

Online ingezonden (via internetconsultatie.nl)

Ministerie van Financiën
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

HOUTHOFF

Postbus 75505 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

Amsterdam, 26 april 2021

Inzake: Consultatie wetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen

Geachte heer, mevrouw,

Wij hebben met belangstelling kennisgenomen van het consultatiedocument *wetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen* (hierna te noemen: het "**wetsvoorstel**"). Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid inhoudelijk te reageren op de onderdelen van het consultatiedocument.

Allereerst willen wij opmerken dat wij achter de ratio van het wetsvoorstel staan, zijnde het voorkomen van kwalificatieverschillen tussen verschillende belastingstelsels. Het wegnemen van die kwalificatieverschillen zal dubbele aftrek en aftrek zonder heffing tegengaan. Ook verkleint het wetsvoorstel de kans op een dubbele belastingheffing als gevolg van kwalificatieverschillen. Desalniettemin, brengen wij graag een aantal punten onder de aandacht die naar onze mening uitleg of verduidelijking behoeven.

In deze brief zullen wij achtereenvolgens ingaan op:

1. de achtergrond van het wetsvoorstel;
2. onduidelijkheden en hiaten in het wetsvoorstel;
3. gevolgen van het voorstel voor buitenlandse rechtsvormen.

1. Achtergrond van het wetsvoorstel

1.1. Reikwijdte wetsvoorstel

De wetgever beoogt kwalificatieverschillen tussen verschillende belastingstelsels zoveel mogelijk tegen te gaan. Het wetsvoorstel strekt echter verder dan alleen het tegengaan van internationale mismatches. Op grond van het voorstel worden alle commanditaire vennootschappen ("**cv's**") fiscaal transparant en dus niet meer zelfstandig belastingplichtig. Buitenlandse cv-achtigen worden ook fiscaal transparant. Daarnaast kunnen fondsen voor gemene rekening ("**fgr's**") slechts onder beperkte en gewijzigde omstandigheden zelfstandig belastingplichtig zijn. Het wetsvoorstel raakt

dus ook niet fiscaal gedreven structuren en zuiver nationale structuren. Iedere structuur, zowel nationaal als internationaal, dient derhalve tegen het licht van het wetsvoorstel te worden gehouden. Wij vragen ons af of dat in lijn is met het doel en de strekking van het wetsvoorstel.

Daarbij is het de bedoeling dat het wetsvoorstel per 1 januari 2022 in werking treedt, acht maanden na de publicatie van het consultatiedocument. Tevens is aangekondigd dat het voorstel onderdeel wordt van het Belastingplan 2022. Gezien het feit dat de internetconsultatie tot 26 april 2021 loopt, het wetsvoorstel nog veel onduidelijkheden bevat en de Tweede Kamer bovendien in een formatieperiode verkeert, is de inwerkingtredingsdatum van 1 januari 2022 bijzonder optimistisch. Een latere inwerkingtredingsdatum zou het (kwalitatieve) wetgevingsproces ten goede komen.

Belastingplichtigen hebben een relatief korte termijn om te herstructureren. In het kader van overgangsrecht worden drie doorschuiffaciliteiten geboden voor de open cv.¹ Het verzoek om toepassing van een van deze doorschuiffaciliteiten moet uiterlijk op 31 december 2022 zijn gedaan of - indien dit eerder is - op het moment van indienen van de vennootschapsbelastingaangifte van de open cv over 2021. De reorganisatie moet voor eind 2022 zijn voltooid. Gezien het ruime toepassingskader van het wetsvoorstel is de verwachting dat veel structuren geraakt en herzien zullen worden. We adviseren om belastingplichtigen tegemoet te komen door hen meer tijd en ruimte te gunnen om hun structuren waar nodig aan te passen. Daarbij kan een minder strakke planning (de kwaliteit van) het wetgevingsproces verbeteren.

1.2. *Familiefonds uitgesloten van zelfstandige belastingplicht*

Op grond van het voorgestelde artikel 2 lid 3 zijn familiefondsen niet langer zelfstandig belastingplichtig. Een familiefonds is een fgr dat gebruikt wordt voor het beheer van vermogen ten behoeve van een groep familieleden en aanverwanten. Volgens het voorstel is sprake van een familiefonds *"indien de bewijzen van deelgerechtigdheid in het fonds rechtens dan wel in feite, direct of indirect, uitsluitend of nagenoeg uitsluitend kunnen worden overgedragen aan een deelgerechtigde in het desbetreffende fonds, de partner van een deelgerechtigde, 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."* Deze fondsen zullen dus per definitie transparant worden, waardoor de participanten van het fonds voor hun deel in de heffing betrokken worden. Dit is voor de participanten een ingrijpende verandering waarvoor geen overgangsrecht wordt geboden (zie in dat kader ook paragraaf 2.1).

De reden voor afschaffing van de belastingplicht van een open familiefonds is dat deze volgens de staatssecretaris in de afgelopen vijf jaar veel gebruikt werd voor 'box-hoppen' of het 'anonimiseren van vermogen'. Daarmee heeft deze maatregel een ander doel dan het tegengaan van hybride mismatches. Het is dan ook verassend om deze maatregel terug te vinden in een wetsvoorstel waarvan de ratio het tegengaan van internationale mismatches is. Het is de vraag of dit wetsvoorstel de beste manier en juiste plek is om ongewenst gebruik van familiefondsen te regelen. Daarbij

¹ De faciliteiten zijn (i) de reguliere doorschuiffaciliteit, (ii) de aandelenfusie en (iii) een doorschuiffaciliteit in terbeschikkingstellingsituaties. Daarnaast is ook een mogelijkheid tot een gespreide betaling in tien jaar geboden.

komt dat gebruik van familiefondsen vaak niet fiscaal gedreven is. Het gevoel van onveiligheid speelt een rol als iedereen kan zien hoe groot het privévermogen is en welke bestuursleden dat vermogen beheren. Juist om die reden worden fgr's vaak gebruikt ter anonimiseren van het familievermogen. De manier waarop deze maatregel nu in het wetsvoorstel is verwerkt, raakt naar verwachting veel bonafide familiebedrijven die uit veiligheidsoverwegingen ervoor kiezen hun vermogen in een familiefonds onder te brengen. Gezien de grote impact van het voorstel, hopen wij dat de wetgever afziet van het bij voorbaat uitsluiten van familiefondsen, dan wel voorziet in een minder ingrijpende maatregel of een tegemoetkoming voor de participanten van een familiefonds om de privacy op een andere manier te waarborgen.

1.3. Samenloop met andere maatregelen

Wegnemen van kwalificatieverschillen in internationale situaties en een duidelijke kwalificatie van rechtsvormen zijn onzes inziens een goed streven. Het wetsvoorstel tracht de oorzaak van hybridemismatches te voorkomen in tegenstelling tot de belastingplichtmaatregel uit de tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking (hierna: "**ATAD2**") die enkel de symptomen daarvan bestrijdt. Eenvoud en duidelijkheid bij uitvoerbaarheid zijn daarbij met name belangrijk. In verband met de samenloop van het wetsvoorstel met alle bestaande anti-misbruikmaatregelen en bovengenoemde aandachtspunten in ons achterhoofd vragen wij ons echter af of het voorstel niet zijn doel voorbij schiet en voldoende eenvoudig en duidelijk is in de praktische uitwerking voor belastingplichtigen. Het is aan te bevelen dat het wetsvoorstel tegen het licht van de bestaande en andere voorgestelde (zie paragraaf 1.4) anti-misbruikregels wordt gehouden.

1.4. Samenloop met het wetsvoorstel belastingplichtmaatregel omgekeerde hybride lichamen (ATAD2)

Op 4 maart 2021 werd het consultatiedocument belastingplichtmaatregel omgekeerde hybride lichamen (hierna: "wetsvoorstel belastingplichtmaatregel") gepubliceerd. Het wetsvoorstel belastingplichtmaatregel is een implementatie van ATAD2 die lidstaten verplicht een subjectieve belastingplicht in te voeren voor fiscaal transparante samenwerkingsverbanden. Dit voorstel raakt met name CV/BV structuren. Tot op heden is onduidelijk hoe het onderhavige wetsvoorstel zich verhoudt tot het wetsvoorstel belastingplichtmaatregel. Het opvallende is dat beide wetsvoorstellen haaks op elkaar staan. Op basis van het wetsvoorstel belastingplichtmaatregel zal een besloten cv belastingplichtig worden voor de vennootschapsbelasting. Onder het onderhavige wetsvoorstel wordt iedere cv fiscaal transparant en worden alle vennoten rechtstreeks voor hun aandeel in de cv in de heffing van de inkomsten- of vennootschapsbelasting ("**vpb**") betrokken. De cv verliest op basis van het wetsvoorstel dus juist haar vennootschapsbelastingplicht. Zonder verdere uitleg of uiteenzetting is het onduidelijk hoe met deze samenloop dient te worden omgegaan. Het is onzes inziens aan te bevelen om deze samenloop te verduidelijken.

