

De flex-bv,

Wijziging van het B.V.-recht per 1 oktober 2012

1 Inleiding

Op 1 oktober 2012 is de 'Wet vereenvoudiging en flexibilisering B.V.-recht' ('flex-by') in werking getreden. Hierbij komen achtereenvolgens de civielrechtelijke aspecten en de fiscale aspecten van de wijzigingen aan bod. Het geheel wordt afgesloten met een korte samenvatting. Door voortschrijdend inzicht kan de publicatie worden aangepast.

2 Civielrechtelijke aspecten

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de civielrechtelijke aspecten van de nieuwe B.V.-wetgeving die op 1 oktober 2012 ingaat. Niet alle civielrechtelijke aspecten worden behandeld, maar slechts die welke voor de praktijk van de accountant van belang zijn. Het eerste deel van dit hoofdstuk gaat in op de aspecten die veranderd zijn ten opzichte van de voormalige wetgeving. Ook al geldt de nieuwe wetgeving vanaf 1 oktober 2012 voor elke B.V., er is overgangsrecht noodzakelijk om bepaalde situaties goed uit te kunnen werken. In het tweede gedeelte van dit hoofdstuk wordt ingegaan op het overgangsrecht.

Het is niet noodzakelijk dat alle statuten van bestaande B.V.'s worden gewijzigd door de invoering van de flex-bv. Wel kunnen door de wijzigingen bepaalde zaken niet meer conform de wensen van de aandeelhouders zijn. Ook kan het zijn dat de flex-by wetgeving het mogelijk maakt om bepaalde zaken te regelen die onder de voormalige wetgeving niet of door middel van een aparte overeenkomst geregeld moesten worden. In dit geval kan het verstandig zijn om de statuten aan te laten passen en alle relevante zaken te wijzigen.

2.2 Belangrijke civielrechtelijke wijzigingen ten opzichte van de voormalige wetgeving

In dit onderdeel wordt ingegaan op enkele civielrechtelijke wijzigingen die van belang zijn voor de praktijk van de belastingadviseur en accountant.

2.2.1 Kapitaalsbescherming en crediteurenbescherming

In de voormalige wetgeving zijn de kapitaalbeschermingsregels afgeleid van de kapitaalbeschermingsregels voor de nv. Voor de nv zijn deze regels gebaseerd op Europese regelgeving en daarom bieden zij weinig ruimte voor invulling op maat. De Europese regelgeving geldt echter niet voor de B.V. Daarom is zij als uitgangspunt verlaten bij de invoering van de flex-bv. In plaats daarvan is aansluiting gezocht bij vergelijkbare regelingen in andere Europese landen. Zodoende is de wetgeving over het kapitaal en de kapitaalbescherming van de B.V. wezenlijk gewijzigd.

De belangrijkste wijzigingen zijn:

1. Vervallen van het wettelijk verplicht minimumkapitaal.
2. Vervallen van de verplichting tot het volstorten van de nominale waarde van de geplaatste aandelen.
3. Vervallen van de verplichte bankverklaring in gevallen waarin bij oprichting wordt gekozen voor volstorting van aandelen in geld.
4. Wijziging van de regelgeving bij volstorting van aandelen anders dan in geld.

5. Vervallen van de regelgeving bij transacties met een oprichter of aandeelhouder van de B.V. binnen twee jaar na inschrijving in het handelsregister van de B.V. ("Nachgründung").
6. Vervallen van het verbod op financiële steunverlening.
7. Wijzigingen in de balanswet.
8. Introductie van een uitkeringstoets.
9. Versoepeling van de regels omtrent het inkopen van aandelen.
10. Wijziging van de regels omtrent het intrekken van aandelen.

In het vervolg gaan wij in op een aantal van de bovenstaande punten.

Ad. 1. Vervallen van het wettelijk verplicht minimumkapitaal

In de flex-by wetgeving is niet langer sprake van een minimumkapitaal, zoals in de voormalige wetgeving het geval is. Onder de flex-by wetgeving wordt in de statuten het volgende vastgelegd met betrekking tot het aandelenkapitaal:

- Omvang van de nominale waarde van de aandelen. Indien de B.V. verschillende soorten aandelen heeft uitgereikt, wordt de nominale waarde van elke soort genoemd.
- Omvang van wat het geplaatste en gestorte kapitaal. Indien de B.V. verschillende soorten aandelen heeft uitgereikt, wordt de omvang van elke soort genoemd.
- Omvang van het maatschappelijk kapitaal, indien hiervan sprake is.
- Geldeenheid van het maatschappelijke kapitaal, het geplaatste kapitaal en het gestorte kapitaal.

In de oprichtingsakte worden voorts per aandeelhouder de NAW-gegevens, het aantal en soort van de door gehouden aandelen en het daarop gestorte bedrag vermeld.

Op grond van de flex-by wetgeving kan een B.V. bestaan met een geplaatst kapitaal ter grootte van de kleinste geldeenheid. Het geplaatst kapitaal moet dus ten minste € 0,01 bedragen.

Ad. 2. Vervallen van de verplichting tot het volstorten van de nominale waarde van de geplaatste aandelen

In de flex-by wetgeving is opgenomen dat kan worden bedongen dat niet het gehele nominale bedrag door de aandeelhouder hoeft te worden volgestort. Voor het niet gestorte gedeelte kan worden afgesproken dat dit na verloop van tijd wordt gestort of dat de storting pas dient plaats te vinden op het moment dat de vennootschap bier om vraagt. Het feit dat een aandeel niet is volgestort, wordt vastgelegd in de oprichtingsakte. Voorts wordt hiervan een aantekening gemaakt in het register van aandeelhouders. In dit register worden ook wijzigingen in de aansprakelijkheid van de stortingen vastgelegd. Het is voor de aandeelhouders daarom van belang om de stortingen goed te laten verwerken in het aandeelhoudersregister, zodat onterechte aansprakelijkheidsstellingen kunnen worden voorkomen.

Ad. 3. Vervallen van de verplichte bankverklaring in gevallen waarin bij oprichting wordt gekozen voor volstorting van aandelen in geld

Dit onderdeel spreekt voor zich. De aandelen kunnen na oprichting worden volgestort door een eenvoudige bankoverboeking.

Ad. 4. Wijziging van de regelgeving bij volstorting van aandelen anders dan in geld

In de voormalige wetgeving is opgenomen dat bij volstorting van aandelen anders dan in geld, bij of na de oprichting een verklaring van een accountant moet worden opgesteld. Bij de introductie van de flex-

by is deze verklaring vervallen. De beschrijving door de oprichters c.q. bestuurders blijft echter een vereiste. Wel is de termijn waarop de beschrijving betrekking mag hebben, gewijzigd. In de voormalige wetgeving is vastgelegd dat de beschrijving betrekking moest hebben op een dag die niet eerder lag dan vijf maanden voor de oprichting van de B.N. In de flex-by wetgeving is deze termijn verlengd tot zes maanden. Bij het opstellen van dergelijke beschrijvingen wordt vaak ondersteuning door de accountant geboden en de verwachting is dat dit onder de flex-by wetgeving niet anders is. De verantwoordelijkheid voor de beschrijving blijft echter bij de oprichters c.q. bestuurders van de B.V. Een andere wijziging ten opzichte van de voormalige wetgeving is dat niet langer een expliciete verplichting is opgenomen dat de waarderingsgrondslagen moeten zijn gebaseerd op in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar beschouwde normen.

Ad. 5. Vervallen van de regelgeving bij transacties met een oprichter of aandeelhouder van de B.V. binnen twee jaar na inschrijving in het handelsregister van de B.V. ("Nachgründung")

In de voormalige wetgeving is een regeling opgenomen over hoe gehandeld moet worden in geval van een transactie waarbij goederen zijn betrokken die een jaar voor de oprichting of later toebehoorden aan een oprichter of aandeelhouder. Verder moet deze transactie worden verricht voordat twee jaar zijn verstrekken na de inschrijving van de B.V. in het handelsregister. Bij de flex-by wetgeving is deze regeling volledig geschrapt. Er behoeft ook geen beschrijving te worden opgesteld, hetgeen bij de inbreng in natura wel het geval is. De wettelijke bepalingen omtrent een behoorlijke taakvervulling door bestuurders moeten voldoende waarborg bieden. Een bestuurder kan aansprakelijk worden gesteld op het moment dat de bestuurder onzorgvuldig is bij transacties met oprichters c.q. aandeelhouders.

