

De fiscale gevolgen van de omzetting van aandelen

De auteurs geven in dit artikel een overzicht van de fiscale gevolgen van de omzetting van aandelen zowel op het moment van omzetting als daarna.



1. Inleiding

De omzetting van aandelen in aandelen met verschillende rechten is een in de praktijk veelgebruikte methode om tegemoet te kunnen komen aan de verschillende wensen van aandeelhouders. De invoering van de flex-bv in 2012 heeft het mogelijk gemaakt te variëren met financiële- en/of zeggenschapsrechten. De omzetting van aandelen kan ook fiscale gevolgen hebben. De omzetting kan direct leiden tot belastingheffing of tot gevolg hebben dat bepaalde fiscale faciliteiten niet meer van toepassing zijn.

In dit artikel beschrijven wij eerst een aantal situaties waarin een omzetting van aandelen vaak geadviseerd wordt om een gewenste structuur te bereiken (paragraaf 1.1). In de (fiscale) praktijk wordt het begrip ‘omzetting’ vaak gebruikt voor verschillende civiel-juridische figuren, zoals een statutenwijziging, aandelenruil of juridische fusie en/of splitsing om verschillende soorten aandelen te creëren (paragraaf 1.2).

Vervolgens gaan wij achtereenvolgens in op de fiscale gevolgen van een omzetting van aandelen voor de Wet IB 2001 (paragraaf 2), de Wet VPB 1969 (paragraaf 3), de Wet BRV 1970 (paragraaf 4) en de bedrijfsopvolgingsregeling van de Successiewet 1956 (paragraaf 5). We sluiten af met een beknopte samenvatting en conclusie (paragraaf 6).

1.1. Toepassing van omzetting van aandelen

Omzetting van aandelen wordt in de (fiscale) praktijk veelvuldig geadviseerd, bijvoorbeeld met het oog op een bedrijfsopvolging, een management- of werknemersparticipatieplan, het voeren van een apart dividendbeleid of het veranderen van de financieringsstructuur.

In het kader van een bedrijfsopvolging kunnen gewone aandelen worden omgezet in (cumulatief) preferente aandelen waarbij nieuwe gewone aandelen (met een zeer geringe waarde of relatief lage waarde) worden uitgegeven

die vervolgens worden overgedragen (door schenking of koop) aan de beoogde bedrijfsopvolgers. De toekomstige waardevermindering van de onderneming kan hierdoor toekomen aan de bedrijfsopvolgers waardoor in de toekomst schenk- of erfbelasting en inkomstenbelasting wordt bespaard. Een variant op de bedrijfsopvolging middels cumulatief preferente aandelen is dat niet alle bestaande aandeelhouders hun aandelen omzetten in cumulatief preferente aandelen en dat de andere aandeelhouder(s) zijn gewone aandelen behoudt. Aan deze gewone aandelen, die niet worden omgezet, zal de verdere waardevermindering van de onderneming worden toegerekend. Ook met deze variant kan schenk- of erfbelasting en inkomstenbelasting worden bespaard.

Bij deze omzetting spelen er verschillende fiscale aandachtspunten, zoals de vraag of sprake is van een vervreemding door de aandeelhouder van de aandelen die worden omgezet, of sprake is van een belaste schenking aan de (eventuele nieuwe) andere aandeelhouders, en of bij een latere schenking of vererving van de preferente aandelen gebruik kan worden gemaakt van de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting.

Bij een management- of werknemersparticipatieplan kan het de wens zijn om werknemers te laten meedelen in de winst van de onderneming door ze bepaalde winstrechten te geven zonder dat zij zeggenschap krijgen in de onderneming. Ook hier zijn de fiscale aandachtspunten: de mogelijke vervreemding van het belang, de vraag of de werknemers een aanmerkelijk belang of een lucratief belang verkrijgen en of de deelnemingsvrijstelling kan worden toegepast als zij deze aandelen via een vennootschap houden.¹

1.2. De civiel-juridische duiding van een omzetting

De omzetting van aandelen in aandelen waar andere rechten en/of verplichtingen aan (kunnen) worden verbonden, wordt ook wel een conversie genoemd. In deze

* Prof. dr. S.A. Stevens en mr. R. van der Beek-Lugten zijn beiden verbonden aan HVK Stevens. Stan Stevens is tevens hoogleraar Fiscale economie, verbonden aan Tilburg University en redacteur van dit tijdschrift.

1. Een aandachtspunt is ook of de verkrijging van de aandelen belast is als loon. Dat is aan de orde indien de waarde in het economische verkeer van de aandelen hoger is dan de vergoeding die de werknemers moeten betalen.

bijdrage hanteren wij het begrip omzetting. De definitie omzetting van aandelen is niet in de civiele wetgeving geregeld, noch in de fiscale wetgeving.² De definities die in de literatuur door diverse schrijvers aan het begrip omzetting worden gegeven, lopen sterk uiteen. Wel bestaat er tussen de verschillende schrijvers nagenoeg overeenstemming dat onder een omzetting van aandelen geen inkoop, intrekking of uitgifte van nieuwe aandelen wordt verstaan maar dat de essentie van een omzetting kort gezegd inhoudt dat de aan bestaande aandelen verbonden rechten en/of verplichtingen door de omzetting wijzigen.³ Voor deze bijdrage sluiten wij bij de ruime juridische definitie die Quist aan het begrip omzetting (of de door hem gehanteerde benaming conversie) verbindt, namelijk:

*'het omzetten van een of meer aandelen in het kapitaal van een vennootschap in een of meer aandelen in het kapitaal van dezelfde vennootschap met een gelijke, lagere of hogere nominale waarde, waaraan ingevolge de statuten andere rechten en/of verplichtingen zijn verbonden'.*⁴

Onder ander soort rechten kan worden verstaan economische rechten of zeggenschapsrechten. Bij verplichtingen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan (bij)stortingsverplichtingen.

Quist geeft hierbij aan dat de soort of aanduiding van het aandeel door de omzetting niet hoeft te wijzigen. Het enkel wijzigen van bijvoorbeeld het recht tot goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten, zonder dat de 'naam' van het aandeel wijzigt, wordt daarmee ook beschouwd als een omzetting. Het enkel vernummeren van aandelen, zonder dat er andere rechten of verplichtingen wijzigen, wordt hierbij niet als omzetting beschouwd. Door de door Quist gehanteerde ruime definitie worden de verhoging of verlaging van de nominale waarde van aandelen wel aangemerkt als een omzetting. Voor wat betreft de verkrijging van aandelen in een andere entiteit, zoals bij een fusie en splitsing, merkt Quist expliciet op dat dit volgens hem niet onder de definitie van een omzetting valt.⁵

Voor fiscale doeleinden wordt wel gesproken over een omzetting van aandelen in geval van juridische fusie, afsplitsing of zuivere (ruzie) splitsing van een vennootschap, omdat ook in die gevallen aandelen met een andere nominale waarde en ander soort rechten en/of verplichtingen kunnen ontstaan. Aandelen met een andere nominale waarde en ander soort rechten en/of verplichtingen kunnen ook ontstaan door de uitgifte van nieuwe aandelen aan de aandeelhouder in het kader van een emissie, al dan niet tegen inbreng van andere aandelen. In dat laatste ge-

val kan in fiscale zin sprake zijn van een aandelenfusie.⁶ Aan deze uit te geven aandelen kunnen andere rechten en/of verplichtingen verbonden zijn dan aan de oorspronkelijke aandelen die de aandeelhouder hield.

Dit artikel richt zich specifiek op de fiscale aspecten van een omzetting van aandelen door middel van een statutenwijziging (conversie) zoals bedoeld in het door Quist gehanteerde begrip zoals hierboven beschreven. Voor zover dat voor de praktijk relevant is, zullen wij een vergelijking maken met de gevolgen van een fiscale aandelenruil of -fusie.

Een verdere civielrechtelijke en goederenrechtelijke behandeling van de omzetting van aandelen gaat het bestek van dit artikel te buiten.

2. De fiscale gevolgen van de omzetting van aandelen voor de Wet IB 2001

2.1. Soort aandelen

Door de omzetting van aandelen in aandelen met verschillende soorten financiële rechten, zeggenschapsrechten en/of andere rechten of verplichtingen, kunnen er verschillende soorten aandelen ontstaan. Een natuurlijk persoon die al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een soort aandelen aandeelhouder is of rechten (opties) heeft deze te verwerven, heeft een aanmerkelijk belang.⁷ Dus ook indien niet 5% van het totale geplaatste kapitaal van een vennootschap of opties daarop wordt gehouden. Dit geldt voor zowel een direct bezit in soort aandelen als een indirect bezit (via een andere vennootschap) in soort aandelen.

