

Reactie internetconsultatie ‘Concept Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen’

Amsterdam, 18 maart 2024

Geachte heer/mevrouw,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna ‘de NOB’) heeft met belangstelling kennisgenomen van het ter consultatie gebrachte ‘Concept Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen’ (hierna ‘Concept Besluit’) en maakt graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op de internetconsultatie.

In onderdeel 1 geeft de NOB algemeen commentaar op de inhoud van het Concept Besluit, in onderdeel 2 geeft de NOB technisch (artikelsgewijs) commentaar op het concept en tot slot maakt de NOB in onderdeel 3 nog een slotopmerking.

Met haar reactie wil de NOB bijdragen aan de ontwikkeling van kwalitatieve wetgeving ten behoeve van de rechtszekerheid en rechtsbescherming van burgers en tevens bijdragen aan de ontwikkeling van eenvoudigere, uitvoerbare wetgeving. Dat doet zij vanuit haar expertise en ervaring. De NOB heeft daarbij aandacht voor de fundamentele rechts- en wetgevingsbeginselen zoals rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid.

1. Algemeen commentaar

Timing

De NOB doet een oproep om zo snel mogelijk een definitieve versie van het Concept Besluit te publiceren zodat belastingplichtigen voldoende tijd hebben om, indien gewenst, te herstructureren en/of de mogelijkheden tot zekerheid vooraf te verkennen met het APA/ATR-team van de Belastingdienst. Bovendien geeft een definitieve versie van het Concept Besluit het APA/ATR-team de kaders waarbinnen zekerheid vooraf kan worden gegeven.



2. Artikelsgewijs (technisch) commentaar

Hoofdstuk I Algemene bepalingen

Artikel 1 lid 2 onderdeel a

Ingevolge artikel 1 lid 2 onderdeel a van het Concept Besluit wordt onder buitenlandse rechtsvormen verstaan door het recht van een andere staat beheerste rechtspersonen, samenwerkingsverbanden en afgescheiden vermogens. In de Concept Nota van toelichting bij het Concept Besluit wordt enkel nader ingegaan op de rechtspersonen en samenwerkingsverbanden maar wordt niet meer ingegaan op afgescheiden vermogens. In zijn algemeenheid is het onderscheid tussen rechtspersonen en samenwerkingsverbanden enerzijds en doelvermogens (zoals entiteiten waarop het regime voor afgezonderde particuliere vermogens van toepassing is; artikel 2.14a Wet IB 2001) anderzijds, dat bij de laatstgenoemden er geen vermogensrechten aan (deel)gerechtigden zijn uitgereikt. Op grond van het nieuwe artikel 4.5b onderdeel a Wet IB 2001 worden 'het stemrecht, kapitaalbelang of winstrecht' in een niet-vergelijkbare rechtsvorm echter gelijkgesteld met een aandeel. Met name in het geval dat er stemrecht is in een dergelijke rechtsvorm, maar geen vermogensrecht, komt de vraag op hoe de nieuwe regelingen zich verhouden tot de behandeling van afgezonderde vermogens, zoals bijvoorbeeld onder het APV-regime (zie in dit kader ook prof. dr. J.P. Boer in NTFR 2023/1714). De NOB verzoekt om hierop nader in te gaan.

Hoofdstuk II Rechtsvormvergelijking

Artikel 2 lid 1

Voor verschillende buitenlandse rechtsvormen is reeds beoordeeld of deze al dan niet voldoende vergelijkbaar zijn met de equivalente Nederlandse rechtsvorm. Deze op de zogenoemde rechtsvormenlijst opgenomen buitenlandse rechtsvormen worden op grond van artikel 2 lid 1 van het Concept Besluit aangeduid als gekwalificeerde buitenlandse rechtsvormen. Voor deze rechtsvormen staat de fiscale kwalificatie dus in beginsel vast, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt. Het is de NOB opgevallen dat deze rechtsvormenlijst aanzienlijk minder buitenlandse rechtsvormen omvat dan de lijst die thans wordt gehanteerd voor de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen¹. De NOB adviseert de rechtsvormen genoemd op de bestaande kwalificatielijst te kwalificeren en ook in de nieuwe lijst op te nemen, in ieder geval voor wat betreft de CV-achtigen. Ditzelfde advies geldt voor rechtsvormen die weliswaar niet op de bestaande kwalificatielijst staan, maar waarvan de kwalificatie bijvoorbeeld is vastgesteld in een kennisgroepstandpunt. De NOB acht dit van groot belang gezien de hieronder geadresseerde rechtsonzekerheid met betrekking tot niet gekwalificeerde rechtsvormen.

