

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
Commissie Wetsvoorstellen

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

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de
Eerste Kamer der Staten-Generaal
Mw. mr. W.A.J.M. van Dooren
Postbus 20017
2500 EA DEN HAAG

GRIFFIE EERSTE KAMER	
NR.	145911.10
RUB.	<u>VI</u>
CJ	14 NOV 2011
DATUM	
KOPIE	vtj
VERW.	32426

Amsterdam, 11 november 2011

Betreft: Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' (31 059) en het wetsvoorstel 'Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)' (32 426)

Geachte leden van de Commissie,

1. Inleiding en samenvatting

De Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van de aanname op 4 oktober 2011 door de Tweede Kamer van het wetsvoorstel 'Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)'. De aanstaande behandeling in de Eerste Kamer van dit wetsvoorstel samen met het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht', is voor de Orde aanleiding om de nog steeds starre fiscale behandeling van de flexibele bv voor het voetlicht te brengen.¹ De Orde hoopt dat dit aanvullende commentaar voor de leden van de Vaste Commissie voor Veiligheid en Justitie van de Eerste Kamer en de leden van de Vaste commissie voor Financiën van de Eerste Kamer aanleiding is om aan de Minister van Veiligheid en Justitie ('minister') een reactie te vragen.

Voor de goede orde zij opgemerkt dat de Orde de uitgebreide beantwoording van haar commentaar van 17 september 2010 in de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel 'Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' zeer heeft

¹ De Orde heeft bij de opstelling van haar commentaar gebruikgemaakt van de bijdragen van J.L. van de Streek *De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv (deel 1)*, Weekblad Fiscaal Recht, 23 juni 2011, 2011/6911, blz. 819-825, en *De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv (deel 2)*, Weekblad Fiscaal Recht, 30 juni 2011, 2011/6912, blz. 846-854.

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.

gewaardeerd. Desondanks resteren er volgens de Orde veel fiscale problemen die een goede functionering van het flexibele bv-recht in de weg staan. De belangrijkste conclusies zijn:

- De aanmerkelijkbelangregeling in de inkomstenbelasting staat onnodig in de weg aan gebruikmaking van de ruimere inrichtingsvrijheid van statuten, zoals de incorporatie van aandeelhoudersovereenkomsten en kwaliteitseisen.
- Het fiscale groepsbegrip ‘verbondenheid’ dreigt na invoering van het flexibele bv-recht een veelkoppig rechtsonzeker monster te worden. Van belang is dat de minister bevestigt dat de optelsom van de ‘belangen’ in een lichaam niet meer kan zijn dan 100%.
- Het flexibele bv-recht wordt doorkruist door voor de vorming van een fiscale eenheid te blijven vasthouden aan de eis dat de moedermaatschappij ten minste 95% van het nominaal gestorte kapitaal in de dochter dient te bezitten. In de optiek van de Orde zou voldoende moeten zijn dat de moeder de juridische en economische eigendom bezit van aandelen die gezamenlijk recht geven op ten minste 95% van de winst-, vermogens- en zeggenschapsrechten in de dochter.
- Het toetsingskader voor de fiscale kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden wordt na de invoering van het flexibele bv-recht ontdaan van de meest onderscheidende toets, te weten de aansprakelijkheid. In gevallen – zoals HR 23 september 2011, nr. 10/03724, V-N 2011/49.18, NTFR 2011/2318 – waarin de aansprakelijkheidstoets de doorslag geeft voor de fiscale kwalificatie, ontstaat een oplossingsvacuüm.
- Hoewel een aandeelhouder op grond van het voorgestelde art. 2:216 BW een ongeoorloofd dividend moet terugbetalen, ontbreekt in de Wet Div.bel. 1965 opmerkelijk genoeg een bepaling op grond waarvan de fiscus eveneens is gehouden de dividendbelasting terug te betalen in het geval waarin de dividendbelasting functioneert als eindheffing.
- Het effect van het flexibele bv-recht op tal van fiscale aandelencriteria is nog steeds onduidelijk, hetgeen gebruikmaking van het flexibele bv-recht naar verwachting niet zal bevorderen. De Orde acht opheldering en/of een wetswijziging gewenst.

