

Nieuw besluit aanmerkelijk belang: geen abc'tje!

Het verzamelbesluit met standpunten over het aanmerkelijk belang is geactualiseerd. Ook deze versie bevat weer toelichtingen en tegemoetkomingen die nuttig zijn voor de praktijk. Op een aantal punten neemt de staatssecretaris echter discutabele stellingen in. Dit betreft onder meer het omzetten van gewone aandelen in preferente aandelen of letteraandelen, alsmede de gevolgen van een afwaardering van een onzakelijke lening.



Wil Vennix

Mr. W.J.M. Vennix
RB is partner bij De
Beer Accountants &
Belastingadviseurs
en lid van de redactie van Het Register

Op 9 maart 2018 heeft de staatssecretaris van Financiën een nieuw verzamelbesluit over het aanmerkelijk belang gepubliceerd.¹

Eerdere versies dateren uit 2012, 2006 en 2001. In het algemeen is het zonder meer toe te juichen dat Financiën dit soort publicaties als handreiking voor de praktijk uitvaardigt, maar ik heb er wel twee kanttekeningen bij.

De eerste is dat de hoeveelheid besluiten en vraag- en antwoordpublicaties en de omvang daarvan meer dan eens een gevolg is van gebrekkige wetgeving; een actueel voorbeeld is de veelheid aan publicaties over de uitfasering van het pensioen in eigen beheer. Als in het wetgevingsproces beter was geluisterd naar goedbedoelde adviezen en waarschuwingen uit de wetenschap en de praktijk – waaronder het RB – was de wet beter geweest en waren er minder besluiten nodig geweest.

Mijn tweede kanttekening betreft de status van een besluit. Meer dan de in vroeger tijden gebruikelijke benamingen 'resolutie' of 'aanschrijving' – u merkt het: ik draai al een tijdje mee – suggereert 'besluit' een soort quasiwettelijke status. Die is er echter niet; een besluit is geen amvb of uitvoeringsregeling met basis in de formele wet. Het is een uiting van of namens de staatssecretaris in zijn hoedanigheid van uitvoerder. Ik begrijp heus wel dat een besluit in de regel door de rechter niet

zomaar als irrelevant terzijde zal worden geschoven, maar ten principale blijft het 'een mening', die staatsrechtelijk niet meer gewicht heeft dan die van u of mij. Het is goed dat in het achterhoofd te houden als de staatssecretaris standpunten inneemt die niet zijn gebaseerd op de jurisprudentie of daar zelfs mee in strijd lijken te zijn.

Voor de volledigheid voeg ik hieraan toe dat besluiten, waaronder het onderhavige, naast interpretaties ook tegemoetkomingen bevatten, hetgeen uiteraard zeer welkom is en waaraan men vertrouwen kan ontlenen. Soms worden aan zo'n goedkeuring echter weer voorwaarden verbonden en in een dergelijk geval is het dus goed om te bezien of men de goedkeuring überhaupt nodig heeft, dan wel dat de wet dit recht al geeft. In het laatste geval hoeft men zich immers van de gestelde voorwaarden niets aan te trekken.

Van objectief naar subjectief

Laat ik beginnen met een duidelijke verbetering in het besluit ten opzichte van eerdere versies. Financiën heeft eindelijk de objectieve benadering (beoordeling vanuit het aandeel) vervuild voor een subjectieve kijk (beoordeling vanuit de aandeelhouder). In het vorige besluit was nog opgenomen dat de uitreiking van winstbewijzen door een bv aan haar enig aandeelhouder gelijk stond aan een belaste vervreemding. In het nieuwe besluit is dat onderdeel vervallen. Terecht naar mijn mening, want de enig aandeelhouder behoudt in dit geval zijn volledige belang; er verschuift niets naar een ander. Cruciaal voor het in aanmerking nemen van een vervreemding is dat het economische belang bij de (aandelen in de) bv geheel of gedeeltelijk overgaat op een ander.² Wat er gebeurt *binnen* het belang dat een aandeelhouder heeft en behoudt, is niet relevant, want er gaat daardoor

Al zal de rechter een besluit in de regel niet zomaar als irrelevant terzijde schuiven, ten principale blijft het 'een mening'

niets over naar een ander. De staatssecretaris volgt dit en bevestigt dat omzetting van gewone aandelen in let-ter aandelen of (cumulatief) preferente aandelen (cum-prefs) voor een enig aandeelhouder niet tot een belaste vervreemding leidt.

