



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen

Ministerie van Financiën

Ingediend op <https://internetconsultatie.nl/fiscaalkwalificatiebeleidrechtsvormen>

Amsterdam, 26 april 2021

Betreft: Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen

Geachte dames en heren,

De Nederlandse NOB van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het consultatiedocument Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen (Consultatiedocument). Zij maakt graag gebruik van de gelegenheid op de consultatie te reageren.

Inleiding

1. De Orde heeft de aanpassing van het Nederlandse kwalificatiebeleid van rechtsvormen diverse malen bepleit. De Orde is daarom verheugd dat het initiatief is genomen de kwalificatie van (buitenlandse) rechtsvormen in het Nederlandse fiscale stelsel zodanig aan te passen dat dit beter aansluit op de fiscale kwalificatie van rechtsvormen in andere landen. Dit zal het aantal hybride mismatches verminderen en daardoor ook het aantal situaties waarin zich dubbele belasting of dubbele niet heffing voordoet.
2. Tegelijkertijd constateert de Orde dat de gevolgen van dit voorstel verstrekkend zijn, ook voor belastingplichtigen die op geen enkele wijze in aanraking komen met internationale hybride mismatches.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

1

Daarnaast constateert de Orde dat de in het voorstel opgenomen overgangsregeling te beperkt is, waardoor belastingplichtigen bij invoering van dit voorstel tegen aanzienlijke fiscale verplichtingen zullen aanlopen die zij niet konden voorzien. Ook constateert de Orde vele onduidelijkheden met betrekking tot de doorwerking van de aanpassingen in andere heffingswetten. Met betrekking tot de voorgestelde datum van ingang per 1 januari 2022 is de de Orde van mening dat deze belangstingplichtigen onvoldoende tijd biedt te anticiperen op het nieuwe recht. Om deze redenen verzoekt de Orde het voorstel te heroverwegen met inachtneming van dit commentaar.

Algemeen

3. Het voorstel ziet op drie categorieën: het vervallen van de open CV, het herdefiniëren van het fonds voor gemene rekening en herkwalificeren van de overige buitenlandse rechtsvormen. Met het voorstel worden in internationaal verband een veelvoorkomend kwalificatieverschil opgeheven. In nationale situaties doen zich geen kwalificatiemismatches voor. Desondanks hebben de voorgestelde wijzigingen ook een grote impact op enkel nationale situaties. De Orde begrijpt dit vanuit een eenvoudsoogpunt. Het opgenomen overgangsrecht schiet evenwel op belangrijke onderdelen tekort. De Orde verzoekt daarom het overgangsrecht uit te breiden.
4. Met betrekking tot de voorgestelde regeling voor het fonds voor gemene rekening (FGR) voorziet de Orde vergaande gevolgen voor bestaande fiscaal transparante fondsen voor gemene rekening waarvan de rationale op voorhand niet duidelijk is. Nadere toelichting is nodig op dit punt. Dit ziet onder andere op de fondsen voor gemene rekening die door institutionele beleggers, zoals pensioenfondsen, worden ingezet om collectief te beleggen.
5. Voor familiebeleggingsfondsen is er vanuit fiscaal oogpunt geen reden om voor deze groep het open FGR de facto te schrappen. De Orde meent dat het huidige voorstel een ongewenste inbreuk maakt op het fiscale regime, waarin het ten principale niet uitmaakt of in een vennootschapsbelastingplichtig lichaam wordt belegd of wordt ondernomen. De Orde constateert dat met het (de facto) schrappen van het open FGR voor familiefondsen beoogd wordt zogenoemde anonimiseringsstructuren te bestrijden. De Orde meent dat het fiscale instrument niet het juiste middel is om dergelijke structuren te bestrijden. Omdat publicatieplicht buiten de fiscaliteit ligt, zal de Orde hier ook verder geen opmerkingen over maken. Wel raadt de Orde aan om de ernstige bedenken mee te nemen die in het maatschappelijk debat leven tegen het publiekelijk openbaar maken (buiten overheidsinstanties zoals de fiscus) van persoonlijke informatie zoals over privévermogen.
6. Ten aanzien van de categorie niet vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen levert de gekozen vormgeving de nodige onduidelijkheden op.

Zo is slechts voor de vennootschapsbelasting geregeld dat dergelijke lichamen in voorkomende gevallen niet-transparant zijn (artikel 3 lid 1 onderdeel e Wet Vpb 1969). Voor de overige wetten is dat niet geregeld. Daardoor is in potentie zowel inkomstenbelasting als vennootschapsbelasting verschuldigd over dezelfde winst. Denk daarbij aan een buitenlands natuurlijk persoon die deelneemt in een buitenlands samenwerkingsverband dat naar Nederlands recht in principe transparant is, maar naar buitenlands recht niet-transparant is en een onderneming drijft in Nederland. Voor de vennootschapsbelasting wordt voorgesteld dat het buitenlandse samenwerkingsverband buitenlands belastingplichtig wordt voor de Nederlandse ondernemingswinst op grond van artikel 3 lid 1 onderdeel e Wet Vpb 1969). De natuurlijk persoon blijft echter eveneens buitenlands belastingplichtig voor die winst op basis van het voorstel omdat het samenwerkingsverband voor de heffing van inkomstenbelasting transparant blijft. Dit kan niet de bedoeling zijn. De Orde verzoekt hiervoor een oplossing te geven.

7. De hoofdregel voor de fiscale kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen blijft de rechtsvormvergelijkingsmethode. Op basis van deze methode worden bepaalde civielrechtelijke kenmerken van een buitenlandse rechtsvorm vergeleken met die van bestaande Nederlandse rechtsvormen. Vervolgens wordt de desbetreffende buitenlandse rechtsvorm die in Nederland is gevestigd, op dezelfde wijze behandeld als de Nederlandse rechtsvorm die hiermee vergelijkbaar is. Het is echter onduidelijk wanneer er sprake precies is van vergelijkbaarheid en wanneer nog niet of niet meer. De Orde verzoekt derhalve om een algemeen toetsingskader op te stellen op basis waarvan een entiteit vergelijkbaar is met een desbetreffende Nederlandse rechtsvorm. De Orde verzoekt dit toetsingskader tegelijk met het uiteindelijke wetsvoorstel te publiceren, aangezien er anders mogelijk nog langere tijd onzekerheid blijft bestaan hoe bepaalde buitenlandse entiteiten moeten worden geclassificeerd. De Orde dringt er op aan om een lijst te publiceren met buitenlandse rechtsvormen en aan daar op aan te geven met welke rechtsfiguur deze vergelijkbaar is. Net als thans het geval is bij de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsbanden.
8. De Orde vraagt om toe te lichten of is overwogen in plaats van de rechtsvormvergelijkingsmethode de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen te laten aansluiten bij de kwalificatie in de vestigingsstaat. Ook deze methode zal het aantal mismatches terugbrengen maar mogelijk minder verstrekkende gevolgen hebben voor binnenlandse situaties. Zie ook de opmerkingen van de Orde in het onderdeel 'EU-aspecten' hierna.
9. Zoals uit de toelichting op het voorstel blijkt, kan de aanpassing van het kwalificatiebeleid vergaande fiscale gevolgen hebben voor belastingplichtigen. Daarom hecht de Orde groot belang aan een adequate overgangsregeling. Een belangrijk deel van het commentaar van de Orde ziet dan ook op de voorgestelde overgangsregeling. Zoals hieronder zal worden toegevoegd, acht de Orde het gewenst dat de overgangsregeling verder wordt uitgebreid.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

Ook wijst de Orde erop dat veel belastingplichtigen naar verwachting niet in staat zullen zijn vóór 1 januari 2022 de benodigde maatregelen te treffen. Voor die gevallen zou een (in de tijd beperkte) eerbiedigende werking voor bestaande situaties uitkomst kunnen bieden.

10. De maatregelen in het voorstel lijken alleen te zien op de Nederlandse heffingssfeer (belastingplicht in Nederland, aandeelhouder van Nederland, deelneming gehouden door Nederlands belastingplichtige). Mismatches kunnen zich echter bijvoorbeeld ook voordoen als Nederland een betaling doet en de ontvanger als hybride kwalificeert vanwege de Nederlandse kwalificatie (bijvoorbeeld als open CV-achtige). De Orde vraagt zich af of het voorstel ook bewerkstelligt dat dergelijke mismatches worden weggenomen en vraagt dit te bevestigen. Met andere woorden: de Orde vraagt zich af of de nieuwe kwalificatiebenadering ook geldt voor entiteiten die een minder directe band met Nederland hebben dan bijvoorbeeld via artikel 2 en 3 Wet Vpb.
11. De Orde vraagt specifiek aandacht voor de samenloop met het Duitse belastingrecht. Blijkens de inleiding op het wetsvoorstel kijkt het huidige Nederlandse kwalificatiebeleid af van dat van andere landen. Dat geldt ook voor Duitsland, waar personenvennootschappen thans fiscaal transparant zijn. De aanpassingen van het kwalificatiebeleid zijn er onder andere op gericht de oorzaak van hybride mismatches (kwalificatieverschillen tussen belastingstelsels) weg te nemen. Opmerkelijk is dat Duitsland een andere weg inslaat dan Nederland. Duitsland beoogt met het wetsvoorstel tot modernisering van de vennootschapsbelasting (Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts) een keuzerecht voor personenvennootschappen in te voeren om als niet-transparant te worden behandeld (Optionsmodell). Deze vennootschappen kunnen op verzoek worden behandeld als vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal en worden daarmee zelfstandig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Een regimeovergang is geruisloos mogelijk, evenals de ‘weg terug’. De verwachting is dat de Wet op 1 januari 2022 in werking treedt. In dit verband vraagt de Orde hoe Nederland hiermee zal omgaan. De Orde vraagt om toe te lichten welke methode(n) Nederland zal toepassen om de mogelijke kwalificatieverschillen te elimineren, indien beide landen de voorgenomen wetwijzigingen invoeren en een personenvennootschap in Duitsland opteert voor de vennootschapsbelastingplicht. Is een rechtsvormvergelijking mét inachtneming van de fiscale behandeling in het vestigingsland denkbaar?