¹https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/themaoverstijgend/brochures_en_publicaties/lijs_tan_gekwalificeerde_buitenlandse_samenwerkingsverbanden





Het Duitse Sondervermogen met slechts 1 deelnemer

Uit het arrest van de Hoge Raad van 24 januari 2020, nr. 19/03341, ECLI:NL:HR:2020:115, volgt dat een Duits Sondervermogen met slechts één deelnemer naar Nederlandse fiscale maatstaven fiscaal transparant is. Dit omdat het volgens de Hoge Raad geen fonds voor gemene rekening (hierna: fgr) is. De NOB vraagt zich af of deze fondsen vanaf 1 januari 2025 nog steeds voor Nederlandse fiscale doeleinden als fiscaal transparant worden behandeld, omdat dit fonds niet in de kwalificatielijst wordt genoemd en er ook geen vergelijkbaar lichaam in Nederland bestaat. Alsdan geldt dat Nederland de kwalificatie van Duitsland volgt (symmetrische benadering), hetgeen zou betekenen dat deze fondsen vanaf 1 januari 2025 – anders dan nu – als niet-transparant worden beschouwd. Ook hier vraagt de NOB zich af of deze uitkomst gewenst is.

Artikel 2 lid 2

Op grond van artikel 2 lid 2 van het Concept Besluit dient voor een niet-gekwalficeerde buitenlandse rechtsvorm te worden vastgesteld of deze voldoende vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtsvorm. De (weging van) criteria aan de hand waarvan de vergelijkbaarheid wordt bepaald is de NOB op dit moment niet duidelijk. In de Concept Nota van toelichting bij het Concept Besluit wordt enerzijds opgemerkt dat de positie van het vermogen en de mate van aansprakelijkheid van een rechtsvorm in relatie tot de participanten, leden of andere/derden-belanghebbenden een onderscheidende rol speelt terwijl tevens wordt opgemerkt dat als uitgangspunt geldt dat aan de verschillende wezenlijke kenmerken evenveel gewicht wordt toegekend: *“Dat betekent dat het ene kenmerk op voorhand niet zwaarder weegt dan het andere. Bij de beoordeling van de buitenlandse rechtsvorm kan - het geheel overziend – uiteindelijk wel meer of minder gewicht worden toegekend aan een enkel of enkele wezenlijk(e) kenmerk(en).”* Volgens de NOB is de kans daardoor groot dat ten aanzien van de niet-gekwalficeerde buitenlandse rechtsvormen onduidelijkheid en dus rechtsonzekerheid zal ontstaan. De NOB verzoekt om te onderzoeken of en hoe dit kan worden verholpen. Naast voornoemde uitbreiding van de rechtsvormenlijst met de buitenlandse rechtsvormen die voorkomen op de huidige kwalificatielijst geeft de NOB de staatssecretaris in overweging ten aanzien van de gekwalficeerde buitenlandse rechtsvormen aan te geven aan de hand van welke in het Concept Besluit genoemde wezenlijke kenmerken de kwalificatie tot stand is gekomen en welke kenmerken in deze overweging doorslaggevend zijn geweest. Dit geeft handvatten aan de praktijk maar ook aan de rechtspraak mocht deze zich over de kwalificatie van niet-gekwalficeerde rechtsvormen moeten uitspreken.

Uit artikel 2 lid 3 van het Concept Besluit volgt dat een niet-gekwalficeerde buitenlandse rechtsvorm een niet-vergelijkbare rechtsvorm is indien die buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar is met meer dan één van de Nederlandse rechtsvormen. De NOB vermoedt dat deze benadering bedoeld is voor buitenlandse rechtsvormen die zowel kenmerken hebben van een genoemde burgerlijk wetboek-vennootschap (hierna: ‘BW-vennootschap’) als van een genoemde personenvennootschap. In dat geval is een vergelijking met Nederlandse rechtsvormen lastig.





Uit de Concept Nota van toelichting bij het Concept Besluit kan volgens de NOB echter niet expliciet worden afgeleid dat deze benadering enkel heeft te gelden indien de buitenlandse rechtsvorm zowel kenmerken heeft van een genoemde BW-vennootschap als van een genoemde personenvennootschap. Als gevolg hiervan zou de Concept Nota van toelichting bij het Concept Besluit ook zo kunnen worden gelezen dat een buitenlandse rechtsvorm die vergelijkbaar is met twee zogenoemde BW-vennootschappen (bijvoorbeeld de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap) desondanks als een niet-vergelijkbare rechtsvorm wordt gekwalificeerd. Het komt de NOB voor dat in laatstbedoelde situatie een kwalificatie als niet-transparant meer voor de hand ligt dan een kwalificatie als een niet-vergelijkbare rechtsvorm. De NOB verzoekt de staatssecretaris een en ander te verduidelijken.