Hieronder gaat de Orde afzonderlijk op de genoemde punten in.

2. Aanmerkelijkbelangregeling in de inkomstenbelasting

2.1 Inleiding

De Orde vreest dat de aanmerkelijkbelangregeling in de inkomstenbelasting in de weg staat aan een goed functioneren van het flexibele bv-recht. Vooral in het MKB, waarin veel familievenootschappen actief zijn, lijkt het onder omstandigheden juist af te raden gebruik te maken van:

- stemrechtloze aandelen (zie het voorgestelde art. 2:228, lid 5, BW);
- de incorporatiemogelijkheid van aandeelhoudersovereenkomsten (zie het voorgestelde art. 2:192, lid 1, onderdeel a, BW);
- de incorporatiemogelijkheid van kwaliteitseisen (zie het voorgestelde art. 2:192, lid 1, onderdeel b, BW); en
- de incorporatiemogelijkheid van een prijsclausule in een aanbiedingsregeling (zie het voorgestelde art. 2:192, lid 3, tweede volzin, BW).

In plaats van gebruik te maken van de genoemde vier onderdelen van het flexibele bv-recht, vermoedt de Orde dat in de praktijk vanwege fiscale redenen de voorkeur zal blijven uitgaan naar

de nu gebruikelijke contractuele oplossingen (waaronder certificering) waarvan de geldigheid kan worden betwist vanwege het dwingendrechtelijk karakter van boek 2 BW. Deflexibiliseringsoperatie wil daarvoor nu juist een alternatief bieden.

De oorzaak is het soortcriterium in de aanmerkelijkbelangregeling (art. 4.7 Wet IB 2001). Op grond van dit criterium is een aanmerkelijk belang aanwezig indien de aandeelhouder ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een bepaalde soort aandelen heeft. Volgens de minister vormen stemrechtloze aandelen of aandelen waaraan een geïncorporeerde aandeelhoudersafpraak, kwaliteitseis of prijsregeling kleeft, een afzonderlijke aandelensoort voor de aanmerkelijkbelangregeling. Dit terwijl de winst- en vermogensrechten identiek zijn. Naar de mening van de Orde is een dergelijke invulling van het fiscale soortcriterium niet nodig om dit criterium aan zijn doel te laten beantwoorden, te weten het tegengaan van misbruik door manipulatie van het aandelenbezit.

De Orde pleit voor een wetswijziging waarbij het uitgangspunt is dat alleen aandelen die zich onderscheiden in winst- en of vermogensrechten worden aangemerkt als een afzonderlijk soort voor de aanmerkelijkbelangregeling. Hieronder gaat de Orde afzonderlijk in op de vier genoemde onderdelen en verzoekt om een reactie op de standpunten, vragen en aanbevelingen van de Orde.

2.2 Stemrechtloze aandelen

In de parlementaire geschiedenis is meerdere keren aangegeven dat de introductie van stemrechtloze aandelen vooral beoogt te voorzien in een behoefte wanneer aandelen zijn toegekend in het kader van werknemersparticipatie (o.a. Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 11 en Kamerstukken II, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 7). De Orde meent dat de fiscaliteit veelal in de weg zal staan aan de realisatie van deze behoefte. Daarbij acht de Orde het zelfs denkbaar dat in de praktijk geheel wordt afgezien van werknemersparticipatie in de vorm van stemrechtloze aandelen. Volgens de minister vormen stemrechtloze aandelen immers een afzonderlijke fiscale aandelensoort. Dat betekent bijvoorbeeld dat de dividenden op aan werknemers uitgegeven stemrechtloze aandelen die in totaal slechts 2% van het geplaatste kapitaal beslaan, bij deze werknemers worden belast in box 2 (in plaats van box 3). De Orde ziet het 'manipulatiemisbruik' niet en meent dat de werknemers het aandelenbezit tot hun rendementsgrondslag in box 3 zouden moeten mogen rekenen. Indien de visie van de minister gevolgd dient te worden, zullen in deze situatie geen stemrechtloze aandelen gebruikt worden – terwijl ze juist voor deze situatie bedoeld zijn – maar zullen 'gewone' aandelen gecertificeerd worden door middel van stichting administratiekantoor, wat extra lasten en complexiteit met zich meebrengt.

