

61. Deel 2 Afscherming van de zichtbaarheid van vennootschapsvermogen ná inwerkingtreding van het ‘Wetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen’

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 zijn de elementen van het wetsvoorstel besproken (FBN 2021/30). 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 en ontwikkelingen met betrekking tot het ter internetconsultatie neergelegde wetsvoorstel sinds publicatie van Deel 1

1.1 Ontwikkelingen

In FBN 2021/30 bespraken wij het ‘Wetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen’ (het ‘Wetsvoorstel’) en de in dat kader mogelijke oplossingen voor de praktijk na de invoering van het Wetsvoorstel (zie: J. Peters, J.W. Schenk en E.R. Roelofs, ‘Open CV of open FGR? Actie vereist! Een bespreking van het Wetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen en mogelijke oplossingen (Deel I)’, FBN 2021/30).

Inmiddels zijn enige maanden verstreken en is de consultatietermijn ten einde. De indiening van het daadwerkelijke Wetsvoorstel is echter enkele maanden uitgesteld. In de literatuur is de verwachting uitgesproken dat het Wetsvoorstel pas in 2022 wordt ingediend en de regels van het Wetsvoorstel pas in werking zullen treden met ingang van 1 januari 2023 (in plaats van per 1 januari 2022).

Met betrekking tot de eerder voorgestelde wijziging van de definitie van het fonds voor gemene rekening (het ‘FGR’) zal bovendien een separaat wetsvoorstel worden ingediend. Dit wetsvoorstel zal pas worden ingediend nadat de evaluatie heeft plaatsgevonden van de regimes met betrekking tot de vrijgestelde beleggingsinstelling (de ‘VBI’, geregeld in art. 6a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, hierna: ‘Wet Vpb 1969’) en de fiscale beleggingsinstelling (de ‘FBI’, geregeld in art. 28 Wet Vpb 1969). De uitkomsten van dit evaluatieonderzoek worden, volgens de laatste berichten, in het eerste kwartaal van 2022 verwacht (zie pagina 9 van de brief van 5 november 2021 met kenmerk

2021-0000219764 van de staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer).

Wij hopen en verwachten dat in het definitieve Wetsvoorstel en de parlementaire behandeling daarvan aandacht zal worden besteed aan de zorgen die geuit zijn tijdens de consultatie. In dit deel 2 van onze bijdrage zullen wij stilstaan bij alternatieven voor de afscherming van de zichtbaarheid van vennootschapsvermogen na inwerkingtreding van de regels van het Wetsvoorstel (aangenomen dat de regels uit het Wetsvoorstel daadwerkelijk tot wet verheven zullen worden). Daartoe zullen wij in paragraaf 2 van deze bijdrage allereerst aandacht besteden aan de aandachtspunten die spelen bij deze alternatieven, aangezien deze aandachtspunten de kaders vormen bij de keuze voor en toepassing van (een van) deze alternatieven. In paragraaf 3 zullen wij stilstaan bij enkele mogelijke alternatieven voor het afschermen van de zichtbaarheid van vennootschapsvermogen.

2. Aandachtspunten bij alternatieven

2.1 Verplichtingen voor Nederlandse rechtsvormen op grond van Titel 2.9 BW, de Handelsregisterwet 2007 en het Handelsregisterbesluit 2008

Een van de belangrijkste aandachtspunten bij het gebruik van alternatieven voor het afschermen van de zichtbaarheid van vennootschapsvermogen zijn publicatieverplichtingen waaraan vennootschappen onderworpen kunnen zijn, aangezien de verplichtingen tot publicatie van bepaalde gegevens het bestek aangeven waarbinnen een bepaald alternatief kan worden opgezet.

Een belangrijk aandachtspunt is de wettelijke verplichting tot het opstellen van een jaarrekening en het jaarverslag en de openbaarmaking / publicatie daarvan. Door Nederlands recht beheerste coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid ('BV') zijn onderworpen aan de verplichtingen uit hoofde van Titel 2.9 van het Burgerlijk Wetboek ('BW') betreffende de jaarrekening en het bestuursverslag (art. 2:360 lid 1 BW). Ook de commanditaire vennootschap waarvan de beherend vennoten kapitaalvennootschappen naar niet-Nederlands recht zijn, zijn onderworpen aan de regels van Titel 2.9 BW (art. 2:360 lid 2 BW). Verder dienen stichtingen en verenigingen die (a) een onderneming in stand houden, (b) welke onderneming ingeschreven moet zijn in het handelsregister en (c) voldoen aan bepaalde financiële criteria, een financiële verantwoording op te stellen (art. 2:360 lid 3 BW). Voornoemde jaarrekening en/of financiële verantwoording dient in beginsel openbaar gemaakt te worden door nederlegging van een volledig exemplaar bij het handelsregister (art. 2:394 BW).

Bepaalde vrijstellingen met betrekking tot de inrichting van de jaarrekening en de te publiceren jaarrekening gelden evenwel voor rechtspersonen die als microbedrijf (art. 2:395a BW), kleinbedrijf (art. 2:396 BW) of als middelgrote vennootschap (art. 2:397 BW) kwalificeren. Naarmate een rechtspersoon jaarrekening technisch als 'groter' kwalificeert, dienen meer gegevens opgenomen te worden in de jaarrekening en dient meer informatie (ook) gepubliceerd te worden.

