

Fiscale classificatie van samenwerkingsverbanden: helder of aan herziening toe?

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

Naam: O.T.J. (Olivier) Mirck

Studentnummer: 433134

Begeleider: drs. M.H.M. Smeets

Tweede beoordelaar: dr. L.C. van Hulten

Datum definitieve versie: 7 november 2022

Woordenaantal: 30.674



Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

INHOUDSOPGAVE

| | |
|--|-----------|
| LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN | VI |
| HOOFDSTUK 1: INLEIDING | 1 |
| 1.1. AANLEIDING..... | 1 |
| 1.1.1. <i>Belastingheffing van ondernemingen.....</i> | <i>1</i> |
| 1.1.2. <i>Civielrechtelijke samenwerkingsverbanden.....</i> | <i>2</i> |
| 1.1.3. <i>Algemene fiscale aspecten van personenvennootschappen.....</i> | <i>4</i> |
| 1.1.4. <i>Internationale fiscale aspecten van personenvennootschappen</i> | <i>6</i> |
| 1.2. ONDERZOEKSVRAAG EN DEELVRAGEN..... | 8 |
| 1.3. TOETSINGSKADER | 10 |
| 1.4. AFBAKENING..... | 11 |
| HOOFDSTUK 2: SAMENWERKINGSVERBANDEN IN HET CIVIELE RECHT | 13 |
| 2.1. INLEIDING..... | 13 |
| 2.2. HET ONDERSCHIED TUSSEN PERSONENVENNOOTSCHAPPEN EN KAPITAALVENNOOTSCHAPPEN..... | 13 |
| 2.3. KAPITAALVENNOOTSCHAPPEN | 15 |
| 2.4. PERSONENVENNOOTSCHAPPEN | 16 |
| 2.4.1. <i>Een contractueel samenwerkingsverband</i> | <i>16</i> |
| 2.4.2. <i>De personenvennootschap als rechtssubject</i> | <i>18</i> |
| 2.4.3. <i>De firmanten</i> | <i>19</i> |
| 2.4.4. <i>De verschillende personenvennootschappen naar huidig recht</i> | <i>20</i> |
| 2.4.4.1. Maatschap..... | 20 |
| 2.4.4.2. Vennootschap onder firma | 22 |
| 2.4.4.3. Commanditaire vennootschap..... | 22 |
| 2.5. BUITENLANDSE SAMENWERKINGSVERBANDEN IN HET NEDERLANDSE RECHTSVERKEER | 23 |
| 2.6. DEELCONCLUSIE | 24 |
| HOOFDSTUK 3: BELASTINGHEFFING VAN PERSONENVENNOOTSCHAPPEN EN KAPITAALVENNOOTSCHAPPEN..... | 26 |
| 3.1. INLEIDING..... | 26 |
| 3.2. SAMENWERKINGSVERBANDEN IN DE INKOMSTENBELASTING..... | 26 |

| | | |
|----------|--|----|
| 3.2.1. | <i>Subjectieve belastingplicht</i> | 27 |
| 3.2.2. | <i>Objectieve belastingplicht</i> | 27 |
| 3.2.3. | <i>Bron van inkomen</i> | 28 |
| 3.2.4. | <i>Winst uit onderneming</i> | 29 |
| 3.2.4.1. | Onderneming..... | 29 |
| 3.2.4.2. | Ondernemer | 30 |
| 3.2.4.3. | Medegerechtigde | 32 |
| 3.2.5. | <i>Gevolgen van de eigen subjectieve onderneming</i> | 32 |
| 3.2.5.1. | Winstbepaling | 32 |
| 3.2.5.2. | Ondernemingsvermogen | 33 |
| 3.3. | SAMENWERKINGSVERBANDEN IN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING | 35 |
| 3.3.1. | <i>Binnenlands belastingplichten</i> | 35 |
| 3.3.2. | <i>Buitenlands belastingplichtigen</i> | 39 |
| 3.4. | SAMENWERKINGSVERBANDEN IN DE DIVIDENDBELASTING..... | 39 |
| 3.5. | BUITENLANDSE SAMENWERKINGSVERBANDEN IN HET NEDERLANDSE FISCALE RECHT | 40 |
| 3.5.1. | <i>Algemene aspecten van kwalificatie</i> | 41 |
| 3.5.2. | <i>Nederlandse kwalificatiemethode</i> | 41 |
| 3.5.2.1. | Rechtsvormvergelijkingsmethode | 41 |
| 3.5.2.2. | Kwalificatiebesluit | 42 |
| 3.5.3. | <i>Buitenlandse samenwerkingsverbanden onder de Nederlandse heffingswetten</i> | 43 |
| 3.5.3.1. | Wet VPB 1969 | 43 |
| 3.5.3.2. | Wet DB 1965..... | 48 |
| 3.6. | DEELCONCLUSIE..... | 48 |

| | | |
|--|--|-----------|
| HOOFDSTUK 4: GRONDSLAGEN VAN DE FISCALE TRANSPARANTIE EN DE SUBJECTIEVE | | |
| BELASTINGPLICHT | | 51 |
| 4.1. | INLEIDING..... | 51 |
| 4.2. | GRONDSLAGEN VAN BELASTINGHEFFING..... | 51 |
| 4.2.1. | <i>Functies van belastingheffing</i> | 51 |
| 4.2.2. | <i>Rechtsgronden van een heffing</i> | 52 |
| 4.2.3. | <i>Inkomstenbelasting</i> | 53 |
| 4.2.4. | <i>Vennootschapsbelasting</i> | 54 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 4.2.4.1. | Parlementaire geschiedenis | 54 |
| 4.2.4.2. | Literatuur | 57 |
| 4.3. | FISCALE TRANSPARANTIE OF ZELFSTANDIGE BELASTINGPLICHT? | 58 |
| 4.3.1. | <i>Rechtstreeks toevallen van de winst</i> | 58 |
| 4.3.2. | <i>Zelfstandigheid</i> | 62 |
| 4.3.3. | <i>Samenvallen van de positie van kapitaalverschaffer en ondernemer</i> | 66 |
| 4.3.4. | <i>Tussenconclusie</i> | 67 |
| 4.4. | DEELCONCLUSIE | 68 |
| | HOOFDSTUK 5: HET CLASSIFICATIEVRAAGSTUK | 69 |
| 5.1. | INLEIDING | 69 |
| 5.2. | KWALIFICATIEBESLUIT | 69 |
| 5.2.1. | <i>Eigendom</i> | 70 |
| 5.2.2. | <i>Beperkte aansprakelijkheid</i> | 70 |
| 5.2.3. | <i>Aandelen</i> | 72 |
| 5.2.4. | <i>Toestemmingsvereiste</i> | 74 |
| 5.2.5. | <i>Tussenconclusie</i> | 77 |
| 5.3. | NEUTRALISEREN VAN CLASSIFICATIEVERSCHILLEN | 77 |
| 5.3.1. | <i>OESO</i> | 78 |
| 5.3.2. | <i>EU</i> | 79 |
| 5.4. | RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK | 81 |
| 5.4.1. | <i>Verenigde Staten</i> | 81 |
| 5.4.2. | <i>Italië</i> | 82 |
| 5.4.3. | <i>Duitsland</i> | 83 |
| 5.4.4. | <i>Frankrijk</i> | 84 |
| 5.4.5. | <i>Verenigd Koninkrijk</i> | 86 |
| 5.4.6. | <i>Analyse</i> | 87 |
| 5.4.6.1. | Flexibele classificatiesystemen | 87 |
| 5.4.6.2. | Vaste methode | 88 |
| 5.4.6.3. | Corporate resemblance-methode | 89 |
| 5.4.7. | <i>Tussenconclusie</i> | 90 |

| | | |
|--|--|------------|
| 5.5. | WET AANPASSING FISCAAL KWALIFICATIEBELEID RECHTSVORMEN | 91 |
| 5.5.1. | <i>Maatregelen uit het consultatievoorstel</i> | 91 |
| 5.5.1.1. | Rechtsvormvergelijkingsmethode | 91 |
| 5.5.1.2. | Aanvullende kwalificatiemethodes voor non-equivalente rechtsvormen | 92 |
| 5.5.2. | <i>Voorstel voor aanpassingen art. 2 en 3 Wet VPB 1969</i> | 95 |
| 5.5.2.1. | Codificeren van de rechtsvormvergelijkingsmethode | 95 |
| 5.5.2.2. | Vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld..... | 95 |
| 5.5.2.3. | Non-equivalente rechtsvormen..... | 96 |
| 5.6. | DEELCONCLUSIE..... | 97 |
| HOOFDSTUK 6: SAMENVATTING EN CONCLUSIE | | 98 |
| 6.1. | SAMENVATTING..... | 98 |
| 6.2. | CONCLUSIE | 100 |
| LITERATUURLIJST | | 102 |
| ARTIKELEN | | 102 |
| BOEKEN..... | | 104 |
| FREQUENT GEACTUALISEERDE UITGAVEN..... | | 106 |
| RAPPORTEN EN OVERIGE BRONNEN | | 107 |
| OVERHEID | | 109 |
| BESLUITEN..... | | 109 |
| KAMERSTUKKEN | | 109 |
| JURISPRUDENTIELIJST | | 111 |
| HOGE RAAD..... | | 111 |
| GERECHTSHOVEN | | 111 |
| HOF VAN JUSTITIE | | 112 |
| APPENDIX | | 113 |
| BIJLAGE A: KWALIFICATIEVRAGEN | | 113 |
| BIJLAGE B: TOETSINGSELEMENTEN CORPORATE RESEMBLANCE-METHODE VERENIGD STATEN | | 115 |
| BIJLAGE C: TOETSINGSELEMENTEN CORPORATE RESEMBLANCE-METHODE DUITSLAND | | 116 |
| BIJLAGE D: TOETSINGSELEMENTEN CORPORATE RESEMBLANCE-METHODE VERENIGD KONINKRIJK..... | | 117 |
| BIJLAGE E: VOORSTEL TOT WETTEKST ART. 2 WET VPB 1969 | | 118 |

BIJLAGE F: VOORSTEL TOT WETTEKST ART. 3 WET VPB 1969 120

Lijst van gebruikte afkortingen

| | |
|--------------|---|
| ATAD2 | Tweede antibelastingontwijkingsrichtlijn |
| A-G | Advocaat-generaal |
| AWR | Algemene wet inzake rijksbelastingen |
| BEPS | Base Erosion and Profit Shifting |
| BNB | Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak |
| BV | Besloten vennootschap |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| CGI | Code général des impôts |
| CV | Commanditaire vennootschap |
| CVOA | Commanditaire vennootschap op aandelen |
| EU | Europese Unie |
| FED | (Losbladig) fiscaal weekblad FED |
| HR | Hoge Raad |
| HMRC | His Majesty's Revenue and Customs |
| HvJ | Hof van Justitie |
| IPR | Internationaal privaatrecht |
| I.R.C. | Internal Revenue Code |
| LLC | Limited Liability Company |
| LLP | Limited Liability Partnership |
| MvT | Memorie van toelichting |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| NOB | Nederlandse Orde van Belastingadviseurs |
| NTFR | Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht |
| NV | Naamloze vennootschap |
| OESO | Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling |
| Stcrt. | Staatscourant |
| TFO | Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht |
| TUIR | Testo Unico delle imposte sui redditi |
| TvJ | Tijdschrift voor Jaarrekeningrecht |
| VK | Verenigd Koninkrijk |
| VS | Verenigde Staten |
| V-N | Vakstudie-Nieuws |
| VOF | Vennootschap onder firma |
| Wet DB 1965 | Wet op de dividendbelasting 1965 |
| Wet IB 1964 | Wet op de inkomstenbelasting 1964 |
| Wet IB 2001 | Wet inkomstenbelasting 2001 |
| Wet LB 1964 | Wet op de loonbelasting 1964 |
| Wet VPB 1969 | Wet op de vennootschapsbelasting 1969 |
| WFR | Weekblad Fiscaal Recht |
| WvK | Wetboek van Koophandel |

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1. Aanleiding

1.1.1. Belastingheffing van ondernemingen

Belastingheffing over de winst van ondernemingen geschiedt in Nederland krachtens twee wetten, de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: 'Wet IB 2001') en de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: 'Wet VPB 1969'). Aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen de 'lichamen'¹ genoemd in art. 2 en 3 Wet VPB 1969. Deze lichamen worden krachtens art. 7 Wet VPB 1969 (voor binnenlands belastingplichtigen) of art. 17 Wet VPB 1969 (voor buitenlands belastingplichtigen) voor hun winst in de heffing betrokken. Voor de heffing van inkomstenbelasting geldt op grond van art. 1.1 Wet IB 2001 dat enkel natuurlijke personen belastingplichtig kunnen zijn. Nu lichamen niet kwalificeren als natuurlijk persoon, kunnen zij ook niet onderworpen zijn aan de inkomstenbelasting. Vice versa geldt dat een natuurlijk persoon niet onder de reikwijdte van het begrip 'lichamen' valt. Economische dubbele belastingheffing wordt door deze afbakening in beginsel voorkomen. Een belastingplichtige is aldus voor zijn winst ofwel onderworpen aan de vennootschapsbelasting ofwel aan de inkomstenbelasting. De rechtsvorm waarin een onderneming wordt gedreven, is zodoende van wezenlijk belang voor het belastingregime waaraan de ondernemingswinst onderworpen wordt.

