

PANDHOUDER MET STEMRECHT EN DE GEVOLGEN VOOR EEN FISCALE EENHEID

mr. R.M. Bottse*



Inleiding

In de huidige financieringspraktijk is het niet ongebruikelijk dat bij het verstrekken van een lening aan een moedermaatschappij, de bank (of een syndicaat van banken) zekerheid verlangt in de vorm van een pandrecht op aandelen in een dochtermaatschappij, terwijl tussen de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij een zogenaamde fiscale eenheid wordt gevormd.

De belangrijkste voorwaarde om als fiscale eenheid aangemerkt te kunnen worden betreft het feit dat de moedermaatschappij tenminste 99% van de economische en juridische eigendom van het gestorte en geplaatste aandelenkapitaal van de dochtermaatschappij in bezit dient te hebben (de "Bezitseis") (art. 4 van de Ministeriële Beschikking Standaardvoorwaarden Fiscale Eenheid P.B. 2002/151) (de "Standaardvoorwaarden").

In een aantal gevallen zullen de banken er belang aan hechten dat het stemrecht op de verpande aandelen naar hen overgaat. Bij de overgang van het stemrecht naar een bank/pandhouder in het kader van de vestiging van een pandrecht op aandelen van een vennootschap die onderdeel uitmaakt van een fiscale eenheid wordt in de praktijk door pandgevers en/of hun adviseurs echter weinig aandacht besteed aan de vraag of dit dan tot gevolg heeft dat niet (langer) aan de hiervoor genoemde Bezitseis wordt of kan worden voldaan.

Fiscale eenheid

De fiscale eenheid is één van de kernfaciliteiten uit de Landsverordening op de Winstbelasting 1940 ("LWB") (art. 14 LWB). Een fiscale eenheid heeft belangrijke voordelen voor de betrokken ondernemingen. Zij hoeven binnen een fiscale eenheid niet ieder afzonderlijk hun fiscale winst te bepalen en afzonderlijk aangifte te doen, maar kunnen volstaan met een geconsolideerde aangifte door de moedermaatschappij binnen de fiscale eenheid. De verdere voordelen van een fiscale eenheid zijn onder meer gelegen in de mogelijkheid om winsten en verliezen onderling te verrekenen en in het feit dat over transacties tussen ondernemingen die deel uitmaken van de fiscale eenheid geen winstbelasting wordt geheven. Binnen de fiscale eenheid worden de fiscale resultaten van alle tot de fiscale eenheid behorende vennootschappen geconsolideerd; het fiscale verlies van de één kan worden afgezet tegen de fiscale winst van een andere groepsvennootschap die deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Zonder fiscale eenheid kunnen de verliezen van deze vennootschappen niet verrekend worden anders dan met de toekomstige winsten van deze vennootschappen zelf.

Verpanding van aandelen

Bij een verpanding van aandelen geldt als hoofdregel dat het stemrecht op de verpande aandelen bij de aandeelhouder/pandgever blijft (art. 2:113 (2) / 2:213 (2) B.W.). Het derde lid van zowel art. 2:113 als art. 2:213 B.W. bepaalt echter dat het

stemrecht al dan niet voorwaardelijk aan de pandhouder kan toekomen indien dit (i) bij de vestiging van het pandrecht of (ii) in een aanvullende akte tussen aandeelhouder en pandhouder is bepaald.

Bevreesd voor aansprakelijkheidsrisico's en voor overtreding van het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 B.W.) zullen banken niet in algemene zin gebruik wensen te maken van het stemrecht verbonden aan de verpande aandelen¹. Het naar zich toehalen van het stemrecht zal pas wenselijk worden geacht indien de financiering vanwege een opeisingsgrond (*Event of Default*) opeisbaar is geworden.

Voor de overgang van het stemrecht van pandgever naar pandhouder worden in de praktijk twee methodes gehanteerd. De eerste methode betreft de zogenaamde directe overgang, waarbij de overgang van het stemrecht onmiddellijk bij de vestiging van het pandrecht geschiedt ("Directe Overgang") en de tweede methode betreft een overgang onder de opschortende voorwaarde van het zich voordoen van een opeisingsgrond (*Event of Default*) ("Overgang Onder Opschortende Voorwaarde").

