

memo

Datum : 23 april 2021

Aan : Ministerie van Financiën
Van : Zantboer & Partners
DRV Accountants & Adviseurs

Onderwerp : Reactie consultatiewetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen

Geachte heer, mevrouw,

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van het consultatiedocument wetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen (hierna te noemen: “**wetsvoorstel**”).¹ Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid om inhoudelijk te reageren op dit consultatiedocument.

Wij gaan hierna achtereenvolgens in op de volgende onderwerpen:

1. doel wetsvoorstel in strijd met rechtsbeginselen;
2. voorbeelden van ongewenste fiscale consequenties werking wetsvoorstel ten aanzien van de open cv;
3. voorbeelden van ongewenste fiscale consequenties werking wetsvoorstel ten aanzien van het familiefonds; en
4. conclusie.

¹ Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen.

1. Doel van het wetsvoorstel

Het doel van het wetsvoorstel is om zogenoemde hybride mismatches tegen te gaan. In internationaal verband ontstaan deze mismatches als gevolg dat het ene land een lichaam als niet-zelfstandig belastingplichtig beschouwt (besloten cv; de achterliggende participanten worden als belastingplichtig beschouwd), terwijl het andere land het betreffende lichaam als zelfstandig belastingplichtig beschouwt (open cv, de entiteit is zelfstandig belastingplichtig).

Om dit tegen te gaan stelt het (demissionair) kabinet voor om het toestemmingsvereiste bij de cv te laten vervallen.² Dit heeft tot gevolg dat het kenmerkende onderscheid tussen de twee varianten van de cv (open cv of besloten cv) op basis van het wetsvoorstel niet langer meer zal bestaan. Voortaan zal iedere cv als fiscaal transparant wordt aangemerkt. Verder stelt het (demissionair) kabinet voor om ook het familiefonds niet langer in aanmerking te laten komen voor de zelfstandige belastingplicht in de vennootschapsbelasting.

De voorgestelde aanpassingen komen in essentie neer op:

1. het vervallen van de vennootschapsbelastingplicht van open commanditaire vennootschappen (hierna: open cv) per 1 januari 2022, met een overgangsregeling bestaande uit vier faciliteiten ter voorkoming van belastingheffing;
2. een nieuwe definitie van het open fonds voor gemene rekening; en
3. een aanvullende methode van kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen.

Wij merken op dat zuiver nationale aangelegenheden onevenredig zwaar worden getroffen door het wetsvoorstel, terwijl nu juist in zuiver nationale situaties geen sprake is van hybride mismatches. Daarnaast bestaat geen onduidelijkheid over de fiscale kwalificatie van een open cv en een open fonds voor gemene rekening (OFGR). De open cv en het OFGR worden in Nederland veelvuldig gebruikt voor het structureren van ondernemingen, het opzetten van vastgoedfondsen, beleggingsfondsen en overige samenwerkingsverbanden, en ook in situaties waarbij de privacy van de vermogende(n) en zijn (hun) familie dient te worden gewaarborgd.

De open cv en het OFGR handelen geheel in overeenstemming met de geldende wet- en regelgeving in Nederland en voldoen aan alle (aangifte)verplichtingen op grond van fiscale wet- en regelgeving. De open cv en het familiefonds worden ook niet opgericht om vermogen buiten het zicht van de Belastingdienst te brengen. Dit is ook in 2018 bevestigd door toenmalig Staatssecretaris Snel naar aanleiding van gestelde kamer vragen over het gebruik van een open cv.³ In de brief van toenmalig Staatssecretaris Snel aan de Tweede kamer valt het volgende te lezen:

“De open cv-structuur is niet opgezet om minder (inkomsten)belasting te betalen, noch om het vermogen uit het zicht van de Belastingdienst te houden.”

Ook heeft toenmalig Staatssecretaris Snel op Kamervragen geantwoord dat anonimisering geen fiscaal probleem is en dat hij geen reden ziet om de wet te wijzigen om dergelijke structuren aan te pakken. Transparantie van vermogensbestanddelen wordt al bereikt door de invoering van het

² Artikel 2 lid 3 sub c Algemene wet inzake rijksbelastingen.