2.3 Geïncorporeerde aandeelhoudersovereenkomst

Uit de nota naar aanleiding van het verslag leidt de Orde af dat als op de voet van het voorgestelde art. 2:192, lid 1, onderdeel BW in de statuten een verplichting is verbonden aan het aandeelhouderschap van bepaalde aandelen, die aandelen kwalificeren als een afzonderlijke aandelensoort in fiscale zin. De Orde vreest dat in de praktijk in voorkomende gevallen wordt afgezien van incorporatie van een aandeelhoudersovereenkomst vanwege de fiscaliteit. Niet-geïncorporeerde aandeelhoudersafspraken leiden immers niet een afzonderlijke aandelensoort in de fiscale zin. De voordelen van incorporatie – te weten het automatisch partij worden bij de

aandeelhoudersovereenkomst en de mogelijkheid tot het opleggen van vennootschapsrechtelijke sancties bij niet-naleving van de aandeelhoudersovereenkomst – worden dan niet bereikt.

De keuze van de minister om aandelen met een geïncorporeerde aandeelhoudersovereenkomst als een afzonderlijk aanmerkelijkbelangsoort te beschouwen, doet bij de Orde nog een tweetal praktische vragen rijzen. De eerste vraag heeft betrekking op de opmerking van de minister in de nota naar aanleiding van het verslag dat de waarde in het economische verkeer van de aandelen door een verplichting ex art. 2:192, lid 1, onderdeel a, BW kan afwijken van overigens – op de verplichting na – identieke aandelen.

De Orde vraagt aan de minister of er ook een afzonderlijke fiscale aandelensoort ontstaat indien er van de verplichting géén of slechts een verwaarloosbaar waardedrukkend effect op de aandelen uit gaat.

De tweede vraag heeft betrekking op de situatie waarin een (minderheids)aandeelhouder persoonlijk van de verplichting is vrijgesteld op de voet van het voorgestelde art. 2:192a BW, maar de verplichting wel geldt voor de opvolgende aandeelhouder.

De Orde wil graag van de minister weten tot welke aandelensoort dergelijke aandelen met een ‘persoonlijke vrijstelling’ behoren. Moeten zij worden gerekend tot de aandelen waarvoor geen verplichting geldt, tot de aandelen waaraan wél een verplichting kleeft of vormen zij een geheel eigen soort? Het behoeft geen betoog dat een aandeelhouder de fiscale consequenties zal laten meewegen bij het al dan niet instemmen met de invoering van een verplichting.

2.4 Geïncorporeerde kwaliteitseis

Uit de nota naar aanleiding van het verslag blijkt dat in de optiek van de minister een in de statuten opgenomen kwaliteitseis op de voet van het voorgestelde art. 2:192, lid 1, onderdeel b, BW – evenals de incorporatie van een aandeelhoudersafpraak – een afzonderlijke aandelensoort in box 2 doet ontstaan. Dit kan volgens de Orde prohibitief zijn om de kwaliteitseis te incorporeren. De Orde vraagt zich bovendien af hoe de opvatting van de minister ten aanzien van geïncorporeerde kwaliteitseisen zich verhoudt tot diens opmerking over geïncorporeerde aanbiedingsregelingen. In de nota naar aanleiding van het verslag merkt de minister op dat een geïncorporeerde verplichting tot aanbieding ex art. 2:192, lid 1, onderdeel c, BW in beginsel *niet* leidt tot een afzonderlijke fiscale aandelensoort (dat is slechts anders bij een afwijkende prijsclausule, zie hierna).