1.5. Ongewenst neveneffect

Op grond van het huidige recht wordt een fgr als besloten (fiscaal transparant) aangemerkt indien (i) aan het toestemmingsvereiste wordt voldaan, of (ii) vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fgr zelf (de "**inkoopvariant**") of aan bloed- of aanverwanten in de rechte linie. Op grond van het wetsvoorstel zal het fgr als open (niet-transparant) worden aangemerkt indien:

- a. het fgr vermogen bijeenbrengt tegen uitreiking van bewijzen van deelgerechtigdheid om dit vermogen collectief te beleggen; en
- b. I – de bewijzen in het fgr worden verhandeld op een gereguleerde markt² of een daarmee vergelijkbaar handelsplatform; of
II – het fgr de verplichting heeft om met regelmaat op verzoek van de deelgerechtigden de bewijzen van deelgerechtigdheid in te kopen of terug te betalen ten laste van de activa van het fgr (een aangepaste inkoopvariant).

De inkoopvariant is dus niet alleen inhoudelijk gewijzigd maar leidt ook tot andere gevolgen voor het fgr (voldoen hieraan leidt namelijk tot een open in plaats van besloten fgr). Indien een fgr op grond van de inkoopvariant op dit moment als besloten kwalificeert, kan deze op grond van de aangepaste inkoopvariant vanaf 1 januari 2022 als open kwalificeren. Dit heeft tot gevolg dat de achterliggende participanten niet langer belast worden voor hun aandeel in het fgr maar dat het fgr zelfstandige belastingplichtig wordt voor de vennootschapsbelasting. Dit lijkt ons een ongewenst gevolg van het wetsvoorstel. Wij vragen ons af of de wetgever dit voor ogen heeft gehad en wat daarin de afweging is geweest.

2. Onduidelijkheden en hiaten in het wetsvoorstel

2.1. Verschil in behandeling fgr en cv

Wij plaatsen vraagtekens bij het verschil in behandeling tussen de fgr en de cv. In tegenstelling tot de open cv, wordt de open fgr niet afgeschaft maar enkel anders gedefinieerd. In het wetsvoorstel is slechts opgemerkt dat in de praktijk behoefte bestaat aan een open en besloten fgr. Wij zien niet in dat dit ook niet geldt voor de cv. Een nadere toelichting van de achterliggende reden van dit onderscheid is welkom. Verder is voorzien in overgangsrecht voor de open cv die per 1 januari 2022 transparant wordt en dus haar vpb-plicht verliest. Een open fgr die onder de voorgestelde definitie besloten wordt, kan geen beroep doen op overgangsrecht. Bij de open fgr die besloten wordt zal dus een eindafrekening plaatsvinden door de overgangsfictie. Dit verschil in behandeling is opvallend en onverklaard gebleven. Wij adviseren om het overgangsrecht op zowel de open cv als open fgr's toe te passen.

² Als beschreven in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht.

2.2. *Onvolledigheid toelichting*

Het is zonde dat de paragrafen "Budgettaire aspecten", "EU-aspecten", "Gevolgen voor bedrijfsleven en burger", "Uitvoeringskosten Belastingdienst" en "Advies en Consultatie" ontbreken in de toelichting van de het wetsvoorstel. De EU-aspecten zijn een essentieel onderdeel, gezien het feit dat het voorstel onder meer gevolgen heeft voor internationale structuren en het wetsvoorstel een direct gevolg is van de positie van Nederland in het internationale speelveld. Wij kijken verwachtingsvol naar de nadere invulling van genoemde paragrafen.

2.3. *Overgangsrecht*

Het kabinet biedt verschillende faciliteiten om te voorkomen dat commanditaire vennoten als gevolg van het vervallen van de vennootschapsbelastingplicht voor de open cv onmiddellijk worden geconfronteerd met belastingheffing.

Doorschuiven naar commanditaire vennoten

Onder meer biedt het overgangsrecht de mogelijkheid om de boekwaarde van de vermogensbestanddelen van de cv onder bepaalde voorwaarden door te schuiven naar de commanditaire vennoten (hierna de "reguliere doorschuiffaciliteit"). Voor toepassing van deze faciliteit gelden een aantal vereisten. Onder andere dienen alle commanditaire vennoten (i) onderworpen te zijn aan een belasting naar de winst, (ii) een gezamenlijk verzoek te doen om eindafrekeningswinst achterwege te laten en (iii) gevestigd te zijn in de EU of een EER lidstaat. Een verzoek op de reguliere doorschuiffaciliteit is dus bij voorbaat niet mogelijk indien één van de vennoten een natuurlijk persoon is; als gevolg van een bepaald regime (bijvoorbeeld het VBI regime) niet onderworpen is aan belastingheffing of gevestigd is buiten de EU/EER.

In de toelichting op het wetsvoorstel is opgemerkt dat een natuurlijk persoon via een omweg alsnog aan de voorwaarden van de reguliere doorschuiffaciliteit kan voldoen. Hiertoe dient de natuurlijk persoon zijn aandeel in de cv eerst onder te brengen in een houdstervennootschap op grond van de aandelenfusiefaciliteit (een andere doorschuiffaciliteit onder het overgangsrecht), waarna de houdstervennootschap een beroep kan doen op de reguliere doorschuiffaciliteit. Al deze stappen moeten vóór 31 december 2022 zijn voltooid.

Het is denkbaar dat niet alle commanditaire vennoten (natuurlijk personen) staan te springen om deze stappen te implementeren. Te denken valt aan commanditaire vennoten die thans aanspraak maken op minder dan 5% van de cv-winst en voor hun participatie in box 3 worden belast. Indien deze vennoten hun cv-belang onderbrengen in een persoonlijke houdstervennootschap, dan zal het inkomen dat zij genieten in de toekomst belast zijn in box 2 en mogelijk is het inkomen ook met vennootschapsbelasting belast op het niveau van de houdstervennootschap. Deze vennoten zouden als gevolg van de toepassing van de doorschuiffaciliteit slechter af kunnen zijn.

Indien één van de vennoten niet in aanmerking komt voor de reguliere doorschuiffaciliteit of hiervan simpelweg geen gebruik wenst te maken, dan is dit voor de overige vennoten ook niet mogelijk. Wij vinden het bezwarend dat de reguliere doorschuiffaciliteit in de hiervoor genoemde gevallen niet op een eenvoudige dan wel een evenredige wijze kan worden toegepast door de vennoten die wel aan de voorwaarden voldoen.

Aandelenfusiefaciliteit

Een commanditaire vennoot kan (afzonderlijk dan wel gezamenlijk met de andere vennoten) gebruik maken van de aandelenfusiefaciliteit. De aandelenfusiefaciliteit kan alleen worden toegepast indien alle commanditaire vennoten van de cv inwoner zijn van een EU of EER lidstaat. Aangezien deze faciliteit – in tegenstelling tot de reguliere doorschuiffaciliteit – niet de medewerking van alle commanditaire vennoten vereist, had het onzes inziens meer voor de hand gelegen om de voorwaarden voor de aandelenfusiefaciliteit op individueel niveau te toetsen.

2.4. Gevolgen voor de overdrachtsbelasting en BTW

Indien in het kader van een herstructurering van de cv of fgr onroerend goed wordt overgedragen, kan overdrachtsbelasting verschuldigd zijn over de waarde van het onroerend goed. Daarnaast leidt een overdracht van onroerend goed mogelijk tot (een herziening van) BTW heffing. Te denken valt aan de situatie waarin een commanditaire vennoot in het kader van het overgangsrecht de vermogensbestanddelen van de cv onderbrengt in een besloten vennootschap. Over de waarde van het onroerend goed dat in het kader van deze overdracht wordt ingebracht, is in beginsel overdrachtsbelasting verschuldigd door de verkrijgende vennootschap. De vrijstellingsfaciliteit van artikel 15, lid 1 sub e onder 2 Wet op de belastingen van rechtsverkeer 1970 is niet voor alle gevallen toereikend. Zo kan deze vrijstelling bijvoorbeeld alleen toepassing vinden indien een gehele onderneming wordt ingebracht en aan een aanhoudingseis van drie jaar wordt voldaan. Wij zien graag bevestigd dat de vennoten ten aanzien van de inbreng in het kader van de doorschuifregeling een beroep kunnen doen op een vrijstelling van overdrachtsbelasting en BTW.

3. Kwalificatie buitenlandse rechtsvormen

Op basis van de vaste methode worden in Nederland gevestigde buitenlandse rechtsvormen die niet met Nederlandse rechtsvormen vergelijkbaar zijn, binnenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Wij merken op dat de vaste methode niet het probleem van kwalificatieverschillen oplost. De toepassing van de vaste methode laat immers onverlet dat de rechtsvorm in haar oprichtingsstaat als transparant wordt aangemerkt. Toepassing van de vaste methode kan derhalve alsnog leiden tot dubbele belastingheffing en door het kwalificatieverschil ontstaat mogelijk ook onduidelijkheid over de toepassing van het belastingverdrag. Dit gevolg wordt niet weggenomen door het wetsvoorstel.

4. Conclusie

Wij hebben begrip voor het doel van het wetsvoorstel, maar onzes inziens strekt het voorstel verder dan het beoogde doel. Tevens bevat het voorstel nog veel onduidelijkheden en leidt het tot een aantal ongewenste gevolgen.

Wij lichten onze zienswijze uiteraard graag nader toe.

Met vriendelijke groet,
Houthoff

S. Dikmans

C. Presilli

I.C. Poortman

F. Denny