³ Brief van 13 juli 2018, kenmerk 2018-0000117494, p. 2.

zogenoemde UBO-register.⁴ In de brief van toenmalig Staatssecretaris Snel aan de Tweede Kamer valt het volgende te lezen:

“De cv is vooral bedoeld om een investeerder de mogelijkheid te bieden te investeren in een bedrijf dat door een andere vennoot wordt geleid, zonder dat de investeerder meer kan verliezen dan zijn inbreng. In de praktijk wordt een cv bijvoorbeeld gebruikt om het bedrijf over te dragen aan de volgende generatie. Ook de cv als investeringsfonds of als joint venture van bedrijven is een praktische toepassing. Waarvoor de cv wordt gebruikt is, binnen de hiervoor gegeven omschrijving en binnen de grenzen van de wet, aan de vennoten zelf om te bepalen. Ik zie geen reden om de wet te wijzigen om anonimiseringsstructuren aan te pakken, temeer omdat transparantie van vermogensbestanddelen al wordt bereikt door de invoering van het zogenoemde UBO-register.”

Belastingplichtigen kunnen, op grond van deze toezeggingen van de toenmalig Staatssecretaris Snel, hier het vertrouwen aan ontlenuen dat deze situaties in stand kunnen blijven. Het is daarom niet te bevatten dat in afwijking tot eerdere berichtgeving een niet bestaand nationaal fiscaal probleem wordt gerepareerd door middel van fiscale wetgeving, die nota bene een aanzienlijk aantal ongewenste fiscale gevolgen kent die nog niet ondervangen zijn in de huidige tekst van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel vormt daarmee dan ook een ernstige inbreuk op het rechtzekerheidsbeginsel. Temeer ook omdat op basis van deze toestemming juist een aantal cv's zijn opgericht.

De wetgever dient verder bij het ontwerpen van wetten rekening te houden met de belangen van de betrokkenen. Hierbij dient de wetgever te voorkomen dat daarop een onevenredige inbreuk wordt gemaakt. Het wetsvoorstel gaat verder dan strikt noodzakelijk is om de doelstellingen te verwezenlijken doordat ook zuiver nationale aangelegenheden onder de werking van het wetsvoorstel vallen, terwijl de open cv en het familiefonds geen andere fiscale regels kent dan de algemeen geaccepteerde besloten vennootschap (B.V.). In zuiver nationale gevallen is dan ook geen enkele twijfel mogelijk over de fiscale status van een open cv of OFGR dat in familieverbanden wordt gebruikt. In het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving lezen we überhaupt niet terug dat of hoe met deze nationale belangen rekening is gehouden noch dat de evenredigheid van dit wetsvoorstel is getoetst. Bovendien lezen we niet gemotiveerd terug waarom de huidige wetgeving en de ATAD2-wetgeving onvoldoende is. Het wetsvoorstel is dan ook naar onze mening in strijd met het evenredigheidsbeginsel en het recht op ongestoord genot van eigendom van artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM. Bovendien worden ongelijke gevallen door dit wetsvoorstel gelijk behandeld. Dit kan evengoed in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel als een ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

Dit wetsvoorstel dwingt families met een bestaand familiefonds in de vorm van een open fonds voor gemene rekening in beginsel om hun vermogen onder te brengen in box 3 of om alternatieve routes te onderzoeken. Of de heffing in box 3 op basis van het forfaitaire rendement de rechtmatigheidstoets kan doorstaan, is nog steeds onderwerp van diverse procedures. Ondanks al deze procedures heeft nog steeds geen rechtsherstel plaatsgevonden. Invoering van dit wetsvoorstel zonder zicht op een belastingheffing op basis van werkelijk rendement is naar onze mening onacceptabel.

⁴ Brief van 13 juli 2018, kenmerk 2018-0000117494, p. 5.

Eerbiedigde werking voor bestaande gevallen kent dit wetsvoorstel niet. Het is naar onze mening dan ook volstrekt onbegrijpelijk en onacceptabel dat dit wetsvoorstel is aangekondigd door nota bene een demissionair kabinet èn met een beoogde inwerkingtreding op 1 januari aanstaande. Op grond van het wetsvoorstel worden belastingplichtigen gedwongen tot herstructurering, zonder dat voor deze belastingplichtigen sprake is van een bestaand probleem. Ook leiden deze herstructurerings tot onnodige kosten voor belastingplichtigen. Wij achten dit onwenselijk gezien de huidige maatschappelijke situatie en de moeilijke economische periode voor Nederlandse ondernemers, mede in het kader van de coronacrisis.

