

## Fiscale aspecten van het anonimiseren van vermogen

2018-0092

Anonimiseren van vermogen is een actueel onderwerp en de media staat er vol mee<sup>1</sup>. Ook de politiek houdt zich er mee bezig<sup>2</sup> en de Belastingdienst krijgt met enige regelmaat verzoeken voor het afstemmen van zogenaamde privacy-structuren. Vermogende particulieren kijken daarnaast angstig uit naar het naderende UBO-register. Hierin zullen aandeelhouders als in Quote 500 met naam en toenaam worden opgenomen. Omdat veel mensen het onprettig vinden als de hele wereld kan zien hoe vermogend ze zijn, is het anonimiseren van het vermogen in de persoonlijke holding een veel besproken onderwerp.

Hoewel op verschillende manieren vermogen uit het zicht van derden kan worden gehouden, gaan wij in dit artikel in op de fiscale aspecten van het anonimiseren van vermogen door middel van een Open Commanditaire Vennootschap ('Open CV') of een Open Fonds voor Gemene Rekening ('Open FGR'). Door gebruik van een van deze entiteiten zal de aandeelhouder nog wel bekend zijn, maar is niet duidelijk meer wat het vermogen is. Het gebruik van een Open CV of een Open FGR heeft aan populariteit gewonnen en valt te verklaren door de flexibiliteit, de beperkte zichtbaarheid in het Handelsregister van de KvK en het niet hoeven publiceren van een jaarrekening. De Open CV moet waarschijnlijk wel haar UBO's registeren in het UBO register<sup>3</sup>. Voor de volledigheid merken wij op dat dergelijke structuren ten alle tijden wel volledig zichtbaar zijn voor de Belastingdienst en in nagenoeg alle gevallen ook in vooroverleg met de Belastingdienst zullen worden afgestemd. Op generlei wijze wordt belasting ontrokken.

Hierna zullen wij allereerst de opzet van de gebruikelijke structuur toelichten met gebruikmaking van een Open CV. Vervolgens zullen wij de verschillende (fiscale) kenmerken behandelen en tot slot zullen wij in het kort nog een toelichting geven op het gebruik van een Open FGR in plaats van een Open CV.

### Structuur

De gebruikelijke structuur bestaat eruit dat een Open CV wordt aangegaan door de directeur-groootaandeelhouder ('DGA') als commanditair vennoot en een stichting, waarvan de DGA bestuurder is, als beherend vennoot. De DGA brengt het belang in zijn persoonlijke houdster vennootschap ('holding') in tegen uitreiking van participaties in de Open CV. De Open CV fungeert derhalve als nieuwe topholding van de structuur en het bestuur daarvan wordt gevoerd via de stichting. Zie ook figuur 1 hiernaast.

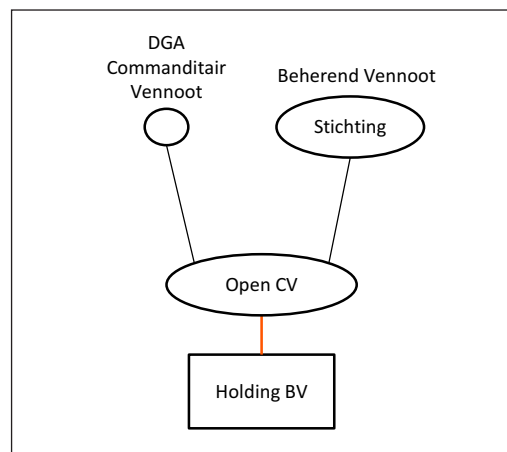
### De Open CV

#### Kwalificatie Open CV

De fiscale kwalificatie van een CV is afhankelijk van de mogelijkheid tot toe- en uittreding van de vennoten. Een CV kan fiscaal zowel open als besloten zijn<sup>4</sup>. Van een Open CV is sprake indien vennoten kunnen toe- en uittreden zonder toestemming van alle overige vennoten (beherend zowel als commanditair). De Open CV is subjectief belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting op grond van artikel 2 lid 1 sub a van de Wet VPB 1969.

