

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Aan de Vaste commissie van Justitie van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
de heer D. Nava
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 31 juli 2007

**Betreft: Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse
Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel ‘Invoeringswet titel
7.13 Burgerlijk Wetboek’ (Wetsvoorstel 31 065, herziening van het
personenvennootschapsrecht)**

Geachte leden van de Commissie,

Met belangstelling heeft de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) kennisgenomen van het wetsvoorstel inzake de Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek. Het wetsvoorstel geeft de Orde aanleiding tot het plaatsen van enige kanttekeningen.¹ In Deel A geven wij enkele fundamentele beschouwingen over het wetsvoorstel. In Deel B volgen de inhoudelijke opmerkingen over het wetsvoorstel. Deel B bestaat uit de volgende hoofdstukken:

1. Inkomstenbelasting/vennootschapsbelasting
2. Overdrachtsbelasting
3. Successiewet
4. Punten van technische aard.

¹ Deze kanttekeningen zijn deels ontleend aan het redactioneel commentaar van de redactie van Vakstudie Nieuws (V-N 2007/29.8), aan een binnenkort in het *MBB* te verschijnen bijdrage van J.L. van de Streek, Fiscale gevolgen van de nieuwe omzettingen in het vennootschapsrecht (Titel 7.13 BW), aan een binnenkort in het *WFR* te verschijnen bijdrage van J.W. Bellingwout, Invoering titel 7.13 BW: enkele internationale fiscale aspecten, aan een binnenkort in het *WFR* te verschijnen bijdrage van M.L.M. van Kempen, Personenvennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid in de overdrachtsbelasting, en aan een binnenkort in het *WFR* te verschijnen bijdrage van A.J.A. Stevens, Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13.BW: enige vennootschapsbelastingaspecten.

A. Fundamentele beschouwingen wetsvoorstel

Het nieuwe systeem met betrekking personenvennootschappen, OV's/CV's en OVR's/CVR's, overziend, constateert de Orde het volgende nogal versnipperde beeld:

- Voor de IB/Vpb geldt, net als thans, zowel voor de OV/CV als voor de OVR/CVR fiscale transparantie.
- Voor de omzetbelasting en loonbelasting geldt voor zowel de OV/CV als de OVR/CVR dat deze net als thans kwalificeren als ondernemer (voor de OB) resp. inhoudingsplichtige (voor de LB); er bestaat dus nadrukkelijk geen fiscale transparantie.
- De overdrachtsbelasting neemt hierin een tussenpositie in. De OV/CV zijn, net als thans, fiscaal transparant en de OVR/CVR niet.
- Voor de successiewet lijkt fiscale transparantie, net als thans, te worden gehandhaafd (zie hierna Hoofdstuk 3).

Dit betekent dus bijvoorbeeld dat de omzetting van een OV/CV in een OVR/CVR niet leidt tot belastingheffing in de IB/Vpb, maar wel tot heffing van overdrachtsbelasting (met toepassing van een eventuele vrijstelling). De omzetting van een OVR/CVR in een BV, en vice versa, leidt vervolgens wel tot heffing van IB/Vpb (met eventuele vrijstellingen) maar weer niet tot heffing van overdrachtsbelasting (tenzij sprake is van een zogenoemd onroerendezaaklichaam ex art. 4 WBR; in dat geval is mogelijk heffing aan de orde bij de aandeelhouders respectievelijk vennoten). Zie hiervoor paragraaf 2.9. De Orde vraagt zich af of dit niet een te ingewikkeld systeem wordt dat niet meer is uit te leggen aan een gemiddelde vennoot, over het algemeen de wat kleinere ondernemer in het MKB, in een OV(R)/CV(R).

Met betrekking tot de handhaving van de fiscale transparantie van de OV(R) en CV(R) in de IB en Vpb wijst de Orde erop dat hiermee civielrechtelijke eigendomsverhoudingen worden doorbroken. Naar de Orde meent moeten voor een dergelijke ingrijpende inbreuk in de fiscaliteit op de civielrechtelijke eigendomsverhoudingen goede argumenten bestaan. De Orde mist deze in het wetsvoorstel. Deze inbreuk compliceert de juridische en fiscale uitwerking behoorlijk, omdat beide rechtsgebieden andere uitgangspunten hebben. De Orde voorziet op dit punt allerlei vraagstukken in de praktijk die op dit moment nog volstrekt onvoldoende kunnen worden overzien (zie paragraaf 1.4).

De Orde is van mening dat deze punten meer fundamentele aandacht behoeven bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel.

Voorts spreekt de Orde haar zorg uit over het feit dat het wetsvoorstel bepaalde probleemgebieden in het geheel niet onderkent. De Orde noemt hieronder, zonder limitatief te willen zijn, een vijftal punten.

a) Vennootschapsbelasting

Naar de mening van de Orde is de positie van een Vpb-plichtig lichaam dat is betrokken bij de omzetting van een OVR/CVR in een BV of omgekeerd, in het geheel niet overdacht. Als gevolg daarvan dreigt in die situaties heffing van vennootschapsbelasting, terwijl een doorschuiffaciliteit op zijn plaats zou zijn.

Bij gebrek aan een dergelijke faciliteit zullen zulke omzettingen in veel gevallen om fiscale redenen niet plaatsvinden. De Orde acht dit een ernstige tekortkoming van dit wetsvoorstel. Paragraaf 1.2 gaat hier nader op in.

b) Successiewet

Voorts heeft de Orde in het wetsvoorstel dan wel in de toelichting passages gemist over de doorwerking van de voorgestelde wijzigingen in titel 7.13 BW naar de Successiewet 1956, bijvoorbeeld ten aanzien van de transparantie van de OVR/CVR voor de Successiewet. Hoofdstuk 3 gaat hier verder op in.

c) Samenloop overdrachtsbelasting/omzetbelasting

De Orde vraagt zich af of de wetgever bij de keuze voor een afwijkende behandeling van de OVR/CVR (niet-transparant) ten opzichte van de OV/CV (transparant) in de overdrachtsbelasting voldoende aandacht heeft geschonken aan de samenloop met de omzetbelasting. Een voorbeeld wordt behandeld in paragraaf 2.6.

