

Onderwerp:	Consultatiereactie wetsvoorstel kwalificatiebeleid rechtsvormen
Datum:	7 april 2021

Wij hebben kennis genomen van het wetsvoorstel kwalificatiebeleid rechtsvormen dat ter consultatie is aangeboden. Hierbij reageren wij op delen van het voorstel.

Privacy van de directeur-groootaandeelhouder

De privacy van de directeur-groootaandeelhouder (DGA) staat onder druk. Wij wijzen hierbij onder andere op het UBO-register, waarbij de voorzieningenrechter reeds heeft geoordeeld dat niet is uit te sluiten dat deze zich niet verhoudt tot het evenredigheidsbeginsel (ECLI:NL:RBDHA:2021:2457).

Hoewel het onderhavige wetsvoorstel om internationale redenen is ingevoerd heeft het wetsvoorstel aanzienlijke gevolgen door nog verdere inperking van de privacy van de DGA.

CV structuur

Veel DGA's gebruiken de Open CV (of het Open FGR) om vermogen te anonimiseren, door overtollig vermogen niet te hoeven publiceren in het handelsregister. Bij deze vorm wordt de persoonlijke holding BV, welke aandeelhoudster is van de feitelijke bedrijfsstructuur, onder de Open CV geplaatst. Overtollig vermogen in de holding wordt als dividend uitgekeerd aan de Open CV, welke geen publicatieplicht heeft voor de jaarrekening.

Het vermogen dat niet meer ten dienst staat aan de actieve onderneming wordt op deze manier buiten het zicht gehouden van derden.

Zoals terecht opgemerkt in voetnoot 9 van de memorie van toelichting heeft deze structuur niet als doel "om minder belasting te betalen of het vermogen te onttrekken aan het zicht van de Belastingdienst". De uiteindelijke belastingclaim blijft immers behouden en de Open CV (of het Open FGR) is aangifte- en belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.

Voor de DGA's is het anonimiseren van het overtollig vermogen, dat niet meer ten dienste staat van de actieve onderneming, een belangrijk goed. Het is in het kader van de privacy immers niet wenselijk dat journalisten, ex-echtgenoten, criminelen of andere partijen hier op eenvoudige wijze inzage in kunnen krijgen.

Gevolg wetsvoorstel

Het wetsvoorstel zoals het nu ter consultatie ligt heeft als gevolg dat de Open CV niet langer vennootschapsbelastingplichtig is maar fiscaal transparant wordt. De jaarlijks noodzakelijke dividenduitkeringen door de persoonlijke holding worden bij de DGA belast in Box 2 van de inkomstenbelasting. Dit maakt dat het anonimiseren van vermogen een aanzienlijke, directe belastingheffing tot gevolg heeft.

Privacy structuren worden veelal gebruikt door de meer vermogende DGA's. Deze kunnen mogelijk hun Open CV structuur omzetten naar een structuur met een buitenlandse holding.

Het wetsvoorstel zal dan ook onherroepelijk gaan leiden tot kapitaalvlucht naar het buitenland. De mogelijkheden tot kapitaalvlucht zijn aanwezig. Daar zal de DGA die aan zijn privacy hecht ongetwijfeld gebruik van gaan maken, ondanks het feit dat het in het geheel niet zijn bedoeling is vanuit fiscale overwegingen deze stap te zetten. De DGA wordt hiertoe gedwongen door het beoogde wetsvoorstel, daar de binnenlandse methode voor anonimiseren wordt afgesloten (althans; aanzienlijk wordt belast). Dergelijke structuren zullen gepaard gaan met kosten die ten goede gaan komen aan buitenlandse adviseurs en juristen.

Hiermee wordt de grondslag voor heffing in Nederland mogelijk verder uitgehold. Rendementen uit herbelegging kunnen mogelijk niet langer in Nederland worden belast. Dit is iets waar de DGA helemaal niet op uit is, doch feitelijk wordt hij hiertoe gedwongen als het beoogde wetsvoorstel daadwerkelijk wordt ingevoerd. Een niet te onderkennen negatief effect voor de Nederlandse schatkist. Tevens is er mogelijk minder transparantie richting de Nederlandse belastingdienst doordat voor het vermogen mogelijk geen aangifteplicht in Nederland zal gaan gelden.

