

Notitie kenmerken en voorbeelden van preferente aandelen

Inleiding

Het begrip preferent aandeel komt op verschillende plaatsen in de belastingwetgeving voor. Een wettelijke definitie van het begrip is er echter niet. Hierbij volgen enkele handvatten die behulpzaam zijn bij de bepaling of sprake kan zijn van een preferent aandeel. Het is niet doenlijk om alle situaties te beschrijven en van een antwoord te voorzien. Na lezing is wel meer helder in welke gevallen nader overleg met je VTA nodig is.

De notitie is geschreven met de toepassing van de BOR (Successiewet) en DSR (aanmerkelijk belang) in het achterhoofd. Er is echter geen eigen pref-begrip voor deze twee faciliteiten. Dat betekent dat de beoordeling langs de algemene lijnen van het begrip preferent aandeel verloopt, waarbij de ratio van de BOR / DSR vooral aan de orde komt in twijfelgevallen. Die regelingen kennen slechts twee smaken: gewone aandelen en preferente aandelen. Dat betekent dat ook in een twijfelgeval het aandeel voor zijn geheel in één van deze twee categorieën wordt ingedeeld; een aandeel is niet deels preferent en deels een gewoon aandeel.

1. Preferentie = voorrang

Preferent betekent letterlijk voorrang. De voorrang die preferente aandelen hebben kan zien op verschillende aspecten:

- 1) Voorrang in de winst. Er is sprake van voorrang, als aan bepaalde aandelen bij de verdeling van de jaarwinst als eerste een deel wordt toegekend, voordat de andere aandelen aan de beurt komen. Men spreekt dan van een primair dividend. Soms blijft de gerechtigdheid bestaan als er in een bepaald jaar minder winst is gemaakt dan de vastgelegde vergoeding (cumulatief dividend). Deze aandelen hebben dan een extra voorrangpositie: zowel in de volgorde van toekenning van een deel in de winst, als vanwege de cumulatieve component.
- 2) Voorrang in de vereffening. Een andere vorm van voorrang is, wanneer de statuten bepalen dat bij liquidatie van de vennootschap het kapitaal (nominaal/agio) gestort op de ene soort aandelen eerst wordt terugbetaald, voordat de andere aandelen aan de beurt komen.
- 3) Voorrang in zeggenschap. Soms hebben aandelen extra stemrechten, vaak in het kader van 'beschermingsconstructies'. Doorgaans noemt men dit prioriteitsaandelen. Hoewel dit een vorm van voorrang is, gaat het bij het begrip preferent aandeel om voorrang inzake het vermogen / winst. Dat betekent dat voorrang qua zeggenschap geen element vormt bij de beoordeling of sprake is van preferent aandeel.

NB De standaard is dat een aandeel voor het *volledige* daarop gestorte kapitaal (nominaal + eventueel agio) naar evenredigheid meedeelt in de winsten. Er is dan sprake van 'volledig meedelen'. Als dat het geval is, vormt dat een belangrijke aanwijzing dat het om een gewoon aandeel gaat. Wanneer een aandeel ter zake van de winstverdeling (en vereffening) voorrang op de andere aandelen heeft, is het risico verbonden aan dat aandeel lager. Bij een lager risico past een lager

rendement. Dat verklaart het vaak beperkte winstrecht op een preferent aandeel. De combinatie volledig winstdelend en beperkt risico is zonder duidelijke verklaring niet denkbaar. In het –bijzondere– geval dat aandelen meer dan evenredig meedelen in de winst (bijvoorbeeld: de A-aandelen tellen voor anderhalf aandeel bij het verdelen van de winst), is het goed te onderzoeken of dat een zakelijke reden heeft of dat sprake is van een schenking.

2. Parlementaire toelichting en spraakgebruik

Voor de invulling van de term ‘preferent aandeel’ is volgens de parlementaire geschiedenis onder andere beoogd aan te sluiten bij het spraakgebruik. Gezegd is onder meer: “Het gaat daarbij kort gezegd om aandelen die alleen recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van aandelen.” (TK 2009/2010, 32129, nr8, p 9-10).

