

**Beantwoording vraag kennisgroep Fusies en Fiscale Eenheid**

Nummer vraag	KR-17-032-0041
Datum	05-02-2018
Verkorte omschrijving vraag	Fiscale eenheid en ingetrokken niet geamortiseerde aandelen  Wordt er voldaan aan het bezitsvereiste van artikel 15 lid 1 Wet Vennootschapsbelasting 1969 ("Wet Vpb1969") indien een in een fiscale eenheid te voegen dochtermaatschappij een deel van de aandelen niet ter tijdelijke belegging heeft ingekocht, maar deze nog niet heeft ingetrokken.
Antwoord	Hoewel de aandelen civielrechtelijk nog wel tot het geplaatste aandelenkapitaal behoren, dienen ze fiscaalrechtelijk als ingetrokken beschouwd te worden. Een fiscale eenheid is, behoudens uitzonderingen (vestiging vruchtgebruik en/of certificering), in dit geval mogelijk.
Onderbouwing	<p>De casus zoals voorgelegd door vraagsteller: K houdt alle aandelen A in het kapitaal van H in haar bezit. Dat zijn er <input type="text" value="67 Awr"/>. Het totale aandelenkapitaal van H kent <input type="text" value="67 Awr"/> aandelen, elk € 1 nominaal. Alle aandelen zijn volgestort, derhalve bedraagt het totale nominaal gestorte aandelenkapitaal € <input type="text" value="67 Awr"/> en hiervan houdt K 52% (<input type="text" value="67 Awr"/>).</p> <p>Het resterende gedeelte - 48% -, <input type="text" value="67 Awr"/></p> <div style="border: 1px solid black; width: 150px; height: 40px; margin: 10px auto; text-align: center; padding: 5px;">67 Awr</div> <p>zijn ingekocht en worden nog steeds gehouden door H. H houdt deze aandelen niet ter tijdelijke belegging.</p> <p>In de statuten van H staat met betrekking tot de winstverdeling over eigen aandelen:</p> <div style="border: 1px solid black; width: 500px; height: 50px; margin: 10px auto; text-align: center; padding: 5px;">67 Awr</div> <p><b>Voorgaand standpunt Kennisgroep</b> In het verleden is door de kennisgroep het standpunt ingenomen dat de civielrechtelijke benadering gevolgd moet worden, inhoudende dat de ingekochte maar nog niet ingetrokken aandelen nog steeds tot het nominaal gestorte kapitaal behoren en dat hierdoor het aangaan van een Fiscale Eenheid in zulke gevallen niet mogelijk is.</p> <p><b>Civilrechtelijk bepalingen</b> In Asser/Van Solinge &amp; Nieuwe Weme 2-IIa 2013/236 staat over het inkopen, maar niet intrekken van aandelen het volgende: <i>Een NV of BV kan door haar wettig verkregen eigen aandelen vervreemden of intrekken.</i> <i>De NV of BV kan de door haar wettig verkregen aandelen (door toegestane inkoop, om niet of onder algemene titel) in stand houden - men spreekt dan wel van slapende, in portefeuille gehouden aandelen - om deze te zijner tijd weer te vervreemden. Het geplaatste kapitaal wordt dan niet verminderd.</i></p>

Aan ingekochte aandelen komt geen stemrecht toe. Zie art. 2:118 lid 7 BW (voor de NV) en art. 2:228 lid 6 BW (voor de BV)

Het winstrecht op ingekochte aandelen is voor een NV en een BV verschillend geregeld. Op grond van artikel 2:105 lid 5 BW tellen bij de NV de ingekochte aandelen wel mee, tenzij de statuten anders bepalen. Bij de BV geldt sinds de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV het omgekeerde: eigen aandelen tellen bij die berekening niet mee, tenzij de statuten anders bepalen. Zie art. 2:216 lid 5 BW.

Conclusie: de ingekochte aandelen behoren ogv het civiele recht dus nog steeds tot het geplaatste kapitaal, het is echter niet zo dat ingekochte aandelen niet kunnen meedelen in de winst. Zie in dit verband art. 67 Awr van de statuten van H.

#### **Vershil "oude" en "nieuwe" FE regime**

Volgens het oude regime was de eis dat een FE kon worden aangegaan indien de moedermaatschappij alle aandelen in de dochtermaatschappij bezat. In onderdeel 2.1 van de toelichting op de standaardvoorwaarden werd vermeld dat voor de bepaling van het percentage van 99, zoekgeraakte aandelen van de dochtermaatschappij niet meetelden. De moedermaatschappij moest dus 99% van de niet zoekgeraakte aandelen bezitten.

Met ingang van 1 januari 2003 is de bezitseis gewijzigd en wordt er uitgegaan van het nominaal gestorte kapitaal. De moedermaatschappij moet ten minste 95% van alle aandelen (dus inclusief de zoekgeraakte) bezitten.

