

30. Open CV of open FGR? Actie vereist! Een bespreking van het Wetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen en mogelijke oplossingen (Deel I)

DRS. J. PETERS, MR. J.W. SCHENK EN MR. DR. E. ROELOFS

De 'open CV' en de 'open FGR' zijn de laatste decennia veel gebruikt met als doel het beschermen van de persoonlijke levenssfeer en het vermogen ('asset protection'). Op 29 maart 2021 is het voorstel van 'Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen' ter internetconsultatie neergelegd. De regels van dit wetsvoorstel kunnen van grote invloed zijn op de adviezen over en het gebruik van de 'open CV' en de 'open FGR' in de toekomst, aangezien deze instrumenten in de toekomst als fiscaal transparant zullen worden gekwalificeerd. In deel I van deze bijdrage gaan wij in op de elementen van het wetsvoorstel. In deel II van deze bijdrage zullen wij stilstaan bij enkele alternatieven voor het gebruik van de 'open CV' en de 'open FGR'.

1. Inleiding

Op 29 maart 2021 is het voorstel van 'Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen' (hierna: 'wetsvoorstel') ter internetconsultatie neergelegd. Ingevolge het wetsvoorstel zal de commanditaire vennootschap (hierna: 'CV') voor Nederlandse fiscale doeleinden voortaan altijd als transparant worden behandeld. In het wetsvoorstel worden daarnaast aanpassingen voorgesteld aan

- a. de toets of een fonds voor gemene rekening (hierna: 'FGR') als transparant of non-transparant kwalificeert; en
- b. de wijze van kwalificatie, als transparant of non-transparant, van buitenlandse rechtsvormen.

Voor FGR's in de familiesfeer geldt dat deze voortaan in beginsel ook steeds als fiscaal transparant zullen worden behandeld. Bestaande situaties worden krachtens het wetsvoorstel niet geëerbiedigd en vallen binnen de reikwijdte van de regels van het wetsvoorstel. Voor de CV voorziet het wetsvoorstel in overgangsrecht, voor FGR's (vooralsnog) niet.

Tot 26 april 2021 kon worden gereageerd op het consultatiedocument (zie: <https://www.internetconsultatie.nl/fiscaalkwalificatiebeleidrechtsvormen>). Op p. 9 van het consultatiedocument begint het algemene deel van de memorie van toelichting (hierna: 'MvT') bij het wetsvoorstel; op p. 17 begint de artikelsgewijze toelichting van de MvT. (hierna: 'consultatiedocument'). Uiteindelijk zijn 35 reacties ingestuurd, waaruit het belang van het wetsvoorstel voor de praktijk en de reuring die het teweeg heeft gebracht blijkt. Ter vergelijking: twee andere gelijktijdig aangekondigde internetconsultaties (betreffende het voorstel 'Wet

tegangaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' en het voorstel 'Belastingplichtmaatregel omgekeerde hybride lichamen (ATAD2)') hebben slechts twee reacties opgeleverd.

In deze bijdrage gaan wij in op de gevolgen van het wetsvoorstel voor Nederlandse familiebedrijven, families en vermogende particulieren en de door hen met behulp van een CV of FGR opgezette structuren. In het verleden zijn dergelijke structuren veelal opgezet met als doel het beschermen van de persoonlijke levenssfeer en 'asset protection'. Gezien de bepalingen zoals opgenomen in het wetsvoorstel, dienen deze structuren zo snel mogelijk tegen het licht te worden gehouden en te worden beoordeeld of deze structuren nog het gewenste resultaat opleveren als de regels uit het wetsvoorstel van kracht worden. De bepalingen uit het wetsvoorstel brengen met zich mee dat structuren met een FGR binnen afzienbare termijn geherstructureerd dienen te worden. De beoogde inwerkingtreding van de bepalingen van het wetsvoorstel was aanvankelijk voorzien voor 1 januari 2022. In reactie op vragen van het Tweede Kamerlid Grinwis (CU) aan de staatssecretaris van Financiën over het consultatiedocument heeft de staatssecretaris, gezien de vele inhoudelijke reacties op het consultatiedocument, besloten hiervan af te wijken, om te bezien waar en in hoeverre recht kan worden gedaan aan de tijdens de internetconsultatie geuite zorgen (Kamerbrief van 2 juni 2021 - Beantwoording Kamervragen over de consultatie op het conceptwetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen).