Bovendien schieten de in het wetsvoorstel voorgestelde fiscale faciliteiten ernstig tekort (zie hoofdstuk 2 en 3). Sterker nog, het wetsvoorstel creëert voor de Nederlandse belastingplichtigen uitsluitend nieuwe vragen en onduidelijkheden en voorkomt belastingheffing niet in alle situaties. Ter illustratie gaan wij hierna inhoudelijk in op aantal van deze knelpunten. Wij streven hierbij geen volledigheid na. Dit zijn voorbeelden uit onze praktijk ter illustratie van de onzorgvuldige wijze van totstandkoming van dit wetsvoorstel.

Vanwege de onzorgvuldigheid van dit voorstel, het gebrek aan inhoudelijk en onderbouwende motivering en de disproportionele uitwerking op zuiver nationale situaties kan dit wetsvoorstel naar onze mening niet ingediend worden ingediend bij de Tweede Kamer. In plaats daarvan dient gezocht te worden naar een manier om de internationale hybride mismatches op te lossen (indien en voor zover in dat verband sprake is van een probleem), zonder dat hierbij zuiver nationale situaties geraakt worden.

2. Voorbeelden van ongewenste fiscale consequenties werking wetsvoorstel ten aanzien van de open cv

Fiscale gevolgen overgang

Met het vervallen van de zelfstandige vennootschapsbelastingplicht voor de open cv worden alle bestaande open cv's met ingang van 1 januari 2022 als fiscaal transparant aangemerkt. Dit betekent dat voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting een overgang plaatsvindt van de vermogensbestanddelen van de cv zelf naar de commanditaire vennoot van de cv. Deze overgang heeft civielrechtelijk geen gevolgen. Het betreft uitsluitend een wijziging van de fiscale kwalificatie van de cv. De statusovergang kan fiscaal worden aangeduid als een liquidatie van het lichaam waarin aandelen worden gehouden.

Voor de commanditaire vennoot die een natuurlijk persoon is, kan de overgang van een open cv naar een fiscaal transparante cv leiden tot een vervreemdingsvoordeel in box 2 van de inkomstenbelasting, hetgeen wordt belast met 26,9% inkomstenbelasting. Voor de commanditaire vennoot die een vpb-plichtig lichaam is, zal het ontstane vervreemdingsvoordeel in beginsel worden belast met vennootschapsbelasting, tenzij de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

De overgang van een open cv naar een fiscaal transparante cv heeft ook fiscale gevolgen voor de open cv zelf. Omdat de open cv als gevolg van de overgang niet langer vennootschapsbelastingplichtig is, dient de open cv af te rekenen over alle aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill (eindafrekeningswinst).

Fiscale faciliteiten voorkoming fiscale afrekening

Uitgangspunt van het (demissionair) kabinet is dat fiscale afrekening als direct gevolg van het wettelijk vervallen van de vennootschapsbelastingplicht van de open cv zoveel mogelijk moet worden voorkomen. Hiertoe stelt het (demissionair) kabinet de volgende fiscale faciliteiten voor om afrekening te voorkomen.

- Doorschuiffaciliteit voor vpb-plichtige commanditaire vennoten, waarbij de fiscale claims op alle in de onderneming aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill worden overgenomen door de vpb-plichtige commanditaire vennoten.
- Aandelenfusiefaciliteit voor commanditaire vennoten (natuurlijk persoon), wiens aandeel in de open cv ófwel als ondernemingsvermogen ófwel als aanmerkelijk belang wordt aangemerkt.
- Gespreide betaling van de belastingclaim in 10 jaar.
- Doorschuiffaciliteit bij terbeschikkingstellingssituaties.

Wij benadrukken hierbij dat in zuiver nationale verhoudingen zonder directe aanleiding actie moet worden ondernomen om de hiervoor genoemde fiscale consequenties te voorkomen omdat geen sprake is van eerbiedigende werking. De faciliteiten blijken evenwel onvoldoende uitgewerkt en roepen diverse vragen op. Bovendien sluiten de faciliteiten belastingheffing niet altijd uit. Hierna geven wij een overzicht van enkele ongewenste fiscale consequenties van de werking van het wetsvoorstel ten aanzien van de open cv voor de heffing van inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, schenk- en erfbelasting en overdrachtsbelasting.