Indien er voldaan wordt aan de eisen zoals gesteld in het besluit van de Staatssecretaris van Financiën, kan er ook sprake zijn van een besloten CV. Een besloten CV is fiscaal transparant. Dat wil zeggen dat het resultaat van de besloten CV fiscaal direct worden toegerekend aan de vennoten. Een besloten CV kan echter geen holdingfunctie vervullen en biedt op die grond geen toegevoegde waarde in de gebruikelijke anonimiseringsstructuur. Wij gaan in dit artikel verder uit van een Open CV.

Overigens dient te worden opgemerkt dat ook de Open CV transparant is voor het aandeel in de Open CV dat toegerekend wordt aan de beherend vennoot. Indien de Open CV een onderneming drijft, en de beherend vennoot is een natuurlijk persoon, dan zal in de aangifte inkomstenbelasting winst uit onderneming dienen te worden aangegeven in de zin van artikel 3.4 van de Wet IB 2001. Meestal zal de Open CV echter geen onderneming drijven. Voor de beherend vennoot zal dan in de regel sprake zijn van inkomen uit ter belegging gehouden aandelen. Tot slot verdient het nog vermelding dat de beherend vennoot ten alle tijden met zijn volledige vermogen aansprakelijk is voor alle schulden van de Open CV. Wanneer het lichaam dat optreedt als beherend vennoot nog andere bezittingen heeft, kunnen deze ook in de aansprakelijkheids-sfeer worden betrokken.



### Vennootschapsbelasting

Op basis van artikel 2 lid 1 sub a Wet VPB 1969 is de Open CV binnenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Hierdoor wordt deze geacht met haar gehele vermogen een belaste onderneming te drijven<sup>5</sup>. Het is daarnaast belangrijk om er rekening mee te houden dat een Open CV geen deel uit kan maken van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting.

Omdat de Open CV belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting kan ook een beroep worden gedaan op de deelnemingsvrijstelling indien winstuitkeringen worden ontvangen van een kwalificerende deelneming<sup>6</sup>, zoals uitkeringen door de holding aan de Open CV. Op basis van de wet is het aandeel in de winst van de Open CV dat toekomst aan de beherend vennoot aftrekbaar van de belastbare winst<sup>7</sup>. De Hoge Raad heeft echter bepaald dat de beherend vennoot voor zijn aandeel in de winst, rechtstreeks betrokken is in de belastingheffing<sup>8</sup>. Door deze toerekening zou het kunnen voorkomen dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, omdat niet voldaan wordt aan de bezitsvereisten voor de deelnemingsvrijstelling op het niveau van de Open CV. Van een door de Open CV gehouden belang van 5% in een vennootschap wordt namelijk een gedeelte rechtstreeks toegerekend aan de beherend vennoot, waardoor per saldo in de Open CV een belang van minder dan 5% opkomt.

### Inbreng in de Open CV

De deelbewijzen in een Open CV kwalificeren op grond van artikel 2 lid 3 sub f AWR als een aandeel<sup>9</sup>. Wanneer een belastingplichtige een belang heeft van 5% of meer in een Open CV is derhalve sprake van een aanmerkelijk belang. Doorgaans zal de DGA een aanmerkelijk belang in een bestaande holding willen inbrengen in de Open CV. Fiscaal is dan in beginsel sprake van een vervreemding van het aanmerkelijk belang. Een aanmerkelijkbelangheffing van 25% (2018) kan door een aandelenruil en een beroep op de faciliteit daarvoor achterwege blijven<sup>10</sup>. De verkrijgingsprijs van de ingebrachte aandelen wordt dan doorgeschoven naar de bij de aandelenruil verkregen deelbewijzen in de Open CV<sup>11</sup>.