Artikel I onderdeel A (artikel 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

12. Voor in Nederland gevestigde lichamen met een niet-vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm geldt de ‘vaste methode’, dat wil zeggen dat Nederland deze lichamen als niet-transparante lichamen in de heffing van vennootschapsbelasting betreft. Voor de in het buitenland gevestigde niet-vergelijkbare rechtsvormen die een belang hebben in een Nederlands vennootschapsbelastingplichtig lichaam,

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

dan wel een Nederlands vennootschapsbelastingplichtig lichaam dat een belang heeft in een in het buitenland gevestigd niet-vergelijkbare rechtsvorm, geldt de ‘symmetrische’ methode. Nederland volgt dan de buitenlandse kwalificatie. In beide methoden is vereist dat sprake is van een lichaam (artikel 2 lid 1 onderdeel h (nieuw) Wet Vpb 1969 en artikel 3 lid 1 onderdeel e (nieuw) Wet Vpb 1969) en artikel 13 lid 2 onderdeel e (nieuw) Wet Vpb 1969. Indien geen sprake is van een rechtsvorm die is aan te merken als lichaam, komt men immers niet toe aan de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Of moet een en ander zo worden uitgelegd dat altijd sprake is van een lichaam, indien een rechtsvorm niet-vergelijkbaar is met de genoemde lichamen én niet vergelijkbaar is met de Nederlandse maatschap, vof of commanditaire vennootschap? De Orde mist een duidelijke toelichting over het zo cruciale begrip ‘lichaam’ en meent dat het systematisch duidelijker is indien in artikel 1 het begrip ‘lichaam’ wordt gedefinieerd als *“een lichaam is een rechtsvorm die niet is een natuurlijk persoon en niet is een maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap (of buitenlandse pendant).”* In artikel 2 lid 1 onderdeel h en artikel 3 lid 1 onderdeel e Wet Vpb 1969 kan dan volstaan worden met het aangeven dat belastingplichtig zijn de lichamen die niet zijn genoemd in de onderdelen a tot en met g. Het is de Orde verder opgevallen dat van de gelegenheid geen gebruik gemaakt is om artikel 2 Wet Vpb 1969 en artikel 3 Wet Vpb 1969 gelijk te trekken. De Orde verzoekt toe te lichten waarom dit niet is gedaan.

13. De Orde vraagt wat de gevolgen zijn van de voorgestelde symmetrische methode voor een Nederlandse BV met een belang als commanditair vennoot in een buitenlandse personenvennootschap die vergelijkbaar is met de open CV, maar in het land van vestiging als transparant wordt aangemerkt. Leidt de introductie van de symmetrische methode ertoe dat de BV zijn deelneming in de buitenlandse open CV per eind 2021 heeft vervreemd, gevolgd door de aanvang van een vaste inrichting? Kan in de memorie van toelichting worden toegelicht hoe deze situatie moet worden behandeld?
14. Het is, zoals gezegd, relevant of een rechtsfiguur vergelijkbaar is met een maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap of rechtsfiguur genoemd in artikel 2 lid 1 onderdeel a tot en met g Wet Vpb 1969. De Orde zou graag per rechtsfiguur de criteria en voorbeelden gepubliceerd zien. Ten aanzien van artikel 2 lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969 heeft de Orde de volgende vraag. Volgens het arrest van 24 november 1976¹ worden tot de *“andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld”* als bedoeld in artikel 2 lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969 mede gerekend de vennootschap waarvan het vennootschappelijk kapitaal in gelijke of evenredige aandelen is verdeeld, indien voor de vervreemding van die aandelen niet de toestemming van alle vennoten is vereist. In voetnoot 6 van het Consultatiedocument staat dat dit arrest zijn betekenis zal verliezen door het onderhavige wetsvoorstel.

¹ ECLI:NL:PHR:1976:AX3276.

De Orde begrijpt hieruit dat een personenvennootschap, zoals een maatschap of vennootschap onder firma, “*op aandelen*” die onder de toepassing van voornoemd arrest is onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting, met ingang van 1 januari 2022 niet langer belastingplichtig zal zijn. Volgens de Orde blijkt dit niet uit de tekst van de wet. Ook onder de aangepaste tekst van artikel 2 Wet Vpb 1969 behoren immers “*andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal*” tot de subjectief belastingplichtigen. De Orde stelt voor de tekst van de wet op dit punt te verduidelijken door na “*andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal*” toe te voegen “*niet zijnde een maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap of vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen*” dan wel de hiervóór gesuggereerde aanpassing van artikel 1 Wet Vpb 1969 door te voeren. Ook dient naar de mening van de Orde de overgangsregeling (zie hierna) te worden uitgebreid met de personenvennootschappen “*op aandelen*” die nu op basis van bovengenoemd arrest als vennootschapsbelastingplichtig worden aangemerkt (vanwege de vrije overdraagbaarheid).

15. Het voorgestelde artikel 2 lid 1 onderdeel h van de Wet Vpb 1969 zal in voorkomende gevallen leiden tot het ontstaan van zelfstandige belastingplicht. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een LLP die is opgericht naar het recht van de UK. De Orde verzoekt om nadere toelichting op de gevolgen voor de LLP (openingsbalans op basis van waarde in het economische verkeer, omvang gestort kapitaal voor de heffing van dividendbelasting en bronbelasting) en de deelnemers (realisatie meerwaarde bij deze ‘fictieve inbreng’). De Orde vraagt ook voor deze situaties overgangsregelingen te treffen voor het lichaam en de participanten.
16. In WPNR 2017/7139 stelt Stevens dat de FGR onder omstandigheden kan worden gekwalificeerd als een commanditaire vennootschap. De Orde verzoekt te bevestigen of dit ook andersom kan gelden, en zo ja, onder welke omstandigheden. De Orde verzoekt te bevestigen of bij het gebruiken van de rechtsvorm van de CV voor een beleggingsfonds ook rekening dient te worden gehouden met de kwalificatieregels inzake een FGR.
17. In het voorgestelde artikel 3 lid 2 onderdeel e en artikel 13 lid 2 onderdeel e Wet Vpb 1969 wordt in geval van niet-equivalente rechtsvormen verwezen naar de wet- en regelgeving van de staat van oprichting van de desbetreffende niet-equivalente rechtsvorm. De Orde stelt voor aan te sluiten bij de wet- en regelgeving van de staat waar de niet-equivalente rechtsvorm is gevestigd.
18. Het voorstel schrapt de mogelijkheid om in familieverhoudingen een open fonds voor gemene rekening te zijn. De Orde merkt ten eerste op dat het gebruik van deze open fondsen vooral in binnenlandse situaties plaatsvindt en dus geen te bestrijden mismatch oplevert.

In die zin past het schrappen van het open fonds voor gemene rekening in familieverhoudingen niet. Ook de overige argumentatie, zoals het voorkomen van boxhoppen van box 3 naar box 2 en het voorkomen van publicatieplicht, leveren op geen enkele wijze een fiscaal argument op voor deze wijziging. Het beleggen in box 2 blijft mogelijk via andere Vpb-plichtige rechtsvormen en publicatieplicht hoort in de Handelsregisterwet te worden geregeld. Samen met de hieronder genoemde punten meent de Orde dat een grondige heroverweging van de wijzigingen ten aanzien van het fonds voor gemene rekening op zijn plaats is.