De Orde acht dit verschil ongerijmd gelet op de samenhang die er doorgaans bestaat tussen kwaliteitseisen en aanbiedingsregelingen. Het niet voldoen aan een kwaliteitseis, zal immers doorgaans de verplichting tot aanbieding van de aandelen in werking stellen.

De Orde illustreert het ongerijmde effect aan de hand van de wens van een BV om het houderschap van een bepaalde soort aandelen – met identieke stemrechten, winstrechten en aanspraken op het liquidatiesaldo ten opzichte van de overige aandelen – slechts open te stellen voor personen met een bepaalde beroepskwalificatie. Indien de BV het hebben van de beroepskwalificatie in de statuten verwoordt als *kwaliteitseis* (al dan niet gecombineerd met een verplichting tot aanbieding bij het niet langer voldoen aan de kwaliteitseis), is fiscaal sprake van

een afzonderlijke soort (Kamerstukken II, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 12). Indien de BV 'slechts' in de statuten opneemt dat er een aanbiedingsplicht geldt bij het niet langer voldoen aan de beroepskwalificatie, is er fiscaal géén sprake van een afzonderlijke aandelensoort (Kamerstukken II, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 11).

Kan de minister aangeven waarom deze twee incorporaties (die op hetzelfde neerkomen) fiscaal verschillend worden behandeld?

2.5 Prijsbepalingsclausule in aanbiedingsregeling

De Orde maakt uit de nota naar aanleiding van het verslag op dat een prijsbepalingsclausule in een aanbiedingsregeling tot een afzonderlijke fiscale aandelensoort leidt indien op grond van die clausule een overdrachtprijs tot stand komt die afwijkt van de overdrachtprijs van aandelen waarvoor de clausule (of überhaupt de aanbiedingsregeling) *niet* geldt. De Orde wijst erop dat dit fiscale effect betekent dat in voorkomende gevallen prijsbepalingsclausules niet zullen worden geïncorporeerd. De statutaire flexibiliteit wordt dan dus niet benut waardoor de beoogde vennootschapsrechtelijke voordelen van de incorporatie niet worden behaald.

De Orde wijst erop dat in de praktijk een prijsbepalingsclausule veelal beoogt om op juist relatief eenvoudige wijze de werkelijke waarde vast te stellen (ter voorkoming van waarderingsdiscussies tussen aandeelhouders). Denk aan een aandelenwaardering die neerkomt op de intrinsieke waarde vermeerderd met vier keer de winst van het afgelopen jaar. Maar ook meer exotische varianten zijn denkbaar, zoals een 'Mexican Shoot-out'- of een 'Russian Roulette'-clausule (zie Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 54-55). Is het soms de bedoeling dat de fiscus een dergelijke prijsbepalingsclausule gaat toetsen, met alle fiscale consequenties van dien?

De problematiek kan worden geïllustreerd aan de hand van een familievennootschap die twee grootaandeelhouders kent en daarnaast ook nog wat aandelen heeft uitstaan bij een nichtje.² Alle aandelen zijn identiek, zij het dat de door het nichtje gehouden aandelen een aanbiedingsregeling kennen. De door het nichtje gehouden aandelen beslaan 1% van het geplaatste kapitaal. Op grond van de aanbiedingsregeling moet het nichtje in geval van haar faillissement/surseeance de aandelen aanbieden tegen een prijs gelijk aan de intrinsieke waarde vermeerderd met vier keer de winst van het laatst afgesloten boekjaar. Kan de minister bevestigen dat de aandelen van het nichtje worden belast in box 3 omdat een prijsclausule die de werkelijke waarde beoogt vast te stellen, niet leidt tot een afzonderlijke fiscale soort?