De verhouding tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting wordt beheerst door het 'klassieke stelsel' op grond waarvan beide belastingen onafhankelijk van elkaar worden geheven.² Zo wordt de winst van vennootschapsbelastingplichtige lichamen (nadat deze reeds is onderworpen aan vennootschapsbelasting) bij uitkering aan een belastingplichtige voor de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting³

¹ Dit betreft een verzamelbegrip voor alle belastingplichtigen binnen de vennootschapsbelasting. *Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 3, p. 17 lk.*

² Heithuis 1999/2.3.1.

³ Voor zover het gehouden aandelenbelang kwalificeert als deelneming in de zin van art. 13 lid 2 Wet VPB 1969 worden de voor- en nadelen uit hoofde van die deelneming in de heffing betrokken, maar vrijgesteld op grond van de uit datzelfde artikel voortvloeiende deelnemingsvrijstelling. Op deze wijze wordt economisch dubbele belastingheffing binnen concernverband voorkomen.

nogmaals in de heffing betrokken, hetgeen ervoor zorgt dat de facto toch sprake kan zijn van economisch dubbele belastingheffing over de ondernemingswinst.

De inkomstenbelasting is geen zuivere winstbelasting. De belastingplicht in art. 2.1 lid 1 Wet IB 2001 is ruim omschreven en behelst alle in Nederland woonachtige natuurlijke personen (binnenlands belastingplichtigen) en de in het buitenland woonachtige personen die Nederlands inkomen genieten (buitenlands belastingplichtigen). Indien een natuurlijk persoon als *ondernemer* (in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001) deelneemt aan het economische verkeer en uit een of meer van zijn (subjectieve) ondernemingen belastbare winst genereert, vormt de Wet IB 2001 een winstbelasting.⁴ Hieruit volgt enerzijds dat een economische activiteit dient te kwalificeren als onderneming en anderzijds dat de gerechtigde tot de uit deze onderneming voortvloeiende inkomsten ondernemer voor de inkomstenbelasting is.

Natuurlijke personen en/of rechtspersonen kunnen hun krachten ook bundelen. Zo kunnen zij tezamen een onderneming drijven via een samenwerkingsverband. Voor dit samenwerkingsverband dient een rechtsvormkeuze gemaakt te worden, waarbij enerzijds de kapitaalvennootschappen en anderzijds de personenvennootschappen te onderscheiden zijn.⁵

1.1.2. Civielrechtelijke samenwerkingsverbanden

De huidige kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht zijn de Naamloze Vennootschap (hierna: 'NV') en de Besloten Vennootschap (hierna: 'BV'). De huidige personenvennootschappen naar Nederlands recht zijn: i) de maatschap; ii) de vennootschap onder firma (hierna: 'VOF'); en iii) de commanditaire vennootschap (hierna: 'CV').

Kapitaalvennootschappen worden op grond van art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 onder de vennootschapsbelastingplichtige lichamen geschaard. Voor personenvennootschappen geldt dat zij in beginsel niet gekwalificeerd worden als

⁴ Daarnaast is de Wet IB 2001 een winstbelasting voor zover een natuurlijk persoon 'quasi-winst' geniet. Hiervan is sprake wanneer een belastingplichtige kwalificeert als medegerechtigde in de zin van art. 3.2 lid 1 onder a Wet IB 2001 of bepaalde schuldvorderingen worden gehouden op een ondernemer.

⁵ Tervoort 2021/1.1.

vennootschapsbelastingplichtige lichamen.⁶ Fiscale motieven kunnen derhalve een rol van betekenis spelen bij de rechtsvormkeuze.⁷ Naast de fiscale aspecten zijn er ook andere argumenten die kunnen verklaren waarom in een concrete situatie de voorkeur uitgaat naar een personenvennootschap of een kapitaalvennootschap. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan de beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders van kapitaalvennootschappen⁸ of de grotere inrichtingsvrijheid van personenvennootschappen.⁹

Het wettelijk kader dat het personenvennootschapsrecht vorm geeft, is verdeeld over verschillende regelingen en volgt deels uit Titel 9 van Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek (voor de maatschap) en deels uit Titel 3 van Boek 1 van het Wetboek van Koophandel (hierna: 'WvK') (voor de VOF en de CV). In de basis is een personenvennootschap een contractuele samenwerkingsvorm die wordt aangegaan door middel van een (bijzondere) overeenkomst. Daarbij geldt dat de maatschap de grondvorm is van de in het WvK geregelde VOF en CV.¹⁰ De hiervoor genoemde wettelijke regelingen stammen grotendeels uit 1838 en zijn sindsdien nauwelijks gewijzigd.¹¹

Er zijn verschillende redenen waarom een herziening van het personenvennootschapsrecht wenselijk is. Zo stelt Tervoort dat de wettekst verouderd, onvolledig en lastig leesbaar is.¹² Andere argumenten zijn dat de huidige regeling zonder nadere kennis van bijvoorbeeld (oude) rechtspraak slechts ten dele begrijpelijk is en dat het regelgevend kader verspreid is over verschillende wettelijke regelingen.¹³ Vanwege deze factoren zijn vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw verschillende pogingen ondernomen tot een modernisering van het personenvennootschapsrecht.¹⁴ In 2019 is een voorontwerp van de Wet modernisering personenvennootschappen ter consultatie

⁶ Van Kempen, in *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.35.A.c1 (online, bijgewerkt 26 maart 2022). Een uitzonderingspositie wordt ingenomen door de open commanditaire vennootschappen en personenvennootschappen die kwalificeren als 'vennootschap welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld'.

⁷ Zie ook Tervoort 2021/1.6.2.

⁸ De beperkte aansprakelijkheid van kapitaalvennootschappen volgt uit art. 2:64/175 lid 1 Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW').

⁹ Tervoort, *Ondernemingsrecht* 2012/47, onderdeel 3.

¹⁰ Asser/*Van Olfen* 7-VII 2022/5.

¹¹ Stokkermans 2017, p. 2.

¹² Tervoort 2021/1.3.

¹³ Van Olfen, Van Solinge & Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht* 2011/91.

¹⁴ Voor een overzicht wordt verwezen naar Tervoort 2021/1.3.

ingediend.¹⁵ Dit voorontwerp is gebaseerd op een in 2016 door een particuliere werkgroep samengestelde conceptwettekst en een bijbehorende toelichting daarop. Momenteel wordt gewerkt aan een herziene versie van het voorontwerp, waarna een nieuwe consultatieronde zal volgen.¹⁶

1.1.3. Algemene fiscale aspecten van personenvennootschappen

Wanneer de samenwerkende partijen in het concrete geval kiezen voor het gebruik van een personenvennootschap geldt dat het samenwerkingsverband – voor zover een objectieve onderneming wordt gedreven – niet zelfstandig belastingplichtig is voor de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting.¹⁷ De personenvennootschap is als zodanig fiscaal transparant, wat betekent dat de inkomens- en vermogensbestanddelen van het samenwerkingsverband worden toegerekend aan de achterliggende firmanten.¹⁸ De fiscale transparantie van personenvennootschappen sluit goed aan bij het persoonlijke karakter van de inkomstenbelasting. Iedere firmant wordt zo immers belast naar zijn persoonlijke inkomen, zodat rekening gehouden wordt met zijn persoonlijke omstandigheden.¹⁹

De fiscale transparantie voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting werkt niet door naar de omzetbelasting. Voor de omzetbelasting geldt dat een personenvennootschap bij het voldoen aan het ondernemerscriterium zelfstandig kan kwalificeren als ‘ondernemer’ in de zin van art. 7 Wet op de omzetbelasting 1968.²⁰ De personenvennootschap wordt onder deze omstandigheden aangemerkt als de belastingplichtige, waardoor van fiscale transparantie geen sprake is. De fiscale transparantie werkt eveneens niet door naar de loonbelasting. Zo kan een VOF aangemerkt worden als de inhoudingsplichtige in de zin van art. 6 lid 1 onderdeel a Wet

¹⁵ Zie ook: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap> voor het consultatievoorstel en de reacties daarop. Het consultatievoorstel wordt hierna aangehaald als ‘voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen’.

¹⁶ Brief van de Minister voor Rechtsbescherming van 27 juni 2022, *Kamerstukken II 2021/22*, 29752, nr. 15, p. 2-3.

¹⁷ Behoudens de hiervoor benoemde uitzonderingsgroepen.

¹⁸ Van Kempen, in *Cursus Belastingrecht IB.3.2.35.A.c1* (online, bijgewerkt 26 maart 2022).

¹⁹ Stevens 2020, p. 90.

²⁰ Van Kesteren, *TFO 2005/1*, onderdeel 2.1. en HR 5 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW9011, *BNB* 1983/76. Bepalend is of aan een samenwerkingsverband maatschappelijke zelfstandigheid toekomt.

op de loonbelasting 1964 (hierna: 'Wet LB 1964'), ondanks dat de VOF op basis van het civiele recht niet de formele werkgever is.²¹

Een eenduidige verklaring voor de fiscale transparantie van personenvennootschappen is er niet. Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid is een veelgenoemd argument.²² Dit argument lijkt slechts ten dele op te gaan. Tot de belastingplichtige lichamen van art. 2 en 3 Wet VPB 1969 behoren immers meerdere entiteiten die niet over rechtspersoonlijkheid beschikken. Overigens volgt uit de formulering van art. 2 lid 1 onderdeel e Wet VPB 1969 dat entiteiten met rechtspersoonlijkheid van rechtswege zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting indien en voor zover zij een onderneming drijven.²³ Aan de andere kant zijn er ook auteurs die menen dat het ontbreken van rechtspersoonlijkheid geen rechtvaardiging is voor de fiscale transparantie en dat de transparantie zelfs strijdig is met de draagkrachtgedachte binnen de Wet IB 2001.²⁴ Desalniettemin is de fiscale transparantie van personenvennootschappen het uitgangspunt voor de heffing van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting.

In zowel het ter consultatie ingediende voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen als het ingetrokken wetsvoorstel uit 2002²⁵ krijgt de personenvennootschap rechtspersoonlijkheid toegekend.²⁶ Binnen het wetsvoorstel personenvennootschappen 2002 is het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid afhankelijk van de wil van de firmanten.²⁷ Dit keuzeregime is volgens Van Kempen destijds gebaseerd

²¹ *Vakstudie Loonbelasting en premieheffingen (incl. Kansspelbelasting)*, art. 6 Wet LB 1964, aant. 2.8.6 (online, bijgewerkt 16 juni 2022) en HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649, *NJ* 2019/438, r.o. 3.5.2 (*UWV/Schäperclaus-Schinkel*).

²² Zie bijvoorbeeld *Zablowskaja*, *WFR* 2018/205, onderdeel 1.3 en Stevens & Tuk, *TFO* 2020/168.2, onderdeel 2.1.1. en de aldaar aangehaalde literatuur.

²³ Meussen, *WFR* 2001/1241 en *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 2 Wet VPB 1969, aant. 15.10 (online, bijgewerkt 3 april 2022).

²⁴ Doornebal & Van Kempen, *TFO* 2020/168.1, onderdeel 2.2 en 2.3 en Stevens & Tuk, *TFO* 2020/168.2, onderdeel 2.1.

²⁵ Voorstel van wet tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 2002/03, 28746 en Voorstel van wet tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, *Kamerstukken II* 2006/07, 31065 (hierna tezamen aangeduid als 'wetsvoorstel personenvennootschappen 2002').

²⁶ Respectievelijk op grond van het voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen art. I, art. 7:803 lid 1 BW (nieuw) en het wetsvoorstel personenvennootschappen 2002, *Kamerstukken II* 2002/03, 28746, nr. 1, art. 7:802 lid 1 BW (nieuw).

²⁷ Op grond van dit wetsvoorstel werd rechtspersoonlijkheid toegekend indien daarvoor geopteerd wordt in de vennootschapsovereenkomst en deze overeenkomst integraal wordt opgenomen in een notariële akte.

op een misvatting ten aanzien van de interpretatie van het begrip rechtspersoonlijkheid.²⁸ In het voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen is het keuzeregime achterwege gelaten. Op grond van art. 7:803 lid 1 BW (nieuw) is een personenvennootschap namelijk altijd een rechtspersoon. In reactie op dit consultatievoorstel merkt de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: 'NOB') op dat de invoering van de nieuwe titel 13 van boek 7 van het BW in beginsel niet leidt tot een beëindiging van de fiscale transparantie van de personenvennootschap. De NOB doet hiervoor de aanname dat personenvennootschappen niet onder de noemer 'rechtspersonen' als neergelegd in art. 2 lid 1 onderdeel e Wet VPB 1969 geschaard kunnen worden.²⁹ Deze aanname wijkt af van de hiervoor aangehaalde visie van Meussen.³⁰ De NOB constateert daarnaast dat binnen het voorontwerp niet voorzien wordt in fiscale begeleiding van deze civielrechtelijke wetswijziging.³¹ Inmiddels heeft de Minister voor Rechtsbescherming aangekondigd dat de benodigde fiscale maatregelen onderdeel zullen zijn van de nieuwe consultatieronde van het Wetsvoorstel Wet modernisering personenvennootschappen.³²

1.1.4. Internationale fiscale aspecten van personenvennootschappen

Personenvennootschappen hebben ook een internationale fiscale component. Samenwerkingsverbanden naar Nederlands recht kunnen immers ook actief zijn in het buitenland. Evengoed geldt dat verschillende buitenlandse rechtsvormen economisch actief kunnen zijn op de Nederlandse markt. Daarnaast kunnen verschillende rechtsvormen ingeschakeld zijn in een internationale groepsstructuur. Al deze elementen leiden tot complicaties op het gebied van de kwalificatie voor belastingdoeleinden. Het is immers niet noodzakelijk dat de kwalificatie van het bronland overeenkomt met de kwalificatie van het vestigingsland van de rechtsvorm.³³

²⁸ Van Kempen, *WFR* 2002/1699.