Inkomstenbelasting

Aandelenfusie

In het voorgestelde artikel VIII lid 1 wordt geregeld dat een commanditaire vennoot (natuurlijk persoon) wiens aandeel in de open cv ófwel als ondernemingsvermogen ófwel als aanmerkelijk belang wordt aangemerkt, op verzoek gebruik kan maken van een zogenoemde aandelenfusie. Om deze aandelenfusie zonder belastingheffing te kunnen laten plaatsvinden, is een faciliteit nodig. Uit het tweede lid maken wij op dat in het wetsvoorstel lijkt te worden afgeweken van de aandelenfusiefaciliteit als bedoeld in artikel 3.55 Wet inkomstenbelasting 2001 en het wetsvoorstel een eigen definitie van de aandelenfusie kent. Indien dit laatste het geval is, merken wij op dat dat het begrip aandelenfusie in het geheel niet wordt ingevuld in het wetsvoorstel en dat het volstrekt onduidelijk is wanneer sprake is van een kwalificerende aandelenfusie. Wij baseren onze aanname dat sprake is van een eigen definitie van de aandelenfusie omdat een faciliteit op basis van deze wet naar onze mening niet te rijmen valt met de bepaling van 3.55 lid 4 sub b Wet inkomstenbelasting 2001. Daarin is bepaald dat geen sprake is van een aandelenfusie als de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De onduidelijkheid wordt vergroot doordat wel naar artikel 3.55 Wet inkomstenbelasting 2001 in de toelichting wordt verwezen.

Afgewaardeerde schuldvordering

In het voorgestelde artikel VI lid 2 wordt geregeld dat een commanditaire vennoot van een open cv, op het moment direct voorafgaand aan de beëindiging van de vennootschapsbelastingplicht van die cv, geacht wordt zijn schuldvordering in die cv te hebben vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer (vervreemdingsfictie). Uit het wetsvoorstel wordt niet duidelijk wat de fiscale gevolgen zijn van een dergelijke fictieve vervreemding van een schuldvordering op de cv indien de commanditaire vennoot een natuurlijk persoon betreft en de schuldvordering op de open cv heeft afgewaardeerd ten laste van zijn resultaat in box 1.⁵

Terbeschikkingstellingsregeling

De samenloop van een herstructurering en de terbeschikkingstellingsregeling is niet geregeld. De rechtsvraag resteert of dit wetsvoorstel bij een uitgevoerde herstructurering na 1 januari 2022 tot een eindafrekening in de tbs-regeling kan leiden. De toelichting bij dit wetsvoorstel neemt deze onduidelijkheid niet weg.

Wetsvoorstel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap

Naar verwachting wordt in 2023 het Wetsvoorstel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap in de Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen⁶. Dit leidt ertoe dat indien een aanmerkelijkbelanghouder een schuld heeft van meer dan € 500.000 bij zijn eigen vennootschap, het meerdere boven deze € 500.000 (het "bovenmatig deel") als fictief regulier voordeel in box 2 van de inkomstenbelasting in aanmerking wordt genomen. Indien de commanditaire vennoot (natuurlijk persoon) niet zijn aandeel in de open cv op de voet van een aandelenfusie als bedoeld in artikel VIII inbrengt in een vennootschap, leidt de overgang van een open cv naar een fiscaal transparante cv tot toepassing van het Wetsvoorstel Wet excessief lenen bij de eigen vennootschap indien de open cv een schuld

⁵ Zie artikel 3.98b Wet inkomstenbelasting 2001, waarin wel is uitgewerkt wat onder vervreemding dient te worden verstaan en wat de fiscale consequenties zijn.

⁶ Kamerstukken II, 2019/20, 35.496, nr. 5.

heeft van meer dan € 500.000 bij een lichaam waarin de commanditaire vennoot (natuurlijk persoon) een (indirect) aanmerkelijk belang heeft. Deze situatie is niet ondervangen in het wetsvoorstel. De belastingplichtige wordt op deze wijze gedwongen om te herstructureren om een fiscale heffing te voorkomen die – onbewust, althans in het wetsvoorstel onbehandeld – het directe gevolg is van dit wetsvoorstel.