3. Groepsbegrip in het belastingrecht (verbondenheid)

In het commentaar van 17 september 2010 uitte de Orde twijfels over de juistheid van het in de memorie van toelichting verwoorde uitgangspunt dat het fiscale verbondenheidsbegrip van art. 10a, lid 4, Wet Vpb 1969 voldoende ruimte zou bieden om bij de invulling ervan op passende wijze rekening te houden met het flexibele bv-recht. Van verbondenheid is, kort gezegd, sprake bij een 'belang' van 1/3 of meer in een lichaam. De Orde vreest in concreto voor een toename van de rechtsonzekerheid over de al dan niet verbonden status van lichamen bij een flexibele

² Voorbeeld geïnspireerd door een voorbeeld uit Kamerstukken II, 2011/2012, 32 426, nr. 25, blz. 5.

spreiding van de aandeelhoudersrechten over het aandelenkapitaal. Om een rechtsonzekere verwaaiing van de fiscale verbondenheid te voorkomen, vroeg de Orde of de minister kon bevestigen dat het totaal van de ‘belangen’ in een lichaam niet groter kan zijn dan 100%. Het door de minister gegeven antwoord blijkt echter voor meerdere uitleg vatbaar. Het gegeven antwoord luidt als volgt (Kamerstukken II, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 9-10):

‘Het verbondenheidsbegrip van artikel 10a van de Wet Vpb 1969 ziet, kort gezegd, op een ‘belang’ van éénderde of meer in een ander lichaam. Bij de beoordeling of een lichaam een kwalificerend belang heeft in een ander lichaam in de zin van artikel 10a, vierde lid van de Wet Vpb 1969 zijn zowel zeggenschap in of over laatstgenoemd lichaam als het financiële belang daarin relevant. Bij het begrip belang gaat het om een materieel criterium waarvan de invulling afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. Bij de aanwezigheid van aandelen waaraan verschillende zeggenschaps- en vermogens- of winstrechten zijn verbonden, zal een kwantificering moeten plaatsvinden van de relatieve zeggenschap en de relatieve financiële belangen in het lichaam, waarbij als uitgangspunt kan worden gehanteerd dat niet meer dan drie rechtspersonen een kwalificerend belang in hetzelfde lichaam kunnen houden. Net als bij andere open normen vindt de exacte invulling hiervan uiteindelijk plaats door de praktijk en jurisprudentie.’

Volgens de redactie van het NTFR blijkt uit deze passage dat het totaal van alle belangen (zeggenschaps- en financiële belangen) in principe niet meer dan 100% kan zijn.³ Van de Streek meent in de passage een maximum van 200% als uitgangspunt te lezen (100% zeggenschapsbelang + 100% financieel belang).⁴ De Orde vraagt de minister te bevestigen dat de optelsom van alle belangen logischerwijs niet meer kan bedragen dan 100%.

Voorts heeft de Orde een additionele vraag over de kwantitatieve invulling van het relatieve financiële belang in een geval waarin winst- en vermogensrechten variabel over het aandelenkapitaal zijn verdeeld. Ziet de Orde het goed dat die kwantitatieve invulling in de praktijk eenvoudig kan plaatsvinden aan de hand van de waarde in het economische verkeer van de verschillende aandelen?

4. Bezitseis fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting

De Orde vraagt zich af waarom de bezitseis in het fiscale-eenheidsregime in de vennootschapsbelasting onder invloed van het nieuwe bv-recht niet tevens wordt ‘geflexibiliseerd’. Voor de vorming van een fiscale eenheid is thans vereist dat de moedermaatschappij zowel de juridische als economische eigendom moet bezitten van ten minste 95% van het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij (art. 15, lid 1, Wet Vpb 1969). In de memorie van toelichting bij de voorgestelde Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht is aangekondigd dat art. 2 Besluit fiscale eenheid 2003 zal worden aangepast teneinde zeker te stellen dat een fiscale eenheid alleen mogelijk is indien de moedermaatschappij ook de zeggenschap heeft in de dochter. De Orde begrijpt de aangekondigde aanpassing in het licht van het feit dat onder het flexibele bv-recht het bezit van

³ Zie NTFR 2011/834.