Artikel 2 lid 4

Inleiding

De NOB merkt op dat artikel 2 lid 4 van het Concept Besluit en de Concept Nota van toelichting bij het Concept Besluit zodanig kunnen worden geïnterpreteerd dat een CV-achtige die functioneert als een beleggingsfonds in de zin van de Wft niet meer als een CV-achtige wordt gekwalificeerd maar wordt getoetst op basis van artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969 (nieuw). Bij een toetsing als CV-achtige zal een dergelijk lichaam altijd als transparant worden aangemerkt. Deze uitkomst is volgens de NOB in lijn met de doelstelling van de wet: het is immers de bedoeling van de wet dat de open CV als zodanig verdwijnt en dat zo veel mogelijk bestaande hybride mismatches zullen verdwijnen. De NOB constateert echter dat toepassing van het voorgestelde artikel 2 lid 4 van het Concept Besluit er vrijwel altijd toe zal leiden dat een dergelijke CV-achtige in Nederland (toch) niet als transparant wordt aangemerkt. Dit komt doordat bij toetsing als fgr of transparant fonds alleen sprake is van transparantie als de rechten van deelneming uitsluitend aan het fonds zelf kunnen worden vervreemd. De NOB merkt op dat aan deze voorwaarde bij buitenlandse CV-achtigen vrijwel nooit zal zijn voldaan omdat dit criterium in het buitenland niet wordt toegepast voor de kwalificatie van een CV-achtige. Participaties in CV-achtigen – ook als deze functioneren als een beleggingsfonds – plegen overdraagbaar te zijn mits de toestemming van de beherend vennoot is verkregen. Door op een CV-achtige de criteria van artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969 toe te passen blijft Nederland voor de kwalificatie criteria gebruiken die internationaal ongebruikelijk zijn, en dat is niet in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. Een van de hoofdoelen van de wetswijziging is het zo veel mogelijk voorkomen van hybride mismatches.

Kwalificatie Nederlandse CV

De NOB merkt op dat de herkwalificatie van een CV-achtige naar een fgr ook niet in overeenstemming is met de kwalificatie van Nederlandse CV's. Belastingplichtigen en de Belastingdienst kwalificeren CV's uitsluitend op basis van de criteria opgenomen in artikel 2 lid 3 AWR (definitie open CV). Indien niet aan de definitie van artikel 2 lid 3 AWR wordt voldaan wordt een CV als transparant aangemerkt, ook indien de CV als beleggingsfonds functioneert. Kwalificatie van een CV langs de criteria van artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969 vindt niet plaats. Een (open) fgr is dus iets anders dan een (open) CV en een overlap tussen deze twee



rechtsfiguren bestaat in de huidige praktijk niet, en een dergelijke overlap viel en valt vanuit wetshistorisch en –systematisch perspectief ook niet te billijken. Dit blijkt ook uit stukken van de Belastingdienst die naar aanleiding van een WOB-verzoek openbaar zijn gemaakt waarin de Belastingdienst heeft bevestigd dat een lichaam dat civielrechtelijk als een personenvennootschap kwalificeert niet als open fgr als bedoeld in artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969 wordt aangemerkt (zie bijlage 1 bij de Brief Staatssecretaris van Financiën van 26 juli 2017, nr. 2017-0000123479, V-N 2017/41.15). De zienswijze van de Belastingdienst vindt ook steun in de de literatuur (zie o.a. J.W.P.M. Van der Velden, *Beleggingsfondsen naar Burgerlijk recht*, Nijmegen 2008, p. 49-50 en Hein Vermeulen, *De fiscale beleggingsinstelling*, TFO, aflevering 135, p 250). Volgens deze literatuur bestaat geen overlap tussen de rechtsvorm van de CV en het fgr. In artikel 12 onderdeel b van het Concept Besluit wordt als kenmerk van de CV genoemd *“de commanditaire vennootschap wordt aangegaan ter uitoefening van bedrijf of beroep, met inbegrip door ieder van de partijen (vennoten) met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen”*. Dit aan het civiele recht ontleende kenmerk wil niet zeggen dat beleggingsactiviteiten niet als hiervoor bedoelde bedrijfsactiviteiten worden aangemerkt. Algemeen wordt aangenomen dat het begrip “bedrijf” ruim moet worden uitgelegd.² Dit verklaart waarom in overeenstemming met de bestaande praktijk het zeer wel mogelijk is dat een CV de functie vervult van een beleggingsfonds als bedoeld in artikel 1:1 Wft.

Naar de mening van de NOB is het niet de bedoeling van de wetgever geweest om naast het afschaffen van de open CV tevens een herkwalificatie van een CV in een fgr te introduceren. Dit blijkt namelijk niet uit de toelichting op het wetsvoorstel. Mocht wel als uitgangspunt worden genomen dat een als CV vormgegeven beleggingsfonds beoordeeld dient te worden langs de criteria van artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969 dan zou dit kunnen betekenen dat (onder het recht tot en met 2024) deze CV's; ook als ze bij toetsing onder artikel 2 lid 3 AWR als besloten CV worden aangemerkt – bij toetsing onder artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969 alsnog als niet-transparant worden aangemerkt. Het belang van een beherend vennoot in zowel de open als de besloten CV is immers vrij overdraagbaar. Ook vanaf 2025 zouden deze CV's als niet-transparant worden aangemerkt. Dit zou problematisch zijn ook voor de talloze bestaande CV's die functioneren als beleggingsfonds in de zin van de Wft en er tot op heden - al dan niet na het verkrijgen van zekerheid vooraf - van uitgaan dat zij als fiscaal transparante besloten CV worden aangemerkt. Ook zou de doelstelling van de wetgever – het afschaffen van de open CV – (deels) niet worden bereikt.