Vennootschapsbelasting

Liquidatieverliesregeling

In het voorgestelde artikel VI lid 1 wordt geregeld dat een bestaande open cv op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan inwerkingtreding van het wetsvoorstel geacht wordt al haar vermogensbestanddelen te hebben overgedragen aan haar vennoten. Indien een deelneming in de zin van artikel 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 door de open cv wordt overgedragen aan de commanditaire vennoot (vpb-plichtig lichaam), kan de overdracht van een deelneming leiden tot een lagere opgeofferde waarde van de deelneming indien de werkelijke waarde van de overgegangene deelneming lager is dan het opgeofferde bedrag voor die deelneming dat ten aanzien van de open cv van toepassing was⁷. Dit leidt tot een lager liquidatieverlies indien de overgedragen deelneming in de toekomst wordt geliquideerd, waardoor de commanditaire vennoot zal worden geconfronteerd met extra belastingheffing. Deze situatie is niet ondervangen in het wetsvoorstel.

Activeren van belastingclaims

In het voorgestelde artikel VI lid 2 wordt geregeld dat een commanditaire vennoot van een open cv, op het moment direct voorafgaand aan de beëindiging van de vennootschapsbelastingplicht van die cv, geacht wordt zijn aandeel in die cv te hebben vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer (de zogeheten “vervreemdingsfictie”). Voor een commanditaire vennoot die een vpb-plichtig lichaam is, zal het ontstane vervreemdingsvoordeel in beginsel worden vrijgesteld door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Echter, er zijn situaties denkbaar waarbij de deelnemingsvrijstelling niet geldt waardoor de commanditaire vennoot (vpb-plichtig lichaam) direct zal worden geconfronteerd met belastingheffing in de vennootschapsbelasting. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan de situatie van compartimentering van deelnemingsresultaten en de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op deelnemingen die door middel van een aandelenfusie, zoals bedoeld in artikel 3.55 Wet inkomstenbelasting 2001 jo. artikel 8 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, verkregen zijn en waarbij het weggefuseerde aandelenbelang geen deelneming vormde.⁸ Deze situaties en andere mogelijke situaties zijn niet ondervangen in het wetsvoorstel.

Afgewaardeerde schuldvordering

In het voorgestelde artikel VI lid 3 wordt geregeld dat bij een commanditaire vennoot die belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting en die een in het verleden afgewaardeerde schuldvordering heeft op de open cv, sprake is van een fictieve vervreemding van die schuldvordering tegen een bedrag dat gelijk is aan het in het verleden door die commanditaire vennoot ten laste van zijn winst afgewaardeerde bedrag van die schuldvordering. Hierbij wordt door het (demissionair) kabinet in de artikelsgewijze toelichting opgemerkt dat het eventueel behaalde voordeel als gevolg van deze fictieve vervreemding veelal onder de werking van de

⁷ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 696, nr. 5, p. 42.

⁸ Artikel 28c en 13h Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

deelnemingsvrijstelling valt bij de commanditaire vennoot (crediteur), waardoor dit voordeel wordt vrijgesteld van de heffing van vennootschapsbelasting⁹. Dit is naar onze mening niet juist. Een dergelijk voordeel als gevolg van deze fictieve vervreemding zal wel degelijk leiden tot belastingheffing bij de commanditaire vennoot aangezien dit geen voordeel is dat naar haar aard kan worden vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling.