19. De Orde vraagt aandacht voor het open FGR met de status van beleggingsinstelling in de zin van artikel 28 van de Wet Vpb 1969 die als gevolg van onderhavig voorstel als fiscaal transparant wordt aangemerkt. De uitdelingsverplichting kan mogelijk niet meer worden nagekomen, waardoor statusverlies optreedt met terugwerkende kracht tot het reeds verstreken boekjaar waarover niet meer aan de uitdelingsverplichting kan worden voldaan. Voorts kan in voorkomende gevallen het recht op afdrachtvermindering van dividendbelasting op de voet van artikel 11a van de Wet op de dividendbelasting 1965 komen te vervallen, omdat het FGR als transparant fonds niet meer inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting. De Orde verzoekt hierop in te gaan en in het definitieve wetsvoorstel hiervoor passende oplossingen te treffen.
20. Het voorgestelde artikel 2 lid 3 onderdeel a Wet Vpb 1969 spreekt over verhandeling van de bewijzen van deelgerechtigdheid op een gereglementeerde markt als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) of daarmee vergelijkbaar handelsplatform. De term ‘handelsplatform’ komt uit de Wft. Daaronder wordt verstaan een georganiseerde handelsfaciliteit, een gereglementeerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit. De Orde verzoekt om meer voorbeelden te geven van platformen die kwalificeren als een ‘vergelijkbaar handelsplatform’. Voorts ziet de Orde graag bevestigd dat de door financiële instellingen aangeboden girale systemen kwalificeren als handelsplatform.
21. Niet uit te sluiten is dat in een aantal gevallen sprake is van belangen die niet via het handelsplatform bij deelnemers zijn ondergebracht, waarvan de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid op een gereglementeerde markt worden verhandeld. De Orde verzoekt daarom om aan te geven of het noodzakelijk is dat alle bewijzen van deelgerechtigdheid op een gereglementeerde markt worden verhandeld. Tevens verzoekt de Orde om het voorgestelde artikel 2 lid 3 onderdeel a Wet Vpb 1969 aan te passen, zodat alleen sprake is van ‘verhandeling’ als de handelbaarheid van bewijzen van deelgerechtigdheid plaatsvindt met medewerking van het desbetreffende fonds, om te voorkomen dat de fiscale behandeling van het fonds afhankelijk kan zijn van handelingen van derden. Te denken valt aan de situatie dat een participatie (zonder medewerking van het fonds) wordt gecertificeerd en de certificaten via een handelsplatform worden verhandeld.

22. In dit kader dient te worden opgemerkt dat fiscaal transparante FGR's veelvuldig worden gebruikt als *pooling* instrument door institutionele beleggers, waaronder pensioenfondsen maar ook beleggingsfondsen met een paraplukarakter die aan een breed publiek worden aangeboden. Dergelijke FGR's ontlelen hun fiscaal transparante status doorgaans aan de zogeheten inkoopvariant (de participaties van het fonds kunnen alleen worden vervreemd aan het fonds zelf terwijl het FGR zelf vrijelijk participaties kan uitgeven) en kunnen in bepaalde gevallen een *open-end* karakter hebben. Op basis van deze inkoopvariant kunnen institutionele beleggers hun (relatieve) belang in een FGR vergroten of verkleinen. Voor Nederlandse pensioenfondsen is de inkoopregeling essentieel voor het effectief herbalanceren van de beleggingsportefeuille. Als dergelijke FGR's Vpb-plichtig zouden worden, leidt dat er dus toe dat fiscaal transparante FGR's (mogelijk) hun transparantie verliezen, terwijl de bedoeling van het voorstel nu juist is om, omgekeerd, thans niet-transparante lichamen als transparant aan te merken om daarmee kwalificatieverschillen te voorkomen. Uit de toelichting blijkt dat het kabinet voorstelt om zowel het open als besloten FGR te laten bestaan en het de bedoeling is dat een FGR op basis van de zuiver juridische benadering zelf *“kan kiezen voor de bedrijfsmatig gewenste civielrechtelijke vormgeving, waarbij sprake is van ofwel zelfstandige belastingplicht (open FGR) ofwel fiscale transparantie (besloten FGR)”*. Het voorgestelde artikel 2 lid 3 onderdeel b Wet Vpb 1969 geeft die keuzemogelijkheid thans niet. Een FGR welke thans op grond van de inkoopvariant als fiscaal transparant wordt aangemerkt, wordt namelijk als niet-transparant gekwalificeerd in geval de huidige fondswaarden zodanig zijn ingericht dat er sprake is van een verplichting om de FGR participaties met regelmaat in te kopen. Dergelijke FGR's hebben derhalve niet de keuze om transparant te blijven zonder de in de fondsvoorwaarden opgenomen inkoopregeling op te geven. De reeds bestaande fondsvoorwaarden en regulatoire status van dergelijke fondsen zijn daarnaast niet of lastig te wijzigen. De Orde verzoekt derhalve om de keuzemogelijkheid voor de niet onder artikel 2 lid 3 onderdeel a Wet Vpb 1969 kwalificerende FGR's als een daadwerkelijke keuzemogelijkheid te formuleren. Dit biedt uitkomst voor FGR's zonder vaste looptijd die als transparant kwalificeren op basis van de inkoopvariant. Immers, als gevolg van de inkoopregeling is er voor de belegger immers meer zekerheid dat hij op een door hem gewenst moment zijn participatie liquide kan maken, maar door de keuzemogelijkheid kan de fiscaal transparante kwalificatie behouden blijven. Daarnaast biedt de keuzemogelijkheid ook uitkomst voor niet-beursgenoteerde FGR's met een (semi) *open-end* karakter die juist als open kwalificeren en niet aan de momenteel voorgestelde inkoopverplichting kunnen voldoen als gevolg van illiquide investeringen.
23. Mocht uiteindelijk toch worden gekozen voor de fiscale non-transparantie in geval van een inkoopverplichting, dan merkt de Orde op dat de voorgestelde tekst van artikel 2 lid 3 onderdeel b Wet Vpb 1969 spreekt over een verplichting om met regelmaat bewijzen van deelgerechtigdheid op verzoek van de deelgerechtigden in te kopen.

In het algemene deel van de toelichting wordt hierover opgemerkt dat slechts sprake is van een dergelijke inkoopverplichting, indien dit uit de fondsvoorwaarden blijkt (de zuiver juridische benadering zoals hierboven ook benoemd). In de artikelsgewijze toelichting wordt daaraan toegevoegd: “*dat sprake is van een open FGR indien deze FGR een doorlopende verplichting heeft tot inkoop van eigen deelnemingsrechten ten laste van de eigen activa en deze inkoopverplichting met een bepaalde regelmaat uitoefent.*” De Orde verzoekt om te bevestigen dat deze doorlopende verplichting betekent dat participanten een onvoorwaardelijk recht moeten hebben om op elk moment te kunnen uittreden door middel van inkoop door het FGR en dat, als hiervan geen sprake is, het FGR als fiscaal besloten (transparant) moet worden aangemerkt. In dat verband vraagt de Orde ook te bevestigen dat, indien op grond van de fondsvoorwaarden de beheerder een verzoek tot inkoop kan weigeren of opschorten wegens een gebrek aan liquiditeit, niet is voldaan aan het vereiste van een doorlopende verplichting tot inkoop waardoor het FGR als besloten (transparant) moet worden aangemerkt. Verder suggereert het vereiste van regelmaat dat toch een toetsing (achteraf) aan de feiten dient plaats te vinden. Dit leidt volgens de Orde tot onzekerheid. De Orde verzoekt te verduidelijken dat het inderdaad enkel gaat om een zuiver juridische toets.

24. Uit de algemene en artikelsgewijze toelichting volgt dat een familiefonds op basis van de zuiver juridische benadering niet zelf “*kan kiezen voor de bedrijfsmatig gewenste civielrechtelijke vormgeving, waarbij sprake is van ofwel zelfstandige belastingplicht (open FGR) ofwel fiscale transparantie (besloten FGR)*”. Uit de algemene toelichting begrijpt de Orde dat hiermee is bedoeld dat een familiefonds altijd kwalificeert als besloten FGREN dus als fiscaal transparant. In de ogen van de Orde kan gezien de voorgestelde wettekst van artikel 2 lid 3 Wet Vpb 1969 een familiefonds alsnog kwalificeren als een open FGR indien een dergelijk fonds voldoet aan onderdeel b van dit artikel lid 3. De inkoopvariant wordt namelijk niet genoemd in de passage dat begint met ‘behoudens...’ waarmee wordt getracht de familiefondsen altijd aan te merken als besloten FGR. De Orde verzoekt dit te bevestigen.
25. Fondsen die voldoen aan artikel 2 lid 3 onderdeel a respectievelijk onderdeel b Wet Vpb 1969, worden in het wetsvoorstel alsnog als fiscaal transparant aangemerkt, indien, kort gezegd, de participaties nagenoeg uitsluitend kunnen worden overgedragen aan (a) een deelgerechtigde in het fonds, (b) de partner van een deelgerechtigde dan wel (c) bepaalde verwanten van een deelgerechtigde. Het is echter denkbaar dat, naast aan familieleden, ook aan niet-familieleden kan worden overgedragen. Een overdracht aan een ‘derde’ is dus mogelijk maar als dat voor meer dan 10 procent (vanwege het ‘nagenoeg uitsluitend’ criterium) is, is een fiscaal transparante status niet mogelijk. De Orde verzoekt toe te lichten hoe het criterium ‘nagenoeg uitsluitend’ dient te worden geïnterpreteerd. Gaat het om 90 procent van het aantal participaties, het aantal deelgerechtigden of om het fondsvermogen wat met de transactie is gemoeid?

Ook is het mogelijk dat in de uitgangssituatie bijvoorbeeld 75 procent van de participaties bij derden (geen familie) is geplaatst, terwijl de andere 25 procent van de participaties bij één familie is geplaatst. De Orde vraagt of in die situatie de uitzondering van de familiefondsen van toepassing is (dus geen open FGR mogelijk), indien de overdracht slechts mogelijk is aan de categorieën zoals hiervóór onder a, b en c genoemd. Naar de letter van de bepaling lijkt dit zo te zijn, terwijl het mogelijk is dat de participaties voor een nog groter deel buiten de familie terecht komen. De Orde op dit punt vraagt om een nadere toelichting.