Van een microbedrijf (respectievelijk kleinbedrijf) is ingevolge art. 2:395a BW (respectievelijk art. 2:396 BW) sprake indien op twee opeenvolgende balansdata aan twee van de volgende drie criteria wordt voldaan: (i) een balanstotaal van niet meer dan € 350.000 (respectievelijk € 6.000.000); (ii) een netto-omzet van maximaal € 700.000 (respectievelijk € 12.000.000); en (iii) niet meer dan tien (respectievelijk vijftig) werknemers gemiddeld. Bij het toetsen van het eerste criterium geldt dat de activa gewaardeerd mogen worden op de verkrijgings- en vervaardigingsprijs. Voor het eerste en tweede boekjaar wordt de indeling gebaseerd op het per de balansdatum van het eerste boekjaar voldoen aan de vereisten. Voor de toepassing van deze criteria dient de waarde van de activa, de netto-omzet en het aantal werknemers van groepsmaatschappijen verder meegenomen te worden, voor zover deze groepsmaatschappijen in de consolidatie zouden moeten worden betrokken indien de rechtspersoon een geconsolideerde jaarrekening zou moeten opmaken.

Volledigheidshalve: art. 2:24b BW definieert de groepsmaatschappij als de rechtspersoon of vennootschap die organisatorisch in een economische eenheid verbonden is met een of meer andere rechtspersonen en/of vennootschappen. In Afdeling 2.9.13 BW staat wanneer een geconsolideerde jaarrekening opgesteld moet worden en welke voorwaarden daaraan gesteld worden.

Interessant is dat een jaarrekening in het geheel niet openbaar gemaakt hoeft te worden, indien de rechtspersoon (i)

géén winst beoogt, (ii) op verzoek van aandeelhouders en/of schuldeisers hen een beperkte balans en toelichting daarop verstrekt en (iii) bij het handelsregister een verklaring van een accountant wordt gedeponereerd dat de rechtspersoon géén activiteiten buiten de statutaire doelomschrijving heeft verricht en dat art. 2:396 lid 9 BW van toepassing is. In de praktijk wordt deze regeling toegepast door rechtspersonen, waarvan de activiteiten bestaan uit het verzorgen van het pensioen van een enkele persoon. Aangezien deze regeling in de praktijk niet breder toegepast kan worden dan hierboven omschreven, gaan wij hier in deze bijdrage niet verder op in.

Voorts dient rekening gehouden te worden met de gegevens die in het handelsregister dienen te worden ingeschreven. Op basis van art. 22 lid 1 sub c Handelsregisterbesluit 2008 ('Hrb 2008') dient bij kapitaalvennootschappen het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan te worden ingeschreven. Ten aanzien van een naamloze vennootschap dienen eveneens het maatschappelijk kapitaal en het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan per soort (indien de naamloze vennootschap verschillende soorten aandelen kent) te worden ingeschreven (art. 22 lid 3 sub b Hrb 2008). Wijzigingen in het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan dienen bij het handelsregister te worden opgegeven. Voor de goede orde merken wij op dat een eventuele agiostorting (en vermindering van een agioreserve) niet wordt geregistreerd in het handelsregister maar uiteraard wel uit de jaarrekening kan blijken.

Wat betreft de commanditaire vennootschap dient rekening gehouden te worden met het feit dat (i) het aantal commanditaire vennoten en (ii) het geldbedrag en de waarde van de goederen die de commanditaire vennoten gezamenlijk aan de commanditaire vennootschap ter beschikking hebben gesteld of overeengekomen zijn ter beschikking te stellen moet worden ingeschreven (art. 18 Hrb 2008).

2.2 Verplichtingen voor buitenlandse rechtsvormen op grond van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschap

Rekening houdend met de hiervoor geschetste vereisten omtrent financiële verslaggeving en publicatie daarvan en het feit dat bepaalde gegevens bij het handelsregister moeten worden ingeschreven, kan de gedachte opkomen of de legitieme wens om het vennootschapsvermogen niet te hoeven publiceren ook bereikt kan worden door het onderbrengen daarvan in een naar buitenlands recht aangegane of opgerichte rechtsvorm. Bij de beoordeling van de haalbaarheid daarvan spelen juridische en fiscale aspecten een rol.

Qua juridische aspecten dient logischerwijs rekening gehouden te worden met de vereisten die aan de rechtsvorm onder het op die rechtsvorm toepasselijke recht worden gesteld, zoals (a) hoeveel aandeelhouders/leden deze minimaal dient te hebben overeenkomstig het toepasselijke recht, (b) hoe het bestuur samengesteld mag zijn en (c) welke publicatieverplichtingen gelden in het (buiten)land door welk recht de rechtsvorm wordt beheerst (het 'Herkomstland'). Daarbij is vanzelfsprekend met name van belang welke informatie in het buitenland gepubliceerd moet worden.