Als er een (soort) aanmerkelijk belang is, dan worden de reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen uit deze aandelen belast als inkomen uit aanmerkelijk belang in box 2. Indien er geen aanmerkelijk belang is, dan zullen de aandelen gewoonlijk belast worden in box 3 tegen een forfaitair rendement. Deze regeling is ingevoerd als een antimisbruikbepaling, omdat anders eenvoudig het aanmerkelijkbelangregime kan worden vermeden.⁸

De Hoge Raad heeft in *BNB 2012/80*, r.o. 3.3.4 overwogen wanneer aandelen kwalificeren als een afzonderlijke soort: *'...dat sprake is van verschillende soorten aandelen niet alleen indien sprake is van een bijzondere gerechtigheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap (zoals het geval is bij letteraandelen met een eigen dividendreserve), maar ook indien tussen verschillende soorten aandelen uitsluitend een verschil bestaat*

2. De term omzetting die in het BW op een aantal plaatsen voorkomt, ziet slechts op de wijziging van de nominale waarden van aandelen.

3. P.H.N. Quist, *Conversie van aandelen* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 149) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, hoofdstuk 2 begripsbepaling.

4. Ibidem.

5. Ibidem.

6. Art. 3.55 Wet IB 2001.

7. Art. 4.7 lid 1 sub a en b Wet IB 2001.

8. *Kamerstukken II 1995/96*, 24761, nr. 3, p. 43.

met betrekking tot besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap.⁹

Een verschil in winstgerechtigdheid, kapitaal (nominaal of agio), (dividend)reserves en zeggenschap kan leiden tot een afzonderlijke soort aandelen. Voor bepaalde niet-vermogensrechtelijke verschillen, zoals bijvoorbeeld een benoemingsrecht, het recht om de naam van een vennootschap te bepalen of vergelijkbare rechten, of een bijzondere aanbiedingsregeling voor de aandelen van een bepaalde soort of daarmee vergelijkbare regeling, is bepaald dat deze niet worden beschouwd als een aparte soort.¹⁰

Voor de kwalificatie als aanmerkelijk belang zijn de aan dat aandeel verbonden rechten en verplichtingen van belang. Deze vloeien voort uit de statuten. Derhalve bepalen de statuten van een vennootschap of sprake is van verschillende soort aandelen.¹¹ Een andere winstgerechtigdheid kan ook ontstaan doordat de aandeelhouders in een aandeelhoudersovereenkomst of via de certificaten van de aandelen in de statuten van de stichting administratiekantoor of certificaaithoudersovereenkomst in afwijking van de statuten van de vennootschap aanvullend andere afspraken hebben gemaakt.

De staatssecretaris heeft in het verzamelbesluit aanmerkelijk belang van 9 maart 2018 (hierna: 'aanmerkelijk belang besluit') bevestigd dat certificering van aandelen niet tot gevolg heeft dat een afzonderlijke soort ontstaat.¹² Dat zou het geval kunnen zijn, omdat certificaaithouders geen stemrecht hebben. Als er ook aandeelhouders zijn met zeggenschap, zouden er mogelijk twee afzonderlijke soorten zijn. Volgens de staatssecretaris ontstaat er echter geen afzonderlijke soort, omdat om te bepalen of sprake is van een afzonderlijke soort de statutaire regeling doorslaggevend is. Voor de certificaaithouder is dat goed nieuws en ook voor de praktijk is dit een welkome tegemoetkoming. Wij vragen ons echter af of deze tegemoetkoming in overeenstemming is met het systeem van de wet.

Het is mogelijk dat een aandeelhouder door middel van een aandeelhoudersovereenkomst bijzondere afwijkende financiële rechten verkrijgt. Er zou dan geen afzonderlijke soort ontstaan. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad leiden wij af dat voor de aanwezigheid van een aanmerkelijk belang gekeken moet worden naar het economische belang bij het aandeel.¹³ Nu zou kunnen worden betoogd dat het hier gaat om uitsluitend het belang bij het aandeel

en niet bij de winstreserves. Voor deze uitleg pleit de letterlijke tekst van de wet, die ook aansluit bij het geplaatste kapitaal en niet bij de winstgerechtigdheid. In de literatuur wordt door Albert¹⁴ verdedigd dat bij de uitleg van een indirect soort aanmerkelijk belang (dat is dus een soort aanmerkelijk belang in de werk-bv) wel gekeken moet worden naar het economische belang (het belang bij de winst) die de indirect gehouden aandelen vertegenwoordigen. Naar onze mening is die opvatting in strijd met de tekst van de wet. De consequentie is dat er een ongelijke situatie ontstaat tussen aandeelhouders die rechten hebben op basis van de statuten en aandeelhouders die rechten hebben op basis van een overeenkomst. Dat lijkt ons onwenselijk.

De bekendste voorbeelden van soort aandelen zijn (cumulatief) preferente aandelen en letteraandelen. In het geval van letteraandelen ontstaat pas een afzonderlijke soort indien de winstgerechtigdheid per letter verschilt of dat een letteraandeel recht geeft op een bepaalde dividendreserve die is gevormd en de andere letteraandelen geen recht geven op deze dividendreserve maar een daarvan afwijkende dividendreserve. In de literatuur worden dividendreserves ook wel beschreven als reserves waarin een gedeelte van de winst als het ware wordt 'geparkeerd' voor de aandeelhouders van aandelen van een bepaalde soort die recht geven op dat gedeelte van de winst.¹⁵

Bij aandelen die worden omgezet in het kader van een werknemersparticipatie, waarbij aan werknemers bijvoorbeeld stemrechtloze aandelen worden toegekend, ontstaat een afzonderlijke soort. Dit kan het onwenselijke gevolg hebben dat werknemers bij een belang kleiner dan 5% in het totale aandelenkapitaal toch een aanmerkelijk belang hebben.¹⁶ Er zal dan gekozen moeten worden voor certificering.

2.2. Verrijgingsprijs soort aandelen

Op basis van artikel 4.21 lid 2 Wet IB 2001 wordt als de belastingplichtige aandelen of winstbewijzen van dezelfde soort heeft, de verkrijgingsprijs gesteld op de gemiddelde verkrijgingsprijs. Rechtbank Noord-Holland heeft in een uitspraak van 21 februari 2019 de opvatting van de inspecteur afgewezen dat – in afwijking van de letterlijke tekst van de wet – de verkrijgingsprijs moet worden gesteld op de gemiddelde verkrijgingsprijzen van alle soorten aandelen.¹⁷

9. HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU8233, r.o. 3.3.4, *BNB* 2012/80 en HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN7252, r.o. 3.3.4.

10. Art. 4.7 lid 2 Wet IB 2001.

11. *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, C, p. 3.

12. Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, onderdeel 2.2.

13. Hof 's-Gravenhage 16 februari 1976, ECLI:NL:GHSGR:1976:AX3785, *BNB* 1976/251, HR 14 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1580, *BNB* 1995/235 en HR 30 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2787, *BNB* 1999/301.

14. P. Albert, 'Indirect aanmerkelijk belang en BOR', *WFR* 2017/121.

15. F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk* (serie Recht en Praktijk ONR4), Deventer: Wolters Kluwer 2013, hoofdstuk 3A.4 'Waarborgen bij uitkering van winst en reserves (art. 216)'.

16. Overigens kan het onder omstandigheden aantrekkelijker zijn de aandelen in box 2 te hebben dan in box 3. Wij denken aan de situatie dat deze aandelen een hoge waarde vertegenwoordigen en weinig of geen dividend wordt uitgekeerd. Indien de houder van de aandelen dan een beperkt inkomen heeft, kan de belastinglast van box 3 aanzienlijk zijn, omdat belasting betaald moet worden over een forfaitair inkomen.

17. Rb. Noord-Nederland 21 februari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:603, *V-N* 2019/27.4.

2.3. Vervreemding bij omzetting

Bij de omzetting van aandelen, is een belangrijke vraag of dat leidt tot een vervreemding van de aandelen die is belast met 25% inkomstenbelasting. Van een vervreemding is in de regel sprake indien als gevolg van een rechtshandeling aandelen, winstbewijzen of winstreserves van een vennootschap overgaan vanuit het vermogen van een aanmerkelijkbelanghouder naar een (van de) andere aandeelhouder(s).¹⁸ Bij een omzetting van aandelen door een enig aandeelhouder waarbij hij het volledige belang behoudt, is in beginsel dus ook geen sprake van een vervreemding. Dit volgt ook uit HR 21 september 1988.¹⁹ In dit arrest was de situatie aan de orde dat van een (niet enig) aanmerkelijkbelanghouder aandelen werden ingekocht door de vennootschap tegen de nominale waarde van deze aandelen, terwijl de waarde in het economisch verkeer hoger was. De Hoge Raad heeft beslist dat enkel sprake is van winst uit aanmerkelijk belang voor zover een belang bij de winstreserves van een vennootschap overgaat op andere aandeelhouders. Nu is in artikel 4.22 Wet IB 2001 bepaald dat bij inkoop van aandelen de overdrachtsprijs (fictief) gesteld wordt op de waarde van de aandelen in het economisch verkeer. De heffing kan dus niet worden ontgaan door aandelen in te kopen tegen een prijs die gelijk is aan of lager dan de verkrijgingsprijs van de aandelen. Deze regel geldt ook indien de aanmerkelijkbelanghouder alle aandelen houdt.²⁰

