

Flex-BV

1. Inleiding en conclusie

Alweer vijf jaar geleden, namelijk op 31 mei 2007, werd het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058) ingediend bij de Tweede Kamer. Dit wetsvoorstel biedt aandeelhouders van een BV meer mogelijkheden om hun verhoudingen ten opzichte van elkaar en de vennootschap te regelen. Nadat in oktober 2011, ook de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (32 426) is aangenomen door de Tweede Kamer lijkt het er nu, medio 2012, op dat beide wetsvoorstellen binnenkort worden aangenomen door de Eerste Kamer. De beoogde datum van inwerkingtreding is 1 juli 2012. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de wijzigingen alleen de BV betreffen, en niet de NV.

Een belangrijke noviteit van het wetsvoorstel is dat aandeelhouders naast de vennootschap aansprakelijk kunnen zijn jegens derden. Ook het bestuur van de vennootschap kan aansprakelijk worden gesteld indien zij haar goedkeuring heeft verleend aan winstuitkeringen die de vermogenspositie van de vennootschap in gevaar brengen. Deze ruimere mogelijkheden van aansprakelijkheid houden onder meer verband met het verdwijnen van de minimumkapitaaleis van € 18.000. Een andere belangrijke wijziging is dat stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen kunnen worden geïntroduceerd, net als aandelen met een afwijkend stemrecht of winstrecht.

In dit memo worden de belangrijkste elementen van de 'Flex-BV' besproken. Dat betreffen in de eerste plaats enkele privaatrechtelijke aspecten. Als gevolg van de mogelijkheid om stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen te introduceren, moet de Flex-BV kritisch worden bekeken wanneer het gaat om fiscale regelingen en bepalingen waarbij een bepaalde mate van gelieerdheid van belang is. In dit verband moet bijvoorbeeld worden gedacht aan de aanmerkelijkbelangregeling voor de inkomstenbelasting en de regelingen van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en de btw. In dit memo komen deze fiscale aspecten uiteraard ook aan bod.

2. Privaatrechtelijke aspecten

Het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' is in de eerste plaats een privaatrechtelijk wetsvoorstel. Het heeft onmiskenbaar fiscale gevolgen, maar deze worden in feite opgeroepen door enkele privaatrechtelijke aspecten.

2.1. Vereenvoudiging oprichting BV

De vereenvoudigingen die met het wetsvoorstel gepaard gaan, hebben met name betrekking op het afschaffen van het verplichte minimumkapitaal van € 18.000. Voortaan is het dus bijvoorbeeld mogelijk dat een BV een kapitaal heeft van slechts € 1. Ook de bankverklaring bij de inbreng van geld bij oprichting van de BV wordt afgeschaft, net als de accountantsverklaring bij de inbreng in natura.

Eind 2011 was het in het kader van het wetsvoorstel 'Flex-BV' de gedachte dat niet langer verplicht zou zijn om een BV bij notariële akte op te richten. Deze gedachte is uiteindelijk verlaten en de notariële akte blijft dus een vereiste. In april 2012 heeft de KNB wel het zogenoemde model 'kleine BV' gepresenteerd. De verklaring van geen bezwaar voor oprichting van een BV is al op 1 juli 2011 afgeschaft.

2.2. Grotere aansprakelijkheid bestuurders en aandeelhouders

Met de afschaffing van de minimumkapitaaleis van € 18.000 en de daarmee verband houdende formaliteiten bij de inbreng dreigde de positie van crediteuren van de vennootschap in het gedrang te komen. Getracht is de kapitaal- en crediteurenbescherming te waarborgen door bestuurders aansprakelijk te stellen voor de door hen verleende goedkeuring van winstuitdelingen die de vermogenspositie van de BV in gevaar brengen, en door de introductie van aansprakelijkheid van aandeelhouders in deze.