Een ander belangrijk element hierbij is de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen ('WFBV') en de verplichtingen die daaruit kunnen voortvloeien. Ingevolge de WFBV dienen 'formeel buitenlandse vennootschappen' te voldoen aan diverse bepalingen die ook gelden voor Nederlandse BV's. Een van de verplichtingen betreft het opstellen en openbaar maken van de jaarrekening conform de vereisten van Titel 2.9 BW (zie art. 5 lid 2 WFBV).

Art. 1 lid 1 WFBV definieert de 'formeel buitenlandse vennootschap' als (i) de naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap, die (ii) haar werkzaamheden (nagenoeg) geheel in Nederland verricht en (iii) geen werkelijke band heeft met het land waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht. In deze definitie zijn drie cumulatieve voorwaarden te onderscheiden. De laatste twee bespreken wij als eerst. Wij gaan daarna in op de in het kader van deze bijdrage belangrijkste voorwaarde, namelijk dat het moet gaan om een rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap.

De vennootschap dient haar werkzaamheden (nagenoeg) geheel in Nederland te verrichten. Dat lijkt te impliceren dat het eveneens in voldoende mate verrichten van werkzaamheden in het buitenland ervoor zorgt dat de WFBV niet van toepassing is. Wij plaatsen daarbij twee kanttekeningen. In de eerste plaats leidt het verrichten van incidentele werkzaamheden in het buitenland (ook gedurende enige jaren) er niet toe dat de WFBV niet geldt (zie P. Vlas, *Rechtspersonen* (Praktijkreeks IPR), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2017, p. 64). In de tweede plaats gaat het veel rechtssubjecten praktisch te ver om in het kader van het afschermen van de zichtbaarheid van het vennootschapsvermogen ook werkzaamheden in het buitenland te laten verrichten teneinde de betrokken vennootschap niet als formeel buitenlandse vennootschap te laten kwalificeren.

De derde voorwaarde vloeit voort uit de tweede. Indien er een werkelijke band is met het Herkomstland, is de WFBV niet van toepassing. Uit de memorie van toelichting bij de WFBV blijkt echter dat er niet snel van mag worden uitgegaan dat de werkelijke band er is. Het enkele feit dat de meerderheid van de bestuurders gevestigd is in het Herkomstland is bijvoorbeeld onvoldoende (zie *Kamerstukken II 1994/95, 24139, nr. 3*). Over wanneer wel sprake is van een werkelijke band wordt in de Nota naar aanleiding van het verslag opgemerkt:

'Voorbeelden van een werkelijke band zijn dat de directie wordt gevoerd vanuit een hoofdkantoor in het land van de statutaire zetel, dat de aandeelhouders daar worden geconvoceerd en vergaderen, dat de raad van commissarissen daar bijeenkomt, dat de jaarstukken daar worden neergelegd en gepubliceerd en dat deze worden gecontroleerd door in dat land gevestigde accountants, dat de financiering van de onderneming geschiedt vanuit dat land en met behulp van aldaar gevestigde kredietinstellingen, dat volgens de statuten een meerderheid van de directie en/of de raad van commissarissen de nationaliteit van dat land moet bezitten of ingezetenen van dat land moeten zijn.' (zie *Kamerstukken II 1994/95, 24139, nr. 6, p. 4*).

In de praktijk stellen cliënten de vraag wat de sanctie is op het niet voldoen aan de verplichtingen ingevolge de WFBV. In de eerste plaats geldt dat de bestuurders van een vennootschap, die onterecht niet voldoet aan de verplichting om zich als formeel buitenlandse vennootschap te registreren bij het Handelsregister, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor verplichtingen van de vennootschap (zie art. 4 lid 4 WFBV). Voor zover dit niet als een beletsel wordt ervaren, bijvoorbeeld omdat de vennootschap geen of nauwelijks verplichtingen jegens derden heeft, dient er in de tweede plaats rekening mee gehouden te worden dat het niet voldoen aan de vereisten uit hoofde van de WFBV een economisch delict is (zie art. 1 lid 4 van de Wet op de economische delicten, hierna: 'WED'), dat kan worden bestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de vierde categorie (zie art. 6 lid 1 sub 5 WED).

De eerste, en in het kader van deze bijdrage belangrijkste, voorwaarde is dat het moet gaan om een naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap. In de praktijk is de vraag of aan deze voorwaarde wordt voldaan het minst voor dubbelzinnige interpretatie vatbaar. In deze context biedt de naar buitenlands recht (bijvoorbeeld naar het recht van Curaçao) opgerichte coöperatie mogelijkheden. Uit de memorie van toelichting volgt namelijk dat de WFBV niet geldt voor naar buitenlands recht opgerichte coöperaties: *'Het advies van de Commissie vennootschapsrecht beperkt de toepassing van voorschriften van Nederlands recht tot kapitaalvennootschappen en past daarop regels van bv-recht toe. Die benadering lijkt mij juist. Het buitenlandse recht fungeert vooral als vluchthaven voor personen die in Nederland geen bv kunnen of willen oprichten. Zij richten doorgaans een Amerikaanse corporation, een Engelse limited company of een andere met de bv vergelijkbare rechtspersoon op. Het is dergelijk oneigenlijk gebruik dat het wetsvoorstel beoogt te voorkomen. Van oneigenlijk gebruik van het incorporatiestelsel door oprichting van buitenlandse coöperaties, onderlingen, verenigingen of stichtingen is mij in de praktijk niet gebleken. Ik zie geen noodzaak dienaangaande maatregelen te treffen.'* (zie *Kamerstukken II 1994/95, 24139, nr. 3, p. 3*).

