



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Verzamelbesluit aanmerkelijk belang - inkomstenbelastingaspecten

Boer, J.P.

Citation

Boer, J. P. (2018). Verzamelbesluit aanmerkelijk belang - inkomstenbelastingaspecten. *Ntfr-Beschouwingen*, 2018(9). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/70359>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/70359>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

NTFR Beschouwingen 2018/31

Verzamelbesluit aanmerkelijk belang – inkomstenbelastingaspecten

Auteur	Prof. dr. J.P. Boer
Publicatiedatum NTFR	27-9-2018
Afleveringsnummer	9
Rubriek	Aanmerkelijk belang/Directeur-grootaandeelhouder

In deze beschouwing wordt ingegaan op diverse inkomstenbelastingaspecten van het verzamelbesluit inzake aanmerkelijk belang.

1. Inleiding

Op 9 maart 2018 is het verzamelbesluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, [NTFR 2012/2189](#) over het aanmerkelijk belang (hierna ook: ab) herzien (hierna ook: het geactualiseerde verzamelbesluit).^[1] Ten opzichte van het verzamelbesluit uit 2012 zijn in totaal vijftien onderdelen nieuw, gewijzigd of verduidelijkt (die zijn becommentarieerd in [NTFR 2018/717](#)), terwijl één onderdeel is komen te vervallen.

Het geactualiseerde verzamelbesluit is reeds uitvoerig becommentarieerd in de fiscale literatuur.^[2] In deze bijdrage beoog ik dan ook niet het besluit opnieuw van commentaar te voorzien; ik beperk mij slechts tot enkele inkomstenbelastingaspecten van het besluit die on(der)belicht zijn gebleven. Voor wat betreft de onderdelen die in het bijzonder relevant zijn voor de estateplanningpraktijk verwijs ik naar het artikel van Wouter Burgerhart in dit nummer ([NTFR-B 2018/32.](#))

In deze bijdrage behandel ik achtereenvolgens de volgende onderwerpen van het geactualiseerde verzamelbesluit:

- ‘Uitgifte winstbewijzen’ (onderdeel 4.1 (oud));
- ‘Verschillende soorten aandelen’ (onderdeel 2.2);
- ‘Omvorming van gewone aandelen in preferente aandelen en verlettering van aandelen’ (onderdeel 4.3); en
- ‘Onzakelijke lening en borg in de aanmerkelijkbelangsfeer’ resp. ‘Informeel kapitaal onzakelijke lening en borg’ (onderdelen 3.2 en 4.12).

Ik sluit af met een conclusie.

2. Uitgifte winstbewijzen

Onder het geactualiseerde verzamelbesluit is slechts één onderdeel van het ab-besluit uit 2012 komen te vervallen, te weten ‘Uitgifte winstbewijzen’ (onderdeel 4.1 (oud)). In dit onderdeel werd bepaald dat het uitkeren van winstbewijzen aan de enig aandeelhouder een vervreemding inhoudt, voor zover winstrechten van de aandelen verschuiven naar de winstbewijzen. Ik kan mij vinden in het schrappen van dit onderdeel. Binnen de ab-regeling is een vervreemding immers slechts aan de orde indien en voor zover in de aandelen besloten liggende rechten overgaan op een ander.^[3] Het betreft een subjectgebonden benadering waarbij moet worden beoordeeld of zich vanuit het perspectief van de aandeelhouder een verschuiving van in de aandelen besloten rechten aan een ander voordoet. Als de in de aandelen besloten liggende rechten in één hand blijven, kan dit simpelweg niet leiden tot een vervreemding. In dat licht bezien was de objectgebonden benadering van onderdeel 4.1 (oud) mijns inziens onjuist.^[4] Deze subjectgebonden visie lijkt overigens ook zijn weerslag te vinden in de derde en vierde alinea van onderdeel 4.3 van het ab-besluit in het kader van de omvorming van aandelen, maar lijkt helaas niet volledig te zijn doorgevoerd (zie par. 4).

Hoewel het vervallen van dit onderdeel kan worden toegejuicht, valt het te betreuren dat de staatssecretaris niet aangeeft *waarom* hij dit onderdeel niet langer heeft opgenomen. Het ontbreken van een verklaring laat de mogelijkheid van resterende onduidelijkheid

voor de praktijk bestaan. Ik bepleit derhalve dat de besluitgever voortaan ook het verlaten van standpunten duidelijk motiveert.

