

WET AANPASSING FISCAAL KWALIFICATIEBELEID RECHTSVORMEN

Nieuw wetsvoorstel ter voorkoming van hybride mismatches

INLEIDING

Na de aankondiging op 4 maart 2021 is op 29 maart 2021 ook het voorstel van 'Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen' (hierna: "**Wetsvoorstel**") ter internetconsultatie neergelegd. Tot 26 april 2021 kan in ieder geval gereageerd worden.

Voor Nederlandse familiebedrijven, families en vermogende particulieren is het belangrijkste gevolg van het Wetsvoorstel, mits uiteindelijk aangenomen in deze vorm, dat:

1. een commanditaire vennootschap (hierna: "**CV**") voortaan altijd transparant zal zijn voor Nederlandse fiscale doeleinden (d.w.z. niet belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting, hierna: "**VPB**"); en
2. familiefondsen, in de vorm van een fonds voor gemene rekening (hierna: "**FGR**"), veelal niet meer als 'open' en daarmee belastingplichtig voor de VPB zullen kwalificeren. Deze zullen in de regel derhalve ook transparant worden.

Bestaande beleggings- en 'privacy'-structuren, waarbij gebruik wordt gemaakt van een open (VPB-plichtige) CV of FGR, zullen tegen het licht gehouden moeten worden. In deze nieuwsbrief gaan we in op het Wetsvoorstel, zoals dat ter internetconsultatie is neergelegd.

ACHTERGROND

Ten grondslag aan het Wetsvoorstel liggen, volgens de concept memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel, de zogenoemde hybride mismatches. Indien voor de rechtsvorm van een naar buitenlands recht opgericht lichaam geen Nederlands equivalent bestaat, is op voorhand niet duidelijk op welke wijze de buitenlandse rechtsvorm voor Nederlandse fiscale doeleinden moet worden behandeld. Op deze manier komt een dergelijke mismatch tot stand, met mogelijk dubbele belastingheffing of dubbele niet-heffing tot gevolg. Met de voorgestelde

wetsaanpassing wordt beoogd de oorzaak (kwalificatieverschillen tussen belastingstelsels) weg te nemen, in aanvulling op de reeds bestaande maatregelen die slechts de gevolgen voorkomen.

DE OPEN COMMANDITAIRE VENNOOTSCHAP

De Nederlandse kwalificatie van de CV loopt internationaal gezien uit de pas, hetgeen tot hybride mismatches kan leiden.¹ In Nederland wordt onderscheid gemaakt tussen de besloten CV (fiscaal transparant) en de open CV (niet transparant) aan de hand van het toestemmingsvereiste. Het toestemmingsvereiste houdt in dat toetreding of vervanging van een commanditaire vennoot slechts kan plaatsvinden nadat alle vennoten (beherende en commanditaire) hiervoor voorafgaand hun toestemming hebben gegeven. Slechts indien aan dit toestemmingsvereiste wordt voldaan, is sprake van een besloten (fiscaal transparante, niet VPB-plichtige) CV. Wanneer niet aan dit vereiste wordt voldaan, is er sprake van een open CV, en is de CV VPB-plichtig. Het onderscheid op basis van dit vereiste resulteert in hybride mismatches.

Ter voorkoming van deze mismatches is voorgesteld dit toestemmingsvereiste te laten vervallen. Dit heeft tot gevolg dat het onderscheid tussen de twee bestaande varianten van de CV op basis van dit wetsvoorstel niet meer zal bestaan, en iedere CV per 1 januari 2022 als fiscaal transparant zal worden aangemerkt. Vanaf dat moment worden alle - ook de commanditaire - vennoten rechtstreeks voor hun aandeel in de belastingheffing betrokken.²

Overgangsrecht

Aangezien de CV als rechtsvorm bij de beëindiging van haar VPB-plicht niet ophoudt te bestaan, wordt in het voorgestelde overgangsrecht (bij fictie) geregeld dat - voor fiscale doeleinden - een bestaande open CV, op het moment direct voorafgaand aan de beëindiging van haar belastingplicht, geacht wordt al haar vermogensbestanddelen te hebben overgedragen aan haar vennoten tegen de waarde van het economisch verkeer. Daarnaast

¹ Dit blijkt uit onderzoek van het Ministerie van Financiën in samenwerking met de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Register Belastingadviseurs, VNO-NCW, Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen, Tax Justice NL en Dutch Fund and Asset Management Association wat in 2020 is afgerond.