Een vervreemding kan ook aan de orde zijn indien er op het tijdstip van de omzetting meerdere aandeelhouders zijn of nieuwe aandelen worden uitgereikt aan andere aandeelhouders. In deze situatie is dan géén sprake van een vervreemding als de aandelen na omzetting voor de aandeelhouder in diens vermogen geen wezenlijke andere fiscale positie en economische betekenis hebben dan de aandelen vóór de omzetting.²¹ De financiële rechten verband houdende met de aandelen na de omzetting, moeten kunnen worden vereenzelvigd met de financiële rechten van de aandelen vóór de omzetting.²² Deze beoordeling vindt plaats vanuit de aandeelhouder en niet vanuit de vennootschap. Ingeval rechten verschuiven, is sprake van een vervreemding. Dat was aan de orde in het *emissie a pari*-arrest.²³ Omdat de nieuwe aandeelhouder, het kleinkind van de aanmerkelijkbelanghouder, minder stortte dan de werkelijke waarde van de aandelen, vervreemde grootvader een deel van zijn winstreserves. De

vervreemding is gelijk aan de verschuiving van de winstreserves.²⁴

Tot voor kort was het beleid van de staatssecretaris strenger. De staatssecretaris²⁵ was van mening dat om te bepalen of sprake was van een verschuiving niet gekeken moest worden vanuit het subject (de belastingplichtige), maar het object (de aandelen). Elke wijziging van de aandeelhoudersrechten zou dan in beginsel leiden tot een vervreemding als de rechten per aandeel niet gelijk bleven, maar in totaal wel (vanuit het subject gezien). In het aanmerkelijk belang besluit is nu opgenomen:

*'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.'*²⁶

Bij de omzetting van gewone aandelen naar (cumulatief) preferente aandelen waarbij er meerdere aandeelhouders zijn of op het moment van omzetting gewone nieuwe aandelen aan andere aandeelhouders worden uitgegeven, vindt een wijziging in de fiscale positie plaats en zijn deze aandelen in principe niet met elkaar te vereenzelvigen. In dat geval vindt dan in beginsel een vervreemding van deze aandelen plaats waarbij het vervreemdingsvoordeel wordt gesteld op de waarde in het economisch verkeer op het moment van omzetting minus de verkrijgingsprijs van de aandelen die worden vervreemd.²⁷ Om te voorkomen dat een omzetting leidt tot een vervreemding moet dus worden gegarandeerd dat alle economische rechten behouden blijven. In het aangehaalde aanmerkelijk belang besluit heeft de staatssecretaris aangegeven wanneer daaraan wordt voldaan voor de omzetting naar soort aandelen. Onderstaand zetten we deze voorwaarden zoals gesteld door de staatssecretaris uiteen en geven we een toelichting op deze voorwaarden.

18. HR 29 juni 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX4015, *BNB* 1977/199.

19. HR 21 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3903, *BNB* 1988/308.

20. Art. 4.22 lid 2 Wet IB 2001.

21. HR 28 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4069.

22. Hof Arnhem 30 oktober 1989, ECLI:NL:GHARN:1989:AW2363.

23. HR 9 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:BH8757, *BNB* 1994/231.

24. Niet helemaal duidelijk is of rekening kan worden gehouden met een verkrijgingsprijs. Volgens het besluit kan bij een vervreemding van in de aandelen begrepen rechten rekening worden gehouden met een evenredig deel van de verkrijgingsprijs (bijvoorbeeld bij het vestigen van een vruchtgebruik). Naar analogie zou dan ook nu rekening moeten worden gehouden met een deel van de verkrijgingsprijs om het voordeel uit aanmerkelijk belang te bepalen. Dat ligt anders indien de aandelen op een onzakelijke wijze worden omgezet door een werkmaatschappij. In dat geval is immers geen sprake van een vervreemding, maar van een uitdeling omdat de holding ten behoeve van de aandeelhouder een belang bij de winstreserves laat schieten.

25. Verzamelbesluit Aanmerkelijk belang, besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M.

26. Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, onderdeel 4.3.

27. Art. 4.22 lid 1 Wet IB 2001.

2.3.1. Goedkeuring staatssecretaris omzetting preferente aandelen

Onder de volgende voorwaarden leidt een omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen niet tot een vervreemding van de aandelen.²⁸

- a. De gewone aandelen dienen bij statutenwijziging te worden omgezet.
- b. De aan de aandelen verbonden zichtbare winstreserves en agioreserves, alsmede de stille reserves en goodwill worden volledig aan de preferente aandelen toegerekend. In de jaarrekening en statuten dienen hier voor zover mogelijk aparte reserves voor te worden gecreëerd.
- c. Voor het ter beschikking stellen van het vermogen aan de vennootschap wordt op de preferente aandelen een zakelijke vergoeding overeengekomen in de vorm van een primair dividend. Dit kan eventueel in overleg met de Belastingdienst worden bepaald. Dit primaire dividend wordt berekend over de waarde in het economisch verkeer van de omgezette aandelen (nominale aandelenkapitaal inclusief zichtbare en onzichtbare reserves en goodwill). Het primaire dividend dient cumulatief te zijn. Dit houdt in dat indien er een jaar niet voldoende winst is voor het uitkeren van het primaire dividend, in het jaar of de jaren daarop nog recht bestaat op een aanvullend primair dividend. De winst die resteert na toekenning van het primaire dividend komt toe aan de gewone aandelen.
- d. Indien er na de omzetting in plaats van uitkering van het primaire dividend wordt bijgeschreven op de winstreserves van de preferente aandelen, dient in de volgende jaren ook over deze bijgeschreven winst het vastgestelde percentage primair dividend te worden uitgekeerd.
- e. Indien in een jaar een verlies wordt gemaakt en dit verlies wordt afgeboekt op de winstreserves van de preferente aandelen, dient in de daaropvolgende jaren waarin weer winst wordt gemaakt, eenzelfde bedrag dat ter dekking van de verliezen was afgeschreven weer te worden bijgeschreven op de winstreserves.
- f. Bij liquidatie van de vennootschap dienen aan de preferente aandelen verbonden winstreserves te worden uitgekeerd aan de aandeelhouder van de preferente aandelen. Uiteindelijk dienen de direct voorafgaand aan de omzetting van de aandelen aan de oude aandelen verbonden zichtbare winstreserves, agioreserves alsmede de stille reserves en goodwill bij liquidatie op de preferente aandelen te zijn uitgekeerd, tenzij deze reserves door verliezen definitief zijn tenietgegaan.
- g. De vennootschap waarvan de aandelen worden omgezet, dient een actieve onderneming te drijven.²⁹

2.3.1.1. Niet voor omzetting 'andersom'

In de goedkeuring wordt door de staatssecretaris aangegeven dat de goedkeuring dient te worden gezien in het licht van de bedrijfsopvolgingsregeling. In de goedkeuring

is opgenomen dat deze alleen geldt voor de omvorming van gewone aandelen in preferente aandelen en niet voor de omvorming van preferente aandelen in gewone aandelen. Ook niet in het geval in het verleden, voorafgaand aan deze omvorming, een omvorming van gewone aandelen in preferente aandelen heeft plaatsgevonden. In de literatuur wordt naar onze mening terecht betoogd dat de omzetting van preferente aandelen in gewone aandelen vergelijkbaar is met de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen en dat daarom, voor zover de gewone aandelen maar (economisch) vereenzelvigd kunnen worden met de preferente aandelen, geen sprake is van vervreemding van de preferente aandelen door de aanmerkelijkbelanghouder.³⁰

2.3.1.2. Zakelijke vergoeding

Bij de omzetting van gewone aandelen naar cumulatief preferente aandelen moet met betrekking tot de waarde aan drie zaken aandacht worden besteed: a) de hoogte van de zakelijke vergoeding op de preferente aandelen, b) de waarde in het economisch verkeer waarover de zakelijke vergoeding in de vorm van een primair dividend jaarlijks dient te worden uitgekeerd en c) de inbreng door de nieuwe aandeelhouders waaraan de gewone aandelen worden uitgereikt.

Ad a) Rentepercentage

De hoogte van de zakelijke vergoeding wordt in veel gevallen afgestemd met de Belastingdienst ter voorkoming van discussies achteraf. De hoogte van de vergoeding is afhankelijk van het risico dat gelopen wordt. In dat opzicht zijn de hoogte van de vergoeding en het bedrag waarover deze wordt berekend (de waarde van de onderneming) communicerende vaten. De waarde van de onderneming wordt bepaald door de contante waarde van de toekomstige kasstromen. De disconteringsvoet is afhankelijk van het risico dat gelopen wordt. Hoe hoger het risico, hoe lager de waarde. De Belastingdienst neemt in de praktijk het standpunt in dat als een hoge disconteringsvoet is gebruikt om de kasstromen contant te maken dan ook een hoog preferent dividendpercentage moet worden berekend.