²⁹ Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 29 mei 2019, ingediend op: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap>, p. 2-3.

³⁰ Meussen, *WFR* 2001/1241.

³¹ Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 29 mei 2019, ingediend op: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap>, p. 1.

³² *Kamerstukken II* 2021/22, 29752, nr. 15, p. 2-3.

³³ De Graaf, Kavelaars & A.J.A. Stevens 2021, p. 195.

Momenteel wordt de in het besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M (hierna: 'kwalificatiebesluit') neergelegde rechtsvormvergelijkingsmethode gehanteerd om buitenlandse samenwerkingsverbanden te kwalificeren.³⁴ Aan de hand van een aantal civielrechtelijke kenmerken wordt een rechtsvorm als non-transparant ("vrijwel steeds kapitaalvennootschap") of transparant ("personenvennootschap") beschouwd.³⁵ Wanneer ten aanzien van een rechtsvorm sprake is van een classificatieverschil, wordt dit samenwerkingsverband ook wel een 'hybride entiteit' genoemd.³⁶ Hybride mismatches ontstaan wanneer dubbele aftrek of aftrek zonder betrekking in de heffing optreedt.³⁷ Anderzijds is het ook mogelijk dat een belastingplichtige geconfronteerd wordt met dubbele (niet-)belastingheffing. Mismatches treden vaker op daar waar het de classificatie van een personenvennootschap betreft.³⁸

Begin 2021 is het wetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen ter consultatie voorgelegd (hierna: 'Consultatiedocument').³⁹ Dit voorstel heeft zowel gevolgen voor verschillende rechtsvormen naar Nederlands recht als voor rechtsvormen naar buitenlands recht. Naar aanleiding van dit wetsvoorstel wordt namelijk het kwalificatiebeleid ten aanzien van buitenlandse samenwerkingsverbanden gewijzigd. Daarnaast zullen ook verschillende Nederlandse rechtsvormen een verandering in hun fiscale kwalificatie ondervinden.⁴⁰

Voornamelijk door het hanteren van het zogeheten 'toestemmingsvereiste' ontstaan in internationaal verband hybride mismatches.⁴¹ Dit toetsingselement uit het kwalificatiebesluit ziet op de vrije toe- en uittreding van participanten in het samenwerkingsverband.⁴² Als gevolg van het toestemmingsvereiste worden verschillende buitenlandse rechtsvormen voor Nederlandse fiscale doeleinden als zelfstandig belastingplichtig aangemerkt, terwijl de vestigingsstaat het

³⁴ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009 (*Stcrt.* 2009, 19749).

Hierna wordt met 'kwalificeren' dan wel 'classificeren' op hetzelfde gedoeld: bepalen of een rechtsvorm al dan niet (non-)transparant is voor belastingdoeleinden.

³⁵ Kwalificatiebesluit, onderdeel 3.4.

³⁶ De Graaf, Kavelaars & Stevens 2021, p. 195.

³⁷ Consultatiedocument, onderdeel 1.

³⁸ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 160.

³⁹ Zie: <https://www.internetconsultatie.nl/fiscaalkwalificatiebeleidrechtsvormen voor het consultatievoorstel en de reacties daarop>.

⁴⁰ Consultatiedocument, p. 9-10.

⁴¹ Ibid.

⁴² Kwalificatiebesluit, onderdeel 3.3., onder (D).

samenwerkingsverband als fiscaal transparant classificeert. Omwille van de onverenigbaarheid met verschillende buitenlandse kwalificatiesystemen is het kabinet voornemens het toestemmingsvereiste te laten vervallen.⁴³

Naar aanleiding van kritische kanttekeningen bij het wetsvoorstel heeft de Staatssecretaris van Financiën afgezien van de beoogde inwerkingtredingsdatum van 1 januari 2022.⁴⁴ In zijn kamerbrief van 3 juni 2022 heeft de Staatssecretaris van Financiën vervolgens medegedeeld dat de beoogde inwerkingtredingsdatum inmiddels is bijgesteld naar 1 januari 2024 en dat het kabinet voornemens is een aangepast wetsvoorstel in het voorjaar van 2023 in te dienen.⁴⁵ Een inhoudelijke wijziging ten opzichte van het consultatievoorstel is dat het kwalificatiebeleid – zoals neergelegd in het kwalificatiebesluit – wordt omgezet in wetgeving.

1.2. Onderzoeksvraag en deelvragen

Uit de hiervoor beschreven aanleiding komt naar voren dat de classificatie van samenwerkingsverbanden volop onderhevig is aan veranderingen. Omwille van deze ontwikkelingen wordt in deze scriptie stilgestaan bij de grondslagen van het classificatievraagstuk ten einde aanbevelingen te doen voor een herziening van de classificatiemethode. Hiervoor wordt de volgende onderzoeksvraag beantwoord:

Op welke uitgangspunten is de fiscale kwalificatie van samenwerkingsverbanden gebaseerd en op welke wijze dient het Nederlandse kwalificatiebeleid idealiter vormgegeven te worden?

De beantwoording van deze onderzoeksvraag geschiedt aan de hand van vier deelvragen. In hoofdstuk 2 wordt stilgestaan bij enige civielrechtelijke kenmerken van de verschillende vennootschappen naar Nederlands recht, omdat de fiscale classificatie afhankelijk is van de civielrechtelijke kenmerken van het desbetreffende samenwerkingsverband. Deze kenmerken worden namelijk vergeleken met de

⁴³ Consultatiedocument, p. 10.

⁴⁴ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 2 juni 2021, nr. 2021-0000092364 en Kamerstuk nr. 2021Z07464, vraag 5.

⁴⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2022, nr. 2022-0000132565, Bijlage 3, p. 1-2.

verschillende Nederlandse rechtsvormen om te bepalen of een equivalente rechtsvorm bestaat. Dit heeft geleid tot de volgende deelvraag: Wat is in civielrechtelijk opzicht het verschil tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen?

De fiscale onderverdeling tussen transparante en non-transparante samenwerkingsverbanden heeft tot gevolg dat er verschillende fiscale stelsels bestaan waarin de ondernemingswinst betrokken kan worden. Een classificatieverschil is met name relevant wanneer onevenwichtigheden bestaan tussen de verschillende stelsels. Daarom dient in ogenschouw te worden genomen op welke wijze de ondernemingswinst door Nederland in de heffing wordt betrokken. Hiertoe wordt in hoofdstuk 3 de volgende deelvraag onderzocht: Op welke wijze worden personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen in de Nederlandse heffing betrokken voor hun winst?

Inherent aan een *status quo* is dat deze een oorsprong heeft. Daartoe wordt in hoofdstuk 4 onderzocht wat de grondslagen zijn van de verschillende winstregimes, de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. Door middel van parlementair en literair onderzoek wordt beschouwd of de grondslagen van deze heffingen een verklaring kunnen bieden voor de subjectieve belastingplicht van kapitaalvennootschappen en de fiscale transparantie van personenvennootschappen. Aan de hand van dit onderzoek wordt de volgende deelvraag beantwoord: Hoe verhouden de grondslagen van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting zich tot de fiscale transparantie van personenvennootschappen en de non-transparantie van kapitaalvennootschappen?

Het classificatievraagstuk levert niet altijd een wenselijke uitkomst op. De oorzaak hiervan is dat de verschillende staten waar de rechtsvorm economisch actief is, hetzelfde samenwerkingsverband verschillend kunnen classificeren. Daarvan is vaker sprake met betrekking tot het classificeren van personenvennootschappen. Ten einde de gevolgen van kwalificatieverschillen te bestrijden zijn de afgelopen jaren verschillende maatregelen op internationaal niveau getroffen. Waar deze maatregelen gericht zijn op het neutraliseren van de gevolgen van een classificatieverschil, is het kabinet voornemens het ontstaan van kwalificatieverschillen te verminderen.⁴⁶ Hiervoor wil het kabinet het huidige kwalificatiebeleid herzien en vastleggen in wetgeving.⁴⁷ Dit wordt geëffectueerd

⁴⁶ Consultatiedocument, onderdeel I.

⁴⁷ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2022, nr. 2022-0000132565, Bijlage 3, p. 1-2.

aan de hand van de Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen dat in 2021 ter consultatie is ingediend. Ten einde suggesties te doen voor het herzien van de classificatiemethode wordt beschouwd in welke mate de toetsingselementen uit het kwalificatiebesluit geschikt zijn om vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden te classificeren. Daarnaast wordt aan de hand van rechtsvergelijkend onderzoek vastgesteld of door andere staten afwijkende classificatiemethodes gehanteerd worden die mogelijk geschikter zijn dan de Nederlandse classificatiemethode. Het bovenstaande komt samen in de volgende deelvraag die in hoofdstuk 5 wordt beantwoord: Hoe kwalificeren andere landen vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden en welke lessen kan de wetgever hieruit trekken voor een herziening van de Nederlandse classificatiemethode?

1.3. Toetsingskader

Voor een beantwoording van de centrale onderzoeksvraag worden de volgende elementen getoetst aan de hand van de hiervoor geformuleerde deelvragen:

- a. Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen;
- b. Verenigbaarheid met regels van internationaal belastingrecht; en
- c. Fiscale neutraliteit.

De onder a en b genoemde elementen zijn ontleend aan de Nota zicht op wetgeving.⁴⁸ Uit deze nota vloeien kwaliteitseisen voort waaraan behoorlijke wetgeving dient te beantwoorden.⁴⁹ Allereerst is van belang dat wetgeving rechtmatig is en algemene rechtsbeginselen verwezenlijkt (element a).⁵⁰ Hieronder wordt mede begrepen dat belastingplichtigen zekerheid dienen te hebben over hun rechtspositie, ofwel: rechtszekerheid. Het is namelijk van belang dat belastingplichtigen weten welke civielrechtelijke kenmerken van een samenwerkingsverband de fiscale classificatie bepalen. De relevante wet- en regelgeving dient dan ook duidelijkheid te verschaffen op dat vlak. Aan de hand van dit toetsingselement worden verschillende classificatiemethodes getoetst in hoofdstuk 5.

⁴⁸ *Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 2* (hierna: 'Nota zicht op wetgeving'). De Nota werd op 5 maart 1991 aan de Tweede Kamer aangeboden (*Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 1*).

⁴⁹ Nota zicht op wetgeving, p. 24.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 15.

Rechtmatige wetgeving dient eveneens in overeenstemming te zijn met regels van een hogere orde, zoals internationaal recht (element b).⁵¹ In het concrete geval wordt onderzocht hoe de verschillende classificatiemethodes zich verhouden tot verschillende regels van internationaal recht. Daartoe wordt beschouwd in hoeverre een classificatiemethode een risico op dubbele (non-)heffing met zich brengt en of een classificatiemethode mogelijk discriminatoire elementen bevat. Ook deze toetsing vindt plaats in hoofdstuk 5.

Element c is niet ontleend aan de Nota zicht op wetgeving. In de literatuur is meermaals een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting ter vervanging van de Wet VPB 1969 en de Wet IB 2001 geopperd.⁵² Onderzocht wordt in hoeverre het kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen fiscaal neutraal in de heffing worden betrokken. Toetsing aan de hand van dit element geschiedt in hoofdstuk 4.

1.4. Afbakening

Binnen dit onderzoek wordt geen aandacht besteed aan de gevolgen voor de overdrachtsbelasting naar aanleiding van het eventueel verkrijgen van rechtspersoonlijkheid door een personenvennootschap.⁵³ De beschouwing is beperkt tot de inkomstenbelasting, de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting.

Een andere beperking binnen dit onderzoek is dat enkel personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen in ogenschouw worden genomen. Tezamen worden deze vennootschappen hierna aangeduid als samenwerkingsverbanden. Voor een omschrijving van het begrip samenwerkingsverbanden wordt in dit verband aangesloten bij het kwalificatiebesluit. Daaruit volgt dat verder niet wordt ingegaan op de civiele en fiscale aspecten van verenigingen, stichtingen, fondsen voor gemene rekening, trusts en andere doelvermogens.⁵⁴ Volgens Van de Streek is de reikwijdte van het besluit in effectieve zin beperkt tot rechtsvormen wier kenmerken overeenstemmen met de in art.

⁵¹ Ibid., p. 24-25.

⁵² Zie bijvoorbeeld Van Kempen, *WFR* 2002/1699 en Essers, *TFO* 2008/147.3.

⁵³ Zie daarvoor M.L.M. van Kempen, 'Personenvennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid in de overdrachtsbelasting', *WFR* 2007/824.

⁵⁴ Kwalificatiebesluit, onderdeel 2.

2 lid 1 onderdeel a Wet VPB genoemde samenwerkingsverbanden en de personenvennootschappen naar Nederlands recht.⁵⁵

De laatste beperking heeft betrekking op de rol van de inkomstenbelasting als winstbelasting. Hiervoor is in paragraaf 1.1.1. benoemd dat de inkomstenbelasting enkel een zuivere winstbelasting is voor zover een belastingplichtige winst geniet als ondernemer en deze winst opkomt uit een onderneming. In art. 3.3 Wet IB 2001 zijn verschillende uitbreidingen op het winstbegrip opgenomen, welke deels in hoofdstuk 3 aan bod komen. Wanneer hierna bedoeld wordt op winst uit onderneming wordt in beginsel bedoeld op de winst die door een ondernemer wordt genoten, tenzij expliciet anders gesteld.

⁵⁵ Van de Streek, in Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.1.B.c2.II (online, bijgewerkt 11 april 2022).

