

MEMO

Van: ABAB Belastingadviseurs BV – Bureau vaktechniek belastingadvies
Aan: Ministerie van Financiën
Datum: 22 april 2021

Reactie op consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen

Geachte heer, mevrouw,

Hieronder treft u onze reactie aan op de d.d. 29 maart 2021 gepubliceerde consultatiedocumenten inzake de aanpassing van het fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen.

Inleiding

In deze reactie gaan wij in op de gevolgen van het voorgestelde wetsontwerp voor de zogenaamde familiefondsen.

Motieven voor de voorgestelde wijziging t.a.v. familiefondsen

Volgens de concept-Memorie van Toelichting zijn er drie bezwaren tegen het gebruik van vennootschapsbelastingplichtige open fondsen voor gemene rekening in familieverband, welke de aanleiding zijn om familiefondsen uit te sluiten van vennootschapsbelastingplicht. Deze bezwaren zijn de volgende:

- Familiefondsen worden veelal gebruikt om te “box-hoppen”, door (relatief hoog belast) box 3 vermogen over te hevelen naar box 2;
- Familiefondsen worden gebruikt om het “anonimiseren van vermogen” mogelijk te maken;
- Een wezenlijk kenmerk van familiefondsen is dat de bewijzen van deelgerechtigdheid feitelijk slechts worden overgedragen binnen een beperkte kring van familieleden en aanverwanten.

Hierna gaan wij nader in op deze drie bezwaren.

Box-hoppen

Het eerste bezwaar veronderstelt dat familiefondsen tot stand komen door box 3-vermogen in te brengen in een familiefonds en zo te “verplaatsen” naar box 2. Dit argument miskent dat er ook familiefondsen bestaan die zijn opgezet zonder dat sprake is van overhevelen van box 3-vermogen. Een opzet die in de praktijk regelmatig is uitgevoerd, is de volgende.

Een aantal persoonlijke houdstervennootschappen splitst overtollige liquiditeiten af naar nieuwe BV's. Deze BV's gaan vervolgens juridisch fuseren, zodat er één BV overblijft met een substantieel vermogen in de vorm van liquide middelen. De individuele aandeelhouders richten een open fonds voor gemene rekening op, waarin zij hun respectieve belangen in de gefuseerde BV inbrengen tegen uitreiking van participaties in het fonds. Daarna wordt de BV geliquideerd, waardoor de liquide middelen in het fonds terechtkomen en vervolgens worden belegd. Hierbij merken wij op dat het fonds in een vergelijkbare praktijksituatie bij de Belastingdienst de status van vrijgestelde beleggingsinstelling (VBI) na aanvraag heeft verkregen.

Dergelijke structuren zijn met medeweten en medewerking van de Belastingdienst tot stand gekomen, waarbij deze route nadrukkelijk opengesteld is om het opzetten van een VBI-structuur mogelijk te maken. Het feit dat hierdoor beleggingsvermogen niet voor (vrijwel) de gehele buitenwereld zichtbaar is, was hierbij geen probleem voor Belastingdienst en Ministerie van Financiën. Het consultatiewetsvoorstel zet echter een streep door dergelijke structuren, hoewel van “box-hoppen” geen sprake is. Sterker nog, als gevolg van het nu voorliggende wetsvoorstel wordt in dergelijke situaties vermogen dat zich altijd in box 2 bevonden heeft, in box 3 getrokken.

Dit eerste bezwaar kan derhalve niet overtuigen als grondslag c.q. aanleiding voor de voorgestelde wetswijziging.

Anonimiseren van vermogen

Het tweede aangevoerde bezwaar is dat familiefondsen gebruikt (kunnen) worden voor het anonimiseren van vermogen.

In de eerste plaats is onze reactie hierop dat in alle ons bekende voorkomende situaties ten opzichte van de Belastingdienst steeds sprake is en is geweest van volledige transparantie. Het buiten het zicht van de fiscus houden van vermogen en/of inkomsten speelt dus geen enkele rol bij het opzetten van een familiefonds.