De bezitseis in zijn algemeen is ingevoerd in verband met de concerngedachte. Hierbij is juridische eigendom vereist om via de AVA macht te kunnen uitoefenen, de economische eigendom van de aandelen vloeit voort uit de grondslag van de fiscale-eenheidsregeling, de concerngedachte. Zonder economisch belang van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij is immers geen sprake van een economische eenheid.

Uit de parlementaire geschiedenis is niet te achterhalen wat de reden is dat men bij het nieuwe regime uitgaat van het nominaal gestorte kapitaal. Ook is er geen verwijzing te vinden dat men hiermee wenst aan te sluiten bij het gelijkkluidende begrip uit bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling.

#### **Andere fiscale bepalingen**

De term "nominaal gestort kapitaal" werd en wordt ook gebruikt in andere fiscale bepalingen.

In de Inkomstenbelasting zoals van toepassing tot 1997 werd voor het aanwezig zijn van een aanmerkelijk belang uitgegaan van het nominaal gestorte kapitaal. Ook is thans in art. 4.8 Wet Inkomstenbelasting 2001 ("Wet IB2001") bepaald dat bij de vaststelling of belastingplichtige een AB heeft ingekocht nog in te trekken kapitaal niet in aanmerking wordt genomen. De reden voor invoering van dit artikel is dat de ingekochte aandelen geen invloed meer hebben op het financiële belang en de zeggenschap van de overgebleven aandeelhouders.<sup>1</sup>

Ook voor het van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling gaat men uit van het nominaal gestorte kapitaal, zie art. 13 lid 2 onderdeel a Wet Vpb1969.

<sup>1</sup> MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 45.

Overigens heeft men blijkbaar nog overwogen om voor de deelnemingsvrijstelling uit te gaan van het geplaatste kapitaal en zodoende de regeling in overeenstemming te brengen met het huidige AB-regime. Men heeft hier vervolgens van afgezien omdat dan bepaalde situaties niet (langer) onder de deelnemingsvrijstelling zouden vallen.<sup>2</sup>

Voor de bezitseis zijn in o.a. art. 15 lid 3 Wet Vpb1969 en art. 2 Besluit FE2003 aanvullende bepalingen opgenomen.

De in het derde lid van artikel 15 Wet Vpb1969 opgenomen bepaling ziet op middellijk gehouden aandelen. Deze bepaling is opgenomen om een FE tussen een moeder en kleindochter mogelijk te maken.<sup>3</sup> In deze casus biedt deze bepaling ook geen oplossing, nu er nog geen sprake is van een FE.

Artikel 2 BFE2003 ziet op het kunnen aangaan van een FE indien er één bijzonder aandeel is uitgegeven aan een ander dan de moedermaatschappij. Ook deze bepaling biedt in deze casus geen oplossing, het betreft hier immers ingekochte gewone aandelen.

#### **Literatuur en jurisprudentie**

Door Kok wordt in FWR 5<sup>4</sup> ingegaan op de in deze casus voorgelegde situatie. Hij is van mening dat een redelijke wetsuitleg uitkomst moet bieden en dat het aangaan van een FE in dit geval mogelijk moet zijn. Een nadere onderbouwing met jurisprudentie en/of een verwijzing naar bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling geeft de auteur niet.

In de Cursus Belastingrecht<sup>5</sup> wordt bij de deelnemingsvrijstelling wel nader ingegaan op het voor die regeling eveneens van toepassing zijnde begrip "nominaal gestort kapitaal". Men verwijst hierbij naar de voor de (oude) AB-regeling gewezen uitspraak van Hof 's-Gravenhage, BNB 1979/10<sup>6</sup>. In deze uitspraak besliste het Hof dat eigen aandelen die door een vennootschap, anders dan als een voorbijgaande belegging, zijn ingekocht, fiscaalrechtelijk geen deel meer uitmaken van het nominaal gestorte kapitaal.

De uitspraak van BNB1979/10 ligt in lijn met het arrest van de Hoge Raad, BNB 1957/20<sup>7</sup>. In dit arrest bepaalde de HR dat indien een dochtermaatschappij — bij wijze van uitzondering — eigen aandelen inkoopt ter tijdelijke belegging, deze aandelen nog wel deel uitmaken van haar nominaal gestorte kapitaal.

Ook de Vakstudie verwijst in haar artikelsgewijs commentaar bij art. 13 lid 2 Vpb1969 naar BNB1957/20 en 1979/10<sup>8</sup>.

Uit deze jurisprudentie blijkt dat voor de (oude) AB-regeling ingekochte aandelen niet meetellen voor het nominaal gestorte aandelenkapitaal en dat dit slechts anders is indien de aandelen als tijdelijke belegging gehouden worden.

De HR vergelijkt in BNB1957/20 de ingekochte, niet als tijdelijke belegging

<sup>2</sup> [Kluwer Vakstudie – Vpb – art. 13 Wet Vpb1969, aant. 4.7.2](#)

<sup>3</sup> [MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3](#), p. 32.