Interessant wordt het pas als er meerdere aandeelhouders zijn of als na de omzetting van de aandelen van een enig aandeelhouder aan een nieuwe aandeelhouder gewone aandelen worden uitgegeven. De staatssecretaris betreft op dit punt de stelling dat gewone en preferente aandelen sinds de invoering van de bedrijfsopvolgingsregeling vanwege hun verschillende fiscale behandeling niet meer zijn te vereenzelvigen. Gevolg zou zijn dat – in het geval dat er meerdere aandeelhouders zijn of nieuwe aandeelhouders toetreden – een omzetting van ene naar de andere soort en vice versa dus een belaste vervreemding oplevert, ook als partijen zakelijk handelen en er geen rechten verschuiven. Dat lijkt me een onhoudbaar standpunt. Hoe kan er een vervreemding zijn als de waarde van de aandelen voor en na omzetting gelijk is? Dan is er geen economisch belang verschoven en is er dus ook geen vervreemding.

Ongefundeerd en onredelijk

Wat daar van zij, de staatssecretaris stelt keihard dat een omzetting van cumprefs in gewone aandelen altijd een belaste vervreemding oplevert, zelfs als die cumprefs in het verleden zijn ontstaan uit een omvorming van gewone aandelen. Dat is een ongefundeerd en bovendien onredelijk standpunt, dat houders van preferente aandelen die niet kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en dat willen herstellen, de pas afsnijdt. Ik zie daarvan de ratio niet en de redelijkheid al helemaal niet. Hopelijk zal snel blijken of de rechter deze vergaande interpretatie volgt, maar het is natuurlijk zeer de vraag wie willens en wetens zonder voorafgaande afstemming met de inspecteur zo'n transactie aangaat. In geval van verlies wordt immers 25% (of meer, als de onterechte verhoging van het box 2-tarief doorgaat) geheven over de volle waarde van de aandelen. Wie durft dat risico te nemen?

De omgekeerde route, omvorming van gewone aandelen in preferente aandelen, staat volgens de staatssecretaris in principe ook gelijk aan een vervreemding, maar is bij wijze van goedkeuring toch zonder afrekening mogelijk als aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. De meeste voorwaarden zijn reeds lang bekend, waarbij de meeste aandacht steevast uitgaat naar de hoogte van het preferent dividend. Het besluit gaat daar alleen in algemene termen op in: het moet 'een – eventueel in overleg met de inspecteur te bepalen – zakelijke vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen aan de vennootschap zijn'. Die passage geeft geen enkel houvast voor de praktijk en bekend is dat hiermee zeer wordt geworsteld. Lange tijd was een preferent dividend van 7% algemeen aanvaard, later kon men ook lagere percentages overeenkomen met de fiscus en de laatste jaren schijnt de Belastingdienst veel hogere percentages te eisen.³

In het besluit wordt een link gelegd met het bedrag dat

Hoe kan er een vervreemding zijn als de waarde van de aandelen voor en na omzetting gelijk is?

de bedrijfsopvolger – aan wie na de omvorming in cumprefs gewone aandelen worden uitgegeven – inlegt. Is dat een relatief beperkt bedrag, dan staat tegenover een klein verlies als het fout gaat een enorm rendement als het goed blijkt te gaan met de bv. Dreigt dat het geval te zijn, dan is het preferent dividend te laag, maar is bovendien mogelijk sprake van een lucratief belang, waar- schuwt de staatssecretaris. Ik zou die waarschuwing serieus nemen; de inleg van de opvolger moet mijns inziens substantieel zijn, hij moet iets kunnen verliezen. Daar moet dan wel tegenover staan dat het preferent dividend niet te hoog is, zodat hij ook iets kan winnen.