Directe Overgang

Met inachtneming van de voorwaarden genoemd in art. 2:113 (2) B.W. of art. 2:213 (2) B.W. gaat het stemrecht bij vestiging van het pandrecht onmiddellijk naar de pandhouder, waarbij de pandhouder direct een volmacht teruggeeft aan de pandgever om het stemrecht uit te oefenen (art. 3:60 B.W.). In de volmacht wordt doorgaans bepaald dat de pandgever naar eigen inzicht besluiten kan en mag nemen op voorwaarde dat deze

¹ Deze risico's moeten niet worden onderschat, maar ook zeker niet worden overschat.

besluiten niet (evident) in strijd zijn met de belangen van de bank. De volmacht zal komen te vervallen op het moment dat zich een *Event of Default* voordoet (bijvoorbeeld het niet tijdig voldoen aan rente- of aflossingsverplichtingen), en de volmachtgever (bank) een kennisgeving hieromtrent aan de pandgever en de vennootschap waarvan de aandelen zijn verpand (*Notice of Default*) heeft verzonden. Omdat een volmacht geen privaatieve werking heeft zie je in sommige pandakten ook weleens staan dat tussen pandgever en de bank uitdrukkelijk wordt overeengekomen dat de bank zich zal onthouden van het zelf uitbrengen van een stem².

Tegen een Directe Overgang bestaan de volgende bezwaren:

- (i) Een bank dient een verklaring van geen bezwaar aan te vragen bij de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (de "CBCS") op grond van artikel 23 (b) juncto artikel 1 (f) Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen 1994 (de "LTBK"), aangezien de overgang van het stemrecht (in de meeste gevallen) ertoe zal leiden dat een deelneming in de zin van de LTBK wordt verkregen.
- (ii) De overgang van het stemrecht leidt ertoe dat op grond van accountancyregels³ de pandhouder gehouden zal zijn om de vennootschap waarvan de aandelen zijn verpand in haar geconsolideerde jaarrekening op te nemen.

² Een dergelijk beding biedt echter geen absolute zekerheid dat de bank geen gebruik gaat maken van haar stemrecht. Indien de bank een stem uitbrengt is deze stem gewoon geldig. De bank pleegt echter wel wanprestatie en zal dientengevolge schadelijk zijn jegens de pandgever.

³ Bijvoorbeeld op basis van IFRS 10.

Overgang Onder Opschortende Voorwaarde

Bij deze methode gaat het stemrecht over naar de bank onder de opschortende voorwaarde van het zich voordoen van een *Event of Default*. De opschortende voorwaarde wordt vervuld als een *Event of Default* plaatsvindt en een *Notice of Default* is verzonden.

Daarnaast is het gebruikelijk om in de pandakte voor de periode totdat een opschortende voorwaarde zich heeft verwezenlijkt een consultatieplicht overeen te komen op grond waarvan de pandgever (ten aanzien van bepaalde onderwerpen) het stemrecht niet zal uitoefenen voordat hij de pandhouder heeft geconsulteerd⁴.

Vanwege de hiervoor genoemde bezwaren die kleven aan de Directe Overgang komt de Overgang Onder Opschortende Voorwaarde in de financieringspraktijk het meest voor⁵.

Verbreking fiscale eenheid?

Zoals gezegd vormt de Bezitseis de belangrijkste voorwaarde voor het kunnen vormen van een fiscale eenheid. De kern van de Bezitseis wordt gevormd door de begrippen juridische en economische eigendom⁶.

Een fiscale eenheid zorgt ervoor dat twee belastingplichtige lichamen die normaal gesproken afzonderlijk in de belastingheffing worden betrok-

⁴ De onderwerpen kunnen bijvoorbeeld betreffen: een statutenwijziging, winstuitkeringen en de benoeming, schorsing of ontslag van bestuurders.

⁵ Aangenomen wordt dat de CBCS zich op het standpunt stelt dat slechts bij een Directe Overgang een verklaring van geen bezwaar zal zijn vereist en dat de relevante accountancy regels aldus kunnen worden geïnterpreteerd dat een Overgang Onder Opschortende Voorwaarde niet noopt tot consolidatie.