Oplossingsrichtingen

Het verder aantasten van de privacy van de DGA is ons inziens een onwenselijk gevolg van het wetsvoorstel. Zeker omdat het wetsvoorstel ten doel heeft om internationale hybride mismatches te voorkomen. Bij de Nederlandse DGA is hier geen sprake van. De Nederlandse DGA, een MKB-ondernemer, wordt dus slachtoffer van de wens om een probleem op te lossen welke is veroorzaakt door multinationals.

Met het oog op het doel van het wetsvoorstel kunnen wij ons voorstellen dat de Open CV wordt afgeschaft en dat er, in het kader van de Europese regeling, geen nationale uitzonderingen kunnen worden gemaakt. Wij stellen dan ook enkele oplossingsrichtingen voor buiten de Open CV om.

- a) Wij stellen voor om de nieuwe regels voor de Open FGR te wijzigen waarbij:
 - a. het "familie-FGR" in de vennootschapsbelasting mogelijk blijft;
 - b. er een aanvullende categorie C komt waarbij een FGR vennootschapsbelastingplichtig is als deze tot doel heeft het houden van deelnemingen (in de zin van artikel 13 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969) en het herbeleggen van opbrengsten uit deelnemingen; en
 - c. er een aanvullende voorziening komt waarbij de Open CV kan worden omgezet in een Open FGR met daarbij een overgangsregeling voor de "collectieve beleggingseis" van het FGR, welke de Open CV niet kent.
- b) In plaats van een oplossing in het fiscale recht kan ons inziens ook een oplossing worden gevonden in een ontheffing van jaarrekeningpublicatie welke kan worden verleend aan, nader te definiëren, besloten vennootschappen welke feitelijk acteren als persoonlijke holding. Vergelijkbaar aan de reeds bestaande ontheffing voor pensioenvennootschappen.

Enkele technische opmerkingen

Naast het bovenstaande hebben wij de navolgende technische opmerkingen ten aanzien van het wetsvoorstel.

Artikel I A, (artikel 2 lid 1 letter H Wet VPB)

Ons inziens houdt de bepaling in dat de “Lijst van gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden” zoals deze nu bestaat ten aanzien van bepaalde rechtsvormen zal moeten worden herzien. Wij kunnen ons voorstellen dat een situatie zal ontstaan waarbij een, in Nederland gevestigde, buitenlandse transparante entiteit, door toepassing van dit artikel vennootschapsbelastingplichtig wordt. De vennoten dienen hierbij toegang te verkrijgen tot overgangsrecht, hierbij denken wij aan toepassing van artikel 3.65 Wet IB 2001 respectievelijk artikel 14 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969.

Artikelen V, VI, VII, VIII, en IX

Deze artikelen hebben steeds betrekken op de situatie dat een Open CV niet langer vennootschapsbelastingplichtig is. Als gevolg van het wetsvoorstel is het echter ook mogelijk dat een Open FGR ook niet langer vennootschapsbelastingplichtig is. Waarom is er voor het FGR niet voorzien in overgangsrecht?

Artikel VII

In dit artikel wordt een doorschuiffaciliteit beschreven die vergelijkbaar is aan de splitsing van artikel 14a Wet op de Vennootschapsbelasting 1969.

De doorschuiffaciliteit is alleen mogelijk als alle commanditaire vennoten vennootschapsbelastingplichtig zijn en allen instemmen met de faciliteit. Als latere heffing niet is verzekerd, bijvoorbeeld omdat er sprake is van verrekenbare verliezen, dan wordt de faciliteit uitsluitend onder voorwaarden verleend.

Het is denkbaar dat BV X en BV Y samen commandites zijn in een Open CV. BV X heeft verrekenbare verliezen. BV Y heeft deze niet. Ons inziens wordt BV Y nu ook, ten onrechte, getroffen door de aanvullende voorwaarden. Is dat juist? Zo ja, wat is daarvan de rechtvaardiging?