Tot op zekere hoogte kan een hoog dividendpercentage een lagere waarde compenseren. Voor de preferente aandeelhouder is immers de contante waarde van de verwachte dividendstroom van belang. Die moet gelijk zijn aan de waarde van de gewone aandelen die worden omgezet. In dat verband kan ook de looptijd van belang zijn. Als de mogelijkheid bestaat dat preferente aandelen kunnen worden ingekocht, dan compenseert een hoog dividendpercentage niet zonder meer de lagere waarde van de aandelen waarover het dividend berekend wordt. Immers, bij een snelle inkoop zal het hoge dividendpercentage slechts over een korte periode verschuldigd zijn en daardoor de contante waarde van toekomstige dividendstromen lager worden.

28. Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139.

29. In de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 dan wel een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

30. G.C.F. van Gelder, 'De fiscale impact van preferente aandelen', *WFR* 2011/653.

Volgens de staatssecretaris zal bij een omzetting, waarbij in samenhang met de omzetting gewone aandelen worden uitgegeven aan een ander, het behalen van een hoog rendement door de nieuwe toetreders/aandeelhouder een aanwijzing kunnen zijn dat de vergoeding (dan wel het rentepercentage voor het primaire dividend) te laag is vastgesteld.

Ad b) Waardering

Het jaarlijkse rentepercentage voor het primaire dividend wordt berekend over het (nominale) aandelenkapitaal inclusief zichtbare en onzichtbare reserves en inclusief goodwill, met andere woorden: over de waarde in het economisch verkeer van de aandelen. Ook deze waardering wordt veelal voorafgaand aan de omzetting afgestemd met de Belastingdienst ter voorkoming van discussies achteraf.

Ad c) Inbreng nieuwe aandeelhouders

Indien bij de omvorming nieuwe aandelen worden uitgegeven aan andere aandeelhouders, bijvoorbeeld de bedrijfsopvolgers, dan moet de vraag worden beantwoord hoe hoog de inbreng van de gewone aandeelhouders moet zijn. In het verleden werd er in de praktijk van uitgegaan dat de nominale waarde voldoende was, omdat de hele waarde van de onderneming reeds besloten ligt in de preferente aandelen. Ook hier voert de Belastingdienst nu een strenger beleid. In het aanmerkelijk belang besluit is opgemerkt dat een relatief hoog rendement op de nieuw uitgegeven gewone aandelen kan worden veroorzaakt door een (te) geringe investering/storting van de toetreders in het gewone aandelenkapitaal. Deze toetreding is dan volgens de staatssecretaris niet zakelijk, omdat aan derden niet tegen dezelfde condities gewone aandelen zouden worden uitgereikt. Hoe hoog de inbreng van de gewone aandeelhouders moet zijn, is echter niet duidelijk en ook de praktijk worstelt daarmee.

Voorwaarde materiële onderneming

In het aanmerkelijk belang besluit is een geheel nieuwe voorwaarde³¹ opgenomen, namelijk de eis dat de vennootschap waarvan de aandelen worden omgezet een onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001 moet drijven.³² Deze eis was al wel in de bedrijfsopvolgingsregeling in de inkomstenbelasting en de Successiewet opgenomen. Deze voorwaarde is logisch bij de bedrijfsopvolgingsregeling, omdat het daar gaat om een faciliteit die als doel heeft liquiditeitsproblemen die zouden kunnen ontstaan door de belastingheffing als gevolg van de overdracht van een onderneming, te voorkomen. Het aanmerkelijk belang besluit regelt echter een geheel andere situatie, namelijk de vraag of aandelen vervreemd worden. In de literatuur is deze ondernemingseis terecht bekritiseerd.³³ Ook naar onze mening is deze nieuwe voorwaarde onterecht, omdat – indien aan alle overige voorwaarden wordt voldaan –

de economisch gerechtigheid van de aandeelhouder waarvan de aandelen worden omgezet gelijk blijft en de fiscale claims behouden blijven.

In de praktijk kan toepassing van deze voorwaarde worden vermeden door op een lager niveau de aandelen om te zetten. Dus niet op het niveau van de aandeelhouder-natuurlijke persoon, maar op het niveau van een werkbv of tussenhoudster, maar dan moet die er uiteraard wel zijn. Bij omzetting van aandelen op een lager niveau in de structuur (bijvoorbeeld bij een dochtervennootschap) is de discussie of deze omzetting leidt tot een vervreemding in het algemeen niet relevant, omdat een vervreemdingswinst is vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling (mits de houdster ten minste 5% van het nominaal gestort kapitaal in de dochtervennootschap heeft). In deze situatie leidt een omzetting slechts tot een belaste vervreemding, meer precies een uitdeling, indien het economische belang bij de winstreserves verschuift omdat (1) te weinig preferente aandelen worden uitgegeven, (2) het preferente dividend te laag is of (3) omdat te weinig gestort wordt op de gewone aandelen. De holding heeft immers genoeg genomen met een lager dividend om het kind van de aandeelhouder (de houder van de gewone aandelen) te bevoordelen.

2.3.2. Goedkeuring staatssecretaris omzetting letteraandelen

Met betrekking tot de omzetting van letteraandelen waarbij gewone aandelen worden verletterd en daarbij ook nieuwe aandelen worden uitgegeven, worden door de staatssecretaris nagenoeg dezelfde voorwaarden gesteld als wanneer preferente aandelen worden uitgegeven. In het aanmerkelijk belang besluit is opgenomen dat indien de aandelen als gevolg van de verlettering in materiële zin kwalificeren als preferente aandelen, ook de voorwaarden gelden die bij preferente aandelen zijn opgenomen, zoals de eis dat de vennootschap een materiële onderneming moet drijven. Letteraandelen kwalificeren in materiële zin als preferente aandelen indien bijvoorbeeld stille reserves en goodwill worden gekoppeld aan een letteraandeel en de primaire dividendvergoeding mede wordt berekend over deze winstreserves en goodwill.

Verlettering zonder uitgifte van nieuwe aandelen

Indien gewone aandelen worden omgezet in aandelen met verschillende letters, waarbij elke aandeelhouder zijn eigen letteraandeel krijgt toegewezen, zonder dat nieuwe aandelen worden uitgegeven aan anderen of een verschuiving plaatsvindt van rechten binnen de bestaande kring van aandeelhouders, zal geen sprake zijn van een vervreemding van deze gewone aandelen indien de aan de gewone aandelen verbonden economische gerechtigheid tot het vermogen en (bestaande en toekomstige) winsten na de verlettering volledig blijft behouden.

31. Deze voorwaarde is in het Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139 voor het eerst opgenomen en in het voorgaande Verzamelbesluit Aanmerkelijk belang van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M nog niet gegeven.

32. Volgens vaste jurisprudentie is er overigens sprake van een onderneming indien: 1) wordt deelgenomen aan het economische verkeer 2) met het oogmerk om een voordeel te behalen en 3) kan worden verwacht dat het voordeel ook redelijkerwijs kan worden behaald (HR 3 maart 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2826, *BNB* 1954/125 en HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8763).

33. E.J.W. Heithuis, *Taxlive* 29 maart 2018, Nieuwe onjuiste standpunten in verzamelbesluit aanmerkelijk belang, en de Redactionele aantekening bij het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, *V-N* 2018/22.2.

Een voorbeeld ter verduidelijking:

De uitgangssituatie voor dit voorbeeld betreft een vennootschap met vier aandeelhouders, die ieder voor 25% zijn gerechtigd tot het nominaal aandelenkapitaal, agio en winstreserves van de onderneming. Bij een verlettering van de gewone aandelen in aandelen A t/m D, waarbij iedere aandeelhouder na omzetting zijn eigen letteraandelen bezit, zullen er ook vier soorten winstreserves en agioreserves A t/m D dienen te worden opgenomen in de statuten van de vennootschap die vervolgens in de jaarrekening worden gereflecteerd. Ieder van de aandeelhouders kan dan voor zijn eigen letteraandelen de zeggenschap krijgen over het doen van winstuitkeringen op de aan de letter verbonden winstreserves in de zogenoemde soortvergadering.³⁴

Door deze omzetting in letteraandelen en verdeling van de winstreserves in vier soorten winstreserves, kunnen de aandeelhouders los van elkaar besluiten om dividend uit te keren. De ene aandeelhouder kan hierdoor eerder dividend uitkeren dan de andere aandeelhouder(s). In dat geval hebben de andere aandeelhouder(s), voor zover zij nog geen dividend hebben uitgekeerd, in feite vermogen ter beschikking gesteld aan de vennootschap. Hiervoor krijgen zij een dividendreserve. De dividendreserve moet jaarlijks verhoogd worden met een zakelijke vergoeding.