26. Voorts merkt de Orde op dat de toelichting op de gewijzigde kwalificatie van het FGR ten aanzien van de ‘verplichting tot inkoop’ aangeeft dat de fondsvoorwaarden als uitgangspunt worden genomen. Een dergelijke formele benadering zorgt voor rechtszekerheid ten aanzien van de eventuele belastingplicht van het FGR. Ter zake van zogenoemde familiefondsen wordt in het wetsvoorstel voor een meer materiële toets gekozen, gelet op de volgende passage: *“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”*. Deze ruime formulering inzake de belastingplicht van het FGR zal tot rechtsonzekerheid leiden. De Orde vraagt om toe te lichten waarom hier ook niet is gekozen voor een strikt juridische benadering, zoals het geval is bij de ‘verplichting tot inkoop’ (en ook in de huidige systematiek bij de kwalificatie van de besloten dan wel open status van een CV en FGR). Wat is bijvoorbeeld de fiscale status van een FGR ingeval op basis van de fondsvoorwaarden de participaties aan derden mogen worden overgedragen, maar feitelijk uitsluitend familieleden deelnemen? En wijzigt de fiscale status van het FGR ingeval vervolgens een derde (niet zijnde familielid) toetreedt, waardoor de participanten van het FGR niet langer (nagenoeg) uitsluitend uit familieleden bestaat?
27. Het wetsvoorstel leidt volgens de Orde tot een (niet-beoogde) verzwaring van de administratieve lasten als gevolg van een partiële consolidatie van samenwerkingsverbanden die door deze wetswijziging transformeren van fiscaal open naar fiscaal transparant. In veel gevallen gaat het om kleine deelnemingspercentages en dan ook nog om getrapte structuren. Het lijkt vrijwel ondoenlijk om de informatie te achterhalen om resultaten en vermogensbestanddelen toe te rekenen. Bovendien kan een partiële consolidatie versturende gevolgen hebben op ratio’s. Bijvoorbeeld een fiscale beleggingsinstelling die thans aan de financieringsvoorwaarden van artikel 28 lid 2 Wet Vpb 1969 voldoet, kan met bovenmatige schulden worden geconfronteerd wanneer schulden van thans open samenwerkingsverbanden waarin wordt deelgenomen, partieel moeten worden geconsolideerd op de fiscale balans. De praktijk zou volgens de Orde zijn gebaat bij een verantwoording van geringe belangen als ware het een effect/aandeel. De Orde verzoekt om hierop in te gaan en een tegemoetkoming te verlenen.

28. Verder zijn er momenteel buitenlandse open CV-achtigen in Nederland belast als buitenlands belastingplichtige, bijvoorbeeld als gevolg van investeringen in een Nederlands investeringsfonds in de vorm van een besloten CV welke een onderneming drijft of als gevolg van directe investeringen in Nederlands vastgoed. Als gevolg van het wetsvoorstel verschuift de buitenlandse belastingplicht en de daarbij behorende aangifteplicht naar de veelal buitenlandse participanten in de buitenlandse CV-achtige. Dergelijke buitenlandse CV-achtige fungeren vaak zelf ook als fondsentiteit met een brede investeerdersbasis bijvoorbeeld institutionele maar ook particuliere investeerders waarvan de benodigde informatie naar verwachting moeilijk is te achterhalen. Ook in dit kader resulteert het wetsvoorstel derhalve in een verzwaring van de administratieve lasten en complexe uitvoerbaarheid zowel voor belastingplichtigen als voor de Belastingdienst. Daar komt bij dat veel investeringsfondsen een *closed-end* karakter hebben en gereguleerd zijn, waardoor het praktisch gesproken zeer moeilijk zal zijn bestaande structuren te reorganiseren. Veel van deze investeringsfondsen hebben een beperkte looptijd van ongeveer 10 jaar. Een (optionele) eerbiedigende werking van de open CV voor toepassing van artikel 3 Wet Vpb 1969 zou bovengenoemde problemen grotendeels wegnemen. De Orde verzoekt om dit te heroverwegen.
29. De Orde verzoekt om in te gaan op hoe de voorgestelde kwalificatiemethoden dienen te worden toegepast. Stel dat sprake is van een buitenlandse rechtsvorm, zoals een Amerikaanse LLC. Het is denkbaar dat bij de vormgeving van een dergelijk lichaam wordt afgeweken van de standaardkenmerken van de rechtsvorm. De Orde verzoekt te bevestigen of de kwalificatie van de rechtsvorm voor Nederlands belastingrecht in dat geval wordt bepaald aan de hand van de standaardkenmerken van die rechtsvorm of aan de hand van de kenmerken van dat specifieke lichaam. De Orde verzoekt ook om de toepassing van de onderworpenheidseis toe te lichten en om te bevestigen of hierbij wordt aangesloten bij de reguliere belastingbehandeling van een rechtsvorm onder buitenlands recht, of bij de specifieke keuze die ten aanzien van een lichaam wordt gemaakt onder het buitenlands recht (bijvoorbeeld onder de Amerikaanse *check the box election*).

Artikel I onderdeel B (artikel 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

30. De Orde vraagt aandacht voor het begrip “*andere niet rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld*” in artikel 3 lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969. Zoals hiervoor reeds vermeld, begrijpt de Orde dat het arrest van 24 november 1976² zijn betekenis verliest. Overeenkomstig het voorstel van de Orde met betrekking tot het voorgestelde artikel 2 lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969, stelt de Orde voor om ook aan artikel 3 lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969 toe te voegen

² ECLI:NL:PHR:1976:AX3276.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

“anders dan de maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap of vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen”, dan wel dit te regelen in artikel 1 van de Wet Vpb 1969.

31. De Orde vraagt toe te lichten op grond van welke bepaling in artikel 3 Wet Vpb 1969 een buitenlands open fonds voor gemene rekening (volgens de nieuwe definitie) als buitenlands belastingplichtige wordt aangemerkt. Artikel 3 lid 1 onderdeel e Wet Vpb 1969 is niet van toepassing omdat het buitenlandse fonds vergelijkbaar is met de in artikel 2 lid 1 onderdeel f Wet Vpb 1969 bedoelde rechtsvorm. Omdat het buitenlandse fonds voor gemene rekening doorgaans ook niet als een vennootschap wordt aangemerkt en evenmin als een doelvermogen (HR 24 januari 2020³) vraagt de Orde aan te geven wat dit betekent voor de buitenlandse belastingplicht van een buitenlands fonds voor gemene rekening dat naar Nederlandse fiscale maatstaven als niet-transparant wordt aangemerkt.

Artikel I onderdeel D (artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

32. De Orde verzoekt om een toelichting hoe het opgeofferd bedrag voor de toepassing van artikel 13d Wet Vpb 1969 wordt bepaald van een deelneming die als gevolg van de invoering van dit voorstel ontstaat. Daarbij gaat het zowel om de situatie waarin een buitenlands niet-vergelijkbare rechtsvorm door dit wetsvoorstel fiscaal non-transparant wordt, waardoor een deelneming in de buitenlandse niet-vergelijkbare rechtsvorm ontstaat, als om de situatie waarin een open CV(-achtige) zelf deelnemingen houdt die na dit wetsvoorstel deelnemingen van de belastingplichtige worden.
33. De Orde verzoekt om te bevestigen dat het fiscaal vervallen van een deelneming in de open CV (dan wel een vergelijkbare buitenlandse open CV-achtige) kan leiden tot een liquidatieverlies bij de commanditaire vennoot.
34. De Orde merkt op dat, indien als gevolg van dit wetsvoorstel een participatie van een belastingplichtige voortaan als deelneming kwalificeert, op deze deelneming mogelijk artikel 33 lid 5 Wet Vpb 1969 jo. artikel 13c (oud) Wet Vpb 1969 van toepassing wordt. De Orde verzoekt in de toelichting hieraan aandacht te besteden.
35. Indien het buitenland een niet-equivalente samenwerkingsvorm als fiscaal niet-transparant kwalificeert behalve voor de beherende vennoot (directe toerekening winstaandeel), geldt dan in het kader van de symmetrische methode een ‘in zoverre’-benadering? Met andere woorden, is de deelnemingsvrijstelling dan alleen van toepassing op het winstgedeelte dat de commanditaire vennoot geniet?

³ ECLI:NL:HR:2020:115.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

36. De Orde verzoekt om te bevestigen welke belastingen kwalificeren als een belasting naar de winst voor toepassing van het voorgestelde artikel 13 lid 2 sub e Wet Vpb 1969. De Orde vraagt of hiervoor moet worden aangesloten bij andere regelingen, bijvoorbeeld het toetsingskader zoals dat is ontwikkeld voor de lijst met laagbelastende jurisdicties voor de bronbelasting en de CFC-regeling. De Orde verzoekt voorts in te gaan op de mogelijke impact van subjectieve vrijstellingen of keuzeregimes (zoals de Amerikaanse *check-the-box election*).
37. De Orde schetst het volgende voorbeeld. Een binnenlandse belastingplichtige richt een entiteit X op naar het recht van Staat A. De rechtsvorm van X is niet vergelijkbaar met een van de Nederlandse rechtsvormen. X migreert naar Staat B en wordt aldaar belastingplichtig voor een belasting naar de winst. De Orde verzoekt om in te gaan op hoe de onderworpenheidseis uit het voorgestelde artikel 13 lid 2 sub e Wet Vpb 1969 in dit geval dient te worden toegepast. Op basis van een letterlijke lezing lijkt immers onderworpenheid in Staat A (de oprichtingsstaat) vereist en lijkt onderworpenheid in Staat B (de feitelijk vestigingsstaat) niet relevant.

Artikel II (Wet op de dividendbelasting 1965)

38. De Orde verzoekt te bevestigen dat het schrappen van de open CV als subjectief belastingplichtige voor de heffing van vennootschapsbelasting en als inhoudingsplichtige voor de heffing van dividendbelasting geen belastbaar feit vormt voor de heffing van dividendbelasting.
39. Aan de objectieve toets in het kader van de inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting dan wel de buitenlandse belastingplicht voor de vennootschapsbelasting kan onder meer worden voldaan, indien een dividend wordt uitgekeerd aan een kwalificerende tussenhouder die een relatie legt tussen de bedrijfsmatige activiteiten of hoofdkantooractiviteiten van de moedermaatschappij en de activiteiten van haar kleindochtermaatschappij(en). Onder omstandigheden worden deze bedrijfsmatige activiteiten verricht in een in het buitenland gevestigde Limited Partnership (LP). In het kader van de zogenoemde WJB-brief⁴ speelt onder meer voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting de vraag of in de beschreven LP (zijnde een samenwerkingsverband tussen een aantal beleggers en een bank) een onderneming aanwezig is. Waar onder huidig recht dergelijke LP's veelal als entiteit voor Nederlandse belastingdoeleinden kwalificeren, zullen deze als gevolg van het gewijzigde kwalificatiebeleid vanaf 2022 fiscaal transparant zijn. Kan in het uiteindelijke wetsvoorstel aandacht worden besteed hoe hiermee om te gaan?

⁴ Brief dd. 19 juni 2000, WJB 2000/452M.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

Dient voor de toepassing van voornoemde regelingen ervan te worden uitgegaan dat nog steeds een onderneming aanwezig is?

40. De Orde merkt ten aanzien van het vorige punt op dat afstemming met andere wetten noodzakelijk is om heffingslekken te voorkomen. Stel dat een naar buitenlands recht opgericht lichaam als gevolg van de voorgestelde maatregelen belastingplichtig wordt voor de vennootschapsbelasting op grond van het voorgestelde artikel 3 lid 1 sub e Wet Vpb. De Orde vraagt zich af of een dergelijk lichaam op grond van het voorstel wel inhoudingsplichtig zou worden voor de dividendbelasting en/of bronbelasting. Als dit niet zo is, is volgens de Orde mogelijk sprake van een heffingslek. De Orde verzoekt om hierop in te gaan.

Artikel V onderdeel A (artikel 25 Invorderingswet 1990)

41. De voorgestelde tekst spreekt over een uitstel van betaling voor de duur van ten hoogste tien jaar. In de toelichtingen wordt steeds gesproken over tien jaar. In de praktijk is dit echter negen jaar, aangezien de eerste termijn reeds na zes weken na het opleggen van de aanslag moet worden voldaan. De Orde verzoekt duidelijk te maken dat het uitstel ook echt de volledige tien jaar bedraagt. De Orde verzoekt voorts op welke wijze aan de verlangde zekerheid voor het uitstel van betaling kan worden voldaan.
42. In de algemene toelichting (ad (iii)) op de uitstel-van-betalingsfaciliteit wordt gesproken over de situatie waarin de open CV en haar commanditaire vennoten niet van genoemde faciliteiten gebruik kunnen maken. De Orde vraagt of het hier gaat om een voorwaarde of ook mag worden gekozen voor uitstel van betaling in plaats van voor de andere faciliteiten.

Artikel VI (Overdrachtsfictie Open CV)

43. Dit artikel bevat een overdrachtsfictie en de opmerking/bevestiging dat de open CV geacht wordt haar vermogensbestanddelen te hebben overgedragen aan haar beherende zowel als commanditaire vennoten en tevens te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten. De Orde verzoekt toe te lichten of dit ook tot een afrekening bij de beherend vennoot leidt. Naar de mening van de Orde zou een dergelijke afrekening achterwege kunnen blijven, nu voor de beherend vennoot niets verandert als gevolg van de wetswijziging. De beherend vennoot wordt namelijk onder huidig recht reeds rechtstreeks in de heffing betrokken voor zijn aandeel in de winst. Moet de beherend vennoot toch ook een eindafrekening toepassen, dan verzoekt de Orde te voorzien in een overgangsregeling met een doorschuiffaciliteit en de mogelijkheid tot uitstel van betaling.

44. De Orde vraagt te verduidelijken of de ficties als bedoeld in het eerste en tweede lid van het voorgestelde artikel VI ook gelden voor (participanten van) een open FGR (of buitenlandse rechtsvormen die daarmee vergelijkbaar zijn) die na invoering van het wetsvoorstel als transparant wordt aangemerkt. Uit de tekst van de voorgestelde wet leidt de Orde af dat dit niet het geval is.
45. De Orde vraagt te verduidelijken of de ficties als bedoeld in het eerste en tweede lid van artikel VI ook gelden voor (participanten van) een lichaam dat thans belastingplichtig is op grond van HR 24 november 1976⁵. Uit de voorgestelde wettekst leidt de Orde af dat dit niet het geval is.
46. De Orde vraagt te verduidelijken of de overdrachtsfictie ook geldt voor buitenlandse open CV's (of buitenlandse rechtsvormen die daarmee vergelijkbaar zijn) en of het hiervoor nog uitmaakt of deze in Nederland belastbare winst genieten. In dat verband vraagt de Orde te verduidelijken of het tweede lid van het voorgestelde artikel VI van toepassing is op een Nederlandse commanditair vennoot van een buitenlandse open CV die in Nederland geen belastbare winst geniet. Uit de voorgestelde wettekst leidt de Orde af dat dit niet het geval is.
47. Op 1 januari 2022 treedt ook het voorstel om omgekeerde hybride lichamen Vpb-plichtig te maken in werking (zie de internetconsultatie 'ATAD 2 slotgedeelte'). Een open CV kan in voorkomende gevallen voldoen aan de voorwaarden van een omgekeerd hybride lichaam. Een dergelijk lichaam wordt dus volledig Vpb-plichtig. Een Vpb-plichtige open CV zou derhalve op 1 januari 2022 transformeren in een eveneens Vpb-plichtig omgekeerd hybride lichaam. In dat geval zou het volgens de Orde mogelijk moeten zijn om zonder afrekening over te gaan van open CV naar omgekeerd hybride lichaam. In de praktijk is daaraan ook behoefte, omdat het om (buitenlandse) fiscale redenen niet altijd mogelijk is om te reorganiseren. Wel zal dan ook voor de beherende vennoot moeten worden geregeld dat hij zijn aandeel geruisloos kan inbrengen in het omgekeerde hybride lichaam (vergelijkbaar met artikel 14/artikel 14a Wet Vpb 1969). De Orde verwijst naar haar eerdere commentaar bij dat conceptwetsvoorstel.
48. De Orde meent dat de in lid 3 van het voorgestelde artikel VI voorgestelde maatregel onevenredig hard uitpakt voor belastingplichtigen, nu winst moet worden genomen ter zake van de afgewaardeerde vordering. Dit is hardvochtig, omdat de schuldenaar mogelijk nog helemaal niet volwaardig is geworden. De Orde geeft in overweging om eenzelfde regeling te treffen als in artikel 13ba Wet Vpb 1969 is getroffen door middel van de vorming van een opwaarderingsreserve, waardoor de heffing naar de toekomst kan worden uitgesteld.

⁵ ECLI:NL:PHR:1976:AX3276.

Zo nee, dan rijst de vraag of de schuldvordering dan bij het opgeofferd bedrag van de commanditaire participatie kan/mag worden geteld, zodat ter zake van de beëindiging van de open CV in zoverre een liquidatieverlies kan worden genomen.

49. Het is de Orde opgevallen dat de toelichting bij lid 3 van het voorgestelde artikel VI vermeldt dat de fictieve vervreemding plaatsvindt ‘tegen een bedrag dat gelijk aan het in het verleden door die commanditaire vennoot ten laste van zijn winst afgewaardeerde bedrag van die schuldvordering.’ De voorgestelde wettekst van lid 3 fingeert echter geen overdracht van de schuldvordering, maar bepaalt dat het bedrag van de voorafgaande afwaardering tot de winst moet worden gerekend. De Orde merkt daarbij tevens op dat in het genoemde lid 3 niet wordt aangeduid op welk tijdstip de heffing moet plaatsvinden, terwijl dat in lid 1 van het voorgestelde artikel VI wel het geval is.
50. Het is de Orde opgevallen dat lid 3 van het voorgestelde artikel VI zich beperkt tot de Vpb en niet (ook) geldt voor de IB. Bij een natuurlijk persoon/aanmerkelijkbelanghouder in een open CV maakt een dergelijke schuldvordering onderdeel uit van de terbeschikkingstellingsregeling van artikel 3.92 Wet IB 2001. Ook een dergelijke schuldvordering kan ten laste van het resultaat worden afgewaardeerd, volgens dezelfde regels als gelden in de winstsfeer. Het komt de Orde derhalve voor dat een soortgelijke regeling moet worden getroffen voor deze zogenoemde tbs-schuldvorderingen.
51. Voorts rijst de vraag hoe moet worden omgegaan met een bij de open CV aanwezige opwaarderingsreserve ex artikel 13ba Wet Vpb 1969. Moet die verplicht vrijvallen ten gunste van de winst van de open CV en zo ja, kan voor die winst dan ook de doorschuiffaciliteit worden toegepast?
52. De Orde verzoekt in te gaan op de overdrachtsfictie in relatie tot de situatie dat sprake is van vennoten die een belang van ten minste 1/3^e gedeelte houden en daarmee als verbonden lichaam kwalificeren. Als de Orde het goed ziet, heeft de overdrachtsfictie tot gevolg dat artikel 13b of het voormalige artikel 13c Wet Vpb 1969 toepassing kan vinden. Dat zou naar de mening van Orde onterecht zijn, omdat het om daadwerkelijk geleden verliezen gaat. Toepassing van artikel 13b of artikel 13c (oud) Wet Vpb 1969 zou leiden tot belastingheffing over winsten, waarvan het maar de vraag is of die winsten er ooit zullen komen. Belastingheffing over fantoomwinst dient, zeker in het onderhavige voorstel, te worden voorkomen. Indien schuldvorderingen op een open commanditaire vennootschap ten laste van de in Nederland belastbare winst zijn afgewaardeerd, wordt dat verlies op grond van het derde lid teruggenomen. Aangezien het een daadwerkelijk geleden verlies betreft, acht de Orde terugname van dit verlies onevenwichtig. De Orde verzoekt hierop nader in te gaan en deze bepaling te heroverwegen.

Artikel VII (Doorschuiffaciliteit Open CV)

53. De Orde verzoekt om te toe te lichten waarom de doorschuiffaciliteit niet mogelijk is als er ook particuliere commanditaire vennoten zijn die als medegerechtigde winst uit onderneming (artikel 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001) gaan genieten. Volgens het voorstel is deze doorschuiffaciliteit namelijk beperkt tot CV's met *uitsluitend* commanditaire vennoten die zijn onderworpen aan een winstbelasting voor lichamen. De Orde verzoekt om alsnog te voorzien in een dergelijke faciliteit.
54. De doorschuiffaciliteit is slechts van toepassing, indien de open CV en de commanditaire vennoten in Nederland zijn gevestigd of hier een vaste inrichting hebben ofwel zijn gevestigd in een EU- of EER-lidstaat. De orde vraagt waarom deze territoriale beperking is opgenomen en verzoekt om deze beperking te heroverwegen en de doorschuiffaciliteit open te stellen voor alle open CV's, ongeacht de plaats van vestiging van de open CV en de commanditaire vennoten, te meer omdat momenteel ook veel buitenlandse open CV-achtige - welke onder omstandigheden belast zijn in Nederland als buitenlands belastingplichtige en welke veelal buitenlandse participanten hebben - onder de nieuwe regels niet langer als open zullen kwalificeren.
55. De doorschuiffaciliteit is slechts van toepassing op verzoek van de open CV en alle commanditaire vennoten. Het is echter geenszins gegeven dat alle commanditaire vennoten samenwerken en hun belangen gelijk zijn. Een dergelijk unaniniteitsvereiste kan dan ook tot ongewenste situaties leiden, omdat enkele commanditaire vennoten de doorschuiffaciliteit kunnen tegenhouden, hetgeen de overige commanditaire vennoten onnodig zou kunnen schaden. De Orde verzoekt dit unaniniteitsvereiste te heroverwegen en over te gaan tot een partiële benadering.
56. In het verlengde van een dergelijke partiële benadering vraagt de Orde ook te bevestigen dat alleen heffing plaatsvindt naar rato van de winst die toerekenbaar is aan de vennoten die niet voldoen aan de vereisten van de doorschuiffaciliteit en er dus geen 'alles of niets'-benadering geldt. In dit kader merkt de Orde ook op dat een dergelijk heffingsmoment niet per se gepaard hoeft te gaan met een winstrealisatiemoment, waardoor vennoten kunnen worden geconfronteerd met een belasting over ongerealiseerde winsten.
57. Er lijkt een discrepantie te zijn tussen de memorie van toelichting, waarin wordt gesteld dat alle commanditaire vennoten samen een gezamenlijke BV kunnen opzetten met toepassing van de doorschuifregeling, terwijl de voorgestelde wettekst vereist dat de commanditaire vennoot alle aandelen in de BV verkrijgt. Dit laatste lijkt uit te sluiten dat er meerdere aandeelhouders in de nieuwe (gezamenlijke) BV kunnen zijn. De Orde verzoekt de voorgestelde wettekst in overeenstemming te brengen met de memorie van toelichting.

58. De Orde vraagt te bevestigen dat, als de open CV een herinvesteringsreserve heeft gevormd, bij gebruikmaking van de doorschuiffaciliteit de herinvesteringsreserve overgaat op de commanditaire vennoten en voor wat betreft het herinvesteringsvoornemen zowel een voornemen bij de CV als een voornemen bij de betreffende commanditaire vennoot in aanmerking mag worden genomen.

59. Mochten de ficties als bedoeld in het eerste en tweede lid van het voorgestelde artikel VI ook gelden voor een lichaam dat thans belastingplichtig is op grond van HR 24 november 1976⁶ dat als gevolg van de gewijzigde wet als fiscaal transparant wordt aangemerkt, dan verzoekt de Orde het overgangsrecht van artikel VII, zoals dat geldt voor de open CV, ook van toepassing te laten zijn op deze lichamen.

60. Mochten de vervreemdingsficties van het voorgestelde artikel VI ook van toepassing zijn op het open FGR dat als gevolg van het conceptwetsvoorstel als fiscaal transparant wordt aangemerkt, dan verzoekt de Orde om het overgangsrecht van artikel VII, zoals dat geldt voor de open CV, ook van toepassing te laten zijn op het open FGR, tenzij het open FGR een beroep doet op artikel 6a of 28 Wet Vpb 1969.

61. De Orde schetst een voorbeeld, waarin een commanditaire vennoot een 1%-belang houdt in een open CV die op haar beurt een deelneming van 5 procent houdt. Deze deelneming kwalificeert bij de CV voor de deelnemingsvrijstelling en wordt op kostprijs gewaardeerd. Indien de doorschuiffaciliteit wordt toegepast zal niet worden afgerekend over een stille reserve in de deelneming. Een afrekening is bij de CV immers vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling. Bij de commanditaire vennoot met het 1%-belang zal het aan deze vennoot toe te rekenen aandelenbelang na het vervallen van de belastingplicht van de CV vanwege de geringe omvang echter niet kwalificeren als een deelneming. Indien de deelneming tegen kostprijs onder toepassing van de faciliteit wordt doorgeschoven naar de commanditaire vennoot, ontstaat bij de commanditaire vennoot mogelijke een belaste stille reserve. De Orde verzoekt te voorzien in een tegemoetkoming hiervoor, bijvoorbeeld in de vorm van een partiële afrekening voor dergelijke gevallen. In deze benadering zou de CV bijvoorbeeld kunnen kiezen om haar vrijgestelde deelnemingen voor de eindafrekening op te waarderen naar waarde economisch verkeer.

⁶ ECLI:NL:PHR:1976:AX3276.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

Artikel VIII (Aandelenruilfaciliteit commanditaire vennoten Open CV)

62. De Orde merkt op dat in artikel VIII eerste lid een foutieve verwijzing staat. Er wordt verwezen naar “*een commanditaire vennoot als bedoeld in artikel VI, eerste lid*” in plaats van artikel VI lid 2.
63. Mochten de vervreemdingsficties als bedoeld in het eerste en tweede lid van het voorgestelde artikel VI ook gelden voor (participanten van) een lichaam dat thans belastingplichtig is op grond van HR 24 november 1976⁷ dat als gevolg van het conceptwetsvoorstel fiscaal als transparant wordt aangemerkt, dan verzoekt de Orde het overgangsrecht van het voorgestelde artikel VIII, zoals dat geldt voor de participanten van de open CV, ook van toepassing te laten zijn op de participanten van deze lichamen.
64. Mochten de vervreemdingsficties van het voorgestelde artikel VI ook van toepassing zijn op het open FGR dat als gevolg van de gewijzigde wet als fiscaal transparant wordt aangemerkt, dan verzoekt de Orde het overgangsrecht van het voorgestelde artikel VIII, zoals dat geldt voor de participanten van de open CV, ook van toepassing te laten zijn op de participanten van het open FGR.
65. De specifieke aandelenfusiefaciliteit van het voorgestelde artikel VIII geldt alleen voor Nederlandse vennootschappen en in de EU en EER gevestigde vennootschappen. De Orde vraagt waarom deze aandelenfusievrijstelling daartoe is beperkt en niet ook geldt voor vennootschappen, gevestigd in derde landen. Naar de mening van de Orde kan dit ook in strijd komen met het non-discriminatieartikel in de belastingverdragen met deze derde landen.
66. Artikel VIII biedt enkel een doorschuiffaciliteit voor de voordelen uit de vervreemding van het aandeel door de commanditaire vennoot, terwijl de vervreemdingsfictie van artikel VI tweede lid zowel ziet op de aandelen als op de schuldvorderingen. Op basis van het derde lid van artikel VI kan de fictieve overdracht van schuldvorderingen vervolgens resulteren in een terugname van de afgewaarde schuldvorderingen. De Orde verzoekt om in artikel VIII ook voor de overgedragen schuldvorderingen een doorschuiffaciliteit te creëren.
67. De tekst van het voorgestelde artikel VIII derde lid stelt dat er sprake moet zijn van inbreng “*tegen uitreiking van alle aandelen*”. Vanwege het vereiste van ‘alle’ aandelen zal dus feitelijk steeds sprake moeten zijn van een nieuwe BV, waarin het belang in de open CV wordt ingebracht.

⁷ ECLI:NL:PHR:1976:AX3276.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

De Orde ziet niet in waarom de faciliteit beperkt moet zijn tot de inbreng in een nieuw opgerichte BV en stelt voor de faciliteit uit te breiden met de mogelijkheid het belang in te brengen in een bestaande BV. De Orde merkt voorts op dat er een discrepantie lijkt te zijn tussen de memorie van toelichting waarin wordt gesteld dat alle commanditaire vennoten samen een BV kunnen opzetten terwijl de voorgestelde wettekst vereist dat de commanditaire vennoot alle aandelen in de BV verkrijgt. Dit laatste lijkt uit te sluiten dat er meerdere aandeelhouders in de nieuwe BV kunnen zijn.

68. De Orde vraagt te bevestigen dat deze overgangsregeling een zelfstandige faciliteit is en de voorwaarden die bijvoorbeeld worden gesteld in artikel 3.55 Wet IB 2001 inzake de zakelijkheid en de omvang van het stemrecht, in casu niet van toepassing zijn.

Artikel IX (terbeschikkingstelling 3.92 Wet IB 2001)

69. De Orde merkt op dat het weliswaar sporadisch zal voorkomen dat er schuldvorderingen bestaan op een open FGR, maar verzoekt ook ten aanzien van dit artikel te voorzien in een regeling voor de FGR.

Artikel XI (inwerkingtreding)

70. De Orde vraagt met klem aandacht voor de naar haar mening veel te snelle inwerkingtreding. Onderhavig wetvoorstel heeft zeer vergaande gevolgen voor bestaande structuren met open CV's en open FGR's. Veelal zal een herstructurering moeten plaatsvinden (waarin het wetvoorstel ook voorziet in het voorgestelde artikel VIII). Dergelijke herstructureringen vergen tijd om alle participanten op één lijn te krijgen en alle gemaakte afspraken te herzien. Dan is inwerkingtreding van onderhavig voorstel per 1 januari 2022 veel te snel, zeker als wordt bedacht dat thans nog slechts een conceptwetsvoorstel voor ligt en het definitieve wetvoorstel vermoedelijk pas op 21 september 2021 (Prinsjesdag) zal worden ingediend.
71. Als vertraagde inwerkingtreding niet mogelijk is, zou volgens de Orde in elk geval een (optionele) eerbiedigende werking moeten worden opgenomen van ten minste één jaar, derhalve tot 1 januari 2023 welke is te verlengen in het geval er zakelijke redenen zijn waarom herstructurering niet eerder mogelijk is. Een langere overgangstermijn kan nodig zijn vanwege de benodigde voorbereidingstijd voor een mogelijke reorganisatie bij samenwerkingsverbanden waarachter grote ondernemingen of organisaties schuilgaan, of waarin een grote hoeveelheid participanten deelneemt. Samenwerkingsverbanden zoals (open) CV's en LLP's zijn wederkerige overeenkomsten tussen meerdere – en soms zeer veel – partijen, commandieten of *members*. De nodige samenwerkingsverbanden drijven een actieve onderneming of zijn een maatschap van vrije beroepsbeoefenaren (denk aan internationaal opererende advocaten- en advieskantoren).

De wijziging van belastingplicht (bij de open CV richting transparantie en bij de LLP richting zelfstandige belastingplicht) vraagt civielrechtelijk om een herziening van de contractuele afspraken tussen de aangesloten deelnemers van het samenwerkingsverband. In dat kader is een ruime voorbereidingstijd op een dergelijke majeure fiscale wetswijziging maatschappelijk en economisch gewenst en gerechtvaardigd. Partijen de mogelijkheid geven gebruik te maken van een optionele eerbiedigende werking zoals hiervóór genoemd lijkt dan ook op zijn plaats.

Overige aspecten

72. De open CV kwalificeert thans als kwalificerende (toegelaten) verzekeraar voor het eigenbeheerpensioen (PEB) en de oudedagsverplichting (ODV) van de directeur-aandeelhouder in de loonbelasting. Na inwerkingtreding van onderhavig wetsvoorstel voldoet de CV niet meer aan de kwalificatie van toegelaten verzekeraar, aangezien daarvoor is vereist dat de pensioenverplichting respectievelijk de oudedagsverplichting tot het binnenlandse ondernemingsvermogen wordt gerekend, wat vanwege de fiscale transparantie van de open CV voor de Vpb-heffing niet meer het geval is. De vraag rijst dan wat hiermee gebeurt. Moet dit worden gezien als een besmette handeling die leidt tot heffing over de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak respectievelijk oudedagsverplichting (fictieve afkoop), te vermeerderen met revisierente van 20 procent? Dit komt de Orde ongemeen hardvochtig voor. Als dit het geval is, verzoekt de Orde hiervoor een (doorschuif)regeling te treffen die niet deze draconische fiscale gevolgen heeft. Het kan immers niet zo zijn dat door een andere fiscale behandeling van de open CV opeens loonbelasting + 20 procent revisierente is verschuldigd over de waarde van de pensioenaanspraak respectievelijk oudedagsverplichting.
73. De Orde verzoekt in het definitieve wetsvoorstel uitgebreider aandacht te besteden aan de gevolgen ervan voor de heffing van overdrachtsbelasting. Het komt regelmatig voor dat open CV's vastgoed 'bezitten' (in economische zin). De Orde merkt op dat een op deze situatie toegespitste faciliteit op het gebied van de overdrachtsbelasting ontbreekt. De inbreng van de CV-participatie door een natuurlijk persoon in de BV zal in beginsel zijn onderworpen aan de heffing van overdrachtsbelasting. De Orde verwacht dat de interne-reorganisatiefaciliteit geen uitkomst zal bieden en verzoekt te voorzien in een regeling dat de aandelenfusie bedoeld in artikel VIII eerste lid kan plaatsvinden zonder heffing van overdrachtsbelasting.
74. Gedacht kan ook worden aan een open CV, waartoe aandelen behoren in een lichaam dat kwalificeert als een zogenoemde onroerendezaakrechtspersoon (OZR) op grond van artikel 4 Wet op belastingen van rechtsverkeer.

Voor het geval de aandelenfusie conform het voorgestelde artikel VIII tot een met overdrachtsbelasting belaste verkrijging leidt, verzoekt de Orde ook hiervoor een faciliteit te ontwerpen.

75. Verder kan de open CV kwalificeren voor de interne-reorganisatiefaciliteit in deze belasting (zie artikel 5b lid 9 Uitv.besl. BRv 1970) en wordt de open CV ook genoemd in de bedrijfsfusie- en splitsingsvrijstelling (zie artikel 5a lid 7 respectievelijk artikel 5c lid 2 Uitv.besl. BRv 1970). De Orde vraagt of dit conceptwetsvoorstel nadere gevolgen heeft voor de open CV in deze vrijstellingen – bijvoorbeeld dat de eerder verleende interne-reorganisatievrijstelling wordt teruggenomen. Zoals hiervoor reeds opgenomen verzoekt De Orde een lijst te publiceren met buitenlandse rechtsvormen (waaronder de op de bestaande lijst genoemde rechtsvormen) met een indicatie of deze wel of niet vergelijkbaar zijn met Nederlandse rechtsvormen. De Orde verzoekt te bevestigen dat deze lijst ook van toepassing is voor de hiervoor genoemde bepalingen van het Uitv, Besl. BRv 1970.
76. De Orde vraagt te bevestigen dat de aandelenfusie van het voorgestelde artikel VIII niet leidt tot een nieuwe bezitstermijn in de zin van artikel 35d lid 1 SW 1956, op dezelfde wijze als het huidige artikel 9 lid 2 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting reeds regelt voor de (huidige) aandelenfusiefaciliteit van artikel 3.55 Wet IB 2001.
77. De Orde vraagt te bevestigen dat voor de aandelenfusie van het voorgestelde artikel VIII een soortgelijke regeling zal worden getroffen als thans is getroffen in artikel 10 lid 1 sub d Uitv.reg. schenk- en erfbelasting voor de (huidige) aandelenfusiefaciliteit van artikel 3.55 Wet IB 2001, waardoor een aandelenfusie waarbij het belang in een open CV wordt ingebracht, niet als een schending van de voortzettingseis van artikel 35e SW 1956 wordt aangemerkt.
78. De Orde wijst op de gevolgen van het wetsvoorstel voor werknemersparticipatie en de lucratief belangregeling. Werknemers die een lucratief belang in de zin van artikel 3.92b Wet IB 2001 houden in de houdstervennootschap van de werkgever, houden deze aandelen vaak via een tussenhoudster, waarin de deelnemers aan de participatieregeling aanmerkelijkbelanghouder zijn. De opbrengst uit de werknemersparticipatie wordt dan belast in box II, in plaats van in box I, door toepassing van de faciliteit van artikel 3.95b lid 5 Wet IB 2001. In veel gevallen is die tussenhoudster een open CV of een vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm. Indien de tussenhoudster fiscaal transparant wordt, zal denkkelijk belasting worden geheven van de deelnemers in box I ingevolge artikel 3.92b lid 1sub a Wet IB 2001 en artikel 3.94 Wet IB 2001 op basis van de overdrachtsfictie van artikel VI, tweede lid. Het huidige voorstel voorziet niet in een overgangsregeling en de Orde verzoekt om dit te toe te voegen.

