

Internetconsultatie concept Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen

t.a.v. Ministerie van Financiën
Namens DLA Piper Nederland N.V.

18 maart 2024

Wij hebben met belangstelling kennisgenomen van het concept Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen ("**Concept Kwalificatiebesluit**"). Wij maken graag gebruik van de gelegenheid kort op de consultatie te reageren.

Het doel van de wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen ("**Wet Kwalificatiebeleid**") is het tegengaan van verschillen in kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen.¹ De in Nederland al decennia geldende unanieme toestemmingsvereiste voor toetreding of vervanging van deelnemers, participanten of partners bij bepaalde rechtsvormen is in de praktijk een belangrijke oorzaak van het ontstaan van deze kwalificatieverschillen. Mede door dit in internationaal verband onbekend fenomeen worden buitenlandse fondsentiteiten voor Nederlandse fiscale doeleinden als niet-transparant (zelfstandig belastingplichtig) aangemerkt, terwijl deze fondsen in hun staat van vestiging veelal als fiscaal transparant (niet-zelfstandig belastingplichtig) worden aangemerkt. Dit werkt situaties van dubbele heffing en dubbele niet-heffing van belastingen in de hand. Derhalve onderschrijven wij de doelstelling van de Wet Kwalificatiebeleid om deze situaties te voorkomen.

De vraag is echter of de voorgestelde methodiek in het Concept Kwalificatiebesluit in alle gevallen bijdraagt aan het bereiken van deze doelstelling. Wij menen dat dit helaas niet altijd het geval zal zijn en wijzen kort op het volgende.

Onder het huidige Nederlandse recht worden veel voorkomende buitenlandse fondsentiteiten thans gekwalificeerd als commanditair vennootschap ("**CV**") -achtige², zoals bijvoorbeeld de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde limited partnerships ("**LP**") en de Luxemburgse Société en Commandite Spéciale ("**SCSp**") (hierna: het "**buitenlands fonds**").³ Vanuit commercieel of juridisch oogpunt voldoen deze veelal gereguleerde buitenlandse fondsen met een verscheidenheid aan investeerders niet aan het unanieme toestemmingsvereiste en worden dus geacht niet transparant te zijn, terwijl deze buitenlandse fondsen in de vestigingsstaat (zoals bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk of Luxemburg) in het algemeen als transparant worden aangemerkt.

Met de keuze om het unanieme toestemmingsvereiste te laten vervallen⁴ zou dit kwalificatieprobleem verholpen zijn, ware het niet voor de tekst van de in het Concept Kwalificatiebesluit opgenomen 'voorrangsregel'.⁵ Deze voorrangsregel stelt – kort samengevat – dat de wettelijke definitie van een fonds voor gemene rekening ("**FGR**") of een transparant fonds altijd voorgaat. Als de hierboven genoemde voorbeelden van buitenlandse fondsen dus vergelijkbaar zijn met zowel een CV als met een FGR, dan prevaleert de fiscale definitie van de (niet-transparante) FGR. En met de nieuwe wettelijke definitie van de FGR met ingang van 2025 blijft de reële kans op een kwalificatieverschil

¹ Kamerstukken II, 36425, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 2.

² Huidige lijst van gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden te raadplegen op: https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/themaoverstijgend/brochures_en_publicaties/lijst_van_gekwalificeerde_buitenlandse_samenwerkingsverbanden.

³ Wij merken overigens op dat de Luxemburgse SCSp niet is opgenomen in de concept rechtsvormenlijst in het Concept Kwalificatiebesluit. Dit terwijl haar tegenhanger met rechtspersoonlijkheid, de Société en Commandite Simple, wel is opgenomen als CV. Dit onderscheid kunnen wij niet zo snel plaatsen.

⁴ Kamerstukken II, 36425, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 3.