Ondernemingseis

Naast dat allang bekende knelpunt bevat het besluit nog een nieuw element. De staatssecretaris geeft zijn goedkeuring namelijk alleen als de bv een onderneming drijft. Daarmee kopieert hij de ondernemingseis die we kennen uit de bedrijfsopvolgingsfaciliteit – doorschuiving aanmerkelijkbelangclaim bij schenking of vererving – min of meer naar het vervreemdingsbegrip in het aanmerkelijk belang. Ik zie geen basis noch een ratio voor het stellen van deze eis, maar de praktijk zit er maar weer mee.

De vraag kan opkomen waarom men, als men wel aan de in het besluit gestelde ondernemingseis voldoet, een bedrijfsopvolging via een cumpref-structuur zou willen optuigen. Waarom dan niet kiezen voor een schenking van aandelen onder toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten? Welnu, de redenen daarvoor kunnen legio zijn:

- men voldoet (nog) niet aan de eis van 36 maanden dienstbetrekking (zie ook hierna);
- men voldoet niet aan de bezitseis van vijf jaar voor de schenkbelasting;
- men wil niet het risico lopen dat niet aan de voortzettingseis van vijf jaar voor de schenkbelasting wordt voldaan; het hoeft hierbij niet te gaan om een geplande verkoop van het bedrijf; ook een gedeeltelijke overdracht, fusie, bedrijfsverplaatsing, wijziging in de ondernemingsactiviteiten of zelfs faillissement kan tot de conclusie leiden dat niet aan de voortzettingseis is voldaan;
- de bv drijft weliswaar een onderneming – en dus kwalificeert men voor de goedkeuring voor omzetting in cumprefs – maar er is daarnaast een aanzienlijk beleggingsvermogen, waarvoor de faciliteiten in de inkomstenbelasting en schenkbelasting niet gelden;⁴



Meer dan ooit geldt bij een bedrijfsoverdracht het credo: kled je niet uit voordat je naar bed gaat

- de overdrager wil of kan nog niet schenken, bijvoorbeeld omdat de waarde van de onderneming nodig is om van te leven. Dit argument wint aan belang door de stijgende levensverwachting in combinatie met de lage rendementen op spaargeld. Wie weet nog met hoeveel vermogen hij of zij de oude dag goed kan doorkomen? Meer dan ooit geldt het credo: *kled je niet uit voordat je naar bed gaat*;
- bedenk bij het voorgaande punt tevens dat vaak nog niet kan worden bepaald hoeveel aan de opvolger kan worden geschonken zonder dat dit ten koste gaat van de andere kinderen. De meeste ouders willen hun kinderen gelijk behandelen en bepalen dat het bedrag van

de schenking moet worden 'ingebracht' in de toekomstige nalatenschap. Als echter nu al (een substantieel deel van) de onderneming aan één kind wordt geschonken, hoeveel resteert er dan – mogelijk na vele jaren interen op het overige vermogen – bij overlijden als nalatenschap? En is dat dan voldoende om de andere kinderen een even groot bedrag te laten toekomen als aan de opvolger is geschonken? Een cumpref-structuur kan dan passend zijn om te voorkomen dat men prematuur moet schenken.