Een tweede citaat is het volgende: “Met de leden van deze fractie ben ik van mening dat zolang aandelen volledig delen in de winstreserves en liquidatieopbrengsten, ze niet als preferente aandelen kwalificeren en dat elke vorm die hiervan afwijkt, nu of later, kan worden aangemerkt als een preferent aandeel” (Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 13, p 25).

Deze uitspraken zijn niet geheel consistent. Bij de uitleg van voornoemde passages staat het spraakgebruik centraal. Dat omvat de volgende elementen:

- a) Het begrip ‘preferent aandeel’ is algemeen en speelt binnen de hele belastingwetgeving een rol; er is geen afwijkend begrip ‘preferent aandeel’ voor de BOR / DSR.
- b) Preferente aandelen zijn ‘aandelen’ in civielrechtelijke zin. Het kapitaal behoort tot het eigen vermogen van de vennootschap.
- c) Beoordeling is objectief en vindt dus plaats ‘vanuit het aandeel’ en niet vanuit de aandeelhouder. Het gaat om de eigenschappen van het aandeel, niet om die van de persoon die de aandelen houdt.
- d) Er wordt bij de beoordeling of sprake is van een preferent aandeel uitgegaan van de statuten. De formele benaming (soort, letter, preferent) van het aandeel in de statuten is niet doorslaggevend. Het gaat om de civielrechtelijke / statutaire kenmerken van de aandelen.
- e) Preferente aandelen kunnen alleen bestaan indien meerdere soorten aandelen zijn. Vaak zijn dat letteraandelen, waarbij op grond van de statuten voor de aandelen letter A, andere bepalingen gelden dan voor aandelen letter B.

3. Weging

De beoordeling of sprake van een preferent aandeel vindt plaats aan de hand van de feiten en omstandigheden. De elementen worden in hun samenhang gezien, zoals bijvoorbeeld ook bij de verschillende criteria voor het IB-ondernemerschap het geval is. Er is niet één criterium dat in *alle* gevallen de doorslag geeft. Het is altijd een samenstel van kenmerken. Ook per afzonderlijk kenmerk kan in het ene geval daar 100% en in een ander geval daar deels aan zijn voldaan. Dat speelt allemaal mee bij de weging van alle factoren. Daarin heeft ook de ratio van de faciliteit (BOR / DSR) een rol¹.

– Indien het aandeel statutair niet volledig meedeelt in de winst moet worden gekeken of en in welke mate er sprake is van voorrang in de rangorde. Gecombineerd met een sterke mate

¹ De BOR kent overigens een aparte regel voor het storten van beleggingsvermogen (in het kader van de bezitser, zie art 35d, eerste lid, onderdeel c, slot, SW).

van voorrang in de rangorde ligt de conclusie preferent aandeel voor de hand. Andersom wil een zwakke vorm van voorrang in rangorde niet zeggen dat de kwalificatie preferent aandeel is uitgesloten.

– Indien het aandeel volledig meedeelt in de winsten maar tegelijkertijd het hele gestorte kapitaal bij de vereffening bij voorrang wordt uitgekeerd dan is sprake van een situatie op het grensvlak van een gewoon en een preferent aandeel. Het oordeel hangt af van de feiten en omstandigheden met inachtneming van de ratio van de faciliteit. Zoals hiervoor beschreven is een dergelijke combinatie zonder duidelijke reden niet goed denkbaar.

– In het geval sprake is van een kleine agiostorting (in relatie tot het totaal op het aandeel gestorte kapitaal) die niet volledig meedeelt in de winst, hangt de kwalificatie af van de voorrang in rangorde. Wanneer daar sprake van is (bijvoorbeeld het agio wordt bij vereffening bij voorrang terugbetaald) is het *hele* aandeel preferent.

5.1.2d

5.1.2d

4. Agio

Op aandelen kan naast het nominale kapitaal, meer worden gestort (agio). Dat kan ook als die aandelen al zijn uitgereikt aan de betreffende aandeelhouder. Agio is een civielrechtelijk begrip.