De aandelenruilfaciliteit kan worden toegepast omdat de deelbewijzen in een Open CV fictief gelijkgesteld worden met een aandeel<sup>12</sup>. Uiteraard dient ook aan de overige eisen voor de aandelenruilfaciliteit te worden voldaan, waaronder dat de verkrijgende vennootschap ten minste een zodanig bezit verwerft dat zij meer dan de helft van de stemrechten verkrijgt. In de meeste gevallen zal de inbreng bestaan uit aandelen in een bv. Er zal dan aan de hand van de statuten van de bv eenvoudig bepaald kunnen worden of voldaan wordt aan het zeggenschaps criterium. Indien aandelen gecertificeerd zijn zullen deze voorafgaand aan de inbreng gedecertificeerd moeten worden.

Daarnaast is een belangrijke eis dat bij de aandelenruil geen sprake mag zijn van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De aandelenruil wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de aandelenruil niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de werkzaamheden. Gewoonlijk zal het anonimiseren van vermogen niet als motief het ontgaan of uitstellen van belastingheffing hebben. Naar onze mening kan hiervoor dan ook een beroep worden gedaan op de aandelenfusiefaciliteit. Dit wordt ook bevestigd door de Staatssecretaris van Financiën<sup>13</sup>. Helaas pleegt de Belastingdienst al enkele jaren geen vooroverleg meer over anonimisering structuren. De reden die daarvoor gegeven wordt, is dat moet worden voldaan aan de vierde (en vijfde) anti-witwasrichtlijn.

Een belastingplichtige kan een verzoek doen om zekerheid vooraf te verkrijgen over de toepassing van de aandelenfusiefaciliteit. Wanneer een dergelijk verzoek wordt gedaan, wordt doorgaans ook expliciet de vraag gesteld in het verzoek om te bevestigen dat sprake is van een Open CV. De Belastingdienst gaat doorgaans niet meer in op deze vraag<sup>14</sup>. In dat geval wordt de beschikking conform art. 3.55 lid 7 Wet IB 2001 afgegeven onder het voorbehoud dat niet getoetst is of sprake is van een Open CV<sup>15</sup>. Het stellen van een voorbehoud bij het afgeven van een beschikking is naar onze mening niet rechtsgeldig. De inspecteur moet immers op grond van de wet een beschikking afgeven over de vraag of sprake is van een aandelenruil. Dat betekent dat de inspecteur bij de afgifte van de beschikking moet oordelen of aan alle vereisten van de aandelenruil is voldaan. Derhalve ook of er sprake is van een vennootschap die *aandelen* uitreikt. De Staatssecretaris van Financiën heeft inmiddels in recente antwoorden op Kamervragen bevestigd dat de Belastingdienst toetst of voldaan wordt aan de vereisten voor een Open CV<sup>16</sup>.

### Bedrijfsopvolging

Er zijn uitgebreide bepalingen opgenomen voor een fiscaal vriendelijke overdracht van ondernemingsvermogen in de Wet op de inkomstenbelasting<sup>17</sup> en de Successiewet<sup>18</sup>. Omdat de deelbewijzen in een CV gelijkgesteld zijn met aandelen, kan wanneer ondernemingsvermogen wordt gehouden via een Open CV, ook gebruik gemaakt worden van deze bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Uiteraard dient hierbij voldaan te worden aan alle vereisten, waaronder dat voor de Successiewet sprake moet zijn van ondernemingsvermogen en dat voldaan moet worden aan de bezitsperiode van één respectievelijk vijf jaar bij schenken of nalaten. Wanneer met toepassing van de aandelenfusiefaciliteit een belang is ingebracht in een Open CV, dan kan de bezitsperiode van de verkregen deelbewijzen en ingebrachte aandelen bij elkaar opgeteld worden<sup>19</sup>.

