

BOR. Aandelen-emissie in de voortzettingsperiode (KGSW16.0006)

Vraag:

BV X drijft met haar gehele vermogen een onderneming. Het gehele aandelenkapitaal van BV X bestaat uit 100 aandelen van 1 euro. A heeft deze aandelen krachtens schenking verkregen. Voor deze verkrijging is een beroep op de bedrijfsopvolgingsregeling gedaan. Drie jaar na de schenking geeft BV X 900 nieuwe aandelen van 1 euro uit aan B (de buurman). De uitgiftekoers is compleet zakelijk en omvat een agiostorting door B. Dit agio komt (naar rato van hun nominale kapitaal) ten goede aan alle aandeelhouders van BV X.

Is A's aanspraak van de via schenking verkregen vermogensbestanddelen op toekomstige winsten of waardeontwikkeling beperkt, zodat er strijd is met het voortzettingsvereiste als bedoeld in art. 35e, eerste lid, onderdeel c, SW. ?

Antwoord:

A's aanspraak op waarde en winst ontwikkeling in de BV is percentueel gedaald, hoewel in euro's gemeten de waarde van A's aanspraak gelijk is gebleven. Naar doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsregeling en het voortzettingsvereiste is sprake van een handeling die tot intrekken van de faciliteit zou moeten leiden. De voortzettingseis bepaalt dat de faciliteiten van de BOR (naar rato) worden teruggenomen indien: 1) de verkregen vermogensbestanddelen (hier, en verder: de aandelen in BV X) worden vervreemd; 2) de in die aandelen besloten liggende rechten (gedeeltelijk) worden vervreemd; 3) de aandelen worden omzet in preferente aandelen 4) de aanspraak van de verkregen aandelen op toekomstige winsten of waardeontwikkeling wordt beperkt 5) het lichaam waarop de verkregen aandelen zien ophoudt uit de onderneming of een gedeelte daarvan winst te genieten.

Ad 1. Er worden geen bij de schenking verkregen aandelen vervreemd. Er is geen strijd met dit aspect van de voortzettingseis. Ad 2. Vervreemding van in de aandelen besloten liggende rechten ziet bijvoorbeeld op het verlenen van vruchtgebruik op de verkregen aandelen, of het (statutair) halveren van de gerechtigheid van de betreffende aandelen in de winsten van de vennootschap. Wanneer een derde tegen een strikt zakelijk prijs nieuw uitgegeven aandelen in de BV neemt, verdwijnen er geen rechten die in de verkregen aandelen besloten liggen. Het gaat bij deze bepaling om de aantasting of uitholling van het aandeel, en niet om de activa van de BV waarop die aandelen zien. Daarvan is geen sprake. Er is geen strijd met de voortzettingseis. Ad 3. Van omzetting in preferente aandelen kan sprake zijn, indien door de uitgifte van nieuwe aandelen, de bestaande (verkregen) aandelen omslaan tot preferente aandelen in de zin van de BOR. Wanneer alle aandelen na de uitgifte naar rato gerechtigd zijn tot het agio, is niet goed aan te wijzen waarin die aandelen andersoortig zouden zijn. Er is dan geen strijd met dit aspect van de voortzettingseis. Ad 4. Van 100% aandeelhouder in een kleine BV is A nu 10% aandeelhouder in een grote BV geworden. In euro's is A na de emissie nog voor precies evenveel betrokken bij de BV als voorheen. Dat is echter niet waar het om gaat. De vergelijking met het toetreden van een vennoot in een vennootschap onder firma dringt zich op. Ingeval de BV een v.o.f. zou zijn, staakt A ontegenzeggelijk partieel zijn onderneming en leidt dat tot gedeeltelijk terugnemen van de faciliteiten van de BOR omdat niet is voldaan aan het voortzettingsvereiste. Op grond van de op meerdere plaatsen in de wetsgeschiedenis herhaalde doelstelling om verkrijgingen ten gevolge van schenking of erfrecht, van IB-ondernemingen danwel die welke onder de Vpb vallen en direct versus indirecte aandelen voor de BOR zoveel mogelijk gelijk te behandelen, is helder langs welke lijnen de wetgever de voortzettingseis heeft willen inrichten. Hieruit mag de conclusie worden getrokken dat afname van het percentuele belang in een BV door emissie, leidt tot strijd met het voortzettingsvereiste. Zie hiervoor ook de bij deze gecursiveerde zin in

onderstaande passage uit de wetgeschiedenis waar het gaat over de omzetting van gewone aandelen in prefs tijdens de voortzettingsperiode. In de passage wordt dan een vergelijking gemaakt met de inbreng in een personenvennootschap, voor de inkomstenbelasting. Op grond hiervan is wel strijd met de voortzettingseis. Ad 5. BV X houdt niet op uit haar onderneming winst te genieten. Er is geen strijd met dit aspect van de voortzettingseis.