Meestal kennen letteraandelen op basis van de statuten een eigen (winst)reserve. Dat maakt het mogelijk dat de aandeelhouders onafhankelijk van elkaar agiostortingen kunnen doen, of dividend kunnen laten beschrijven op hun aandelen. Dat vloeit dan niet uit over de andere aandelen. De aandelen kunnen dan verder statutair gelijk zijn, hoewel ze qua waarde verschillen. Er zijn dan geen preferente aandelen aan te wijzen.

Indien met voorrang een (kleine) vergoeding wordt berekend over het agio is dat een element dat wijst richting preferent aandeel. Indien geen vergoeding wordt berekend over het agio (en het dus ook niet met voorrang kan worden berekend) is geen sprake van voorrang, en is het dus een gewoon aandeel. Hoewel dogmatisch juist, kan deze kwalificatie als gewoon aandeel spanning opleveren met de ratio van de faciliteiten. In beide gevallen lijken de aandelen immers een financieringskarakter te hebben. Signaleer zo'n geval en pleeg overleg.

5. INFORMEEL KAPITAAL

Van een informele kapitaalstorting is sprake bij een kapitaalstorting zonder uitreiking van aandelen of statutaire vastlegging dat de storting op bepaalde aandelen geschiedt. Informeel kapitaal vloeit uit over alle aandelen. Dat is ingeval van meerdere aandeelhouders doorgaans niet de bedoeling, zodat gekozen wordt voor agio. Als het wel de bedoeling is dat het informele kapitaal uitvloeit over de andere aandeelhouders (met name in familieverhoudingen) kan dat een aanwijzing zijn dat sprake is van een schenking. Als een gewoon aandeelhouder informeel kapitaal stort ontstaat er geen preferent aandeel. Aan de aandelen verandert immers niets. Informeel kapitaal is een louter fiscaal begrip.

Zowel bij agiostortingen op bestaande aandelen als bij informele kapitaalstortingen kort voor de schenking of vererving, komt de vraag op of is voldaan aan de bezitsei van de BOR. Dit is een lastig vraagstuk.

5.1.2d

6. Niet statutaire prefs denkbaar?

Uit de algemene elementen vloeit voort dat kwalificatie tot preferent aandeel een statutaire aangelegenheid is. Als het voorrang-karakter niet in de statuten is geregeld, maar op een andere manier (bijvoorbeeld door middel van certificering of aandeelhoudersovereenkomst), verandert er niets aan het karakter van het aandeel zelf. Er is dan geen sprake van een preferent aandeel.

- Het inbrengen van de gewone aandelen in een Stak onder uitgifte van certificaten waarop slechts een vast dividend percentage wordt uitgekeerd, leidt tot fiscaalrechtelijke complicaties (bijvoorbeeld een afrekenmoment voor het AB). Vanuit BV gezien is evenwel geen sprake van preferente aandelen.
- Indien partijen bij aandeelhoudersovereenkomst afspreken dat bepaalde gewone aandelen als preferent aandeel door het leven gaan (zij spreken onderling af dat ter zake slechts een vast percentage aan een persoon wordt uitgekeerd en dat de houder van de betreffende aandelen preferent is) geldt dit slechts voor de onderlinge verhoudingen. Ten opzichte van de BV verandert dit niets aan de aandeelhoudersrechten. Er ontstaan daardoor geen soort aandelen. Er is sprake van een gewoon aandeel. De ene aandeelhouder vervreemdt wel een deel van zijn aandeelhoudersrechten aan de ander. Binnen vijf jaar na de vererving of schenking levert dat strijd op met het voortzettingsvereiste van de BOR.

7. Samenvattend

Bij de beoordeling of aandelen een preferent karakter hebben, wordt geredeneerd vanuit het aandeel en daarmee vanuit de statuten. Voorrang op de winst en/of voorrang op het liquidatiesaldo wijst richting preferent aandeel. Volledige winstdelendheid zonder enige voorrang leidt tot de conclusie gewoon aandeel. In geval van tussenvormen moet weging plaatsvinden van de feiten en omstandigheden van het geval. Overleg bij twijfel altijd met je VTA S&E of IH.