Hoofdstuk 2: Samenwerkingsverbanden in het civiele recht

2.1. Inleiding

Voordat in hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de fiscale behandeling van samenwerkingsverbanden, komen in dit hoofdstuk enige civielrechtelijke aspecten ter sprake. Allereerst wordt het onderscheid tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen nader toegelicht (paragraaf 2.2.). Daarna volgt een beknopte bespreking van enkele civielrechtelijke kenmerken van kapitaalvennootschappen (paragraaf 2.3.) en personenvennootschappen (paragraaf 2.4.). In paragraaf 2.5. wordt onderzocht welk rechtsstelsel van toepassing is op een buitenlands samenwerkingsverband dat actief is in het Nederlandse rechtsverkeer. Tot slot volgt in paragraaf 2.6. een deelconclusie, waarbij tevens een antwoord geformuleerd wordt op de volgende deelvraag:

Wat is in civielrechtelijk opzicht het verschil tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen?

2.2. Het onderscheid tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen

Voor een beantwoording van de deelvraag is het allereerst relevant af te bakenen wat personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen zijn en op welk vlak deze soorten samenwerkingsverbanden zich van elkaar onderscheiden. In dat kader verdient het de opmerking dat beide begrippen niet nader juridisch gedefinieerd zijn waardoor slechts sprake is van een “typologisch” onderscheid.⁵⁶ Ondanks het ontbreken van een wettelijke definitie is algemeen aanvaard dat de NV en BV de Nederlandse kapitaalvennootschappen zijn en de maatschap, VOF en CV de personenvennootschappen naar Nederlands recht.⁵⁷

⁵⁶ Zie Willemars, *Tvj* 2013/5-04, onderdeel 1.

⁵⁷ Vgl. Asser/*Van Olfen & Rensen 2-IIa* 2019/13, Maeijer, *NJB* 1987/11, p. 355 en Willemars, *Tvj* 2013/5-04, onderdeel 1.

Het begrip kapitaalvennootschap wordt sinds 1993 gehanteerd in de Nederlands wetgeving.⁵⁸ Uit art. 1 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen⁵⁹ volgt dat de verplichtingen uit hoofde van deze wet gelden voor “rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen”. Willemars merkt op dat de wetgever hiermee lijkt te impliceren dat rechtspersoonlijkheid geen vereiste is om een samenwerkingsverband aan te merken als kapitaalvennootschap. In het verlengde hiervan benoemt Willemars dat personenvennootschappen in de nabije toekomst waarschijnlijk rechtspersoonlijkheid toegekend krijgen. Mede hierom lijkt rechtspersoonlijkheid geen doorslaggevend criterium te zijn voor het etiket kapitaalvennootschap.⁶⁰

Een onderscheidend kenmerk van de kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht is de beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders (art. 2:64/175 BW). In beginsel kan slechts het vermogen van de vennootschap worden aangesproken waardoor de externe aansprakelijkheid van de aandeelhouders strekt tot het kapitaal dat is ingelegd als eigen vermogen. Van Olffen en Rensen menen dat deze eigenschap van de NV en de BV bijdraagt aan de typering als kapitaalvennootschap.⁶¹ Een andere eigenschap van de kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht is dat in civielrechtelijk opzicht een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de rol van aandeelhouder en bestuurder.⁶² In de praktijk blijkt deze scheiding minder strikt te zijn, doordat de posities ook door dezelfde persoon bekleed kunnen worden. Een verwevenheid van deze posities heeft de fiscale wetgever er bijvoorbeeld toe aangezet de gebruikelijkloonregeling in art. 12a Wet LB 1964 te introduceren.⁶³

Waar kapitaalvennootschappen voornamelijk gericht zijn op het bijeenbrengen van kapitaal om winst te behalen,⁶⁴ is voor personenvennootschappen de persoonlijke samenwerking van de vennoten een belangrijk aspect.⁶⁵ De vennootschapsovereenkomst

⁵⁸ Zie Willemars, *Tvj* 2013/5-04 voor een overzichtelijke weergave van de verankering van het begrip ‘kapitaalvennootschap’ in de Nederlandse wet- en regelgeving. Willemars komt tot de conclusie dat het begrip kapitaalvennootschap sinds 1993 wordt gebruikt door de wetgever, maar niet nader gedefinieerd is.

⁵⁹ Wet van 17 december 1997 (*Stb.* 1997, 698).

⁶⁰ Willemars, *Tvj* 2013/5-04, onderdeel 2.2 en 3.2.

⁶¹ Asser/*Van Olffen & Rensen 2-IIa* 2019/13.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24761, nr. 3, p. 34.

⁶⁴ Asser/*Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/15.

⁶⁵ Willemars, *Tvj* 2013/5-04, onderdeel 1.

kan daarom ook gekenmerkt worden als een contract dat *intuitu personae* tot stand is gekomen.⁶⁶ Een kapitaalvennootschap aan de andere kant belichaamt een *intuitu pecuniae* samenwerking.⁶⁷ Het *intuitu personae*-beginsel impliceert dat partijen een overeenkomst aangaan met het oog op de specifieke persoon van de wederpartij.⁶⁸ Een ander kenmerk waarop de Nederlandse personenvennootschappen zich onderscheiden van de kapitaalvennootschappen is de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten voor de schulden van het samenwerkingsverband.⁶⁹

Personenvennootschappen kunnen onderverdeeld worden in formele personenvennootschappen (*“formal partnerships”*) en informele personenvennootschappen (*“informal partnerships”*). De eerstgenoemde categorie kent een sterkere formeelrechtelijk inkadering, doorgaans verplicht gestelde registratie bij de (buitenlandse equivalent) van de Kamer van Koophandel en beperking van het gebruik van dit type personenvennootschap tot het ontplooiën van ondernemingsactiviteiten.⁷⁰ De VOF is een voorbeeld van een formele personenvennootschap in het Nederlandse rechtsstelsel.⁷¹ De informele personenvennootschappen kennen een minder sterke formeelrechtelijke inkadering en deze entiteiten zijn in het rechtsverkeer niet altijd voor derden te herkennen, niet in de laatste plaats doordat veelal geen registratieplicht bestaat.⁷² De stille maatschap is een voorbeeld van een informele personenvennootschap.⁷³

2.3. Kapitaalvennootschappen

Doordat de aandeelhouders in die hoedanigheid na het oprichten van de vennootschap niet langer op de voorgrond treden, worden de NV en de BV na oprichting als het ware een eigen instituut.⁷⁴ Het onpersoonlijke karakter van de aandeelhouders ten opzichte van de kapitaalvennootschap volgt onder meer uit de beperking van de aansprakelijkheid tegenover de schuldeisers van de vennootschap en de mogelijkheid om aandeelhouders

⁶⁶ Tervoort 2021/1.1.

⁶⁷ Peeters 2015, p. 65-66.

⁶⁸ Blei Weissmann, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 3.87.1 (online, bijgewerkt 9 januari 2018).

⁶⁹ Tervoort 2021/1.1.

⁷⁰ Avery Jones e.a., *Bulletin for international fiscal documentation* 2002, 56(7), p. 289.

⁷¹ *Ibid.*, p. 292.

⁷² *Ibid.*, p. 289-290.

⁷³ Het onderscheid tussen de openbare en de stille maatschap komt ter sprake in paragraaf 2.4.4.1.

⁷⁴ Asser/*Van Olffen* 7-VII 2022/12.

te vervangen zonder dat het karakter van de vennootschap daar directe gevolgen van ondervindt.⁷⁵ Een ander gevolg van de institutionele benadering is dat een kapitaalvennootschap in het rechtsverkeer opereert als een eigen persoon. Op deze opvatting is de rechtspersoonlijkheid van de kapitaalvennootschappen gebaseerd.⁷⁶ Uit Boek 2 BW volgt geen definitie van het begrip rechtspersoon of rechtspersoonlijkheid.⁷⁷ Kroeze omschrijft de rechtspersoonlijkheid als een “juridische constructie die ten dienste staat van het maatschappelijke en economisch verkeer.”⁷⁸

De institutionalisering van een kapitaalvennootschap heeft zowel interne als externe (rechts)gevolgen. Een extern gevolg van de rechtspersoonlijkheid is dat een kapitaalvennootschap op grond van art. 2:5 BW voor het vermogensrecht in beginsel gelijk wordt gesteld met een natuurlijk persoon.⁷⁹ Een rechtspersoon is derhalve een duidelijk te onderscheiden rechtssubject, omdat zij een zelfstandige drager is van rechten en plichten. Uit de gelijkstelling met natuurlijke personen voor het vermogensrecht volgt dat een kapitaalvennootschap – in tegenstelling tot een personenvennootschap – registergoederen in de zin van art. 3:10 BW (zoals onroerende zaken)⁸⁰ op haar naam kan krijgen. Een intern rechtsgevolg van de institutionalisering is dat de verhoudingen tussen de verschillende organen van kapitaalvennootschappen geregeld worden door uit de wet en de statuten voortvloeiende (eigen) rechtsregels.⁸¹

2.4. Personenvennootschappen

2.4.1. Een contractueel samenwerkingsverband

Zoals hiervoor in paragraaf 1.1.2. is benoemd, is een personenvennootschap in de basis een contractuele samenwerkingsvorm. Doordat de wettelijke bepalingen omtrent de maatschap zijn neergelegd in Boek 7A van het BW zijn in beginsel de algemene regels omtrent rechtshandelingen en het verbintenissenrecht van toepassing op de personenvennootschappen.⁸² Voor zover de wettelijke regeling van de VOF of de CV

⁷⁵ Asser/*Van Olfen & Rensen* 2-IIa 2019/13.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:3 BW, aant. 3 (online, bijgewerkt 2 augustus 2021).

⁷⁸ Asser/*Kroeze* 2-I 2021/55.

⁷⁹ Asser/*Van Olfen & Rensen* 2-IIa 2019/13.

⁸⁰ Asser/*Bartels & Van Mierlo* 3-IV 2021/103.

⁸¹ Asser/*Van Olfen & Rensen* 2-IIa 2019/13.

⁸² Asser/*Van Olfen* 7-VII 2022/7.

afwijkt van de maatschap, prevaleren de eigen regels voor deze gekwalificeerde maatschapsvormen.⁸³

Tegenover het hiervoor beschreven onpersoonlijke karakter van de aandeelhouders van een kapitaalvennootschap staat het reeds genoemde *intuitu personae*-karakter van het personenvennootschapsrecht. Een gevolg van de persoonsgerichte samenwerking tussen de vennoten is dat de personenvennootschap in beginsel ontbonden wordt wanneer een van de firmanten komt te overlijden (art. 7A:1683 sub 4 BW). Daarnaast leidt ook een uittreding van een van de vennoten ertoe dat het uitgangspunt is dat het samenwerkingsverband ontbonden wordt. Deze omstandigheden leiden ertoe dat de groep vennoten wijzigt, waardoor een ontbinding van de overeenkomst in overeenstemming is met het *intuitu personae*-karakter van de samenwerking.⁸⁴ Een ander belangrijk kenmerk van de vennootschapsovereenkomst is dat deze gericht is op samenwerking tot een gemeenschappelijk doel. Op dit vlak onderscheidt een vennootschapsovereenkomst zich van andere overeenkomsten uit het verbintenissenrecht.⁸⁵ Voor bijvoorbeeld koop- en huurovereenkomsten gelden doorgaans tegengestelde belangen van de bij de overeenkomsten betrokken partijen.

In tegenstelling tot het kapitaalvennootschapsrecht bevat het personenvennootschapsrecht slechts een beperkte hoeveelheid regels van dwingend recht. Het personenvennootschapsrecht is grotendeels regelend van aard. In beginsel wordt de vennootschap dan ook beheerst door hetgeen partijen zijn overeengekomen in de aan de samenwerking ten grondslag liggende overeenkomst. Het uitgangspunt is aldus dat – in overeenstemming met het verbintenissenrecht - de contractsvrijheid tussen partijen gerespecteerd wordt. In het geval de vennootschapsovereenkomst geen duidelijkheid verschaft over een bepaalde kwestie, voorziet het regelend recht in een aanvulling van de vennootschapsovereenkomst. Van een aanvulling is uiteraard enkel sprake wanneer het personenvennootschapsrecht een oplossing biedt voor de desbetreffende aangelegenheid.⁸⁶ Een voorbeeld van een dwingende rechtsregel uit het personenvennootschapsrecht is het verbod op de leeuwenvennootschap (de zogenoemde

⁸³ Tervoort 2021/3.4.

⁸⁴ Tervoort 2021/7.1.1.

⁸⁵ Asser/*Van Olfen* 7-VII 2022/6.