2.2.1. Bestuurdersaansprakelijkheid

De aansprakelijkheid van bestuurders werkt als volgt. Winstuitkeringen moeten vooraf door het bestuur worden goedgekeurd. Het bestuur moet toetsen of de BV na de uitkering zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Dit geldt overigens niet alleen voor dividenduitkeringen, maar ook voor uitkeringen in de vorm van inkoop van eigen aandelen en terugbetaling van kapitaal. Meent het bestuur dat de winstuitkering in dit verband te hoog is of in het geheel achterwege zou moeten blijven, dan kan het bestuur de uitkering tegenhouden door deze niet goed te keuren. In de parlementaire geschiedenis is in dit verband opgemerkt dat het bestuur een uitkering niet mag weigeren, omdat de BV ten laste van de winst een reserve zou willen vormen voor toekomstige investeringen. Het onthouden van de goedkeuring is wel toegestaan als het bestuur bijvoorbeeld denkt na de uitkering niet meer te kunnen voldoen aan de financiële ratio's opgelegd door een bank, waardoor de bank een kredietfaciliteit zou kunnen beëindigen.

Denkt het bestuur dat de BV niet in de financiële problemen zal komen als gevolg van de winstuitkering, dan dient het bestuur deze goed te keuren. Zou nadien blijken dat de BV toch haar verplichtingen niet kan nakomen als gevolg van de winstuitkering, dan kunnen de bestuurders aansprakelijk worden gesteld voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Hiervoor is wel vereist dat de bestuurders dit wisten of hadden kunnen weten. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat in dit verband een termijn van één jaar geldt. Voor tekorten die ontstaan na een periode van één jaar na de winstuitkering zou het bestuur dan in beginsel niet aansprakelijk kunnen worden gesteld. Dit punt is echter nog niet geheel duidelijk. Vindt de daadwerkelijke betaling van de winstuitkering veel later plaats vindt dan het moment waarop tot de uitkering is besloten, dan zal op het betaalmoment nogmaals een uitkeringstoets moeten worden uitgevoerd door het bestuur.

Verwacht wordt dat de uitkeringstoets door bestuurders in de praktijk veel vragen zal opleveren. Waarschijnlijk zal het bestuur van de BV advies inwinnen bij de accountant of belastingadviseur over de vraag of een winstuitkering in een bepaald geval verantwoord is. Deze zal op basis van zijn of haar deskundigheid natuurlijk een oordeel kunnen vellen op basis van de balanspositie van de BV, maar voor wat betreft de resultaatverwachtingen in de toekomst zullen de accountant of de belastingadviseur toch moeten afgaan op de informatie van het bestuur.

2.2.2. Aansprakelijkheid aandeelhouders

In het wetsvoorstel wordt ook de mogelijkheid van aansprakelijkheid van de aandeelhouders geïntroduceerd. Als onderdeel van de kapitaal- en crediteurenbescherming kunnen aandeelhouders verplicht worden gesteld ontvangen winstuitkeringen geheel of gedeeltelijk terug te betalen, indien de BV als gevolg van deze uitkeringen in de problemen komt en de aandeelhouders dit ten tijde van de winstuitkeringen wisten of hadden kunnen weten.

Saillant detail is dat deze aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders niet aan de orde is bij de NV. In dit kader zou in voorkomende gevallen kunnen worden overwogen om

de BV om te zetten in een NV. Een dergelijke omzetting kan in beginsel plaatsvinden zonder heffing van vennootschapsbelasting, maar dient uiteraard wel aandachtig te worden voorbereid.

2.3. Flexibiliteit inrichting BV

Uniek voor de Flex-BV is dat aandeelhouders grote vrijheid hebben ten aanzien van de inrichting van de onderlinge verhoudingen tussen de aandeelhouders zelf en in de verhoudingen tussen de aandeelhouders en de BV. Afspraken die tot nu toe in aandeelhoudersovereenkomsten worden gemaakt, kunnen voortaan ook in de statuten van de BV zelf worden opgenomen. De mogelijkheid van aparte aandeelhoudersovereenkomsten blijft echter ook bestaan.

De flexibiliteit qua inrichting blijkt met name uit de mogelijkheid om stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen te introduceren. In dit verband is het ook mogelijk om aandelen met beperkt stemrecht of beperkt winstrecht uit te geven. Op deze wijze kunnen de onderlinge verhoudingen van aandeelhouders op maat worden gemaakt.