8. Voorbeelden

Hieronder worden de kenmerken en elementen tegen een aantal voorbeelden aangehouden.

1. Agiostorting bij nieuw uitgegeven aandelen

Agiostorting bij de uitgifte van nieuwe aandelen is een gebruikelijke en zakelijke figuur.

1.a. Agio zonder preferentie (directe variant):

Stel dat een BV met enig aandeelhouder X een geplaatst aandelenkapitaal heeft van 10.000 aandelen met elk een nominale waarde van 100 (kapitaal derhalve € 1 mio) en dat die aandelen een waarde hebben van € 4 mio. Een derde (Y) gaat voor 50% meedoen in het bedrijf. De BV geeft 10.000 nieuwe aandelen uit, waarop Y € 4 mio stort. Dat is € 1 mio als nominaal geplaatst aandelenkapitaal en € 3 mio alsagio. De agiostorting vloeit uit over alle aandelen. De nieuw uitgegeven aandelen delen voor het hele daarop gestorte kapitaal volledig mee in de winst. Verder is er ook geen sprake van voorrang. De aandelen zijn niet preferent.

1.a. Agio zonder preferentie (indirecte variant):

Stel dat BV X met enig aandeelhouder X een deelneming BV Z heeft van 10.000 aandelen met elk een nominale waarde van 100 (kapitaal derhalve € 1 mio) en dat die aandelen een waarde hebben van € 4 mio. Een derde (Y) gaat via zijn personal holding BV Y voor 50% meedoen in BV Z. BV Z geeft 10.000 nieuwe aandelen uit, waarop BV Y € 4 mio stort. Dat is € 1 mio als nominaal geplaatst aandelenkapitaal en € 3 mio alsagio. De agiostorting vloeit over alle aandelen van BV Z. De nieuw uitgegeven aandelen delen voor het hele daarop gestorte kapitaal volledig mee in de winst. Verder is er ook geen sprake van voorrang. De aandelen zijn niet preferent.

1.b. Agio met preferentie:

Stel dat naast Y ook een gepensioneerde neef (Z) van X toetreedt als aandeelhouder. Deze neef Z neemt één letteraandeel in de BV en stort daarop 100 nominaal en een agio van € 500.000. De statuten bepalen dat dit agio verbonden blijft aan zijn aandeel en niet uitvloeit over alle aandelen. Op het agio wordt een vast winstrecht berekend voordat de winstdelen van de andere aandelen worden bepaald. De aandelen hebben daardoor voorrang in de rangorde. Er is sprake van een preferent aandeel.

1.c. Agio-variant:

Stel dat naast Y en neef Z ook een buurman (P) van X toetreedt als aandeelhouder. Deze buurman P neemt één letteraandeel in de BV en stort daarop 100 nominaal en een agio van € 400.000. De statuten bepalen dat dit agio verbonden blijft aan zijn aandeel en niet uitvloeit over alle aandelen. Omdat de BV dringend kapitaal nodig heeft, wordt afgesproken dat het agiokapitaal volledig meedeelt in de winstverdeling, maar bij vereffening van de BV eerder uitgekeerd wordt dan het nominaal gestorte kapitaal². De aandelen hebben daardoor voorrang bij de vereffening. Er is sprake van een situatie op het grensvlak van een gewoon en een preferent aandeel. Vanuit de ratio van de faciliteiten gezien treedt P hier eerder op als financier dan als ondernemer. Dat wijst richting de kwalificatie preferent aandeel.

2. Agiostorting op bestaande aandelen (enig aandeelhouder)

Agio kan ook worden gestort op aandelen die iemand al heeft.

2a. Volledig meedelend agio

Stel X is enig aandeelhouder van een BV. Hij doet op zijn al volgestorte aandelen een extra storting, bijvoorbeeld doordat hij zijn omvangrijke rekening-courant vordering op de BV vanuit privé inbrengt in de BV. Een paar jaar later overlijdt X en vererven zijn aandelen. De agiostorting op bestaande aandelen leidt niet tot het ontstaan van een nieuwe soort aandelen. De aandelen van X delen voor het volle bedrag dat er op gestort is mee in de winsten van de BV. De aandelen zijn niet preferent.