## De Open FGR

Zoals in de inleiding aangegeven zou ook gebruik gemaakt kunnen worden van een Open FGR in plaats van een Open CV. Een Open FGR kan op een vergelijkbare manier als een Open CV gebruikt worden als alternatieve topholding. Net als bij de CV wordt bij de FGR aan de hand van bepaalde voorwaarden vastgesteld of deze belastingplichtig is voor de Vpb. Een FGR is slechts besloten, en dus niet belastingplichtig, indien wordt voldaan aan het toestemmingsvereiste of het inkoopvereiste. Het toestemmingsvereiste is vergelijkbaar met die van de besloten CV. Volgens het inkoopvereiste is daarnaast sprake van een besloten FGR indien de vervreemding van deelbewijzen uitsluitend kan geschieden aan het fonds zelf.

De Open FGR is opgenomen in artikel 2 lid 3 Wet VPB. Evenals bij een Open CV worden de bewijzen van deelgerechtigdheid in een Open FGR gelijkgesteld met aandelen<sup>20</sup> waardoor deze ook kunnen kwalificeren als een aanmerkelijk belang.

Er bestaan over een Open FGR nog enkele belangrijke discussiepunten, wij behandelen er hier twee. Ten eerste mag een Open FGR geen onderneming drijven. Het is de vraag of het fonds een onderneming drijft, of een belegging houdt, indien slechts de aandelen worden gehouden in een vennootschap waarin een actieve onderneming wordt gedreven. De Belastingdienst neemt het standpunt in dat enkel sprake is van beleggen indien het aandelenbezit slechts is gericht op het verkrijgen van een waardestijging van de gehouden aandelen en op een rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht<sup>21</sup>. De Hoge Raad heeft echter al in de jaren zeventig bepaald dat aandelenbezit als belegging wordt beschouwd indien de belastingplichtige zelf geen bedrijf uitoefent<sup>22</sup>. Ten tweede dient bij een Open FGR altijd sprake te zijn van twee voldoende onafhankelijke participanten in het fonds. Dit is in beginsel niet anders dan bij de Open CV, maar bij het fonds is het beleid dat één persoon slechts voor maximaal 90% deelgerechtigde mag zijn. Hierbij geldt ook dat de tweede participant in het fonds niet (fiscaal) vereenzelvigd mag kunnen worden met de andere participant. Volgens de Belastingdienst zijn er dus bijvoorbeeld ook niet twee voldoende onafhankelijke participanten wanneer een belastingplichtige in gemeenschap van goederen is gehuwd, en samen met zijn partner als enige participant deelneemt in een FGR.

De overige juridische en fiscale gevolgen van het gebruik van een Open FGR zijn grotendeels gelijk aan de Open CV. Voor de inbreng van een belang in een Open FGR kan gebruik worden gemaakt van de aandelenfusiefaciliteit. Een argument dat spreekt voor het gebruik van een Open FGR in plaats van een Open CV is dat de Open FGR (nog)

niet lijkt te hoeven worden opgenomen in het UBO register.

Helaas lijkt de praktijk vooralsnog dat de Belastingdienst (meer) moeite heeft met het toekennen van de aandelenfusiefaciliteit indien een Open FGR is betrokken bij de herstructurering.

## Conclusie

Privacy is een belangrijk gegeven, om uiteenlopende redenen. Veel mensen hechten er waarde aan om niet te koop te lopen met hun vermogen. Waarom moet de DGA dan wel zijn vermogen gehouden via de persoonlijke holding delen met de buitenwereld? De holding vormt doorgaans immers een verlengstuk van het vermogen van de DGA. Het anonimiseren van dit vermogen middels gebruikmaking van een Open CV of Open FGR is een effectief middel gebleken. Richting de Belastingdienst worden alle gegevens gedeeld, maar willekeurige derden krijgen er geen zicht op. De Open CV en Open FGR zijn belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting, waarbij vele onderdelen uit het vennootschapsbelastingregime onverkort van toepassing zijn. Denk daarbij aan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Daarnaast blijven ook de fiscale faciliteiten voor de bedrijfsopvolging van toepassing. Hierdoor is de Open CV of Open FGR uitermate geschikt als topholding. De inrichting van de structuur met een Open CV of Open FGR dient goed te worden opgezet en het is te adviseren om de inbreng in de Open CV of Open FGR vooraf met de Belastingdienst af te stemmen. Met het oog op het aanstaande UBO-register heeft mogelijk een structuur met een Open FGR de voorkeur, echter blijkt doorgaans de eis van onafhankelijke participanten een aanzienlijke hobbel voor de DGA. Daarnaast geldt dat toekenning van de aandelenfusiefaciliteit voor de Open FGR een lastig en langlopend traject kan zijn. Laat u derhalve goed adviseren indien u een dergelijke structuur wenst op te zetten.