Volledigheidshalve; de WFBV geldt niet voor vennootschappen aangegaan of opgericht naar het recht van de lidstaten van de Europese Unie (hierna: 'EU') of van de Europese Economische Ruimte (hierna: 'EER'). In dit kader is vermeldenswaardig dat Liechtenstein onderdeel uitmaakt van de EER en Zwitserland niet.

2.3 Publicatieverplichtingen voor niet-formeel buitenlandse vennootschappen

Indien ten aanzien van een bepaalde naar buitenlands recht aangegane of opgerichte rechtsvorm geconcludeerd mag worden dat deze niet kwalificeert als een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van de WFBV, kan toch nog sprake zijn van de verplichting om deze rechtsvorm bij het Nederlandse handelsregister in te schrijven en jaarrekeningen te deponeren. Dit is het geval indien een in Nederland

gevestigde onderneming toebehoort aan deze rechtsvorm (zie art. 5 Handelsregisterwet 2007).

Of sprake is van een onderneming dient beoordeeld te worden aan de hand van de in art. 2 lid 1 Hrb 2008 neergelegde definitie: *‘Van een onderneming is sprake indien een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van één of meer personen bestaat waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen, ten behoeve van derden diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen.’* In situaties, waar het draait om het afschermen van de zichtbaarheid van vennootschapsvermogen (in de vorm van beleggingsvermogen) dat door de rechtsvorm zelf wordt belegd, is voor dit beleggen naar onze mening niet snel sprake van een onderneming in de zin van art. 2 lid 1 Hrb 2008. Los van de omstandigheid dat er (vrijwel) géén arbeid wordt verricht, levert de rechtsvorm immers géén diensten of goederen aan derden.

Volledigheidshalve merken wij op dat Meijers, Mohr en Veldhuijzen in hun artikel (V.A.E.M. Meijers, A.L. Mohr en W.R. Veldhuijzen, ‘Het ondernemingsbegrip in de Handelsregisterwet’, *WPNR* 2009/6794, p. 296 e.v.) opmerken dat aan een naamloze vennootschap, besloten vennootschap, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, waarin alleen vermogen wordt beheerd, een onderneming toebehoort. In het licht van de context waarin zij dit schrijven, waaronder de verwijzing naar het Hirschman-arrest van de Hoge Raad van 22 december 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0991, mag daaruit echter niet worden geconcludeerd dat dit ook geldt voor een naar buitenlands recht opgerichte coöperatie. De opmerking van Meijers, Mohr en Veldhuijzen heeft alleen betrekking op de vermelde rechtsvormen.

2.4 Juridische en fiscale verplichtingen in de Herkomststaat

Uit de paragrafen 2.2 en 2.3 van deze bijdrage volgt dat het mogelijk is vermogen onder te brengen in een eventueel feitelijk en fiscaal in Nederland gevestigde, naar buitenlands recht aangegane, rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvorm, die in Nederland geen jaarrekening hoeft te deponeren en te publiceren. Dat de bovenvermelde rechtsvorm/rechtspersoon in Nederland geen jaarrekening hoeft te deponeren en publiceren, betekent niet dat deze dat ook niet hoeft te doen in de Herkomststaat en dat er géén andere (bijvoorbeeld) fiscale verplichtingen zijn waar rekening mee gehouden moet worden. Bij de beoordeling of het gebruik van een rechtsvorm/rechtspersoon, aangegaan/opgericht naar het recht van een bepaald land, mogelijkheden biedt om het vennootschappelijk vermogen af te schermen, dienen deze factoren altijd meegenomen te worden. In dat verband kan onder meer voorzichtig worden gesteld dat naar Belgisch en Engels recht aangegane/opgerichte rechtsvormen/rechtspersonen minder geschikt zijn en dat naar het recht van Bonaire en Curaçao aangegane/opgerichte rechtsvormen/rechtspersonen dat mogelijk wel kunnen zijn (de feitelijk in Nederland gevestigde coöperatie opgericht naar het recht van een van deze laatste twee jurisdicties hoeft haar jaarrekening aldaar bijvoorbeeld niet

openbaar te maken en kan vrijgesteld worden van lokale fiscale verplichtingen).

2.5 Nederlandse fiscale aandachtspunten

Bij de analyse welke alternatieven er zijn om de zichtbaarheid van vennootschapsvermogen in een (veelal) BV af te schermen, is een eerste vraag of dit moet plaatsvinden door een entiteit ‘boven’ de betreffende BV te plaatsen of dat dit ook ‘onderlangs’ bereikt kan worden.