2b. Partieel meedelend agio I

Stel een BV heeft twee soorten aandelen, A-aandelen en B-aandelen. X (enig aandeelhouder) stort zijn rekening-courant vordering ad € 2 mio vanuit privé uitsluitend op de A-aandelen. De A-aandelen delen voor hun nominale waarde mee in de winsten, voor de agiostorting geldt een primair dividend van 5% dat bij de winstverdeling het eerst uitgekeerd wordt. Bij vereffening van de BV wordt het agio eerder uitgekeerd dan het nominaal gestorte kapitaal. Het totale gestorte kapitaal van de BV bedraagt € 5 mio. Er is sprake van twee vormen van voorrang (primair dividend en rangorde bij de vereffening). Er is dan sprake van een preferent aandeel A.

2c. Partieel meedelend agio II

Stel een BV heeft twee soorten aandelen, A-aandelen en B-aandelen. X stort zijn rekening-courant vordering ad € 20.000 vanuit privé uitsluitend op de A-aandelen. De A-aandelen delen voor hun nominale waarde mee in de winsten, voor de agiostorting geldt geen rentevergoeding / primair dividend. Bij vereffening van de BV wordt op grond van de statuten het agio wel eerder uitgekeerd dan het nominaal gestorte kapitaal. Het totale gestorte kapitaal van de BV bedraagt € 5 mio. In dit geval hebben de A-aandelen een voorrang bij de vereffening. Deze –in dit geval– marginale voorrang

² Dit is op zich vreemd. X en Y zullen normaliter er niet mee akkoord gaan dat de aandelen van Z 1) volledig meedelen in de winsten, maar 2) bij vereffening van de BV de agiostorting bij voorrang worden uitbetaald. Soms gebeurt dat toch, hier omdat de BV dringend kapitaal nodig heeft.

moet in het totaal van de afweging worden betrokken, waarin ook de ratio van de toe te passen regeling een rol speelt. Overleg in dit geval met je VTA.

3. Agiostorting op bestaande aandelen (meerdere aandeelhouders)

Als bij meerdere aandeelhouders slechts één van hen een agiostorting doet, treedt deze vanuit de andere aandeelhouder bezien deels op als financier. De beoordeling vindt echter plaats vanuit het aandeel. Weer enkele voorbeelden.

3a Agiostorting op bestaande aandelen (meerdere aandeelhouders), directe variant

P en Q zijn ieder voor 50% aandeelhouder van een BV met een eigen vermogen van € 1 mio. P stort € 10 mio als agio op zijn aandelen in de BV. Zonder nadere maatregelen vloeit deze agio uit over alle aandelen en profiteert ook Q van de storting. Zijn aandelen worden, net als die van P, € 5 mio méér waard. Om dat te voorkomen, bedingt P dat de inbreng alleen bij zijn aandelen hoort (agio op bestaande aandelen). De statuten van de BV moeten daar uiteraard wel in voorzien. De aandelen van P delen voor het volle bedrag dat er op gestort is mee in de winsten van de BV. Stel dat de statuten bepalen dat bij vereffening eerst het agio wordt terugbetaald en pas daarna het gewone aandelenkapitaal. Dit is een situatie waarin het aandeel dat het midden houdt tussen een gewoon en een preferent aandeel. Het aandeel is volledig winstdelend, en heeft tegelijkertijd voorrang bij vereffening. Het oordeel over deze theoretische casus hangt af van de overige feiten en omstandigheden met in achtneming van de ratio van de faciliteit.