⁴ J.L. van de Streek *De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv (deel 1)*, Weekblad Fiscaal Recht, 23 juni 2011, 2011/6911, blz. 823.

de juridische eigendom van 95% van de aandelen niet langer automatisch 95% van de zeggenschapsrechten inhoudt.

Het is de Orde niet duidelijk waarom de bezitseis blijft aanknopen bij het – mede door het vervallen van de kapitaalbeschermingsregels – uitgeholde kapitaalbegrip. Volgens de Orde verdient het aanbeveling om na inwerkingtreding van het nieuwe bv-recht een fiscale eenheid toe te staan in alle gevallen waarin de moedermaatschappij via één of meerdere aandelen ten minste 95% van de winst-, vermogens- en stemrechten bezit in de dochter. Of de door de moeder gehouden aandelen in de dochter tevens ten minste 95% van het nominaal gestorte kapitaal beslaan van de dochter, zou in de optiek van de Orde niet langer relevant moeten zijn. De Orde illustreert haar opvatting aan de hand van een voorbeeld.

Voorbeeld

Het totale aandelenkapitaal van BV D bestaat uit één A-aandeel van nominaal 1 euro en vijf B-aandelen van nominaal 1 euro. Het A-aandeel, dat in handen is van BV M, geeft recht op 95% van de winst, 95% van het vermogen en 95% van de stemrechten in de algemene vergadering van BV D. De B-aandelen, die in handen van zijn van werknemers van BV D, geven recht op 1% van de winst, 1% van het vermogen en 1% van de stemrechten in de algemene vergadering van BV D. De vorming van een fiscale eenheid stuit af op het feit dat BV M slechts 1/6-deel van het nominaal gestorte kapitaal van BV D bezit. Is de minister bereid om alsnog een fiscale eenheid toe te staan omdat materieel wel is voldaan aan de bezitseis?

5. Fiscale kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt erkend dat de belastingheffing van buitenlandse samenwerkingsverbanden, overeen dient te komen met fiscale systeem voor Nederlandse kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen (Kamerstukken II, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 39). In het Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, BNB 2010/58 wordt een toetsingskader gegeven op grond waarvan wordt beoordeeld of een buitenlandse rechtsvorm als transparant of als zelfstandig belastingplichtig lichaam moet worden aangemerkt. Volgens de minister bestaat vooralsnog de indruk dat dit toetsingskader géén aanpassing behoeft na inwerkingtreding van het flexibele bv-recht. De Orde heeft hierover haar twijfels met betrekking tot één van de toetsen, te weten de toets of de participanten beperkt aansprakelijk zijn voor de schulden en andere verplichtingen van het samenwerkingsverband (zie par. 3.3 van het besluit, vraag B). De Orde vraagt aan de minister of aansprakelijkheid nog wel langer een onderscheidend criterium is omdat aandeelhouders op grond van het voorgestelde art. 2:192, lid 1, onderdeel a, BW aansprakelijk kunnen zijn voor alle schulden van een bv (vgl. de aansprakelijkheid van vennoten van een personenvennootschap art. 18 Wetboek van Koophandel). In de nota naar aanleiding van het verslag heeft de minister bovendien bevestigd dat in een dergelijk geval een bv onderworpen blijft aan de vennootschapsbelasting.

De Orde benadrukt dat de aansprakelijkheidstoets in de praktijk van groot belang is voor de fiscale kwalificatie van een buitenlands samenwerkingsverband. Zo beperkte het geschil in het recente arrest van de Hoge Raad over de kwalificatie van een naar het recht van Ohio (VS) opgerichte LLC (zie HR 23 september 2011, nr. 10/03724, V-N 2011/49.18, NTFR 2011/2318) zich uitdrukkelijk tot de aansprakelijkheidstoets. Als zou komen vast te staan dat de leden van de

LLC aansprakelijk waren, was niet in geschil dat het samenwerkingsverband als transparant dient te worden aangemerkt. Omgekeerd gold dat niet in geschil was dat de LCC als non-transparant kwalificeert als zou komen vast te staan dat de leden *niet* aansprakelijk waren. De Orde maakt zich zorgen dat onder het flexibele bv-recht een oplossingsvacuüm zal ontstaan voor gevallen waarin de aansprakelijkheidstoets thans de doorslag geeft. Kan de minister aangeven hoe in deze gevallen de kwalificatie verloopt?