3. Soort aandelen

In het nieuwe onderdeel 2.2 is, in overeenstemming met HR 16 december 2011, nrs. 10/00610 en 10/00158, [NTFR 2012/18](#) en [NTFR 2012/19](#), bepaald dat aandelen een soorttaandeel in de zin van art. 4.7 Wet IB 2001 kunnen vormen als gevolg van verschillen van vermogensrechtelijke aard, dan wel verschillen ten aanzien van de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen. Deze rechtsregel is afkomstig uit de genoemde arresten en in zoverre voegt deze passage niets toe. Interessanter is de opmerking in het geactualiseerde verzamelbesluit dat verschillen tussen aandelen uitsluitend relevant zijn indien deze ingevolge de statuten aan het aandeel verbonden zijn. Hoewel dit reeds uit genoemde arresten kon worden afgeleid,^[5] neemt vastlegging in het geactualiseerde verzamelbesluit eventuele onzekerheden weg. Ik ben het dan ook volledig eens met dit standpunt. Uit dit standpunt vloeit logischerwijs voort, zoals het besluit ook vermeldt, dat certificering van aandelen via een stichting administratiekantoor niet kan leiden tot een soort-ab. Evenmin kan een soort-ab worden gecreëerd met behulp van een aandeelhouders- of stemrechtovereenkomst. Dergelijke afspraken regaderen de aandeelhouder, niet het aandeel.

Op de keper beschouwd, verschaft onderdeel 2.2 weliswaar duidelijkheid, maar bevat het weinig écht nieuwe gezichtspunten. Het is dan ook jammer dat enkele belangrijke rechtsvragen met betrekking tot het soortbegrip *niet* zijn geadresseerd in het verzamelbesluit. In de eerste plaats kan worden gedacht aan de voor de rechtspraktijk belangrijke vraag op welke wijze bij indirect gehouden aandelenbelangen dient te worden bepaald of sprake is van een soort-ab. Doorgaans is een dergelijke vaststelling van een (indirect) ab niet bijzonder gecompliceerd, maar dit ligt anders in gevallen waarin ‘gewone aandelen’ en ‘soort aandelen’ worden gecombineerd in een vennootschappelijke structuur. In dergelijke gevallen^[6] is namelijk niet eenduidig te bepalen op welke wijze moet worden ‘doorgeteld’ om te bepalen of een aandeelhouder (indirect) een (soort-)ab heeft in een (klein)dochtervennootschap.

Uit de literatuur volgt dat hieromtrent uiteenlopende standpunten (kunnen) worden verdedigd.^[7] Relevante rechtspraak ontbreekt en de parlementaire geschiedenis bevat geen duidelijke aanknopingspunten voor één van de genoemde opvattingen.^[8] Aangezien de aan- of afwezigheid van een (soort-)ab voor belastingplichtigen zeer verstrekken gevolgen kan hebben, en zowel voor- als nadelig kan uitpakken, had de staatssecretaris van Financiën naar mijn mening deze gelegenheid moeten aangrijpen om klare wijn te schenken. In deze tijd van over elkaar buitende WOB-verzoeken mag bij rechtsvragen van een dergelijke importantie een proactief optreden van de Belastingdienst worden verlangd. Ik zou het dan ook toejuichen als de besluitgever op korte termijn – de gemiddelde duur tussen de twee voorafgaande verzamelbesluiten was ruim vijf jaar (!) – alsnog zijn zienswijze geeft ten aanzien van deze kwestie.

In de tweede plaats wordt in het geactualiseerde verzamelbesluit nog altijd een overzicht gemist van standpunten aangaande de duiding van aandelenvarianten die mogelijk zijn geworden na inwerkingtreding op 1 oktober 2012 van het flexibele bv-recht. De vraag is in welke gevallen sprake is van een ‘soort’ in de zin van art. 4.7 Wet IB 2001. Bijvoorbeeld ten aanzien van aandelen waaraan statutaire verplichtingen of kwaliteitseisen zijn gekoppeld bestaat nog altijd onduidelijkheid.^[9] Ook over de vraag of winstrechtloze aandelen een soort vormen, is de literatuur bepaald niet eenduidig.^[10] De roep om duidelijkheid is niet nieuw.^[11] Reeds ten tijde van de actualisering van het vorige verzamelbesluit in 2012 is in de literatuur aangedrongen op verduidelijking. Hoewel tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flex-bv veelvuldig uitspraken zijn gedaan met betrekking tot het soortbegrip, is het uitblijven van een concrete opsomming (en verfijning) van die standpunten in het verzamelbesluit uit 2012 terecht een gemiste kans genoemd.^[12] Deze opmerking doet anno 2018 nog steeds opgeld.^[13]

