

Soort aandelen; in welk bakje horen de aandelen thuis?

Vp-bulletin 2020/13

1. Inleiding

Voor een belastingplichtige die aandelen houdt in een vennootschap dient beoordeeld te worden of de gehouden aandelen kwalificeren als een aanmerkelijk belang als bedoeld in hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (“Wet IB 2001”). Hiervan kan eerder sprake zijn als een aandeel kwalificeert als een soort aandeel. In dit artikel ga ik in op de vraag wanneer sprake is van een soort aandeel, waarna ik voorbeelden van soort aandelen bespreek. Tot slot ga ik in op enkele aandachtspunten bij soort aandelen.

2. Wanneer is er sprake van een soort aandeel?

De basis om te bepalen of sprake is van een aanmerkelijk belang is artikel 4.6 Wet IB 2001. Over het algemeen is hiervan sprake als een belang van ten minste 5% wordt gehouden in een vennootschap. Als geen aanmerkelijk belang aanwezig is op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001 kan alsnog sprake zijn van een aanmerkelijk belang als een belang van ten minste 5% wordt gehouden in een soort aandeel. Wanneer sprake is van een soort aandeel is bepaald in artikel 4.7 Wet IB 2001.

2.1 Achtergrond artikel 4.7 Wet IB 2001

De oorsprong van artikel 4.7 Wet IB 2001 ligt in de Wet op de inkomstenbelasting 1964. Bij de parlementaire behandeling bij de invoering van soort aandelen is toegelicht dat sprake is van een apart soort aandeel indien niet alle aandelen in het kapitaal onderling vervangbaar zijn, anders gezegd, niet dooreen leverbaar zijn. Als voorbeeld hierbij is genoemd letter aandelen met verschillende dividendreserves waarvan de omvang niet gelijk is met verschillen in de gerechtigdheid tot de jaarwinst van de vennootschap.² Hierdoor kunnen belangen van 5% in een soort aandeel ook leiden tot een aanmerkelijk belang.

Het was echter niet wenselijk dat ook sprake was van een apart soort als er geen economische verschillen zaten in de aandelen, maar alleen een verschil in vermogensrechtelijke aanspraken. Als gevolg van een amendement van de leden Vreugdenhil en Van der Vaart is daarom in de Wet op de inkomstenbelasting 1964 opgenomen dat aandelen die zich ten opzichte van andere aandelen in de vennootschap onderscheiden uitsluitend doordat aan die aandelen andere dan vermogensrechtelijke aanspraken

– bijvoorbeeld benoemingsrechten – zijn verbonden, niet als een aparte soort worden aangemerkt.³

Door de wetswijziging in het Burgerlijk Wetboek per 1 januari 2012 was de term ‘vermogensrechtelijke aanspraken’ te ruim geworden. Hiertoe is de wet gewijzigd, waarna de tekst is gewijzigd naar de tekst die we nu nog kennen in artikel 4.7, lid 2, Wet IB 2001:

“Aandelen in een vennootschap en de aandelen in die vennootschap die zich daarvan onderscheiden uitsluitend doordat aan die aandelen een benoemingsrecht, het recht de naam van de vennootschap te mogen bepalen of een met die rechten vergelijkbaar recht is verbonden, of doordat ter zake van die aandelen een bijzondere aanbiedingsregeling of een daarmee vergelijkbare regeling geldt, worden beschouwd als behorende tot één soort.”

2.2 Hoge Raad 16 december 2011 (BNB 2012/80 en BNB 2012/81)

De Hoge Raad heeft op 16 december 2011 in een tweetal arresten meer duidelijkheid verschaft omtrent de vraag wanneer sprake is van een soort aandeel. Hieronder zal ik eerst kort ingaan op de achtergrond van beide arresten, waarna ik de beslissing van de Hoge Raad bespreek.

2.2.1 BNB 2012/80

Belanghebbende was aandeelhouder van een BV die gewone aandelen kende (aandelen A) en converteerbare niet cumulatief preferente aandelen B. Het belang van belanghebbende in de aandelen A bedroeg 7,3% en in de aandelen B 1,8%. Het belang in het totaal geplaatst aandelenkapitaal van de BV bedroeg 4,1%. In geschil is of de aandelen A en de aandelen B tot één soort behoren, omdat als ze tot één soort behoren geen sprake is van een aanmerkelijk belang.

2.2.2 BNB 2012/81

Belanghebbende was aandeelhouder van een BV die cumulatief preferente aandelen kende, maar ook aandelen A en aandelen B. De nominale waarde van de aandelen A bedraagt f 1 en die van de aandelen B f 0,25, terwijl de uitgiftekoers van beide aandelen f 5 bedroeg. Hiertoe is op de aandelen A een agio van f 4 gestort en op de aandelen B f 4,75. Voorts geven de aandelen A recht op vier stemmen per aandeel en geven de aandelen B recht op één stem per aandeel. In geschil is of de aandelen A en de aandelen B tot één soort behoren, omdat als ze tot één soort behoren geen sprake is van een aanmerkelijk belang.

¹ H. van Veen MSc is werkzaam als belastingadviseur bij Arcagna B.V.

² Kamerstukken II 1998/89, 21033, 3, p. 5 en Kamerstukken II 1998/89, 21033, 5, p. 5.

³ Kamerstukken II 1998/89, 21033, 9.

2.2.3 *Beslissing Hoge Raad*

De analyse van de Hoge Raad is in beide arresten nagenoeg gelijk. De Hoge Raad gaat in zijn analyse in op de historie van artikel 4.7, lid 2 Wet IB 2001. Uit de opbouw van het arrest van de Hoge Raad maak ik op dat de Hoge Raad twee verschillende sporen voor ogen had:

1. alleen puur economische verschillen kunnen leiden tot soort aandelen; of
2. naast economische verschillen kan het juridisch eigendom (stemrecht) onder voorwaarden ook tot soort aandelen leiden.

Ik licht de verschillende sporen hieronder nader toe.

Puur economische verschillen

Uit de parlementaire geschiedenis maakt de Hoge Raad op dat op grond van het amendement Vreugenhil en Van der Vaart⁴ de wetgever de soortbenadering heeft willen beperken tot aandelen die ten opzichte van andere door de vennootschap uitgegeven aandelen een bijzondere gerechtigdheid hebben tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap. Als voorbeeld werd genoemd letteraandelen met een dividendreserve die per letteraandeel uiteenloopt. Voorts biedt volgens de Hoge Raad de ratio van de soortbenadering van artikel 4.7, lid 2, Wet IB 2001 steun voor een economische benadering, waarbij alleen een onderscheid in vermogensrechten leidt tot een bijzondere soort.

Juridisch eigendom onder voorwaarden ook van belang

Anderzijds volgt uit de tekst van artikel 4.7, lid 2, Wet IB 2001 dat de wetgever de gelijkstelling heeft beperkt. Die gelijkstelling is beperkt tot aandelen met een benoemingsrecht, het recht de naam van de vennootschap te mogen bepalen of waaraan een met die rechten vergelijkbaar recht is verbonden, dan wel doordat ter zake van die aandelen een bijzondere aanbiedingsregeling of daarmee vergelijkbare regeling geldt. Dit wijst erop dat de gelijkstelling niet voor alle verschillen in zeggenschap geldt. Vervolgens geeft de Hoge Raad aan dat in de wetgeschiedenis onvoldoende aanwijzingen zijn te vinden dat in weerwil van de wettekst de wetgever de ruimere economische benadering heeft beoogd.

De Hoge Raad komt vervolgens tot het oordeel dat naast een puur economische benadering, zoals het geval is bij letteraandelen met een eigen dividendreserve, ook verschillende soorten aandelen aanwezig kunnen zijn als uitsluitend een verschil bestaat met betrekking tot de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap. Dit valt volgens de Hoge Raad niet onder de in artikel 4.7, lid 2, Wet IB 2001 bedoelde uitzonderingen.

In onderhavige zaken komt de Hoge Raad vervolgens tot het oordeel dat in beide gevallen de aandelen A en de aandelen B verschillende soorten aandelen betreffen. De aandelen verschillen wat betreft het stemrecht over de vaststelling of uitbetaling van dividenden en over andere kwesties die de vermogenspositie van de vennootschap rechtstreeks raken. Het laatste deel van het oordeel van de Hoge Raad, andere kwesties die de vermogenspositie van de vennootschap rechtstreeks raken, leidt echter tot vraagtekens. J.P. Boer geeft in zijn noot bij *BNB 2012/80* mijns inziens terecht aan dat de Hoge Raad de vraag wanneer sprake is van een soort aandeel hiermee lijkt te veruimen. Het lijkt erop dat een aandeel dat dezelfde winstrechten heeft maar door bepaalde besluiten een wijziging in de vermogenspositie kan aanbrengen, kan leiden tot een apart soort aandelen.

3. **Voorbeelden van soort aandelen**

Hieronder ga ik in op verschillende aandelen die kunnen kwalificeren als een soort, maar merk hierbij op dat ik geen volledigheid beoog.

3.1 *Letteraandelen*

Letteraandelen worden in de regel aangeduid door een letter achter het aandeel te zetten, bijvoorbeeld aandelen A en aandelen B. Aan elk van de letteraandelen kunnen bepaalde rechten kleven, zoals een eigen dividend- en/of agioreserve. Uit het arrest van de Hoge Raad van 16 december 2011 volgt dat sprake is van een apart soort indien aan deze aandelen (i) bijzondere rechten zijn verbonden die ertoe kunnen leiden dat er een verschil in winstgerechtigdheid aanwezig is en/of (ii) de bijzondere rechten zien op de besluitvorming omtrent de uitkering van winst of vermogen van de vennootschap. Letteraandelen waarvan bijvoorbeeld alleen de nominale waarde van de aandelen verschilt en de overige rechten identiek zijn, kwalificeren niet als soort aandelen.

3.2 *Tracking stock*

Tracking stock zijn aandelen die feitelijk door de vennootschap heen kijken en kunnen daardoor de winstrechten volgen van specifiek benoemde activa en passiva van de vennootschap. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een aandeel dat alleen de waardeontwikkeling volgt van de dochtervennootschap A BV, terwijl de andere aandelen het winstrecht van het overige vermogen van de vennootschap volgen. Doordat een tracking stock een verschil in winstrecht creëert tussen de aandelen kwalificeren tracking stock aandelen als soort aandelen voor het aanmerkelijk belang.

3.3 *Stemrechtloze aandelen*

Stemrechtloze aandelen delen in gelijke mate in de winstrechten, maar de stemrechtloze aandelen hebben in tegenstelling tot gewone aandelen geen stemrecht. In de

⁴ *Kamerstukken II 1989/90, 21033, 9.*

parlementaire geschiedenis bij de invoering van de Flex-BV-wetgeving is aangegeven dat stemrechtloze aandelen een apart soort vormen, omdat de houders van de stemrechtloze aandelen geen besluiten kunnen nemen omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap.

De vraag rijst hierbij waarom stemrechtloze aandelen een apart soort vormen, maar gecertificeerde aandelen geen apart soort vormen voor het aanmerkelijk belang. Certificaathouders hebben immers net zo weinig invloed op uitkeringen die worden gedaan uit een vennootschap als stemrechtloze aandeelhouders. In de parlementaire toelichting⁵ en later bevestigd in het besluit van de staatssecretaris van 9 maart 2018⁶ wordt opgemerkt dat voor de bepaling of sprake is van een soorttaandeel uitsluitend de aan het aandeel verbonden rechten en plichten van belang zijn. Met andere woorden, uitsluitend de statuten van de vennootschap bepalen of er verschillende soort-aandelen zijn. Nu de stemrechtloosheid van de certificaten van aandelen niet in de statuten van de vennootschap zelf is geregeld maar in de statuten en administratievoorwaarden van het stichting administratiekantoor leiden certificaten van aandelen niet tot een apart soorttaandeel.

3.4 Winstrechtloze aandelen

Winstrechtloze aandelen zorgen ervoor dat een aandeelhouder geheel wordt uitgesloten van de winstgerechtigdheid van een vennootschap. Een winstrechtloos aandeel zal normaal gesproken nagenoeg geen waarde hebben en ook geen waarde creëren. Het belang van de wetgever om een winstrechtloos aandeel als apart soort te kwalificeren zit voornamelijk in de meesleepregeling van artikel 4.9 Wet IB 2001 en de meetrekregeling van artikel 4.10 Wet IB 2001.

3.5 (Cumulatief) preferente aandelen

Preferente aandelen kenmerken zich doordat ze recht geven op een vast rendement dat niet afhankelijk is van het gerealiseerde resultaat van de vennootschap. De preferente aandelen hebben hierbij een voorrang op de uitkering ten opzichte van de gewone aandelen die delen in het resterende resultaat van de vennootschap.

Bij cumulatief preferente aandelen komt eveneens een vast rendement toe aan de houder van de cumulatief preferente aandelen, maar hiervoor geldt ook een zogenoemde inhaalregeling. Als in een bepaald jaar de toerekenbare winst lager is dan het vaste rendement en in latere jaren hoger is dan het vaste rendement, dan wordt het achterstallige nog niet uitgekeerde vaste rendement alsnog uitgekeerd aan de cumulatief preferente aandeelhouders. Bij alleen preferente aandelen geldt deze inhaal-

regeling niet en heb je 'pech' als het rendement in een jaar niet toereikend genoeg is.