Ad. 6. Vervallen van het verbod op financiële steunverlening

De voormalige wetgeving schrijft voor hoe moet worden gehandeld bij financiële steunverlening. Deze wettelijke regeling bevat de volgende elementen:

- het is voor de B.V. niet toegestaan om met het oog op het door anderen verkrijgen van haar aandelen zekerheid te stellen, een koersgarantie te verstrekken of zich aansprakelijk te stellen;
- het verstrekken van leningen aan derden om die in de gelegenheid te stellen aandelen te verwerven in de vennootschap mag slechts plaatsvinden voor zover de statuten het toestaan en tot maximaal het bedrag van vrije reserves;
- voor het bedrag van de verstrekte lening moet de vennootschap een wettelijke — dus niet uitkeerbare — reserve aanhouden.

In de flex-by wetgeving is deze wettelijke regeling volledig komen te vervallen. Hierdoor wordt het mogelijk om zonder nadere voorwaarden financiële steunverlening te bieden. De verplichte wettelijke reserve die in de voormalige wetgeving nog nodig is, is daarmee ook komen te vervallen. Wel dient de steunverlening nog steeds te passen binnen de statutaire doelomschrijving van de vennootschap. Ook geldt dat de bestuurders rekening moeten blijven houden met de regels omtrent behoorlijk bestuur.

Ad. 7. Wijzigingen in de balansrest

Door de invoering van de flex-by wetgeving verandert de balansrest die moet worden uitgevoerd op de laatst vastgestelde jaarrekening op het moment dat er een uitkering van het eigen vermogen van de B.V. plaatsvindt. Dit geldt bij alle uitkeringen van het eigen vermogen, zoals dividend, inkopen eigen aandelen, intrekken eigen aandelen etc.

Onder de voormalige wetgeving is de balansrest opgebouwd uit de elementen van het gestorte en opgevraagd deel van het kapitaal, de wettelijke reserves en de statutaire reserves. Onder de flex-by

wetgeving is geen sprake meer van een wettelijk minimumkapitaal voor de B.V. Hierdoor bestaat de balansrest voortaan uit de elementen wettelijke reserves en statutaire reserves. Op het moment dat de B.V. een uitkering doet uit het eigen vermogen, dan moet worden voldaan aan de eis dat het eigen vermogen van de vennootschap niet lager wordt dan de som van de balansrest. Als gevolg van de wijziging in de wetgeving kunnen er opmerkelijke situaties ontstaan. Indien een B.V. geen wettelijke of statutaire reserves heeft, kan worden besloten om een dividenduitkering te doen die groter is dan het eigen vermogen van de B.V. Het eigen vermogen van de B.V. wordt dan negatief. Als het bestuur de uitkering niet tegenhoudt op basis van de hierna te beschrijven uitkeringstest, kan deze rechtsgeldig worden gedaan. Indien er wel wettelijke of statutaire reserves zijn, kunnen slechts uitkeringen worden gedaan voor zover het eigen vermogen van de vennootschap hoger is dan de niet uitkeerbare reserves. Ook dan moet het bestuur de uitkeringstest uitvoeren om te beoordelen of de uitkering gedaan kan worden.

Indien het eigen vermogen van A B.V. bijvoorbeeld bestaat uit aandelenkapitaal (€ 18.000) en vrije reserves (€ 82.000), werkt dit als volgt uit. Het totale eigen vermogen bedraagt dus € 100.000. De aandeelhouders stellen voor om een dividend ter grootte van € 150.000 uit te keren. Op grond van de balansrest is dit mogelijk, omdat de B.V. geen wettelijke of statutaire reserves heeft. Na de uitkering bedraagt het eigen vermogen van de vennootschap € 50.000 negatief. Hierbij is verondersteld dat de uitkeringstest door het bestuur niet leidt tot het tegenhouden van de uitkering.

Indien het eigen vermogen van A B.V. echter bestaat uit aandelenkapitaal (€ 18.000), een wettelijk reserve (€ 60.000) en vrije reserves (€ 22.000), is de uitwerking als volgt. Het totale vermogen bedraagt daarom € 100.000. Er kan door de aandeelhouders een besluit worden genomen tot het doen van een dividenduitkering tot een hoogte van maximaal € 40.000. Na deze uitkering bedraagt het totale eigen vermogen van de B.V. € 60.000 en dat is gelijk aan de wettelijke reserve.

Ad. 8. Introductie van een uitkeringstoets

Bij de invoering van de flex-by wetgeving komt ook de zogenaamde "uitkeringstest" in de wet. Deze uitkeringstest houdt in dat de bestuurders van de B.V. geen goedkeuring verlenen aan de uitkering van eigen vermogen indien zij weten of redelijkerwijs behoren te weten dat de B.V. na deze uitkering haar opeisbare schulden niet kan betalen. De bestuurders moeten bij de uitkeringstest alle relevante factoren in ogenschouw nemen om te komen tot hun oordeel. Hierbij valt te denken aan afspraken met de bank, noodzakelijke investeringen en dergelijke. Feitelijk moeten de bestuurders beoordelen of de B.V. na de uitkering van het eigen vermogen niet binnen afzienbare tijd in staat van surseance of faillissement terecht komt. Mocht uit de uitkeringstest blijken dat de B.V. waarschijnlijk wel in surseance geraakt, weigeren de bestuurders hun goedkeuring aan het besluit tot uitkeren.

Indien in deze publicatie wordt vermeld dat de uitkeringstest positief is, wordt bedoeld dat de B.V. haar opeisbare schulden kan blijven voldoen en dat de bestuurders hun goedkeuring kunnen verlenen aan de uitkering. Indien de bestuurders het besluit hebben goedgekeurd en de B.V. komt toch in staat van surseance, is iedere individuele bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het ontstane tekort. De aandeelhouders van de B.V. zijn in een dergelijke situatie ook aansprakelijk indien zij op het moment van de uitkering wisten of behoorden te weten dat de B.V. na deze uitkering haar opeisbare schulden niet kan betalen. Echter, de aandeelhouders zijn aansprakelijk tot maximaal het door hen ontvangen bedrag in het kader van de uitkering.

Hoe de uitkeringstest precies moet worden uitgevoerd, is niet duidelijk in de wetgeving verwoord. Zoals hiervoor is genoemd, moet rekening worden gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden. In de wetsgeschiedenis wordt onder andere gesproken over liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit. Ook

wordt melding gemaakt van een periode van een jaar waarop de uitkeringstest betrekking moet hebben. Dit zijn geen harde criteria, maar zaken die richting geven aan de uitkeringstest. Athankelijk van de specifieke omstandigheden moet de diepgang en periode worden bepaald. Volgens de wetgever is de uitkeringstest overigens niets meer dan codificatie van heersende jurisprudentie.

Een ander punt van aandacht is het opnemen van een dividendvoorstel van de bestuurder in de jaarrekening. Indien zo'n voorstel wordt opgenomen, is het te verwachten dat de bestuurder voorafgaand aan het opnemen van dit voorstel beoordeelt of de B.V. in staat is om deze uitkering te doen. Het lijkt niet logisch dat de bestuurder een voorstel doet en na accordering door de aandeelhouders geen goedkeuring verleent aan de uitkering. Dit kan echter anders zijn indien zich na het accorderen door de algemene vergadering omstandigheden voordoen die leiden tot een andere conclusie over de uitkeringstest. Van belang hierbij is dat de wetgever expliciet heeft geschreven dat op het moment van uitkering de uitkeringstest door de bestuurders moeten worden gedaan.