² Zie bijvoorbeeld: Het Nederlandse personenvennootschapsrecht, Mr. dr. A.J.S.M. Tervoort, p. 50 en 51: *“Bij een bedrijf gaat het om primair commerciële werkzaamheden, waarbij door exploitatie van de productiefactoren kapitaal en arbeid een geldelijk voordeel wordt nagestreefd. Dit dient ruim te worden geïnterpreteerd. Ook houdster- en beleggingsactiviteiten zijn als bedrijfsactiviteiten aan te merken.”*

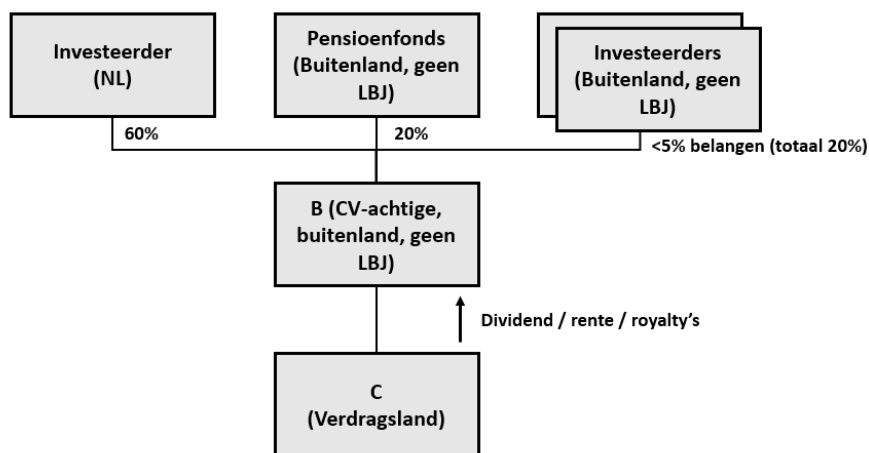


Aard van de mogelijke knelpunten en voorbeelden

De NOB merkt op dat de herkwalificatie van een CV-achtige in een fgr tot aanzienlijke problemen zal leiden terwijl de doelstelling van de wetswijziging nu juist is deze problemen te voorkomen. Veel van de buitenlandse CV-achtigen die een relatie met Nederland hebben zijn immers investeringslichamen die onder de brede - aan de AIFMD-richtlijn ontleende - definitie van beleggingsfonds als bedoeld in artikel 1:1 Wft vallen. Kort gezegd is ieder lichaam (niet zijnde een rechtspersoon), dat voor rekening van meer dan één participant collectief bijeengebracht vermogen volgens een bepaald investeringsplan investeert, een beleggingsfonds als bedoeld in artikel 1:1 Wft. De relatie met Nederland doet zich zowel voor indien een buitenlandse CV-achtige investeert in Nederland en indien Nederlandse investeerders deelnemen in een buitenlandse CV-achtige. Bij niet-transparante behandeling door Nederland doen zich hybride mismatches voor met als gevolg het optreden van dubbele belasting door toedoen van Nederlandse en buitenlandse ATAD 2 wetgeving, de Wet Dividendbelasting, de Wet Bronbelasting alsmede verdragstoepassing op buitenlandse bronheffingen. Zoals uit de toelichting op het wetsvoorstel blijkt is het kabinet van mening dat het beter is de hybriditeit weg te nemen dan de ongewenste gevolgen van hybriditeit door middel van complexe regels te bestrijden. Ter illustratie vraagt de NOB nog in het bijzonder aandacht voor de volgende drie voorbeelden.

VOORBEELD 1: NEDERLANDSE INVESTEERDER IN BUITENLANDS CV-ACHTIG INVESTERINGSFONDS

C is een entiteit gevestigd in een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten ("verdragsland"). Op enig moment betaalt C dividend, rente of royalty's (de "Betaling") aan B, een CV-achtige opgericht in hetzelfde verdragsland als C en naar fiscale maatstaven van het verdragsland transparant. B is een lichaam dat kwalificeert als een beleggingsfonds in de zin van artikel 1:1 Wft. De achterliggende participanten in B bestaan o.a. uit een Nederlandse investeerder. Dit kan een belaste investeerder zijn of een vrijgestelde investeerder zoals een pensioenfonds. De genoemde lichamen zijn niet gevestigd in een laagbelastende jurisdictie (LBJ) voor toepassing van de Wet Bronbelasting 2021.