d) Open commanditaire vennootschap

In de praktijk blijkt de uitleg die de Belastingdienst geeft aan de open CV tot problemen te leiden; problemen die waarschijnlijk uitsluitend door middel van een wetswijziging kunnen worden opgelost. De Orde betreurt het dat de indiening van het onderhavige wetsvoorstel niet is aangegrepen om een veel soepelere uitleg van de open CV voor te stellen.

e) Buitenlandse personenvennootschappen

Naar de mening van de Orde ontbreekt een samenhangende visie op de vraag op welke wijze buitenlandse personenvennootschappen zijn ingepast in dit wetsvoorstel. Voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting is voorzien in transparantie terwijl niet geheel duidelijk is of de rechtspersoonlijkheid evenals bij binnenlandse rechtspersonen wordt genegeerd. In de overdrachtsbelasting heeft de rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR wél betekenis. Daarbij rijst de vraag of dit ook het geval is voor buitenlandse personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid. De Orde zou daarom graag een nadere verduidelijking krijgen over de positie van buitenlandse personenvennootschappen in de inkomstenbelasting/vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting.

De Orde verzoekt om aandacht voor deze naar de mening van de Orde fundamentele punten in de verdere behandeling van het wetsvoorstel.

B. Inhoudelijke beschouwingen wetsvoorstel

1 Inkomstenbelasting/vennootschapsbelasting

1.1 Art. 7:804 BW

De systematiek van het voorgestelde art. 3.7 Wet IB 2001 (jo. het voorgestelde art. 8, lid 3, Wet Vpb 1969) steunt voor een groot deel op de werking van (het voorgestelde) art. 7:804 BW, op grond waarvan de rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR voor alle wettelijke bepalingen buiten titel 7.13 BW wordt genegeerd. Zoals de Raad van State in zijn advies heeft aangegeven, zijn het negeren van rechtspersoonlijkheid en het rechtstreeks toerekenen van winst en vermogen aan de vennoten wetstechnisch gezien twee verschillende onderwerpen die beide afzonderlijk geregeld moeten worden. Voor de Nederlandse OVR en CVR is dit geschied (art. 7:804 BW en art. 3.7 IB) en voor zover de Orde thans kan overzien op afdoende wijze. De Orde vraagt zich echter af hoe de op de OVR of CVR gelijkende buitenlandse rechtsvormen in dit systeem passen. Naar mag worden aangenomen geldt het negeren van rechtspersoonlijkheid ex art. 7:804, lid 2, BW immers uitsluitend voor de Nederlandse OVR en CVR, zodat voor de vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen de rechtspersoonlijkheid niet kan worden genegeerd. Indien de visie van de Orde juist is, zou moeten worden bepaald dat art. 7:804, lid 2, BW op de met de OVR en CVR vergelijkbare rechtsvormen van overeenkomstige toepassing is voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.

1.2 Omzetting OVR-BV / BV-OVR

Op grond van de voorgestelde artikelen 7:834 en 835 BW kan een OVR/CVR worden omgezet in een BV resp. een BV worden omgezet in een OVR/CVR. De Orde vraagt aandacht voor de positie van een Vpb-plichtig lichaam dat als vennoot resp. als aandeelhouder bij dergelijke omzettingen is betrokken. Voor de praktijk is het van groot belang dat zulke omzettingen zonder heffing van vennootschapsbelasting kunnen plaatsvinden. Hierna gaat de Orde nader in op deze twee omzettingen. Ten aanzien van beide omzettingen concludeert de Orde thans dat deze niet gefacilieerd lijken te zijn in de vennootschapsbelasting. Als deze conclusie juist is, dringt de Orde er met klem op aan dergelijke omzettingen (ook) voor een Vpb-plichtig lichaam dat daarbij is betrokken, te faciliteren door middel van een doorschuiffaciliteit.

1.2.1 Positie Vpb-plichtig lichaam bij omzetting OVR/CVR in BV

De Orde constateert dat het onderhavige wetsvoorstel geen regeling bevat ten aanzien van de fiscale positie van een Vpb-plichtig lichaam dat als gewone of commanditaire vennoot van een OVR/CVR is betrokken bij de omzetting van een OVR/CVR in een BV. Ook in de toelichting wordt op deze figuur niet ingegaan. In wezen komt een dergelijke omzetting neer op de overgang van een transparante entiteit (OVR/CVR) in een niet-transparante entiteit (BV) binnen de sfeer van de vennootschapsbelasting. Het lijkt erop dat bij zo'n omzetting een dergelijke vennoot in beginsel moet afrekenen over de stille reserves en goodwill, aangezien een dergelijke omzetting een realisatiemoment lijkt te impliceren.

Er gaat immers vermogen over van de gewone resp. commanditaire vennoot (vanwege de fiscale transparantie van een OVR/CVR) op een ander lichaam: de BV.

Zo dit het geval is, bepleit de Orde om naar analogie met art. 14a Wet Vpb 1969, dan wel art. 14 Wet Vpb 1969 (dit artikel lijkt op tekstuele gronden niet van toepassing te kunnen zijn) een doorschuiffaciliteit te bieden aan een dergelijke vennoot, die immers zijn (fiscaal gezien) rechtstreekse deelname in de onderneming van de OVR/CVR verruilt voor een aandelenbelang in een BV die de onderneming van de OVR/CVR voortzet. De Orde vreest dat een eindafrekening prohibitief is voor de verwezenlijking van dergelijke omzettingen, met als gevolg dat de bedoeling van de zevende afdeling van titel 7.13 BW - het mogelijk maken van dergelijke omzettingen - wordt doorkruist.

Ook zou de Orde het betreuren indien als gevolg van de omzetting het recht op verliescompensatie verloren zou gaan. Weliswaar bieden art. 14a Wet Vpb 1969 en art. 14 Wet Vpb 1969 niet de mogelijkheid om verliezen mee te geven, maar de Orde is van mening dat in casu aansluiting gezocht moet worden bij art. 15af, lid 1, onderdeel b, Wet Vpb 1969 vanwege het behoud van rechtspersoonlijkheid bij een dergelijke omzetting.

Na de omzetting van de OVR/CVR in een BV zal bij de voormalige gewone of commanditaire vennoot, thans aandeelhouder in een BV, doorgaans de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn (tenzij sprake is van een zogenoemde laagbelaste beleggingsdeelneming; hiervan abstraheren wij gemakshalve). In dit verband is de hoogte van het opgeofferd bedrag relevant voor een eventueel toekomstig liquidatieverlies, indien de BV wordt geliquideerd. De Orde verneemt graag de visie van de staatssecretaris van Financiën op deze problematiek.

Kan voorts worden bevestigd dat in dit verband bij het Vpb-plichtig lichaam geen sprake is van een desinvesteringbijtelling op grond van art. 3.47 Wet IB 2001? Dit omdat er geen sprake is van vervreemding van bedrijfsmiddelen die tot het vermogen van de in een BV omgezette OVR behoren? Uiteraard zal er dan ook geen investering zijn waarvoor de verkrijgende BV investeringsaftrek kan verkrijgen.

1.2.2 Positie Vpb-plichtig lichaam bij omzetting BV in OVR/CVR

Eveneens vraagt de Orde zich af wat de fiscale gevolgen zijn voor de Vpb-plichtige aandeelhouder van een BV én voor de BV zelf, indien de BV wordt omgezet in een OVR of CVR. Omdat de OVR anders dan de BV voor de heffing van vennootschapsbelasting transparant is, komt de omzetting van een OVR in een BV neer op een overgang van een niet-transparante naar een transparante entiteit binnen de sfeer van de vennootschapsbelasting. Het lijkt erop dat de BV op grond van art. 15d Wet Vpb moet afrekenen over de (stille) reserves en goodwill en dat eventueel aanwezige nog niet benutte verliezen verloren gaan. Als deze conclusie juist is, dringt de Orde erop aan een doorschuiffaciliteit te creëren. Daarbij kan naar de mening van de Orde aansluiting worden gezocht bij art. 14b Wet Vpb 1969 en art. 13k Wet Vpb 1969. In dat geval kunnen ook de compensabele verliezen worden meegegeven (met uiteraard winstsplitting nadien).

Na de omzetting van de BV in een OVR/CVR zal bij de voormalig aandeelhouder in de BV (thans gewone of commanditaire vennoot in een OVR/CVR) niet langer de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn. Dit kan tot claimverlies leiden bijvoorbeeld als op het aandelenpakket de compartimenteringsleer van toepassing was (of bijvoorbeeld art. 13c Wet Vpb 1969 danwel een andere doorschuifregeling, zoals art. 13h/13i Wet Vpb 1969). De Orde vraagt hoe met dit soort claims moet worden omgegaan en acht onmiddellijke afrekening ervan op het moment van de omzetting niet gewenst. Ook hier rijst de vraag of art. 3.47 Wet IB 2001 (desinvesteringsbijtelling) van toepassing is. Kan worden bevestigd dat dit niet het geval is?

1.3 *Fiscale eenheid*

In de toelichting is evenmin aandacht geschonken aan de mogelijke samenloop met de fiscale eenheid. De Orde acht het voor de praktijk van groot belang dat op dit punt grotere duidelijkheid wordt geboden. Graag zou de Orde daarom vernemen wat de gevolgen zijn van de omzetting van een in een fiscale eenheid gevoegde 95% dochter-BV in een OVR. De Orde vraagt zich in het bijzonder af of omzetting in dat geval plaatsvindt binnen of buiten fiscale eenheid. Met andere woorden: of de dochter-BV ontvoegd wordt voorafgaand aan de omzetting in een OVR. Dit laatste kan ingrijpende sancties tot gevolg hebben, bijvoorbeeld toepassing van art. 15ai Wet Vpb 1969.

Ook vraagt de Orde zich af wat de gevolgen zijn indien een OVR die 100% van de aandelen in een dochter-BV houdt, wordt omgezet in een BV. Kan deze nieuwe BV in dat geval als 'nieuw opgerichte moedermaatschappij' vanaf de datum van 'oprichting' (lees: omzetting, er was immers al sprake van een rechtspersoon) een fiscale eenheid aangaan met haar 100%-dochter-BV?

Meer in zijn algemeenheid vraagt de Orde aan de staatssecretaris om nader in te gaan op de positie van de dochtermaatschappij in de rechtsvorm van een BV die via een fiscaal transparante OVR of CVR wordt gehouden. In het verleden (Brief staatssecretaris aan EK, vergaderjaar 2002/03, 26 854, nr. 45a, p. 4 (wetsvoorstel herziening fiscale eenheidsregime)), heeft de staatssecretaris aangegeven dat een lichaam dat commanditair vennoot is in een (fiscaal transparante) CV die aandelen in een dochter-BV heeft, slechts een fiscale eenheid met die dochter-BV kan aangaan indien de commanditair vennoot/lichaam zelf voor ten minste 95% juridisch en economisch eigenaar van de aandelen in de dochter-BV is. In het geval van een tussengeschakelde OVR of CVR zal de juridische eigendom van de aandelen in de dochter-BV veelal bij de OVR resp. CVR zelf komen te liggen. De Orde vraagt om bevestiging dat ook in die gevallen een fiscale eenheid kan worden aangegaan. Dit omdat toepassing van het voorgestelde art. 8, lid 3, Wet Vpb 1969 juncto het voorgestelde art. 3.7, Wet IB 2001 tot gevolg heeft dat de bezittingen en schulden van de OVR of CVR worden toegerekend aan de vennoot van de OVR/CVR (vanzelfsprekend dient het te gaan om een belang van ten minste 95%).

1.4 Doorkruising civielrechtelijke eigendomsverhoudingen

In de inleiding is aangegeven dat met de handhaving van de fiscale transparantie van de OV(R) en CV(R) in de IB en Vpb, civielrechtelijke eigendomsverhoudingen worden doorbroken. Dit leidt tot onduidelijke en gecompliceerde fiscale uitwerkingen.

Als voorbeeld schetst de Orde de volgende casus. Stel er zijn drie vennoten in een OVR met een winstgerechtigdheid per vennoot van 33,33%. Tot het vermogen van de OVR behoort een pand alsmede een 100%-aandelenpakket in een BV. De OVR drijft geen materiële onderneming, zodat de vennoten niet kwalificeren als ondernemer voor de inkomstenbelasting. Het pand wordt verhuurd aan de BV. De Orde vraagt zich af of in deze situatie bij de drie vennoten in de OVR de terbeschikkingstellingsregeling van toepassing is op het pand. Vanwege de fiscale transparantie is bij alle vennoten immers sprake van een pand (bij ieder voor eenderde gedeelte) dat ter beschikking wordt gesteld aan de BV, waarin iedere vennoot een aanmerkelijk belang heeft (want door de fiscale transparantie van de OVR heeft iedere vennoot een 33,33%-pakket). Vide art. 3.92 Wet IB 2001. De huurpenningen alsmede de waardeinstijgingen van het pand komen echter toe aan de OVR die juridisch eigenaar is van het pand. De Orde vraagt zich af of de vennoten zich in deze situatie in civielrechtelijke zin steeds en in voldoende mate op het vermogen van de OVR kunnen verhalen om de door hen in privé verschuldigde belasting te voldoen. Voorts voorziet de Orde problemen als in deze casus de OVR het pand vervreemdt. In theorie zouden twee vennoten dit kunnen besluiten, met voorbijgaan aan de derde. Met z'n tweeën beschikken zij immers over voldoende zeggenschap in de OVR. Behalve de twee, actieve vennoten, wordt ook de derde, passieve vennoot, bij een bevestigende beantwoording dat in genoemde situatie de terbeschikkingstellingsregeling van toepassing is, in de IB betrokken voor zijn 33,33%-aandeel, via de OVR, in het pand en wel tegen het progressieve tarief van maximaal 52%. De Orde vraagt zich af of dit bedoeld is. Verder vraagt de Orde zich af of er in genoemde casus ook aanmerkelijkbelangheffing plaatsvindt bij de vennoten als de OVR besluit het 100%-aandelenpakket in de BV te vervreemden. De verkoopopbrengst van het aandelenpakket komt ook nu toe aan de OVR, zodat ook nu de vraag gerechtvaardigd is of de vennoten zich steeds en in voldoende mate kunnen verhalen op het vermogen van de OVR om de aanmerkelijkbelangheffing te voldoen. Voorts geldt ook nu dat de twee van de drie vennoten kunnen besluiten het 100%-pakket in de BV te vervreemden, zodat ook bij de derde vennoot aanmerkelijkbelangheffing optreedt.

2 Overdrachtsbelasting

2.1 Negeren van rechtspersoonlijkheid

De Orde begrijpt dat de rechtspersoonlijkheid van de OVR en CVR - in weerwil van het voorgestelde art. 7:804 BW - wél in acht moet worden genomen voor toepassing van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR). Zo zal het gewijzigde art. 4 WBR zien op alle rechtspersonen, waaronder, zo begrijpt de Orde, de OVR en CVR. De Orde vraagt zich af of niet met zoveel woorden in de WBR moet worden geregeld dat voor toepassing van deze wet de bepaling van art. 7:804 BW buiten werking wordt gesteld.

2.2 *'Economische deelgerechtigdheid'*

De term 'economische deelgerechtigdheid' dient ter aanduiding van de positie van de vennoten (zeggeschapsrechten en de eventuele winstrechten) in een OVR. Deze terminologie is in een aantal artikelen in de WBR opgenomen (zie onder meer het voorgestelde art. 4, lid 1, onderdeel a, WBR). De Orde vraagt zich af of het begrip 'economische deelgerechtigdheid' wel in alle relevante bepalingen van de WBR is verwerkt. Zo lijkt dit niet het geval te zijn voor wat betreft art. 13, lid 2, WBR.

2.3 *Het 5%-criterium*

De Orde constateert dat op grond van het voorgestelde art. 2 WBR de verkrijging of uitbreiding van een belang van 5% of meer in een open vastgoedfonds zonder rechtspersoonlijkheid reeds onder de reikwijdte van de overdrachtsbelasting valt. Naar analogie met art. 4, lid 3, WBR pleit de Orde voor de toepassing van het 'eenderde belang'-criterium. De Orde sluit zich aan bij de opmerking in *V-N* 2007/29.8, blz. 55, dat de ruime toepassing van het 5%-criterium het Nederlandse investeringsklimaat niet ten goede komt. De Orde meent ook dat dit niet aansluit bij het streven Nederland aantrekkelijker te maken voor beleggingsfondsen (afschaffing kapitaalsbelasting, invoering VBI-regime, aanpassing FBI-regime, instelling Holland Financial Center, etc.).

De Orde voorziet grote praktische problemen bij de 'reparatie' van het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2004, nr. 38 059, BNB 2005/73. Als toelichting dient het volgende voorbeeld. Veel fondsen voor gemene rekening kennen de regeling dat een participant zijn participaties kan aanbieden aan het fonds tegen uitbetaling van de intrinsieke waarde van de participaties. Ook kan een dergelijk fonds vrijelijk participaties uitgeven aan (nieuwe) beleggers. Door het niet meer van toepassing zijn van art. 4 WBR op dit type fonds zal er bij de inkoop van participaties door het fonds voor de achterblijvende beleggers sprake zijn van een belastbare verkrijging voor de heffing van overdrachtsbelasting. Belegger loopt aldus het risico geconfronteerd te worden met een aanslag overdrachtsbelasting door het enkele feit dat een medebelegger – die hij mogelijk niet eens kent – zijn participaties verkoopt. Omdat voor de verkoop van de participaties doorgaans niet de toestemming van de overige participanten vereist is, kan de achterblijvende belegger zich ook niet beschermen tegen ongewenste belastingschade.

De Orde merkt op dat vele miljarden euro's in Nederlands vastgoed zijn geïnvesteerd door fondsen voor gemene rekening als hiervoor bedoeld. Veel van deze fondsen zijn gevormd naar buitenlands recht en hebben derhalve niet de mogelijkheid rechtspersoonlijkheid te verkrijgen. Naar de mening van de Orde ontstaat voor deze fondsen en hun beleggers een groot fiscaal risico, waardoor beleggen in Nederlandse onroerende zaken voor hen onaantrekkelijker wordt.

Naar de letter van de voorgestelde wettekst is zelfs de 5%-regeling niet van toepassing omdat de achterblijvende beleggers geen (extra) rechten van deelneming verkrijgen. Zij behouden de participaties die zij reeds hielden en kunnen dus geen beroep doen op het voorgestelde derde lid van artikel 2 WBR. Zelfs al zou de 5%-regeling van toepassing worden verklaard, dan is zij naar de mening van de Orde niet ruim genoeg. Zoals hierboven aangegeven stelt de Orde voor het 'eenderde-criterium' voor deze beleggingsfondsen te handhaven.

Volgens de Orde staan de argumenten voor reparatie van het arrest niet in verhouding tot de geschade belangen van de vastgoedfondsen. Het gevaar van ontgaansconstructies als gevolg van bepaalde interpretaties van het arrest waaraan in de memorie van toelichting wordt gerefereerd kan ook op andere wijze worden bestreden.

2.4 *Verkrijging economische gerechtigdheid en economische eigendom*

2.4.1 Verkrijging economische gerechtigdheid van onroerende zaken door vennoot OVR/CVR

De Orde zou graag bevestigd krijgen dat de verkrijging van een economische gerechtigdheid als vennoot in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid niet kan worden gezien als een verkrijging van de economische eigendom van onroerende zaken in de zin van art. 2, lid 2, WBR. Hoewel in de opvatting van het ministerie van Financiën de OVR/CVR voor wat betreft de overdrachtsbelasting gelijkgesteld wordt met een BV zou het naar de mening van de Orde aanbeveling verdienen dat hier geen enkele onduidelijkheid over bestaat. Dit mede gelet op de uitleg die het Ministerie van Financiën geeft aan het reeds genoemde het arrest van oktober 2004; wij verwijzen naar de opmerking in de aantekening bij V-N 2007/29.8.

2.4.2 Verkrijging economische gerechtigdheid van fictieve onroerende zaken door vennoot OVR/CVR

Ingevolge artikel 4, lid 3, WBR (nieuw) kwalificeert een economische gerechtigdheid in een OVR/CVR als een economische gerechtigdheid in een fictieve onroerende zaak. Op het moment van omzetting van een OV in een OVR is er volgens de letterlijke tekst van het wetsvoorstel derhalve sprake van een belaste verkrijging door een vennoot van een economische deelgerechtigdheid in een fictieve onroerende zaak. De Orde zou het op prijs stellen indien expliciet wordt bevestigd dat een dergelijke verkrijging, naast de verkrijging van onroerende zaken ingevolge de omzetting door de OVR zelf, niet tevens kan worden gezien als een belaste verkrijging.

2.5 *'Belang'*

Het huidige art. 4, lid 4, WBR schrijft voor dat, voor de vraag of een vennootschap als onroerendezaaklichaam wordt aangemerkt, consolidatie is vereist van deelnemingen waarin ten minste eenderde gedeelte '*van het geplaatste kapitaal*' wordt gehouden. Het voorgestelde art. 4, lid 4, WBR bepaalt daarentegen dat deelnemingen (waaronder de economische deelgerechtigdheid in een OVR of in een CVR) worden geconsolideerd mits de rechtspersoon voor ten minste eenderde gedeelte '*belang*' bezit in die deelneming. De term '*belang*' dient daarbij als overkoepelend begrip voor zowel het aandelenkapitaal (bij een kapitaalvennootschap met rechtspersoonlijkheid) als de economische deelgerechtigdheid in een OVR of CVR. Met de wijziging van het eenderde percentage van *het geplaatste aandelenkapitaal* naar het eenderde percentage van *het belang* doet zich de vraag voor wat in dit kader onder het begrip '*belang*' dient te worden verstaan. Op blz. 44 van de memorie van toelichting komt tot uitdrukking dat geen andere wijziging is beoogd dan het consolidatievereiste uit te breiden met belangen van ten minste eenderde in een OVR/CVR. Het reeds bestaande begrip '*belang*' in art. 4, leden 6 t/m 8, WBR is evenwel veel ruimer (het betreft hier een materieel belang).

Aangezien de wetgever zich niet ten doel stelt een wijziging van het criterium ex art. 4, lid 4, WBR aan te brengen, anders dan een uitbreiding met belangen in een OVR/CVR, acht de Orde het niet wenselijk een tweede begrip 'belang' in art. 4 WBR te introduceren met een afwijkende betekenis van het bestaande gelijknamige criterium. De Orde stelt voor het percentage in het geplaatste aandelenkapitaal als criterium aan te houden, met dien verstande dat voor de deelneming in een OVR/CVR de omvang van de economische deelgerechtigdheid doorslaggevend is. De Orde vraagt zich in dit verband af op welke wijze de omvang van het aandeel in de economische gerechtigdheid precies moet worden vastgesteld. De Orde zou hierover graag een verduidelijking willen.

De Orde is verheugd dat is voorgesteld om de eerder door dr. Y.E. Gassler in diens dissertatie geconstateerde onevenwichtigheid met betrekking tot de bepaling van de belangen ex art. 4, lid 5, onderdeel c, WBR te repareren. De Orde vraagt zich echter af wat de reden is dat niet tevens is voorgesteld om de geconstateerde onevenwichtigheid te repareren die optreedt met betrekking tot de tweejaarreis ex art. 4, lid 5, onderdeel b, WBR, waarbij geen rekening wordt gehouden met een tussentijdse vervreemding van de aandelen.

2.6 Samenloop overdrachtsbelasting met omzetbelasting

De Orde vraagt zich af of de wetgever bij de keuze voor een afwijkende behandeling van de OVR/CVR (niet-transparant) ten opzichte van de OV/CV (transparant) voldoende aandacht heeft geschonken aan de samenloop met de omzetbelasting. Zo kan bij de verkrijging van een participatie in een OV/CV met onroerend goed in de (BTW-belaste) bouw- en handelsfase belastingdruk worden vermeden: de BTW kan in aftrek worden gebracht en de overdrachtsbelasting is vrijgesteld op grond van art. 15, lid 1, onderdeel a, WBR. Analoog aan het arrest van de Hoge Raad, 13 januari 1982, nr. 20 875, *BNB* 1982/74, zal dit niet gelden bij de verkrijging van een economische deelgerechtigdheid in een OVR/CVR met onroerend goed in de bouw- en handelsfase: de verkrijging van een economische deelgerechtigdheid in een OVR/CVR zal immers niet worden aangemerkt als een levering ex art. 11, lid 1, onderdeel a, ten eerste, Wet OB. Daardoor kan bij de verkrijging van een dergelijk recht geen beroep worden gedaan op de samenloopvrijstelling ex art. 15, lid 1, onderdeel a, WBR. Anders dan bij de verkrijging van een participatie in een OV/CV is derhalve overdrachtsbelasting verschuldigd bij de verkrijging van de economische deelgerechtigdheid in een OVR/CVR. De verkrijging van een vergelijkbaar belang in onroerend goed wordt daarmee op verschillende wijze belast. In dat kader acht de Orde het wenselijk dat de wetgever nader aandacht besteedt aan de samenloop tussen de overdrachtsbelasting en de omzetbelasting.

2.7 Informatieplicht

Op blz. 43 van de memorie van toelichting is vermeld dat de informatieplicht ex art. 54 WBR ook geldt voor een beheerder in een open beleggingsfonds 'indien hij ervan op de hoogte is' dat er een deelname in zijn fonds met een belang van 5% of meer is. Naar de mening van de Orde zou dit in het betreffende wetsartikel (artikel 54 WBR) als zodanig moeten worden opgenomen. Zonder een wettelijke basis kan naar de mening van de Orde geen verplichting aan iemand worden opgelegd, zeker niet indien de niet-nakoming daarvan een economisch delict is.

Voorts is de Orde van mening dat er veel situaties bestaan waarin de beheerder niet in staat is om aan een dergelijke verplichting te voldoen omdat hij niet tijdig op de hoogte is van de economische eigendomsoverdracht. Voor de beheerder is voorts moeilijk na te gaan of er tezamen met verbonden personen/lichamen een belang van 5% of meer wordt verkregen. Nu de overdracht van participaties in fondsen die geen rechtspersoonlijkheid bezitten veelal als economische eigendomsoverdrachten kwalificeren, moet het advies aan de vervreemder en eventueel de beheerder luiden om ter voorkoming van aansprakelijkheid elke transactie, ongeacht de omvang daarvan, te melden. Gelet op het vorenstaande is de Orde van mening dat de informatieverplichting voor beheerders moet worden heroverwogen.

2.8 *Overgangsmaatregelen*

Art. 56 (nieuw) WBR kent een overgangsmaatregel voor beleggingsfondsen als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, waarbij deze fondsen binnen een jaar na inwerkingtreding van de onderhavige Invoeringswet rechtspersoonlijkheid kunnen verkrijgen zonder overdrachtsbelasting verschuldigd te zijn. De Orde stelt voor deze overgangsmaatregel uit te breiden tot alle beleggingsfondsen die niet aan de definitie van artikel 1:1 Wet Financieel Toezicht voldoen. Dergelijke beleggingsfondsen verkeren in een ongunstigere positie dan nieuwe beleggingsfondsen. Deze laatste categorie kan immers meteen kiezen voor rechtspersoonlijkheid, terwijl bestaande fondsen niet kunnen kiezen voor rechtspersoonlijkheid zonder dat heffing plaatsvindt over de aanwezige onroerende zaken.

Hetzelfde geldt voor personenvennootschappen die een onderneming drijven vanuit of met behulp van in eigendom gehouden onroerende zaken (denk aan de vele agrarische bedrijven in de vorm van een VOF of maatschap). Deze personenvennootschappen kunnen met een beroep op de vrijstelling van art. 15, lid 1, onderdeel e (nieuw) WBR zonder overdrachtsbelasting rechtspersoonlijkheid verkrijgen. Echter, art. 15, lid 1, onderdeel e WBR kent een aantal stringente voorwaarden, waaronder een driejaars vervreemdingsverbod (wat bijvoorbeeld ook al kan intreden door een wijziging van de winstgerechtigdheid van de vennoten na het verkrijgen van de rechtspersoonlijkheid). Deze stringente voorwaarden gelden niet voor de ondernemingsmatige personenvennootschap die start na invoering van Titel 7.13 BW. Deze nieuwe personenvennootschappen kunnen immers vanaf het begin voor de rechtspersoonlijkheid kiezen, zodat latere overdrachten of wijzigingen in de winstverdeling niet tot overdrachtsbelasting aanleiding geven. De Orde stelt derhalve voor om de overgangsmaatregel van art. 56 (nieuw) WBR open te stellen voor alle bestaande personenvennootschappen die binnen een jaar na inwerkingtreding van de onderhavige Invoeringswet rechtspersoonlijkheid op basis van Titel 7.13 BW verkrijgen.

Een groot aantal Nederlandse vastgoedfondsen is opgericht in de vorm van personenvennootschappen. Onder het huidige recht hebben dergelijke personenvennootschappen geen rechtspersoonlijkheid. Daarom behoort in een dergelijk geval slechts de economische eigendom van het door het fonds gehouden vastgoed tot het gemeenschapsvermogen. De juridische eigendom van het vastgoed is in zo'n geval, op grond van bepalingen in de Wet Financieel Toezicht, ondergebracht in een entiteit met rechtspersoonlijkheid, vaak een zogenoemde Stichting Bewaarder.

Indien een dergelijk vastgoedfonds wordt omgezet in een OVR/CVR is het onderbrengen van de juridische eigendom bij een Stichting Bewaarder niet meer verplicht. Bij de omzetting van een vastgoedfonds in een OVR/CVR is de inbreng van de economische eigendom van het vastgoed in de OVR/CVR door middel van art. 56 (nieuw) onder voorwaarden fiscaal gefacilieerd. De overdracht van de juridische eigendom aan de OVR/CVR is in een dergelijk geval nog steeds een niet-gefacilieerde belaste transactie. De Orde stelt het op prijs indien een dergelijke verkrijging van de juridische eigendom door de OVR/CVR tevens zou worden vrijgesteld wanneer deze plaatsvindt in samenhang met de inbreng van de economische eigendom volgens art. 7:832 BW. Hierdoor kan de entiteit die voorheen de juridische eigendom hield worden ontbonden, waardoor de structuur van deze fondsen wordt vereenvoudigd.

2.9 Art. 4 WBR in verband met omzetting BV in een OVR/CVR en omgekeerd

Kan de staatssecretaris bevestigen dat toepassing van art. 4 WBR ten aanzien van de vennoten respectievelijk aandeelhouders niet aan de orde kan komen ingeval een BV-onroerendgoedlichaam wordt omgezet in een OVR/CVR en omgekeerd?

3 Successiewet

Zoals in de inleiding is aangegeven heeft de Orde in het wetsvoorstel en de toelichting daarop node gemist hoe de voorgestelde wijzigingen in het civiele recht doorwerken naar de heffing van het successie- en schenkingsrecht en de eventuele samenloop met de overdrachtsbelasting. Dit geeft de Orde aanleiding tot de volgende opmerkingen

3.1 Transparantie OVR/CVR

Gelet op het voorgestelde art. 7:804 BW geldt voor de Successiewet 1956, naar de Orde aanneemt, fiscale transparantie van de OVR/CVR. De Orde ziet dit graag expliciet bevestigd.

3.2 Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Voorts vraagt de Orde of de voor de praktijk belangrijke bedrijfsopvolgingsfaciliteit van art. 35b SW 1956 op dezelfde wijze van toepassing blijft op de schenking of vererving van een economische gerechtigdheid in een OVR/CVR. Dus dat een dergelijke schenking of vererving bijvoorbeeld onder het voor IB-ondernemers geldende onderdeel a valt van art. 35b, lid 2, SW 1956 en niet onder het voor aanmerkelijkbelanghouders geldende onderdeel b van genoemd artikel.

3.3 Wisselwerking met de overdrachtsbelasting

Verder attendeert de Orde erop dat de SW 1956 op tal van plaatsen, bijvoorbeeld in art. 5 en in art. 24, lid 4, SW, verwijst naar de overdrachtsbelasting.

Gelet op het feit dat voor de overdrachtsbelasting de rechtspersoonlijkheid van de OVR/CVR wel wordt erkend (en naar de Orde aanneemt dus niet voor de SW 1956 (zie paragraaf 3.1)), vraagt de Orde zich af of dit niet tot allerlei onbedoelde effecten leidt, nu het verkrijgende subject voor beide heffingen afwijkt. Zonder volledig te zijn, geeft de Orde de volgende twee voorbeelden:

a. De situatie waarin een economische gerechtigdheid ('aandeel') in een OVR/CVR die voor de overdrachtsbelasting kwalificeert als een onroerendezaaklichaam, vererft van een buitenlander op een ander. De Orde vraagt zich dan af wat voor het recht van overgang rechtens is. Is vanwege de fiscale transparantie sprake van de vererving van een gerechtigdheid in de onroerende zaak zelf of van een 'aandeel' in een onroerendezaaklichaam? Beide verkrijgingen zijn in art. 5 SW 1956 gedefinieerd als een belastbaar feit voor het recht van overgang. Dubbele belastingheffing, zo neemt de Orde aan, zal wel niet bedoeld zijn, maar de Orde vraagt zich af hoe deze situatie moet worden geduid voor het recht van overgang;

b. De situatie waarin een economische gerechtigdheid ('aandeel') in een OVR/CVR wordt geschonken. Onder huidig recht is zowel sprake van een belaste verkrijging voor de overdrachtsbelasting als voor het schenkingsrecht, waarvoor art. 24, lid 4, SW 1956 een anticumulatieregeling bevat. Onder nieuw recht is, als de Orde het goed ziet, geen sprake meer van een belaste verkrijging voor de overdrachtsbelasting (tenzij de OVR/CVR kwalificeert als een zogenoemde onroerendezaaklichaam ex art. 4 WBR), maar wel voor het schenkingsrecht. De Orde zit dit graag bevestigd.

4. Varia; technische punten

4.1 Open CV(R)'s

De Orde betwijfelt of de tekst van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR voldoende aanknopingspunten biedt om ook de open CVR onder de definitie van open CV te brengen. De Orde geeft in overweging om de tekst van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR -om elk misverstand uit te sluiten - op dit punt aan te vullen en expliciet te bepalen dat onder art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR mede is begrepen de CVR. Deze explicitering dient dan tevens te gelden voor art. 2, lid 3, onderdeel f, AWR dat een commanditaire participatie in een open CV gelijkstelt met een aandeel.

De Orde acht het denkbaar dat de bestaande vennootschapscontracten waarin een regeling is opgenomen die het 'open' karakter moet waarborgen, in het licht van de nieuwe personenvennootschapswetgeving moeten worden aangepast. Zo is in de nieuwe wetgeving de participatie niet overdraagbaar en is in plaats daarvan alleen sprake van uittreding van een vennoot gevolgd door toetreding. Ook is in art. 7: 823, lid 1, BW bij wijze van regelend recht bepaald dat opvolging van een uittredende vennoot of toetreding van een nieuwe vennoot alleen kan geschieden met medewerking van alle vennoten. In het vennootschapscontract moet daar derhalve uitdrukkelijk van worden afgeweken. Omdat de (fiscale) praktijk nog niet goed is ingevoerd met de nieuwe regeling van titel 7.13 BW, stelt de Orde voor om na invoering van titel 7.13 BW een overgangperiode toe te staan van een half jaar waarbinnen vennootschapscontracten van 'open' CV's kunnen worden aangepast aan het nieuwe regime. Dit om hun 'open' karakter te handhaven.

4.2 *Art. 3.7, lid 2, Wet IB 2001*

In art. 3.7, lid 2, Wet IB 2001 is bepaald dat het eerste lid van overeenkomstige toepassing is bij een commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Letterlijk kan dit naar de mening van de Orde worden gelezen als wordt de fiscale positie van de CVR (en haar vennoten, anders dan de commanditaire vennoten van de 'open' CVR) gelijkgesteld aan die van een OV zonder rechtspersoonlijkheid. De memorie van toelichting daarentegen spreekt op blz. 36 van een gelijkstelling van de CVR met een CV zonder rechtspersoonlijkheid. De Orde meent dat laatstgenoemde opmerking juist is, maar vraagt zich af of dit wel volgt uit de wettekst. Verduidelijking op dit punt acht de Orde gewenst.

De Orde wijst er voor de volledigheid op dat, zou de gelijkstelling van de CVR met een OV gelden, dit mogelijk tot onbedoelde consequenties leidt. Het zou er namelijk toe kunnen leiden dat een stichting met als enige activiteit een commanditair belang in een CVR die een onderneming drijft voortaan op die grond belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting. Deze wordt immers op grond van de letterlijke wettekst gelijkgesteld met een belang in een OV zonder rechtspersoonlijkheid. Een zelfde vraag geldt voor de buitenlandse commanditaire vennoot (die als belastingsubject kwalificeert op grond van art. 3 Wet Vpb 1969) met als enige activiteit een commanditair belang in een (Nederlandse) CVR die een onderneming drijft. Naar de mening van de Orde zou dit ten onrechte voorbij gaan aan het onderscheid in positie tussen de gewone vennoot, die hoofdelijk aansprakelijk is, en de commanditaire vennoot, die slechts beperkt aansprakelijk is. De Orde heeft er dan ook een voorkeur voor art. 3.7, lid 2, Wet IB 2001 IB zo aan te passen dat uit de tekst van de wet duidelijk blijkt dat de CVR gelijk wordt gesteld aan een CV zonder rechtspersoonlijkheid en niet aan een OV zonder rechtspersoonlijkheid.

4.3 *Art. 15, lid 1, onderdeel e, WBR*

De Orde vraagt zich af of er niet enige onevenwichtigheid schuilt in de voorgestelde tekst van art. 15, lid 1, onderdeel e, ten tweede, WBR. Naast de generieke termen 'vennootschap' en 'rechtspersoonlijkheid', die ook naar vreemd recht opgerichte vennootschappen lijken te omvatten, wordt deze bepaling nader geconcretiseerd met een verwijzing naar 'openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid', 'naamloze vennootschap' en 'besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid'. De Orde vraagt zich af of met deze specifiek aangeduide rechtsvormen alleen de rechtsvormen van boek 2 WB en titel 7.13 BW zijn bedoeld en derhalve niet de daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen. Zo dit inderdaad het geval is, vraagt de Orde zich af of het niet onevenwichtig is dat voor de buitenlandse rechtsvormen geen nadere concretisering is opgenomen in de onderhavige bepaling.

4.4 *Vestigingsplaatsficties*

De Orde vraagt zich af of voor alle duidelijkheid kan worden bevestigd dat de vestigingsplaatsficties van art. 2, lid 4, Wet Vpb 1969 en van art. 1, lid 3, Wet Div.bel. 1965 van toepassing zijn op een in een BV omgezette OVR. Strikt genomen is de BV immers niet opgericht naar Nederlands recht, maar tot stand gekomen als gevolg van de omzetting van een rechtsvorm waarvan de rechtspersoonlijkheid voor toepassing van de belastingwetgeving is genegeerd.

4.5 *Buitenlandse beleggingsfondsen*

Onverminderd de opmerking in paragraaf 2.3 ziet de Orde graag bevestigd dat de niet-belastbaarheid van belangen van minder dan 5% in open beleggingsfondsen zonder rechtspersoonlijkheid op de voet van het voorgestelde art. 2, lid 3, WBR ook geldt voor belangen in niet naar Nederlands recht opgerichte beleggingsfondsen zonder rechtspersoonlijkheid (zie ook het commentaar in *V-N* 2007/29.8, blz. 55).

4.6 *Fusie, splitsing en interne reorganisatie*

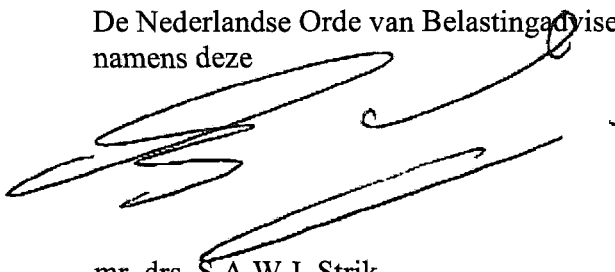
Art. 15, lid 1, onderdeel h, WBR kent een faciliteit voor fusie, splitsing en interne reorganisatie. De Orde zou het op prijs stellen indien expliciet wordt bevestigd dat voor de vrijstelling van art. 15, lid 1, onderdeel h, WBR ook de OVR onder het begrip ‘vennootschap’ als bedoeld in art. 5a, lid 7, art. 5b, lid 5, en art. 5c, lid 2, Uitvoeringsbesluit WBR valt.

Een afschrift van deze brief is heden verzonden aan de minister van Justitie.

Uiteraard is de Orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,
namens deze



mr. drs. S.A.W.J. Strik

C.c.

- Vaste commissie voor Financiën
- Staatssecretaris van Financiën