Ad. 9. Versoepeling van de regels omtrent het inkopen van aandelen

Onder de flex-by wetgeving wordt het eenvoudiger om aandelen in te kopen. Hierbij beslist het bestuur over de verkrijging van de aandelen en hiervoor is dus niet langer een besluit van de Bijvoorbeeld art. 207 lid 3 (nieuw) en art. 216 lid 2 (nieuw) algemene vergadering nodig. Aan het verkrijgen van de eigen aandelen is een aantal eisen gesteld.

De eerste eis is dat de aandelen die worden verkregen volgestort dienen te zijn, omdat de verkrijging anders nietig is. Een tweede vereiste is dat het eigen vermogen van de B.V. moet voldoen aan de balanstest. Daarnaast moet het bestuur de uitkeringstest uitvoeren. Dit kan ertoe leiden dat bij het inkopen van aandelen het eigen vermogen van de van de vennootschap negatief wordt.

Indien het eigen vermogen van een B.V. bijvoorbeeld is opgebouwd uit aandelenkapitaal (€ 18.000) en overige reserves (€ 0), en het bestuur besluit om voor € 12.000 nominaal aandelen in te kopen, geldt het volgende. De inkoop geschiedt tegen nominale waarde. Het bestuur voert de balanstest uit en omdat er geen wettelijke of statutaire reserves zijn, is de inkoop mogelijk. Indien de uitkeringstest positief is, kan de B.V. de inkoop uitvoeren. Het eigen vermogen van de vennootschap bestaat na de inkoop uit aandelenkapitaal (€ 18.000) en overige reserves (€ -12.000). Uiteraard moeten wel de statuten worden aangepast, zodanig dat voor de B.V. geen minimumkapitaaleis meer geldt.

Een andere wijziging is de hoeveelheid aandelen die ingekocht kan worden. Onder de voormalige wetgeving is bepaald dat niet meer dan 50% van het geplaatste kapitaal kan worden verkregen. Onder de flex-by wetgeving is deze beperking vervallen. De enige verplichting is dat er minimaal een aandeel met stemrecht is geplaatst bij een derde, niet zijnde de B.V. of een van haar dochtermaatschappijen. In de voormalige wetgeving is een termijn opgenomen waarbinnen de jaarrekening moet zijn vastgesteld op het moment dat er aandelen worden ingekocht anders dan om niet. Deze termijn is in de flex-by wetgeving komen te vervallen.

Ad. 10. Wijziging van de regels omtrent het intrekken van aandelen

In de flex-by wetgeving is ook het een en ander gewijzigd ten aanzien van het intrekken van aandelen. Omdat onder de flex-by wetgeving niet langer sprake is van een minimumkapitaal, is de bepaling dat door het intrekken het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal niet lager mag worden dan het ten tijde van het besluit voorgeschreven minimumkapitaal, geschrapt. Wel is de voorwaarde blijven bestaan dat de algemene vergadering het besluit tot intrekken moet nemen. Andere formele vereisten uit de voormalige wetgeving, zoals het neerleggen van een besluit bij het handelsregister en een te hanteren wachttermijn; zijn in de flex-by wetgeving komen te vervallen. Deze zijn vervangen door de verplichting dat de bestuurder een uitkeringstest moet doen, op het moment dat de intrekking gepaard gaat met het

terugbetalen van kapitaal. Indien het resultaat van de uitkeringstest negatief is, mag de bestuurder zijn goedkeuring niet verlenen.

2.2.2 Wijzigingen rond de inrichting van de statuten van de B.V.

De flex-by wetgeving staat toe dat onderwerpen die voorheen in aparte overeenkomsten werden geregeld, nu in de statuten kunnen worden geregeld. In deze paragraaf gaan wij in op een aantal van deze wijzigingen:

1. wijziging van de blokkeringsregeling;
2. introductie van aandelen in elke soort valuta;
3. introductie van aangepast stemrecht en winstrecht verbonden aan aandelen;
4. introductie van statutaire verplichtingen aandeelhouders;
5. wijziging besluitvorming aandeelhouders;
6. wijziging instructies bestuurders;
7. wijziging vergaderrecht houders van certificaten van de B.V.

Ad 1. Wijziging van de blokkeringsregeling

In de voormalige wetgeving is opgenomen dat de overdracht van aandelen in beperkte kring (echtgenoot, geregistreerd partner etc.) vrijelijk mogelijk was, tenzij de statuten anders bepalen. Onder de flex-by wetgeving is de blokkeringsregeling zodanig aangepast dat er op grond van de wet altijd een aanbiedingsplicht bestaat. De vrije overdracht in beperkte kring is zodoende komen te vervallen. Verder is in de wet geregeld dat de prijs voor de aangeboden aandelen moet worden bepaald door een of meer onafhankelijke derden. Dit kunnen accountants zijn, maar dat hoeft niet. Indien de prijs niet contant kan worden voldaan, mag de aanbieder de aandelen binnen drie maanden vrijelijk overdragen aan derden. Een andere wijziging is dat het onder de flex-by wetgeving mogelijk is om in de statuten een termijn op te nemen waarbinnen het niet mogelijk is aandelen over te dragen. Ten slotte geldt dat de blokkeringsregeling zoals opgenomen in de wet een basisregeling is. In de statuten kan de blokkeringsregeling op een andere wijze worden vormgegeven. Op grond hiervan is het ook mogelijk om de regeling zodanig te wijzigen dat er geen blokkeringsregeling is. Ook is het mogelijk om een van de wet afwijkende prijsbepalingsregeling op te nemen.

Ad 2. Introductie van aandelen in elke soort valuta

Onder de flex-by wetgeving is de verplichting vervallen om in de statuten de nominale waarde van de aandelen in euro's te vermelden. Hierdoor is de mogelijk om het aandelenkapitaal van de vennootschap in elke valuta te vermelden.

Ad 3. Introductie van aangepast stemrecht en winstrecht verbonden aan aandelen

Onder de voormalige wetgeving bestond de mogelijkheid om het stemrecht op aandelen te beperken, maar het was niet mogelijk om aan aandelen geen stemrecht te verbinden. Onder de flex-by wetgeving is het wel mogelijk dat een bepaalde soort aandelen geen stemrecht heeft. Dit moet geregeld zijn in de statuten van de vennootschap. Deze aandelen moeten dan wel een winstrecht hebben. In de statuten kan worden afgeweken van de wijze waarop het aantal stemmen per aandeel wordt bepaald. Indien deze mogelijkheid wordt gebruikt, geldt deze voor alle besluiten van de algemene vergadering. Onder de voormalige wetgeving is het mogelijk om het stemrecht op bepaalde onderdelen aan te passen. Dat is onder de flex-by wetgeving echter niet meer mogelijk. Indien op grond van de statuten van een bestaande B.V. voor bepaalde besluiten een afwijkend stemrecht wordt gehanteerd, is het dan ook van belang om deze statuten aan te passen. Onder de flex-by wetgeving is voorts de mogelijkheid gecreeerd om aan een aandelensoort een beperkt of geen recht op deling in de winst of reserves van de B.V. toe te kennen. Bij de soort aandelen waar geen recht op deling in de winst of reserves is, moet echter altijd sprake zijn van stemrecht.

In het vervolg van deze notitie zal gemakshalve worden gesproken van winstrechtloze aandelen en stemrechtloze aandelen. Hiermee worden echter ook aandelen bedoeld waaraan een beperkt winstrecht of beperkt stemrecht is verbonden.

Ad 4. Introductie statutaire verplichtingen aandeelhouder

Een noviteit van de flex-by wetgeving is dat aan de aandeelhouders statutaire verplichtingen kunnen worden opgelegd. Zo is het mogelijk om in de statuten met betrekking tot (een soort) aandelen:

- Te bepalen dat aan het aandeelhouderschap een verplichting van verbintenisrechtelijke aard ten opzichte van de vennootschap, aandeelhouders of derden is verbonden. Een aandeelhouder kan bijvoorbeeld op grond van de statuten hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor een bepaalde schuld van de vennootschap. Dit hoeft dan niet afzonderlijk te worden geregeld, maar ligt vast in de statuten van de vennootschap.
- Eisen te stellen aan het aandeelhouderschap. Een voorbeeld is de eis dat de aandeelhouder een aandeelhoudersovereenkomst sluit. Wanneer iemand dit weigert kan deze partij geen aandeelhouder worden.
- Te bepalen dat de aandeelhouder in gevallen die in de statuten zijn vastgelegd zijn aandelen of een deel daarvan moet aanbieden en overdragen.