In deze bijdrage zullen wij achtereenvolgens ingaan op de achtergrond van het wetsvoorstel en de gevolgen van het wetsvoorstel voor de 'open CV' en haar vennoten. Daarbij besteden wij aandacht aan de verplichting tot afreke-

ning en het overgangsrecht ten aanzien van de ‘open CV’. Vervolgens besteden wij aandacht aan de gevolgen van het wetsvoorstel voor de FGR en zijn participanten. Wij sluiten af met een conclusie. In deel II van dit artikel zullen wij nader ingaan op mogelijke oplossingen voor door toepassing van de regels uit het wetsvoorstel ontstane situaties.

In dit artikel duiden wij de aan de heffing van vennootschapsbelasting (hierna: ‘VPB’) onderworpen niet-transparante CV en FGR aan als de ‘open CV’ (hierna: ‘OCV’) en open FGR (hierna: ‘OFGR’). Bespreking van de gevolgen van het wetsvoorstel voor buitenlandse rechtsvormen, alsmede voor pensioenfondsen, die veel gebruikmaken van besloten (fiscaal transparante) FGR’s, valt buiten het bereik van deze bijdrage.

2. Achtergrond wetsvoorstel

Op dit moment is een CV VPB-plichtig, tenzij aan het ‘toestemmingsvereiste’ wordt voldaan. Aan dit vereiste, opgenomen in art. 2 lid 3 onderdeel c, Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: ‘AWR’) en nader ingevuld in het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M, *Stcrt.* 2015, 46508, wordt voldaan, indien de toetreding of vervanging van een commanditaire vennoot slechts kan plaatsvinden nadat alle vennoten (zowel de beherende als de commanditaire) voorafgaand hun toestemming daaraan hebben gegeven.

Een besloten (transparante) FGR kan, behalve volgens de ‘toestemmingsvariant’ (zoals bij een besloten CV), ook vormgegeven worden volgens de ‘inkoopvariant’, waarbij de fondsvoorwaarden bepalen dat participaties alleen aan het besloten FGR zelf overgedragen kunnen worden. Voor deze overdracht aan het besloten FGR is niet de toestemming van de overige participanten vereist.

Over de achtergrond voor het wetsvoorstel staat op p. 9 van het consultatiedocument:

‘Voor bepaalde rechtsvormen is het huidige Nederlandse kwalificatiebeleid afwijkend van dat in andere landen. Kwalificatieverschillen tussen verschillende belastingstelsels kunnen ertoe leiden dat het ene land een lichaam als [...] [transparant] beschouwt [...], terwijl het andere land een lichaam als zelfstandig belastingplichtig beschouwt (niet-transparant). Hierdoor kunnen zogenoemde hybride mismatches ontstaan, wat kan resulteren in dubbele aftrek of aftrek zonder betrekking in de heffing. [...] De in dit wetsvoorstel voorgestelde aanpassingen van het kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen zijn er onder andere op gericht te voorkómen dat hybride mismatches ontstaan. Daarmee wordt de oorzaak van hybride mismatches aangepakt.’

Uit onderzoek door het ministerie van Financiën (hierna: ‘MinFin’) blijkt dat deze kwalificatieverschillen met name ontstaan als gevolg van het ‘toestemmingsvereiste’, dat Nederland hanteert om te bepalen of een CV of FGR fiscaal transparant is of niet. Vanuit dit uitgangspunt wil de wetgever dit vereiste (het toestemmingsvereiste) laten vervallen, wat er vervolgens ook toe zou leiden dat de open (non-transparante) CV, die onderworpen is aan de heffing

van VPB, niet meer bestaat en de vennoten-natuurlijke personen aan de heffing van box 3 of box 1 zijn onderworpen. Ondanks dat over de wenselijkheid van het bestaan van het toestemmingsvereiste verschillend kan worden gedacht (zie onder meer de reacties op het consultatiedocument) lijkt de wetgever mede onder druk van de fondsenpraktijk vooralnog gekozen te hebben voor het laten vervallen van het toestemmingsvereiste.

Ondanks dat (in ieder geval met betrekking tot CV’s) dit niet expliciet wordt benoemd in het consultatiedocument, kan in het consultatiedocument eveneens een tweede reden voor het indienen van het wetsvoorstel gelezen worden, namelijk dat de wetgever het met dit wetsvoorstel tevens moeilijker wil maken om:

- structuren op te zetten om de persoonlijke levenssfeer te beschermen en voor ‘asset protection’; en
- vermogen over te hevelen van box 3 van de inkomstenbelasting (‘IB’) naar box 2.