2.4. Overgangsrecht

Treedt het wetsvoorstel 'Flex-BV' op 1 juli 2012 in werking, dan geldt overgangsrecht voor een aantal specifieke gevallen. Te denken valt aan overgangsmaatregelen voor certificaten waaraan vergaderrechten zijn toegekend en voor lopende verzetsprocedures van schuldeisers tegen een besluit tot kapitaalvermindering. Ten aanzien van de hiervoor beschreven privaatrechtelijke aspecten geldt echter geen overgangsrecht; de bepalingen van de Flex-BV zijn in beginsel onverkort van toepassing op bestaande BV's. Wel moet bedacht worden dat sommige bepalingen van de nieuwe wetgeving alleen werkingskracht hebben als de statuten daarop zijn ingericht. Dit geldt bijvoorbeeld voor de stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen. De bepalingen met betrekking tot de aansprakelijkstelling van bestuurders en aandeelhouders hebben wel direct effect op bestaande BV's. De hiervoor besproken uitkeringstoets zal dus ook gelden voor bestaande BV's.

Voor bestaande BV's bestaat overigens geen verplichting tot aanpassing van de statuten.

3. Inkomstenbelasting

De introductie van stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen heeft ook fiscale gevolgen. Het gaat dan om fiscale regelingen en bepalingen waarvan de werking afhankelijk is van het bezit van een bepaald aandelenbelang in een vennootschap. Denk bijvoorbeeld aan het aanmerkelijkbelangcriterium in de inkomstenbelasting.

3.1. Aanmerkelijk belang

Voor de inkomstenbelasting heeft de introductie van stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen met name gevolgen voor de aanmerkelijk belang (ab) regeling. Een belastingplichtige heeft een ab indien hij, al dan niet samen met zijn 'partner', aandeelhouder is van ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal van een vennootschap. Bij een BV waarvan het kapitaal is onderverdeeld in verschillende soorten aandelen is sprake van een ab indien de belastingplichtige ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een aandelensoort bezit. Aandelen waaraan slechts bijzondere rechten zijn verbonden, vormen geen afzonderlijke soort.

Na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Flex-BV' worden aandelen zonder stemrecht of zonder winstrecht, of aandelen met een beperkt stemrecht of winstrecht, in beginsel als een afzonderlijke aandelensoort beschouwd. De ab positie van een aandeelhouder van gewone aandelen zal daarom door de uitgifte van aandelen zonder stemrecht of winstrecht niet wijzigen. De uitgegeven winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen kunnen zelf wel een (soort-) ab (gaan)vormen voor de betreffende aandeelhouder. Ten aanzien van winstrechtloze aandelen moet in dit verband nog wel worden getoetst of aan deze aandelen niet slechts bijzondere benoemingsrechten en dergelijke zijn verbonden, waardoor ze mogelijk niet als een afzonderlijke soort worden beschouwd.

Het ontstaan van een (soort-)ab kan verschillende fiscale gevolgen hebben bijvoorbeeld voor de afschrijvingsbeperking van onroerende zaken. Worden de onroerende zaken verhuurd aan een verbonden persoon, dan geldt een lagere bodemwaarde van 50% van de WOZ-waarde en kan er dus fiscaal meer worden afgeschreven. Van een verbonden persoon is sprake bij de aanwezigheid van een ab. Door middel van de uitgifte van aandelen zonder stemrecht of winstrecht, of met beperkt stemrecht en winstrecht, zou een verhuurder een ab kunnen verkrijgen in de BV waaraan hij een pand verhuurt waardoor ruimere afschrijvingsmogelijkheden zouden kunnen ontstaan. Een soort-ab op basis van winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen kan er echter ook toe leiden dat de terbeschikkingstellingsregeling of de gebruikelijkloonregeling van toepassing zijn. In het geval van excentrieke winstrechten dient ook aandacht te worden besteed aan lucratiefbelangregeling.

Relevante wetsartikelen en jurisprudentie onder meer:

Art. 4.6 en 4.7 Wet IB 2001

HR 16 december 2011, nrs. 10/00610 en 10/00158, V-N 2011/67.6-7

Art. 3.30a Wet IB 2001

Art. 3.92 Wet IB 2001

Art. 12a Wet LB 1964

3.2 Terugbetaling van dividend door aandeelhouder

Aandeelhouders kunnen aansprakelijk worden gesteld voor onverantwoorde winstuitdelingen, waarbij zij verplicht zijn de ontvangen winstuitkeringen geheel of gedeeltelijk terug te betalen. Aangenomen wordt dat dergelijke terugbetalingen in voorkomende gevallen worden beschouwd als negatief inkomen uit aanmerkelijk belang, wanneer het box 2-aandelen betreft. Betreft het aandelen die tot het box 3-vermogen behoren, dan zal de terugbetaling mogelijk fiscaal effect hebben voor de rendementsgrondslag.