Deze casus leidt bij de herkwalificatie van de CV-achtige tot een fgr, als gevolg waarvan de CV-achtige voor Nederlandse fiscale toepassing als niet-transparant wordt aangemerkt, tot de hierna genoemde knelpunten als gevolg van de hybriditeit:

Buitenlandse bronbelasting

Vanuit Nederlandse optiek komt de Betaling toe aan B omdat zowel C als B naar Nederlandse fiscale maatstaven worden beschouwd als niet-transparant. Omdat het verdragsland B als transparant beschouwt, ziet het verdragsland een betaling aan de achterliggende participanten in B (inclusief de Nederlandse investeerder). Echter, omdat Nederland B als niet-transparant beschouwt, wordt de Betaling niet in de heffing betrokken, zodat verdragstoepassing op de Betaling mogelijk niet aan de orde komt (bijvoorbeeld door toepassing van een antihybridebepaling in het verdrag).

Nederlandse investeerders in B worden hierdoor met buitenlandse bronbelasting geconfronteerd terwijl verdragstoepassing zonder de hybriditeit van B in voorkomende gevallen recht had gegeven op een verlaging of vrijstelling van buitenlandse bronbelasting. Deze complexiteit door het afwijkende Nederlandse kwalificatiebeleid zoals dat geldt vóór aanpassing van de transparantieregels van de CV, is onderkend en wordt in relatie tot sommige verdragslanden reeds opgelost al dan niet met behulp van separate afspraken met de bevoegde autoriteiten van verdragspartners.

Echter, wanneer Nederland B als fiscaal transparant beschouwt zal bovenstaande problematiek zich in het geheel niet voordoen aangezien de Nederlandse investeerder de Betaling dan fiscaal in aanmerking neemt.

ATAD 2 – aftrek zonder betrekking in de heffing

Wanneer C in een land is gevestigd dat anti-hybridemismatchmaatregelen heeft ingevoerd (ATAD 2 of daarmee vergelijkbare regels), zal in het geval van een rente- of royaltybetaling deze betaling mogelijk niet aftrekbaar zijn, aangezien de Nederlandse investeerder de Betaling niet (direct) in de heffing betreft (vergelijk artikel 12aa lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969). De investeerders in B (waaronder uiteraard de Nederlandse investeerder zelf) worden hierdoor mogelijk geconfronteerd met dubbele belasting welke wordt veroorzaakt door de Nederlandse investeerder.

Echter, wanneer Nederland B als fiscaal transparant beschouwt zal bovenstaande problematiek zich niet voordoen aangezien de Nederlandse investeerder de Betaling dan fiscaal in aanmerking neemt en er derhalve geen hybride mismatch is.

ATAD 2 - omgekeerde hybride

Wanneer B is gevestigd in een land dat de omgekeerde hybridemismatchmaatregel heeft ingevoerd (vergelijk artikel 2 lid 3 Wet Vpb 1969), zal B in het land van vestiging subjectief belastingplichtig worden voor de heffing van vennootschapsbelasting.

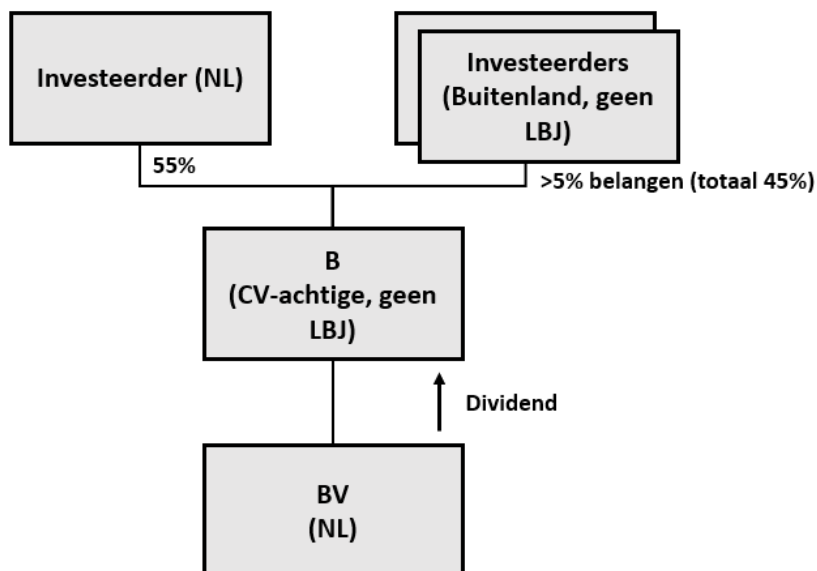


Dit is voor de deelnemende investeerders ongewenst omdat zij nu juist beogen te investeren via een fiscaal transparant beleggingsfonds. De Nederlandse investeerder zal door B en de medebeleggers mogelijk als ongewenste investeerder worden aangemerkt.