Verlettering

Beleggingsvennootschappen, die gelet op de (discutabele) ondernemingseis niet kwalificeren voor de goedkeuring voor omzetting in cumprefs, kunnen in plaats daarvan mogelijk kiezen voor verlettering. Het besluit bevat daar namelijk een 'standpunt' over. Let wel: dus geen 'goedkeuring'. Hier wordt de ondernemingseis *niet* gesteld; voor mij is dat overigens een aanwijzing dat de eis voor preferente aandelen ook niet kan worden gesteld. De gewone aandelen van de zittende aandeelhouder(s) worden hierbij omgezet in aandelen A en aan de nieuw toetredende aandeelhouder(s) worden aandelen B (C

etc.) uitgegeven. Vaak zal het ook hier gaan om opvolgingstrajecten van ouders naar kinderen. De winststrechten van de verschillende aandelensoorten moeten zodanig zijn dat de omzetting zakelijk is. Voorbeelden geeft het besluit niet, maar vermoedelijk kan worden gedacht aan een mix van primair dividend en een aandeel in de overwinst. De aandelen A hebben bijvoorbeeld recht op X% primair dividend en daar staat tegenover dat ze maar voor de helft meedelen in de overwinst. Het idee van zo'n constructie is dan natuurlijk dat de aandelen B per saldo meer meedelen, zodat de waarde daarvan toeneemt en het vermogen langzaam verschuift naar de nieuwe toetreders.

Wie voor de overdracht aan de kinderen (noodgedwongen) deze route kiest omdat de bv geen onderneming drijft, moet wel voorkomen dat de letteraandelen in materiële zin kwalificeren als preferente aandelen.⁵ Is dat het geval, dan geldt volgens de staatssecretaris namelijk de hiervoor geschetste regeling voor cumprefs, inclusief de ondernemingseis. Afstemming met de Belastingdienst is dus ook hier feitelijk onmisbaar.

Nuttige handreikingen

Het besluit somt de voorwaarden op waaronder certificering van aandelen geen vervreemding oplevert. Op dit punt is er niets nieuws onder de zon.⁶ Nieuw is wel dat het besluit expliciet benoemt dat certificaten geen soort vormen in de zin van art. 4.7 Wet IB 2001. Concreet kan dit bijvoorbeeld spelen voor werknemers die via een speciaal daarvoor opgerichte stichting administratiekantoor een belang tot 4,99% in de bv hebben verkregen. Het financiële belang krijgen ze dan wel, maar de werkgever wil niet dat ze formeel aandeelhouder worden met de bijbehorende rechten. Aandelen behoren tot dezelfde soort als ze 'dooreen leverbaar, dan wel onderling vervangbaar zijn'. In geval van certificaten en niet-gecertificeerde aandelen zou men daarom kunnen twijfelen. Omdat het verschil tussen beide categorieën niet voortvloeit uit de statuten van de bv, voldoet men volgens de staatssecretaris niet aan de voorwaarden voor soort aandelen. Algemener gesteld leiden verschillen die hun grondslag in de statuten van de bv hebben, dus wel tot de kwalificatie soortaandeel en verschillen als gevolg van certificering of een aandeelhoudersovereenkomst niet.

Eveneens nuttig voor de praktijk is de goedkeuring, 'voor zover nodig', om de bv geruisloos te splitsen in verband met een echtscheiding. Als de aandelen van die bv in de huwelijksgemeenschap vallen, kan de bv in het zicht van de verdeling worden gesplitst in een bv met daarin de materiële onderneming en een bv met beleggingsvermogen. Ieder van de (bijna ex-)echtgenoten krijgt vervolgens een bv toegescheiden. Niet vermeld wordt de situatie waarin zich na de splitsing in beide bv's ondernemingsvermogen bevindt (plus al dan niet beleggingsvermogen), maar ik neem aan dat die splitsing zeker moet kunnen. Ik vermoed, en hoop, dat dit ook geldt als de bv geen materiële onderneming drijft maar wel een deelneming heeft in een bv die een materiële

onderneming drijft. Naar de letter valt dit namelijk niet onder de 'goedkeuring voor zover nodig', maar het zou wel in het systeem van de doorschuifregeling passen.