Onder de flex-by wetgeving is bepaald dat een aandeelhouder niet tegen zijn zin kan worden verbonden aan een verplichting die in de statuten wordt opgenomen via een statutenwijziging. Deze vrijstelling is persoonsgebonden en vervalt op het moment dat de aandelen worden overgedragen. Mocht het door de verplichting die op de aandelen rust onmogelijk zijn om de aandelen over te dragen, dan mag de aandeelhouder de vennootschap vragen om gegadigden aan te wijzen aan wie de aandelen overgedragen kunnen worden volgens een regeling die in de statuten is opgenomen. Mocht de vennootschap niet reageren binnen drie maanden, dan is de aandeelhouder vrij om de aandelen binnen zes maanden over te dragen en is de verkrijger van de aandelen ook niet gebonden aan de verplichting.

Ad 5. Wijziging besluitvorming aandeelhouders

Binnen het besluitvormingsproces zijn in de flex-by wetgeving ook wijzigingen aangebracht. In de eerste plaats is de aanpassing van de wettelijke oproepingstermijn voor de aandeelhoudersvergadering aangepast. De oproeping tot de vergadering moet acht dagen voor de vergaderdatum worden gedaan, tenzij in de statuten een langere termijn is voorgeschreven. Ten tweede is de besluitvorming buiten de vergadering eenvoudiger geworden. Het is onder de flex-by wetgeving mogelijk om buiten vergadering besluiten te nemen, ook al is dit niet expliciet vastgelegd in de statuten van de B.V. In tegenstelling tot de voormalige wetgeving is er geen unanimititeit noodzakelijk voor dergelijke beslissingen. Het is wel nodig dat alle vergadergerechtigden toestemming hebben gegeven om buiten vergadering een besluit te nemen en dat de bestuurders en commissarissen gelegenheid hebben gehad om vooraf advies uit te brengen. Ook de vaststelling van de jaarrekening kan buiten vergadering plaatsvinden. Daarnaast kan de jaarrekening worden vastgesteld via ondertekening door de bestuurders en commissarissen. Het is dan wel noodzakelijk dat alle aandeelhouders ook bestuurders van de B.V. zijn, en dat alle vergadergerechtigden kennis hebben kunnen nemen van de opgestelde jaarrekening en ook hebben ingestemd met deze wijze van vaststellen.

Ad 6. Wijziging instructies bestuurders

In de statuten van de B.V. kan worden bepaald dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. In de flex-by wetgeving is de beperking uit de voormalige wetgeving weggelaten dat de instructies moeten gaan over algemene lijnen van het te voeren beleid op in de statuten aangegeven terreinen. Hierdoor is het mogelijk om het bestuur specifieke instructies te geven. Op grond van de flex-by wetgeving moet het bestuur deze instructies volgen, tenzij de instructies in strijd zijn met het belang van de B.V. en de met haar verbonden partijen.

Ad 7. Wijziging vergaderrecht howlers van certificaten van de B. V.

Onder de flex-by wetgeving is het vergaderrecht van certificaathouders verduidelijkt. Op grond van de voormalige wetgeving beschikten certificaathouders slechts over vergaderrecht indien de certificaten waren uitgegeven met medewerking van de B.V. Onder de flex-by wetgeving hebben certificaathouders al vergaderrecht wanneer dit in de statuten van de vennootschap is geregeld. Het vergaderrecht van certificaathouders betekent overigens niet dat de certificaathouders ook stemrecht hebben. Dit stemrecht is voorbehouden aan aandeelhouders. Van alle certificaathouders met vergaderrecht moet het bestuur van de B.V. de gegevens vastleggen in het aandeelhoudersregister. Dit betreft dezelfde gegevens als die zij moet vastleggen van aandeelhouders.

2.3 Overgangsbepalingen

Zoals hiervoor is beschreven, leidt de invoering van de flex-by wetgeving niet tot een nieuwe rechtsvorm al doet de gehanteerde term flex-by in de literatuur en publicaties wellicht anders vermoeden. Ook bestaande B.V.'s krijgen te maken met de wijzigingen in de wetgeving. Er geldt echter overgangsrecht. Hierna wordt ingegaan op de algemene regels van het overgangsrecht en op een aantal specifieke bepalingen.

2.3.1 Algemeen overgangsrecht

In de Invoeringswet is geregeld dat de flex-by wetgeving bij invoering onmiddellijke werking heeft. De regelgeving geldt met onmiddellijke ingang voor alle B.V.'s en voor alle gebeurtenissen na 1 oktober 2012. Hierna volgt een aantal voorbeelden ter verduidelijking:

- In de statuten van een bestaande B.V. is een regeling opgenomen ten aanzien van het stemrecht. Volgens deze regeling geldt voor de meeste besluiten het stemrechtstelsel dat is gebaseerd op het aandelenbezit. Voor een aantal specifieke besluiten is echter een afwijkend stemrechtstelsel opgenomen. Na invoering van de flex-by wetgeving op 1 oktober 2012 is slechts een stemrechtstelsel mogelijk. Of dit nu het algemene stelsel is, of het specifieke stelsel, is echter niet duidelijk. Om deze onduidelijkheid te voorkomen is het raadzaam de statuten op dit punt te wijzigen.
- Een B.V. heeft een geplaatst en gestort kapitaal van € 11.250. Onder de voormalige wetgeving moet de B.V. een wettelijke reserve opnemen voor het verschil tussen het geldende wettelijke minimumkapitaal en het geplaatste en gestorte kapitaal. Op het moment van invoering van de flex-by wetgeving is het wettelijk minimumkapitaal echter komen te vervallen en is er geen wettelijke reserve meer nodig.
- Onder de voormalige wetgeving heeft de algemene vergadering besloten dat er dividend wordt uitgekeerd. Het dividend wordt na 1 oktober 2012 betaald. Voordat het bestuur de betaling doet, moet zij nu de uitkeringstest uitvoeren.
- Onder de voormalige wetgeving is financiële steunverlening verricht die niet voldoet aan de wettelijke regels. Onder de flex-by wetgeving is dit geen probleem en dus is de financiële steunverlening sinds 1 oktober 2012 mogelijk. In het overgangsrecht is voorts bepaald dat bestaande rechten als gevolg van de invoering van de flex-by wetgeving niet wijzigen. De invoering kan op grond van de Overgangswet NBW echter niet leiden tot het ontstaan van nieuwe rechten. Bovendien worden bestaande rechten geëerbiedigd.

Bijvoorbeeld:

- Onder de voormalige wetgeving is een dividend uitgekeerd dat, gezien de toen geldende kapitaalseisen, te hoog is geweest. De B.V. heeft op grond van onverschuldigde betaling een vordering op de aandeelhouders van het bovenmatige gedeelte van het dividend. Bij invoering van de flex-by wetgeving blijft de vordering van de B.V. bestaan, ondanks het feit dat de uitkering onder de flex-by wetgeving wel zijn toegestaan.

Volgens de Overgangswet NBW heeft de flex-by wetgeving in principe geen invloed op lopende procedures. Wel kunnen partijen de rechter vragen om hen in de gelegenheid te stellen om hun stellingen en conclusies aan te passen aan de flex-by wetgeving. Ook kan de rechter zelf bepalen dat stellingen en conclusies aangepast worden. Het voorgaande kan nog wel worden beïnvloed door een aantal andere artikelen uit Overgangswetgeving NBW waarin is beschreven wat de consequenties zijn van er met rechtshandelingen die onder de voormalige wetgeving bijvoorbeeld nietig zijn en onder de flex-by wetgeving rechtsgeldig. In het volgende schema wordt uiteengezet wat hiermee wordt bedoeld.