Overigens is tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel 'Flex-BV' opgemerkt dat er geen teruggaafregeling zal komen voor ingehouden en afgedragen dividendbelasting ter zake van onverantwoorde dividenduitkeringen die nadien ongedaan moeten worden gemaakt.

3.3 Overige

Het gaat het te ver om in dit memo alle fiscale gevolgen van de introductie van de 'Flex-BV' te beschrijven. Zonder hier nader op in te gaan, wordt nog gewezen op de volgende aspecten:

- Is sprake van een 'adequate tegenprestatie' indien bij fusie of splitsing winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen worden uitgegeven?
- Kan de geruisloze doorschuivingsfaciliteit worden toegepast bij inbreng van een onderneming in een Flex-BV tegen uitreiking van winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen?

4. Vennootschapsbelasting

Voor de vennootschapsbelasting heeft het wetsvoorstel 'Flex-BV' in de eerste plaats gevolgen voor de aanwezigheid van 'verbondenheid' tussen lichamen onderling, en tussen lichamen en natuurlijk personen. Wanneer er sprake is van een dergelijke verbondenheid, zijn tal van antimisbruikbepalingen van toepassing. Te denken valt aan maatregelen die winstdrainage en excessieve renteaftrek beogen tegen te gaan.

4.1 Verbonden lichamen en verbonden personen

Verbondenheid is aan de orde bij het bezit van een belang van ten minste een derde gedeelte. Hierbij is de inhoud van het begrip 'belang' niet precies duidelijk. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat zowel een kapitaalbelang als zeggenschap kunnen leiden tot een belang van ten minste een derde gedeelte. Dit is bevestigd in de jurisprudentie. De uitgifte van winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen kan daarom ook leiden tot verbondenheid.

Relevante wetsartikelen en jurisprudentie onder meer:

Art. 10a lid 4 tot en met 6 Wet VPB 1969

HR 8 april 2011, nr. 10/00651, V-N 2011/19.15

4.2 Thincapregeling

De 'thincap-maatregel' is bedoeld om excessieve renteaftrek in concernverhoudingen tegen te gaan. Hierbij wordt voor het concernbegrip aangesloten bij de term 'groep' in de zin van art. 2:24b BW. Een 'groep' is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Voorts is het element centrale leiding van belang. Aangenomen wordt dat een kapitaaldeelname geen doorslaggevend criterium is voor de aanwezigheid van de groepsrelatie: vennootschappen kunnen ook tot een groep in de zin van art. 2:24b BW behoren zonder dat er een kapitaaldeelname is. De introductie van aandelen zonder stemrecht of winstrecht lijkt om die reden geen wijziging te brengen in de beoordeling of een BV behoort tot een 'groep' in de zin van art. 2:24b BW.

Relevante wetsartikelen

Art. 10d Wet VPB 1969

4.3 Deelnemingsvrijstelling

Er is sprake van een 'deelneming' indien een lichaam aandeelhouder is van ten minste 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal van een vennootschap. Hierbij geldt geen soort aandelenbenadering. Na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Flex-BV' lijkt daarom door uitgifte van aandelen zonder stemrecht of winstrecht een 'deelneming' voor een derde te kunnen worden gecreëerd zonder dat het feitelijke belang van de zittende aandeelhouders bij de betreffende BV wijzigt.