3b. Agiostorting op bestaande aandelen (meerdere aandeelhouders), indirecte variant

P is enig aandeelhouder van BV P. Q is enig aandeelhouder van BV Q. BV P en BV Q bezitten ieder 50% van de aandelen in BV R. De aandelen in BV R worden verletterd: de aandelen in het bezit van BV P worden verletterd naar aandelen A, de aandelen in het bezit van BV Q naar aandelen B. BV P stort haar € 10 mio vordering op BV R als agio op haar aandelen A in BV R. Het totale gestorte kapitaal van de BV is € 40 mio. In de statuten van BV R is bepaald dat jaarlijks uit de winst allereerst een bepaald percentage van het bedrag van de agioreserve verbonden aan de aandelen A, wordt toegevoegd aan deze agioreserve. Verder bepalen de statuten dat de resterende winst naar rato van de nominale waarde wordt verdeeld over de aandelen A en B. In geval van ontbinding van BV R bepalen de statuten dat vereffening geschiedt door allereerst het saldo van de agioreserve uit te keren. De aandelen A hebben zowel voorrang bij de winstverdeling (primair dividend) als bij de vereffening. Ten aanzien van de indirect door P gehouden aandelen A wijst veel in de richting van een preferent aandeel.

4. Informeel kapitaal

Vader stort een vordering in een BV waarvan hij en zijn zoon ieder de helft van de aandelen houden. Daar is geen zakelijke reden voor te bedenken. Er is voor de helft sprake van een schenking. Feitelijk storten vader en zoon ieder de helft van de vordering als informeel kapitaal op hun aandelen. De aandelen zelf veranderen niet van karakter en worden (dus) ook niet preferent.

5. Tracking stocks

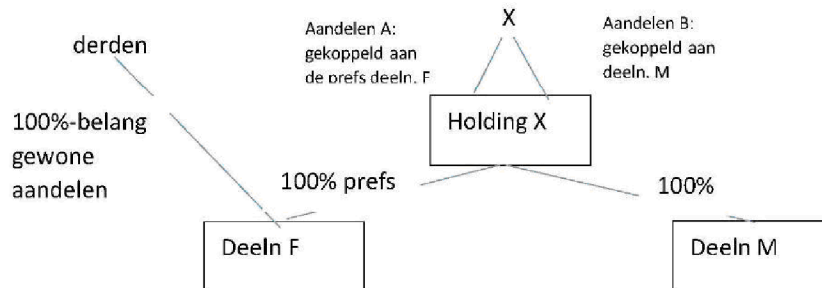
Wat hiervoor is gezegd over agio, kan naar analogie ook van toepassing zijn op tracking stocks. Tracking stocks zijn letteraandelen vaak gericht op specifieke deelnemingen in de 'kerstboom'. Zoals: de aandelen A in Holding X zien op het vermogen en de resultaten van deelneming Y van die holding.

5.a. Tracking stock als gewoon aandeel:

Holding X heeft twee soorten aandelen: aandelen A en aandelen B. De aandelen A zien op vermogen en resultaten in deelneming F (fietsenhandel) en aandelen B op die in deelneming M (motorhandel). Q is enig aandeelhouder van alle aandelen in Holding X. Q schenkt de aandelen A aan zijn zoon en de aandelen B aan zijn dochter. Nu de tracking stocks feitelijk de kenmerken hebben van de gewone aandelen B kwalificeren zij als gewone aandelen.

5.b. Tracking stock als pref:

Holding X heeft twee soorten aandelen: aandelen A en aandelen B. De aandelen A zien op vermogen en resultaten in deelneming F (fietsenhandel) en aandelen B in deelneming M (motorhandel). De aandelen A zijn gekoppeld aan de door deelneming F uitgegeven preferente aandelen. Zie onderstaande structuur. De tracking stock aandeel A is feitelijk een preferent aandeel.



5.c. Tracking stock als gewoon aandeel

Werkmaatschappij X heeft twee soorten aandelen die rechtstreeks door Q worden gehouden: aandelen A en aandelen B. De aandelen A zien op het vermogen en de resultaten van activiteit A (fietsenhandel) en aandelen B zien op activiteit B (motorhandel). Nu de aandelen zijn gekoppeld aan een activiteit en volledig meedelen in deze activiteit kwalificeren zij als gewone aandelen. Indien de activiteit A bestaat uit beleggingsactiviteiten maakt dit deze conclusie niet anders, echter bij gebrek aan een onderneming zullen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet van toepassing zijn op de direct gehouden aandelen A.

D.d. 1 april 2019

5.1.2e