

[uploaden](#)

Betreft: consultatie “Wet aanpassing kwalificatiebeleid rechtsvormen”

Geachte heer/mevrouw,

Namens WTS World Tax Service BV heb ik de eer om een reactie te mogen geven op het in consultatie gebrachte wetsvoorstel “Wet aanpassing kwalificatiebeleid rechtsvormen”. Wij hebben met grote belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel en de daarbij horende toelichting.

De achtergrond van het wetsvoorstel (verminderen van de kans op hybride situaties) is te begrijpen. Elke afname van complexiteit in het (internationale) belastingrecht is inmiddels toe te juichen. Echter, waar voor gewaakt moet worden is dat het wegnemen van de ene complexiteit vaak weer een andere complexiteit (of wellicht zelfs meerdere) in het leven roept. Maar laten we positief blijven en hopen dat dit hier niet het geval zal zijn.

Ter verbetering van de kwaliteit van het wetsvoorstel en de toelichting geven wij u hierbij het volgende in overweging. Daarbij merken wij op geen bezwaar te hebben tegen openbaarmaking van onze reactie.

Algemene opmerkingen

Opvallend is dat niet wordt ingegaan op de impact van het wetsvoorstel op andere heffingswetten dan de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) en de Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB). Tenslotte is één van de wijzigingen dat voor alle rijksbelastingen de open CV als aparte fiscale entiteit verdwijnt door de voorgestelde aanpassingen in de Algemene wet inzake rijksbelastingen.

Overdrachtsbelasting

Met name voor de overdrachtsbelasting is er een zekere doorwerking die zowel direct als indirect van invloed kan zijn op de heffing van overdrachtsbelasting in bepaalde gevallen. Zo is de open CV een kwalificerende vennootschap voor de toepassing van de diverse vrijstellingsgevallen die zijn gebaseerd op artikel 15, eerste lid, letter h van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR) en die verder zijn geregeld in het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer 1971 (UB WBR).

Hier gaat het dan bij voorbeeld over artikel 5a derde lid UB WBR, waarbij de inbrengende vennootschap drie jaar lang de bij de inbreng verkregen aandelen moet aanhouden. Als dit aandelen in een open CV betreft, dan bestaan deze aandelen na de wetswijziging niet meer. Ook in een situatie waarbij de reorganisatievrijstelling binnen concern ex artikel 5b UB WBR is toegepast, lijkt het niet meer bestaan van de open CV na wetswijziging tot problemen te kunnen leiden, bijvoorbeeld omdat het concern binnen de driejaarstermijn verbroken wordt doordat de open CV (of open CV-achtige naar buitenlands recht) geen vennootschap is in de zin van het artikel.

Gezien het al opgenomen overgangsrecht voor de vennootschapsbelasting ligt het voor de hand om daarbij aan te sluiten en in de wet op te nemen dat geen overdrachtsbelasting verschuldigd zal zijn ten gevolge van de wijzigingen in kwalificatie van lichamen die voortvloeien uit de onderhavige wet. Verder is het logisch om voor de doorschuifmogelijkheden die in het overgangsrecht worden geboden, eveneens een vrijstelling van overdrachtsbelasting in het leven te roepen. De wijzigingen ten aanzien van de open CV zijn dusdanig fundamenteel van aard dat een ruimhartige opstelling verwacht mag worden om waar mogelijk negatieve fiscale gevolgen voor betrokkenen te vermijden.

Ten algemene zou het voor de praktijk een steun in de rug zijn als wordt vastgelegd of - ten minste - uitgesproken, dat waar ten gevolge van de wetswijziging ten aanzien van de open CV, maar ook ten aanzien van beleggingsfondsen, onvoorzien nadeel voor betrokkenen optreedt, dit door wetswijziging of in de uitvoeringssfeer (bijvoorbeeld door middel van toepassing van de hardheidsclausule) zoveel mogelijk zal worden rechtgetrokken.

Opmerkingen per artikel

Artikel 1 letter A (Artikel 2, eerste lid, letter h Wet Vpb (nieuw))

Zie de opmerking ten aanzien van artikel 3, tweede lid, letter e Wet Vpb (nieuw) hierna.

