

Internetconsultatie concept Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen

Graag wijzen wij u op ons commentaar op dit conceptbesluit. Dit is ook opgenomen in Vakstudie Nieuws V-N 2024/9.10.

Redactie Vakstudie Nieuws

Achtergrond

Eind 2023 is de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen (Wet van 20 december 2023, *Stb.* 2023, 508) aangenomen door het parlement en in het Staatsblad gepubliceerd. Hoofddregel van het nieuwe kwalificatiebeleid is de zogenoemde rechtsvormvergelijkingsmethode. In de wetgeving is opgenomen dat deze nader zou worden uitgewerkt in de vorm van een AMvB. Deze AMvB, inclusief de daarbij behorende bijlage met een rechtsvormenlijst, is het onderwerp van de onderhavige internetconsultatie.

Het gewijzigde kwalificatiebeleid geldt in beginsel vanaf begin 2025. In verband met het overgangsrecht dat reeds op 1 januari 2024 in werking is getreden, is nu al van belang te weten wat de fiscale kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen wordt per 2025. Dat betekent dat, ook al zal de definitieve AMvB pas per 2025 gelden, deze nu al zijn schaduw vooruitwerpt. Met name in geval een rechtsvorm kwalificeert als een cv-achtige, zal rekening moeten worden gehouden met het vervallen van de open – fiscaal niet-transparante – cv.

Systeem

Het systeem van de AMvB is dat eerst zal moeten worden gekeken of een buitenlandse rechtsvorm staat vermeld in de rechtsvormenlijst die als bijlage bij de AMvB is opgenomen. Staat de buitenlandse rechtsvorm op die rechtsvormenlijst, dan geldt de kwalificatie volgens de rechtsvormenlijst. Dit uitgezonderd de situatie dat het buitenlandse recht met betrekking tot de betreffende rechtsvorm na het kwalificatiejaar wezenlijk is gewijzigd, dan is de kwalificatie volgens de rechtsvormenlijst niet langer bepalend.

Staat een buitenlandse rechtsvorm niet vermeld in de rechtsvormenlijst, dan zal moeten worden beoordeeld of deze naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtsvorm. In dat verband is een lijst van Nederlandse rechtsvormen opgenomen in de AMvB met hun kenmerken.

Opvallend is dat het besluit wel refereert aan de aard van de rechtsvorm, maar dat daar verder geen enkele invulling aan wordt gegeven in het besluit. Voor wat betreft buitenlandse rechtsvormen moet de aard volgens de toelichting worden vastgesteld aan de hand van het buitenlandse recht op basis van welke plaats de betreffende rechtsvorm in het buitenlandse recht inneemt en welke bedoeling de buitenlandse wet- of regelgever heeft gehad met die rechtsvorm. Voor de Nederlandse vennootschappen wordt kennelijk de aard bekend geacht.

Opvallend is verder dat voor wat betreft de kenmerken niet wordt aangegeven welke weging gehanteerd moet worden bij verschillende uitkomsten. In combinatie met de vaagheid ten aanzien van de aard vragen wij ons af wat afgezien van de rechtsvormenlijst de toegevoegde waarde is van

deze AMvB. Dat te meer omdat op die kenmerken in een aantal gevallen ook het nodige valt af te dingen.