Aan het einde van onderdeel 2.2 wordt verder opgemerkt dat de certificaathouder voor de ab-regeling een direct belang heeft in de vennootschap. Deze opmerking lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat het certificaat betreft die het volledige economische belang bij de aandelen weerspiegelen,^[14] dan wel – meer specifiek – met de aandelen te vereenzelvigen zijn. Voor dat laatste kan in beginsel worden teruggevalen op de bekende vereenzelvigingsvoorwaarden die (thans) in onderdeel 4.4 van het verzamelbesluit zijn opgenomen. Indien evenwel *niet* aan die voorwaarden wordt voldaan – en de certificaaten evenmin uit anderen hoofde het (volledige) economische belang bij de aandelen bevatten – is de stelling dat de certificaathouder als onmiddellijk ab-houder heeft te gelden mijns inziens te kort door de bocht. In civielrechtelijke zin heeft de certificaathouder namelijk ‘slechts’ een vorderingsrecht op de (juridische) eigenaar.^[15] Indien het certificaat niet het (gehele) economische belang bij het onderliggende aandeel weerspiegelt, is onmiddellijk ab-houderschap niet – althans niet zonder meer – aan de orde.^[16] Sterker, in die gevallen rijst de vraag of het certificaat überhaupt wel in de ab-regeling kan worden betrokken.^[17]

4. Omvormen en verletteren van aandelen

De meest in het oog springende aanpassingen hebben plaatsgevonden in het gewijzigde onderdeel 4.3 waarin de vervreemding bij omvorming en verlettering van aandelen centraal staat. In afwijking van het vorige ab-besluit, dat uitgang van een objectgebonden benadering, wordt thans in dit onderdeel het vervreemdingsbegrip benaderd vanuit het subject. Terecht wordt het volgende opgemerkt:

‘In zijn algemeenheid geldt dat een vervreemding wordt aangenomen indien als gevolg van een rechtshandeling aandelen of winstbewijzen of daarin besloten liggende rechten uit het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder of houder van winstbewijzen overgaan in dat van een ander. Het voorgaande betekent dat geen vervreemding in aanmerking wordt genomen op het moment dat een enig aandeelhouder zijn direct gehouden gewone aandelen (deels) omvormt in preferente aandelen of als hij deze verlettert en hij daarbij het volledige belang behoudt.’

Volstrekt onverklaarbaar is dan ook de vijfde alinea van het ab-besluit. Daarin is het volgende opgenomen:

‘Sinds de invoering van de hiervoor genoemde bedrijfsopvolgingsregeling heeft de fiscale positie van de gewone aandelen ten opzichte van de preferente aandelen een belangrijke wijziging ondergaan. Gewone aandelen en preferente aandelen zijn daardoor temeer niet te vereenzelvigen. Een omzetting van gewone in preferente aandelen en vice versa brengt in principe dan ook een vervreemding mee.’

Deze passages vallen niet met elkaar te rijmen, nu de laatste, in tegenstelling tot de eerdere passage, uitgaat van een beoordeling vanuit het object. Die opvatting is echter evident onjuist en heeft in de literatuur reeds tot kritiek geleid.^[18] Het is onduidelijk waar deze draai in het ab-besluit vandaan komt. Ik vermoed dat die is terug te voeren op een onjuiste lezing van HR 28 juni 1989, nr. 25.464, *BNB* 1990/147. In dat arrest werd beslist dat – conform de hoofdregel van *BNB* 1960/123 – een aandelenfusie een vervreemding inhoudt: de overgedragen aandelen gaan immers over in het vermogen van een ander (de verkrijgende rechtspersoon). In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat een uitzondering kan bestaan op deze vervreemding in die gevallen waarin (r.o. 4.3):

‘(...) de bij die ruil verkregen aandelen in het vermogen van de houder van het aanmerkelijk belang economisch dezelfde plaats innemen als de afgestane aandelen, aangezien in zodanig geval geen realisatie van winst geacht kan worden te hebben plaatsgevonden.’