Bij bestaande structuren, waarbij het vennootschapsvermogen wordt gehouden door een open (vennootschapsbelastingplichtige) commanditaire vennootschap (‘OCV’), ten aanzien waarvan in verband met het Wetsvoorstel de wens tot herstructurering bestaat, kan een (voortgezette) beperking van de zichtbaarheid van het vennootschapsvermogen veelal alleen ‘bovenlangs’ worden bereikt. Met ‘bovenlangs’ wordt in dit kader bedoeld dat de ‘aandelen’ in de OCV (zie art. 2 lid 3 sub f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, hierna: ‘AWR’, waarin de deelgerechtigdheid van een commanditaire vennoot in een OCV gelijkgesteld wordt aan een aandeel) (uiteindelijk) worden ingebracht in een andere entiteit, die haar jaarrekening niet hoeft te publiceren.

Wij menen dat een herstructurering bovenlangs ook de geëigende route is wanneer een BV voor jaarrekeningdoel-einden reeds over een zodanig vermogen beschikt, dat de wens bestaat om de zichtbaarheid daarvan af te schermen. Het verleden kan echter niet uitgewist worden. Indien het vermogen van een BV in het lopende boekjaar is gestegen, bijvoorbeeld door verkoop van een deelneming, kan echter wel bereikt worden dat deze stijging niet zichtbaar wordt in te publiceren jaarstukken op te nemen balans. Vanzelfsprekend is dan wel vereist dat voldoende tijdig actie wordt ondernomen, opdat de BV op haar balansdatum (veelal 31 december) over het lagere vermogen beschikt.

De commanditaire vennoot, die voor ten minste 5% in het aan de commanditaire vennoten toekomende vennootschapsvermogen participeert, heeft een aanmerkelijk belang (‘AB’). Dit volgt uit art. 4.6 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (‘Wet IB 2001’). Datzelfde geldt voor de aandeelhouder die voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een BV aandeelhouder is.

De inbreng van AB-aandelen in een OCV of BV in een andere entiteit in het kader van een herstructurering ‘bovenlangs’, kwalificeert als de belaste vervreemding van die AB-aandelen in de zin van art. 4.12 sub b Wet IB 2001. Onder voorwaarden kan de afrekening ter zake de inbreng van AB-aandelen met een beroep op de zogenaamde aandelenfusiefaciliteit worden uitgesteld. Deze faciliteit is neergelegd in art. 4.41 lid 1 Wet IB 2001 in combinatie met art. 3.55 Wet IB 2001. Bij een herstructurering, waarbij er een latent vervreemdingsvoordeel aanwezig is, zal men vrijwel altijd van deze faciliteit gebruik willen maken.

Volgens art. 3.55 lid 2 Wet IB 2001 is van een aandelenfusie sprake indien een in Nederland of in een lidstaat van de EU of EER gevestigde vennootschap tegen uitreiking van eigen aandelen of winstbewijzen een zodanig bezit aan aandelen

in de OCV of BV verwerft dat zij meer dan de helft van de stemrechten kan uitoefenen.

In het licht van de hiervoor in de paragrafen 2.2 en 2.3 geschetste aandachtspunten is derhalve in de eerste plaats van belang dat de entiteit in de alternatieve structuur (welke entiteit niet verplicht is haar jaarrekening te publiceren) in Nederland is gevestigd. Deze entiteit kan, zoals hiervoor vermeld, ook in een andere EU- of EER-lidstaat gevestigd zijn. In het algemeen gaat de voorkeur daar echter niet naar uit.

Voor Nederlandse fiscale doeleinden dient waar een lichaam (waaronder begrepen naar buitenlands recht aangegane/opgerichte coöperaties, maat- en vennootschappen, zie art. 2 lid 1 sub b AWR) is gevestigd naar de omstandigheden te worden beoordeeld (zie art. 4 lid 1 AWR). In haar standaardarrest van 23 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5105, BNB 1993/193, overwoog de HR dienaangaande: *‘Bij de beoordeling naar de omstandigheden van de vestigingsplaats van een lichaam moet in het algemeen ervan worden uitgegaan dat de werkelijke leiding van het lichaam berust bij zijn bestuur, en dat de vestigingsplaats overeenkomt met de plaats waar dit bestuur zijn leidinggevende taak uitoefent. Wanneer echter aannemelijk is dat de werkelijke leiding van het lichaam door een ander wordt uitgeoefend dan dat bestuur, kan er aanleiding zijn als vestigingsplaats van het lichaam aan te merken te plaats van waaruit die ander de leiding uitoefent.’*

Verder dient sprake te zijn van de uitreiking van aandelen of winstbewijzen en mag de aandelenfusie niet in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing (zie art. 3.55 lid 4 sub b Wet IB 2001). In het licht van de jurisprudentie over deze laatste voorwaarde (zie onder andere HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3829, BNB 2000/111, Hof Amsterdam 30 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AV5612, V-N 2002/20.10 en HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:PHR:2008:AZ8531, BNB 2009/28) is onze ervaring dat de Belastingdienst vrijwel altijd accepteert dat een herstructurering, gericht op het beperken van de zichtbaarheid van het vennootschapsvermogen, niet gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. In de vermelde uitspraak oordeelde het gerechtshof Amsterdam: *‘Het Hof is van oordeel dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat een hoofddoel [...] niet is belastingfraude of belastingontwijking en dat deze splitsing niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belasting in vorenbedoelde zin. De belastingclaim van de fiscus blijft immers volledig in stand [...]’*. Voor wat betreft de voorwaarde dat sprake moet zijn van de uitreiking van aandelen of winstbewijzen door een vennootschap zijn tot slot art. 4.5 en 4.5a Wet IB 2001 van belang. Art. 4.5 Wet IB 2001 stelt bewijzen van deelgerechtigdheid in een vennootschapsbelastingplichtig FGR gelijk aan aandelen en een dergelijk FGR aan een vennootschap. Art. 4.5a Wet IB 2001 stelt het lidmaatschapsrecht van een coöperatie gelijk aan een winstbewijs en een coöperatie aan een vennootschap. Via het eerder vermelde art. 4.41 lid 1 Wet IB 2001 werken deze gelijkstellingen door naar art. 3.55 Wet IB 2001, inhoudende dat de inbreng van een

kwalificerend belang in een OCV of BV in een coöperatie, tegen uitreiking van lidmaatschapsrechten door deze coöperatie, fiscaal gefacilieerd moet worden onder art. 4.41 lid 1 Wet IB 2001 in combinatie met art. 3.55 Wet IB 2001 (zie ook E.J.W. Heithuis, ‘De coöperatie in de VPB, IB, LB en erf- en schenkbelasting’, TFO 2018/156.2, p. 43, onderdeel 3.2.3). In dit verband is overigens nog van belang dat voor de toepassing van art. 4.41 en 3.55 Wet IB 2001 bij de inbreng in een coöperatie nieuwe lidmaatschapsrechten worden uitgegeven in plaats van dat er een bijschrijving plaatsvindt.

Voor de volledigheid; zoals vermeld in paragraaf 3.2.2. van deel 1 van onze bijdrage, is in art. VIII van het Wetsvoorstel een separate (aandelenfusie)faciliteit opgenomen voor de inbreng van een commanditaire participatie in een OCV in een vennootschap. Ingevolge de ter internetconsultatie neergelegde tekst van het Wetsvoorstel geldt deze faciliteit echter niet voor de inbreng in een coöperatie tegen uitreiking van lidmaatschapsrechten. Art. VIII lid 2 van het Wetsvoorstel heeft het alleen over de uitreiking van aandelen en niet van winstbewijzen. Op een ander vlak lijkt art. VIII van het Wetsvoorstel overigens een voordeel te bieden ten opzichte van art. 3.55 Wet IB 2001. Art. VIII van het Wetsvoorstel eist niet dat de verkrijgende vennootschap ten minste de helft van de stemrechten moet kunnen uitoefenen.

3. Alternatieve ‘privacy’ structuren

Ná de bespreking hierboven van aandachtspunten waar rekening mee gehouden moet worden, gaan wij in deze paragraaf in op alternatieve structuren om de zichtbaarheid van het vennootschapsvermogen af te schermen. Vanzelfsprekend zijn er ook andere alternatieven dan de hieronder door ons besproken mogelijkheden. De bespreking van alle mogelijke aandachtspunten en alternatieven valt echter buiten het bereik van dit artikel.

3.1 ‘Simpele’ inbreng van de commanditaire participatie in een OCV in een Nederland gevestigde BV

Indien reeds een structuur is opgezet, waarbij een OCV als ‘bovenste’ (houdster)vennootschap fungeert, ligt de inbreng van de commanditaire participatie in een OCV in een BV allereerst voor de hand. Voor jaarrekening technische doeleinden vindt deze inbreng in beginsel plaats tegen de waarde in het economische verkeer (‘WEV’) van de commanditaire participatie in de OCV, zodat deze waarde zichtbaar wordt in de publicatiestukken van de BV.

In dit kader speelt echter dat microbedrijven en kleine bedrijven (zie paragraaf 2.1) de mogelijkheid hebben om bij het opstellen van hun commerciële jaarrekening te volstaan met waardering van de activa en passiva op basis van de grondslagen, zoals die gebruikt worden voor de aangifte vennootschapsbelasting. Oftewel, deze bedrijven mogen ervoor kiezen om hun balans op basis van fiscale grondslagen op te stellen, waardoor de commerciële balans in beginsel identiek is aan de fiscale.

Voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting dient aan de hand van goed koopmansgebruik in het algemeen bepaald te worden wat als de fiscale boekwaarde van activa en passiva vermeld moet worden. In de (fiscale) literatuur worden evenwel verschillende standpunten verdedigd met betrekking tot het al dan niet toepassen van de regels van goed koopmansgebruik op de waardering van vrijgestelde deelnemingen (zie onder meer A.C.P. Bobeldijk, ‘Vrijgestelde deelnemingen: geen compartimentering en geen goed koopmansgebruik?’, *NTFR Beschouwingen* 2014/19 en de noot van De Vries bij het arrest HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1791, *BNB* 2018/205, inclusief conclusie van A-G Wattel). Doornebal verdedigt dat goed koopmansgebruik in het geheel niet van toepassing is (zie J. Doornebal, ‘Goed koopmansgebruik niet normatief voor waardering van vrijgestelde deelnemingen’, *WFR* 2012/961).

Op basis van het voorgaande lijkt het pleitbaar om een vrijgestelde deelneming op de fiscale balans beneden de kostprijs te mogen waarderen. Vanuit het perspectief van de Belastingdienst zou daar bovendien géén bezwaar tegen moeten bestaan aangezien een dergelijke (af)waardering geen invloed heeft op de belastbare winst. Zolang een OCV vennootschapsbelastingplichtig is en de commanditaire participatie daarin als deelneming moet worden aangemerkt (zie art. 13 lid 2 sub d Wet Vpb 1969), kan de deelneming daarin in de aangifte vennootschapsbelasting van de commanditair vennoot BV derhalve mogelijk beneden de verkrijgingsprijs (zijnde de WEV ten tijde van de inbreng) worden gewaardeerd en kan dit jaarrekening technisch gevolgd worden. Publicatie van de werkelijke WEV van (het vermogen van) de OCV lijkt, met de nodige kanttekeningen, derhalve voorkomen te kunnen worden, zolang de participatie in de OCV als deelneming kwalificeert.

Ingevolge art. VII van het Wetsvoorstel mag de fiscale boekwaarde van de vermogensbestanddelen van de OCV, bij de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel, doorgeschoven worden naar de commanditaire vennoot BV. Indien de commanditaire vennoot BV ervoor kiest om haar activa op fiscale grondslagen te waarderen, werkt de fiscale transparantie van de OCV door naar de jaarrekening. Inwerkingtreding van het Wetsvoorstel leidt er dan toe dat de WEV van de participatie in de OCV alsnog zichtbaar wordt in de jaarrekening, voor zover deze WEV gereflecteerd wordt in de fiscale boekwaarde van de bezittingen van de OCV.

3.2 Inbreng in een in Nederland gevestigde coöperatie opgericht naar het recht van een niet-EU-/EER-lidstaat

In de paragrafen 2.2 en 2.3 bespraken we onder andere dat bepaalde in Nederland gevestigde, niet naar het recht van Nederland of een EU-/EER-lidstaat opgerichte, rechtspersonen géén jaarrekening hoeven te deponeren en publiceren, zolang zij hier te lande géén onderneming drijven in de zin van het Hrb 2018. Ook al hebben ze vrijwel géén band met het Herkomstland, anders dan dat ze door dat recht

worden beheerst. De coöperatie, opgericht naar het recht van Bonaire of Curaçao, is een dergelijke rechtspersoon.

In paragraaf 2.5 bespraken we dat aandelen in een BV of een commanditaire participatie in een OCV onder toepassing van de aandelenfusiefaciliteit, zoals neergelegd in art. 4.41 lid 1 in combinatie met art. 3.55 Wet IB 2001, ingebracht kunnen worden in een in Nederland gevestigde, doch niet door Nederlands recht beheerste, coöperatie.

Als alternatief kan derhalve ook gedacht worden aan een dergelijke coöperatie. Indien hiervoor wordt gekozen, kan de zichtbaarheid van het vennootschapsvermogen worden beperkt door de aandelen in de BV (of in een bestaande structuur, de commanditaire participatie in de OCV) in te brengen in deze coöperatie tegen uitreiking van lidmaatschapsrechten door de coöperatie. Wanneer de BV vervolgens voor balansdatum een belangrijk deel van haar vermogen uitkeert aan de coöperatie zal dit niet meer zichtbaar zijn op de balans zoals opgenomen in te publiceren jaarrekeningen.

Voor de volledigheid merken wij ten slotte op dat een voordeel van de coöperatie is dat deze als moedermaatschappij deel kan uitmaken van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting ('FE') (zie art. 15 lid 4 sub d Wet Vpb 1969).

3.3 Inbreng in een in Nederland gevestigd, naar buitenlands recht aangegaan samenwerkingsverband

Op dezelfde wijze als dat de aandelen in een BV ingebracht kunnen worden in een coöperatie, kan overwogen worden om de aandelen in te brengen in een in Nederland gevestigd naar buitenlands recht aangegaan samenwerkingsverband, dat géén rechtspersoonlijkheid kent, maar op basis van het nieuwe voorgestelde art. 2 lid 1 sub h Wet Vpb 1969 (zie art. I A van het Wetsvoorstel) vennootschapsbelastingplichtig is. Als samenwerkingsverband, waaraan in dat verband gedacht kan worden, komt bijvoorbeeld de naar het recht van België of Curaçao aangegane commanditaire vennootschap op aandelen ('CVA') in aanmerking. In dit kader bestaan onzes inziens echter nog een aantal onduidelijkheden, waardoor de vraag is of dit alternatief werkt. In de eerste plaats is de doorwerking van art. 2 lid 1 sub h Wet Vpb 1969 naar de inkomstenbelasting nog niet geregeld. Het ligt voor de hand dat een dergelijk in Nederland gevestigd vennootschapsbelastingplichtig samenwerkingsverband als vennootschap wordt gezien voor de toepassing van hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001. In het Wetsvoorstel staat dat echter nog niet, net zoals dat daarin nog niet is opgenomen dat dergelijke samenwerkingsverbanden inhoudingsplichtig zijn voor de dividendbelasting. In de tweede plaats is voor het kunnen toepassen van de aandelenfusiefaciliteit van art. 4.41 lid 1 in combinatie met art. 3.55 Wet IB 2001, dan wel de faciliteit van art. VIII van het Wetsvoorstel vereist dat aandelen worden uitgereikt. Of een dergelijk samenwerkingsverband aandelen in deze zin heeft is eveneens nog niet duidelijk.