Het creëren van letteraandelen kan aldus het voeren van een separaat dividendbeleid door de aandeelhouders mogelijk maken. Een consequentie is wel dat door de bijschrijving/toevoeging van een vergoeding over/aan de dividendreserves de onderlinge gerechtigdheid tot de winstreserves steeds verder uit elkaar gaat lopen. Daarnaast blijven de aandeelhouders die hun dividend nog niet hebben ontvangen risico lopen, omdat de dividendreserves tot het aansprakelijke eigen vermogen van de vennootschap blijven behoren.

2.4. Omzetting van aandelen en de gevolgen voor de lucratiefbelangregeling

De lucratiefbelangregeling is een anti-misbruikregeling die in de wet is opgenomen om bepaalde beloningsstructuren die gebruik maken van vermogensrechten en die eigenlijk bedoeld zijn als beloning voor werkzaamheden, te belasten als inkomsten uit overige werkzaamheden in box 1 (tegen het progressieve tarief van 51,75% in 2019)³⁵ in plaats van als inkomsten uit vermogen in box 3. Deze regeling ziet bijvoorbeeld op managementparticipaties, waarbij het (hogere) management de mogelijkheid krijgt te participeren in het kapitaal van de vennootschap of op een andere wijze in de toekomstige waardegroei van de onderneming kan delen. Dit gebeurt vaak in private-equitystructuren waarbij na een overname door een private-equitypartij aan het zittende bestuur of management

(soort)aandelen worden uitgegeven om daarmee het bestuur of het management te behouden. Ook worden managementparticipaties toegepast bij bedrijven met een andere eigendomsstructuur zoals bijvoorbeeld familiebedrijven met een directeur-grotoaandeelhouder of de familie als (enig) aandeelhouder waar aan het hogere management (soort)aandelen worden uitgegeven om het management aan de onderneming te binden.

Een aandelenbelang (of ander vermogensrecht) kan als lucratief kwalificeren indien aan twee voorwaarden is voldaan: 1) de aandelen, vorderingen of andere vermogensrechten die worden verkregen zijn (mede) bedoeld als beloning voor werkzaamheden en 2) de vermogensrechten moeten lucratief zijn. Dat wil zeggen: zij moeten een hefboomwerking bevatten.

Subjectieve bevoordelingsbedoeling

Gezien de feiten en omstandigheden moeten de vermogensrechten als een beloning voor werkzaamheden van de houder van die aandelen, of zijn partner, worden aangemerkt.³⁶ In een uitspraak van de Hoge Raad van 30 november 2018³⁷ was de uitleg van deze voorwaarde aan de orde. De Hoge Raad overweegt dat: *‘Indien het vermogensrecht wordt verkregen onder voorwaarden die niet zouden zijn overeengekomen met derden die geen werkzaamheden verrichten ten behoeve van de uitgever van het vermogensinstrument en die daarom niet in alle opzichten zakelijk zijn, is dat een omstandigheid die op de aanwezigheid van een lucratief belang kan duiden’*. In casu waren zogenoemde Manager’s Certificates alleen aangeboden aan een beperkte groep van managers. De enkele mogelijkheid dat anderen zouden kunnen participeren, deed aan het beloningsoogmerk niet af gezien de inhoud van de Manager’s Certificates en gezien het feit dat niet is gebleken dat de participatie ook aan anderen is aangeboden of anderen hebben deelgenomen.

Lucratief belang

Het houden van een bepaalde soort aandelen kan kwalificeren als een werkzaamheid in de zin van de Wet IB 2001.³⁸ Daarvoor is onder andere vereist dat sprake is van een lucratief belang, hetgeen het geval is bij bepaalde aandelen of vermogensrechten, namelijk:³⁹

- a. aandelen die zijn achtergesteld bij andere soorten en waarvan het totale geplaatste aandelenkapitaal van die achtergestelde soort minder is dan 10% van het totale geplaatste aandelenkapitaal; of
- b. aandelen die een preferentie hebben van ten minste 15% dividend per jaar; of
- c. overige vermogensrechten die in economisch opzicht vergelijkbaar zijn met bovengenoemde aandelen, alsmede rechten of verplichtingen waarvan het

34. In de jurisprudentie is beslist dat als de aandeelhouder (soortvergadering) direct over de dividendreserve kan beschikken zonder dat daarvoor een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders is vereist, de aandeelhouder het dividend geniet op het tijdstip dat het dividend wordt bijgeschreven (Hof 's-Hertogenbosch 24 september 1986, ECLI:NL:GHSHE:1986:AW7876, BNB 1987/325).

35. Tegen een progressief tarief tot 51,75% in 2019.

36. Art. 3.92b lid 1 sub a Wet IB 2001.

37. HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2198, BNB 2019/46.

38. Art. 3.92b lid 1 sub a Wet IB 2001. Ook bepaalde vorderingen of schulden kunnen een lucratief belang vormen, maar dat valt buiten het bestek van dit artikel.

39. Art. 3.92b lid 2 Wet IB 2001.

waardeverloop in enigszins belangrijke mate afhankelijk is van werkzaamheden of bepaalde financiële doelstellingen.

Voor het begrip soortaandeel heeft de wetgever bedoeld dit op dezelfde manier op te vatten als het begrip soortaandeel uit de aanmerkelijkbelangregeling (zie paragraaf 2.1).⁴⁰ De lucratiefbelangregeling geldt zowel voor direct gehouden als indirect gehouden aandelenbelangen (dat wil zeggen: via een holding). In dat laatste geval bestaat de mogelijkheid de belastingheffing te beperken tot een box 2 heffing door 95% van de voordelen in het jaar zelf uit te keren naar privé.⁴¹

Ad a) Achtergestelde aandelen

De eerste groep aandelen die kunnen kwalificeren, zijn aandelen die zijn achtergesteld ten opzichte van andere soorten en waarvan het totale geplaatste aandelenkapitaal van die achtergestelde soort minder is dan 10% van het totale geplaatste aandelenkapitaal. Met deze aandelen kan in bepaalde gevallen door een zogenoemd hefboomeffect rendement worden behaald dat door de wetgever als excessief wordt beschouwd. Dit hefboomeffect kan worden bereikt door deze achtergestelde soortaandelen, die slechts een beperkt deel van het eigen vermogen vertegenwoordigen, volledig te laten meedelen in de 'overwinst', bestaande uit de winst die resteert na de renteverplichtingen op het vreemd vermogen en na de reguliere dividenden op de niet achtergestelde aandelen van de andere soort (in dat geval preferente aandelen). In de parlementaire geschiedenis worden voorbeelden gegeven van dit soort constructies bij private equity overnames die in de ogen van de wetgever onwenselijk zijn.⁴²

Ad b) Aandelen met een preferentie van ten minste 15% per jaar

De tweede groep soortaandelen die als lucratief worden aangemerkt, zijn aandelen met een preferentie van ten minste 15% dividend per jaar. Vanwege het jaarlijkse hoge vaste dividendpercentage worden deze soortaandelen door de wetgever als excessieve beloningsbestanddelen aangemerkt. Er doet zich geen hefboomeffect voor, maar het lucratieve element zit hem volgens de wetgever in het ongebruikelijke hoge dividendpercentage.⁴³

Ad c) Restcategorie

Indien niet aan de formele vereisten van de soortaandelen in sub a en b wordt voldaan, kan toch sprake zijn van een lucratief belang op grond van het vangnet in de wet.⁴⁴ Ook overige vermogensrechten – die in economisch opzicht vergelijkbaar zijn met de soortaandelen die als lucratief worden aangemerkt en waarvan het waardeverloop

in enigszins belangrijke mate afhankelijk is van werkzaamheden of bepaalde financiële doelstellingen – worden alsnog als een lucratief belang aangemerkt. In verband met aandelen is in de wetsgeschiedenis het voorbeeld gegeven van aandelen met een gebonden agio, waarbij over het gebonden agio een vaste vergoeding wordt berekend terwijl bij andere aandelen die (mede) door het management worden gehouden geen sprake is van een gebonden agio.⁴⁵ Ook aandeelhoudersleningen van de vennootschap onder zachte voorwaarden kunnen tot gevolg hebben dat aandelen lucratief worden.⁴⁶

3. Aandachtspunten bij de omzetting van aandelen voor de Wet op de vennootschapsbelasting 1969

De omzetting van aandelen in verschillende soorten aandelen kan ook gevolgen hebben voor de vennootschapsbelasting.

3.1. Gevolgen omzetting van aandelen voor de deelnemingsvrijstelling

Voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling is kort gezegd vereist dat de moedermaatschappij ten minste 5% van het nominale gestorte kapitaal van de dochtervennootschap bezit.⁴⁷ Bepalend daarbij is het economische belang bij de aandelen. Het 5%-belang hoeft geen recht te geven op 5% van de winst; dat mag lager zijn. Ook stemrecht is niet vereist (ook certificaten van aandelen geven recht op de deelnemingsvrijstelling). Door te 'spelen' met het nominaal gestorte kapitaal, de agio en de winstgerechtigdheid kan dus bij een winstgerechtigdheid van minder dan 5% toch toegang worden verkregen tot de deelnemingsvrijstelling.

Op grond van de meesleepregeling⁴⁸ kunnen, indien er reeds sprake is van een deelneming door het houden van ten minste 5% van het nominale gestorte kapitaal in de dochter, winstbewijzen en zogenoemde deelnemerschapsleningen ook als deelneming in de zin van de deelnemingsvrijstelling aangemerkt worden. Onder winstbewijzen in de zin van de meesleepregeling worden verstaan verhandelbare bewijzen die een aanspraak geven op winstuitkeringen, zonder een aandeel in het kapitaal in de vennootschap te vertegenwoordigen.⁴⁹

3.2. Gevolgen omzetting van aandelen voor de fiscale eenheid

Voor de vorming van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting is op basis van de bezitseis vereist dat de moedermaatschappij de *gehele* juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschap-

40. Kamerstukken II 2007/08, 31459, nr. 9, p. 21 (NNV II).

41. Art. 3.95b lid 5 Wet IB 2001. De heffing is 25% mits uiteraard bij de holding geen aanvullende vpb-heffing heeft plaatsgevonden.

42. Kamerstukken II 2007/08, 31459, nr. 3, p. 11-12 (MvT).

43. Kamerstukken II 2007/08, 31459, nr. 3, p. 12 (MvT).

44. Art. 3.92b lid 4 Wet IB 2001.

45. Kamerstukken I 2008/09, 31459, C, p. 11-12 (MvA).

46. Kamerstukken I 2008/09, 31459, E, p. 8 (verslag van een schriftelijk overleg).

47. Art. 13 lid 2 Wet Vpb 1969.

48. Art. 13 lid 4 Wet Vpb 1969. Op grond van de meetrekgeregeling kunnen aandelen, winstbewijzen of deelnemerschapsleningen ook vallen onder de deelnemingsvrijstelling indien de belastingplichtige zelf geen belang heeft van 5%, maar een verbonden lichaam wel.

49. Vakstudie 05 Vennootschapsbelasting aantekening bij artikel 13 aantekening 7.2.1 bij artikel 13 lid 4 Wet Vpb 1969 (Meesleepregeling).

pij en dit bezit ten minste 95% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt en in alle gevallen recht geeft op ten minste 95% van zowel de winst als het vermogen van de dochtermaatschappij.⁵⁰

De Hoge Raad heeft in het zogenoemde *STAK*-arrest (*BNB* 2010/266) beslist dat indien het Stichting Administratiekantoor geheel overeenkomstig de instructies van de moedermaatschappij dient te stemmen, zonder dat de moedermaatschappij hier instemming van derden voor hoeft te krijgen, wordt voldaan aan de eis van juridische eigendom, omdat de moedermaatschappij de gehele zeggenschap kan uitoefenen. Daarbij was de enkele mogelijkheid dat het Stichting Administratiekantoor het stemrecht anders uitbrengt dan de instructie van de moedermaatschappij volgens de Hoge Raad onvoldoende om te stellen dat vanwege de certificering van aandelen in de dochtermaatschappij niet is voldaan aan het 95% bezitsvereiste van de juridische eigendom in de dochtermaatschappij.⁵¹ De wetgever vond deze uitspraak onwenselijk en daarom is de wet aangescherpt en nu is expliciet bepaald dat de moedermaatschappij de 'gehele' juridische en economische eigendom van de dochtermaatschappij moet bezitten.

In het Besluit fiscale eenheid is een tegemoetkoming opgenomen voor de situatie dat er slechts één bijzonder aandeel is, waarvan de moedermaatschappij niet de gehele juridische of economische eigendom bezit, en dit aandeel een symbolische nominale waarde heeft en een recht op de winst van minder dan 10% van die waarde. In dat geval wordt de gerechtigdheid tot deze winst voor de toets van de bezitser buiten beschouwing gelaten.⁵²

3.3. Gevolgen omzetting van aandelen voor de kwalificatie van verbonden lichaam

Het omzetten van gewone aandelen in aandelen met verschillende winst- of zeggenschapsrechten kan ook van invloed zijn op de toepassingen van een aantal anti-misbruikbepalingen uit de Wet Vpb 1969 waarbij de omvang van het 'belang' relevant is. Hierbij valt te denken aan de per 1 januari 2019 ingevoerde 'controlled foreign company'-maatregel,⁵³ de bepalingen ter voorkoming van handel in verlieslichamen⁵⁴ en bepaalde renteaftrekbepalingen.⁵⁵ Daarnaast kan de omzetting van aandelen in

soort aandelen invloed hebben op de vraag of lichamen gelieerd zijn in de zin van artikel 8b Wet Vpb 1969 op grond waarvan voor onderlinge transacties zakelijke verrekenprijzen dienen te worden gehanteerd. Verdere uiteenzetting van de invloed van soort aandelen op het begrip 'belang' en 'gelieerdheid' gaat de strekking van dit artikel te buiten.

4. Aandachtspunten bij de omzetting van aandelen voor de Wet op de belastingen van rechtsverkeer 1970

Bij de omzetting van aandelen zijn er twee aandachtspunten voor de overdrachtsbelasting, namelijk:

- a. de vraag of op het moment van de omzetting van aandelen sprake is van een belaste verkrijging voor de overdrachtsbelasting; en
- b. de vraag wanneer bij de verkrijging van soort aandelen in een onroerendezaaklichaam sprake is van de verkrijging van een belang in de zin van de overdrachtsbelasting.

Ad a) Belaste verkrijging op het moment van omzetting
De verkrijging van aandelen in een onroerendezaaklichaam kan een belastbaar feit vormen voor de overdrachtsbelasting.⁵⁶ De verkrijging van de economische eigendom dan wel de juridische eigendom van aandelen in een onroerendezaaklichaam wordt belast met overdrachtsbelasting indien de verkrijger door de verkrijging al dan niet samen met reeds in het bezit zijnde aandelen in totaal ten minste een 1/3 belang verkrijgt.⁵⁷

In de Wet BRV 1970 is sinds 1 januari 2011 expliciet opgenomen dat naast de verkrijging van aandelen, ook een wijziging van aandeelhoudersrechten van bestaande aandelen, bijvoorbeeld door middel van een statutenwijziging,⁵⁸ als een verkrijging van een 'belang' kan worden aangemerkt.⁵⁹ In de parlementaire geschiedenis is het wijzigen van rechten van bestaande aandelen door middel van een statutenwijziging genoemd.

Ad b) Het begrip 'belang'

In de parlementaire geschiedenis is het begrip 'belang' niet expliciet gedefinieerd maar wordt opgemerkt dat ar-

50. Art. 15 lid 1 Wet Vpb 1969.

51. HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3803, *BNB* 2010/266.

52. Art. 2 Besluit fiscale eenheid 2003.

53. In art. 13ab lid 3 Wet Vpb 1969 wordt opgemerkt dat sprake van een CFC kan zijn indien een lichaam al dan niet tezamen met een aan hem gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijke persoon een belang heeft a) van meer dan 50% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal; b) dat meer dan 50% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigt; of c) dat recht geeft op meer dan 50% van de winst.

54. Art. 20a Wet Vpb 1969 'het uiteindelijk belang in belangrijke mate is gewijzigd'.

55. Art. 10a Wet Vpb 1969. Een verbonden lichaam sluit aan bij het begrip 'een derde belang'. De Hoge Raad heeft in HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1489, *BNB* 2011/156 beslist dat het begrip belang geplaatst en gestort kapitaal kan omvatten. Stemrecht kan dus relevant zijn omdat indertijd aan het geplaatste kapitaal zeggenschap gekoppeld was. De Hoge Raad heeft de opvatting afgewezen dat een financieel belang van 1/3 niet voldoende zou zijn voor verbondenheid. Voor belang is geen zeggenschap naast een financieel belang vereist. Nog niet is beslist of alleen zeggenschap kan leiden tot verbondenheid. Met ingang van 1 januari 2017 kan ook een samenwerkende groep van lichamen als verbonden lichamen worden aangemerkt voor de toepassing van art. 10a Wet Vpb 1969.

56. Een onroerendezaaklichaam is een rechtspersoon waarvan de bezittingen grotendeels (meer dan 50%) bestaan uit onroerende zaken en waarvan ten minste 30% van deze onroerende zaken in Nederland is gelegen. Bovendien moet het doel van het lichaam inhouden de exploitatie van onroerende zaken (art. 4 lid 1 sub a Wet BRV 1970).

57. Art. 4 lid 3 sub b Wet BRV 1970. Indien de verkrijger een natuurlijk persoon is, geldt een andere toets voor de belaste verkrijging op basis van art. 4 lid 3 sub a Wet BRV 1970.

58. *Kamerstukken II* 2010/11, 32504, nr. 3, p. 41-42 (MvT).