Artikel 1 letter A (Artikel 2, derde lid, letter b Wet Vpb (nieuw))

De voorgestelde wettekst bevat de term “met regelmaat”. De artikelsgewijze toelichting zegt daarover:

“In het voorgestelde artikel 2, derde lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969 wordt geregeld 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. Door middel van deze inkoopverplichting wordt aan de deeltgerechtigden de mogelijkheid geboden om op elk door hen gewenst moment hun participaties te kunnen verkopen aan het fgr.”

Letterlijke lezing van de toelichting lijkt tot de conclusie te leiden dat naast het bestaan van de verplichting ook de daadwerkelijke regelmatige uitoefening ervan een voorwaarde is. Daarnaast lijkt een dergelijke inkoopverplichting te moeten voldoen aan de eis dat deze op ieder gewenst moment kan worden ingeroepen door een belegger waarna het fonds deze eis dan ook gelijk moet honoreren. Fondsen met illiquide beleggingen (vastgoed) zullen over het algemeen niet aan deze eis

kunnen voldoen. In het algemeen deel van de toelichting wordt de wijziging echter toegelicht als volgt:

“Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat bij de invulling van de ‘verplichting tot inkoop’ door het fgr het kabinet gekozen heeft voor een zuiver juridische benadering. Er is slechts sprake van een inkoopverplichting indien dit uit de fondsvoorwaarden blijkt. Dit heeft tot gevolg dat een fgr (dit geldt echter niet voor een zogenoemd ‘familiefonds’, zie hierna) zelf kan kiezen voor de bedrijfsmatig gewenste civielrechtelijke vormgeving...”

Het invoegen van een feitelijk element, namelijk dat de beleggers in het fonds hun recht op inkoop ook regelmatig uitoefenen, lijkt hiermee in tegenspraak. De praktijk is gebaat bij een eenduidige uitleg van deze bepaling: is de feitelijke situatie van invloed, of gaat het alleen om de juridische vormgeving?

Verder viel ons nog het volgende op. Als onderdeel van de familiefondsenuitzondering bevat de voorgestelde wettekst de frase “uitsluitend of nagenoeg uitsluitend.” Hoe een bewijs van deelgerechtigdheid ‘nagenoeg uitsluitend’ kan worden overgedragen aan een bepaalde persoon is ons niet duidelijk. Of moet dit wellicht voor het geheel aan participaties in het fonds worden beoordeeld? Dat de kring van mogelijke participanten voor meer dan 10% uit personen buiten de ‘familie’ moet bestaan? Wellicht kan in de toelichting dit verder worden verduidelijkt (graag met een praktijkvoorbeeld).

Artikel 1 letter B (Artikel 3, tweede lid, letter e Wet Vpb (nieuw))

In Duitsland is het gebruikelijk voor institutionele beleggers om via een Duits beleggingsfonds, een zogenaamd Sondervermogen, hun vermogen te beleggen, waarbij de desbetreffende institutionele belegger de enige participant in een dergelijk fonds is (en blijft). Dergelijke fondsen, die geen rechtspersoonlijkheid hebben, zijn door de Hoge Raad onlangs¹ gekwalificeerd als fiscaal transparant. Naar Duits recht zijn deze entiteiten echter in beginsel onderworpen aan de winstbelasting (Körperschaftsteuer).

Het lijkt erop dat een dergelijk fonds daarmee buitenlands belastingplichtig kan zijn na de onderhavige wetswijziging. In dat geval verliest de genoemde uitspraak van de Hoge Raad zijn effect. Hetzelfde lijkt het geval te zijn wanneer (aangenomen dat dit verder feitelijk mogelijk is) een dergelijk fonds binnenlands belastingplichtig wordt geacht, op basis van het nieuwe artikel 2, eerste lid, letter h Wet Vpb, omdat een contractueel fonds zonder rechtspersoonlijkheid met maar één inlegger niet overeenkomt met alle andere in artikel 2, eerste lid Wet Vpb genoemde entiteiten.

Daarnaast dringt de vraag zich op wat de positie is van dergelijke fondsen met maar één inlegger ten aanzien van de dividendbelasting. Het gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad is dat de inlegger in het fonds -zo dit mogelijk is- zelfstandig teruggaafverzoeken moet indienen ten aanzien van dividendbelasting op dividendinkomsten van het fonds; het fonds bestaat fiscaal immers niet. Bestaat een dergelijk fonds na de wetswijziging nu echter wel?

¹ HR 24 januari 2020, nr. 19/03341, ECLI:NL:HR:2020:115, BNB 2020/165.

Het zou de praktijk ten goede komen als de toelichting bij het wetsvoorstel ingaat op de gevolgen voor dergelijke contractuele 'privé'-fondsen zonder rechtspersoonlijkheid met maar één inlegger.

Artikel VII

In artikel VII, eerste lid, van het wetsvoorstel kunnen de vennootschap en haar vennoten het verzoek om doorschuiving van de belastingclaim doen. Wat nu als een vennoot een fiscaal transparant lichaam is? Kan dan door dat lichaam doorgekeken worden 'naar boven' en worden de uiteindelijke niet-transparante lichamen die zo worden gevonden dan aangemerkt als 'vennoten' in de zin van het artikel? In de praktijk kan hierbij gedacht worden aan de zogenaamde 'stapelstructuren'.

In het zesde lid wordt de eis gesteld dat de commanditaire vennoten in Nederland zijn gevestigd, respectievelijk in Nederland een onderneming drijven. Wij nemen daarbij aan dat onder het drijven van een onderneming tevens de situaties worden begrepen waarbij geen sprake is van een materiële onderneming, maar waarbij de (beleggings)activiteiten tot een Nederlandse onderneming worden gerekend (artikel 17a Wet Vpb). In het bijzonder denken wij dan aan structuren waarbij een naar buitenlands recht opgerichte CV-achtige heeft belegd in Nederlands onroerend goed. Het zou de praktijk ten goede komen als ter volledigheid wordt bevestigd dat dergelijke situaties inderdaad onder het begrip 'in Nederland een onderneming drijven' vallen.

Artikel VIII

In artikel VIII wordt bij wijze van overgangsrecht de mogelijkheid geboden om de belastingclaim door te schuiven via een aandelenfusie. In de bepaling wordt steeds gewag gemaakt van 'aandelen'. In de praktijk blijkt dat vanwege zowel fiscale als juridische voordelen nogal eens wordt geïnvesteerd via een coöperatie. Dergelijke entiteiten geven over het algemeen geen aandelen uit maar hebben leden met een kapitaalrekening. Het zou de flexibiliteit ten goede komen als onder 'aandelen' tevens 'lidmaatschapsrechten' (of iets vergelijkbaars, bijvoorbeeld 'winstrechten') zouden worden begrepen. Tenslotte wordt de Nederlandse coöperatie genoemd in bijlage I van de Europese fusierichtlijn, zodat het niet vreemd is om een ruime werking aan het begrip 'aandelen' te geven waar vergelijkbare rechten ten aanzien van een deelneming in een coöperatie ook onder vallen.

In dat verband merken wij nog op dat in de diverse Europese richtlijnen de vermelding van de Nederlandse open CV als apart lichaam, naar wij aannemen, zal worden verwijderd na aanneming van het wetsvoorstel?

In het zevende lid wordt, evenals in artikel VII, zesde lid, nog de eis gesteld dat de commanditaire vennoten in Nederland zijn gevestigd of in Nederland een onderneming drijven. Ik verwijs naar het commentaar hierboven ten aanzien van de reikwijdte van het begrip 'in Nederland een onderneming drijven.' Ook ten aanzien van artikel VIII zou ik hetzelfde willen opwerpen als met betrekking tot Artikel VII ten aanzien van het begrip 'vennoten' in het geval van een (civiel-juridische vennoot) die zelf een fiscaal transparante entiteit naar Nederlands fiscaal recht is.

Wij hopen met het bovenstaande een constructieve bijdrage te kunnen geven ten aanzien van de uiteindelijke totstandkoming van het onderhavige wetsvoorstel
Graag zijn wij bereid om eventueel verdere toelichting te verschaffen.

Hoogachtend,
WTS World Tax Service B.V.

mr. ing. D.J.C.H. Pouw MBA
Belastingadviseur