Zowel de preferente aandelen als de cumulatief preferente aandelen geven recht op verschillende winstrechten ten opzichte van 'gewone aandelen', zodat de (cumulatief) preferente aandelen als een apart soort dienen te worden beschouwd.

4. Aandachtspunten soort aandelen

Als een vennootschap soort aandelen heeft of krijgt, gelden enkele aandachtspunten waar rekening mee moet worden gehouden. Zonder volledig te willen zijn bespreek ik hierna de volgende punten:

1. gevolgen van soort aandelen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten;⁷
2. vaststellen of sprake is van een dividenduitkering;
3. toepassing deelnemingsvrijstelling;
4. kwalificerend belang in een onroerendzaaklichaam.

4.1 Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

4.1.1 Toerekening vermogen

Voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt een onderscheid gemaakt tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen. Het kan wenselijk zijn om door middel van tracking stock ervoor te zorgen dat bijvoorbeeld de aandelen A alleen het beleggingsvermogen volgen en de aandelen B alleen het ondernemingsvermogen. Voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden de soort aandelen echter niet erkend blijkt uit het WOB-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling⁸. Ik zal dit hieronder toelichten aan de hand van een voorbeeld.

Voorbeeld

Holding BV heeft twee aandeelhouders, aandeelhouder X houdt alle 100 aandelen A van Holding BV en aandeelhouder Y houdt alle 100 aandelen B van Holding BV. Holding BV houdt twee 100%-deelnemingen, zijnde Belegging BV en Onderneming BV en houdt verder geen vermogen of schulden aan. De aandelen A volgen alleen het resultaat en waardeontwikkeling van Belegging BV en de aandelen B alleen het resultaat en waardeontwikkeling van Onderneming BV. Belegging BV bestaat voor 100% uit beleggingsvermogen en Onderneming BV voor 100% uit kwalificerend ondernemingsvermogen.

⁵ Kamerstukken I 2011/12, 31058, nr. C.

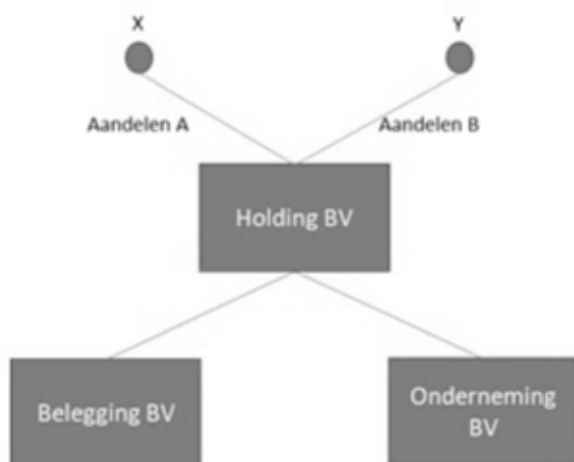
⁶ BNB 2018/133.

⁷ Artikel 4.17a Wet IB 2001, artikel 4.17c Wet IB 2001 en hoofdstuk IIIA Successiewet 1956.

⁸ WOB-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling van 23 juli 2018, V-N 2018/59.11.

Schematisch ziet dit er als volgt uit.

Figuur 1



Stel dat de aandelen B door Y worden geschonken. De aandelen B zien op basis van de statuten van Holding BV alle op het resultaat en de waardeontwikkeling van Onderneming BV. Toch wordt er voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten een deel van het beleggingsvermogen aan de aandelen B toegerekend. Voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten dient namelijk het te schenken vermogen als volgt te worden bepaald:

1. *(gestort aandelenkapitaal aandelen B/totaal gestort aandelenkapitaal aandelen A+B) * waarde Belegging BV; plus*
2. *(gestort aandelenkapitaal aandelen B/totaal gestort aandelenkapitaal aandelen A+B) * waarde Onderneming BV.*

Gevolg is dat voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vermogen van Belegging BV aan de aandelen B wordt toegekend, waardoor voor een deel geen gebruik kan worden gemaakt van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

4.1.2 Voortzettingstermijn

Ook voor de voortzettingstermijn worden de soort aandelen genegeerd. Als in bovengenoemd voorbeeld zowel Belegging BV als Onderneming BV als kwalificerend ondernemingsvermogen kwalificeren en de activiteiten van Onderneming BV worden bijvoorbeeld binnen vijf jaren na de schenking van de aandelen A gestaakt, wordt ook de faciliteit op de aandelen A teruggenomen. Doordat de soort aandelen worden genegeerd voor de voortzettingstermijn maakt het niet uit dat de aandelen A geen recht geven op het resultaat en waardeontwikkeling van Onderneming BV. Voor de berekening welk deel wordt teruggenomen moet dezelfde formule worden toegepast als hierboven in paragraaf 4.1.1. beschreven.

