

HC 11, 13-03-2018

Inkomsten uit aanmerkelijk belang

Voor de inkomsten uit aanmerkelijk belang grijpen we terug naar de bronnentheorie. Het aanmerkelijk belang is apart en zou er eigenlijk volgens de theorie niet moeten zijn. Bij aanmerkelijk belang belast je het rendement dat wordt behaald, dit past niet bij de bronnentheorie omdat er een materiele aantasting van de bron is. Je hebt een pakket aandelen, je doet er afstand van en daar moet je belasting over betalen. De basis voor de inkomstenbelasting in Nederland en wat gebruikelijk is in het buitenland botst met elkaar. Het past eigenlijk dus niet in de klassieke bronnentheorie om de verkoop van een aandelenpakket te belasten. De oudste theorieën zijn eigenlijk verlaten. Ze schetsen een verschil tussen 2 situaties waarvan de wetgever denkt dat er een maatregel bij zou passen.

Stel een aandeelhouder heeft weinig te zeggen in het filiaal. In een vennootschap waar je wel wat te zeggen hebt, heb je macht. Waar de verschillen in macht leiden tot fiscaal gedreven gedrag, moet de wetgever nadenken of hij een maatregel wil nemen. In de oude situatie waren inkomsten uit vermogen niet belast, maar werden de reële inkomens in aanmerking genomen. In die tijd moet je de discussie plaatsen. Als je in een vennootschap niets te zeggen hebt, dan zijn er geen verstoringe factoren in dit systeem. Dit is een normaal natuurlijk proces, er is dus geen marktverstoring door fiscaliteit.

Stel je zegt in optie twee dat je steeds geen dividend uitgekeerd wil krijgen en je pot het op, dan zou je nooit last hebben van inkomstenbelasting. Alle vormen van vermogen hebben dit dilemma in zich. Het is dan ook vrij logisch dat de wetgever hiervoor maatregelen neemt. Bij aandelen in vennootschappen is het verschil dat er een sluis zit tussen vermogensbestanddeel en het moment van genieten. Die bv of nv maken dat de aandeelhouder de macht heeft om het verdienpotentieel stop te zetten daar waar hij in zo'n bijzondere positie verkeert dat hij dat kan afdwingen. Om die reden heeft van oorsprong dat het systeem verkeerd gaat als de wetgever geen maatregelen neemt voor compensatie van het feit dat de wetgever de belasting zou missen.

Deze maatregelen kunnen op 2 manieren genomen worden. Het eerste is een fictief dividend genieten. Methode twee is dat als de besparingsmethode in de oppotmogelijkheid zit en deze dan verkocht wordt, dan kan de belastingdienst dan nog zijn geld halen. Er is dan compensatie door de eindafrekening van de opgepote reserves in het bedrijf. De wetgever heeft dus de eindafrekening geïntroduceerd, dit systeem is kwetsbaar. Als je inbreuk maakt op een basisprincipe, dan moet je je afvragen of de inbreukregeling voldoet aan het doel wat ermee is gesteld. Het doel is dat je belasting moet betalen wat je normaal zou moeten hebben betaald wanneer het dividend tussendoor uitgekeerd werd. Maar je weet niet waar de verkoopopbrengsten vandaan komen. Afhankelijk van de casus heb je een einduitkomst die of heel goed aansluit bij de bronnentheorie of daar volkomen naast zit, omdat er elementen zijn meegenomen die normaal nooit belast zouden zijn geworden. De oorspronkelijke gedachte is dat de overheid ingrijpt wanneer je zo veel macht hebt in een bedrijf dat je de dividendstroom kan beïnvloeden. Meer dan 1/3e van de aandelen was het criterium in de oude situatie. Dit is later verlaten en is verlaagd naar 5%. Dat kan je niet meer rechtvaardigen met het argument dat de wetgever dit in het leven roept om de macht te corrigeren. Waarom is dit dan toegepast? De wetgever is van gedachten veranderd welke onderbouwing het nodig had. De wetgever is afgestapt van het machts criterium en verplaatst naar de ondernemer met een eenmanszaak en de ondernemer met een bv. Wetgever zegt nu eigenlijk zo veel mogelijk gedaan

moet worden om geen verstoring te krijgen van fiscale maatregelen. De wetgevers zijn opzoek naar twee systemen die met elkaar kunnen concurreren, het globale evenwicht tussen beide ondernemingsvormen moet bereikt worden (vpb en ib). Verder wil de wetgever ook onderscheid maken tussen diegene die als ondernemer een aandelenpakket heeft en diegene die dat als belegger heeft. De belegger zit in box 3 en bij de ondernemer heb je meer de vergelijking met de IB-ondernemer. Het criterium tussen die twee vormen is 5% geworden. De wetgever probeert een bijzondere inkomenscategorie te creëren waarbij de eenmanszaken op dezelfde manier worden behandeld als de IB-ondernemers.

Welke criteria hanteert de wetgever nu precies? De wetgever omschrijft deze criteria in art. 4.6. Er staat nergens in de wet dat het alleen maar geldt voor nv en bv. Dus ook binnen en buitenlands, bij elke participatie moeten we vaststellen of het een vennootschap is met een aandelenkapitaal zoals is bedoeld in de wet. In andere landen kunnen mengvormen bestaan, deze vormen zullen we moeten uitleggen naar Nederlands recht. De HR gaat kijkt naar of er een kapitaalverdeling is en of er een vrije of geclausuleerde toegang is voor de toetreding. Een ander criterium is dat het moet gaan over de reële positie van de aandeelhouder. Het begrip wordt dus niet in juridische zin ingekleed maar in economische zin. Daar krijg je ook mee te maken met het certificeren van de aandelen. Het certificaat is alles wat een aandeel is, behalve het stemrecht. De wetgever is bang dat er mensen komen die geen juridisch aanmerkelijk belang hebben maar economisch wel verantwoordelijk zijn. De wetgever moet het begrip aandeelhouder en vennootschap dus invullen. Vervolgens gaat het om een belang dat je al dan niet met je partner hebt. Dit is een beetje de oude gedachte van het machts criterium. "Direct of indirect", direct is simpel, indirect is een belang in een vennootschap en die vennootschap heeft een belang in een andere vennootschap. (bijv. holding-werkmaatschappij structuur). Maak tekeningen op het tentamen bij veranderingen van de vennootstructuren.

Je bent via aandelen, via opties of via winstbewijzen potentieel AB-houder. Er bestaat ook een gelijkstelling. Bij genotsrechten in art. 4.3, heb je een vruchtgebruik. Op dat moment heb je ook aanmerkelijk belang. In 4.4 staat dat een koopoptie gelijkgesteld is aan een aandeel. Dat geldt voor alle bepalingen van de afdeling met uitzondering van de artikelen 4.6 t/m 4.8. Dat is dus de 5%. Het maximaal economisch belang is $4,9999+4,9999+4,9999$. Dus altijd aan elkaar gelijkstellen behalve bij dit artikel! Je kan aandelenopties, winstbewijzen, etc bij elkaar optellen tot een maximaal economisch belang van 14,9. Je moet de soorten aandelen kennen voor de AB-regeling. Bij een cumulatief preferent aandeel heb je elk jaar recht op dividend, anders wordt het doorgeschoven. Een preferent aandeel geeft recht op een onderliggende waarde, zoals de nominale waarde van een aandeel. Een aandeel dat zich gedraagt als een lening is mengvorm van eigen en vreemd vermogen. Art. 4.7 is erg belangrijk bij deze problematiek.

Bij letteraandelen hangen er verschillende soorten kleuren en ook verschillende financiën aan. Je hebt dan onderscheid in soorten. Je moet de regels van soortaandelen kennen! In 4.7 lid 2 staat het samen vegen van de aandelen. Het begrip sportaandeel moet je kennen en je moet weten waar de grens ligt. De wetgever wil dat het AB-begrip goed sluitend is.

Reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang

Er bestaan 2 soorten voordelen uit aanmerkelijk belang. Dit zijn reguliere en vervreemdingsvoordelen. Reguliere voordelen zijn niet erg ingewikkeld, maar de wet zegt niet veel. Art. 4.13 gaat over een bijzonder soort regulier voordeel, dat zijn de vrijgestelde beleggingsinstellingen. Het lijkt een uitbreiding op het normale begrip. De gewone voordelen worden niet echt behandeld, alleen in 4:12a. "getrokken uit" is nog een terug te vinden restant van de bronnentheorie. Dit is een van de weinige plekken in de wet waar naar de bronnentheorie wordt verwezen. Vroeger hadden we in de wet IB '64 inkomsten uit vermogen en daar was die definitie standaard problematiek. Je had in die tijd een ander stelsel voor reguliere voordelen dan dat er voor de vervreemdingsvoordelen werd gebruikt. De vervreemdingsvoordelen waren lager belast, dus mensen wilden het overhevelen. In de wetwijziging in '97 werden de tarieven gelijkgesteld zodat er niet meer geschoven werd. Uit die wet IB 64 is als overblijfsel de vraag achtergebleven hoe je een regulier voordeel in aanmerking moet nemen. Hierbij wordt er nog steeds voortgeborduurd op de bronnentheorie. Van de gewone reguliere voordelen vind je in de wet van het begrip niets meer terug, dus we moeten terug naar de basis. Een makkelijk voorbeeld van regulier voordeel uit aanmerkelijk belang is gedeclareerd dividend.

De vervreemdingsvoordelen zijn eigenlijk wat belangrijker dan reguliere voordelen. Het enige belang van de fiscus is het eerder geld innen en in bepaalde gevallen moet er gekeken worden of er nog wel geheven kan worden doordat de bv een instabiele positie heeft. De heffingen worden dus naar voren gehaald voor zover de reguliere voordelen van belang kunnen zijn. Hoeveel petten kan een DGA hebben? debiteur, crediteur, werknemer, koper, verkoper, huurder, verhuurder, vruchtgebruiker, bloot-eigenaar, pensioengerechtigde, pandhouder (zekerheden die ten laste van de vennootschap liggen), pandgever, borg staan voor verplichtingen van de vennootschap of andersom, gebruiker, verzekering, optiehouder en optiegever.

Je moet alle rechtsbetrekkingen op de weegschaal leggen, dus bij een tentamenvraag moet je ze allemaal bij langs. Hoe meet je het begrip regulier voordeel? Denk hierbij aan een appelboom waar appels van geplukt worden. Hoe bepaal je of de bron dan niet wordt aangetast? Hoe bepaal je of iets dividend is?

Je mag **niet** de geldstromen of het binnenkomen op je bankrekening toetsen, dit zorgt namelijk voor problemen bij het geval dat goederen als dividend worden uitgekeerd. Alleen vruchten die zich hebben losgemaakt uit de bron worden belast. Hoe pas je dit toe op aandelen? Wat vormt de bron: de vennootschap, het aandeel. Hoe creëer je dat? je richt je bv op bij de notaris voor de oprichtingsakte en je gaat daarna naar de kamer van koophandel. De eerste vraag die de notaris stelt is hoeveel kapitaal je erin wil stoppen. Waarmee creëer je de bron? eerst met je inleg. Dit kan met elke vorm van kapitaalverschaffing, dit kan meer dan geld zijn. Je kan bovenop het gestorte aandelenkapitaal ook nog een agioreserve zijn. De derde vorm is een informele kapitaalstorting, deze laatste is een extra kapitaalverschaffing. De definitie van informeel kapitaal is niets anders dan formeel kapitaal verschaffen want beide hebben als doel om te creëren.

Stel je koopt een piano voor in de bv, eerst de inleg van de piano. Daarna ga je kijken of je iets in aanmerking moet nemen waar normaal voor betaald had moeten worden maar door zijn functie hoeft de directeur-grotaandeelhouder dat niet. Bijvoorbeeld de DGA speelt op de piano, daar krijgt hij geen rekening van. Wat gebeurt er als je geen factuur stuurt? de totale winst gaat

kapot. De piano heeft een earningcapacity, dat zie je niet terug in de winstberekening, dus er moet bijgeteld worden. Dit is de huur die normaal ontvangen zou zijn in het economisch verkeer. Elke handeling die een DGA voert kan een zakelijk element bevatten. Dit is de vpb.

Discussie met Freudenthal

De casus gaat over een piano die gebruikt wordt door de directeur-groootaandeelhouder als privé 'eigendom', Hij speelt erop.

Je moet elke stap die je neemt in de beantwoording van een vraag onderbouwen.