Dienstbetrekkingseis

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de inkomstenbelasting bevat voor schenkingen de eis dat de begiftigde ten minste 36 maanden in dienstbetrekking is bij de bv waarvan de aandelen worden geschonken (art. 4.17c, eerste lid, onderdeel d Wet IB 2001). Het besluit bevat een aantal welkome verruiming van deze eis, onder meer voor de situatie dat de opvolger al minimaal drie jaar, direct of via een eigen bv, een vof of maatschap heeft gedreven met de bv waarvan de aandelen worden geschonken. Hetzelfde geldt als de opvolger op basis van een managementovereenkomst vanuit een eigen holding of werkmaatschappij heeft gewerkt voor de bv.

De dienstbetrekkingseis wordt ruim uitgelegd, maar er is geen tegemoetkoming voor de opvolger die vanuit een eenmanszaak voor de bv heeft gewerkt

De dienstbetrekkingseis wordt dus ruim uitgelegd, maar opvallend is wel dat er geen tegemoetkoming is voor de opvolger die vanuit een eenmanszaak voor de bv heeft gewerkt. Dit geldt zowel voor zzp'ers als voor ondernemers met een uitgebreider bedrijf. Neem een zoon met een eigen administratiekantoor die één dag in de week op en voor het bedrijf van zijn ouders werkt. Als hij die dag bij de bv van zijn ouders op de loonlijst komt, kwalificeert hij na drie jaar voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Als hij een bv heeft eveneens. Maar als hij deze werkzaamheden factureert vanuit zijn eenmanszaak niet. De ratio hiervan ontgaat me, maar ik vrees dat de meeste inspecteurs, gelet op de duidelijke tekst van het besluit, geen ruimte zullen zien de toepassing daarvan uit te breiden.

Onzakelijke lening en borgstelling

Tot slot nog een minder positief onderdeel van het besluit. Dat gaat over de onzakelijke lening, op zichzelf al een draak van een leerstuk, waar de Hoge Raad nooit aan had mogen beginnen.⁷ Helaas zitten we met de ellende en dat heeft ook de nodige gevolgen die het aanmerkelijk belang raken. Zo leidt de kwijtschelding door een enig aandeelhouder van een onzakelijke lening aan zijn bv tot een informele kapitaalstorting bij de bv en een verhoging van de verkrijgingsprijs. In theorie kan de aandeelhouder zijn verlies vervolgens ooit verzilveren, maar in de praktijk is dat door een veelheid van omstandigheden vaak niet mogelijk: er is geen ruimte om dividend uit te keren, het verlies verdampt, omzetting in een belastingkorting is niet mogelijk omdat er nog steeds een aanmerkelijk belang is, etc.



'Soms zoekt de staatssecretaris de grenzen van de wetsinterpretatie op'

Nog complexer, hopelozier misschien wel, wordt het als er meer aandeelhouders zijn of als de verstrekker van de onzakelijke lening geen aandeelhouder is van de inlenende bv. Volgens de staatssecretaris komt men in zo'n geval alleen toe aan het in aanmerking nemen van informeel kapitaal en verhoging van de verkrijgingsprijs als sprake is van een belaste schenking.

Ik zal dit standpunt met een voorbeeld illustreren. Vader verstrekt vanuit zijn bv een lening van 2 ton aan de bv van zijn dochter. De bank wil deze starter niet financieren maar vader gelooft heilig in haar commerciële kwaliteiten. Zekerheden kunnen niet worden verstrekt, maar beide partijen zien de geldverstrekking absoluut als een lening en gaan uit van terugbetaling. Het begint voorspoedig, maar een jaar later komt de bv van dochterlief alsnog in de knel door een combinatie van gezondheidsproblemen en tegenvallende marktontwikkelingen. Vader had op dat moment, als directeur van zijn bv, de lening kunnen opeisen, maar doet dat niet omdat dat het onmiddellijke einde van het bedrijfje zou betekenen. Uiteindelijk moet hij de lening na enkele jaren afschrijven. De inspecteur ziet zijn kans schoon: dit is een onzakelijke lening en het verlies is dus niet aftrekbaar! Een eindeloze discussie start en om van de ellende af te zijn, wordt bij compromis de helft wel in aftrek toegelaten en de andere helft niet.