⁸⁶ Tervoort 2021/1.4.

societas leonina) in de zin van art. 7A:1672 BW. In een leeuwenvennootschap worden een of meerdere firmanten uitgesloten van een aandeel in de winst.⁸⁷

2.4.2. De personenvennootschap als rechtssubject

Personenvennootschappen beschikken naar huidig recht – in tegenstelling tot kapitaalvennootschappen – niet over rechtspersoonlijkheid. Door het ontbreken van rechtspersoonlijkheid is een personenvennootschap geen zelfstandige drager van rechten en plichten én geldt de gelijkstelling met natuurlijke personen voor het vermogensrecht in de zin van art. 2:5 BW niet.⁸⁸ In beperkte mate kan een personenvennootschap echter toch als een zelfstandig rechtssubject worden aangemerkt.⁸⁹ In het arrest VDV Totaalbouw overwoog de HR dat aan een VOF - ondanks het ontbreken van rechtspersoonlijkheid - een zekere mate van zelfstandigheid toekomt in het rechtsverkeer, omdat de VOF een afzonderlijk rechtssubject is. Aanwijzingen daarvoor vindt de HR in de opname van de VOF in art. 4 lid 3 van de Faillissementswet.⁹⁰ Hieruit leidt de HR af dat het faillissement van (in casu) een VOF niet zonder meer leidt tot het faillissement van de achterliggende firmanten.⁹¹ De HR baseert dit oordeel mede op het afgescheiden vermogen van de VOF.⁹²

De goederengemeenschap van de personenvennootschap vormt tijdens het bestaan van de vennootschap een zogeheten ‘gebonden’ gemeenschap. De in gemeenschap gebrachte vermogensbestanddelen worden het gezamenlijke eigendom van de vennoten, waarbij het oogmerk van de inbreng bestaat uit het bereiken van de vennootschappelijke doelstellingen. Bijgevolg kunnen de firmanten niet langer over hun onverdeelde aandeel in het vennootschapsvermogen beschikken.⁹³ Schuldeisers van een individuele firmant zijn eveneens gebonden aan beperkingen in hun verhaalsmogelijkheden op het vennootschappelijke vermogen.⁹⁴ Het vennootschapsvermogen vormt tevens een van de

⁸⁷ Tervoort 2021/1.6.3.

⁸⁸ HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649, *NJ* 2019/438, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 3.4.2 (*UWV/Schäperclaus-Schinkel*) en Tervoort 2021/1.5.

⁸⁹ *Asser/Van Olffen 7-VII 2022/12*.

⁹⁰ HR 5 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, *NJ* 2017/8, m.nt. P.M. Veder, r.o. 3.4.1 (*VDV Totaalbouw*).

⁹¹ *Ibid.*, r.o. 3.4.2.

⁹² *Ibid.*, r.o. 3.4.1. De openbare maatschap en de CV hebben eveneens een afgescheiden vermogen (*Asser/Van Olffen 7-VII 2022/182 en 404*).

⁹³ Tervoort 2021/5.4.1 en 5.4.2.

⁹⁴ *Asser/Van Olffen 7-VII 2022/162 en 402*.

firmanten afgescheiden vermogen. Deze afscheiding houdt in dat het vennootschapsvermogen onder diverse omstandigheden – zoals na ontbinding of in staat van faillissement – exclusief fungeert als verhaalsobject voor schuldeisers van de vennootschap.⁹⁵

Raaijmakers heeft betoogd dat uit de overwegingen van de HR enkel geconcludeerd kan worden dat “geen rechtens relevant verschil tussen die thans door de Hoge Raad aanvaarde kwalificatie rechtssubject en de door hem tegelijk verworpen aanduiding ‘rechtspersoon’” bestaat.⁹⁶ Stokkermans is wat minder stellig en benoemt dat uit het arrest VDV Totaalbouw nog geen rechtssubjectiviteit van personenvennootschappen blijkt, maar dat de HR niet ver van deze lijn af lijkt te zitten. Hij spreekt van een derde categorie rechtssubjecten (naast natuurlijke personen en rechtspersonen). Deze derde categorie duidt hij aan als de “rechtsbevoegde” VOF.⁹⁷

De HR heeft vervolgens in de prejudiciële beslissing UWV/Schäperclaus-Schinkel verduidelijkt dat een VOF geen zelfstandige drager van rechten en plichten is. Een overeenkomst “met de VOF” leidt derhalve tot een overeenkomst met de achterliggende firmanten in hun hoedanigheid van vennoot.⁹⁸ Verstijlen geeft in zijn noot bij het arrest aan dat de HR hiermee een definitief einde maakt aan de discussie of sprake is van een derde categorie rechtssubjecten.⁹⁹ Tervoort noemt deze uitkomst onbevredigend. Resumerend stelt hij dat personenvennootschappen onder het huidige recht de volgende kenmerken bezitten:

1. Personenvennootschappen zijn geen zelfstandige drager van rechten en plichten;
2. Eveneens kwalificeren personenvennootschappen niet als een afzonderlijk rechtssubject; maar
3. Een personenvennootschap is wel meer dan de optelsom van de individuele vennoten.¹⁰⁰

2.4.3. De firmanten

⁹⁵ Ibid., onderdeel 173.

⁹⁶ Raaijmakers, *AA* 2015/10, p. 802-803.

⁹⁷ Stokkermans 2017, p. 247-251.

⁹⁸ HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649, *NJ* 2019/438, r.o. 3.4.2 (*UWV/Schäperclaus-Schinkel*).

⁹⁹ Ibid., onderdeel 3.

¹⁰⁰ Tervoort 2021/1.5.

Waar de aandeelhouders in een kapitaalvennootschap na het ontstaan van de vennootschap op de achtergrond treden, blijven de firmanten in een personenvennootschap actief zichtbaar in het rechtsverkeer.¹⁰¹ De personenvennootschap is immers geen afzonderlijk rechtssubject en de vertegenwoordiger van een vennootschap verbindt derhalve bij een rechtsgeldige vertegenwoordiging niet de vennootschap, maar enkel de achterliggende firmanten voor overeenkomsten in het kader van de onderneming.¹⁰² Deze verbondenheid voor verbintenissen betreffende de onderneming dient te worden onderscheiden van de aansprakelijkheid van de firmanten.¹⁰³

Zowel rechtspersonen als natuurlijke personen kunnen firmant zijn in een personenvennootschap. Dit was vermoedelijk niet beoogd door de wetgever bij de invoering van de wettelijke regeling in 1838, maar wordt vandaag de dag algemeen geaccepteerd. Van tegengestelde bedoelingen van de wetgever kan volgens Tervoort onder meer bewijs worden gevonden in de ontbinding van een maatschap na de dood of ondercuratelestelling van een vennoot. Kapitaalvennootschappen kunnen immers niet overlijden in juridische zin of onder curatele gesteld worden, waardoor de regeling ingericht lijkt te zijn voor een beperking van de status van vennoot tot natuurlijke personen.¹⁰⁴

2.4.4. De verschillende personenvennootschappen naar huidig recht

In deze paragraaf volgt een beknopte uiteenzetting van de drie personenvennootschappen naar huidig recht. Meer in het bijzonder wordt stilgestaan bij de overeenkomsten en onderlinge verschillen tussen de vennootschapsvormen.

2.4.4.1. Maatschap

Uit art. 7A:1655 BW kan enkel het bestaan van 'de' maatschap worden afgeleid. In het rechtsverkeer worden thans echter twee verschijningsvormen onderscheiden, te weten: de openbare en de stille maatschap. Een maatschap is openbaar wanneer deze "op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een bepaalde naam aan het rechtsverkeer

¹⁰¹ Vgl. *Asser/Van Olffen & Rensen* 2-IIa 2019/13.

¹⁰² Tervoort 2021/6.1 en 6.2.

¹⁰³ Zie hierna in paragraaf 2.4.4.1.

¹⁰⁴ Tervoort 2021/2.3.

deelneemt". Daarmee wordt bedoeld dat de maatschap onder een gemeenschappelijke naam naar buiten treedt.¹⁰⁵ Daaruit volgt dat een maatschap stil is wanneer deze niet onder een gemeenschappelijke naam opereert.

Ook voor stille maatschappen geldt (sinds 2011) dat zij ingeschreven dienen te worden in het handelsregister wanneer zij een onderneming drijven (art. 5 sub a Handelsregisterwet 2007). Een bijzonderheid is dat ook de naam van de stille maatschap opgenomen dient te worden in het handelsregister (art. 10 lid 3 Handelsregisterwet 2007). Het onderscheidende kenmerk van een stille maatschap is namelijk dat geen gemeenschappelijke naam wordt gevoerd. Deze kwestie is onderwerp van discussie geweest in de literatuur. Mathey-Bal concludeert dat de inschrijving van de stille maatschap niet zorgt voor het openbaar worden van deze rechtsvorm.¹⁰⁶

De openbare maatschap kan enkel gebruikt worden voor de uitoefening van een beroep en niet voor de uitoefening van een bedrijf. Indien een maatschap immers een bedrijf uitoefent, kwalificeert dit samenwerkingsverband op grond van art. 16 WvK als een VOF (zie hierna in paragraaf 2.4.4.2.).¹⁰⁷ De afbakening tussen de begrippen beroep en bedrijf is relevant, omdat de aansprakelijkheid van de vennoten in een maatschap en VOF niet overeenkomt. Wil een vennoot aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap is het noodzakelijk dat hij verbonden wordt voor de verbintenissen die uit naam van de vennootschap worden gesloten. Daarvan is in beginsel slechts sprake bij een rechtsgeldige vertegenwoordiging, wat doorgaans geschiedt krachtens volmacht (art. 7A:1681 BW). Een ander vereiste dat uit art. 7A:1681 BW volgt is dat de vennoten enkel verbonden worden voor zover de vertegenwoordiger van de vennootschap optreedt namens de vennootschap c.q. de vennoten. Een maat in een stille maatschap verbindt dan ook enkel zichzelf; het bestaan van de stille maatschap is in het rechtsverkeer immers geen bekend gegeven voor derden.¹⁰⁸ Voor zover de vennoten rechtsgeldig verbonden zijn voor overeenkomsten betreffende de onderneming geldt het volgende. De maten in een maatschap zijn op grond van art. 7A:1680 aansprakelijk in gelijke delen voor schulden van de vennootschap. Het aantal maten bepaalt aldus de omvang van de aansprakelijkheid

¹⁰⁵ Asser/*Van Olfen* 7-VII 2022/15.

¹⁰⁶ Zie daarvoor onder meer Mathey-Bal, *WPNR* 2013/6980, onderdeel 7 en 8.

¹⁰⁷ Tervoort 2021/3.2.

¹⁰⁸ Tervoort 2021/6.2.1.

van een individuele vennoot.¹⁰⁹ De firmanten van een VOF zijn op grond van art. 18 WvK hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap.

Ondanks dat het personenvennootschapsrecht grotendeels gestoeld is op de fundamentele uit 1838 is het verschil tussen de begrippen beroep en bedrijf nog steeds niet volledig uitgekristalliseerd. Invulling van deze begrippen dient te geschieden aan de hand van de opvatting die hieraan in het maatschappelijk verkeer wordt gegeven.¹¹⁰ Om van een bedrijf te spreken zal in de eerste plaats sprake dienen te zijn van commerciële activiteiten waarmee via een bundeling van arbeid en kapitaal een geldelijk voordeel wordt beoogd. Hieronder worden eveneens houdster- en beleggingsactiviteiten geschaard.¹¹¹ Wat betreft de uitoefening van een beroep kan eveneens sprake zijn van het beoogen van een geldelijk voordeel, maar dit is geen kernvereiste om van beroepsmatige activiteiten te kunnen spreken. Bepalend is of de activiteiten bestaan uit het ontplooiën van intellectuele of kunstzinnige eigenschappen, waarbij de kwaliteit van de geleverde diensten afhankelijk is van de ervaring of kunde van de beroepsbeoefenaar.¹¹²

2.4.4.2. Vennootschap onder firma

Zoals hiervoor benoemd is de VOF een gekwalificeerde vorm van de maatschap op grond van art. 16 WvK. Een maatschap wordt aangemerkt als een VOF wanneer voldaan is aan de volgende drie voorwaarden:

1. De maatschap is aangegaan onder een gemeenschappelijke naam;
2. Het samenwerkingsverband oefent een bedrijf uit; en
3. Het samenwerkingsverband kan niet ook getypeerd worden als een CV in de zin van art. 19 lid 1 WvK.¹¹³

2.4.4.3. Commanditaire vennootschap

Het onderscheidende kenmerk van de CV is dat deze rechtsvorm verschillende categorieën firmanten kent. Naast de hoofdelijk verbonden vennoten – die tevens behorend of besturend vennoot worden genoemd – kent de CV ook commanditaire

¹⁰⁹ Tervoort 2021/6.5.1.

¹¹⁰ Asser/*Van Olfen* 7-VII 2022/18 en 19.

¹¹¹ Tervoort 2021/3.3.

¹¹² Tervoort 2021/3.3.

¹¹³ Tervoort 2021/3.3.

vennoten.¹¹⁴ De aansprakelijkheid van een beherend vennoot komt overeen met de aansprakelijkheid van de firmanten in een VOF. Een commanditaire vennoot (ook wel commandiet genoemd) is daarentegen in beginsel niet aansprakelijk voor schulden van de vennootschap.¹¹⁵ Deze vrijwaring van externe aansprakelijkheid volgt niet direct uit de wet, maar kan worden afgeleid uit de beperkte interne draagplicht voor verliezen van de vennootschap op grond van art. 20 lid 3 WvK. De interne draagplicht van de commandiet is uit hoofde van deze bepaling beperkt tot zijn inbreng in het vermogen van de vennootschap. Aan de uitsluiting van aansprakelijkheid van de commandiet is wel de voorwaarde verbonden dat hij zich niet inlaat met het besturen van de CV (art. 20 lid 2 WvK). Door deze passieve rol binnen de vennootschap vertoont de commandiet kenmerken van een kapitaalverschaffer.¹¹⁶

2.5. Buitenlandse samenwerkingsverbanden in het Nederlandse rechtsverkeer

De vraag welk rechtsstelsel van toepassing is op een samenwerkingsverband dat is opgericht of aangegaan naar buitenlands recht kan bijvoorbeeld opkomen wanneer een buitenlandse vennootschap de juridische eigendom van een Nederlandse onroerende zaak wil verkrijgen. Samenwerkingsverbanden kunnen enkel registergoederen geleverd krijgen wanneer zij over rechtspersoonlijkheid beschikken. Om deze reden dient te worden bepaald of het buitenlandse samenwerkingsverband over rechtspersoonlijkheid beschikt. Deze problematiek wordt bestreken door het conflictenrecht, een deelgebied van het internationaal privaatrecht (hierna: 'IPR').¹¹⁷ Het conflictenrecht voor samenwerkingsverbanden is hoofdzakelijk gecodificeerd in Titel 8 van Boek 10 van het BW.