6. Heffing van dividendbelasting over ongeoorloofde dividenduitkering

De Orde waardeert dat de minister in de nota naar aanleiding van het verslag uitgebreid de fiscale consequenties heeft uiteengezet van de nieuwe bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid voor onverantwoorde uitkeringen uit het vermogen van de vennootschap (zie het voorgestelde art. 2:216 BW). De minister besteedt aandacht aan de gevolgen voor de heffing van loonbelasting, inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. De Orde mist echter een opmerking over de gevolgen voor de heffing van de dividendbelasting.

De bestaande jurisprudentie lijkt erop te duiden dat niet wordt teruggekomen op de over een 'onverantwoorde' uitkering geheven dividendbelasting van thans 15% (HR 24 augustus 1999, nr. 34.547, BNB 2000/49). Naar de mening van de Orde krijgt de belastingheffing daarmee ten onrechte de functie van een extra 'straf' voor de 'onverantwoorde' uitkering. De Orde verzoekt de minister dan ook om in de Wet Div.bel. 1965 een teruggaafregeling op te nemen voor de geheven dividendbelasting over een door een aandeelhouder terugbetaald 'onverantwoord' dividend in het geval waarin de dividendbelasting functioneert als eindheffing.

7. Overige fiscale aandelencriteria

Het effect van het flexibele bv-recht op diverse fiscale aandelencriteria is volgens de Orde nog steeds onduidelijk, hetgeen gebruikmaking van het flexibele bv-recht naar verwachting niet zal bevorderen. De Orde acht opheldering gewenst omtrent de volgende criteria:

- 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 heeft.'
- De aansprakelijkstelling van een gewezen aandeelhouder voor vennootschapsbelastingsschulden 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.

De Orde zou ziet graag bevestigd dat deze fiscale aandelencriteria vanwege hun aansluiting bij het formele kapitaalbegrip, moeten worden opgevat als een 'harde' grens en dat de gevolgen daarvan bewust worden aanvaard. Hetzelfde is immers het geval bij de 5%-bezitseris voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling (Kamerstukken II, 2009-2010, 32 426, nr. 3, blz. 8-9). De minister heeft volgens de Orde veel rechtsonzekerheid gecreëerd door in de nota naar

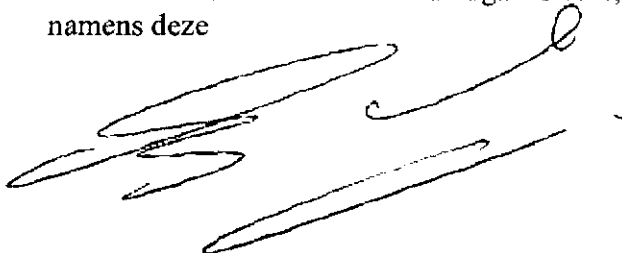
aanleiding van het verslag op te merken dat 'elke bepaling op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld' (Kamerstukken II, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 37). De Orde verzoekt de minister om in het geval waarin de genoemde fiscale aandelencriteria naar zijn mening géén harde grens vormen, een wetwijziging voor te bereiden op grond waarvan aan de door hem gewenste invulling wordt vormgegeven.

8. Tot slot

Een kopie van deze brief heeft de Orde heden verzonden aan de Minister van Veiligheid en Justitie en de Staatssecretaris van Financiën.

Hoogachtend,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,
namens deze



Mr. drs. S.A.W.J. Strik