Echter, wanneer Nederland B als fiscaal transparant beschouwt zal bovenstaande problematiek zich niet voordoen, aangezien er dan geen hybride mismatch is. De NOB merkt op dat voorgaande zich alleen voordoet voor zover er in het andere land geen beroep kan worden gedaan op de uitzondering voor kwalificatie als omgekeerd hybride lichaam voor collectieve beleggingsvehikels zoals geregeld in artikel 9bis lid 2 ATAD 2 richtlijn (zie ook artikel 2 lid 13 onderdeel a Wet Vpb 1969). De uitzondering is niet op alle beleggingsfondsen van toepassing omdat (conform de Nederlandse interpretatie) de uitzondering vereist dat het betreffende fonds belegt in effecten en een gediversifieerde portefeuille aanhoudt. Een beleggingsfonds dat niet belegt in effecten maar bijvoorbeeld in onroerende zaken kan zich dus niet op de uitzondering beroepen.

VOORBEELD 2: BUITENLANDS CV-ACHTIG INVESTERINGSFONDS MET INVESTERING IN NEDERLAND

B is een CV-achtige die het land van vestiging kwalificeert als fiscaal transparant. B is een lichaam dat kwalificeert als een beleggingsfonds in de zin van artikel 1:1 Wft. De achterliggende gerechtigden bestaan uit diverse investeerders, waaronder ook een Nederlandse investeerder. B houdt 100% van de aandelen in BV. BV keert dividend uit aan B. De genoemde lichamen zijn niet gevestigd in een laagbelastende jurisdictie (LBJ) voor toepassing van de Wet Bronbelasting 2021.





Deze casus leidt bij de herkwalificatie van de CV-achtige tot een fgr, als gevolg waarvan de CV-achtige voor Nederlandse fiscale toepassing als niet-transparant wordt aangemerkt, tot de hierna genoemde knelpunten als gevolg van de hybriditeit:

Dividendbelasting

Artikel 4 lid 9 Wet DB 1965 bevat een doorkijkbepaling die onder voorwaarden inhoudingsvrijstelling verleent aan de achterliggende gerechtigden van B. Deze bepaling werkt echter alleen wanneer alle achterliggende gerechtigden volgens lokale fiscale maatstaven het dividendinkomen (proportioneel) in aanmerking nemen. Aangezien de Nederlandse investeerder B beschouwt als niet-transparant, kan geen beroep worden gedaan op de doorkijkbepaling en is de gehele uitkering onderworpen aan dividendbelasting.

Echter, wanneer B volgens Nederlandse maatstaven als fiscaal transparant wordt beschouwd, kan door de achterliggende gerechtigden direct een beroep worden gedaan op artikel 4 lid 2 Wet DB 1965. Artikel 4 lid 10 Wet DB 1965 bevat daarbij een proportionele antimisbruikbepaling die ervoor zorgt dat de gerechtigden die de CV-achtige beschouwen als niet-transparant géén beroep kunnen doen op de inhoudingsvrijstelling.

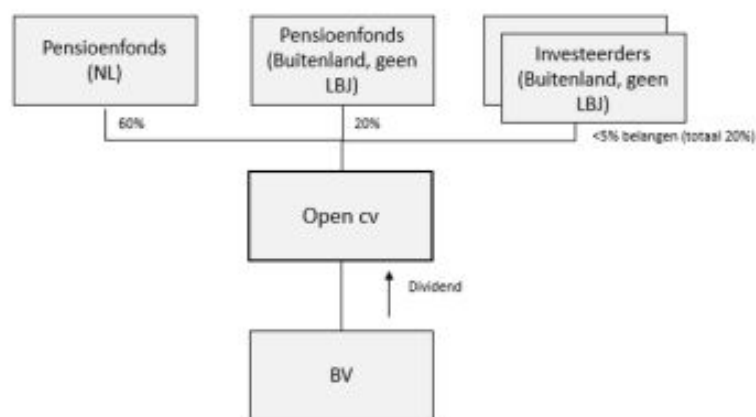
Bronbelasting

Artikel 2.1 lid 1 onderdeel e Wet Bronbelasting 2021 bevat een hybridemismatchbepaling die de betaling onderwerpt aan bronbelasting wanneer deze wordt gedaan aan een entiteit welke naar Nederlandse maatstaven kwalificeert als niet-transparant, en volgens lokale maatstaven als transparant. Artikel 2.1 lid 4 Wet Bronbelasting 2021 bevat een doorkijkbepaling. Deze bepaling werkt echter alleen wanneer alle achterliggende gerechtigden met een kwalificerend belang in de CV-achtige volgens lokale fiscale maatstaven het dividendinkomen direct in aanmerking nemen. Aangezien de Nederlandse investeerder B beschouwt als niet-transparant, kan geen beroep worden gedaan op de doorkijkbepaling en is de gehele uitkering onderworpen aan bronbelasting.

Echter, wanneer B volgens Nederlandse maatstaven als fiscaal transparant wordt beschouwd, is artikel 2.1 lid 1 onderdeel e Wet Bronbelasting 2021 niet van toepassing en kan per voordeelgerechtigde worden getoetst of het aan hen toerekenbare deel van de betaling is onderworpen aan bronbelasting.



Deze casus komt overeen met het voorbeeld genoemd in de Nota van wijziging Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen.³ Kort en goed bewerkstelligt de Nota van wijziging dat in gevallen zoals het onderstaande bij wijze van overgangsmaatregel reeds vanaf 2024 geen sprake (meer) is van een betaling van dividend aan een hybride lichaam voor toepassing van de Wet bronbelasting 2021. In de Nota wordt dit uitgewerkt aan de hand van onderstaand voorbeeld waarin een Nederlands pensioenfonds deelneemt in een CV-achtige die in 2024 nog als open CV wordt aangemerkt. Voor een uitgebreidere omschrijving van de casuspositie en de kwalificatieproblematiek verwijst de NOB naar de Nota van wijziging en de toelichting daarop.



In het gegeven voorbeeld zal de CV-achtige zeer waarschijnlijk als beleggingsfonds als bedoeld in artikel 1:1 Wft worden aangemerkt. Bij toepassing van de herkwalificatie als bedoeld in artikel 2 lid 4 van het Concept Besluit zal de buitenlandse CV-achtige vanaf 2025 alsnog als niet-transparant voor Nederlandse belastingdoeleinden worden aangemerkt. Dit terwijl er in het gegeven voorbeeld vanuit wordt gegaan dat de CV-achtige vanaf 2025 als transparant zal worden aangemerkt. Dit voorbeeld in de wetsgeschiedenis is volgens de NOB een sterke aanwijzing dat de wetgever ervan uitgaat dat van herkwalificatie van een Nederlandse CV of een CV-achtige in een fgr geen sprake kan zijn.

³ Nota van Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten tot codificatie en aanvulling van het fiscale kwalificatiebeleid inzake buitenlandse rechtsvormen en tot afschaffing van de zelfstandige belastingplicht van de open commanditaire vennootschap (Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen), Tweede Kamer, vergaderjaar 2023–2024, 36 425, nr. 7, zie ook: <https://open.overheid.nl/documenten/6d98b220-86aa-4053-944e-84603aa2cbdf/file>.



Ook in de uitvoeringspraktijk zal de toepassing van de herkwalificatie op grond van artikel 2 lid 4 van het Concept Besluit complex zijn, omdat voor iedere (buitenlandse) CV-achtige tevens zal moeten worden vastgesteld of er sprake is van een beleggingsfonds in de zin van artikel 1:1 Wft. Dit is afhankelijk van diverse feiten en omstandigheden die mogelijk niet bekend of niet eenvoudig toegankelijk zijn voor belastingplichtigen en de Belastingdienst. Ook kunnen deze feiten en omstandigheden veranderen als gevolg waarvan ook de Nederlandse fiscale kwalificatie wijzigt met alle gevolgen van dien. Naar de verwachting van de NOB zullen er aanzienlijke administratieve lasten en ook rechtsonzekerheid optreden zowel aan de kant van belastingplichtigen als de Belastingdienst.

Samenvatting en voorgestelde oplossing

Op basis van het voorgaande concludeert de NOB het volgende:

1. De herkwalificatie als bedoeld in artikel 2 lid 4 Concept Besluit wijkt af van de huidige wetstoepassing ten aanzien van de kwalificatie van de Nederlandse CV en het Nederlandse fgr. Uit de wetsgeschiedenis is niet gebleken dat het de bedoeling van de wetgever is voor Nederlandse lichamen een herkwalificatie van CV naar fgr te introduceren.
2. De herkwalificatie als bedoeld in artikel 2 lid 4 Concept Besluit voor buitenlandse CV-achtigen zal in weerwil van de expliciete bedoeling van de wetgever hybride mismatches laten voortbestaan en extra hybride mismatches doen ontstaan. Dit wordt veroorzaakt doordat Nederland als gevolg van de herkwalificatie een internationaal ongebruikelijk criterium hanteert voor CV-achtigen die de functie hebben van een beleggingsfonds.
3. Uit de gegeven voorbeelden blijkt dat de ongewenste gevolgen van de herkwalificatie (waaronder dubbele belasting) aanzienlijk zijn.
4. De uitvoeringspraktijk van artikel 2 lid 3 Concept Besluit zal aanleiding geven tot administratieve lasten en rechtsonzekerheid voor belastingplichtigen en de Belastingdienst.