Uit art. 10:117 onder a BW volgt dat Titel 8 betrekking heeft op 'corporaties'. Hieronder worden zowel samenwerkingsverbanden met als zonder rechtspersoonlijkheid geschaard.¹¹⁸ Van doorslaggevende betekenis is dat de rechtsbetrekking, al dan niet een lichaam of een samenwerkingsverband, zich naar de

¹¹⁴ In art. 19 lid 1 WvK wordt enkel gesproken van "geldschieters" en de vennootschap "*en commandite*". Indien een commandiet zich inlaat met het bestuur van de vennootschap is hij op grond van art. 21 WvK hoofdelijk verbonden voor de vennootschapsschulden.

¹¹⁵ Tervoort 2021/3.4.

¹¹⁶ Mohr & Meijers 2022/3.6.

¹¹⁷ Asser/*Vonken 10-I* 2018/2 en 4.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, nr. 3, p. 2.

buitenwereld presenteert als een zelfstandige eenheid of organisatie. Stille maatschappen vallen niet onder deze omschrijving, omdat zij hun typering danken aan het feit dat zij niet naar buiten toe treden onder een gemeenschappelijke naam.¹¹⁹ Nederland past als hoofdregel de incorporatieleer toe op de rechtsvormen die aangemerkt worden als corporatie. Op grond daarvan geldt bij globale benadering dat het samenwerkingsverband voor de thema's van het kapitaalvennootschapsrecht van Boek 2 BW en het personenvennootschapsrecht, zoals neergelegd in Boek 7A BW en het WvK, beheerst wordt door het vennootschapsrecht van de staat van oprichting van de rechtsvorm (art. 10:119 BW).¹²⁰

2.6. Deelconclusie

Personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen zijn typologisch gezien elkaars tegenhangers. Het intuitu personae-karakter van de vennootschapsovereenkomst verklaart het belangrijkste kenmerk van de personenvennootschap: persoonlijke samenwerking ter bereiking van een gemeenschappelijk doel. Voor kapitaalvennootschappen ligt de focus op het bijeenbrengen van kapitaal om winst te behalen voor de aandeelhouders, waardoor de samenwerking een intuitu pecuniae-karakter heeft.

De aandeelhouders van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht zijn tegenover derden slechts aansprakelijk voor hun persoonlijke inleg in het kapitaal van de entiteit. Daarnaast is de verhouding tussen de kapitaalverschaffer en de vennootschap minder persoonlijk dan de verhouding tussen de personenvennootschap en de vennoten. Dat wordt onder meer veroorzaakt door het feit dat de aandeelhouder na oprichting van de kapitaalvennootschap in die hoedanigheid naar de achtergrond treedt.

De maatschap is de grondvorm van de personenvennootschap in het Nederlandse rechtsstelsel. De VOF en de CV zijn zogeheten *species* van de maatschap. Doordat deze samenwerkingsverbanden gekwalificeerde rechtsvormen zijn van de maatschap is in

¹¹⁹ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/16.

¹²⁰ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/28 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 67-68. Wanneer de zetel, of wanneer de rechtsvorm daarover niet beschikt het "centrum van optreden", niet is gelegen in de staat van oprichting maar in een andere staat, dan is het recht van deze laatstgenoemde staat van toepassing op de rechtsvorm. In de praktijk zal deze situatie zich niet vaak voordoen door eisen die de wet stelt aan de oprichting van een rechtsvorm. Zo is een oprichtingsvereiste voor de NV en de BV dat de zetel in Nederland gelegen is (art. 2:66/177 lid 3 BW).

civielrechtelijk opzicht sprake van veel overeenkomsten. De voornaamste verschillen hebben betrekking op de aansprakelijkheid van de vennoten. De CV onderscheidt zich daarnaast van de overige personenvennootschappen doordat deze rechtsvorm verschillende categorieën vennoten kent. De commanditaire vennoten vertonen door hun beperkte aansprakelijkheid overeenkomsten met de aandeelhouders van kapitaalvennootschappen.

Buitenlandse samenwerkingsverbanden worden aan de hand van de incorporatieleer voor de uitleg van hun civielrechtelijke kenmerken in beginsel bestreken door het recht van de staat van oprichting. Daarvoor is een vereiste dat het samenwerkingsverband zich naar de buitenwereld presenteert als een zelfstandige eenheid. Informal partnerships zullen daarom doorgaans niet gekwalificeerd kunnen worden als een corporatie.

Hoofdstuk 3: Belastingheffing van personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen

3.1. Inleiding

De status quo binnen het Nederlandse belastingrecht is – zoals in paragraaf 1.1.3. benoemd – dat personenvennootschappen fiscaal transparant zijn en kapitaalvennootschappen non-transparant. In dit hoofdstuk wordt onderzocht op welke wijze dit tot uitdrukking komt in de inkomstenbelasting (paragraaf 3.2.), de vennootschapsbelasting (paragraaf 3.3.) en de dividendbelasting (paragraaf 3.4.). In paragraaf 3.5. wordt vervolgens besproken op welke wijze buitenlandse samenwerkingsverbanden onder de werking van de Nederlandse heffingswetten worden gebracht. Tot slot volgt in paragraaf 3.6. een deelconclusie, waarmee een antwoord wordt gegeven op de volgende deelvraag:

Op welke wijze worden personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen in de Nederlandse heffing betrokken voor hun winst?

3.2. Samenwerkingsverbanden in de inkomstenbelasting

Door de fiscale transparantie is een personenvennootschap geen belastingsubject voor de inkomstenbelasting en wordt het resultaat van de personenvennootschap niet als één belastingobject in de heffing betrokken. De achterliggende participanten worden ieder rechtstreeks belast voor hun aandeel in het samenwerkingsverband, waardoor ten aanzien van een enkele objectieve onderneming meerdere belastingsubjecten kunnen bestaan.¹²¹ Voor zover de vennoten een natuurlijk persoon zijn, kunnen zij in de inkomstenbelasting worden betrokken (art. 1.1 Wet IB 2001). Een vennoot-natuurlijk persoon wordt evenwel niet van rechtswege voor zijn vennootschapsaandeel naar de winst belast. Daarvoor dient aan een aantal nader toe te lichten voorwaarden te worden voldaan die in deze paragraaf uiteengezet worden.

¹²¹ Doornebal & Van Kempen, *TFO* 2020/168.1, onderdeel 2.1.

3.2.1. Subjectieve belastingplicht

Inkomstenbelasting wordt zowel geheven van binnenlands belastingplichtigen als buitenlands belastingplichtigen (art. 2.1 lid 1 Wet IB 2001). Uit deze onderverdeling volgt dat de woonplaats van de belastingplichtige van betekenis is voor zijn belastingheffing. Inwoners van Nederland zijn altijd subjectief inkomstenbelastingplichtig (art. 2.1 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001). Daartegenover staat dat buitenlands belastingplichtigen slechts dan subjectief belastingplichtig zijn wanneer zij “Nederlands inkomen” in de zin van hoofdstuk 7 Wet IB 2001 genieten (art. 2.1 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001).

De fiscale woonplaats van een natuurlijk persoon wordt op grond van art. 4 lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: ‘AWR’) bepaald aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval. In dat kader is van doorslaggevende betekenis of de belastingplichtige een duurzame band van persoonlijke aard heeft met Nederland.¹²² Geen enkele factor is daarbij op zichzelf beschouwd van voldoende gewicht om onder alle omstandigheden de woonplaats te kunnen duiden.¹²³ Relevante informatie voor de woonplaatsbepaling is bijvoorbeeld het al dan niet ter beschikking staan van een woning in Nederland of de nationaliteit van de belastingplichtige.¹²⁴

3.2.2. Objectieve belastingplicht

Het belastingobject voor binnenlands belastingplichtigen wordt – in overeenstemming met het woonlandbeginsel – gevormd door het wereldinkomen.¹²⁵ Uit het gegeven dat buitenlands belastingplichtigen slechts dan belastingplichtig zijn wanneer zij Nederlands inkomen genieten, volgt dat de subjectieve belastingplicht voor deze groep afhankelijk is gesteld van hun objectieve belastingplicht. Een beperking van de objectieve belastingplicht van buitenlands belastingplichtigen tot het uit Nederland afkomstige inkomen is in overeenstemming met het internationaal aanvaarde bronlandbeginsel.¹²⁶

De winst uit onderneming is op grond van art. 3.1 lid 2 onderdeel a Wet IB 2001 een component van het belastbare inkomen uit werk en woning. Deze categorie staat beter

¹²² HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ6824, *BNB* 2013/123, r.o. 3.2.1 en 3.2.2.

¹²³ Stevens 2020, p. 45.

¹²⁴ *Vakstudie Inkomstenbelasting*, art. 2.1 Wet IB 2001, aant. 3.1 (online, bijgewerkt 2 juli 2022).

¹²⁵ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2022, p. 42 en De Graaf, Kavelaars & Stevens 2021, p. 4-5.

¹²⁶ Stevens 2002, p. 145, Heithuis, Kavelaars & Schuver 2022, p. 42 en De Graaf, Kavelaars & Stevens 2022, p. 5.

bekend als box 1. De verschuldigde inkomstenbelasting bestaat volgens art. 2.7 lid 1 Wet IB 2001 uit het gezamenlijke bedrag van de berekende belasting die verschuldigd is over het belastbare inkomen uit box 1, het belastbare inkomen uit aanmerkelijk belang (box 2) en het belastbare inkomen uit sparen en beleggen (box 3).¹²⁷ De berekening van de belastbare winst uit onderneming geschiedt voor zowel binnenlands als buitenlands belastingplichtigen aan de hand van de regels van hoofdstuk 3 Wet IB 2001 (art. 2.4 lid 1 jo. art. 7.2 Wet IB 2001).

3.2.3. Bron van inkomen

Een door een belastingplichtige genoten voordeel is enkel onderworpen aan de heffing van inkomstenbelasting in box 1, indien dat voordeel afkomstig is uit een bron van inkomen.¹²⁸ De HR heeft zich veelvuldig uitgelaten over de criteria die noodzakelijk zijn om van een bron van inkomen te kunnen spreken. Dit betreffen de volgende elementen:

- de belastingplichtige neemt deel aan het economische verkeer;
- door middel van deze deelname beoogt hij een geldelijk voordeel (subjectief element); en
- dit geldelijke voordeel is *naar maatschappelijke opvattingen* redelijkerwijs te verwachten (objectief element).¹²⁹

Uit de vereiste deelname aan het economische verkeer volgt dat activiteiten in de privésfeer niet gekwalificeerd worden als een bron van inkomen. Stevens geeft in deze context het voorbeeld van een kapper die zijn eigen kinderen knipt.¹³⁰

Het subjectieve en het objectieve element vormen samen de voordeelttoets. In de jurisprudentie worden deze bronkenmerken vaak tezamen behandeld, omdat zij elkaar aanvullen.¹³¹ Aan de hand van de voordeelttoets worden activiteiten met een hobbymatig of speculatief karakter uitgesloten van belastbaarheid.¹³² Een voordeel moet immers daadwerkelijk beoogd worden en dat voordeel moet naar maatschappelijke opvattingen

¹²⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26727, nr. 3, p. 5.

¹²⁸ Van Kempen, in *Cursus Belastingrecht IB.3.0.1.A* (online, bijgewerkt 10 februari 2022).

¹²⁹ HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2390, *BNB* 2019/39 (m.nt. A.O. Lubbers), r.o. 3.1.3. en punt 3.1. van de noot. De geursiveerde zinsnede was tot dit arrest niet gehanteerd voor de formulering van de bronkenmerken.

¹³⁰ Stevens 2020, p. 103-104.

¹³¹ Stevens 2020, p. 116.

¹³² Stevens 2020, p. 112.

ook redelijkerwijs verwacht kunnen worden. Daarvan is bij hobby's of speculatie doorgaans geen sprake.¹³³ Het belang van een kwalificatie van dergelijke activiteiten is veelal gelegen in een uitsluiting van geleden verliezen.¹³⁴

3.2.4. Winst uit onderneming

In art. 2.14 Wet IB 2001 is de zogeheten rangorderegeling neergelegd. Deze regeling effectueert een 'gesloten' boxenstelsel. Wanneer een inkomstenbron wordt aangemerkt als een belastbare activiteit onder box 1, kunnen deze inkomsten niet ook nog in box 2 of box 3 belast kunnen worden.¹³⁵ Op grond van art. 3.2 Wet IB 2001 is de belastbare winst uit onderneming "het gezamenlijke bedrag van de winst die de belastingplichtige als *ondernemer* geniet uit een of meer *ondernemingen*" (eigen cursivering). Hierna worden beide gecursiveerde begrippen nader geduid en komt een uitbreiding op deze regel ter sprake (zie paragraaf 3.2.4.3.).