Uit het wetsvoorstel wordt niet duidelijk waarom er geen afweging is gemaakt om winstneming bij de open cv (debiteur) zelf te nemen. Een winstneming bij de open cv (debiteur) zelf past namelijk binnen het systeem van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, omdat de open cv (debiteur) in de regel zal beschikken over compensabele verliezen waarmee de winstneming kan worden verrekend.¹⁰

Andere belastingmiddelen

Schenk- en erfbelasting

Als gevolg van de overgang van een open cv naar een fiscaal transparante cv dienen belastingplichtigen te herstructureren om belastingheffing te voorkomen. Een dergelijke herstructurering leidt tot doorbreking van de bezits- en voortzettingsstermijn van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet indien de open cv wordt ingebracht in een nieuw opgerichte houdstervennootschap en daarna wordt geliquideerd.¹¹ Deze situatie en andere situaties zijn niet ondervangen in het wetsvoorstel. Immers, het wetsvoorstel lijkt een eigen aandelenfusiebegrip te kennen dat afwijkt van art. 3.55 Wet IB 2001 en er is thans niet voorzien in een faciliteit die er toe leidt dat het toepassen van de in het wetsvoorstel voorgestelde aandelenfusie, het leegmaken en liquideren van een cv geen verbreking van de bezits- of voortzettingstermijn betekent.

Overdrachtsbelasting en btw

Ingeval de open cv vastgoed aanhoudt, leidt een voorafgaande herstructurering tot heffing van overdrachtsbelasting. In het wetsvoorstel is namelijk geen faciliteit voorhanden voor het voorkomen van de heffing van overdrachtsbelasting ingeval een open cv met vastgoed wordt ingebracht in een nieuw opgerichte houdstervennootschap. Ook bevat het wetsvoorstel geen faciliteit ten aanzien van de heffing van overdrachtsbelasting ingeval de open cv na de inbreng wordt geliquideerd, waarbij het vastgoed wordt geleverd aan de nieuw opgerichte houdstervennootschap. Aan de regels omtrent herziening van btw wordt evenmin aandacht besteedt. Het gebrek aan faciliteiten voor de overdrachtsbelasting en btw is onbegrijpelijk, temeer omdat de open cv en het OFGR veelvuldig worden gebruikt voor het structureren van vastgoed.

9 Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 25.

10 Vgl. standaardvoorwaarden bij zuivere splitsing ex art. 14a voorwaarde 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en artikel 15ab lid 6 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

11 Artikel 35d en 35e Successiewet 1956.

3. Voorbeelden van ongewenste fiscale consequenties werking wetsvoorstel ten aanzien familiefonds

Fiscale gevolgen overgang

In het voorgestelde artikel 2 lid 3, onderdeel b, laatste zinsnede van de eerste zin in het genoemde lid, die aanvangt met de woorden “behoudens indien”, wordt geregeld dat een zogenoemd familiefonds dat is gestructureerd als een open fonds voor gemene rekening vanaf 1 januari 2022 als fiscaal transparant wordt aangemerkt. Dit betekent dat voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting een overgang plaatsvindt van de vermogensbestanddelen van het familiefonds zelf naar de participanten van het familiefonds. Deze overgang heeft civielrechtelijk geen gevolgen. Het betreft uitsluitend een wijziging van de fiscale kwalificatie van het familiefonds.

Voor de participant die een natuurlijk persoon is, kan de overgang leiden tot een vervreemdingsvoordeel in box 2 van de inkomstenbelasting, hetgeen wordt belast met 26,9% inkomstenbelasting. Voor de participant die een vpb-plichtig lichaam is, zal het ontstane vervreemdingsvoordeel in beginsel worden belast met vennootschapsbelasting, tenzij de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

De overgang heeft ook fiscale gevolgen voor het familiefonds zelf. Omdat het familiefonds als gevolg van de overgang niet langer vennootschapsbelastingplichtig is, dient het familiefonds af te rekenen over alle aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill.

Enkele onvolkomenheden voorkoming fiscale afrekening familiefonds

Overgangsbepalingen

Het wetsvoorstel bevat geen specifieke overgangsbepalingen indien een familiefonds fiscaal transparant wordt, zoals die wel gelden voor de overgang van een open cv naar een fiscaal transparante cv. Het is dus volstrekt de vraag of er fiscaal geruisloos geherstructureerd kan worden door de betrokken open fondsen voor gemene rekening of dat renteloos uitstel van betaling zal worden verleend.