⁵ Zie artikel 2 lid 4 Concept Kwalificatiebesluit.

bestaan voor de hierboven genoemde buitenlandse fondsen, mits zij – kort samengevat – (i) gereguleerd zijn, (ii) geen rechtspersoonlijkheid bezitten, (iii) beleggen voor gemene rekening⁶ en (iv) vrij overdraagbare bewijzen van deelgerechtigdheid uitgeven (en bijvoorbeeld niet kunnen kiezen voor de mogelijkheid van uitsluitend vervreemding aan het buitenlands fonds zelf)^{7,8} Het is lastig deze uitkomst te rijmen met het doel van de wetgeving, namelijk het voorkomen van hybride mismatches. Zoals eerder in deze consultatie is opgemerkt, zou het Ministerie van Financiën er in elk geval goed aan doen (meer) verduidelijking te bieden op basis van welke specifieke kenmerken een FGR wordt onderscheiden van een CV-achtige.

Daarnaast wijzen wij erop dat bij onduidelijkheid van de kwalificatie tussen een FGR of CV-achtige een andere uitkomst denkbaar is die meer in lijn lijkt met de systematiek van de Wet Kwalificatiebeleid. Het Concept Kwalificatiebesluit bepaalt momenteel dat een niet-gekwalificeerde buitenlandse rechtsvorm een niet-vergelijkbare rechtsvorm is in het geval dat die buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar is met meer dan één Nederlandse rechtsvorm.⁹ In dat geval wordt de fiscale kwalificatie bepaald aan de hand van de symmetrische methode, inhoudende dat de fiscale kwalificatie van het vestigingsland wordt gevolgd.¹⁰ Wij onderschrijven in het algemeen deze keuze om bij vergelijkbaarheid met meer dan een Nederlandse rechtsvorm te kiezen voor de symmetrische methode, omdat hiermee hybride mismatches bij de oorzaak worden aangepakt. In de bovengeschetste praktijkvoorbeelden is de fiscale kwalificatie van de vestigingsstaat van het buitenlandse fonds dan altijd leidend. Dat het met deze keuze voor de symmetrische methode bij de Nederlandse bronbelastingen noodzakelijk is voor de beheerder van het buitenlands fonds om de positie van iedere achterliggende investeerder te kennen op het tijdstip van dividenduitkeringen en rentebetalingen hoeft in de meeste gevallen niet onoverkomelijk te zijn en doet meer recht aan de fiscale positie van de achterliggende investeerder voor de heffing van deze Nederlandse bronbelastingen.

Wij danken u zeer voor de mogelijkheid tot het leveren van een reactie op het Kwalificatiebesluit. De Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen is zeer gewenste wetgeving in de praktijk. Wij treden graag met u in overleg als een nadere toelichting gewenst is.

Hoogachtend,

Namens DLA Piper Nederland N.V.,

Mr. J.P.A. (Jean Paul) Dresen
Mr. J.C. (Jian-Cheng) Ku
Mr. X.M. (Xander) Stubenrouch

⁶ Zowel de definitie van transparant fonds als FGR kent de eis van het beleggen voor gemene rekening. Wij veronderstellen dat een buitenlands fonds met slechts één deelnemer of participant conform de uitleg van de Hoge Raad van 24 januari 2020 (ECLI:NL:HR:2020:115) ook onder de Wet Kwalificatiebeleid voor Nederlandse maatstaven met ingang van 1 januari 2025 transparant zal blijven, nu deze niet voor gemene rekening belegt.

⁷ De buitenlandse fondsen hebben vaak zogenoemde 'partnership units'. De inkoopvariant waarbij zulke participaties uitsluitend aan het fonds zelf kunnen worden vervreemd is niet gangbaar bij een gereguleerde LP of SCSp.

⁸ Nadere wezenskenmerken van een FGR zijn zeker denkbaar, maar worden in de memorie van toelichting niet genoemd.

⁹ Artikel 2 lid 3 sub a Concept Kwalificatiebeleid.

¹⁰ Artikel 3 lid 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (wettekst vanaf 1 januari 2025).