<sup>4</sup> [De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting - mr.dr. Q.W.J.C.H. Kok, FWR 5, 5.3.5.](#)

<sup>5</sup> [Cursus Belastingrecht – Vennootschapsbelasting, 2.4.1.C.c2.II](#)

<sup>6</sup> [Hof 's-Gravenhage, 13 december 1977, nr. 114/1977, BNB1979/10](#)

<sup>7</sup> [Hoge Raad, 14 november 1956, nr. 12.894, BNB 1957/20](#)

<sup>8</sup> [Opm 5.1.2e](#) de Vakstudie verwijst naar BNB1979/110, dit zal een typefout zijn.

	<p>gehouden, aandelen met aandelen die “in portefeuille” zijn.</p> <p>Voor de (oude) AB-regeling is dus duidelijk dat ingekochte aandelen niet tot het nominaal gestorte aandelenkapitaal behoren.</p> <p>Voor de deelnemingsvrijstelling is mij geen jurisprudentie hierover bekend.</p> <p>Door de Vakstudie wordt nog verwezen naar artikel 10c Wet Vpb1969. Artikel 10c Wet Vpb1969 bepaald, kort gezegd, dat voordelen uit hoofde van als tijdelijke belegging aangekochte eigen aandelen bij het bepalen van de winst buiten aanmerking blijven.</p> <p>Doel van artikel 10c Wet Vpb1969 is om het effect van het arrest HR 21 februari 2001, nr. 35 639, BNB 2001/161<sup>9</sup> wettelijk vast te leggen. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat aandelen die zijn ingekocht om aan een optieverplichting te voldoen als ingetrokken dienen te worden beschouwd. Het gevolg van dit oordeel was dat de ingekochte aandelen niet als tijdelijke belegging konden worden aangemerkt.</p> <p>Genoemd arrest BNB2001/161 is het zogenaamde werknemersoptie-arrest. In r.o. 3.1 zegt de HR dat de ingekochte aandelen als ingetrokken moeten worden beschouwd.</p> <p>Nu BNB2001/161 voor de Vpb is geweest, lijkt het erop dat de visie dat niet als tijdelijke belegging ingekochte aandelen die op grond van BNB1957/20 en BNB1979/10 al gold voor de Inkomstenbelasting ook geldt voor de Vennootschapsbelasting.</p> <p>Van belang is ook nog het arrest van de HR van 12 augustus 2005, nr. 40.596, BNB 2005/367 inzake de inkoop van eigen aandelen ter tijdelijke belegging<sup>10</sup>. In de hofuitspraak staat letterlijk:</p> <p>“-6.4. De inkoop van de eigen aandelen door belanghebbende op x-datum heeft niet plaatsgehad met het oogmerk deze aandelen civielrechtelijk in te trekken. Civielrechtelijke amortisatie/intrekking heeft ook niet plaatsgevonden. Fiscaalrechtelijk daarentegen gelden ingekochte aandelen in de regel nochtans als ingetrokken. Op deze regel heeft de Hoge Raad een uitzondering met een beperkte reikwijdte gemaakt. Naar de Hoge Raad heeft geoordeeld in het arrest van 14 november 1956, nr. 12 894, <a href="#">BNB_1957/20</a> is bij een beursgenoteerde naamloze vennootschap sprake van een inkoop ter tijdelijke belegging, indien de aandelen voor dadelijke wederverkoop vatbaar zijn en de aandelen 'als voorbijgaande belegging' zijn verworven. Hierbij dient te worden nagegaan wat het oogmerk van de belanghebbende is bij de inkoop.....”</p> <p><b>Conclusie</b></p> <p>Hoewel civielrechtelijk de, niet ter tijdelijke belegging, ingekochte maar nog niet ingetrokken aandelen nog wel tot het gestorte kapitaal behoren, blijkt uit de hiervoor genoemde jurisprudentie dat deze aandelen fiscaal gezien niet meer tot het gestorte kapitaal behoren. In die zin is er verschil tussen het civiele en fiscale recht.</p> <p>Nu de fiscale eenheid enkel fiscale werking kent, is er, behoudens</p>
--	--

<sup>9</sup> [HR 21 februari 2001, nr. 35 639, BNB 2001/161](#)

<sup>10</sup> [HR van 12 augustus 2005, nr. 40.596, BNB 2005/367](#)

uitzonderingsgevallen, geen reden om een fiscale eenheid in dit soort gevallen niet toe te staan.

**Mogelijke uitzonderingen**

Uit artikel 67 Awr van de statuten van H blijkt dat indien er een vruchtgebruik is gevestigd op de eigen aandelen of daarvan met medewerking van de vennootschap certificaten zijn uitgegeven, deze aandelen meetellen bij de winstverdeling.

Indien in deze casus één van deze situaties van toepassing is, dan kan het zo zijn dat een deel van de winst aan de vruchtgebruiker en/of certificaathouder toekomt, waardoor de aandelen A die K in H bezit geen recht geven op tenminste 95% van de winst en het vermogen van H. Is dat het geval dan is op grond van de wettelijke bepalingen een fiscale eenheid *niet* mogelijk.