Relevante wetsartikelen onder meer:

Art. 13 Wet VPB 1969

4.4. Fiscale eenheid vpb

Om een fiscale eenheid vpb te kunnen vormen, moet een moedermaatschappij ten minste 95% van de 'aandelen in het nominaal gestorte kapitaal' van een dochtermaatschappij bezitten. Heeft een dochter verschillende soorten aandelen uitgegeven, dan moeten de aandelen die de moedermaatschappij bezit recht geven op ten minste 95% van de winst en het vermogen. In de parlementaire geschiedenis van het wetsvoorstel 'Flex-BV' is opgemerkt dat deze voorwaarde in het Besluit fiscale eenheid 2003 zal worden aangepast in verband met de mogelijkheid om aandelen zonder winstrecht uit te geven. De aandelen die de moedermaatschappij bezit zullen voortaan recht moeten geven op ten minste 95% van de winst, het vermogen en het stemrecht. Hiermee wordt voorkomen dat door middel van uitgifte van aandelen zonder winstrecht, maar met stemrecht, in feite de gehele zeggenschap over een BV bij een derde zou kunnen komen te liggen terwijl de fiscale eenheid intact zou blijven.

Relevante wetsartikelen onder meer:

Art. 15 Wet VPB 1969 en art. 2 Besluit fiscale eenheid 2003

4.5 Overige

Zonder hier nader op in te gaan, wordt nog gewezen op de volgende aspecten:

- Is sprake van uitgesloten verplichtingen voor de toepassing van de investeringsaftrek indien op basis van winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen een belang van minder dan een derde gedeelte van het nominaal gestorte kapitaal wordt gecreëerd?
- Is sprake van een 'adequate tegenprestatie' indien bij een bedrijfsfusie, juridische fusie of splitsing winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen worden uitgegeven?

5. Omzetbelasting

Voor de btw is sprake van een fiscale eenheid indien concernvennootschappen in financieel, organisatorisch en economisch opzicht met elkaar zijn verweven. Uit de jurisprudentie volgt dat sprake is van financiële verwevenheid indien ten minste de meerderheid van de aandelen in het bezit is, dus meer dan 50%, met inbegrip van de zeggenschap. Op basis van deze jurisprudentie kan worden verdedigd dat ook sprake is van financiële verwevenheid in een situatie waarin geen meerderheidsbelang wordt gehouden, maar wel de meerderheid van de aan de aandelen verbonden zeggenschap in het bezit is. Op grond van deze benadering zou de uitgifte van stemrechtloze aandelen aan een derde, waarbij de moedermaatschappij van de fiscale eenheid blijft beschikken over de aan de gewone aandelen verbonden zeggenschap, niet tot een verbreking van de fiscale eenheid leiden. Die derde zou in principe alle winst op de aandelen kunnen ontvangen. In dezelfde zin zou een fiscale eenheid btw kunnen worden gevormd indien enkel aandelen zonder winstrecht in het bezit zijn, mits uiteraard ook aan de criteria van organisatorische en economische verwevenheid wordt voldaan.

Relevante wetsartikelen en jurisprudentie onder meer:

Art. 7, vierde lid, Wet OB 1968

HR 14 februari 2003, nr. 38 238, V-N 2003/12.17

6. Overdrachtsbelasting

Zonder hier nader op in te gaan, wordt gewezen op de volgende aspecten:

- Is sprake van een 'belang van ten minste een derde gedeelte' indien door een vastgoedvennootschap winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen worden uitgegeven, waardoor overdrachtsbelasting is verschuldigd?
- Is sprake van een 'concern' indien winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen worden uitgegeven, waardoor ter zake van de overdracht van onroerende zaken binnen concern een beroep kan worden gedaan op de interne-reorganisatievrijstelling?

7. Erf- en schenkbelasting

In de Successiewet is een aantal faciliteiten opgenomen die de heffing van erf- en schenkbelasting bij bedrijfsopvolging verminderen. De faciliteiten gelden eveneens ten aanzien van de verkrijging van ab aandelen. De faciliteiten gelden slechts onder nadere voorwaarden voor preferente aandelen, bijvoorbeeld dat de houder van de prefs ten tijde van de verkrijging daarvan ook al een belang van ten minste 5% hield in de vorm van gewone aandelen. Nu preferente aandelen iets anders zijn dan winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen, lijkt in het geval dat op basis van deze aandelen een soort-ab ontstaat in beginsel ook aanspraak worden gemaakt op de bedrijfsopvolgingsregeling voor de erf- en schenkbelasting.

Relevante wetsartikelen onder meer:
Art. 35c SW 1956

Culemborg, 25 mei 2012
Dr. R.N.F. Zuidgeest