59. Art. 4 lid 11 Wet BRV 1970.

tikel 4 lid 4 onderdeel a Wet BRV 1970 (de bepaling omtrent de verkrijging van het 1/3 'belang') voornamelijk ziet op economische belangen en niet louter op zeggenschapsrechten. In dit kader wordt opgemerkt dat preferente aandelen die enkel recht geven op een marktconforme vergoeding voor het ter beschikking gestelde vermogen, economisch gezien vergelijkbaar zijn met een lening en daarom geen belang vormen in een onroerendezaaklichaam.⁶⁰ Deze aandelen tellen dus ook niet mee bij het bepalen of ten minste 1/3 belang wordt verkregen in een onroerendezaaklichaam. Ook bij de vraag of in een concern de bezittingen van een rechtspersoon moeten worden toegerekend aan een andere rechtspersoon (art. 4 lid 4 Wet BRV 1970) blijven deze regels buiten beschouwing. Voor het bepalen van de omvang van het belang dient in geval van soort aandelen, te worden gekeken naar het recht dat deze aandelen geven op de waardeontwikkeling van de onroerende zaken die het onroerendezaaklichaam bezit. Indien de omgezette aandelen geen recht geven op de waardeontwikkeling van de onroerende zaken, vertegenwoordigen deze geen belang als bedoeld in artikel 4 lid 3 Wet BRV 1970.

5. Aandachtspunten bij de omzetting van aandelen voor de Successiewet 1956

In de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting zijn bedrijfsopvolgingsregelingen opgenomen. Deze regelingen bieden belangrijke fiscale voordelen. Door omzetting van aandelen kunnen deze voordelen verloren gaan. Om dit goed te begrijpen gaan wij eerst kort in op de faciliteiten en daarna bespreken wij de specifieke problematiek bij omzetting van aandelen.

Bedrijfsopvolgingsregeling voor de inkomstenbelasting

Als aandelen die behoren tot een aanmerkelijk belang vererven of worden geschonken, wordt dit in beginsel aangemerkt als een vervreemding door de erflater/schenker waardoor hij 25% inkomstenbelasting verschuldigd wordt over het verschil tussen de verkrijgingsprijs van de vervreemde aandelen en de waarde in het economisch verkeer op het moment van de vervreemding. De bedrijfsopvolgingsregeling in de inkomstenbelasting voorziet in een tegemoetkoming waardoor – als aan de voorwaarden wordt voldaan – bij schenking en vererving van de aandelen geen vervreemding van het aanmerkelijk belang in

aanmerking wordt genomen. De aanmerkelijkbelangclaim wordt dan doorgeschoven naar de begiftigde respectievelijk de erfgenamen. Dat gebeurt technisch door de verkrijgingsprijs door te schuiven.⁶¹

In geval van een schenking wordt daarnaast als voorwaarde gesteld dat de verkrijger reeds 36 maanden voorafgaand aan de schenking in dienstbetrekking was van de vennootschap waar de aandelen van worden geschonken.⁶² Deze dienstbetrekkingseis geldt niet bij vererving van de aandelen.

De vervreemding van het aanmerkelijk belang wordt niet in aanmerking genomen voor zover de overdrachtprijs toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001.⁶³ Voor het beleggingsvermogen geldt deze faciliteit niet.⁶⁴ De uitleg van het begrip 'onderneming' zorgt vooral bij vennootschappen die vastgoed exploiteren tot veel discussies in de praktijk.

De wetgever heeft voor preferente aandelen een bijzondere bepaling in de wet opgenomen. Preferente aandelen kwalificeren alleen voor de bedrijfsopvolgingsregeling indien aan de volgende wettelijke voorwaarden wordt voldaan:⁶⁵

- a. de preferente aandelen komen voort uit een omzetting van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen;
- b. bij de omzetting van de gewone aandelen naar preferente aandelen zijn er gewone aandelen toegekend aan een derde;
- c. op het moment van omzetting van de preferente aandelen dreef de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking had, een materiële onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001; en
- d. de verkrijger van de preferente aandelen is reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder van de gewone aandelen die bij de omzetting van de preferente aandelen nieuw zijn uitgegeven.^{66, 67}

60. Nota naar aanleiding van het nader verslag over het wetsvoorstel Belastingplan 2011 (*Kamerstukken II* 2010/11, 32504, nr. 20) en de derde nota van wijziging bij het wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2011 (*Kamerstukken II* 2010/11, 32505, nr. 13).

61. Art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001, art. 4.39a, 4.39b en 4.39c Wet IB 2001.

62. De overige voorwaarden van art. 4.16a en 4.17c Wet IB 2001 laten we verder buiten beschouwing.

63. HR 3 maart 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2826, *BNB* 1954/125 en HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8763, *BNB* 2002/128.

64. Met uitzondering van een marge ter grootte van 5% van het ondernemingsvermogen (art. 4.17a lid 6 sub b Wet IB 2001).

65. Art. 4.17a lid 3 sub a t/m d Wet IB 2001 voor de vererving van een direct gehouden aanmerkelijk belang in preferente aandelen. Art. 4.17c lid 3 jo. art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 voor de schenking van een direct gehouden aanmerkelijk belang. Art. 35c lid 4 SW 1956 voor de schenk- en erfbelasting.

66. De verkrijger kan reeds aandeelhouder zijn van de gewone aandelen die bij omzetting van de preferente aandelen nieuw zijn uitgegeven doordat deze destijds nieuw uitgegeven gewone aandelen aan hem zijn geschonken door de aandeelhouder waarvan de aandelen worden omgezet of hij deze heeft gekocht van de aandeelhouder waarvan de aandelen worden omgezet. Een aandachtspunt bij deze vereisten is dat de preferente aandelen dus vererven aan de beoogd bedrijfsopvolger (die de bij de omzetting nieuw uitgegeven gewone aandelen heeft verkregen) en niet aan een andere erfgenaam zoals bijvoorbeeld de langstlevende echtgenoot die geen gewone nieuwe aandelen heeft verkregen bij omzetting. In de praktijk gaat dit in testamenten wel eens mis waardoor de bedrijfsopvolgingsregeling niet van toepassing is op de vererving van de preferente aandelen.

67. Voor een gedetailleerde behandeling van deze vier vereisten in de literatuur, verwijzen wij naar M.G.H. van der Kroon, 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', *WFR* 2012/1110.

Deze wettelijke tegemoetkoming vindt ook toepassing voor indirect gehouden preferente aandelen.⁶⁸ Dat wil zeggen als een holding preferente aandelen heeft in een dochtervennootschap. Het begrip 'preferente aandelen' is in de fiscale wetgeving niet gedefinieerd. In het normale spraakgebruik worden onder 'preferente aandelen' aandelen verstaan die recht geven op een vaste dividendvergoeding die voorgaat op andere aandelen. (Zie inderdaad art. 2:206a BW.) Niet helemaal duidelijk is of doorslaggevend belang toekomt aan het feit dat de preferente aandelen bij voorrang recht geven op dividend of dat beslissend is dat preferente aandelen niet meedelen in de overwinst (de winst nadat het preferente dividend is uitgekeerd). In de praktijk komen ook mengvormen voor, bijvoorbeeld een aandeel dat recht geeft op een vaste vergoeding en voor een bepaald deel meedeelt in de overwinst. Economisch is een dergelijk aandeel vergelijkbaar met de situatie dat de belastingplichtige preferente aandelen en gewone aandelen heeft. Het staat buiten twijfel dat in die situatie de preferente aandelen vallen onder de bijzondere regeling voor preferente aandelen.

De consequentie van het ontbreken van een definitie van het begrip 'preferente aandelen' is dat de belastingplichtige het risico loopt dat soort aandelen, die niet zijn omgezet conform de wettelijke voorwaarden, als preferente aandelen worden aangemerkt waardoor de bedrijfsopvolgingsregeling niet kan worden toegepast op deze aandelen. In de wet is bepaald dat onder omzetting van gewone aandelen ook wordt begrepen de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen in het kader van een fiscaal gefaciliteerde aandelenfusie, juridische splitsing, juridische fusie of bedrijfsfusie.⁶⁹

Toerekening van bezittingen en schulden van een indirect aanmerkelijk belang

De bedrijfsopvolgingsregelingen gelden ook bij indirecte aanmerkelijk belangen. Indien de schenker of erflater een aanmerkelijk belang heeft in een lichaam en dat lichaam heeft direct of indirect een aanmerkelijk belang in een ander lichaam, worden de bezittingen en schulden van dat andere lichaam toegerekend aan het eerste lichaam. Deze toerekening vindt in beginsel enkel plaats indien de erflater of schenker een indirect aanmerkelijk belang heeft in dat andere lichaam.⁷⁰ In de wet is expliciet bepaald dat deze toerekening van bezittingen en schulden in geval van een indirect (aanmerkelijk) belang in soort aandelen, geschiedt naar evenredigheid van de waarde in het economisch verkeer van deze aandelen. Voor indirect gehouden preferente aandelen is bepaald dat deze toerekening alleen

plaatsvindt indien de preferente aandelen zijn uitgegeven in het kader van een bedrijfsoverdracht die voldoet aan de hierboven beschreven vereisten.⁷¹ In de praktijk zien wij ook dat letteraandelen worden gecreëerd die recht geven op de waardeontwikkeling van een specifiek vermogensbestanddeel. Voor deze indirect gehouden preferente aandelen zal op basis van de wet dan geen toerekening mogen plaatsvinden van vermogen aan de holding die deze aandelen houdt.