2.3.2 Specifieke bepalingen uit het overgangsrecht

Voor een aantal onderwerpen is specifiek overgangsrecht vastgelegd. In dit onderdeel wordt ingegaan op een aantal van deze onderwerpen:

1. Certificaten
2. Aansprakelijkheidsverklaringen bij inbreng in natura
3. Kapitaalsvermindering

Ad 1. Certificaten

Op grond van de flex-by wetgeving hebben certificaathouders alleen vergaderrecht indien dit is vastgelegd in de statuten van de B.V. Onder de voormalige wetgeving hebben de houders van certificaten die met medeweten van de B.V. zijn uitgegeven, vergaderrecht. Het is in de praktijk niet altijd duidelijk of de certificaten met behulp van de B.V. zijn uitgegeven. Om te voorkomen dat houders van certificaten hun vergaderrecht kwijtraken bij de invoering van de flex-by wetgeving, of dat de statuten van de B.V. direct moeten worden aangepast, is hiervoor een regeling getroffen. Ten eerste dient de B.V. binnen een jaar na invoering van de flex-by wetgeving van alle houders van certificaten met vergaderrecht de vereiste gegevens vast te leggen in het aandeelhoudersregister. Indien gedurende deze periode van een jaar een vergadering voor houders van certificaten wordt uitgeschreven, moeten alle gegevens minimaal een maand voor de datum van deze vergadering in het aandeelhoudersregister zijn vastgelegd. Wanneer dat niet het geval is, moet de aankondiging van de vergadering van houders van certificaten worden gedaan conform de voormalige wetgeving. Omdat de houders van certificaten met vergaderrecht moeten worden vastgelegd in het aandeelhoudersregister, heeft de wetgever het niet nodig gevonden B.V.'s te verplichten hun statuten per direct te wijzigen. Wel moeten de statuten op dit punt worden aangepast zodra de statuten om een andere reden worden gewijzigd. Dit kan ertoe leiden dat deze overgangsbepaling lang van belang blijft. Bij een eerstvolgende statutenwijziging moeten daarom de volgende punten worden gecontroleerd:

- Zijn er certificaten voor inwerkingtreding van de flex-by wetgeving, dus voor 1 oktober 2012, uitgegeven?
- Zo ja, hebben de betreffende certificaathouders vergaderrecht en zijn hun gegevens opgenomen in het aandeelhoudersregister?
- Zo ja, is het vergaderrecht van deze certificaathouders in de statuten opgenomen? Zo nee, dan moeten de statuten op dit punt worden aangepast.

Ad 2. Aansprakelijkheidsverklaringen bij inbreng in natura

Onder de voormalige wetgeving is het mogelijk om bij inbreng in natura of te zien van een beschrijving en een daarbij behorende accountantsverklaring. Dit is mogelijk op het moment dat er een verklaring is neergelegd bij het handelsregister. In deze verklaring stelt de rechtspersoon die aandelen heeft genomen zich hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden die voortvloeien uit de rechtshandelingen van de vennootschap. Op grond van de flex-by wetgeving vervalt de accountantsverklaring en de mogelijkheid van vrijstelling op grond van aansprakelijkheid. Ook de termijn van twee jaar waarbinnen deze aansprakelijkheid volgens de voormalige wetgeving niet kan worden ingetrokken, vervalt. Dit alles leidt ertoe dat de aansprakelijkheid niet automatisch vervalt, maar wel kan worden ingetrokken binnen de termijn van twee jaar. In de Invoeringswet is bepaald dat de geldende procedures uit de voormalige wetgeving wel blijven gelden voor het intrekken van de aansprakelijkheid. Dit betekent dat de B.V. een verklaring waarin de aansprakelijkheid wordt ingetrokken, moet neerleggen bij het handelsregister. Voor het beëindigen van de resterende aansprakelijkheid blijven de geldende eisen van kracht:

- De uitgevende rechtspersoon maakt niet langer deel uit van de groep.
- Een mededeling tot voornemen van beëindiging van de aansprakelijkheid heeft ten minste twee maanden lang ter inzage gelegen bij het handelsregister.
- Na de aankondiging in een landelijk dagblad dat de mededeling ter inzage ligt bij het handelsregister zijn ten minste twee maanden verstreken. Er is geen (tijdig) verzet van schuldeisers geweest.

Ad 3. Kapitaalvermindering

Indien onder de voormalige wetgeving een besluit tot kapitaalvermindering is genomen, blijft de voormalige wetgeving op dit besluit van kracht. Dit betekent bijvoorbeeld dat de termijn van twee maanden voor het neerleggen van het besluit bij het handelsregister, blijft doorlopen. Een besluit dat bijvoorbeeld een dag voor de invoering van de flex-by wetgeving is genomen, moet ook na 1 oktober 2012 voldoen aan de voormalige wetgeving. Indien men de procedure in een dergelijk geval wil verkorten en het besluit nog niet openbaar is gemaakt, kan worden overwogen om het besluit te herroepen. Na invoering van de flex-by wetgeving kan dan een nieuw besluit worden genomen en is de nieuwe regelgeving van toepassing.

2.4 Conclusie

De flex-by wetgeving biedt mogelijkheden om de statuten van de B.V. beter in te richten conform de wens van de aandeelhouders. Wel is van belang om bij uitkeringen van eigen vermogen te beoordelen in welke vorm de uitkeringstest moet worden gedaan. Als gevolg van de invoering van de flex-by wetgeving is het met name in situaties waarin de aandelen van een B.V. worden gehouden door verschillende aandeelhouders aan te raden om de statuten van de vennootschap kritisch te beoordelen. Bedacht moet worden of alle zaken die men wenst te regelen, nog steeds goed zijn geregeld. Voorts moet worden nagegaan of de bepalingen die zijn opgenomen in de statuten, nog steeds werken. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om zaken die nu in aandeelhoudersovereenkomsten zijn geregeld, vast te leggen in de statuten. Hierdoor is elke nieuwe aandeelhouder bij het verkrijgen van een aandeel in de B.V. automatisch gebonden aan deze zaken.

4. Fiscale aspecten

Als gevolg van de mogelijkheid om stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen te introduceren, moet de flex-by kritisch worden bekeken wanneer het gaat om fiscale regelingen en bepalingen waarbij een bepaalde mate van gelieerdheid of verbondenheid een rol speelt. 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 hoofdstuk komen deze fiscale aspecten aan bod en wordt ook ingegaan op de gevolgen voor de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen en de mogelijkheid tot pensioenopbouw in eigen beheer.

4.1 Inkomstenbelasting 4.1.1 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, direct of indirect aandeelhouder is van ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal van een vennootschap. Bij een B.V. waarvan het kapitaal is onderverdeeld in verschillende soorten aandelen is ook 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, zoals benoemingsrechten of rechten om de naam van de vennootschap te bepalen, vormen in beginsel geen afzonderlijke soort. Op basis van jurisprudentie is echter wel weer sprake van verschillende soorten aandelen indien de bijzondere rechten zien op beslissingen over winstuitkeringen of terugbetaling van vermogen.

Na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'flex-by' 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. Voor winstrechtloze aandelen moet in dit verband echter 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.

Voorbeeld

A houdt alle 200 gewone, winstdelende aandelen in B. V. A. De vennootschap introduceert 10 stemrechtloze aandelen en plaatst deze bij 10 personeelsleden. Elk van de personeelsleden heeft nu een ab, en ook A behoudt zijn ab.

Het ontstaan van een (soort-)ab kan verschillende fiscale gevolgen hebben voor bijvoorbeeld de afschrijvingsbeperking van onroerende zaken. Worden de onroerende zaken verhuurd aan een verbonden persoon, dan geldt de lagere bodemwaarde van 50% van de WOZ-waarde en kan er dus fiscaal meer worden afgeschreven. Van een verbonden persoon is sprake indien de verhurende vennootschap een ab bezit in de huurder. 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 B.V. 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 voor geldleningen of de gebruikelijkloonregeling van toepassing worden.

