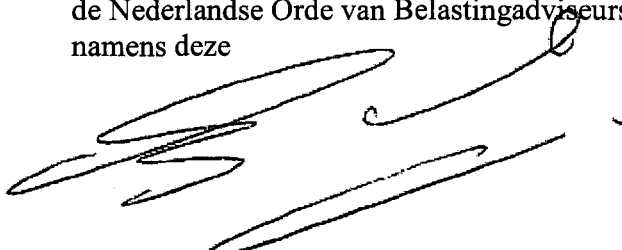
Hoewel de Orde zich ervan bewust is dat deze problematiek eigenlijk niet thuishoort in dit commentaar, vraagt de Orde de minister op deze plaats om opheldering over de bestaanbaarheid van de open commanditaire vennootschap na inwerkingtreding van Titel 7.13 BW. De Orde meent voor deze vraag goede redenen te hebben omdat het wetsvoorstel ‘Vaststelling van Titel 7.13 BW (vennootschap)’ en de bijbehorende invoeringswet reeds door de Tweede Kamer zijn aanvaard. De beste gelegenheid om de vermoedelijke omissie te herstellen is naar de mening van de Orde via een nota van wijziging van het onderhavige wetsvoorstel. Dat geldt te meer nu de Eerste Kamer heeft aangegeven de wetsvoorstellen met betrekking tot de nieuwe personenvennootschap en de flexibele bv gezamenlijk te willen behandelen.

**8. Tot slot**

Een kopie van deze brief heeft de Orde heden verzonden aan de Minister van Justitie, de Minister van Financiën en de leden van de vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer.

Hoogachtend,

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,  
namens deze



mr. drs. S.A.W.J. Strik  
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen