

Prof. dr. R.P.C.W.M. Brandsma

‘Besmet’ kapitaal

Bij aandelenfusie, juridische splitsing en juridische fusie

Derde druk

Deventer – 2023

VOORWOORD

Voorwoord bij de eerste druk

Ingeval de aandelen van een vennootschap met winstreserves worden ingebracht in een andere vennootschap, reikt laatstgenoemde vennootschap aandelen uit aan de inbrengende aandeelhouder. Een deel van het nieuw uitgegeven aandelenkapitaal (en/of het agio) ziet dan op de winstreserves van de overgenomen vennootschap. Door toepassing van de deelnemingsvrijstelling kan de vennootschap wier aandelen zijn ingebracht onbelast haar winstreserves uitkeren. Vervolgens zou haar nieuwe aandeelhouder – mits aan de wettelijke vereisten wordt voldaan – onbelast kapitaal kunnen terugbetalen aan (onder meer) de oorspronkelijke aandeelhouder van de ingebrachte vennootschap.

De wetgever heeft in de hiervoor geschetste gevolgen niet berust en heeft in 1964 een bepaling in de Wet IB 1964 opgenomen die beoogt de op de winstreserves van de ingebrachte vennootschap rustende IB-claim veilig te stellen. Daartoe heeft de wetgever een fictie in het leven geroepen waardoor kapitaal (nominaal en/of agio) fiscaalrechtelijk niet wordt erkend: het zogeheten 'besmette' kapitaal. In 1990 is deze fictiebepaling door middel van een schakelbepaling ook ingevoerd in de Wet div.bel. 1965. De regeling inzake het 'besmette' kapitaal staat centraal in deze monografie.

Zowel anderen (onder meer Bartel en Mobach/Sillevis) als ik (in mijn bij Vermande verschenen proefschrift) hebben reeds eerder aandacht geschonken aan de problematiek inzake het 'besmette' kapitaal, maar tot dusverre ontbrak een boek, waarin zowel op – naar ik hoop – alle IB- als ook op alle div.bel.-aspecten werd ingegaan. Naar mijn mening mag een boek over een voor de praktijk en voor de wetenschap zo belangrijk onderwerp niet ontbreken in een reeks als de Fiscale Monografiën. Ik ben verheugd dat de redactie en de uitgever dezelfde mening zijn toegedaan.

Het manuscript is afgesloten in mei 1996. Literatuur en jurisprudentie zijn derhalve – een enkele uitzondering daargelaten – slechts verwerkt tot deze datum.

De registers zijn verzorgd door mevr. Th. Penners en mevr. K.Y.C. de Wilde, beide als student-assistent verbonden aan de faculteit der rechtsgeleerdheid, vakgroep belasting-rechtelijke vakken, van de Rijks Universiteit Leiden, waarvoor mijn hartelijke dank.

Ten slotte wil ik de gebruikers van deze monografie oproepen om hun opmerkingen en vragen niet voor zich te houden, maar deze met mij te delen, zodat deze bij een volgende druk verwerkt kunnen worden.

Leiden, mei 1996

R.P.C.W.M. Brandsma

Voorwoord bij de tweede druk

Sedert het verschijnen van de eerste druk van deze monografie hebben zich diverse ontwikkelingen voorgedaan die een nieuwe druk niet alleen rechtvaardigen, maar ook de noodzaak daartoe doen gevoelen.

De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld de afgelopen vijf jaren verschillende malen arresten gewezen op het terrein van het ('besmette') kapitaal. Belangrijker echter was de invoering van een regeling inzake de fiscale gevolgen van de twee rechtsfiguren splitsing en (juridische) fusie. In deze regeling, tot 1 januari 2001 te vinden in art. 68a en art. 68aa van de Wet IB 1964, waren ook bepalingen opgenomen met betrekking tot het fiscaal gestorte kapitaal.

Met de invoering van de Wet IB 2001 en de Invoeringswet IB 2001 verviel de noodzaak van het handhaven van de 'besmet' kapitaal-bepalingen in de IB. Deze bepalingen werden – met enige wijzigingen – overgebracht naar de Wet div.bel. 1965 waar het gestorte kapitaal voor het 'opbrengst van aandelen'-begrip een belangrijke rol blijft spelen.

De hiervoor genoemde ontwikkelingen hebben geleid tot een enigszins andere opzet van deze monografie. Centraal staat de huidige regeling in de dividendbelasting. Op de oude regelingen wordt behoudens in het historische overzicht slechts ingegaan indien dat van belang is voor een beter begrip van het betoog, danwel indien sprake is van markante verschillen tussen de oude en de nieuwe regeling.

Literatuur en jurisprudentie zijn verwerkt tot en met april 2002.

Ik spreek de hoop uit dat de thans voor u liggende monografie zowel bij de beoefening van de belastingwetenschap als in de fiscale (advies)praktijk goede diensten kan bewijzen.

Leiden, 1 mei 2002

Voorwoord bij de derde druk

Deze nieuwe druk heeft lang op zich laten wachten. Terwijl de Wet op de dividendbelasting 1965 onderwijl roerige tijden heeft gekend, is het belang van de regeling niet afgenomen. Genoeg reden voor een update. In deze nieuwe druk wordt uitgebreid ingegaan op de wettelijke opvolger van de zogeheten 'Opstapresolutie' die is komen te vervallen. Art. 3a Wet dividendbelasting 1965 bevat sinds de laatste grote wetswijziging een integrale 'besmet' kapitaal-regeling voor drie rechtsfiguren: de aandelenfusie, de juridische splitsing en de juridische fusie. Hierbij wordt ook stilgestaan bij de grensoverschrijdende, inbound varianten. Bij deze varianten geldt – in afwijking van de hoofdregel – een zogeheten opstap ter zake van de waarde van de ingebrachte/overgegangene aandelen/vermogensbestanddelen, tenzij de inbreng/overgang is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Per 1 januari 2024 is een nieuwe conditionele belasting op dividenden, de Wet bronbelasting 2021, van kracht, die ook een (aan de Wet op de dividendbelasting 1965 ontleende) 'besmet' kapitaal-regeling kent.

De literatuur en jurisprudentie zijn verwerkt tot 1 augustus 2023.

Zoeterwoude, 1 augustus 2023

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XI

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

HOOFDSTUK 2

Het (fiscaalrechtelijk) gestorte kapitaal / 3

DEEL A AANDELENFUSIE

HOOFDSTUK 3

De ontstaansgeschiedenis van art. 3a, eerste lid, Wet div.bel. 1965 / 9

- 3.1 Inleiding / 9
- 3.2 De eerste inbreuk op het civielrechtelijke kapitaalebegrip: art. 21a, derde lid, Besluit IB 1941 / 9
- 3.3 De 'fusie-agioresolutie' / 11
- 3.4 De invoering van art. 44 Wet IB 1964 / 12
- 3.5 De Commissie-Hofstra / 14
- 3.6 De gevolgen van het ontbreken van een met art. 44 Wet IB 1964 overeenkomstige bepaling in de Wet div.bel. 1965 / 14
- 3.7 Jurisprudentie vóór de totstandkoming van art. 3, tweede lid, Wet div.bel. 1965 / 15
- 3.8 De opneming van de 'besmet' kapitaal-regeling in de dividendbelasting / 17
- 3.9 Het vervallen van art. 44 Wet IB 1964 en de invoering van art. 3a Wet div.bel. 1965 / 18
- 3.10 Codificatie van de opstapresolutie en het opstapbesluit in art. 3a Wet div.bel. 1965 / 19

HOOFDSTUK 4

De werking van de 'besmet' kapitaal-bepaling bij een aandelenfusie / 21

- 4.1 Algemeen: substitutie / 21
- 4.2 Directe en indirecte omzetting van winstreserves / 22
- 4.3 Iedere inbreng van aandelen / 23
- 4.4 De inbreng van buitenlandse aandelen / 23

- 4.4.1 Achtergrond van de wettelijke tegemoetkoming / 23
- 4.4.2 Het ontgaan of uitstel van belastingheffing / 24
- 4.4.3 Bewijsvermoeden / 24
- 4.4.4 Substitutie van belaste winstuitkeringen door onbelaste terugbetalingen van kapitaal / 24
- 4.5 De beperkte werking van de 'besmet' kapitaal-bepaling / 25
- 4.6 Bijbetaling / 29
- 4.7 Het ontbreken van een overeenkomstige bepaling bij bedrijfsfusie / 30

HOOFDSTUK 5

Problemen en onduidelijkheden bij de toepassing van art. 3a, eerste lid, Wet div.bel. 1965 op het moment van de inbreng van de aandelen / 33

- 5.1 Inleiding / 33
- 5.2 Storting op aandelen / 33
 - 5.2.1 Emissie / 33
 - 5.2.2 De betekenis van de term 'slechts' in art. 3a, eerste lid, Wet div.bel. 1965: storting met (vrijwel) waardeloze aandelen / 34
- 5.3 Gedeeltelijke volstorting met aandelen / 35
- 5.4 De inbreng van niet-volgestorte aandelen / 36
- 5.5 Storting en bijbetaling / 37
- 5.6 Wederzijdse participaties / 38
- 5.7 'Turbovennootschappen' / 38
- 5.8 Aandelen van de overgenomen vennootschap behoren tot het ondernemingsvermogen / 40
- 5.9 Inbreng vennootschap met kapitaal in buitenlandse valuta / 41

HOOFDSTUK 6

Problemen en onduidelijkheden bij de toepassing van art. 3a, eerste lid, Wet div.bel. 1965 na de inbreng van de aandelen / 43

- 6.1 Erkend kapitaal naast 'besmet' kapitaal / 43
- 6.2 Informeel kapitaal / 46
- 6.3 Het afboeken van verliezen / 47
- 6.4 De positie van de aandeelhouders van de overnemende vennootschap / 48

HOOFDSTUK 7

De reikwijdte van art. 3a, eerste lid, Wet div.bel. 1965 / 49

- 7.1 Inleiding / 49
- 7.2 Inkoop van eigen aandelen / 49
 - 7.2.1 Algemeen / 49
 - 7.2.2 Inkoop van eigen aandelen van een ab-houder / 49
 - 7.2.3 Inkoop van eigen beursgenoteerde aandelen / 50
- 7.3 Teruggaaf van het gestorte kapitaal / 51
- 7.4 Liquidatie-uitkering / 52

- 7.5 De uitreiking van bonusaandelen / 52
- 7.6 Geruisloze inbreng / 54
- 7.7 Bewijzen van deelgerechtigdheid / 54
- 7.8 De vaststelling van het gemiddeld op aandelen gestorte kapitaal / 55

HOOFDSTUK 8

Verdragsrechtelijke en communautaire aspecten / 57

- 8.1 Inleiding / 57
- 8.2 De anticlaimverliesbepaling en een in een EU-lidstaat gevestigde aandeelhouder / 57
- 8.3 De definitie van 'dividend' in het OESO-modelverdrag 2017 / 58
- 8.4 De uitlegging van een verdrag: art. 31 Verdragenverdrag / 60
- 8.5 Het belang van het OESO-commentaar 2017 / 62
- 8.6 Punt 28 OESO-commentaar 2017 op art. 10: 'benefits in money or money's worth' / 63
- 8.7 Punt 23 OESO-commentaar 2017 op art. 10: 'impossible to give exhaustive dividend definitions' / 64
- 8.8 Punt 31 OESO-commentaar 2017 op art. 13: 'liquidation proceeds; premium on redemption of bonds and debentures' / 65
- 8.9 Punt 15 OESO-commentaar 2017 op art. 10: 'capital' / 65
- 8.10 Rechterlijke uitleg van verdragstermen / 66
- 8.11 Toepassing van de saldobepaling / 68
- 8.12 Conclusie / 69

DEEL B 'BESMET' KAPITAAL BIJ EEN OVERGANG ONDER ALGEMENE TITEL

HOOFDSTUK 9

Juridische splitsing / 73

- 9.1 Inleiding / 73
- 9.2 Enkele algemene opmerkingen omtrent de juridische splitsing in het civiele recht / 74
- 9.3 Fiscale duiding van de juridische splitsing voor de bij de splitsing betrokken aandeelhouders / 76
- 9.4 Dividendbelasting / 77
 - 9.4.1 Hoofregel: vormt de juridische splitsing een opbrengst? / 77
 - 9.4.2 Toerekening van het op de aandelen in de splitser gestorte kapitaal / 78
 - 9.4.2.1 Inleiding / 78
 - 9.4.2.2 De plafondgedachte inzake het op de aandelen in de splitser gestorte kapitaal / 78
 - 9.4.2.3 De toerekening per verkrijgende vennootschap / 80
 - 9.4.2.4 Vermindering van het gestorte kapitaal in een afsplitsende vennootschap / 80
 - 9.4.2.5 Toerekening van het gestorte kapitaal bij een moeder-dochterafplitsing / 81

	9.4.2.6	Bijbetaling / 82
	9.4.2.6.1	Algemeen / 82
	9.4.2.6.2	Fiscale gevolgen van een bijbetaling bij een juridische splitsing / 83
9.5		Een grensoverschrijdende juridische splitsing met een buitenlandse splitter en een Nederlandse verkrijger / 84
9.6		De onzakelijke juridische splitsing wordt als een winstuitkering beschouwd / 85
9.7		Driehoekssplitsing / 92
9.8		Verdragstoepassing / 93

HOOFDSTUK 10

Juridische fusie / 95

10.1	Inleiding / 95
10.2	Fiscale duiding van de juridische fusie voor de bij de fusie betrokken aandeelhouders / 95
10.3	Dividendbelasting: vormt de juridische fusie een opbrengst? / 96
10.4	Onzakelijke juridische fusie / 97
10.5	Bijbetaling / 98
10.6	Een grensoverschrijdende juridische fusie met een buitenlandse verdwijner en een Nederlandse voortzetter / 98
10.7	Driehoeksfusie / 99
10.8	Verdragstoepassing / 100

DEEL C 'BESMET' KAPITAAL EN DE WET BB 2021 (ZOALS DEZE WET LUIDT VANAF 1 JANUARI 2024)

HOOFDSTUK 11

De conditionele bronbelasting (op dividenden) met ingang van 1 januari 2024 / 103

11.1	Achtergrond van de Wet BB 2021 / 103
11.2	Op aandelen gestort kapitaal bij aandelenruil, juridische splitsing of juridische fusie / 104

BIJLAGE 1

Relevante punten uit het OESO-commentaar 2017 / 105

Literatuurlijst / 107

Jurisprudentieregister / 121

Trefwoordenregister / 125

Inleiding

Indien aandelen van een natuurlijk persoon van diens privévermogen naar zijn ondernemingsvermogen overgaan of omgekeerd en daarbij een IB-, Vpb- of dividendbelastingclaim verloren gaat of ontstaat, wordt gesproken van een sfeerovergang.¹ Een vergelijkbare sfeerovergang kan zich voordoen als een vennootschap de aandelen van een andere vennootschap verkrijgt tegen de uitgifte van eigen aandelen, met andere woorden als sprake is van een aandelenruil.² Hierbij kan een dividendbelastingclaim verloren gaan of ontstaan. Winstreserves van de overgenomen vennootschap waarop een dividendbelastingclaim rust, kunnen dan namelijk, zonder een nadere wettelijke regeling, onbelast worden omgezet in (aandelen)kapitaal. Dit geldt zowel voor de naamloze als de besloten vennootschap naar Nederlands rechts, alsmede voor met deze vennootschappen overeenkomstige rechtsvormen naar buitenlands recht (dan wel het recht van de andere landen in het Koninkrijk).

Om claimverlies te voorkomen merkt de wetgever sommige betalingen door een vennootschap aan een aandeelhouder die eigenlijk niet als een winstuitdeling kunnen worden beschouwd, toch aan als opbrengsten van aandelen.³ Deze anticlaimverliesbepalingen zijn subjectieve inbreuken op het objectieve systeem dat ten grondslag ligt aan het opbrengst(-van-aandelen)begrip zoals dat is neergelegd in art. 2 Wet div.bel. 1965. De in het kader van dit boek van belang zijnde anticlaimverliesbepalingen behoren tot de categorie waarbij betalingen door de vennootschap aan haar aandeelhouder(s) plaatsvinden die – zonder wettelijke maatregelen – in de kapitaalsfeer liggen. Een voorbeeld van een dergelijke anticlaimverliesbepaling is art. 3, eerste lid, onderdeel d, Wet div.bel. 1965 waarin gedeeltelijke terugbetalingen van kapitaal als een dividenduitkering worden aangemerkt, tenzij aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

Ook art. 3a, eerste lid, Wet div.bel. 1965 kan gezien worden als een dergelijke anticlaimverliesbepaling en wordt in dit boek als zodanig aangeduid. Deze bepaling kan tot gevolg hebben dat een deel van het gestorte kapitaal van een vennootschap niet wordt erkend, waardoor bijvoorbeeld een terugbetaling van dit 'besmette' kapitaal als een opbrengst van aandelen wordt aangemerkt. Zonder wettelijke regeling zou de dividendbelastingclaim op de winstreserves van de overgenomen vennootschap definitief verloren gaan. Art. 3a Wet div.bel. 1965 beoogt in geval van een aandelenfusie, juridische fusie of juridische splitsing deze belastingclaim veilig te stellen ten aanzien van met name in het buitenland wonende/gevestigde aandeelhouders van een in Nederland gevestigde vennootschap voor wie de dividendbelasting een Nederlandse eindheffing vormt.

1 In de literatuur is een aantal definities van het begrip 'sfeerovergang' te vinden. Zie onder meer Christiaan 1967, p. 78 en Bartel, *Belastingaspecten van de opbrengst van beurs aandelen* (FM nr. 29) 2014, p. 62-63. Zie ook de op 25 april 1996 uitgesproken oratie Dijkstra, *Sfeerovergang* alsmede Freudenthal 1996, p. 13.

2 De termen 'aandelenfusie' en 'aandelenruil' worden door elkaar gebruikt.

3 Deze bepalingen worden door mij aangeduid als 'anticlaimverliesbepalingen'.

Ingeval een in Nederland gevestigde vennootschap bijvoorbeeld door middel van een aandelenruil de aandelen in een in het buitenland gevestigde vennootschap overneemt, brengt art. 3a, eerste lid, Wet div.bel. 1965 mee dat een dividendbelastingclaim wordt gevestigd op de voorheen niet-beclaimde winstreserves van die in het buitenland gevestigde vennootschap, tenzij de tweede volzin van laatstgenoemde bepaling toepassing vindt.

In deze monografie wordt ingegaan op deze in art. 3a Wet div.bel. 1965 opgenomen anticlaimverliesbepalingen. Het boek valt – na een korte inleiding over het (fiscaalrechtelijke) kapitaal- en dividendbegrip – uiteen in drie gedeelten. In het eerste gedeelte komen – na een korte bespreking van de ontstaansgeschiedenis van art. 3a, eerste lid, Wet div.bel. 1965 en zijn voorloper art. 44 Wet IB 1964 – de dividendbelastingaspecten van de regeling inzake het zogeheten ‘besmette’ kapitaal bij een aandelenfusie aan de orde.

Vervolgens worden de communautaire en verdragsrechtelijke gevolgen van de toepassing van deze anticlaimverliesbepaling besproken.

In deel B wordt ingegaan op de werking van de anticlaimverliesbepaling bij de overgangen onder algemene titel, de juridische splitsing en de juridische fusie. Deze bepalingen volgen weliswaar in grote lijnen de systematiek van de overeenkomstige bepaling bij een aandelenfusie, maar kennen specifieke kenmerken.

Ten slotte wordt in deel C kort ingegaan op de met ingang van 1 januari 2024 geldende ‘besmet’ kapitaal-regeling in de Wet BB 2021.

HOOFDSTUK 2

Het (fiscaalrechtelijk) gestorte kapitaal

Een aandeelhouder stelt vermogen ter beschikking van de vennootschap met de bedoeling dat de vennootschap hiermee winst behaalt. Het door hem ter beschikking gestelde vermogen wordt aangeduid als 'eigen vermogen' van de vennootschap. Dit in tegenstelling tot het vermogen dat door niet-aandeelhouders (zoals obligatiehouders en andere crediteuren) aan een vennootschap ter beschikking wordt gesteld, het zogenoemde 'vreemd vermogen'. De vergoeding voor het ter beschikking stellen van het 'eigen' vermogen wordt in de regel 'dividend' genoemd.

Er is sprake van winst van de vennootschap ingeval haar eigen vermogen groter is dan het door haar aandeelhouders in totaliteit ter beschikking gestelde vermogen, het gestorte kapitaal in fiscaalrechtelijke zin.¹ Deze winst kan door de vennootschap worden opgepot (alsdan vindt geen heffing van dividendbelasting plaats). Wordt de behaalde winst uitgedeeld aan de aandeelhouder, dan wordt het dividend op het tijdstip waarop en naar de mate waarin zij wordt uitgedeeld met dividendbelasting getroffen. Door de wetgever werd deze basisconceptie destijds in de Wet IB 1964 bij de particuliere aandeelhouder/niet-aanmerkelijkbelanghouder (wiens positie overeenkwam met die van de opbrengstgerechtigde in de dividendbelasting) als volgt onder woorden gebracht: 'dat voor de totaliteit van de aandeelhouders uiteindelijk als inkomen moet worden beschouwd het totaal van de door de vennootschap vanaf de oprichting tot en met de liquidatie behaalde en aan hen als zodanig toekomende winst'.

De jurisprudentie inzake de voormalige Wet IB 1964 (en haar voorgangers) sluit nauw aan bij het hiervoor aangehaalde citaat van de wetgever, zoals onder meer blijkt uit HR 18 februari 1959, nr. 13 763, *BNB* 1959/124*, waarin werd overwogen: 'dat het kenmerk van een als opbrengst van een aandeel in aanmerking komende uitkering in het algemeen is, dat daaraan ten grondslag ligt een vermogensverschuiving van de vennootschap naar den aandeelhouder als gevolg waarvan aan het vermogen van de vennootschap enig geldbedrag of andere waarde, gedekt door de daarin aanwezige winst, ten gunste van den aandeelhouder wordt onttrokken'.

Wil sprake zijn van uitgedeelde winst (dividend), dan moeten zowel de vennootschap als de aandeelhouder zich van de bevoordeling bewust zijn, de zogeheten dubbele bewustheidseis, zie bijvoorbeeld HR 15 mei 1985, nr. 22 154, *BNB* 1985/271*.

Of sprake is van een belastbare opbrengst zal bezien moeten worden vanuit de winst-uitkerende vennootschap. Vindt een uitdeling van winst plaats aan de aandeelhouder, dan is sprake van een opbrengst in de zin van art. 2 Wet div.bel. 1965. Aan deze regel wordt

¹ *Kamerstukken II* 1958/59, 5380, nr. 3, p. 18-19 (MvT). Dit omvat niet alleen het civielrechtelijke kapitaal, maar ook agio en informeel kapitaal.

geen afbreuk gedaan door HR 1 oktober 1980, nr. 19 650, *BNB* 1980/317*, waarin werd beslist dat bij een keuzedividend de keuzevrijheid van iedere individuele aandeelhouder gerespecteerd moest worden.

Het is niet van belang of voor de aandeelhouder aan wie het dividend wordt uitgekeerd in economische zin sprake is van een voordeel. Heeft hij bijvoorbeeld kort voor de dividenduitkering een aandeel gekocht en daarbij in de koopprijs een bedrag betaald voor 'meegekocht' dividend, dan vormt het hem toevallende dividend geen draagkrachtvermeerderende factor, zodat in dit licht gezien geen sprake is van inkomen, doch van vermogensomzetting. Objectief, vanuit de vennootschap gezien, is echter wel sprake van een opbrengst die aan dividendbelasting is onderworpen, omdat zich een vrucht heeft losgemaakt van het aandeel. Een vrucht die is geput uit de in de vennootschap aanwezige winst. Er vindt dus een sterke *objectivering* van de relatie vennootschap-aandeelhouder plaats.

Daarnaast valt een objectivering te constateren met betrekking tot de positie van de aandeelhouders onderling. Bij de bepaling van het gestorte kapitaal voor elke aandeelhouder wordt namelijk niet uitgegaan van zijn individuele bijdrage tot het gestorte kapitaal; relevant is slechts het totale gestorte kapitaal in de vennootschap, verdeeld over alle aandeelhouders naar rato van het aantal aandelen dat zij bezitten. De bedoeling van de wetgever blijkt duidelijk uit art. 3, eerste lid, onderdeel b, Wet div.bel. 1965 waar is bepaald dat hetgeen bij liquidatie wordt uitgekeerd boven het *gemiddeld* op de desbetreffende aandelen gestorte kapitaal, als opbrengst wordt belast. Overigens verdient het woord 'desbetreffende' in deze bepaling nog de aandacht. Het gemiddeld gestorte kapitaal moet worden berekend *per soort aandeel*, zodat slechts op dooreenleverbare aandelen het gemiddeld gestort kapitaal gelijk is; zie Hof Amsterdam 17 juli 1958, nr. 1062/1957, *BNB* 1959/326.

Van belang is voorts dat het civielrechtelijk is toegestaan dat bij dezelfde vennootschap aan verschillende soorten aandelen ongelijke rechten op de winst (en/of zeggenschap) zijn verbonden. Hoewel het gestorte kapitaal op deze aandelen gelijk kan zijn, loopt het aandeel in de winstreserves uiteen. Deze aandelen, doorgaans letteraandelen genoemd, zijn niet dooreenleverbaar.

Omdat het fiscaalrechtelijk gestorte kapitaal het uitgangspunt vormt bij de belastingheffing van de vennootschap en haar aandeelhouders, is het van groot belang de omvang van het fiscaalrechtelijk gestorte kapitaal nauwkeurig vast te stellen. Enerzijds omdat een teruggaaf van kapitaal een aantasting van het op het aandeel gestorte kapitaal inhoudt en dus in beginsel onbelast is, en anderzijds omdat al hetgeen de aandeelhouder ontvangt uit het eigen vermogen van de vennootschap boven het fiscaal gestorte kapitaal (hetgeen de voor uitdeling beschikbare winst vormt) een opbrengst van het aandeel inhoudt en mitsdien belast is. Op deze, voor uitdeling beschikbare winst, rust in beginsel een latente dividendbelastingclaim, terwijl op de stille c.q. geheime reserves (latente winst) zowel een latente Vpb-claim als ook een latente dividendbelastingclaim rust. Civielrechtelijk omvat het gestorte kapitaal hetgeen de aandeelhouder tot 'het bedrag van zijn aandeel' (art. 2:80 BW, dat wil zeggen het nominale bedrag) aan vermogenswaarden inbrengt. Het Nederlandse vennootschapsrecht kent geen aandelen zonder nominale waarde. Dit *civielrechtelijke* begrip 'kapitaal' vervult vooral een – in de praktijk vaak beperkte – garantiefunctie ten behoeve van schuldeisers van de vennootschap, die op de aandeelhouders zelf immers buiten dit gestorte bedrag geen verhaal hebben.

Indien aandelen zijn geplaatst bij een aandeelhouder die zich onvoorwaardelijk heeft verplicht aan zijn stortingsverplichting te voldoen, dienen deze aandelen als volgestort in aanmerking te worden genomen. Dit is slechts anders indien zich de situatie als bedoeld in art. 2:191, eerste lid, tweede volzin, BW voordoet: een deel van het nominale bedrag hoeft pas te worden gestort nadat de vennootschap het heeft opgevraagd. Dit is beslist in HR 24 augustus 1998, nr. 33 435, *BNB* 1998/386*, gewezen voor de toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling in de inkomstenbelasting. Naar mag worden aangenomen is deze beslissing ook van belang voor het kapitaalebegrip in de dividendbelasting.

Onder het *fiscaalrechtelijke* begrip 'kapitaal' wordt echter niet alleen het nominale bedrag van het geplaatste aandeel, voor zover daarop is gestort, verstaan, maar ook hetgeen bij een emissie op grond van ingehouden winsten of winstverwachtingen boven het nominale bedrag wordt bedongen. Dit extra bedrag wordt 'agio' genoemd, maar vormt in vennootschapsrechtelijke zin geen kapitaal. Dit agio wordt in de vennootschap ingebracht ter behoud van de aanspraken van de zittende aandeelhouders op het reeds in de vennootschap aanwezige vermogen c.q. de latente winst ten tijde van de emissie. Uit de fiscale rechtspraak komt daarbij wel de eis naar voren dat het agio in de commerciële boekhouding te volgen moet zijn (bijvoorbeeld door middel van een afzonderlijke rekening 'agioreserve') en niet mag worden aangewend voor andere doeleinden; zie onder meer HR 25 oktober 1939, *B.* 8003 en HR 2 februari 1977, nr. 18 088, *BNB* 1978/222c*.

Er kan ook kapitaal in een vennootschap worden ingebracht zonder uitgifte van aandelen, dan wel ter (vol)storting op reeds geplaatste aandelen. Ingeval een aandeelhouder als zodanig voordelen in de vorm van geld of goederen aan de vennootschap doet toekomen, waarbij zowel de aandeelhouder als de vennootschap zich van deze bevoordeling bewust zijn, wordt gesproken van informeel kapitaal. Ingevolge HR 3 april 1957, nr. 13 084, *BNB* 1957/165*, gewezen voor de Vpb, wordt dit kapitaal voor de toepassing van het belastingrecht erkend als gestort kapitaal.

Voorbeeld

De enige aandeelhouder van een vennootschap (met een op aandelen gestort kapitaal van nominaal kapitaal € 100.000 + agio € 30.000) draagt zonder tegenprestatie een machine aan de vennootschap over ter waarde van € 20.000. Aannemende dat aan het dubbele bewustheidsvereiste is voldaan, bedraagt de bevoordeling € 20.000, welk bedrag aan het gestorte kapitaal wordt toegevoegd. Het fiscaalrechtelijk gestorte kapitaal beloopt voortaan € 150.000 (terwijl het civielrechtelijke kapitaal geen verandering ondergaat).

Het informele kapitaal omvat in de eerste plaats de voordelen die de vennootschap in geld of goederen van de aandeelhouder ontvangt (kapitaalsuitgaven). Ook voordelen in de kostensfeer, zoals het niet bedingen van rente op een door de aandeelhouder verstrekte lening, behoren tot het informele kapitaal. Zie HR 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB* 1978/252*, het zogenoemde Zweedse-grootmoederarrest (hieraan doen de specifieke antimisbruikbepalingen in art. 8ba e.v. Wet Vpb 1969 niet af). Uit HR 28 juni 1978, nr. 18 501, *BNB* 1978/254*, gewezen inzake de toepassing van art. 3, eerste lid, onderdeel d, Wet div.bel. 1965, kan de conclusie worden getrokken dat ook voor toepassing van de dividendbelasting dergelijk informeel kapitaal wordt erkend. In dit arrest is door de Hoge Raad namelijk beslist dat het in een geval van teruggave van informeel kapitaal 'voor de hand ligt een dergelijke teruggave voor zoveel mogelijk gelijk te behandelen als teruggave van hetgeen op aandelen

is gestort'. Wel wordt voor het erkennen van informeel kapitaal waarschijnlijk de eis gesteld dat – evenals bij agio – het verloop en de omvang ervan in de commerciële boekhouding te volgen moeten zijn.

DEEL A

Aandelenfusie

HOOFDSTUK 3

De ontstaansgeschiedenis van art. 3a, eerste lid, Wet div.bel. 1965

3.1 Inleiding

Voor een goed inzicht in de werking van art. 3a, eerste lid, Wet div.bel. 1965 is het van belang kennis te nemen van de ontstaansgeschiedenis van deze wetsbepaling. Alvorens art. 3a, eerste lid, Wet div.bel. 1965 te bespreken, ga ik daarom in op de voorlopers van deze wetsbepaling.

3.2 De eerste inbreuk op het civielrechtelijke kapitaalbegrip: art. 21a, derde lid, Besluit IB 1941

Bij de (fusie)Wet van 24 december 1959, *Stb.* 499, werd art. 21a in het Besluit IB 1941 opgenomen. Hierdoor werd bij een aandelenfusie voor het eerst een faciliteit geboden door ofwel de aanmerkelijkbelangheffing te beperken tot 20% ofwel de claim door te schuiven tot het moment van vervreemding van de bij de fusie verkregen aandelen. In het derde lid van deze wetsbepaling werd echter een bepaling opgenomen die zich richtte tegen holdingconstructies die door de wens tot belastingbesparing waren ingegeven.¹ Art. 21a, derde lid, aanhef en onderdeel b, Besluit IB 1941 luidde als volgt:

‘Op verzoek van de belastingplichtige blijft de winst uit de vervreemding tegen aandelen of winstbewijzen, buiten aanmerking voor de heffing van de belasting, met dien verstande:

a. ...

b. dat ten aanzien van alle aandeelhouders van de vennootschap waarin de belastingplichtige aandelen heeft verworven, het bedrag waarmede de stortingen op de door de belastingplichtige verworven aandelen die op de vervreemde aandelen te boven gaan, voor de toepassing van de artikelen 31, 32 en 36 in mindering wordt gebracht op het totale bedrag der stortingen op de aandelen in die vennootschap.’

Een deel van het op aandelen gestorte kapitaal werd derhalve fiscaalrechtelijk niet erkend. Hierdoor vond voor het eerst een inbreuk plaats op het civielrechtelijke kapitaalbegrip, zij het dat deze inbreuk zich alleen binnen het kader van een doorschuiffaciliteit voordeed. Zonder art. 21a, derde lid, aanhef en onderdeel b, Besluit IB 1941 zou het namelijk mogelijk zijn geweest om door middel van het volstorten van de aandelen van de overnemende vennootschap, de winstreserves van de overgenomen vennootschap te transformeren in fiscaal erkend kapitaal waarop dan geen inkomstenbelasting- en dividendbelastingclaim

¹ *Kamerstukken II 1959/60, 5702, nr. 3, p. 6, r.k., tweede alinea (MvT).*

zouden rusten. Dat kapitaal zou vervolgens in beginsel onbelast kunnen worden terugbetaald. Een eenvoudig voorbeeld moge het vorenstaande verduidelijken.

Voorbeeld

Vennootschap A heeft op de passiefzijde van de balans 100 aandelenkapitaal en 900 winstreserves (aan de actiefzijde uitsluitend 1000 liquide middelen). Vennootschap B, met een aandelenkapitaal van 40, winstreserves van 460 en 500 liquide middelen, neemt via een aandelenruil vennootschap A over tegen uitgifte van nominaal 80 nieuwe aandelen met een agio van 920. Vennootschap A heeft uitsluitend particuliere aandeelhouders.

<i>vóór de fusie</i>							
balans vennootschap A				balans vennootschap B			
kas	1000	aandelen	100	kas	500	aandelen	40
		winstreserves	900			winstreserves	460
	1000		1000		500		500

<i>ná de fusie</i>			
balans vennootschap B			
kas	500	aandelen oud	40
aandelen vennootschap A	1000	winstreserves oud	460
		aandelen nieuw	80
		agio	920
	1500		1500

De AVA van vennootschap B besluit tot een teruggaaf van kapitaal en het gestorte deel van de nominale waarde van de aandelen wordt verminderd door middel van een statutenwijziging. Aldus zouden in wezen de winstreserves van vennootschap A op grond van art. 32, tweede lid, Besluit IB 1941 onbelast aan de aandeelhouders kunnen worden uitgekeerd. Art. 32, tweede lid, Besluit IB 1941 bepaalde namelijk dat:

'Geheele of gedeeltelijke teruggave van hetgeen op aandeelen is gestort wordt als dividenduitkering aangemerkt, indien en voor zoover er zuivere winst is, tenzij tevoren het maatschappelijk kapitaal van het lichaam, dat de teruggave doet, door wijziging in de akte van oprichting, overeenkomstig is verminderd.'

Art. 21a, derde lid, onderdeel b, Besluit IB 1941 beoogde, zoals reeds is opgemerkt, het claimverlies bij deze sfeerovergang te voorkomen: bij wege van fictie werd bepaald dat een deel van hetgeen civielrechtelijk als gestort kapitaal werd beschouwd, voor de heffing van de inkomstenbelasting niet als zodanig werd erkend (in de fiscale praktijk wordt dit deel wel 'besmet' kapitaal genoemd).

In dit voorbeeld wordt derhalve 900 (de winstreserves uit de overgenomen vennootschap A) als 'besmet' kapitaal beschouwd. Het fiscaal erkende kapitaal bedraagt dan ook slechts 40 (zijnde het kapitaal van vennootschap B vóór de aandelenfusie) plus 100 (het kapitaal van vennootschap A vóór de aandelenfusie), is samen 140. Het deel van het fiscaal erkende

kapitaal dat verband houdt met het kapitaal van vennootschap A – groot 100 – bestaat voor 80 uit nieuw aandelenkapitaal en voor 20 uit agio. Slechts dit erkende kapitaal ad 140 kon ex art. 32, tweede lid, Besluit IB 1941 onbelast aan de aandeelhouders worden terugbetaald. Voor zover de teruggaaf van het civielrechtelijke kapitaal meer dan 140 bedroeg, was sprake van een belaste opbrengst van aandelen. Het agio ad 920 dat ontstaat als gevolg van de aandelenruil wordt ook wel 'fusie-agio' genoemd.² Het hier voor de (toenmalige) IB uitgewerkte voorbeeld is naar positief recht onverkort van belang voor de dividendbelasting.

3.3 De 'fusie-agioresolutie'

Onder het Besluit IB 1941 bestond onduidelijkheid of de uitgifte van een bonusaandeel ten laste van de agioreserve tot de heffing van inkomstenbelasting zou leiden. De Resolutie van 13 maart 1954, nr. 92 maakte een einde aan deze onduidelijkheid.³ De Minister van Financiën nam in deze resolutie het standpunt in dat de uitreiking van bonusaandelen ten laste van een agioreserve onbelast kon geschieden.

Na het verschijnen van de Resolutie van 13 maart 1954 kwam de vraag op of ook een bij een aandelenfusie ontstane agioreserve (vergelijk hetgeen hiervoor in par. 3.2 is opgemerkt) onder het bereik van deze resolutie viel. In de Resolutie van 7 juni 1961 (bekend als de 'fusie-agioresolutie'), nr. B1/2751, *BNB* 1961/255, nam de staatssecretaris het standpunt in dat zulks niet het geval was. Hij sloot met het uitvaardigen van deze resolutie aan bij het bepaalde in art. 21, derde lid, onderdeel b, Besluit IB 1941; zie hiervoor in par. 3.2. Als reden werd later⁴ genoemd dat door het toenemende aantal concentraties van ondernemingen een nieuwe situatie was geschapen waardoor een verantwoord belastingbeleid niet langer om deze problematiek heen kon. Hierbij speelde ongetwijfeld een rol dat volgens de staatssecretaris de door een aandelenfusie ontstane agioreserves 'in zekere mate een geconstrueerd karakter dragen'.

Dat de staatssecretaris met het uitvaardigen van de 'fusie-agioresolutie' gedeeltelijk terugkwam op de Resolutie van 13 maart 1954, nr. 92, blijkt uit het feit dat dit standpunt moest worden toegepast op alle agiodividenden die werden uitgekeerd op grond van een besluit van de AVA dat *na* 7 juni 1961 werd genomen. De uitreiking van bonusaandelen ten laste van een fusie-agioreserve was derhalve voortaan ook buiten het kader van de doorschuiffaciliteit van art. 21a Besluit IB 1941 belast. Dit had tot gevolg dat niet alleen de inbreng van aandelen door een aanmerkelijkbelanghouder onder de regeling viel, maar ook de inbreng van aandelen door andere aandeelhouders.

Het is overigens merkwaardig dat de staatssecretaris meende te kunnen volstaan met het uitvaardigen van een resolutie.⁵ Bij de Fusiewet, zie par. 3.2, had de bewindsman immers nog gemeend dat een wettelijke bepaling nodig was om de uitreiking van een bonusaandeel ten laste van het fusie-agio te kunnen belasten. Het is niet duidelijk waarom toentertijd door de staatssecretaris geen wettelijke regeling werd getroffen.

2 Onder fusie-agio moet derhalve worden verstaan het agio dat bij een aandelenfusie ontstaat als de waarde van de ingebrachte aandelen hoger is dan de nominale waarde, terwijl ook de waarde van de aandelen van de overnemende vennootschap hoger is dan de nominale waarde.

3 *FED* (losbladig), 2.54.7.

4 *Kamerstukken II* 1962/63, 5380, nr. 19, p. 48, r.k. (MvA).

5 Zie Van Dijk 1961, p. 507.