*Mr. K. de Heus en drs. D.G.M. Wetterhahn, beide verbonden aan HVK Stevens Belastingadvies te Amsterdam.*

## Noten

1. Zie bijvoorbeeld recent het bericht in het Financieel Dagblad d.d. 1 november 2018 "Familie Blokker verhult omvang vermogen via nieuwe boekhoudkundige truc".
2. Zie bijvoorbeeld recent de beantwoording van de vragen van het lid Leijten (SP) aan de staatssecretaris van Financiën over het anonimiseren van vermogen via een commanditaire vennootschap (CV), 20 november 2018.
3. In het op 6 april 2018 gepubliceerde ontwerp Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 is de CV opgenomen als personenvennootschap waarvan de UBO moet worden geregistreerd. Aangegeven is dat voor het UBO register bij deze rangschikking wordt aangesloten.
4. Artikel 2 lid 3 sub c AWR. Een en ander is ook bevestigd in een besluit: Besluit Staatssecretaris van Financiën, 15 december 2015, Nr. BLKB 2015/1209M
5. Artikel 1 lid 5 Wet VPB 1969.
6. Artikel 13 lid 2 Wet VPB 1969.

7. Artikel 9 lid 1 sub h Wet VPB 1969.
8. HR 7 juli 1982, nr. 20 655, BNB 1982/268.
9. De gelijkstelling met een aandeel is echter niet volledig. Zo is het mogelijk om op aandelen kapitaal fiscaal onbelast terug te betalen, dit is echter niet mogelijk op de deelbewijzen bij een Open CV.
10. Een vervreemdingsvoordeel wordt op grond van artikel 4.41 lid 1 Wet IB 2001 niet in aanmerking genomen als een beroep op de aandelenfusiefaciliteit van artikel 3.55 Wet IB 2001 gedaan wordt.
11. Op grond van artikel 3.55 lid 6 Wet IB 2001.
12. Tevens verwijzen wij naar de Fusierichtlijn ((Richtlijn 2009/133/EG) waarin de open commanditaire vennootschap als rechtsvorm is opgenomen.
13. "Beantwoording Vragen van het lid Leijten (SP) aan de staatssecretaris van Financiën over het anonimiseren van vermogen via een commanditaire vennootschap (CV)", 20 november 2018.
14. Onder verwijzing naar recente ontwikkelingen (onder andere de introductie van de vierde anti-witwasrichtlijn, Richtlijn 2015/849, PB EU 5 juni 2015, nr. L 141/73) geeft de Belastingdienst aan niet mee te werken aan structuren die tot doel hebben de anonimiteit van de belanghebbende te borgen.
15. Meestal wordt dit voorbehoud vermeld in een aparte begeleidende brief en niet in de beschikking zelf.
16. Zie voetnoot 13
17. Artikel 4.17a en artikel 4.17c Wet IB 2001.
18. Artikel 35b Successiewet 1956
19. Artikel 9 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.
20. Artikel 4.5 Wet IB 2001.
21. Memo belastingdienst d.d. 26 januari 2015, Publicatie d.d. 26 juni 2017 als reactie op een WOB verzoek.
22. HR 7 november 1973, BNB 1974/2.