Discussie die hier speelt is de volgende:

Hoe onderbouw je een aanslag en waarop stel je vast hoe die piano is gebruikt als er wordt vermoed dat deze voor andere doeleinden wordt gebruikt?

De verhouding tussen de vpb inspecteur en ib inspecteur is dat de vpb inspecteur het probleem al heeft opgelost, opgelost maar jij het eindoordeel moet geven.

In de wet staat alleen 'reguliere voordelen worden belast'.

Dus waarom stel je de aanslag vast? Het staat nergens in de wet, art. 4.12 is dus niet toereikend.

Er zit een volgende theorie achter, je moet de belastingplichtige dus overtuigen.

'Dit is gewoon een verkapte dividenduitkering en dat doen we altijd zo' is geen voldoende antwoord

1. wat is er in de vennootschap gebeurd met de boekhouding?

Worden er voordelen door hem getrokken uit een aandeel?

Het aandelenpakket is de bron, de piano zit in dit aandelenpakket.

Stel dat hier een schuld zou zijn, maakt het een verschil of de schuld wel of niet van de directeur-groootaandeelhouder aan de bv is ontstaan?

Als je een schuld erkent heb je er eigenlijk wel voor betaald, dus is er jou geen voordeel toegeschoven. Er is dan geen "voordeel getrokken uit". Je moet kiezen tussen Schuldigerkenning en opleggen van aanslag.

De belastingplichtige beschouwt het als teruggaaf van geïnvesteerd geld. Mag je een bron dan zomaar wel terughalen? Er is een artikel over. Teruggaaf daarvan is onbelast mits: zie artikel in wet bij reguliere voordelen afdeling. Dat artikel luidt 4.13 lid 1 sub b.

Blijkbaar zijn er categorieën van het geld van uit de vennootschap naar mij (Directeur-groootaandeelhouder) terugkomt.

De DGA heeft de winst van zijn bv in zijn zak gekregen: want het is nu onzakelijk teruggekomen bij hem terwijl als het zakelijk was, dit in de bv was geplaatst.

Dit is een voordeel, we moeten dit als winstkarakter onderbouwen.

Om deze oplossing te kunnen bedenken moet je kunnen stellen dat er van de 300 fictieve huur, 75 belasting wordt betaald en 225 als onzakelijk als winst in de DGA zijn zak terecht komt, maar zakelijk niet.

Het moet gedekt zijn door de in de vennootschap gerealiseerde winst, anders kan het niet belast worden.

Als sprake is van verlies én van een onttrekking kan er alsnog sprake zijn van een winstuitdeling maar dit is een bijzondere situatie.

Artikel over kapitaalvermindering is: 4.13 lid 1 onderdeel b. Dit is een belangrijk artikel.

Op grond van de wet en op grond van de bronnentheorie

Je hebt de bv opgericht: 15k gestort, piano ervan gekocht en de dag erna is de piano naar jou geplaatst en de bv geliquideerd.

Bronnentheorie: er zijn geen vruchten geweest.

Vervang het door vrucht door nettowinst (winstreserves). → vermogensverschuiving vennootschap naar ADH, die plaatsen we in de hoedanigheid van ADH, karakter is kapitaalsfeer, teruggave van kapitaalsfeer op grond van 4.13 lid 1 onderdeel b.

‘en de nominale waarde van de desbetreffende aandelen bij statutenwijziging met een gelijk bedrag is verminderd;’

De hoofdregel is 4.12 voor de bronnentheorie, 4.13 een uitzondering.

“al hetgeen wordt ontvangen...” Dit is een inbreuk op de bronnentheorie.

4.13 b eerste zin is de uitzondering, tenzij je aan de formaliteit hebt voldaan deze stap daar ga je terug naar de hoofdregel.

Art. kapitaalvermindering: 4.13 lid 1 sub b. Dit zegt dat je naar de notaris moet en het vast moet leggen. In welke sfeer zit de geldstroom? in de kapitaalsfeer of in de winstsfeer? De aandeelhouder en de vennootschap moeten zich er van bewust zijn geweest. Je moet je dus bewust zijn van de uitdeling. Als je het gerechtvaardigde vertrouwen kan ontlenen dan kan er geen uitdeling zijn van art. 4;12, omdat de ondernemer zich er niet van bewust is.