1.2 Aanvulling van tekort door bestuurder ontstaan door onverantwoorde dividenduitkering

Onder de nieuwe flex-by wetgeving moeten winstuitkeringen vooraf door het bestuur worden goedgekeurd. Het bestuur moet daarbij toetsen of de B.V. na de uitkering in staat is om haar direct opeisbare schulden te voldoen. 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. Denkt het bestuur dat de B.V. niet in financiële problemen zal komen als gevolg van de winstuitkering, dan dient het bestuur deze goed te keuren. Zou nadien toch blijken dat de B.V. 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.

Vanuit fiscaal oogpunt vormt de aanvulling van een dergelijk tekort door een bestuurder negatief loon voor de loonheffingen, dat per saldo als aftrekpost kan worden opgevoerd in box 1. Dit is ook bevestigd in de parlementaire geschiedenis van de flex-by wetgeving.

Voorbeeld

Directeur X van B. V. A wordt aansprakelijk gesteld voor het tekort dat is ontstaan na een onverantwoord hoge dividenduitkering. Hij dient een bedrag van € 250.000 aan te vullen. Op basis van de parlementaire geschiedenis van de flex-bv wetgeving kan B.V. A dit bedrag terug vorderen van haar bestuurder? In de salarisadministratie kan B.V. A dit bedrag als negatief loon verwerken voor de loonheffingen. Uiteraard kan dit vervolgens ook als negatief loon worden verwerkt in de In de aangifte inkomstenbelasting van X

4.1.3 Terugbetaling van dividend door aandeelhouder

Aandeelhouders kunnen ook aansprakelijk worden gesteld voor onverantwoorde winstuitdelingen, waarbij zij verplicht zijn de ontvangen winstuitkeringen geheel of gedeeltelijk terug te betalen. Dergelijke terugbetalingen worden in voorkomende gevallen beschouwd als negatief inkomen uit ab, wanneer het box 2-aandelen betreft. Betreft het aandelen die tot het box 3-vermogen behoren, dan kan de terugbetaling alleen (indirect) effect hebben op de rendementsgrondslag. De positie van de directeur-grootaandeelhouder (dga) is hierbij niet geheel duidelijk. Een door hem verrichte terugbetaling van dividend c.q. aanvulling van het tekort dient waarschijnlijk te worden beschouwd als negatief inkomen uit ab en niet als negatief loon, omdat de eerdere dividendontvangst ook als een regulier voordeel uit ab is behandeld.

Voorbeeld

Directeur-grootaandeelhouder Y van B. V. B wordt aansprakelijk gesteld voor het tekort dat is ontstaan na een onverantwoord hoge dividenduitkering. Hij dient een bedrag van € 250.000 aan te vullen. B.V. B zal nu waarschijnlijk geen negatief loon in aanmerking kunnen nemen. Het lijkt erop dat Y in zijn aangifte inkomstenbelasting wel een negatief regulier voordeel uit ab kan opvoeren in box 2 ten bedrage van € 250.000.

Overigens is tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel 'flex-by' opgemerkt dat er geen teruggaafregeling zal komen voor ingehouden en afgedragen dividendbelasting ter zake van onverantwoorde dividenduitkeringen die nadien ongedaan moeten worden gemaakt. In gevallen waarin de ingehouden en afgedragen dividendbelasting niet kan worden verrekend omdat de aandeelhouder geen in Nederland belastbaar inkomen heeft genoten, vindt dus geen restitutie plaats. De dividendbelasting vormt dan dus een extra verlies voor de aandeelhouder.

4.1.4 Geruisloze inbreng onderneming in B.V.

In het kader van de geruisloze doorschuivingsfaciliteit voor de inbreng van een onderneming in een B.V. is vereist dat oprichters van de vennootschap in het aandelenkapitaal in geheel of nagenoeg geheel dezelfde verhouding moeten zijn gerechtigd als in het vermogen van de omgezette onderneming. In dat kader is in de Standaardvoorwaarden bij de geruisloze doorschuivingsfaciliteit toegelicht dat er geen fiscale bezwaren bestaan tegen de uitgifte van verschillende soorten aandelen, mits partijen hierbij handelen als onafhankelijke derden. Zo is de uitreiking van cumulatief preferente aandelen met name genoemd. Op basis hiervan mag worden aangenomen dat ter zake van de inbreng ook winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen mogen worden uitgereikt, mits hierbij niet onzakelijk wordt gehandeld.

4.2 Vennootschapsbelasting

Voor de vennootschapsbelasting heeft het wetsvoorstel 'flex-by' in de eerste plaats gevolgen voor de aanwezigheid van 'verbondenheid' tussen lichamen onderling, en tussen lichamen en natuurlijk personen.

Voorts moet worden gekeken naar de thincapregeling, de deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid.

4.2.1 Verbonden lichamen en verbonden personen

Wanneer er sprake is van een 'verbondenheid', zijn tal van anti-misbruikbepalingen van toepassing. Te denken valt aan maatregelen die winstdrainage en excessieve renteaftrek beogen tegen te gaan. 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.

Voorbeeld

B. V. A en B. V. B houden elk de helft van de 200 gewone aandelen in B. V. Z. De vennootschap introduceert 100 winstrechtloze aandelen en plaatst deze by een financier. Gesteld kan worden dat zowel B. V. A, B. V. B. als de financier nu een belang van een derde gedeelte hebben, zodat elk van hen als een verbonden lichaam van B. V. Z moet worden beschouwd.

Indien niet 100, maar 200 winstrechtloze aandelen zouden worden geplaatst bij twee andere partijen, zou kunnen worden gesteld dat geen van de aandeelhouders nog een belang van een derde gedeelte heeft in B. V. Z. Het is verdedigbaar om te stellen dat er dan geen verbondenheidsrelatie meer zou zijn tussen de aandeelhouders en B. V. Z, waardoor maatregelen die winstdrainage en excessieve renteaftrek beogen tegen te gaan niet meer van toepassing zouden zijn.

Verbondenheid is ook van belang voor de toepassing van de investeringsaftrek: ter zake van transacties met een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon kan namelijk geen investeringsaftrek worden geclaimd. Hierbij wordt een enigszins afwijkend verbondenheidsbegrip gehanteerd. Het gaat voor de investeringsaftrek niet om het onduidelijke begrip 'belang', maar om het bezit van ten minste een derde gedeelte in het nominaal gestorte kapitaal. De introductie van winstrechtloze aandelen en stemrechtloze aandelen kan hierbij van belang zijn.

Voorbeeld

B. V. A en B. V. B houden elk de helft van de 200 gewone aandelen in B. V. Z. De vennootschap introduceert 200 winstrechtloze aandelen met een beperkt stemrecht en plaatst deze bij een financier. Indien B. V. A nadien bedrijfsmiddelen overdraagt aan B. V. Z, kan B. V. Z ter zake hiervan investeringsaftrek claimen. Dit terwijl dat eerst niet mogelijk was en er met de introductie van de winstrechtloze aandelen met een beperkt stemrecht nauwelijks iets is veranderd in de zeggenschapsverhoudingen van het concern.

In vergelijkbare zin is verbondenheid van belang voor de aansprakelijkheid voorvennootschapsbelastingsschulden van een B.V. die hoofdzakelijk beleggingen bezit. Die aansprakelijkheid geldt alleen voor een natuurlijk persoon of een rechtspersoon die ten minste een derde gedeelte in het geplaatste kapitaal in die beleggingsvennootschap bezit, en die deze aandelen vervreemdt.

Deze maatregel is bedoeld om de verhaalspositie van de fiscus ten aanzien van leeggehaalde vennootschappen te verbeteren, en deze anti-ontgaansbepaling wordt dan ook slechts zelden door de Belastingdienst in stelling gebracht.

4.2.2 Thincapregeling

De thincapmaatregel 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 B.V. behoort tot een 'groep' in de zin van art. 2:24b BW.

Voorbeeld

B.V. A houdt alle 200 gewone aandelen in B. V. Z. De vennootschap introduceert 200 stemrechtloze aandelen en plaatst deze bij een financier. Het is verdedigbaar om het standpunt in te nemen dat B. V. A ook na de introductie van de stemrechtloze aandelen nog altijd een groep vormt met B.V. Z

Overigens is in het wetsvoorstel Belastingplan 2013 voorgesteld om de thincapregeling per 1 januari 2013 of te schaffen.