79. Hierbij geldt tevens het volgende. Een vergelijkbare overgangsregeling als opgenomen in artikel VIII zou slechts gelden indien de commanditaire vennoot alle aandelen in een in [.. NL / EU / EER ..] gevestigde vennootschap verwerft. Bij werknemersparticipatie wordt echter vaak gewerkt met één gemeenschappelijke tussenhoudster, waarin alle deelnemers een aanmerkelijk belang houden. Zo kan de grootaandeelhouder de controle houden over de tussenhoudstervenootschap. De Orde verzoekt daarom ook een fiscaal neutraal doorschuiving mogelijk te maken indien de participanten hun lucratief-belang-aandelen, onderbrengen in dezelfde entiteit.
80. Het conceptwetsvoorstel voorziet niet in aanpassing van artikel 25 lid 8 IW 1990 dat de conserverende belastingaanslag voor aanmerkelijkbelanghouders regelt. Voorstelbaar is dat een aanmerkelijkbelanghouder/commandiet in een open CV in het verleden is geëmigreerd uit Nederland en aan hem een zogenoemde conserverende belastingaanslag wegens inkomen uit aanmerkelijk belang is opgelegd waarvan op het moment van inwerkingtreding van het wetsvoorstel nog een bedrag open staat. Leidt de fiscale transparantie van de (buitenlandse) open CV per 1 januari 2022 er dan toe dat het uitstel wordt beëindigd en de conserverende belastingaanslag wordt ingevorderd? Iets soortgelijks geldt voor het open FGR, waarvan de houder van bewijzen van deelgerechtigdheid in het open FGR in het verleden uit Nederland is geëmigreerd en aan hem een conserverende belastingaanslag is opgelegd wegens inkomen uit aanmerkelijk belang.
81. Ook dan zijn er immers situaties denkbaar, waarin het open FGR per 1 januari 2022 zal kwalificeren als besloten FGR, bijvoorbeeld in geval van een zogenoemd ‘familiefonds’, en ook dan rijst de vraag welke gevolgen dit heeft voor de opgelegde conserverende belastingaanslag. De Orde verzoekt de staatssecretaris om, zo nodig, in het definitieve wetsvoorstel hiervoor doorschuifregelingen te treffen.
82. Voorts rijst de vraag of de conserverende belastingaanslag wordt ingevorderd als een aandelenfusie wordt uitgevoerd conform het voorgestelde artikel VIII van het conceptwetsvoorstel? Aandelenfusie is immers een vervreemding, wat in beginsel leidt tot invordering van de conserverende belastingaanslag. Voor aandelenfusies ex artikel 3.55 Wet IB 2001 voorziet artikel 2 lid 7 Uitv.reg. IW 1990 in een doorschuifmogelijkheid. De Orde verzoekt te bevestigen dat deze doorschuifmogelijkheid ook zal gelden voor de aandelenfusie van het voorgestelde artikel VIII.

EU aspecten

83. De Orde vindt het spijtig dat de EU-aspecten in het geheel niet zijn benoemd of besproken in de concept-memorie van toelichting. Dit maakt het lastiger voor de Orde om constructief commentaar te leveren. De Orde beperkt zich daarom tot enige korte observaties.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

84. Het is een gegeven dat zich tussen de EU-lidstaten classificatieverschillen voordoen, met name met betrekking tot personenvennootschappen. De Orde wijst in het kader van afwijkende fiscale classificatiemethoden binnen de EU ten eerste op het Columbus Container Services arrest van het Hof van Justitie EU.⁸ In dit arrest heeft het Hof expliciet bevestigd dat lidstaten autonoom zijn voor wat betreft de classificatie van personenvennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een andere lidstaat. Tevens overwoog het Hof dat het beginsel van wederzijdse erkenning niet zover reikt dat lidstaten ook zouden moeten worden gedwongen elkaars kwalificatie over te nemen. Dat lidstaten niet tot wederzijdse erkenning gedwongen zijn, sluit vanzelfsprekend niet uit dat lidstaten wel de mogelijkheid hebben om voor toepassing van de eigen nationale fiscale behandeling de fiscale kwalificatie van een andere (lid)staat te volgen. Sommige lidstaten, zoals Bulgarije, Cyprus, Finland en Tsjechië, hebben dat ook gedaan. De Orde wijst op deze mogelijkheid als alternatief voor de in het onderhavige consultatiedocument voorgestelde wijzigingen van het kwalificatiebeleid. Door de fiscale kwalificatie van de andere lidstaat als al dan niet transparante entiteit worden tevens alle kwalificatieverschillen voorkomen.
85. Indien wordt vastgehouden aan het voorstel uit het consultatiedocument maakt de Orde graag gebruik van de mogelijkheid om te wijzen op enkele potentiële risico's van Unierechtelijke aard die aan de voorgestelde wijzigingen kleven. Voor wat betreft de fiscale kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen geldt dat voor zover de in het consultatiedocument voorgestelde wijzigingen in een concrete situatie leiden tot een 'herkwalificatie' van de buitenlandse rechtsvorm zonder Nederlandse equivalent (de buitenlandse rechtsvorm wordt als gevolg van de wijzigingen in het Nederlandse kwalificatiebeleid als transparant in plaats van niet-transparant aangemerkt, of vice versa), dit allerlei potentieel nadelige gevolgen voor de belastingplichtige met zich kan meebrengen, waarvan het de vraag is of en in hoeverre deze Unierechtelijk te verantwoorden zijn. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin de buitenlandse, voorheen niet-transparante, rechtsvorm verliezen heeft, die na de kwalificatieovergang naar een transparante entiteit mogelijk nergens meer voor verrekening in aanmerking komen. Dergelijke gevolgen kunnen, afhankelijk van de specifieke situatie, een belemmering van het vrije verkeer van vestiging, kapitaal en/of dienstverlening opleveren, met name als de verliezen ook niet meer in de oorsprongstaat kunnen worden verrekend. Hierbij merkt de Orde op dat, ondanks de voorgestelde Nederlandse kwalificatiewijziging, er kwalificatiemismatches binnen de EU kunnen blijven bestaan. De situatie is dan ook voorstelbaar dat de desbetreffende buitenlandse rechtsvorm in haar vestigingsstaat als niet-transparant blijft kwalificeren, terwijl Nederland in lijn met de nieuwe regels de vennootschap fiscaal als transparant zal beschouwen. Dit zou de hiervoor beschreven mogelijke nadelige effecten kunnen opheffen, omdat de verliezen in dat geval in de oorsprongstaat gewoon verrekendbaar

⁸ HvJ EG 06-12-2007, ECLI:EU:C:2007:754.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

blijven. Dit wordt echter nergens gegarandeerd. Om die reden verzoekt de Orde om nader in te gaan op oplossingsrichtingen dan wel overgangsrecht te treffen voor deze gevolgen.

86. De fictieve overdrachten als bedoeld in het eerste en tweede lid kunnen onder omstandigheden resulteren in een fictieve grensoverschrijdende overdracht. De Orde verzoekt om aan te geven of dergelijke overdrachten kunnen kwalificeren als grensoverschrijdende constructies in de zin van Richtlijn (EU) 2018/822 van de Raad van 25 mei 2018 (DAC6). Naar de mening van de Orde zou dit niet het geval moeten zijn nu het hier om een overdracht op basis van een wettelijke fictie gaat waarbij de participanten in de open CV en de open CV zelf niet zelf actief zijn betrokken.
87. Daarnaast vraagt de Orde hoe de eerder in dit commentaar genoemde uitsluiting van de doorschuiffaciliteit voor de open CV met één of meerdere niet-EU vennoten, terwijl deze niet-EU vennoot wél buitenlands belastingplichtig wordt, zich verhoudt tot de vrijheid van kapitaalverkeer. De volledige uitsluiting van de doorschuiffaciliteit indien er een enkele niet-EU vennoot betrokken is lijkt disproportioneel. Daarbij is eveneens onduidelijk waarom niet gekozen is voor de optie om niet-EU vennoten uit landen waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten dat voorziet in de uitwisseling van informatie dezelfde behandeling te geven als EU-vennoten. Een dergelijke uitbreiding en uitbreiding van de doorschuifmogelijkheid ‘voor zover’ de vennoten in kwalificerende landen woonachtig zijn leidt tot een meer evenwichtige benadering.

Slot opmerking

Uiteraard is de Orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten. De Orde heeft geen bezwaar tegen publicatie van deze reactie.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,

drs. R.A. van der Jagt
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen