

Aanvullende reactie Concept Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen (Concept 28 mei 2024)

Amsterdam, 3 juni 2024

Geachte lezer,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) heeft met belangstelling kennisgenomen van het Concept Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen' (hierna: "Concept Besluit") en deelt graag nog een aanvullende reactie.

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. Wij hebben daarbij aandacht voor de fundamentele rechts- en wetgevingsbeginselen zoals rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid.

Met vriendelijke groet,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs



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



1. Herkwalificatie CV naar fonds voor gemene rekening

In haar reactie op de internetconsultatie van het Concept Besluit heeft de NOB aandacht gevraagd voor de gevolgen van de herkwalificatie van een CV-achtige in een fgr.¹ Het gevolg van de herkwalificatie is dat in weerwil van de expliciete bedoeling van de wetgever hybride mismatches blijven voortbestaan en er extra hybride mismatches zullen 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. Dat zal een groot aantal CV-achtigen betreffen omdat het begrip beleggingsfonds als bedoeld in artikel 1:1 Wft een zeer ruime reikwijdte heeft. Dit begrip strekt zich uit van fondsen met een passieve beleggingsstrategie tot actieve fondsen zoals private equity fondsen, venture capital fondsen en infrastructuurfondsen. Immers de AIFMD-richtlijn waar het begrip “beleggingsfonds” in de Wft op is gebaseerd wordt van toepassing geacht op een brede groep investeringsfondsen waaronder ook zogenaamde “actieve fondsen”. In haar reactie heeft de NOB aan de hand van voorbeelden toegelicht welke ongewenste gevolgen als gevolg van de herkwalificatie kunnen ontstaan. Daarnaast heeft de NOB gewezen op de complicaties in de praktische uitvoerbaarheid en de aanzienlijke administratieve lasten en de rechtsonzekerheid voor belastingplichtigen en de Belastingdienst bij de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen.

De NOB begrijpt dat zich thans de vraag voordoet of een Nederlandse CV kan worden gekwalificeerd als een fgr op grond van artikel 2, vierde lid, wet Vpb. Zoals weergegeven in zijn reactie op het Concept Besluit is de NOB van mening dat van een dergelijke herkwalificatie van een CV geen sprake kan zijn. De NOB wijst er op dat mocht dit wel zo zijn, ook Nederlandse besloten CV's die als beleggingsinstelling fungeren hierdoor mogelijk met ingang van 1 januari 2025 hun transparantie verliezen. Dit is het gevolg van het vervallen van het unanieme toestemmingscriterium in artikel 2, vierde lid Wet Vpb. Dit zal een grote impact hebben op deze beleggingsinstellingen en hun participanten. Tot deze participanten behoren particuliere en institutionele beleggers waaronder pensioenfondsen. Participanten dienen mogelijk fiscaal af te rekenen over aan hen toerekenbare stille reserves in de vermogensbestanddelen van de CV en de CV wordt vennootschapsbelastingplichtig hetgeen voor een beleggingsfonds niet wenselijk is.

Een theoretische mogelijkheid zou zijn de CV-overeenkomst zodanig aan te passen dat de participaties in de als fgr gekwalificeerde CV slechts kunnen worden vervreemd aan het fonds zelf. In dat geval is mogelijk niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 2, vierde lid Wet Vpb en zou er geen subjectieve belastingplicht zijn. Echter een dergelijke aanpassing zal voor de beleggingsinstelling en de beleggers om commerciële redenen niet aanvaardbaar zijn. De NOB licht dit als volgt toe.

¹ <https://www.nob.net/publicaties/concept-besluit-kwalificatiebeleid-heeft-onbedoelde-gevolgen-en-leidt-tot-rechtsonzekerheid/>





Beleggingsinstellingen met de rechtsvorm van een CV kennen vaak een beperkte looptijd (closed end) en beleggen vaak in illiquide beleggingen (zoals private equity, vastgoed, infrastructuur). Door de illiquiditeit van de beleggingen kan geen uitvoering worden gegeven aan een verzoek van een belegger om de participatie in te laten kopen. Er is immers geen liquiditeit in het fonds om aan het inkoopverzoek te voldoen. Door de aangepaste CV-overeenkomst kan de belegger zijn participatie ook niet aan een andere bestaande of nieuwe belegger verkopen, immers om de transparantie te waarborgen kan de participatie slechts worden vervreemd aan het fonds zelf. Omdat een inkoopstructuur voor een grote categorie (closed end) beleggingsfondsen commercieel niet werkbaar is zouden de hier bedoelde fondsen niet meer als fiscaal transparant fonds in de markt zijn te plaatsen.

Om bovenstaande problematiek te voorkomen stelt de NOB voor de mogelijkheid van herkwalificatie van een Nederlandse CV of CV-achtige in een fgr als bedoeld in artikel 2 vierde lid Wet Vpb uit te sluiten. Dit zou kunnen worden bereikt door in een uitvoeringsbesluit vast te leggen dat een Nederlandse CV of een buitenlands lichaam met een rechtsvorm dat vergelijkbaar is met een Nederlandse CV als benoemde rechtsvorm is uitgesloten van de kwalificatie als fgr als bedoeld in artikel 2, vierde lid, wet Vpb. Als alternatief kan worden overwogen artikel 2, vierde lid Wet Vpb zodanig aan te passen dat de rechtsvorm van de CV of een buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar met de rechtsvorm van een Nederlandse CV is uitgesloten van de wettelijke definitie van fgr. Het Concept Besluit zou in overeenstemming hiermee dienen te worden aangepast.