Fiscale transparantie voor familiefondsen met een VBI-status

Het wetsvoorstel besteedt in het geheel geen aandacht aan de gevolgen van fiscale transparantie voor bestaande familiefondsen met een VBI-status. Een groot deel van deze fondsen zijn opgericht in de periode van 1 augustus 2007 tot en met 20 september 2016¹² door beleggingsvermogen in de holdingvennootschap van een directeur-groootaandeelhouder af te splitsen naar een familiefonds middels een goedkeuring van de Staatssecretaris van Financiën. Ook VBI's die na 20 september 2016 zijn opgericht kunnen worden geraakt door dit wetsvoorstel. De Staatssecretaris van Financiën keurde hierbij goed dat een splitsing die enkel gericht is op de verkrijging van de voordelen van het VBI regime niet wordt aangemerkt als een splitsing die gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, waardoor de afsplitsing fiscaal geruisloos kon plaatsvinden en de box 2-claim werd doorgeschoven naar de VBI-participaties.¹³ Omdat de box 2 claim is

¹² Vanaf 21 september 2016 is het opzetten van een VBI door afsplitsing fiscaal minder interessant geworden, omdat vanaf deze datum door de invoering van art. 4.16 lid 1 sub k Wet IB 2001 bij het verkrijgen van de VBI-status in box 2 van de inkomstenbelasting afgerekend dient te worden over de waarde in het economisch verkeer van de aandelen.

¹³ Besluit van 10 maart 2008, nr. CPP2008/291M, Stcrt. nr. 49, paragraaf 4.

doorgeschoven, zullen familiefondsen met een VBI-status door het wetsvoorstel worden geconfronteerd met een forse afrekening in box 2 van de inkomstenbelasting. Dit pakt zeer onrechtvaardig uit voor deze familiefondsen. Indien zij namelijk hadden gekozen voor een NV met een VBI-status, zouden zij op grond van dit wetsvoorstel niet worden geconfronteerd met een afrekening in box 2 van de inkomstenbelasting. Dit onderscheid in fiscale behandeling is naar onze mening niet te rechtvaardigen.

4. Conclusie

Zoals hiervoor is uiteengezet is het wetsvoorstel in strijd met de algemene rechtsbeginselen en schiet het wetsvoorstel ook inhoudelijk op veel vlakken ernstig tekort en haar doel voorbij. In nationale situaties is er geen enkele mismatch of onduidelijkheid ten aanzien van de fiscale status van een open cv of OFGR. Door de belastingplicht van deze entiteiten te schrappen gaat het wetsvoorstel veel verder dan strikt noodzakelijk is om de in het wetsvoorstel genoemde doelstellingen te verwezenlijken door ook zuiver nationale aangelegenheden onder het wetsvoorstel te scharen. Dit is in strijd met het evenredigheidsbeginsel en het recht op ongestoord genot van eigendom van artikel 1, Eerste Protocol, van het EVRM en is naar onze mening ook in strijd met het gelijkheidsbeginsel doordat ongelijke gevallen gelijk worden behandeld.

De toenmalig Staatssecretaris Snel gaf in 2018 aan geen bezwaren te hebben voor het gebruik van een open cv teneinde de privacy van de vermogende(n) en zijn (hun) familie te waarborgen en gaf daarbij expliciet aan dat de wet- en regelgeving ten aanzien van de open cv niet gewijzigd zou worden. Gezien deze toezegging van toenmalig Staatssecretaris Snel is het wetsvoorstel in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Verder dwingt het wetsvoorstel tot herstructureren, zonder dat een duidelijk en sluitend wettelijk kader is uitgewerkt om deze herstructureringen fiscaal geruisloos te laten verlopen. Dit leidt tot veel onzekerheid bij de betrokken belastingplichtigen. Daarnaast leidt het verplicht herstructureren tot kosten, zoals advies-, notaris- en accountantskosten. Dit is een ongewenst en onacceptabel resultaat van wetgeving, temeer gezien de huidige maatschappelijke en economische situatie.

Vanwege de onzorgvuldigheid van dit voorstel, het gebrek aan inhoudelijk en onderbouwende motivering en de disproportionele uitwerking op zuiver nationale situaties kan dit wetsvoorstel naar onze mening niet ingediend worden ingediend bij de Tweede Kamer. In plaats hiervan dient gezocht te worden naar een manier om de internationale hybride mismatches op te lossen (indien en voor zover in dat verband sprake is van een probleem), zonder dat hierbij zuiver nationale situaties geraakt worden.

Rotterdam, 23 april 2021

Zantboer & Partners
DRV Accountants & Adviseurs

o-O-o