De Hoge Raad besliste vervolgens dat de verkregen aandelen niet dezelfde economische betekenis hebben, omdat de fiscale positie van die aandelen – onder meer als gevolg van de deelnemingsvrijstelling – is gewijzigd (r.o. 4.4). Het gaat bij omvorming (en verlettering) echter om een geheel andere situatie, nu de persoon van de aandeelhouder dezelfde is gebleven. Van een vervreemding is mitsdien geen sprake.

Evenals onder het ab-besluit uit 2012 is de staatssecretaris echter bereid een goedkeuring te verlenen voor gevallen waarin gewone aandelen worden omgevormd tot preferente aandelen. In het huidige ab-besluit is daaraan één voorwaarde toegevoegd (letter g), namelijk dat de vennootschap een (voortgezette) onderneming moet drijven. Waar deze ondernemingseis vandaan komt is mij onduidelijk; de eis kan in elk geval op geen enkele wijze worden verklaard vanuit het feit dat voor de bedrijfsopvolgingsregelingen wordt verlangd dat een materiële onderneming wordt gedreven. Voor dergelijke regelingen valt een ondernemingseis nog te billijken vanuit de ratio van een dergelijke gunstregeling; met het fiscale vervreemdingsbegrip heeft het echter niets te maken. Daarvoor is het onderscheid ondernemen *versus* beleggen eenvoudigweg nooit van belang geweest. Het lijkt alsof met deze eis de weerstand die in de uitvoeringspraktijk ten aanzien van preferente aandelen wordt gevoeld nu op oneigenlijke wijze zijn weg naar het ab-besluit heeft gevonden.

Voorts kunnen kanttekeningen geplaatst worden bij de opmerking dat een omgekeerde omvorming – van preferent naar gewoon aandeel – volgens het besluit altijd tot afrekening zou moeten leiden. Vanuit een subjectgebonden benadering is een dergelijke zienswijze in strijd met het vervreemdingsbegrip; immers vanuit het subject beoordeeld doet zich geen verschuiving voor van de in de aandelen besloten liggende rechten naar een ander.

Tot slot merk ik op dat de ondernemingseis niet geldt voor verlettering van aandelen, tenzij de aandelen ‘in materiële zin’ als preferente aandelen kwalificeren.^[19] Indien aandelen in materiële zin als preferent kwalificeren, dan gelden voor verlettering, zo leert het besluit, dezelfde voorwaarden als voor omvorming tot preferente aandelen (dus ook een ondernemingseis). Heithuis merkt in *BNB* 2018/133 op dat de Belastingdienst het standpunt inneemt dat aandelen die bij verlettering in het kader van een bedrijfsopvolging ontstaan ‘altijd (!)’ als preferente aandelen worden gezien. In dat geval geldt de ondernemingseis dan ook ‘altijd’ bij verlettering.

Nieuw zijn de onderdelen 3.2 en 4.12 waarin de onzakelijkeleningproblematiek aan de orde wordt gesteld. Deze onderdelen borduren voort op het verzamelbesluit over resultaat uit overige werkzaamheden uit 2014 waarin reeds standpunten waren opgenomen over de onzakelijke lening en onzakelijke borgstelling in het kader van de terbeschikkingstellingsregelingen.[20] Verder kan worden gewezen op de onderdelen 9 en 11 van het onlangs gewijzigde Verrekenprijzenbesluit.[21]

In onderdeel 3.2 van het geactualiseerde verzamelbesluit wordt aangegeven dat bij het kwijtschelden van een onzakelijke lening die is verstrekt door een vennootschap aan haar aandeelhouder (of zustervenootschap), een winstuitdeling kan worden aangenomen. Achterliggende reden voor het in aanmerking nemen van een winstuitdeling is dat het debiteurenrisico in de aandeelhouderssfeer is gelegen. Wat echter opvalt is dat bewoordingen in dit onderdeel van het ab-besluit voorzichtig zijn gekozen ('kan ... leiden'). Gegeven het feit dat de Hoge Raad de onzakelijke lening omhoog nog niet onomwonden als uitdeling heeft aangemerkt, en hieromtrent in de literatuur verschillende opvattingen bestaan,[22] acht ik deze voorzichtigheid op haar plaats. Hoewel ik mij niet goed kan voorstellen dat een kwijtgescholden onzakelijke lening omhoog als onttrekking – en niet als winstuitdeling[23] – wordt geduid, valt dit desalniettemin niet geheel uit te sluiten.

De onzekerheid ziet in mijn ogen dan ook veel meer op het *moment* waarop een uitdeling plaatsvindt. Hierover wordt in de literatuur verschillend gedacht, naar aanleiding van de overweging van de Hoge Raad (in het kader van een onzakelijke lening omlaag) dat pas sprake is van een informele kapitaalstorting indien 'definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen – zoals bij kwijtschelding van de (oninbare) vordering of bij liquidatie van de vennootschap'. Zo staat Heithuis een formele benadering voor,[24] terwijl Bavinck aansluit bij het eerdere moment waarop materieel zo goed als zeker is dat de debiteur niet aan zijn terugbetalingsverplichting wordt gehouden.[25]

Gezien de bewoordingen van de Hoge Raad ben ik geneigd te zeggen dat de formele benadering de juiste is. Het ab-besluit biedt naar mijn mening echter ook voldoende ruimte voor belastingplichtigen om een materiële benadering te volgen. In afwijking van de terminologie die de Hoge Raad hanteert, geeft de staatssecretaris van Financiën, bij wijze van voorbeeld, aan dat 'in geval van (materiële) kwijtschelding' mogelijk sprake is van een winstuitdeling. Hoewel het woord 'materieel' tussen haakjes staat (zie in dat kader ook onderdeel 4.12 van het geactualiseerde verzamelbesluit), mag worden aangenomen dat de staatssecretaris van Financiën – die bekend zal (moeten) zijn met de discussie in de literatuur – hiervoor bewust heeft gekozen.[26] Ik sluit dan ook niet uit dat deze passage olie op het vuur zal (blijken te) zijn in gevallen waarin de navorderingstermijn ten opzichte van het materiële kwijtscheldingsmoment reeds is verstreken.

Voorts komt de behandeling van de onzakelijke borgstelling aan bod in onderdeel 3.2. De besluitgever geeft in dat kader aan dat de vergoeding voor een onzakelijke borgstelling als regulier voordeel in box 2 in aanmerking moet worden genomen. De corresponderende vergoeding is bij de vennootschap niet aftrekbaar (onderdeel 13.3.1 van het Besluit resultaat uit overige werkzaamheden). Achterliggende opvatting is dat de onzakelijke borgstelling zich in de kapitaalsfeer bevindt. Hoewel deze stelling rangordelijk afwijkt van het bepaalde in art. 3.92, lid 2, onderdeel c, Wet IB 2001, waarin is bepaald dat een (zakelijke?) vergoeding voor het aangaan van een borgstelling wordt aangemerkt als een voordeel uit het ter beschikking stellen van een vermogensbestanddeel, lijkt deze box 2-behandeling in de literatuur te worden gevolgd.[27] Heithuis betoogt daarentegen dat een verzakelijkte borgstellingsvergoeding 'gewoon' tot de tbs-sfeer van box 1 behoort, ook als de borgstelling onzakelijk is.[28] Hoogstens zou – als art. 3.92, lid 2, onderdeel c, Wet IB 2001 terzijde wordt gesteld – hetgeen uitgaat boven een verzakelijkte borgstellingsvergoeding als regulier voordeel kunnen worden aangemerkt.[29]

In onderdeel 4.12 van het ab-besluit komt de omgekeerde mogelijkheid aan bod waarbij de (materiële) kwijtschelding leidt tot een informele kapitaalstorting. Belangwekkend is de volgende passage:

'Deze informele kapitaalstorting verhoogt de verkrijgingsprijs. Dat geldt blijkens de casus van [BNB 2018/78, JPB] ook als de aanmerkelijkbelanghouder/schuldeiser niet alle aandelen bezit. Dit laatste is anders indien en voor zover het door de aandeelhouder/schuldeiser aanvaarde debiteurenrisico of de kwijtschelding als een schenking (in de zin van artikel 1, zevende lid van de Successiewet 1956) aan de andere aandeelhouder(s) moet worden aangemerkt. In dat geval zal niet (alleen) de verkrijgingsprijs van de aanmerkelijkbelanghouder, maar (ook) de verkrijgingsprijs van de andere aandeelhouder(s) naar rato van hun respectievelijke belangen worden verhoogd. (...)

Behalve in aandeelhoudersrelaties kan de onzakelijke aanvaarding van het aan een lening verbonden debiteurenrisico ook gestoeld zijn op persoonlijke betrekkingen tussen natuurlijke personen (...). Heeft, in geval van een onzakelijke lening, de crediteur geen aandelen in de vennootschap/debiteur, maar een met hem verbonden persoon wel, dan kan alleen sprake zijn van een storting van

informeel kapitaal door die verbonden persoon indien en voor zover het door de niet-aandeelhouder/crediteur aanvaarde debiteurenrisico of de kwijtschelding als een schenking in de zin van artikel 1, zevende lid, van de Successiewet 1956 aan die aandeelhouder/verbonden persoon wordt aangemerkt. Alleen in dat geval zal de verkrijgingsprijs van die aandeelhouder(s) naar rato van hun respectievelijke belangen kunnen worden verhoogd. (...).'

Geheel nieuw is deze in het geactualiseerde verzamelbesluit neergelegde zienswijze, waarbij een schenking ten tonele wordt gevoerd bij een onzakelijke lening, niet; de contouren daarvan zijn reeds geschetst in onderdeel 13.2.6 (Kwijtschelding onzakelijke lening) uit het Besluit resultaat uit overige werkzaamheden.^[30] De bewindsman merkt mijns inziens terecht op dat ook bij gedeeld aandeelhouderschap de gehele afwaardering leidt tot een verhoging van de verkrijgingsprijs van de aandeelhouder/crediteur die de onzakelijke lening heeft verstrekt, tenzij sprake is van een schenking aan (de) andere aandeelhouder(s). Uitsluitend in dat laatste geval wordt een gedeelte van de verkrijgingsprijs overgeheveld naar de begiftigde/aandeelhouder.^[31]

Belangrijke vervolgvraag is dan of – en, zo ja, in welke gevallen – sprake is van een schenking bij het verstrekken van een onzakelijke lening indien de crediteur geen (enig) aandeelhouder is. De Hoge Raad heeft op deze vraag nog niet beslist en de literatuur is verre van eenduidig.^[32] Alleen al het construeren van een bevoordelingsbedoeling blijft – hoezeer ook aandeelhoudersmotieven of persoonlijke betrekkingen in het spel zijn – lastig. De aanwezigheid van een terugbetalingsverplichting – de onzakelijke lening blijft immers een lening – verhoudt zich slecht met de voor een schenking vereiste bevoordelingsbedoeling. Op het moment van kwijtschelding valt eigenlijk niets meer te bevoordelen.

Hoewel het van belang is voor de rechtspraak dat de staatssecretaris zijn standpunt bekendmaakt dat een ‘tussenliggende schenking’ dient plaats te vinden voordat een ander dan de crediteur van de onzakelijke lening zijn verkrijgingsprijs kan verhogen, loopt hij met deze opvatting wel erg ver vooruit op de beslissing van een nog openstaande rechtsvraag.^[33] Merkwaardiger is evenwel dat het ab-besluit de aanwezigheid van een belaste schenking als voorwaarde stelt voor het verhogen van de verkrijgingsprijs. Aangezien beide belastingwetten op andere uitgangspunten zijn gestoeld, is het aanbrengen van deze koppeling geen noodzakelijkheid. Ook zonder een tussenliggende ‘belaste schenking’ is het denkbaar dat de verkrijgingsprijs van een niet-crediteur/ab-houder wordt verhoogd. Op de in het ab-besluit geformuleerde wijze ontstaat de wrange bijmaak dat een toekomstig ab-verlies slechts kan worden gerealiseerd als de ab-houder/niet-crediteur eerst langs de kassa van de Successiewet 1956 is gegaan.

6. Conclusie

Het gewijzigde ab-besluit bevat enkele nieuwe standpunten die zeker niet onomstreden zijn. Dat geldt het duidelijkst voor de standpunten over het omvormen van gewone aandelen in preferente aandelen en de kwestie rond de ‘tussenliggende schenking’ als voorwaarde voor het verhogen van de verkrijgingsprijs. Hoezeer het ook van belang is dat de staatssecretaris van Financiën zijn zienswijze deelt ten aanzien van nog onbeantwoorde rechtsvragen – in zoverre heeft het ab-besluit duidelijk een functie – kan de praktijk met dergelijke betwistbare standpunten maar zeer beperkt uit de voeten. Het biedt immers geen *safe haven*, maar legt slechts een bron van toekomstige verschillen van inzicht bloot. Uiteindelijk zal ten aanzien van deze rechtsvragen het oordeel van de rechter worden gevraagd. In zoverre is met het geactualiseerde verzamelbesluit dan ook niets besloten.

[1] Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, *Stcrt.* 2018, 15751.

[2] Naast het commentaar in *NTFR* kan worden gewezen op de bespreking door E.J.W. Heithuis in *BNB* 2018/133, de redactie Vakstudie Nieuws in *V-N* 2018/22.2 en G.G.M. Snoeks, ‘Actualisering van het verzamelbesluit over het aanmerkelijk belang in de inkomstenbelasting’, *FED* 2018/82. Zie voorts van E.J.W. Heithuis: ‘Nieuwe onjuiste standpunten in verzamelbesluit aanmerkelijk belang’, op www.taxlive.nl.

[3] HR 10 februari 1960, nr. 14.162, *BNB* 1960/123.

[4] De redactie Vakstudie Nieuws merkt in *V-N* 2018/22.2 op dat uit onderdeel 4.3 van het besluit kan worden afgeleid dat de staatssecretaris ‘de beleidsmatige overstap [heeft] gemaakt (...) naar een subjectbenadering’. Zie ook het commentaar in *NTFR* 2018/717. Heithuis betwijfelt in *BNB* 2018/133 echter of de staatssecretaris van Financiën een volledige draai heeft gemaakt, gelet op zijn standpunt ten aanzien van de omvorming van gewone aandelen in preferente aandelen (zie ook par. 4).

[5] In onderdeel 5.3 van mijn annotatie bij deze arresten in *BNB* 2012/80 heb ik die opvatting verdedigd. Tijdens de parlementaire behandeling van de flexibilisering van het bv-recht is die zienswijze ook uitgedragen door de minister van Veiligheid en Justitie; Kamerstukken I, 2011-2012, 31 058, C, p. 3.

[6] Natuurlijk persoon A houdt 20% van de gewone aandelen in Holding BV. Op haar beurt houdt Holding BV het enige soort aandelen in Dochter BV. Het soortaandeel vertegenwoordigt een geplaatst kapitaal van € 100 en waarde in het economische verkeer van € 1.000. Het geplaatste kapitaal van de gewone aandelen in Dochter BV bedraagt € 1 miljoen en deze hebben een waarde in het economische verkeer van € 60 miljoen. Heeft A een indirect ab in Dochter BV?

[7] Zie o.a. P.G.H. Albert, ‘Indirect aanmerkelijk belang en BOR’, *WFR* 2017/121; J. Ganzeveld, ‘Indirect aanmerkelijk belang: toe aan revisie?’, *NTFR* 2013/2452; M.C.J.G. Kathmann, ‘Het (indirect) soort aanmerkelijk belang’, *PE-tijdschrift*

voor *bedrijfsopvolging* 2014/4, p. 23-28 en M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', *WFR* 2012/1110.

[8] P.G.H. Albert, a.w., onderscheidt (i) waarde in het economische verkeer-benadering, (ii) kapitaalsbenadering en (iii) economische benadering op basis waarvan een indirect ab kan worden vastgesteld.

[9] J.W.E. Litjens en M. Tydeman-Yousef, 'De fiscale flexibiliteit van de bv-nieuwe stijl', *WFR* 2012/1188.

[10] A.J.M. Arends, 'Winstrechtloze aandelen: hoe deze fiscaal te behandelen', [NTFR 2010/2656](#); J.P. Boer en N.E.A. Wentzel, 'De gevolgen van de Wet Flex-bv voor het soortaanmerkelijkbelang', *MBB* 2012/11-2, en J.L. van de Streek, 'De nog steeds starre fiscale aspecten van de flexibele bv (deel I en II)', *WFR* 2011/819 en *WFR* 2011/846.

[11] J.P. Boer, 'Flexibel BV-recht vraagt om een flexibel besluit', [NTFR 2012/1815](#).

[12] E.J.W. Heithuis, 'Het nieuwe ab-besluit: gemiste kansen', *WFR* 2012/1590.

[13] Het zou bijvoorbeeld interessant zijn om te weten wat het heeft opgeleverd dat de ontwikkelingen met betrekking tot de flex-bv 'op de voet zijn gevolgd'. Zie Kamerstukken II, 2012-2013, 33 403, nr. 8, p. 3.

[14] In dat geval sluit de opmerking aan bij HR 6 maart 1996, nr. 30.870, *BNB* 1996/164. Zie ook Kamerstukken II, 1996-1997, 24 761, nr. 3, p. 45.

[15] P. Hofman en S. Singh, 'Certificeren van vermogen', *WFR* 2017/9.

[16] Zie ook J. Ganzeveld, 'Indirect aanmerkelijk belang: toe aan revisie?', [NTFR 2013/2452](#).

[17] P. Hofman en S. Singh, a.w.

[18] Zie de besprekingen van onderdeel 4.3 in *BNB* 2018/133 en [NTFR 2018/717](#).

[19] Voor deze beoordeling kan o.a. worden aangesloten bij Kamerstukken II, 2009-2010, 21 129, nr. 8, p. 9: 'Het gaat daarbij kort gezegd veelal om aandelen die alleen recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van de aandelen.'

[20] Besluit van 21 februari 2014, nr. BLKB2014/286M, *Stcrt.* 2014, 6643, [NTFR 2014/917](#) (onderdeel 13).

[21] Besluit van 22 april 2018, nr. 2018-6865, [NTFR 2018/1244](#).

[22] Zie de annotatie van W.F.E.M. Egelie in *BNB* 2015/141.

[23] Het lijkt logisch dat – ten aanzien van een kwijtschelding van een onzakelijke lening – de keerzijde van een informele kapitaalstorting (bij een onzakelijke lening omlaag) een uitdeling vormt. Zie ook P.G.H. Albert, 'Onzakelijke verarming: onttrekking of ook winstuitdeling?', [NTFR-B 2015/9](#).

[24] E.J.W. Heithuis, 'Wanneer vindt de onttrekking bij de onzakelijke lening plaats?', *WFR* 2018/46.

[25] C.B. Bavinck, 'Wanneer vindt de onttrekking bij de onzakelijke lening plaats?', *WFR* 2018/9.

[26] In onderdeel 13 van het genoemde Besluit resultaat uit overige werkzaamheden werd dit thans beladen woord 'materieel' niet gebruikt.

[27] Zie o.a. de commentaren in *FED*, *V-N* en *NTFR*, alsmede N.M. Lighart en H.K. Nijkamp, 'Borgstelling en tbs, een paar apart!', *WFR* 2013/776.

[28] Zie Heithuis in *BNB* 2018/133.

[29] X.G.R. Auerbach, 'Weg met de borgstellingsanalogie', *WFR* 2018/140, bepleit bij onzakelijke borgstellingen een vergoeding van nihil.

[30] Aldaar is opgemerkt: 'Ook kan er mogelijk sprake zijn van een schenking aan een of meer andere aandeelhouders als die door de kwijtschelding worden verrijkt (stijging waarde aandelen) ten koste van de terbeschikkingsteller (artikel 1, zevende lid, van de Successiewet 1956).'

[31] Heithuis ziet in deze passage een bevestiging van de zienswijze dat slechts voor het relatieve belang een ophoging plaatsvindt van verkrijgingsprijs van de crediteur/aandeelhouder. Zie *BNB* 2018/133.

[32] Zie o.a. P.G.H. Albert, 'Het tenietgaan van een onzakelijke lening opzij', *WFR* 2017/16; A.C.P. Bobeldijk en R.L.P. van der Velden, 'De onzakelijke lening anno 2014 – deel II', *MBB* 2014/06-02; R.P.C. Cornelisse, 'Verstrekking van een onzakelijke geldlening door een natuurlijk persoon die geen aandeelhouder is in de schuldenaar', *WFR* 2015/535; N.C.G. Gubbels, 'Lening aandeelhouder aan bv en de gevolgen voor de schenkbelasting', *FTV* 2016/12; E.J.W. Heithuis, 'Onzakelijke leningen in de tbs-sfeer', *WFR* 2012/528; W.R. Kooiman, 'Onzakelijke leningen en schenkbelasting', [NTFR-B](#)

2015/31; W.R. Kooiman, 'Verrijkt wie verliest wat hij leent?', *FTV* 2017/15 en F.J. Wind, 'Afwaardering van een onzakelijke lening opzij in een familierelatie', *WFR* 2017/132.

[33] Het is echter niet uitgesloten dat de Hoge Raad deze zienswijze zal volgen. Zie Heithuis in *BNB* 2018/133 alsmede J.P. Boer en M.H.C. Ruijschop, 'Terbeschikkingstellingsregelingen', *TFO* 2016/142.1, par. 2.9.6.

 NAAR BOVEN

Bron: <http://www.ndfr.nl/link/NTFRB2018-31>

Datum: 30-11-2018 12:36:37

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten van deze tekst worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers. Niets uit NDFR mag worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.
All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.