Met deze oplossing wordt bereikt dat Nederland voor wat betreft de kwalificatie van Nederlandse CV's die als beleggingsfondsen in de zin van 1:1 Wft fungeren en buitenlandse beleggingsfondsen met een rechtsvorm die vergelijkbaar is met die van een CV naar Nederlands recht internationaal in de pas loopt en dat de thans bestaande mogelijkheid een (closed-end) beleggingsfonds met de rechtsvorm van een CV als transparant aan te merken zonder de noodzaak een inkoopstructuur toe te passen wordt gehandhaafd.

2. Buitenlandse niet-vergelijkbare rechtsvorm die als gevolg van de symmetrische methode van kwalificatie wijzigt

De NOB constateert dat een in het buitenland gevestigd lichaam met een niet-vergelijkbare rechtsvorm dat in Nederland (buitenlands) belastingplichtig is tegen eindafrekening in de vennootschapsbelasting kan aanlopen, zonder dat de overgangsmaatregel van artikel X Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen ("WFKR") van toepassing is. Dit is het geval indien als gevolg van het nieuwe recht op basis van de symmetrische methode het lichaam met ingang van 1 januari 2025 als fiscaal transparant wordt aangemerkt.





De overgangsmaatregel is niet beschikbaar omdat deze alleen van toepassing is op lichamen die vergelijkbaar zijn met een Nederlandse personenvennootschap en alle deelnemers onderworpen zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting. Een dergelijke afrekening zou niet plaatsvinden indien het niet-vergelijkbare lichaam in Nederland was gevestigd en op grond van de vaste methode ook vanaf 1 januari 2025 als niet-transparant was aangemerkt. Gelet op de mogelijke strijd met het Unierecht stelt de NOB voor een overgangsmaatregel toe te voegen die er (op verzoek) in voorziet dat de niet-transparante kwalificatie van het buitenlands belastingplichtige lichaam met een niet-vergelijkbare rechtsvorm mag worden gecontinueerd zolang het lichaam in Nederland belastingplichtig is (eerbiedigende werking).

3. Buitenlandse rechtsvormen waarbij als gevolg van de nieuwe wetgeving hybriditeit ontstaat

De NOB signaleert in de praktijk situaties waarin de WFKR juist een hybride mismatch creëert die er eerder niet was, hetgeen kan leiden tot dubbele heffing en onnodige complexiteit (denk aan toepassing van ATAD2 regels). Ter illustratie het volgende voorbeeld: Een Nederlandse BV is gerechtigd tot 5% van de winst van een Belgische commanditaire vennootschap (CV). Deze CV wordt volgens de concept rechtsvormenlijst aangemerkt als CV-achtige en daarmee met ingang van 1 januari 2025 als fiscaal transparant behandeld, terwijl deze CV in België als niet-transparant kwalificeert (wat doorgaans het geval is in België). De CV behaalt inkomen dat in België volledig belast is (bijvoorbeeld portfolio dividenden of rente). De CV beschikt in België niet over een vaste inrichting. In dit voorbeeld is het inkomen van CV zowel in België als in Nederland volledig belast (dubbele heffing). Ook in de sfeer van de deelnemingsvrijstelling dient zich een probleem aan. Indien de Belgische CV belangen van kleiner dan 100% houdt (kleindochters), is voor de BV vanaf 1 januari 2025 de deelnemingsvrijstelling niet langer van toepassing (haar indirecte belang in die kleindochters is immers kleiner dan 5%). Ook in dat geval worden de winsten van deze kleindochters (economisch) dubbel belast als gevolg van de WFKR en kan BV zich genoodzaakt zien haar belang te verkopen. Overigens zal deze problematiek vermoedelijk niet beperkt zijn tot Belgische CV's.

De NOB geeft in overweging een maatregel op te nemen die erin voorziet dat een rechtsvorm die voorheen geen hybride was (maar dit als gevolg van de WFKR wordt) in Nederland gekwalificeerd mag worden op basis van de symmetrische methode. Een dergelijke regeling kan op diverse manieren vormgegeven worden. Denk aan een keuzeregeling of als overgangsrecht (eerbiedigende werking) voor bestaande situaties indien een algemene regel als te ingrijpend wordt ervaren.





4. Uitbreiding lijst gekwalificeerde rechtsvormen

Zoals de NOB in zijn reactie op de internetconsultatie van het Concept Besluit heeft opgemerkt, bevat de zogenoemde rechtsvormenlijst aanzienlijk minder buitenlandse rechtsvormen dan de thans gehanteerde kwalificatielijst. De NOB signaleert hieromtrent in de praktijk grote rechtsonzekerheid, mede gelet op de status van de rechtsvormenlijst. De NOB verzoekt de rechtsvormenlijst uit te breiden met die rechtsvormen die daarop nog niet zijn opgenomen maar wel reeds zijn gekwalificeerd, hetzij op basis van de huidige kwalificatielijst hetzij op basis van kennisgroepstandpunten danwel jurisprudentie. In het verlengde hiervan verzoekt de NOB om, indien mogelijk, 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 rechtsspraak mocht deze zich over de kwalificatie van niet-gekwalificeerde rechtsvormen moeten uitspreken. Ten slotte stelt de NOB voor toekomstige uitbreidingen van de lijst door middel van een internetconsultatie te consulteren. Dit om de praktijk de gelegenheid te geven een visie te geven op de voorgenomen kwalificatie.

5. Tot slot

De NOB is uiteraard graag bereid deze reactie nader toe te lichten en daartoe in overleg te treden. Een afschrift van deze reactie wordt op onze website gepubliceerd.²

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.

² Meer informatie over de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB leest u hier: <https://www.nob.net/nob/commissies/commissie-wetsvoorstellen>.