Opvallend is ten slotte dat er alleen wordt gekeken naar de buitenlandse wettelijke regeling. Een regeling die veel vrijheid biedt tot nadere invulling in de vorm van statuten, reglementen en dergelijke wordt daarmee mogelijk erg lastig te kwalificeren. Wij zouden zeer geïnteresseerd zijn in de kwalificatie van een casus als die van de Apothekers Coöperatie OPG u.a. in de periode van 29 oktober 1992 tot 10 januari 2001. Gedurende deze periode hebben namelijk beursgenoteerde certificaten van participaties Apothekers Coöperatie OPG u.a. uitgestaan waarbij destijds, kennelijk in overleg met de Belastingdienst, dividendbelasting is ingehouden (op 10 januari 2001 is OPG omgezet in een nv, zie ook het besluit dat wij opnamen in V-N 2001/9.10). Volgens het besluit is een wezenskenmerk van de coöperatie (en de onderlinge waarborgmaatschappij en de cv) dat deze geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft. Gezien het feit dat destijds – lang voor invoering van de inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties – dividendbelasting is ingehouden, was de Belastingdienst kennelijk van mening dat (in zoverre?) sprake was van een in aandelen verdeeld kapitaal. Dat standpunt valt ook te herkennen in het antwoord op vragen van de NOB in de nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperaties en uitbreiding inhoudingsvrijstelling (Kamerstukken II 2017/18, 34788, nr. 6, V-N 2017/53.5). In binnenlandse situaties is de hoofdregel nog steeds dat de coöperatie geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft, maar zijn er uitzonderingssituaties denkbaar. Hoeveel ruimte mag een buitenlands regime bieden voor dergelijke uitzonderingssituaties? En als zich zo'n uitzonderingssituatie voordoet, leidt dat dan tot een afwijkende beoordeling? Het komt ons voor dat daar ook over nagedacht zou moeten worden.

Financieringsovereenkomsten

Volgens het besluit en de toelichting geldt het besluit niet voor financieringsovereenkomsten. Wat wordt bedoeld met financieringsovereenkomsten wordt verder niet toegelicht en kennelijk bekend geacht. Dat is toch wel bijzonder, al was het maar omdat de cv ook wordt aangeduid als de vennootschap bij wijze van geldschieting. Wij zouden menen dat de uitsluiting beperkt zou moeten worden tot leningen en andere instrumenten die onder het betreffende recht als schuld kwalificeren. Verder zou in de toelichting wat ons betreft kunnen worden aangegeven dat met rechtsvormen wordt bedoeld op structuren waarbij het de bedoeling is dat de participanten enerzijds een vergaand economisch belang hebben bij de activiteiten en anderzijds normaliter ook een zekere mate van zeggenschap verkrijgen ter zake van die activiteiten. Bij een lening heeft de crediteur normaliter geen of althans een beperkter economisch belang bij de activiteiten en normaliter ook geen zeggenschap ter zake van die activiteiten.

Rechtsvormen

In de opbouw van het besluit komt duidelijk tot uitdrukking dat het fgr en het transparante fonds naar de letter geen rechtsvorm zijn, maar een fiscale kwalificatie van een rechtsvorm of een ander samenwerkingsverband. Technisch gesproken moet de vergelijkbare rechtsvorm worden vastgesteld of worden geconcludeerd dat er geen vergelijkbare rechtsvorm is (art. 2 lid 1 tot en met 3 van de AMvB). Daarna (art. 2 lid 4) volgt dan de mogelijke herkwalificatie als fgr of als transparant fonds, die dan voortgaat op de kwalificatie op basis van de rechtsvorm. Voor alle duidelijkheid merken wij op dat dit dus ook geldt indien de onderliggende rechtsvorm op de rechtsvormenlijst wordt gekwalificeerd.

Verdere wijzen wij er nog op dat de kwalificatie als fgr wel aan een flink aantal voorwaarden is verbonden. Het moet gaan om (i) een gereguleerde entiteit (ii) zonder rechtspersoonlijkheid die (iii) belegt en (iv) waarvan het vermogen is verdeeld in participaties. In de praktijk zal het naar onze verwachting met name opletten zijn bij stichtingen en soortgelijke lichamen die als beheerder en/of bewaarder optreden voor beleggingsfondsen en voor cv-achtigen. Die beheerder en bewaarder treedt dan als eigenaar op en het achterliggende fonds is niet altijd direct goed zichtbaar. Dat speelt overigens ook bij het nieuwe transparante fonds en bij het huidige fgr.

In de toelichting wordt ook (voorzichtig) erkend dat het voorgaande impliceert dat in wezen geen sprake is van rechtsvormvergelijking. In verband met de herkenbaarheid wordt echter toch gekozen voor de term rechtsvormvergelijkingsmethode. Wij merken op dat hiermee wel (impliciet) wordt toegegeven dat, zoals wij eerder al in een aantekening opmerkten, de tekst van art. 3 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 zoals die luidt vanaf 2025 niet juist is. Daarin wordt namelijk naar het fgr verwezen als een rechtsvorm.