² Voor beherende vennoten heeft de afschaffing van de open CV geen fiscale gevolgen. Immers, zij worden op dit moment reeds rechtstreeks in de belastingheffing betrokken voor hun aandeel in de resultaten van de open CV.

wordt de open CV - op hetzelfde moment - geacht te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten. Deze ficties hebben tot gevolg dat bij de open CV sprake is van een verplichte eindafrekening in de vennootschapsbelasting over alle in haar onderneming aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill. Daarnaast houden de commanditaire vennoten niet langer meer een aandeel in de open CV na afschaffing van de vennootschapsbelastingplicht. In het overgangsrecht is daarom tevens geregeld dat dit aandeel direct voorafgaand de beëindiging van de vennootschapsbelastingplicht - bij fictie - wordt vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer.

Het wetsvoorstel biedt met het overgangsrecht fiscale faciliteiten om onder bepaalde voorwaarden de belastingheffing als direct gevolg van het vervallen van de vennootschapsbelastingplicht zoveel mogelijk te voorkomen. Hiervoor voorziet het overgangsrecht in een viertal faciliteiten.

- i Doorschuiffaciliteit: de fiscale claims op alle in de onderneming van de open CV aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill worden overgenomen door commanditaire vennoten die onderworpen zijn aan een belasting naar de winst voor lichamen;
- ii Aandelenfusie: commanditaire vennoten kunnen de fiscale claims op hun aandeel in de CV doorschuiven;
- iii Gespreide betaling in tien jaar;
- iv Doorschuiffaciliteit bij terbeschikkingstellingsituaties: commanditaire vennoten kunnen de fiscale claims op het aan de open CV ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel doorschuiven, indien het vermogensbestanddeel feitelijk ongewijzigd wordt gebruikt in de onderneming waaruit de commanditaire vennoot winst uit onderneming gaat genieten.

FONDS VOOR GEMENE REKENING

Net zoals bij de CV wordt er ook een onderscheid gemaakt bij het FGR tussen een open en besloten variant. Net als bij de CV speelt voor de kwalificatie van het FGR, het toestemmingsvereiste een bepalende rol. Het voorstel is hier eveneens om het toestemmingsvereiste te laten vervallen ter voorkoming van hybride mismatches. Op dit moment is er sprake van een open FGR indien de bewijzen van deelgerechtigdheid in het FGR verhandelbaar zijn. De bewijzen van deelgerechtigdheid worden als verhandelbaar aangemerkt indien voor vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist. Zodra er wel een

dergelijke toestemming vereist is, is sprake van een besloten FGR (fiscaal transparant).

In tegenstelling tot de CV, is hier het voorstel om beide varianten (wel en niet VPB-plichtig) te laten bestaan, waarbij voor het onderscheid tussen de varianten het toestemmingsvereiste wordt vervangen door een ander criterium. De voorgestelde definitie voor het open FGR houdt in dat een FGR als VPB-plichtig wordt aangemerkt indien sprake is van een FGR dat tegen uitreiking van bewijzen van deelgerechtigdheid vermogen bijeen brengt om dit collectief te beleggen, en waarbij:

1. ofwel de bewijzen van deelgerechtigdheid worden verhandeld op een gereglementeerde markt als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, of een daarmee vergelijkbaar handelsplatform;³
2. ofwel het FGR de verplichting heeft tot inkoop van eigen deelnemingsrechten. Deze inkoopverplichting betekent dat het FGR de verplichting heeft om met regelmaat de bewijzen van de deelgerechtigdheid op verzoek van de deelgerechtigden in te kopen of terug te betalen ten laste van de activa van het FGR. Er is slechts sprake van deze inkoopverplichting indien dit uit de fondsvoorwaarden blijkt. Zo heeft het FGR zelf de keus om als open of besloten te kwalificeren.