In het consultatiedocument wordt dit laatste, naar onze mening overigens ten onterechte, gekenschetst als ‘box-hoppen’.

De hierboven vermelde tweede reden van het indienen van het wetsvoorstel komt met name voort uit wat de wetgever schrijft over de achtergrond om FGR’s in de familiesfeer niet langer als VPB-plichtig te laten kwalificeren (zie p. 15 van het consultatiedocument):

‘Dit heeft tot gevolg dat een fgr (dit geldt echter niet voor een zogenoemd ‘familiefonds’, zie hierna) zelf kan kiezen voor de bedrijfsmatig gewenste civielrechtelijke vormgeving, waarbij sprake is van ofwel zelfstandige belastingplicht (open fgr) ofwel fiscale transparantie. [...]

Een fgr dat gebruikt wordt voor het beheer van vermogen ten behoeve van een groep familieleden en aanverwanten is in het verleden mogelijk gestructureerd als open fgr (familiefonds).⁸ Dit is de afgelopen vijf jaar veelal gedaan om het ‘box-hoppen’ of het ‘anonimiseren van vermogen’ mogelijk te maken.⁹ [...] Het voorgaande vormt voor het kabinet aanleiding om genoemd familiefonds niet langer in aanmerking te laten komen voor zelfstandige belastingplicht.’

Wij zijn van mening dat dit ten onrechte wordt gekenschetst als ‘box-hoppen’, omdat:

- bij het langdurig inbrengen (en ingebracht houden) van vermogen in een BV (of andere VPB-plichtige entiteit) géén sprake is van box-hoppen;
- de wetgever met ingang van 2001 bewust een systeem heeft geïmplementeerd, waarbij in box 3 niet de werkelijke inkomsten in de belastingheffing worden betrokken maar een forfaitair bepaald bedrag; en
- de Hoge Raad (hierna: ‘HR’) over dit systeem heeft geoordeeld dat dit er onder omstandigheden toe kan leiden dat de belastingplichtige ‘op stelselniveau [kan worden] geconfronteerd met een buitensporig zware last in box 3 die zich niet met het door art. 1 [van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden]beschermde recht op ongestoord genot van eigendom verdraagt.’ (zie HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816).

3. Gevolgen voor de OCV en haar vennoten

3.1 Hoofdregel, afrekening door de OCV en haar vennoten

We schreven hierboven al dat alle CV's vanaf de beoogde inwerkingtredingsdatum van het wetsvoorstel fiscaal transparant worden, mits het wetsvoorstel natuurlijk in ongewijzigde vorm op dit punt wordt aangenomen. Vanaf de datum van inwerkingtreding van de regels uit het wetsvoorstel worden derhalve altijd alle (ook de) commanditaire vennoten rechtstreeks voor hun belang in de CV in de belastingheffing (box 3 of box 1) betrokken.

Bij inwerkingtreding van het wetsvoorstel verandert er civielrechtelijk niets. Civielrechtelijk wordt een OCV niet ontbonden of geacht te zijn ontbonden. Alleen de fiscale kwalificatie wijzigt; civielrechtelijk blijft de CV voortbestaan en een eventuele aanpassing of wijziging van de CV-overeenkomst naar aanleiding van het wetsvoorstel leidt niet tot het einde van de CV-overeenkomst (sprake is slechts van een wijziging van de fiscale kwalificatie).

In het wetsvoorstel is de gewijzigde fiscale kwalificatie onder meer geregeld door:

1. (het aandeel in) de OCV niet langer te definiëren in de AWR (zie art. IV wetsvoorstel);
2. de OCV niet langer als VPB-plichtige aan te merken (zie art. I wetsvoorstel); en
3. de OCV niet langer als inhoudingsplichtige voor de dividendbelasting en bronbelasting (zie art. II en III wetsvoorstel) aan te merken.

Voorafgaand aan deze sfeerovergang (i.e. de overgang van niet-transparant naar transparant) wordt de OCV geacht al haar vermogensbestanddelen te hebben overgedragen tegen de waarde in het economische verkeer (hierna: 'WEV') en wordt zij geacht opgehouden te zijn in Nederland belastbare winst te genieten (zie art. VI lid 1 wetsvoorstel). Voorts wordt de commanditaire vennoot geacht zijn commanditaire aandeel in en schuldvorderingen op de OCV te hebben vervreemd (zie art. VI lid 2 wetsvoorstel).

3.2 Overgangsrecht c.q. faciliteiten om de gevolgen te mitigeren

Om de belastingheffing die uit bovenstaande ficties voortvloeit zo veel mogelijk te voorkomen voorziet het wetsvoorstel in een viertal faciliteiten. Wij bespreken deze hieronder op hoofdlijnen.

3.2.1 Doorschuiffaciliteit voor de VPB

Indien *alle* commanditaire vennoten onderworpen zijn aan een belasting naar de winst voor lichamen én gevestigd zijn in Nederland, een EU-lidstaat of een EER-lidstaat, kunnen zij onder een aantal nadere voorwaarden verzoeken de belastingheffing ter zake van de (fictieve) overdracht van de vermogensbestanddelen van de OCV achterwege te laten. De (Nederlandse) belastingclaim blijft dan behouden en schuift door naar de commanditaire vennoten. Op hun fiscale balans dienen zij de vermogensbestanddelen van de (voorheen O)CV tegen dezelfde waarde te boek te stellen

als de fiscale boekwaarde bij de OCV (zie art. VII lid 1 wetsvoorstel).

3.2.2 Aandelenfusiefaciliteit

De commanditaire vennoot/particulier, wiens participatie in een OCV in box 1 of box 2 in de heffing van IB wordt betrokken, kan zijn commanditaire participatie, ongeacht de omvang daarvan, onder bepaalde voorwaarden fiscaal gefaciliteerd inbrengen in een vennootschap tegen uitreiking van aandelen door deze vennootschap. De commanditaire vennoot voorkomt daarmee de toepassing van art. VI lid 2 wetsvoorstel, dat de sfeerovergang aanmerkt als een (fictieve) vervreemding van zijn commanditaire participaties die tot een aanmerkelijk belang behoren. Deze mogelijkheid wordt aangeduid als een 'aandelenfusie' en lijkt veel op de gelijknamige faciliteit in (art. 4.41 lid 1 jo.) art. 3.55 Wet IB 2001. De verkrijgingsprijs van de commanditaire participatie in de OCV wordt doorgeschoven naar de aandelen die in het kader van deze aandelenfusie zijn verkregen in de vennootschap.

Ondanks dat de faciliteiten (uit het wetsvoorstel en die uit de Wet IB 2001) veel op elkaar lijken, zijn er enkele verschillen die wij graag kort aanstippen. In de eerste plaats geldt dat – anders dan bij de faciliteit van art. 3.55 Wet IB 2001 – geen eisen worden gesteld aan de omvang van het bezit dat de vennootschap in de (voorheen O)CV verkrijgt. Art. 3.55 Wet IB 2001 eist dat de verkrijgende vennootschap een zodanig bezit verwerft dat die verkrijgende vennootschap meer dan de helft van de stemrechten kan uitoefenen, maar dat vereiste komt niet terug in de aandelenfusiefaciliteit in het wetsvoorstel. In de tweede plaats geldt dat iedere commanditaire vennoot 100% van de aandelen in een verkrijgende vennootschap lijkt te moeten verwerven. Ondanks enigszins andere bewoordingen in de MvT, is de faciliteit tekstueel niet van toepassing in bijvoorbeeld de situatie dat een OCV twee commanditaire vennoten heeft, die hun commanditaire participaties wensen in te brengen in één gezamenlijke vennootschap. Deze regel komt enigszins vreemd over en leidt tot extra administratieve handelingen indien twee of meer commanditaire vennoten hun participaties wensen samen te brengen in één vennootschap. Tot slot is de faciliteit niet van toepassing indien niet alle commanditaire vennoten in Nederland of in een andere EU-lidstaat of een EER-staat zijn gevestigd (zie art. VIII lid 7 wetsvoorstel en p. 29 van het consultatiedocument).

Ten slotte wordt voor de goede orde opgemerkt dat de inbreng van de 'commanditaire participatie' civielrechtelijk inhoudt dat de betreffende activa en passiva (gehouden door een commanditair vennoot voor en namens de CV) geleverd moeten worden aan de vennootschap waarin de commanditaire participatie wordt ingebracht. Een mogelijkheid om de commanditaire participatie als geheel (bijvoorbeeld door middel van een overgang onder algemene titel) over te dragen, bestaat niet in het Nederlandse recht.

3.2.3. Doorschuiffaciliteit voor terbeschikkingstellingssituaties in de IB

Wanneer een commanditair vennoot/particulier vermogensbestanddelen ter beschikking stelt aan een OCV,

waarin hij een aanmerkelijk belang houdt, is sprake van een terbeschikkingstelling in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001. Als gevolg van het voorgestelde transparant worden van de OCV eindigt deze terbeschikkingstelling (tenzij een beroep wordt gedaan op de hierboven vermelde aandelenfusiefaciliteit) en zal ‘afgerekend’ moeten worden over de stille reserves in de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen (de stakingswinst).

Om de belastingheffing over de stakingswinst niet in aanmerking te hoeven nemen, kan de boekwaarde van de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen op verzoek worden doorgeschoven naar de (box 1-)onderneming van de commanditaire vennoot. Belangrijke voorwaarde voor het kunnen toepassen van deze faciliteit is dat de OCV een materiële onderneming dient te drijven (zie art. IX wetsvoorstel, alsmede p. 14, p. 29 en p. 30 van het consultatiedocument), waartoe de commanditaire vennoot bij transparantie van de CV gerechtigd is in de zin van art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

Opmerking verdient verder dat uiterlijk op 31 december van het jaar waarin de regels uit het wetsvoorstel van kracht worden of, indien eerder bij het indienen van de aangifte IB over het voorgaande jaar een beroep op deze faciliteit moet worden gedaan.

3.2.4 Renteloos uitstel van betaling en betaling van de belastingschuld in 10 gelijke jaarlijkse termijnen

Om de directe heffing van IB en/of VPB te voorkomen, die niet te voorzien was, wordt de (voorheen O)CV en de commanditaire vennoten tot slot de mogelijkheid geboden om de ontstane belastingschuld over een periode van tien jaar in tien gelijke termijnen te betalen. Dit uitstel zal renteloos zijn (zie art. V wetsvoorstel, alsmede p. 14, p. 22 en p. 23 van het consultatiedocument). Wel zal de belastingschuld voldoende zekerheid moeten stellen.

3.3 Conclusie met betrekking tot de OCV

In het wetsvoorstel heeft de wetgever ervoor gekozen de gevolgen van de sfeerovergang (van niet transparant naar transparant) van de OCV specifiek te regelen. Wij vragen ons af of een aantal van deze bepalingen nodig zijn. De Wet Vpb 1969 en Wet IB 2001 kennen immers al bepalingen, die naar onze mening van overeenkomstige toepassing zijn c.q. verklaard zouden kunnen worden ter zake van de sfeerovergang. Het nut van twee separate regelingen (die op details van elkaar afwijken) lijkt daarbij klein te zijn.

Duidelijk is in ieder geval dat de wetgever ervoor gekozen heeft de nadelige fiscale gevolgen van de sfeerovergang veelal te willen mitigeren. De OCV en haar commanditaire vennoten kunnen de fiscale claim, die ontstaat als gevolg van deze sfeerovergang, over het algemeen doorschuiven, dan wel ervoor kiezen om deze geleidelijk te betalen.

De fiscale faciliteiten kunnen daarbij gecombineerd worden. Zo kan, op basis van de termijnen zoals neergelegd in het wetsvoorstel, gedurende geheel 2022 met terugwerkende kracht naar 1 januari 2022 voor gekozen worden om achtereenvolgens van de aandelenfusiefaciliteit en doorschuiffaciliteit gebruik te maken, waardoor zowel

de latente IB- als VPB-claim worden doorgeschoven. Overigens zullen deze termijnen verschuiven als de regels van het wetsvoorstel later van kracht zullen worden.

Voor de volledigheid wijzen wij er met betrekking tot de voorgestelde sfeerovergang bij (voorheen O)CV's tot slot op dat in het wetsvoorstel vooralsnog geen overgangsrecht is opgenomen voor de heffing van overdrachtsbelasting ('OVB'). Indien daarin niet alsnog wordt voorzien, kan een noodzakelijke herstructurering (zoals een aandelenfusie, als hiervoor beschreven onder Aandelenfusiefaciliteit) derhalve tot de verschuldigdheid van OVB leiden. Naar onze mening kan de wetgever dat niet bedoeld hebben. Het zou derhalve goed zijn als in het uiteindelijke wetsvoorstel wordt voorzien in overgangsrecht ten aanzien van de heffing van OVB.

4. Gevolgen voor het FGR en haar participanten

FGR's blijven we op basis van het onderhavige wetsvoorstel kennen in de open, VPB-plichtige, variant en in de besloten, fiscaal transparante, variant. De voorwaarden waaronder een FGR als belastingplichtige onderworpen is aan de VPB veranderen echter. Volgens het wetsvoorstel gaat art. 2 lid 3 Wet vennootschapsbelasting 1969 ('Wet Vpb 1969') als volgt luiden:

‘Voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt onder een fonds voor gemene rekening verstaan een fonds dat tegen uitreiking van bewijzen van deelgerechtigdheid vermogen bijeenbrengt om dit collectief te beleggen, en waarbij:

a. de bewijzen van deelgerechtigdheid worden verhandeld op een gereglementeerde markt als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of daarmee vergelijkbaar handelsplatform; of

b. het fonds de verplichting heeft om met regelmaat de bewijzen van deelgerechtigdheid op verzoek van de deelgerechtigden ten laste van de activa van het fonds in te kopen of terug te betalen;

behoudens indien de bewijzen van deelgerechtigdheid rechtens dan wel in feite, direct of indirect, uitsluitend of nagenoeg uitsluitend kunnen worden overgedragen aan een deelgerechtigde in het fonds, de partner van een deelgerechtigde, dan wel een of meer bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tot en met de vierde graad van de zijlijn van een deelgerechtigde of zijn partner. Een fonds voor gemene rekening wordt als onderneming aangemerkt.’

Waar het nu (wettelijk in ieder geval) zo is dat een FGR VPB-plichtig is, tenzij het is opgezet volgens de zogenaamde toestemmings- of inkoopvariant (zie ook het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1870M, *Stcrt.* 2007, 15, p. 8), wordt het in de toekomst zo dat een FGR fiscaal transparant is, tenzij aan de voorwaarden in art. 2 lid 3 Wet Vpb 1969 (nieuw) wordt voldaan. In situaties, waar het Nederlandse familiebedrijf en de Nederlandse vermogende particulier bij betrokken zijn, zal VPB-plicht veelal bereikt willen worden via onderdeel b van vermeld artikel. De zinsnede vanaf ‘*behoudens*’ tot en met ‘*of zijn partner*’ en de toelichting daarop in de MvT

(zie de paragraaf ‘Gevolgen voor de OCV en haar vennoten’ hiervoor) zal in dat kader naar onze mening tot veel discussie met de Belastingdienst kunnen leiden vanwege de open norm daarvan. Vragen die direct opkomen zijn bijvoorbeeld hoe omgegaan dient te worden met de situatie, waarin ook in het FGR wordt geparticipeerd door een als algemeen nut beogende instelling gerangschikte stichting (hierna: ‘ANBI’)? Leidt dit er bijvoorbeeld toe dat de vermelde uitzondering (vanaf ‘behoudens’ tot en met ‘of zijn partner’) niet van toepassing is en het FGR VPB-plichtig blijft? Verder komt bijvoorbeeld de vraag op, hoe omgegaan dient te worden met een FGR in de familiesfeer, dat op verzoek door de Belastingdienst is aangemerkt als vrijgestelde beleggingsinstelling in de zin van art. 6a Wet Vpb 1969. Wij hopen dat een en ander geconcretiseerd wordt in het definitieve wetsvoorstel en tijdens de parlementaire behandeling.

In het wetsvoorstel is, anders dan voor de OCV, géén overgangsrecht opgenomen voor OFGR’s (en de participanten daarin), die als gevolg van de aanpassing van art. 2 lid 3 Wet Vpb 1969 niet meer VPB-plichtig zijn. Het einde van de VPB-plicht van een OFGR leidt net als bij de sferovergang bij een (voorheen O)CV in ieder geval tot:

1. het door de OFGR verschuldigd worden van VPB over de in haar vermogensbestanddelen verscholen stille reserves en eventuele goodwill; dit volgt uit art. 15d Wet Vpb 1969;
2. het verschuldigd worden van IB door natuurlijke personen met een aanmerkelijk belang, in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001, in de OFGR. Wanneer een OFGR niet meer als OFGR in de zin van art. 2 lid 3 Wet Vpb 1969 kwalificeert, worden de participaties daarin voor de toepassing van hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 niet langer gelijkgesteld met aandelen in een vennootschap en wordt het FGR niet langer gelijkgesteld met een vennootschap (zie art. 4.5 Wet IB 2001). Daarmee hebben de bovenvermelde natuurlijke personen géén aanmerkelijk belang meer in het FGR, wat door art. 4.16 lid 1 onderdeel g Wet IB 2001 wordt aangemerkt als de fictieve vervreemding daarvan. Aangezien de participaties niet langer gelijkgesteld worden met aandelen, staat géén beroep open op art. 4.11 Wet IB 2001 jo. art. 4.40 Wet IB 2001; en
3. het niet langer inhoudingsplichtige zijn van het FGR voor de dividend- en bronbelasting.

5. Enkele afsluitende opmerkingen

In deze bijdrage zijn wij kort ingegaan op het wetsvoorstel, waarbij we ons gefocust hebben op de gevolgen voor de OCV en het OFGR, twee rechtsvormen, die de laatste jaren veel zijn gebruikt door het Nederlandse familiebedrijf en Nederlandse vermogende particulieren. Veelal niet primair om belasting te besparen, maar ook om ervoor te zorgen dat het in de onderneming aanwezige vermogen (minder) zichtbaar is voor het brede publiek en continuïteit van de omvang en samenstelling van het vermogen te waarborgen.

Als gevolg van het van kracht worden van de regels zoals opgenomen in het wetsvoorstel zullen bestaande structuren aangepast moeten worden om ervoor te zorgen dat niet afgerekend hoeft te worden en om de gewenste continuïteit en anonimiteit met betrekking tot de omvang van het vermogen te kunnen blijven waarborgen. Vanwege het voorgestelde overgangsrecht kunnen OCV-structuren veelal fiscaal gefaciliteerd worden. Voor structuren, waarbij van een OFGR gebruik wordt gemaakt, geldt – indien er niet alsnog in overgangsrecht wordt voorzien – dat deze mogelijk reeds vóór het van kracht worden van de regels uit het wetsvoorstel geherstructureerd moeten zijn. Het is kortom zaak om hier snel actie op te ondernemen.

Voor wat betreft de voor hand liggende herstructureringsmogelijkheid geldt dat bij de gefaciliteerde inbreng van een commanditaire participatie in een BV (bijvoorbeeld ten titel van agio) de waarde in het economisch verkeer van die participatie ten tijde van die inbreng uiteindelijk zal worden verantwoord in de te publiceren jaarrekening van de BV. Inbreng in een BV leidt er derhalve weliswaar toe dat niet afgerekend hoeft te worden, maar wel dat het vermogen zichtbaar wordt. Als alternatief kan derhalve mogelijk ook gedacht worden aan het gebruik van buitenlandse rechtsvormen (idealiter, vanwege praktische overwegingen, geleid vanuit en fiscaal gevestigd in Nederland). Vanzelfsprekend dient men daarbij beducht te zijn op:

- a. de moeilijkheid voor dergelijke rechtsvormen om een bankrekening geopend te krijgen bij een Nederlandse bank;
- b. het wetsvoorstel voor wat betreft de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen;
- c. de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen; en
- d. de publicatie- en registratieverplichtingen in het land van aangaan/oprichting.

Binnen het Koninkrijk der Nederlanden lijkt de commanditaire vennootschap op aandelen (ook wel ‘CVOA’ genoemd), aangegaan naar het recht van Curaçao, een optie. Deze vertoont sterke gelijkenissen met de Nederlandse bij Wet van 28 mei 1975, *Stb.* 2077 afgeschafte commanditaire vennootschap op aandelen. Andere oplossingen kunnen wellicht gevonden worden in de Duitse *Kommanditgesellschaft auf Aktien* en de Luxemburgse *Société en Commandite par Actions*. In deel II van deze bijdrage zullen wij nader ingaan op deze oplossingen.

Over de auteurs

Drs. J. Peters

Jeroen Peters is als tax partner verbonden aan HVK Stevens Belastingadvies BV.

Mr. J.W. Schenk

Jan Willem is als notaris te Amsterdam verbonden aan HVK Stevens Legal BV.

Mr. dr. E. Roelofs

Erwin Roelofs is als counsel verbonden aan HVK Stevens.