Artikel VIII

In dit artikel wordt een aandelenfusie beschreven die vergelijkbaar is aan de aandelenfusie van artikel 3.55 Wet IB 2001.

- a) In het artikel wordt, ons inziens terecht, niet verwezen naar het criterium dat meer dan de helft van de stemrechten moet worden verkregen (3.55 lid 2 sub a Wet IB 2001). Kan worden bevestigd dat deze aandelenfusie mogelijk is als de BV een belang van 50% of minder in de CV verkrijgt?
- b) Uit de toelichtingen van het artikel maken wij op dat de aandelenfusie alleen mogelijk is als een nieuwe BV wordt opgericht of als de commandite-natuurlijk-persoon alle aandelen bij de inbreng verkrijgt. Hieruit maken wij op dat de aandelenfusie niet kan worden toegepast via een BV die de commandite al heeft. Wij zien geen reden waarom dit niet mogelijk zou moeten zijn. Wij stellen dan ook voor dat de aandelenfusie in een bestaande BV van de DGA plaats kan vinden.



- c) In de memorie van toelichting staat het volgende: “Het is echter ook mogelijk dat de commanditaire vennoten gezamenlijk een houdstervenootschap oprichten”. Dit lijkt strijdig te zijn met de voorwaarde van artikel VIII lid 2 waarin wordt gesteld dat een (individuele) commandite alle aandelen in een vennootschap verwerft (“een commanditaire vennoot [...] alle aandelen in een [...] vennootschap verwerft”). Dit verdient ons inziens verduidelijking.
- d) Het is mogelijk dat de Open CV onroerende zaken bezit (deze zijn meestal juridisch eigendom van de beherend vennoot, met het economische eigendom bij de CV). De aandelenfusie leidt er toe dat het economische eigendom overgaat van de commandite-natuurlijk-persoon op de BV, wat een belastbaar feit is voor de overdrachtsbelasting. Ons inziens dient hierbij te worden voorzien in een tijdelijke vrijstelling overdrachtsbelasting. Het is denkbaar dat artikel 15 lid 1 sub e ten tweede Wet Belastingen van Rechtsverkeer 1970 van toepassing is, mits de Open CV een onderneming drijft. Het overgangsrecht dient ons inziens ook te voorzien in een situatie dat geen onderneming in fiscale zin wordt gedreven.
- e) Kan worden bevestigd dat de aandelenfusie niet leidt tot:
 - a) Onderbreking van de bezitsperiode als bedoeld in art. 35d Successiewet 1956;
 - b) Een gebeurtenis als bedoeld in art. 35e lid 1 Successiewet 1956?

Artikel IX

Ons inziens kan het overgangsrecht leiden tot discussies ten aanzien van de ter beschikking stellen. Wij illustreren dit aan de hand van een voorbeeld.

Een Open CV heeft drie commandite-natuurlijk-personen, A, B en C, ieder voor een gelijk aandeel. Commandite A stelt een vermogensbestanddeel ter beschikking aan de Open CV. Als gevolg van de wetwijziging passen de commandites eerst artikel VIII toe waarbij ieder een eigen vennootschap opricht (respectievelijk A BV, B BV en C BV). Vervolgens passen deze BV's artikel VII toe. De BV's treden nu in de plaats van de CV.

Wij voorzien een mogelijke discussie met de belastingdienst.

Zienswijze 1

De CV bestaat juridisch nog. De ter beschikking stelling van A loopt ongewijzigd en volledig door, via A BV aan de CV waarin A BV vennoot is. Ons inziens is dit de juiste zienswijze.

Zienswijze 2

A BV, B BV en C BV treden door toepassing van artikel VII in de plaats van de Open CV. De ter beschikking stelling door A wordt, als gevolg van het overgangsrecht, voor 2/3^e deel gestaakt, namelijk het deel dat is toe te rekenen aan B BV en C BV.

Kan de juiste zienswijze worden bevestigd. Indien dat zienswijze 2 is, is ons inziens een overgangsregeling op zijn plaats.