Toelichting

De wetgeschiedenis is summier, maar geeft wel enig inzicht in de denkrant van de wetgever.

“Verder meent de Orde dat het voorgestelde artikel 35e, lid 1, onderdeel c, ten tweede, Successiewet 1956 te absoluut geformuleerd is. Dit artikel bepaalt dat het de verkrijger niet is toegestaan na de schenking of de vererving zijn verkregen (gewone) aandelen om te zetten in preferente aandelen. De Orde kan zich voorstellen dat omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen wel is toegestaan als de omzetting voldoet aan de voorwaarden van onderdeel 6 van het besluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, BNB 2007/169. Voor het aanmerkelijk belang is een dergelijke omzetting dan gefaciliteerd (dat wil zeggen geen vervreemding), zodat het naar de mening van de Orde voor de hand ligt dit ook voor genoemde bepaling uit de Successiewet 1956 te laten gelden. Ik onderschrijf deze mening van de Orde niet. De bedrijfsopvolgingsregeling is bedoeld om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Dit betekent onder andere dat de overnemer als ‘ondernemer’ de verkregen onderneming (in de BV) moet voortzetten. Voor de inkomstenbelasting houdt dit bijvoorbeeld in dat de voortzetter gedurende de voortzettingsperiode niet zonder gevolgen voor de faciliteiten zijn onderneming kan inbrengen in een personenvennootschap. Voor zover daarbij een ander wordt gerechtigd tot de winst zet de verkrijger voor dat deel immers niet meer voort. Dit geldt ook in de situatie waarin de stille reserves worden voorbehouden. In dat geval is voor de inkomstenbelasting sprake van een gedeeltelijke staking. De overdragende ondernemer hoeft echter nog niet af te rekenen omdat er op grond van goed koopmansgebruik nog niets is gerealiseerd. De wettelijke bepaling waar de Orde op doelt, bewerkstelligt een soortgelijke situatie met betrekking tot preferente aandelen. Indien de aandelen worden omgezet in preferente aandelen, waarbij gewone aandelen worden toegekend aan een ander, behoudt de verkrijger zich als het ware alle stille reserves voor en is hij tegelijkertijd niet meer degene die de onderneming voortzet. Aangezien voor de inkomstenbelasting de omzetting zelf niet hoeft te leiden tot een vervreemding voor het aanmerkelijk belang regime, is in de Successiewet 1956 expliciet bepaald dat wel sprake is van een intrekingsgrond voor de bedrijfsopvolgingsregeling. Anders dan de Orde kennelijk meent, is dit een bewuste keuze geweest. Het verschil tussen de gevolgen voor de aanmerkelijkbelangregeling en de gevolgen voor de faciliteiten voor de erf- en schenkbelasting kan worden verklaard uit het feit dat in de inkomstenbelasting geen claim verloren gaat, terwijl de faciliteiten in de Successiewet leiden tot een vrijstelling. Deze vrijstelling moet alleen worden gegeven aan ‘echte’ opvolgers en niet aan kapitaalverstrekkers.” Eerste Kamer, 2008-2009, 31930, nr F, p. 10

Jammer genoeg werkt de wetgever dit niet verder uit. De vraag die hij beantwoordt gaat over het omzetten van aandelen in preferente aandelen, dus het eerste deel van art. 35e, eerste lid, onderdeel c, ten tweede. Uit de elders in de wetgeschiedenis uit ten treure herhaalde doelstelling om verkrijgingen ten gevolge van schenking of erfrecht, van IB-ondernemingen danwel die welke onder de Vpb vallen en direct versus indirecte aandelen voor de BOR zoveel mogelijk gelijk te behandelen, mag de conclusie worden getrokken dat afname van het percentuele belang in een BV door emissie, leidt tot strijd met het voortzettingsvereiste.