Een voorbeeld ter verduidelijking:

Stel dat een vennootschap een onderneming heeft en beleggingsvermogen (verhuurd vastgoed) die beide evenveel waard zijn. Aandeel A geeft recht op de onderneming en aandeel B op het beleggingsvastgoed. Twee broers bezitten de aandelen A respectievelijk B via hun persoonlijke houdstervennootschap. Het is nu onduidelijk of één broer alleen het vastgoed toegerekend krijgt aan zijn BV en de andere broer de onderneming of dat beide broers 50/50 toegerekend krijgen. Het lijkt voor de hand te liggen aan te sluiten bij de civielrechtelijke regeling. Aan de andere kant bevat de bedrijfsopvolgingsregeling een specifieke regeling die zegt dat de vermogensbestanddelen van een vennootschap moeten worden toegerekend aan de holdings naar evenredigheid van de waarde van de aandelen.

Bedrijfsopvolgingsregeling voor de erf- en schenkbelasting

De verkrijging van aandelen via een schenking of krachtens vererving van een persoon die in Nederland woont, is in beginsel belast met schenk- respectievelijk erfbelasting. Voor een verkrijging van ondernemingsvermogen geldt een voorwaardelijke vrijstelling.⁷² Deze vrijstelling bedraagt kort gezegd 100% over de eerste € 1.084.851 (objectief) ondernemingsvermogen en voor het meerdere geldt een vrijstelling van 83%, waardoor 17% van het ondernemingsvermogen is belast met schenk- of erfbelasting.⁷³ De beperking voor preferente aandelen geldt ook in de schenk- en erfbelasting.

Voorwaarde voor deze voorwaardelijke vrijstelling is dat sprake is van de verkrijging van een materiële onderneming,⁷⁴ waarvan de aandelen bij de erflater of schenker behoren tot een aanmerkelijk belang.⁷⁵ Daarnaast dient voldaan te zijn aan de bezitsei die inhoudt dat de erflater minimaal één jaar en de schenker minimaal vijf jaar het aanmerkelijk belang heeft gehouden en de vennootschap ten minste één jaar respectievelijk vijf jaar een onderneming heeft gedreven.⁷⁶ De Belastingdienst gaat daarbij uit van een statische benadering. Als later door de vennootschap deelnemingen worden bijgekocht die gelden

68. Art. 4.17a lid 5 laatste volzin, Wet IB 2001 jo. art. 26b lid 3 Uitvoeringsregeling IB 2001 voor de vererving van een indirect gehouden aanmerkelijk belang in preferente aandelen. Art. 4.17c lid 3 jo. art. 4.17a lid 3 Wet IB 2001 voor de schenking en art. 35c lid 5 SW 1956 jo. art. 8 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting voor de vrijstelling voor de schenk- en erfbelasting voor een indirect gehouden aanmerkelijk belang in preferente aandelen.

69. Art. 26b lid 1 en 3 Uitvoeringsregeling IB 2001 en art. 8 lid 1 en 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

70. Behoudens de uitzonderingen bij o.a. verwaterde belangen (art. 4.17a lid 5 onderdeel a en b Wet IB 2001).

71. Art. 4.17a lid 5 laatste volzin Wet IB 2001.

72. Het ondernemingsvermogen in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 inclusief de marge waarbij van het beleggingsvermogen tot maximaal 5% van de waarde van het ondernemingsvermogen ook als ondernemingsvermogen mag worden aangemerkt.

73. Art. 35b lid 1 SW 1956.

74. Art. 35c lid 1 SW 1956.

75. Art. 35c lid 1 sub c SW 1956.

76. Art. 35b lid 5 jo. art. 35d SW 1956.

als ondernemingsvermogen, dan begint voor die deelnemingen een nieuwe bezitstermijn te lopen.⁷⁷

Tot slot moet worden voldaan aan het voortzettingsvereiste. Dat wil zeggen: 1) de aandelen of daarin begrepen rechten mogen gedurende vijf jaren niet worden vervreemd; 2) de aandelen mogen niet worden omgezet in preferente aandelen of op andere wijze de rechten op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperken; of 3) het lichaam houdt op uit de onderneming of een gedeelte daarvan winst uit onderneming te genieten.⁷⁸

Gevolgen omzetting van aandelen voor de bezitstermijn

Voor de bezitstermijn dient de erflater minimaal één jaar en de schenker minimaal vijf jaar het aanmerkelijk belang te hebben gehouden alvorens deze met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten kunnen worden geschonken of vererven. Indien de gewone aandelen voor deze periode van één respectievelijk vijf jaar zijn gehouden en na deze periode de normale aandelen worden omgezet in preferente aandelen, is in de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting expliciet bepaald dat er geen nieuwe bezitstermijn gaat lopen als gewone aandelen worden omgezet in preferente aandelen.⁷⁹ Op het tijdstip van de omzetting moeten de gewone aandelen al wel voldoen aan de bezitstermijn. De omgekeerde richting, preferente aandelen omzetten in gewone aandelen, is niet geregeld.

Gevolgen omzetting voor het voortzettingsvereiste

De verkrijger die de aandelen in een onderneming met toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft verkregen, dient op basis van het voortzettingsvereiste de onderneming minimaal vijf jaar voort te zetten om de vrijstelling voor de schenk- dan wel erfbelasting te behouden. Ten aanzien van het voortzettingsvereiste is expliciet in de wet bepaald dat een omzetting in preferente aandelen of andere beperking van de rechten op de waardeontwikkeling een schending van het voortzettingsvereiste betreft en de voorwaardelijke vrijstelling van de schenk- dan wel erfbelasting daardoor wordt teruggedragen.⁸⁰ In de parlementaire geschiedenis is beschreven dat gewone aandelen gedurende de voortzettingsperiode van vijf jaar niet mogen worden omgezet in bijvoorbeeld aandelen die alleen dividend over een vast kapitaal geven. De wetgever is van mening dat er in dat geval geen sprake is van een daadwerkelijke voortzetting van de onderneming en de verkrijger niet (langer) kan worden beschouwd als een echte bedrijfsopvolger.⁸¹ De omzetting van aandelen kan tot een schending van het voortzettingsvereiste leiden indien de aandelen in de holding worden omgezet, maar ook indien aandelen in een werkmaatschappij worden omgezet. In dat laatste geval is dat alleen zo indien de gerechtigdheid bij de onderneming verschuift. Dat is aan de orde indien de holding aandelen (tegen een zakelijke prijs) uitgeeft aan een derde. Het totale (aandelen)kapitaal (en vermogen) neemt weliswaar toe, waardoor de absolute gerechtigdheid van de holding bij de onderneming van de

werkmaatschappij niet verandert, maar de relatieve gerechtigdheid tot de oorspronkelijke onderneming neemt wel af.

6. Samenvatting en conclusie

In dit artikel is een overzicht gegeven van de fiscale gevolgen van de omzetting van aandelen. Hierbij zijn de fiscale gevolgen ten tijde van (het van kracht worden van) de omzetting behandeld, waaronder de kwalificatie als een soorttaandeel, de mogelijke vervreemding in de inkomstenbelasting en de mogelijke vervreemding in de overdrachtsbelasting. Zeker in het geval van meerdere aandeelhouders of indien op het moment van omzetting nieuwe aandelen worden uitgegeven aan bijvoorbeeld beoogde opvolgers, dienen de voorwaarden om geen belaste vervreemding in aanmerking te nemen, nauwkeurig te worden nagevolgd. Afstemming met de Belastingdienst is hier naar onze mening een pré om discussie achteraf omtrent de zakelijke vergoeding en waarde van de onderneming, maar ook over de inbreng van de nieuwe aandeelhouders, te voorkomen. Ook zijn de fiscale gevolgen besproken die bij een omzetting van aandelen op een later tijdstip kunnen opkomen, zoals bijvoorbeeld bij een schenking of vererving van omgezette aandelen. Ook hier kan – indien wordt voldaan aan de wettelijke voorwaarden – bij de schenking of vererving van de omgezette aandelen toch gebruik worden gemaakt van de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Wet IB 2001 en Successiewet 1956.

77. Concl. A-G R.L.H. IJzerman, ECLI:NL:PHR:2019:827 bij HR 21 augustus 2019, V-N 2019/49.13.

78. Art. 35b lid 5 jo. art. 35e SW 1956.

79. Art. 9 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

80. Art. 35e lid 1 onderdeel c, onder punt 2, SW 1956.

81. *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 3, p. 46 (MvT).