3.4 Structurering ‘onderlangs’ door inbreng van vermogensbestanddelen in een besloten commanditaire vennootschap

Indien het vennootschapsvermogen nog niet een zodanige omvang heeft dat de zichtbaarheid daarvan afgeschermd moet worden, kan ook overwogen om de zichtbaarheid van de toekomstige stijging daarvan te beperken door een herstructurering ‘onderlangs’.

Laten we een vennootschappelijke structuur veronderstellen met een houdstervennootschap en een werkmaatschappij, die niet in een FE zijn opgenomen. In dat geval kan een besloten (fiscaal transparante) commanditaire vennootschap (‘CV’) tussen de houdstervennootschap en de werkmaatschappij geschoven worden zonder dat dit fiscale gevolgen heeft. Voor fiscale doeleinden houdt de houdstervennootschap nog steeds het belang in de werkmaatschappij. Voor jaarrekeningdoeleinden (mits niet op basis van fiscale grondslagen) heeft wel een wijziging plaatsgevonden. De houdstervennootschap is commanditair vennoot geworden in een CV.

Volgens art. 2:24c lid 2 BW is de commanditaire participatie in een CV die niet wordt gehouden teneinde daarmee duurzaam verbonden te zijn ten dienste van de eigen werkzaamheden géén deelneming. Dat betekent dat de commanditaire participatie commercieel niet op de nettovermogenswaarde gewaardeerd hoeft te worden, maar op de kostprijs gewaardeerd mag blijven worden. Wanneer de werkmaatschappij bij de inbreng weinig waarde had, is dat derhalve de waarde die zichtbaar blijft in de jaarrekening van de houdstervennootschap, ook wanneer de CV de werkmaatschappij ná enige jaren voor een hogere waarde zou verkopen (mits en zolang de verkoopopbrengst natuurlijk niet wordt uitgekeerd aan de houdstervennootschap). In de jaarrekening van de houdstervennootschap zou deze echter dan wel zichtbaar worden.

4. Resumé

In dit tweede deel van onze bijdrage hebben we eerst aandachtspunten geschetst, waarmee rekening gehouden moet worden bij de beoordeling welke alternatieve structuren gebruikt kunnen worden om de zichtbaarheid van vennootschapsvermogen af te schermen. Als gevolg van het Wetsvoorstel, kan dit vanaf waarschijnlijk 1 januari 2023

niet meer fiscaal gefacilieerd bereikt worden door een OCV als houdsterentiteit te gebruiken.

Naast het jaarrekeningenrecht en het fiscale recht, dient daarbij aandacht besteed te worden aan de WFBV. Met name de WFBV is van belang bij de beoordeling of afscherming bereikt kan worden door gebruik van buitenlandse rechtsvormen.

Onze conclusie is dat er voor Nederlandse fiscale doeleinden volledig binnenlandse alternatieve structuren zijn, waarmee rekening houdend met de besproken aandachtspunten bereikt kan worden dat vennootschapsvermogen niet of in mindere mate gepubliceerd hoeft te worden. In deze bijdrage zijn wij in dat kader ingegaan op structuren, waarbij gebruik wordt gemaakt van een Nederlandse besloten (fiscaal transparante) CV, een naar buitenlands recht opgerichte in Nederland gevestigde coöperatie en een naar buitenlands recht aangegaan in Nederland gevestigd samenwerkingsverband. In het licht van het Wetsvoorstel hebben wij nog een aantal vragen bij deze laatste optie. Voordat deze optie geadviseerd kan worden, dienen deze wat ons betreft eerst beantwoord te worden.

Wanneer over de in deze bijdrage besproken alternatieven wordt gesproken, is een laatste punt wat onzes inziens in ieder geval kort aandacht behoeft de houdbaarheid. Ondanks dat er geen concrete aanwijzingen zijn om te veronderstellen dat er wetswijzigingen in de pijplijn zitten, waardoor CV’s en niet als formeel buitenlandse vennootschap kwalificerende buitenlandse rechtsvormen hun jaarrekeningen moeten gaan publiceren, kan het zo zijn dat de politiek dit op enig moment wel gaat vragen. Dit betekent dat er in ieder geval rekening mee gehouden moet worden dat een alternatieve structuur te zijner tijd geherstructureerd moet worden.

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.