De tweede reden waarom dit bezwaar niet overtuigend is, is het feit dat er een trustregister op komst is. Daarbij is al duidelijk gemaakt dat ook open fondsen voor gemene rekening – en dus familiefondsen – onder de werking van dit register zullen vallen. De exacte ingangsdatum van het trustregister is nog niet bekend, maar normaliter zou dit uiterlijk binnen enkele jaren in werking getreden moeten zijn. Uitgaande van de geplande ingangsdatum van 1 januari 2022 van het voorliggende consultatiewetsvoorstel, zou het moment van “de-anonimiseren” dus slechts in beperkte mate naar voren gehaald worden. Dit is een weinig overtuigend bezwaar tegen het gebruik van familiefondsen, die hoe dan ook binnen afzienbare tijd door de invoering van het trustregister in zoverre “uit de anonimiteit” zullen treden.

Overdracht participaties slechts binnen familiekring

Uit het consultatiedocument komt naar voren dat het enkele feit dat een fonds voor gemene rekening feitelijk alleen binnen de kring van een bepaalde familie wordt gebruikt, blijkbaar voldoende reden is om een dergelijk fonds uit te sluiten van vennootschapsbelastingplicht.

Waarom het voor de vennootschapsbelastingplicht relevant is of de participanten wel of niet tot een bepaalde familiekring behoren, wordt uit het consultatiedocument echter niet duidelijk. Met andere woorden: wat is de rechtvaardiging voor het verschil in behandeling van fondsen uitsluitend op basis van de (feitelijke) kring van de participanten? Waarom zou de vennootschapsbelastingplicht moeten afhangen van de relatie tussen de participanten? Moet een NV met – feitelijk – louter aandeelhouders uit de kring van een bepaalde familie dan ook niet meer vennootschapsbelastingplichtig zijn, terwijl een NV met aandeelhouders zonder familierelatie tot elkaar wel vennootschapsbelastingplichtig is?

Zonder nadere onderbouwing kan dit bezwaar niet overtuigen als argument voor de voorgestelde uitsluiting van familiefondsen als vennootschapsbelastingplichtige entiteiten. Het feit dat het onderscheid wordt gemaakt louter op basis van de (familie)relatie tussen de participanten is een verschil in behandeling. Om te voorkomen dat sprake is van ongeoorloofde discriminatie zal er voldoende rechtvaardiging moeten zijn voor het verschil in behandeling. In de gepubliceerde consultatiestukken ontbreekt een dergelijke rechtvaardiging.

Ontbreken van overgangsrecht

Zoals hiervoor beargumenteerd, zijn de aangedragen argumenten voor de uitsluiting van familiefondsen van vennootschapsbelastingplicht niet overtuigend. Alleen om die reden al verdient het consultatiewetsvoorstel geen schoonheidsprijs, voor zover het familiefondsen betreft.

Wat nog schadelijker is, is het volledig ontbreken van overgangsrecht of gefacilieerde exit-scenario's voor familiefondsen. Met name dit laatste valt op, omdat er voor wijzigingen ten aanzien van open commanditaire vennootschappen die deel uitmaken van het zelfde conceptwetsontwerp wel degelijk een aantal exit-scenario's wordt voorgesteld.

Het is aan de wetgever om wetten te maken en te wijzigen, ook als de achterliggende argumenten voor de wijziging niet overtuigend zijn. Een goed en zorgvuldig wetgever zal daarbij echter wel rekening moeten houden met bestaande gevallen die rechtsgeldig tot stand zijn gekomen binnen de kaders van de op dat moment geldende wet- en regelgeving.