⁶ Het begrip economische eigendom laat ik hier verder onbesproken omdat dit begrip in de context van deze bijdrage niet relevant is.

ken gezamenlijk (op het niveau van de moedermaatschappij) worden betrokken in de belastingheffing. Er wordt als het ware een concernbelasting geheven. In het kader van de concerngedachte ligt het voor de hand om aan te nemen dat het begrip juridische eigendom van aandelen zoals bedoeld in de Standaardvoorwaarden mede omvat het kunnen uitoefenen van het aan de aandelen verbonden stemrecht. Zonder stemrecht op de aandelen van de dochtermaatschappij kan niet worden gezegd dat de dochtermaatschappij aan het toezicht en de leiding van de belastingbetalende moedermaatschappij is onderworpen. De moedermaatschappij heeft zonder stemrecht immers geen directe beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de dochtermaatschappij⁷.

Tegen de achtergrond van het begrip juridische eigendom zoals is bedoeld in de Standaardvoorwaarden lijkt de vraag of de overgang van het stemrecht naar een pandhouder zou kunnen leiden tot de verbreking van een fiscale eenheid dan wel tot gevolg zou kunnen hebben dat geen fiscale eenheid (meer) kan worden gevormd meer dan gerechtvaardigd. Met name is de vraag of je de kwestie van het hebben van stemrecht formeel of materieel dient te benaderen.

Geen algemene beleidsregel belastingdienst

Voor zover ik weet heeft de belastingdienst geen algemene beleidsregel geformuleerd rondom de overgang van het stemrecht naar de pandhouder van verpande aandelen en de (verbreking van een) fiscale eenheid. Voor elk individueel geval waarbij aandelen zijn verpand van een vennootschap die als dochtermaatschappij is opgenomen

⁷ Dit komt ook tot uitdrukking in de Toelichting op de Standaardvoorwaarden (i.e. toelichting op artikel 4) waarin staat vermeld dat de moedermaatschappij zowel de zeggenschap in als het financiële belang bij de dochtermaatschappij dient te hebben.

in een fiscale eenheid zou in beginsel dus afstemming met de belastingdienst moeten plaatsvinden over de vraag of de (wijze van) overgang van het stemrecht naar de bank/pandhouder leidt tot verbreking van de fiscale eenheid. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid is het daarom wenselijk dat de belastingdienst een algemene beleidsregel formuleert.

Het is algemeen bekend dat het fiscale recht de werkelijkheid op een materiële wijze benadert (*substance over form*). Met andere woorden binnen het fiscale recht geldt als hoofdregel dat de civielrechtelijke kwalificatie leidend is, doch als de economische werkelijkheid afwijkt van de civielrechtelijke kwalificatie gekeken moet worden naar de economische werkelijkheid.

Een algemene beleidsregel over de vraag wanneer de overgang van het stemrecht naar de bank/pandhouder zou moeten leiden tot een verbreking van een fiscale eenheid zou gebaseerd op een materiële benaderingswijze er als volgt uit kunnen zien.

1. Een Directe Overgang dient niet tot een verbreking van een fiscale eenheid te leiden zolang het stemrecht effectief door de aandeelhouder/pandgever wordt uitgeoefend. De fiscale eenheid wordt verbroken op het tijdstip dat de volmacht vervalt vanwege het feit dat er sprake is van een *Event of Default* dan wel op het moment dat de pandhouder ondanks de afgegeven volmacht het stemrecht op de verpande aandelen uitoefent.
2. Een Overgang Onder Opschortende Voorwaarde leidt pas bij het vervullen van de voorwaarde tot een verbreking van de fiscale eenheid. Een eventueel in de pandakte op-

genomen consultatieplicht leidt evenmin tot de verbreking van een fiscale eenheid.

Kortom: zolang het stemrecht in materiële zin bij de aandeelhouder/pandgever blijft dient de fiscale eenheid in stand te blijven.

Slot

Bij de beantwoording van de vraag of een fiscale eenheid verbreekt door de overgang van het stemrecht sta ik, in lijn met hetgeen gebruikelijk is in het fiscale recht, een materiële benadering voor. Zolang het stemrecht in materiële zin bij de aandeelhouder/pandgever blijft dient de fiscale eenheid in stand te blijven. Bij zowel de Directe Overgang als de Overgang Onder Opschortende Voorwaarde komt tot uitdrukking dat de bank/pandhouder pas bij het zich voordoen van een *Event of Default* behoefte heeft aan zeggenschap in de vennootschap waarvan de aandelen zijn verpand. Het moment dat zich een *Event of Default* voordoet en dus de volmacht vervalt dan wel de opschortende voorwaarde wordt vervuld is het moment dat de fiscale eenheid mijns inziens dient te verbreken.

* *Robert Bottse is advocaat bij HBN Law Curaçao.*