Nederlandse rechtsvormen

In het besluit is een lijst opgenomen van de wezenlijke kenmerken van de Nederlandse rechtsvormen, te weten de nv (art. 3), de bv (art. 4), de coöperatie (art. 5), de onderlinge waarborgmaatschappij en de vereniging die op onderlinge grondslag als bank of verzekeraar optreedt (art. 6), de vereniging (art. 7), de stichting (art. 8), het kerkgenootschap (art. 9), de publiekrechtelijke rechtspersoon (art. 10), de maatschap en de vof (art. 11) en de cv (art. 12). Enkele punten vielen ons op:

- Bij de bv staat (net als bij de nv) als kenmerk dat de aandelen beursgenoteerd kunnen worden. Dat is ons inziens absoluut geen wezenlijk kenmerk en dient te vervallen.
- Bij de bv staat als wezenlijk kenmerk dat de aandelen op grond van de civiele wet- en regelgeving niet vrij overdraagbaar zijn. In art. 2:195 BW staat als hoofdregel dat er een aanbiedingsplicht is. Wij zouden als wezenlijk kenmerk willen opnemen dat er normaliter een aanbiedingsplicht en/of blokkeringsregeling geldt. Dat mede omdat het begrip vrij overdraagbaar gemakkelijk verkeerd begrepen kan worden, omdat het begrip tot en met dit jaar ook wordt gebezigd in het kader van het toestemmingsvereiste van de open cv. Terzijde merken wij nog op dat op basis van het consultatiedocument de bv wezenlijk onbestaanbaar lijkt, want een verplichte beperking aan de overdraagbaarheid sluit de vereiste mogelijke beursnotering uit.
- De vof en de maatschap zijn als één rechtsvorm beschreven. De vraag is of dat bij de bv en de nv niet ook een betere benadering zou zijn. Het komt ons voor dat fiscaal er ook geen noemenswaardige verschillen zijn tussen de bv en de nv.
- Bij de coöperatie staat vermeld dat de leden niet verder verplicht zijn bij te dragen in schulden en verplichtingen van de coöperatie dan tot het bedrag dat zij als risicodragend kapitaal hebben ingelegd. Dat gaat naar onze mening ten onrechte voorbij aan de coöperatie w.a. (wettelijke aansprakelijkheid) en b.a. (beperkte aansprakelijkheid). In de toelichting wordt terecht aangegeven dat alleen sprake is van een verplichting van de leden jegens de coöperatie. Maar dat neemt niet weg dat de leden bij de coöperatie w.a. en binnen zekere grenzen bij de coöperatie b.a. verplicht zijn meer bij te dragen dan wat zij al hebben ingelegd.

- Bij de vereniging staat als wezenlijk kenmerk dat deze statuten kent. Wij merken daarbij op dat een vereniging ook tot stand kan komen zonder notariële akte (art. 2:30 BW, ook wel aangeduid als een informele vereniging) en dat de statuten in dat geval ook niet op schrift hoeven te staan. Dat maakt het vereiste wel lichter dan bij andere rechtsvormen.
- Bij het kerkgenootschap is in het BW door de wetgever bewust geen definitie opgenomen. De wezenlijke kenmerken die nu worden genoemd zijn dat sprake is van een rechtspersoon met statuten die bepalend zijn voor dat kerkgenootschap. Dat geldt naar onze mening ook voor de andere bij notariële akte tot stand gekomen rechtspersonen en deze kenmerken bieden dus geen enkel onderscheidend vermogen. Wij zouden er toch de voorkeur aan geven dat een beschrijving van wat een kerkgenootschap inhoudt wordt opgenomen. Die zou kunnen worden ontleend aan Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2013, LJN BZ 1166, *JHOR* 2013/165 of eventueel aan Hoge Raad 23 juli 1946, *NJ* 1947, 1.
- Bij de publieke rechtspersoon wordt in art. 10 gerefereerd aan Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen. Alle bepalingen in het besluit zien op Nederlandse rechtspersonen, wat de toegevoegde waarde van deze toevoeging is ontgaat ons.
- Het eerste wezenskenmerk bij publiekrechtelijke rechtspersonen is dat deze rechtspersoonlijkheid bezitten krachtens de wet waarbij deze zijn opgericht. Hier ontbreekt de staat en staatkundige onderdelen. Vergelijk art. 2:1 lid 1 BW waar de rechtspersoonlijkheid van de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, wordt geregeld.