De NOB verzoekt daarom om het kwalificatiebeleid zodanig vorm te geven dat de 'herkwalificatie' als bedoeld in artikel 2 lid 4 Concept Besluit niet plaatsvindt bij een lichaam dat vergelijkbaar is met de rechtsvorm van een CV als bedoeld in artikel 12 Concept Besluit (in overeenstemming met het bestaande beleid van de Belastingdienst dat een (Nederlandse) personenvennootschap als benoemd contract niet als een fgr wordt aangemerkt). Daarnaast verzoekt de NOB dat ter voorkoming van hybride mismatches met betrekking tot Nederlandse CV's – in lijn met de bestaande praktijk - wordt bevestigd dat een Nederlandse CV – ook als die de functie heeft van een beleggingsfonds als bedoeld onder artikel 1:1 Wft – als transparant wordt aangemerkt en niet als belastingplichtig fgr als bedoeld in artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969.





3. Tot slot

Ten aanzien van de wezenskenmerken van de in de praktijk meest gebruikte rechtsvormen stelt de NOB in de bijlage bij deze brief een aantal redactionele aanpassingen voor. De NOB is uiteraard graag bereid deze reactie nader toe te lichten en daartoe in overleg te treden. Een afschrift van deze reactie wordt verzonden aan de vaste commissie voor Financiën en op onze website gepubliceerd.⁴

Met vriendelijke groet,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'R.A. van der Jagt', is written over a light blue grid background.

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

Over de NOB

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) is opgericht in 1954. We zijn de beroepsvereniging van universitair opgeleide belastingadviseurs in Nederland en behartigen de gemeenschappelijke belangen van onze leden. We staan voor een excellente beroepsuitoefening door het aanbieden van opleidingen voor onze leden, het toepassen van onze code of conduct en de handhaving daarvan via onafhankelijk tuchtrecht. We vormen de brug tussen leden en maatschappij door de inzet van de bij onze leden aanwezige (praktijk)kennis over de volle breedte van het fiscale terrein. Deze kennis zetten we in om een bijdrage te leveren aan het maatschappelijke debat over belastingen.

⁴ Meer informatie over de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB leest u hier:
<https://www.nob.net/nob/commissies/commissie-wetsvoorstellen>.





Bijlage – redactionele suggesties inzake wezenskenmerken

Artikel 3, onder f.: "alle kapitaalverschaffers hebben in beginsel stemrecht overeenkomstig hun aandeel in het kapitaal van de vennootschap" moet zijn: "alle kapitaalverschaffers hebben in beginsel stemrecht overeenkomstig hun aandeel in het nominaal kapitaal van de vennootschap", omdat in Boek 2 BW verwijzingen naar kapitaal en aandelen steeds het nominale aandelenkapitaal betreffen en niet een eventueel gestort agio

Artikel 3, onder j.: aan "de aandelen zijn vrij overdraagbaar", zou kunnen worden toegevoegd "voor zover de overdraagbaarheid is beperkt is deze niet zodanig dat zij de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt" (zie art. 2:87 lid 1 BW).

Artikel 4, onder f: zelfde als voor artikel 3, onder f. Aan "alle kapitaalverschaffers hebben in beginsel stemrecht overeenkomstig hun aandeel in het kapitaal van de vennootschap", zou kunnen worden toegevoegd "voor zover aan aandelen geen stemrecht is verbonden, zijn deze niet uitgesloten van deling in de winst van de vennootschap" (zie art. 2:228 lid 5 BW).

Artikel 4, onder i.: "de vennootschap kan aan een handelsplatform genoteerd worden", moet zijn: "als de aandelen in de BV vrij overdraagbaar zijn, kan de vennootschap aan een handelsplatform genoteerd worden (...)".

Artikel 4, onder j.: "de aandelen zijn op grond van de civiele wet- en regelgeving niet vrij overdraagbaar", moet zijn: "de aandelen zijn op grond van de civiele wet- en regelgeving in beginsel niet vrij overdraagbaar".

Artikelen 5 en 6, onder d.: "de leden van de coöperatie zijn niet aansprakelijk voor de schulden en de andere verplichtingen van de coöperatie dan tot het bedrag dat zij als risicodragend kapitaal hebben ingelegd in de coöperatie", moet zijn: "de leden van de coöperatie zijn aansprakelijk voor de schulden en de andere verplichtingen van de coöperatie, tenzij deze aansprakelijkheid is uitgesloten of beperkt; (zie art. 2: 55/56 BW)."

Artikel 12: De commanditaire vennoot is in het geheel niet aansprakelijk jegens derden, de commanditaire vennoot is slechts intern (jegens de andere vennoten) draagplichtig. Dit staat goed in het besluit maar niet in de toelichting, die hierover vermeld: "De cv heeft tenminste één beherende vennoot en tenminste één commanditaire vennoot. Deze laatste is geldschietter en wordt ook wel commandiet genoemd. De cv heeft civielrechtelijk geen in aandelen verdeeld kapitaal en de vennoten zijn naast de vennootschap verbonden voor verbintenissen van de vennootschap jegens derden. De vennoten zijn hiervoor aansprakelijk." Voorafgaand aan "vennoten" moet worden ingevoegd "beherend".