Daarbij wordt in het Wetsvoorstel en de memorie een belangrijke kanttekening gemaakt. FGR's waarbij feitelijk slechts wordt overgedragen binnen de beperkte kring van familieleden en aanverwanten wil het kabinet niet meer in aanmerking laten komen voor VPB-plicht.

KWALIFICATIE (BUITENLANDSE) RECHTSVORMEN: TWEE AANVULLENDE METHODES

Tot op heden wordt gebruik gemaakt van de rechtsvormvergelijkingsmethode. Op basis van deze methode worden kenmerken van een buitenlandse rechtsvorm vergeleken met bestaande Nederlandse rechtsvormen, en wordt de buitenlandse rechtsvorm vervolgens op dezelfde wijze in de belastingheffing betrokken als het Nederlandse equivalent. In situaties waar geen vergelijkbare rechtsvorm is, kan sprake zijn van een mismatch. Om dit gat te vullen worden twee nieuwe methodes voorgesteld.

³ Voorbeeld van een gereglementeerde markt is een effectenbeurs zoals Euronext. Een handelsplatform vergelijkbaar met een gereglementeerde markt is bijvoorbeeld NPEX.

Symmetrische methode

Deze methode is voor situaties waarin een naar buitenlands recht opgericht (en gevestigd) lichaam een belang heeft in een Nederlands belastingplichtig lichaam óf indien sprake is van een Nederlandse belastingplichtige met een belang in een naar buitenlands opgericht lichaam (dat geen vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm kent). Op basis van de symmetrische methode wordt door Nederland de behandeling voor de betreffende winstbelasting van de staat van aangaan/oprichting van het gevolgd.

Vaste methode

Volgens de vaste methode wordt een naar buitenlands recht opgericht lichaam dat in Nederland is gevestigd en dat op basis van de rechtsvormvergelijkingsmethode niet vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtsvorm, altijd aangemerkt als VPB-plichtig.⁴



JEROEN PETERS

+31 (0) 6 18 39 26 66

j.peters@hvkstevens.com



STAN STEVENS

+31 (0) 6 12 29 91 64

s.stevens@hvkstevens.com



JULIUS VAN DE WIJNGAERT

+31 (0) 20 210 51 45

j.vandewijngaert@hvkstevens.com

CONCLUSIE

Na alle discussies van de afgelopen jaren zat een dergelijk voorstel er aan te komen. Het kabinet hoopt hybride mismatches hiermee bij de bron aan te pakken. Ondanks de internationale invalshoek, heeft het Wetsvoorstel ook belangrijke gevolgen voor Nederlandse familiebedrijven, families en vermogende particulieren. Bezien moet worden hoe hier, in de nieuwe context, oplossingen voor gevonden kunnen worden, waarbij rekening wordt gehouden met de gerechtvaardigde belangen van alle betrokkenen.

Om alvast een eerste reactie te geven; wetgever, zorg ervoor dat er voor FGR's net zo'n ruim overgangsrecht komt als voor CV's!

Wij houden u op de hoogte over de ontwikkelingen.

⁴ Voorbeelden van naar buitenlands opgerichte rechtsvormen waar geen Nederlands equivalent beschikbaar is: de "Limited Liability Partnership" (LLP) opgericht naar het recht van het Verenigd Koninkrijk, de "Unlimited Company" (ULC) opgericht naar Iers recht en de "Kommanditgesellschaft auf Aktien" (KGaA) opgericht naar Duits recht. Deze lichamen worden, indien in Nederland gevestigd, door de vaste methode als binnenlands belastingplichtig aangemerkt.