Stel nu dat de inspecteur niet de vervolgstap zet om bij vader een verkapt dividend van een ton en een even grote schenking aan zijn dochter in aanmerking te nemen. Een onzakelijke lening constateren impliceert immers niet dat ook aan de voorwaarden voor een ontzekking en een schenking is voldaan. Gevolg zou dan zijn dat het verlies van een ton niet tot informeel kapitaal, noch tot verhoging van de verkrijgingsprijs leidt. Qua wetssystematiek begrijp ik het nog wel, maar dat

neemt niet weg dat de uitkomst onredelijk is. Was hier met enige creativiteit niet toch een mouw aan te passen geweest?

Ten slotte

Voor een Register Belastingadviseur met dga's als cliënten – en zijn we dat niet allemaal? – is het nieuwe verzamelbesluit over het aanmerkelijk belang verplichte kost. Ook deze update bevat veel nuttige handreikingen voor de praktijk, inclusief enkele ruimhartige interpretaties en welkome goedkeuringen. Helaas zijn er echter ook onderdelen waarop de staatssecretaris de grenzen van de wetsinterpretatie opzoekt of overschrijdt. <<<

Noten

- 1 Genummerd 2018-27139 en gepubliceerd in de Staatscourant 2018, 15751. Onder meer becommentarieerd door E.J.W. Heithuis in Taxlive van 30 maart 2018, redactie Vakstudie-Nieuws, special V-N 2018/22.2, en G.G.M. Snoeks, Actualisering van het verzamelbesluit over het aanmerkelijk belang in de inkomstenbelasting, FED 2018/82, redactie NTFR, NTFR 2018/717 en J. Ganzeveld en J. Hoeve, Het nieuwe aanmerkelijkbelangbesluit: enkele bespiegelingen, in Fiscaal Tijdschrift Vermogen nr. 7-8, augustus 2018..
- 2 Zie o.a. HR 29 juni 1977, BNB 1977/199.
- 3 Zie H.J. Meijer en C. Denneboom, De rendementseis voor preferente aandelen bij bedrijfsopvolging, PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging 2014/3, p. 27 e.v.
- 4 G.G.M. Snoeks, Actualisering van het verzamelbesluit over het aanmerkelijk belang in de inkomstenbelasting, FED 2018/82, noemt het tijdelijk exploiteren van een frietkraam als middel om aan de ondernemingseis uit het besluit te voldoen. Het besluit spreekt inderdaad slechts over 'het drijven van een onderneming'; aan de omvang daarvan worden geen eisen gesteld en evenmin is er een bezits- of voortzettingseis.
- 5 J. Ganzeveld en M.J.A.M. van Gijlswijk, Wanneer is een aandeel preferent?, PE-Tijdschrift voor de Bedrijfsopvolging 2015/2, p. 6 e.v., stellen vast dat de Belastingdienst een te ruime uitleg geeft aan het begrip preferent aandeel.
- 6 Deze voorwaarden zijn van overeenkomstige toepassing in de overdrachtsbelasting, bij (de)certificering van aandelen in onroerendezaaklichamen. Zie Besluit van 15 oktober 2015, nr. BLKB 2015/794M, onderdelen 6.1 en 6.2.
- 7 Ik heb dan ook met veel genoegen de inleiding van het artikel van X.G.R. Auerbach, Weg met de borgstellingsanalogie!, WFR 2018/140 gelezen. De openingszinnen zijn me uit het hart gegrepen: 'Laat ik beginnen met een ontboezeming – ik heb vanaf dag één een gevoelsmatige afkeer gehad van de onzakelijke lening. Toen ik kennis nam van het arrest BNB 2008/19I, was mijn instinctieve reactie: o nee, daar gaan we weer. Wéér zo'n onberaden expeditie van de Hoge Raad op het wetgeverspad.'