4.2.3 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-by' lijkt daarom door uitgifte van aandelen zonder stemrecht of winstrecht een 'deelneming' voor een derde te kunnen worden gecreeerd zonder dat het feitelijke belang van de zittende aandeelhouders bij de betreffende B.V. wijzigt.

Voorbeeld

B.V. A en B. V. B houden elk de helft van de 200 gewone aandelen in B. V. Z. De vennootschap introduceert 100 stemrechtloze aandelen met een beperkt winstrecht en plaatst deze bij een financier. Gesteld kan worden dat elk van de aandeelhouders een deelneming heeft in B.V. Z waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

Overigens zal in deelnemingsverhoudingen een terugbetaling van dividend (indien deze te hoog blijkt te zijn geweest) door een aandeelhouder/rechtspersoon niet aftrekbaar zijn. Op basis van de deelnemingsvrijstelling zijn voordelen uit een deelneming vrijgesteld en verliezen zijn dienovereenkomstig niet aftrekbaar.

4.2.4 Bedrijfsfusie

De belastingheffing over fiscale winst die bij een bedrijfsfusie wordt behaald in de vorm van goodwill, stille reserves en fiscale reserves, wordt onder voorwaarden buiten aanmerking gelaten voor de heffing van vennootschapsbelasting. Een van de voorwaarden is dat de overdracht van de onderneming in het kader van de bedrijfsfusie plaatsvindt tegen uitreiking van aandelen, en dat de aldus verkregen aandelen een 'adequate tegenprestatie' vormen. De waarde van de aandelen dient in elk geval overeen te komen

met de waarde van de overgedragen onderneming. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel 'flex-by' is voorts opgemerkt dat ook de winstgerechtigdheid en zeggenschap een rol spelen bij de vraag of sprake is van een adequate tegenprestatie. Daarmee is het op voorhand niet duidelijk of daarvan sprake is indien bij een fusie of splitsing winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen worden uitgegeven.

Voorbeeld

B. V. A draagt haar activa en passiva over aan B. V. B, in ruil voor stemrechtloze aandelen met een beperkt winstrecht. De zittende aandeelhouders van B. V. B houden gewone aandelen, waaraan wel winstrechten en stemrechten zijn verbonden. Onder deze omstandigheden zal B. V. A geen adequate tegenprestatie ontvangen ter zake van de bedrijfsfusie, omdat B.V. A nauwelijks winstgerechtigd zal zijn in B. V. B en in die vennootschap ook geen zeggenschap zal kunnen uitoefenen. Ter zake van de overdracht van de activa en passiva zal daarom geen beroep kunnen worden gedaan op de vrijstelling voor bedrijfsfusies, zodat over de eventuele meerwaarden fiscaal zal moeten worden afgerekend.

In de literatuur is opgemerkt dat ervan moet worden uitgegaan dat winstgerechtigdheid en zeggenschap ook een rol spelen bij de faciliteiten voor de juridische fusie en splitsing.

4.2.5 Fiscale eenheid vpb

Om een fiscale eenheid vpb te kunnen vormen, moet een moedermaatschappij de juridische en economische eigendom van 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 op dit moment recht geven op ten minste 95% van de winst en het vermogen. In het Belastingplan 2013 is voorgesteld dat de aandelen die de moedermaatschappij bezit, voortaan ook recht moeten geven op ten minste 95% van het stemrecht. Hiermee wordt voorkomen dat door middel van uitgifte van aandelen zonder winstrecht, maar met stemrecht, in feite de gehele zeggenschap over een B.V. bij een derde zou kunnen komen te liggen terwijl de fiscale eenheid intact zou blijven.

Voorbeeld

B. V. A houdt alle 200 gewone aandelen in B. V. Z en vormt met haar een fiscale eenheid. De vennootschap introduceert 100 winstrechtloze aandelen met stemrecht en plaatst deze bij een financier. Op basis van de aangekondigde aanpassing van het Besluit fiscale eenheid 2003 wordt de fiscale eenheid verbroken, omdat B. V. A na de plaatsing van de winstrechtloze aandelen geen recht heeft op ten minste 95% van het stemrecht in B. V. Z.

4.3 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 zou kunnen 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. Hoewel onduidelijk, zou op grond van deze benadering zelfs 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 hoeven te leiden. Die derde zou dan 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. Of dit inderdaad past in de invulling van het criterium van financiële verwevenheid is echter een vraag die in de rechtspraak nog zou moeten worden beantwoord.

Voorbeeld

B. V. A houdt alle 200 gewone aandelen in B. V. Z en vormt met haar een fiscale eenheid. De vennootschap introduceert 800 stemrechtloze aandelen met een gewoon winstrecht en plaatst deze bij een derde. Op basis van het in de jurisprudentie aangelegde criterium van het bezit van ten minste de meerderheid van de aandelen, inclusief de zeggenschap, kan worden gesteld dat B. V. A na de plaatsing van de stemrechtloze aandelen nog steeds een fiscale eenheid vormt met B.V. Z. Dit terwijl de winst voor 80% toekomt aan de nieuwe aandeelhouder.

4.4 Overdrachtsbelasting 4.4.1 Aanmerkelijk belang

Bij de verkrijging van aandelen in een onroerende-zaaklichaam is overdrachtsbelasting verschuldigd indien daarmee een aanmerkelijk belang in het lichaam ontstaat of wordt uitgebreid. Hierbij geldt een andere invulling van het begrip 'aanmerkelijk belang' dan het abbegrip in de inkomstenbelasting. Er is sprake van een aanmerkelijk belang voor de heffing van overdrachtsbelasting indien een belang van ten minste een derde gedeelte in het lichaam wordt verkregen. De inhoud van het begrip 'belang' is niet precies duidelijk. In zoverre lijkt het op de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' voor de vennootschapsbelasting. De uitgifte van winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen kan daarom ook leiden tot verbondenheid voor de aanmerkelijk belangregeling voor de overdrachtsbelasting.

Voorbeeld

B. V. A en B. V. B houden elk de helft van de 200 gewone aandelen in de vastgoedvennootschap B. V. Z. Deze vennootschap introduceert 100 winstrechtloze aandelen en plaatst deze bij een financier. Gesteld kan worden dat zowel B. V. A, B. V. B als de financier nu een belang van een derde gedeelte hebben, en dat ter zake van de verkrijging van het belang door de financier overdrachtsbelasting is verschuldigd.

4.4.2 Interne reorganisatie

Onder voorwaarden is de overdracht van onroerende zaken binnen een concern vrijgesteld van overdrachtsbelasting, indien dit plaats vindt in het kader van een interne reorganisatie. Bij de definitie van het begrip 'concern' wordt uitgegaan van een topvennootschap waarvan de aandelen niet voor 90% of meer in handen zijn van een andere vennootschap. Samen met de dochtervennootschappen waarin deze topvennootschap ten minste 90% van de aandelen houdt, vormt zij het concern. In dit verband kan de introductie van winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen tot nieuwe concernsituaties leiden en tot vrijgestelde overdrachten van onroerende zaken.

Voorbeeld

B. V. A houdt alle 200 gewone aandelen in de vennootschap B.V. Z Voorts houdt B.V. V 1800 winstrechtloze aandelen met een beperkt stemrecht in B. V. Z. Gesteld kan worden dat B. V. V met B. V. Z een concern vormt, zodat zij zonder heffing van overdrachtsbelasting onroerende zaken zou kunnen overdragen aan B.V.Z. Dit terwijl op basis van de winstgerechtigdheid en zeggenschap eigenlijk een concernrelatie bestaat tussen B.V A en B.V Z.

4.5 Erf- en schenkbelasting

In de Successiewet is een aantal faciliteiten opgenomen die de heffing van erf- en schenkbelasting bij bedrijfsopvolging verminderen. Onlangs is deze bedrijfsopvolgingsregeling nog uitgebreid in het fiscale nieuws geweest als gevolg van een uitspraak van 13 juli 2012 van de Rechtbank Breda. De faciliteiten gelden eveneens ten aanzien van de verkrijging van ab aandelen van een besloten vennootschap indien en voor zover deze een onderneming drijft. De faciliteiten gelden slechts onder nadere voorwaarden voor preferente aandelen, bijvoorbeeld de eis dat de houder van de prefs ten tijde van de verkrijging daarvan ook at een belang van ten minste 5% hield in de vorm van gewone aandelen. Preferente aandelen zijn niet hetzelfde als winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen. Dat lijkt te betekenen dat winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen moeten worden vergeleken met gewone aandelen, zodat in beginsel zonder nadere voorwaarden aanspraak lijkt te kunnen worden gemaakt op de bedrijfsopvolgingsregeling voor de erf- en schenkbelasting.

4.6 Werknemersverzekeringen

Een directeur-groootaandeelhouder (dga) is uitgezonderd van de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen (WW, ZW en WIA/WAO). Dienovereenkomstig bouwt een dga ook Been uitkeringsrechten op. In dit verband worden kort gezegd als dga aangemerkt:

- de statutaire bestuurder die op grond van zijn aandelenbezit of op basis van statutaire regels zijn ontslag kan tegenhouden;
- de statutaire bestuurder wiens bloed- en aanverwanten ten minste tweederde gedeelte van de aandelen in de vennootschap bezitten. De uitgifte van winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen kan hierbij van belang zijn.

Voorbeeld

A houdt alle 200 gewone aandelen in B.V A. De vennootschap introduceert 10 winstrechtloze aandelen en plaatst deze bij statutaire bestuurder B. Aan de winstrechtloze aandelen zijn bijzondere rechten verbonden op grond waarvan B in de algemene vergadering van aandeelhouders een veto kan uitspreken tegen zijn ontslag. Zowel A als B zijn nu aan te merken als dga en zijn daarom beiden uitgezonderd van de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen.

4.7 Pensioen

Een directeur-groootaandeelhouder (dga) mag op grond van de Pensioenwet in eigen beheer een pensioenvoorziening opbouwen. In die zin wijkt zijn positie af van gewone werknemers. Met de inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'flex-by' komt de definitie van de dga voor de Pensioenwet als volgt te luiden:

- de persoonlijk houder van aandelen die ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen en waaraan stemrecht in de algemene vergadering is verbonden;
- de indirect persoonlijk houder van aandelen, die ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen en waaraan stemrecht in de algemene vergadering is verbonden;
- houder van certificaten van aandelen uitgegeven door tussenkomst van een administratiekantoor waaraan hij voor ten minste een tiende deel in het bestuur vertegenwoordigd is, welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen en aan welke aandelen stamrecht in de algemene vergadering is verbonden. De uitgifte van winstrechtloze aandelen of stemrechtloze aandelen kan hierbij van belang zijn. Door de houder van volledig stemrechtloze aandelen kan namelijk geen pensioen in eigen beheer worden opgebouwd. Volgens de Belastingdienst dient de directeur-groootaandeelhouder zelf ten minste 10% van de stemrechten te hebben, alvorens pensioenopbouw in eigen beheer kan plaatsvinden.

Voorbeeld

A houdt alle 200 gewone aandelen in B. V. A. De vennootschap introduceert 25 stemrechtloze aandelen waaraan een beperkt winstrecht is verbonden, en plaatst deze bij directielid B. Op basis van de nieuwe wettekst kan de vennootschap voor B geen pensioen in eigen beheer opbouwen, omdat aan zijn aandelen geen stemrecht is verbonden. Zou aan de aandelen van B een beperkt stemrecht worden toegekend, dan kan de vennootschap op basis van de letterlijke wettekst wel pensioen in eigen beheer kunnen opbouwen voor B.

De flex-by kan ook op een ander terrein gevolgen hebben voor de pensioenopbouw in eigen beheer. Volgens de Belastingdienst kan het terugbetalen van aandelenkapitaal of het uitkeren van dividend namelijk ook gevolgen hebben voor de fiscale behandeling van de pensioen- of stamrechtovereenkomsten die de B.V. uitvoert. Na de terugbetaling of dividenduitkering moet voldoende vermogen achterblijven in de B.V. om het pensioen of het stamrecht op korte en Lange termijn te kunnen betalen, zo meent de belastingdienst. Indien na de terugbetaling van aandelenkapitaal of de dividenduitkering te weinig vermogen zou achterblijven in de B.V., is volgens de belastingdienst sprake van afkoop van het pensioen of het stamrecht. Belastingheffing over het pensioen of stamrecht is dan het gevolg. Bij de beoordeling van de vraag of de B.V. over voldoende uitkeerbaar vermogen beschikt, moet volgens de belastingdienst worden uitgegaan van de commerciële waarde van de activa en passiva. Ook voor de pensioenverplichting moet dus worden uitgegaan van de commerciële waarde, die veelal hoger is dan de lagere fiscale waarde. Volgens dit standpunt van de belastingdienst moet de dividenduitkering dus passen binnen het uitkeerbaar vermogen dat is bepaald op commerciële grondslagen, dat lager is dan het uitkeerbaar vermogen bepaald op fiscale grondslagen.

4.8 Conclusie

Onder het regime van de flex-by moet kritisch worden gekeken naar fiscale regelingen en bepalingen die uitgaan van een bepaald aandelenbezit. Te denken valt aan de aanmerkelijkbelangregeling voor de inkomstenbelasting, de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en omzetbelasting en de deelnemingsvrijstelling. De toepassing van deze regelingen valt of staat met het bezit van een bepaalde hoeveelheid aandelen. Door de introductie van aandelen met afwijkend stemrecht of winstrecht, kunnen de regelingen juist wel of juist niet gelden. Dat geldt eveneens voor de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen en de mogelijkheid tot pensioenopbouw in eigen beheer.

5 Korte samenvatting

De flex-by wetgeving biedt mogelijkheden om de statuten van een B.V. beter in te richten conform de wens van de aandeelhouders. Wel is van belang om bij uitkeringen van eigen vermogen te beoordelen in welke vorm de uitkeringstest moet worden gedaan.

Als gevolg van de invoering van de flex-by wetgeving is het met name in situaties waarin de aandelen van een B.V. worden gehouden door verschillende aandeelhouders aan te raden om de statuten van de vennootschap kritisch te beoordelen. Bedacht moet worden of alle zaken die men wenst te regelen, nog steeds goed zijn geregeld. Voorts moet worden nagegaan of de bepalingen die zijn opgenomen in de statuten, nog steeds werken. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om zaken die nu in aandeelhoudersovereenkomsten zijn geregeld, vast te leggen in de statuten. Hierdoor is elke nieuwe aandeelhouder bij het verkrijgen van een aandeel in de B.V. automatisch gebonden aan deze zaken. De flex-by wetgeving zorgt ook voor wijzigingen op het vlak van externe verslaggeving. Met name de veranderingen rond het stemrecht en winstrecht kunnen zorgen voor veranderingen. Het is daarom raadzaam de statuten goed te beoordelen om te bezien of deze invloed hebben op de externe verslaggeving.

Als gevolg van de mogelijkheid om stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen te introduceren, moet de flex-by kritisch worden bekeken wanneer het gaat om fiscale regelingen en bepalingen waarbij een bepaalde mate van gelieerdheid of verbondenheid van belang is. In dit verband moet bijvoorbeeld worden gedacht aan de aanmerkelijkbelangregeling voor de inkomstenbelasting, de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en omzetbelasting en de deelnemingsvrijstelling. De toepassing van deze regelingen valt of staat met het bezit van een bepaalde hoeveelheid aandelen. Door de introductie van aandelen met afwijkend stemrecht of winstrecht, kunnen de regelingen juist wel of juist niet gelden. Dat geldt eveneens voor de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen en de mogelijkheid tot pensioenopbouw in eigen beheer.

© Register Belastingadviseurs, 9 oktober 2012