Rechtsvormenlijst

De rechtsvormenlijst is gelukkig in concept bij de consultatie gevoegd. Wat nog ontbreekt is het kwalificatiejaar. Op de nieuwe (dwingende) lijst staan overigens (nog) aanzienlijk minder rechtspersonen dan op de huidige (indicatieve) kwalificatielijst buitenlandse samenwerkingsverbanden.

Voor de praktijk is in ieder geval van belang dat bevestigd wordt dat de Amerikaanse Delaware LLC vergelijkbaar is met een bv. Wij merken op dat voor de VS terecht onderscheid gemaakt wordt naar de staat, maar dat goed nagegaan dient te worden of dat niet voor meer landen geldt. Een voorbeeld daarvan is Canada, omdat daar het rechtspersonenrecht naar wij begrijpen op het niveau van de provincies (provinces) is geregeld.

Opvallend is dat op de lijst de Belgische commanditaire vennootschap op aandelen (Comm. VA) nog staat vermeld. Bij invoering van het nieuwe Belgische Wetboek voor vennootschappen en verenigingen is deze rechtsvorm komen te vervallen. Op grond van het overgangsrecht wordt naar wij begrijpen een bestaande Comm. VA die zichzelf op 31 december 2023 nog niet heeft omgezet in een andere rechtsvorm van rechtswege omgezet in een Belgische nv met één bestuurder.

Bij de cv (en ook bij de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij) staat als wezenskenmerk vermeld dat deze geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft. Voor wat betreft de niet vergelijkbare rechtsvormen gaat het in een aantal gevallen om entiteiten die kenmerken hebben van een cv, maar wel verhandelbare aandelen kunnen hebben. Dat betreft bijvoorbeeld de Duitse KGaA en de Luxemburgse SCA. Onze indruk is dat de verhandelbaarheid van de participaties hier onderdeel

uitmaakt van het systeem en het niet gaat om een uitzondering als hiervoor genoemd. Daarnaast is er een aantal vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid voor de aandeelhouders. Voorbeelden hiervan zijn de Unlimited Company in bepaalde Canadese provincies en de Ierse ULC. En dan is er nog de Engelse LLP die in 2009 samen met de Delaware LLP als transparant is gekwalificeerd (zie *V-N* 2009/65.17), welke kwalificatie gehandhaafd is in 2010 toen de Delaware LLP als niet transparant is aangemerkt (zie *V-N* 2010/4.16), in 2016 van de lijst is afgehaald (zie *V-N* 2016/28.7) en waarvan de Hoge Raad inmiddels het beroep in cassatie tegen een uitspraak van Hof Den Haag heeft afgedaan op basis van art. 81 Wet RO. De uitspraak van Hof Den Haag hield in dat de LLP in dat geval als niet-transparant diende te worden aangemerkt (zie *V-N* 2022/34.23.3).

Afsluitende opmerkingen

Doordat wordt verwezen naar de weinig concrete aard van de rechtsvorm en doordat de lijst met wezenskenmerken geen weging kent, blijft vaagheid heersen in grensgevallen. Alleen bij plaatsing op de rechtsvormenlijst is er zekerheid (en dat nog behoudens herkwalificatie als fgr of transparant fonds). Behoudens wetswijziging in het andere land, is immers sprake van een dwingend voorgeschreven kwalificatie. Daarmee is feitelijk ook een mogelijkheid gecreëerd voor het ministerie om de kwalificatie van rechtsvormen naar de eigen hand te zetten in lopende discussies met belastingplichtigen door plaatsing op de rechtsvormenlijst. Wij vragen ons af of dat nu is wat de wetgever voor ogen heeft gestaan. Het verder invullen van de criteria zou wat ons betreft zeer wenselijk zijn.