4.1.3 Bezitstermijn

Als soort aandelen worden gecreëerd gaat een nieuwe termijn in voor de bezitstermijn van artikel 35d Successiewet 1956 (één jaar voor overlijden en vijf jaar voor schenken). Het maakt hierbij niet uit of de soort aandelen kunnen worden vereenzelvigd met de 'oude' aandelen door toepassing van de voorwaarden als opgenomen in het besluit van de staatssecretaris van 9 maart 2018.⁹

4.2 Vaststellen of sprake is van een dividenduitkering

Het 'reserveren' van de winst op een afzonderlijke dividendreserve kan onder omstandigheden leiden tot een dividenduitkering en kan derhalve zijn belast met inkomstenbelasting en/of dividendbelasting. Uit een tweetal arresten¹⁰ maak ik op dat als de aandeelhouder(s) van een soort aandeel zelfstandig bevoegd is/zijn om ook ingeval het totale eigen vermogen van de vennootschap negatief is een uitkering te doen op haar soort, dit ertoe kan leiden dat het reserveren van de winst al als een dividenduitkering wordt gezien. Het lijkt derhalve van belang of de gereserveerde winst van een soort aandeel kan delen in de verliezen van de vennootschap. Als het antwoord hierop ontkennend luidt kan reeds sprake zijn van een dividenduitkering alvorens hiertoe door het bestuur en de aandeelhouders is besloten.¹¹

4.3 Toepassing deelnemingsvrijstelling

Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling als bedoeld in artikel 13 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 is voor kapitaalvennootschappen als hoofdregel van belang dat de belastingplichtige een belang van ten minste 5% houdt in het nominaal gestort kapitaal van een vennootschap. De soort aandelen zijn dus niet van belang voor de bepaling of een belang van ten minste 5% wordt gehouden. Wel kunnen soort aandelen ertoe leiden dat de deelnemingsvrijstelling eerder of juist minder snel van toepassing is als de nominale waarden van de soort aandelen verschillen.

4.4 Kwalificerend belang in een onroerende zaak rechtspersoon

De verkrijging van aandelen door een kapitaalvennootschap in een onroerende zaak rechtspersoon ("OZR") als bedoeld in artikel 4 Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 is belast met overdrachtsbelasting als een belang van ten minste een derde gedeelte wordt verkregen (al dan niet via verbonden personen en verbonden lichamen). Een natuurlijk persoon dient daarnaast (al dan niet tezamen met zijn echtgenoot) een belang van meer dan 7% te verkrijgen voordat sprake is van een kwalificerend

⁹ BNB 2018/133.

¹⁰ Hof 's-Hertogenbosch van 24 september 1986 (BNB 1987/325) en Hoge Raad van 30 oktober 1991 (BNB 1992/26).

¹¹ Voor een nadere beschouwing verwijs ik naar het artikel van H.G.M. Dijstelbloem, 'Fiscale aspecten van letteraandelen', TFO 1999/1 en het artikel van J.C.M. van Sonderen, 'Enkele civielrechtelijke en fiscale aspecten van uitkeringen op (letter)aandelen', WFR 1992/408.

belang dat onderworpen is aan overdrachtsbelasting. Als een OZR soort aandelen heeft kan het zijn dat minder dan een derde van de aandelen wordt gehouden, maar door het houden van een bepaald soort aandeel wel een belang van ten minste een derde wordt gehouden in het OZR.

5. **Samenvatting**

Er is sprake van een soort aandeel als de aandelen in het kapitaal niet onderling vervangbaar zijn, anders gezegd, niet dooreen leverbaar zijn. Uit de arresten van de Hoge Raad van 16 december 2011 blijkt dat ook sprake kan zijn van een soort aandeel als het aandeel op basis van de statuten andere rechten heeft omtrent besluiten tot uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap. De Hoge Raad lijkt nog een verruiming aangegeven te hebben door te bepalen dat als aandelen bepaalde rechten hebben, die de vermogenspositie van de vennootschap rechtstreeks kunnen raken, er ook sprake is van een apart soort. Voorbeelden van soort aandelen die voorkomen zijn onder meer letter aandelen, stemrechtloze aandelen en tracking stock. Tot slot geldt een aantal aandachtspunten bij soort aandelen, waaronder voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, het vaststellen of sprake is van een dividenduitkering, de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en het verkrijgen van een kwalificerend belang in een OZR.