Op basis van het nu voorliggende wetsvoorstel, worden familiefondsen en hun participanten door de voorgestelde uitsluiting van de vennootschapsbelastingplicht met de volgende fiscale consequenties geconfronteerd:

1. Heffing van vennootschapsbelasting over eventueel aanwezige stille reserves in de beleggingen (eindafrekening vennootschapsbelasting eind 2021);
2. Heffing van inkomstenbelasting in box 2 (aanmerkelijk belang) over eventuele waardeinstijgingen van de participaties, per eind 2021;
3. Heffing van inkomstenbelasting in box 3 over de (waarde van de) participaties vanaf 1 januari 2022, ook in situaties waarin het vermogen voorheen nooit box 3-vermogen is geweest en in box 2 is opgebouwd (zie het eerder in dit document aangehaalde voorbeeld).

Het feit dat in het geheel geen sprake is van overgangsrecht klemt te meer nu de argumenten voor de beoogde wijziging ten aanzien van familiefondsen allesbehalve overtuigend zijn. Het past een wetgever niet om nieuwe wetgeving in te voeren zonder deugdelijke onderbouwing van nut en noodzaak daarvan, en het past evenmin om daarbij niet middels overgangsrecht rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van belanghebbenden bij bestaande structuren die binnen de kaders van geldende wet- en regelgeving zijn opgezet met medewerking van de Belastingdienst.

Aanbevelingen

Op basis van onze bovenstaande analyse doen wij de volgende aanbevelingen:

1. Indien de uitsluiting van familiefondsen van vennootschapsbelastingplicht gehandhaafd blijft, is er behoefte aan een deugdelijke onderbouwing van de drie genoemde bezwaren tegen familiefondsen. Zoals beargumenteerd is geen van deze argumenten overtuigend, zowel individueel als in samenhang gezien, waardoor deze argumenten de voorgestelde uitsluiting van familiefondsen niet (voldoende) kunnen schragen.

2. In de consultatiestukken komt de vrijgestelde beleggingsinstelling (VBI) in het geheel niet ter sprake. Dat is opmerkelijk, omdat de VBI-regeling bewust door de wetgever in het leven is geroepen waarbij nadrukkelijk ook het open fonds voor gemene rekening voor deze status in aanmerking kwam, ook als sprake is van een familiefonds. Zoals betoogd zijn dergelijke structuren met medeweten en medewerking van de Belastingdienst tot stand gekomen, maar vallen vanaf 1 januari 2022 buiten de vennootschapsbelastingplicht waardoor ook de VBI-status op dat moment komt te vervallen.
3. Gezien het feit dat de in het verleden opgerichte familiefondsen volledig binnen de kaders van de op dat moment geldende wet- en regelgeving zijn opgezet, ligt overgangsrecht in de vorm van een eerbiedigende werking voor bestaande familiefondsen voor de hand, om de indruk van een "onbetrouwbare overheid" te vermijden. Wij bevelen daarom een dergelijke eerbiedigende werking aan voor bestaande familiefondsen. Om te voorkomen dat als gevolg hiervan nog nieuwe familiefondsen opgezet zouden worden, kan hierbij bepaald worden dat de eerbiedigende werking alleen geldt voor familiefondsen die vóór 29 maart 2021 (datum publicatie consultatiedocument) tot stand zijn gekomen.
4. In aanvulling op de hiervoor genoemde eerbiedigende werking, verdient het aanbeveling om – zoals dat voor open commanditaire vennootschappen wel voorzien is – gefacilieerde exit-scenario's te bieden voor situaties waarin de participanten opteren voor ofwel opheffing van het fonds ofwel omzetting naar een andere rechtsvorm. De fiscale faciliteiten zouden dan tenminste moeten zien op de eindafrekening in de vennootschapsbelastingsfeer bij het fonds en op de heffing in de aanmerkelijkbelangsfeer.

Tot slot

Wij beogen met deze reactie en onze aanbevelingen een bijdrage te leveren aan een deugdelijke nieuwe wettelijke regeling van rechtsvormen zoals familiefondsen, waarbij ook de gerechtvaardigde belangen van bestaande familiefondsen en hun participanten zorgvuldig worden meegewogen.

Deze reactie mag wat ons betreft openbaar zijn.

Tot een nadere toelichting zijn wij desgevraagd graag bereid.