3.2.4.1. Onderneming

Het ondernemingsbegrip is – evenals onder de Wet IB 1964 – niet gedefinieerd binnen de Wet IB 2001. Dit betreft een weloverwogen keuze van de wetgever; de voorkeur werd en wordt gegeven aan een invulling van dit begrip in de jurisprudentie.¹³⁶ Voor deze omschrijving is het uitgangspunt de in de bedrijfseconomie gangbare definitie van een onderneming. Op grond daarvan is een onderneming een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal die door deelname aan het maatschappelijke productieproces een winst oogmerk nastreeft.¹³⁷ De deelname aan het economische verkeer en het subjectieve element van de voordeeltoets zijn constitutieve elementen van de ondernemingsdefinitie. De bronvraag vertoont dan ook een zekere verwevenheid met de beoordeling of sprake is van een onderneming.¹³⁸ Wil een onderneming een inkomstenbron zijn, is voornamelijk

¹³³ Hof 's-Gravenhage 5 september 2000, ECLI:NL:GHSGR:2000:AV6898, V-N 2000/55.16, r.o. 6.3. In deze zaak oordeelde Hof 's-Gravenhage dat de activiteiten van de belastingplichtige het hobbymatige karakter waren ontstegen, doordat reeds enkele jaren een positief resultaat werd behaald. Een voordeel kon aldus redelijkerwijs worden verwacht en het Hof veronderstelde dat dit ook beoogd werd.

¹³⁴ Van Kempen, in Cursus Belastingrecht IB.3.0.1.B (online, bijgewerkt 10 februari 2022).

¹³⁵ Stevens 2020, p. 91-94.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 26727, nr. 3, p. 93.

¹³⁷ Vgl. *Kamerstukken II* 1998/99, 26727, nr. 3, p. 93; Stevens 2020, p. 227 en 229 en concl. A-G Van Kalmthout 25 oktober 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7833, punt 2.2.

¹³⁸ Van Kempen, in Cursus Belastingrecht IB.3.2.2.A.a (online, bijgewerkt 26 maart 2022).

van belang dat de winst redelijkerwijs kan worden verwacht (het objectieve element van de voordeeltoets).¹³⁹

3.2.4.2. Ondernemer

De beoordeling van het subjectieve ondernemerschap van de participanten in een personenvennootschap geschiedt aan de hand van de in art. 3.4 Wet IB 2001 neergelegde definitie. Onder de Wet IB 2001 kwalificeert een belastingplichtige als ondernemer indien: i) voor zijn rekening een onderneming wordt gedreven;¹⁴⁰ én ii) hij rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming. Beide criteria veronderstellen reeds dat het samenwerkingsverband een objectieve onderneming drijft.¹⁴¹ Voor IB-ondernemerschap is een eerste constitutief vereiste derhalve het bestaan van een objectieve onderneming. Wanneer daarvan geen sprake is, zullen de activiteiten door de fiscale transparantie belast worden in box 2 of box 3.¹⁴²

In de parlementaire geschiedenis is niet toegelicht wanneer een onderneming precies voor rekening van een belastingplichtige wordt gedreven. Stevens meent dat hiervan sprake is wanneer de objectieve onderneming in economisch opzicht voor rekening en risico komt van de belastingplichtige.¹⁴³ Het ontbreken van een risico op verliezen hoeft echter niet in de weg te staan aan de kwalificatie tot ondernemer.¹⁴⁴ Uit oudere jurisprudentie komt naar voren dat bepalend is of de belastingplichtige gerechtigd is tot (een deel van) de stille reserves die tot uitdrukking komen bij de liquidatie van de onderneming.¹⁴⁵ In de jaren 90 van de vorige eeuw heeft de HR in zijn jurisprudentie evenwel een kentering laten zien. Met betrekking tot volledig verbonden vennoten oordeelde hij dat sprake is van fiscaal ondernemerschap wanneer arbeid wordt ingebracht én percentuele gerechtigdheid tot het vennootschapsresultaat bestaat.¹⁴⁶ De staatssecretaris heeft in een besluit een ruimere strekking aan deze jurisprudentie

¹³⁹ *Vakstudie Inkomstenbelasting*, art. 3.2 Wet IB 2001, aant. 5.1 (online, bijgewerkt 1 juli 2022).

¹⁴⁰ Onder de Wet IB 1964 was deze voorwaarde de enige eis die aan het subjectieve ondernemerschap werd gesteld. De tekst van art. 6 lid 1 Wet IB 1964 (oud) luidt als volgend: "Winst uit onderneming geniet hij voor wiens rekening een onderneming wordt gedreven, daaronder begrepen hij die, anders dan als aandeelhouder, medegerechtigd is tot het vermogen van een onderneming."

¹⁴¹ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2022, p. 86.

¹⁴² Stevens, in: *GS Personenassociaties* 6.3.2.3 (online, bijgewerkt 6 juli 2020).

¹⁴³ *Ibid.*, onderdeel 6.3.2.2.

¹⁴⁴ Zie Stevens 2020, p. 287-288, nr. 187 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

¹⁴⁵ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2022, p. 75 en 76 en Stevens 2020, p. 287.

¹⁴⁶ HR 16 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2579, *BNB* 1999/147, r.o. 3.3 en HR 16 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2580, *BNB* 1999/148, r.o. 3.3.

gegeven door te stellen dat in zijn ogen reeds sprake is van ondernemerschap onder de Wet IB 1964 wanneer volledig verbonden vennoten percentueel meedelen in het vennootschapsresultaat.¹⁴⁷

Aan de kwalificatie van ondernemer zijn verschillende fiscale voordelen gekoppeld.¹⁴⁸ In verband met het in de ogen van de wetgever oneigenlijke gebruik van vergelijkbare faciliteiten onder de Wet IB 1964 is het ondernemerscriterium aangescherpt bij de invoering van de Wet IB 2001.¹⁴⁹ De wetgever wil de voordelen van het IB-ondernemerschap beperken tot de belastingplichtigen die feitelijk risico lopen. Daarvan is in de ogen van de wetgever slechts sprake wanneer de belastingplichtige tegenover zakelijke crediteuren aansprakelijk is voor de ondernemingsschulden. Hiermee wordt beoogd het “fiscale ondernemersbegrip voortaan meer aan te laten sluiten bij de economische en maatschappelijke werkelijkheid.”¹⁵⁰ Dat is bewerkstelligd door te vereisen dat de belastingplichtige wordt verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming. De begrippen ‘verbonden’ en ‘verbintenissen’ worden in dit geval uitgelegd volgens het civiele recht.¹⁵¹

Volledig verbonden vennoten zullen onder deze criteria doorgaans ondernemer voor de inkomstenbelasting zijn. Door het verbod op een leeuwenvennootschap mag een firmant immers niet worden uitgesloten van winstgerechtigdheid. Art. 7A:1672 lid 1 BW vereist echter geen percentuele winstgerechtigdheid van een firmant, waardoor niet in algemene zin gesteld kan worden dat een volledig verbonden vennoot altijd kwalificeert als IB-ondernemer. Het is immers ook mogelijk dat een vennoot een vooraf vastgestelde winstuitkering geniet die niet gebaseerd is op een percentage van het vennootschapsresultaat of zijn inbreng in het vermogen van de vennootschap.¹⁵² Commanditaire vennoten zullen niet kwalificeren als IB-ondernemer, omdat zij niet verbonden worden voor verbintenissen van de vennootschap en derhalve extern niet aansprakelijk zijn voor de vennootschapsschulden. In vergelijkbare zin kwalificeren de

¹⁴⁷ Stevens, in: *GS Personenassociaties* 6.3.2.2 (online, bijgewerkt 6 juli 2020) en Besluit van 8 september 1999, nr. DB99/2344M (*Infobulletin* 1999, 673), vraag 1.

¹⁴⁸ Stevens 2020, p. 749-750.

¹⁴⁹ Stevens 2020, p. 291; *Kamerstukken II* 1998/99, 26727, nr. 3, p. 28 en 92; Van Kempen, in *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.3.A.c1 (online, bijgewerkt 26 maart 2022).

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 26727, nr. 3, p. 97.

¹⁵¹ Stevens 2002, p. 22 en *Kamerstukken II* 1998/99, 26727, nr. 3, p. 97-98.

¹⁵² Tervoort 2020, p. 108.

maten in een stille maatschap die niet zelfstandig verbintenissen sluiten ook niet als IB-ondernemer; zij worden immers niet verbonden voor de overeenkomsten van de vennootschap.¹⁵³

3.2.4.3. Medegerechtigde

Art. 3.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 vormt een uitbreiding van de belastbare winst uit onderneming. Daarvan is tevens sprake bij winst die een belastingplichtige “anders dan als ondernemer of aandeelhouder, als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming geniet uit een of meer ondernemingen”. Deze bepaling is hoofdzakelijk gericht op het belasten van commanditaire vennoten in box 1. Tegelijkertijd worden ook niet-verbonden stille maten aangemerkt als medegerechtigde.¹⁵⁴ Door het ontbreken van fiscaal ondernemerschap wordt bewerkstelligd dat medegerechtigden geen toegang hebben tot de fiscale voordelen die samenhangen met het ondernemerschap.¹⁵⁵ Voor medegerechtigdheid is niet vereist dat de belastingplichtige recht heeft op een gedeelte van een eventueel liquidatiesaldo (art. 3.3 lid 2 Wet IB 2001). Wel van belang is dat de CV een ondernemings- en niet een beleggingsactiviteit uitoefent.¹⁵⁶ Wanneer de CV geen onderneming drijft, worden de participaties van de commandiet namelijk in box 2 of box 3 belast.

3.2.5. Gevolgen van de eigen subjectieve onderneming

Door de fiscale transparantie heeft iedere firmant zijn eigen subjectieve onderneming, waar in civielrechtelijk opzicht de personenvennootschap aangemerkt wordt als een economische eenheid.¹⁵⁷ Er zijn verschillende fiscale gevolgen verbonden aan het opknippen van de objectieve onderneming in meerdere subjectieve ondernemingen.

3.2.5.1. Winstbepaling

Op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 wordt iedere venoot-natuurlijk participant belast over de gehele winst die gedurende het bestaan van zijn subjectieve onderneming wordt

¹⁵³ *Kamerstukken II 1998/99, 26727, nr. 3, p. 97.*

¹⁵⁴ *Vakstudie Inkomstenbelasting*, art. 3.3 Wet IB 2001, aant. 2.7 (online, bijgewerkt 1 juli 2022).

¹⁵⁵ *Vgl. Kamerstukken II 1998/99, 26727, nr. 3, p. 92 en Kamerstukken II 1999/00, 26727, nr. 19, p. 26.*

¹⁵⁶ *Stevens 2020, p. 847 en Hof Amsterdam 14 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR1610, V-N*

2011/42.10, r.o. 4.2.

¹⁵⁷ *Stevens, in: GS Personenassociaties 6.3.2.1 (online, bijgewerkt 6 juli 2020).*

genoten (totaalwinstbeginsel).¹⁵⁸ Deze winst wordt aan de hand van de beginselen van goed koopmansgebruik¹⁵⁹ en met inachtneming van een bestendige gedragslijn verdeeld over de verschillende jaren waarin de onderneming bestaat, zodat jaarlijks een gedeelte van de winst, de jaarwinst, in de heffing wordt betrokken (art. 3.25 Wet IB 2001). Doordat iedere firmant zijn eigen subjectieve onderneming heeft, mag hij zijn eigen stelsel van winstberekening hanteren.¹⁶⁰

3.2.5.2. Ondernemingsvermogen

3.2.5.2.1. Vermogensetikettering

Het totaalwinstbeginsel bepaalt de grenzen van de subjectieve onderneming van de belastingplichtige. Uit art. 3.8 Wet IB 2001 volgt immers dat alle voordelen die uit de onderneming afkomstig zijn, in de heffing worden betrokken als winst uit onderneming. Het totaalwinstbeginsel kan dan ook verplichten dat bepaalde vermogensbestanddelen van de belastingplichtige tot de onderneming worden gerekend en geactiveerd dienen te worden op de balans. De vermogensetiketteringsregels bepalen welke vermogensbestanddelen op de balans komen.¹⁶¹ Op grond van deze regels wordt een vermogensbestanddeel ingedeeld in één van de volgende drie categorieën:

1. Verplicht ondernemingsvermogen;
2. Verplicht privévermogen; of
3. Keuzevermogen.

De belastingplichtige is in beginsel vrij om vermogensbestanddelen aan te merken als ondernemings- of privévermogen. Daarbij dient hij wel binnen de “grenzen der redelijkheid” te handelen.¹⁶² Vermogensbestanddelen die naar hun aard en functie enkel dienstbaar zijn aan de onderneming behoren tot het verplichte ondernemingsvermogen. Aan de andere kant zijn er ook vermogensbestanddelen die naar hun aard en functie in het geheel niet dienstbaar zijn aan de onderneming. Deze categorie

¹⁵⁸ De totaalwinst kan worden bepaald aan de hand van de vermogensvergelijkingsmethode. Hiervoor wordt de volgende berekening gehanteerd: totaalwinst = eindvermogen – beginvermogen + onttrekkingen - stortingen.

¹⁵⁹ Essers, in *Cursus Belastingrecht IB.3.2.16.B.a* (online, bijgewerkt 2 april 2022).

¹⁶⁰ Van Kempen, in *Cursus Belastingrecht IB.3.2.35.A.c1* (online, bijgewerkt 26 maart 2022).

¹⁶¹ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2022, p. 97-98.

¹⁶² HR 7 oktober 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY3461, *BNB* 1953/272.

vermogensbestanddelen behoort tot het verplichte privévermogen van de belastingplichtige.¹⁶³ De beoordeling van de functie van een vermogensbestanddeel is niet een volledig objectieve aangelegenheid; de bedoelingen van de belastingplichtige kunnen ook een rol spelen in dit proces.¹⁶⁴ Ook kan een latere functiewijziging onder omstandigheden resulteren in een verplichte heretikettering.¹⁶⁵ Het keuzevermogen bestaat uit de vermogensbestanddelen met een gemengde functie. Met betrekking tot deze categorie heeft de belastingplichtige de keuze om de bezitting ofwel als ondernemingsvermogen ofwel als privévermogen aan te merken.¹⁶⁶

3.2.5.2.2. *Vennootschappelijk vermogen*

In het vorige hoofdstuk is besproken dat het vennootschappelijke vermogen in civielrechtelijk opzicht een gebonden en tevens afgescheiden vermogen vormt. Fiscaalrechtelijk wordt dit uitgangspunt doorkruist. Het vermogen van de vennootschap en het fiscale ondernemingsvermogen hoeven niet samen te vallen.¹⁶⁷ Dat is ook logisch wanneer in acht wordt genomen dat iedere firmant zijn eigen subjectieve onderneming heeft. De afbakening van het fiscale ondernemingsvermogen geschiedt aan hand van de hiervoor besproken vermogensetiketteringsregels. Componenten van het vennootschappelijke vermogen kunnen bijgevolg tot het verplichte privévermogen van een of meer firmanten gerekend worden, terwijl deze vermogensbestanddelen in civielrechtelijk opzicht tot het vermogen van de personenvennootschap behoren.¹⁶⁸ In vergelijkbare zin is het juridisch eigendom van een vermogensbestanddeel ook niet noodzakelijk om van fiscaal ondernemingsvermogen te kunnen spreken. Doorslaggevend is het economische eigendom; de waardeveranderingen van de ingebrachte vermogensbestanddelen dienen voor rekening en risico van de belastingplichtige te komen.¹⁶⁹

De firmanten kunnen ook overeenkomen dat een gedeelte van een bestaande onderneming, bijvoorbeeld de onroerende zaken, niet wordt ingebracht. In dit geval

¹⁶³ Stevens 2020, p. 262.

¹⁶⁴ HR 2 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW8769, *BNB* 1984/6.

¹⁶⁵ HR 29 augustus 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2251, *BNB* 1997/347, r.o. 3.4.

¹⁶⁶ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2022, p. 98.

¹⁶⁷ HR 23 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2539, *BNB* 1955/310.

¹⁶⁸ Stevens 2020, p. 835.

¹⁶⁹ Van Kempen, in *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.35.C.b1 (online, bijgewerkt 26 maart 2022).

wordt het economische eigendom van de onroerende zaak niet overgedragen en wordt enkel het gebruik van het vermogensbestanddeel ingebracht. Aan de hand van de vermogensetiketteringsregels dient te worden bepaald of het vermogensbestanddeel tot het fiscale ondernemingsvermogen van de desbetreffende firmant behoort. Voor zover daarvan sprake is – wat bij onroerende zaken doorgaans het geval is – behoort het vermogensbestanddeel tot het verplichte ondernemingsvermogen van de eigenaar van het vermogensbestanddeel. De onroerende zaak behoort in zoverre tot het zogeheten buitenvennootschappelijke ondernemingsvermogen van de firmant.¹⁷⁰

3.3. Samenwerkingsverbanden in de vennootschapsbelasting

3.3.1. Binnenlands belastingplichten

In art. 2 Wet VPB 1969 is opgesomd welke binnenlands belastingplichtige lichamen subjectief belastingplichtig zijn. Binnenlands belastingplichtig zijn in beginsel enkel de in Nederland gevestigde lichamen. De bepaling van de vestigingsplaats geschiedt op dezelfde wijze als woonplaatsbepaling van natuurlijk personen; ook hiervoor dient een afweging te worden gemaakt aan de hand van de feiten en omstandigheden van het concrete geval (art. 4 lid 1 AWR). Veel betekenis komt in dit verband toe aan de plaats waar de werkelijke leiding over de vennootschap wordt uitgeoefend.¹⁷¹ Wanneer de oprichting van een lichaam naar Nederlands recht heeft plaatsgevonden, is de vestigingsplaats minder relevant. De oprichtingsfictie van art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 bewerkstelligt immers dat deze categorie lichamen van rechtswege geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd, ondanks dat de entiteit feitelijk gezien in het buitenland gevestigd kan zijn. Voor de toepassing van belastingverdragen zal de oprichtingsfictie doorgaans het onderspit delven ten opzichte van de plaats van de feitelijke leiding, waardoor de objectieve belastingplicht door de verdragsbescherming in de praktijk beperkt is.¹⁷² Dat Nederland geen of een beperkt heffingsrecht heeft, neemt echter niet weg dat het lichaam subjectief belastingplichtig en daarmee aangifteplichtig blijft voor de vennootschapsbelasting.¹⁷³ Volgens Boer en Elswier is de subjectieve belastingplicht van

¹⁷⁰ Van Kempen, in *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.35.C.f (online, bijgewerkt 26 maart 2022).

¹⁷¹ HR 23 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5105, *BNB* 1993/193, r.o. 3.3.3.

¹⁷² *NDFR Commentaar*, art. 2 Wet VPB 1969, aant. 18.3 (online, bijgewerkt 13 juni 2022).

¹⁷³ HR 26 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2529, *BNB* 1998/350, r.o. 3.2.

de in Nederland gevestigde lichamen onder te verdelen in twee categorieën.¹⁷⁴ Aan de ene kant zijn verschillende rechtsvormen die naar civiel recht over rechtspersoonlijkheid beschikken aangemerkt als belastingsubject. Onder deze categorie worden de NV en de BV geschaard.¹⁷⁵ Daarnaast behoren hiertoe verschillende entiteiten die niet onder het begrip samenwerkingsverbanden in de zin van het kwalificatiebesluit begrepen worden. Tot deze groep lichamen kunnen onder meer de in art. 2 lid 1 onderdeel e Wet VPB 1969 genoemde stichtingen en verenigingen worden gerekend. Er bestaan twijfels of rechtspersoonlijkheid in dit verband het onderscheidende criterium is van deze categorie lichamen of dat bepalend is dat de onderneming voor rekening en risico van het samenwerkingsverband wordt gedreven in plaats van de participanten.¹⁷⁶ In mijn optiek is dit laatste kenmerk van doorslaggevend betekenis. Een argument daarvoor vind ik in het feit dat de rechtstreekse betrekking in de inkomstenbelasting van ondernemers afhankelijk is gesteld van de vraag of de onderneming voor rekening van de belastingplichtige komt. Ook na het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid zal de onderneming van een personenvennootschap voor rekening en risico van de achterliggende participanten komen op grond van art. 7:809 lid 1 BW (nieuw).¹⁷⁷

Aan de andere kant zijn ook entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid opgenomen in art. 2 lid 1 Wet VPB 1969. Dit betreffen rechtsvormen met vrij overdraagbare participaties.¹⁷⁸ Per 1 januari 2022 – na publicatie van de hiervoor aangehaalde bijdrage van Boer en Elswelier – is het lijstje zelfstandig belastingplichtige lichamen uitgebreid met ‘omgekeerde hybride lichamen’ (art. 2 lid 3 Wet VPB 1969).¹⁷⁹ Deze lichamen zijn subjectief belastingplichtig om belastingontwijking via internationale structuren tegen te gaan, waardoor effectief een derde categorie subjectief belastingplichtige lichamen bestaat.¹⁸⁰

Uit art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 volgt dat de vraag of een personenvennootschap al dan niet transparant dient te zijn een theoretische is. In de

¹⁷⁴ Boer & Elswelier 2019/3.3.1.

¹⁷⁵ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 55. Niet alle rechtspersonen uit Boek 2 BW kunnen op grond van art. 2 Wet VPB 1969 gekwalificeerd worden als lichaam.

¹⁷⁶ De Graaf, Kavelaars & Stevens 2021, p. 193.

¹⁷⁷ Voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen, Artikel I.

¹⁷⁸ Boer & Elswelier 2019/3.3.1.

¹⁷⁹ Een bespreking van de omgekeerde hybride lichamen volgt in paragraaf 5.4.2.

¹⁸⁰ Van de Streek, in Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.1.A.b1 (online, bijgewerkt 11 april 2022).

praktijk bestaat immers de mogelijkheid – waarvan de wetgever door middel van de subjectieve belastingplicht van de open CV ook gebruik heeft gemaakt – om het uitgangspunt van de fiscale transparantie van personenvennootschappen te doorkruisen. De open CV is een enkel in het fiscale recht erkende species van de CV. Op grond van art. 2 lid 3 onderdeel c Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: ‘AWR’) is een CV ‘open’ wanneer “buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van commanditaire vennoten kan plaats hebben zonder toestemming van alle vennoten, beherende zowel commanditaire”. Deze voorwaarde staat beter bekend als het eerder benoemde toestemmingsvereiste. Indien de vennootschapsovereenkomst inhoudelijk niet overeenkomt met de voorwaarden van het toestemmingsvereiste, wordt de CV gekenmerkt als een besloten CV.¹⁸¹ De besloten CV is voor fiscale doeleinden transparant, waardoor het inkomen en de vermogensbestanddelen worden toegerekend aan de achterliggende participanten.¹⁸² Hierdoor worden zij voor het vennootschapsresultaat rechtstreeks in de heffing betrokken van hun eigen fiscale regime.¹⁸³

De codificering van het toestemmingsvereiste heeft tot gevolg dat deze definitie doorwerkt naar alle wetten waarop de AWR betrekking heeft (art. 1 AWR). Daartoe worden onder meer de Wet IB 2001, de Wet VPB 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: ‘Wet DB 1965’) gerekend.¹⁸⁴ De commanditaire participaties in de open CV worden gelijkgesteld met aandelen, waardoor commandieten-natuurlijk persoon niet in de heffing van box 1 worden betrokken als medegerechtigde (art. 2 lid 3 onderdeel f AWR). De commanditaire vennoot wordt in dit verband immers niet aangemerkt als medegerechtigde, maar als aandeelhouder. Afhankelijk van de omvang van zijn participatie wordt hij belast in box 2 of box 3.¹⁸⁵

De in art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 genoemde samenwerkingsverbanden worden geacht hun onderneming te drijven met hun hele vermogen (art. 2 lid 6 Wet VPB 1969). Deze bepaling impliceert enerzijds dat deze lichamen altijd een onderneming drijven en anderzijds dat al hun vermogensbestanddelen tot het ondernemingsvermogen worden gerekend. Van de Streek verbindt daaraan de conclusie dat de

¹⁸¹ Stevens 2002, p. 246.

¹⁸² Stevens 2002, p. 110.

¹⁸³ *NDFR Commentaar*, art. 9 Wet VPB 1969, aant. 5.1 (online, bijgewerkt 4 maart 2022).

¹⁸⁴ *Vakstudie Algemeen deel*, art. 1 AWR, aant. 3.5 (online, bijgewerkt 3 juli 2022).

¹⁸⁵ *Vakstudie Algemeen deel*, art. 2 AWR, aant. 4.3.1 (online, bijgewerkt 3 juli 2022).

vermogensetikettering geen rol van betekenis speelt voor deze lichamen.¹⁸⁶ Alle vermogensbestanddelen van het belastingsubject worden immers toegerekend aan het ondernemingsvermogen, waardoor de subjectieve en de objectieve belastingplicht samenvallen. Deze regel – zo kan worden opgemaakt uit art. 2 lid 6 jo. lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 – lijkt ook op te gaan voor de open CV. Stevens¹⁸⁷ en Bouwman¹⁸⁸ zijn van mening dat art. 2 lid 6 Wet VPB 1969 in beginsel beperkt is tot het vermogen van de vennootschap dat toekomt aan de commanditaire vennoten. Voor de beherend vennoten dient afzonderlijk te worden getoetst of dit een lichaam is waarop de fictie van art. 2 lid 6 Wet VPB 1969 toepassing vindt.

Stevens en Bouwman baseren hun oordeel op het arrest BNB 1982/268, waarin de HR oordeelde dat een redelijke wetstoepassing met zich brengt dat de onderworpenheid van de open CV aan de vennootschapsbelasting beperkt is tot het vermogen dat behoort tot het vennootschappelijke aandeel van de commanditaire vennoten.¹⁸⁹ Deze conclusie baseert de HR op de fiscale behandeling van het winstaandeel van de beherende vennoten. Deze participanten worden voor hun winstaandeel rechtstreeks betrokken in het op hen toepasselijke belastingregime, waarbij irrelevant is of dit de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting betreft. Voor zover de open CV integraal in de heffing van vennootschapsbelasting wordt betrokken, treedt in deze situatie cumulatie van belastingheffing op. Naar aanleiding van dit arrest lijkt aan de aftrekbaarheid van het winstaandeel van de beherend vennoot uit hoofde van art. 9 lid 1 onderdeel e Wet VPB 1969 geen praktische betekenis toe te komen.¹⁹⁰ Dat de open CV transparant is voor het vennootschappelijke aandeel van de beherende vennoten laat zich mijns inziens verklaren door art. 19 lid 2 WvK. Uit deze bepaling volgt dat een CV voor de relatie tussen de beherende vennoten gekenmerkt kan worden als een VOF en de VOF is voor fiscale doeleinden transparant.

¹⁸⁶ Van de Streek, in *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.5.a1* (online, bijgewerkt 11 april 2022). In mijn optiek vergeet Van de Streek hier zijn stelling te nuanceren. Deze houdt immers enkel stand binnen de context van de vennootschapsbelasting. Onder meer voor de toepassing van de doorschuiffaciliteit van art. 4.17a Wet IB 2001 dient een onderscheid gemaakt te worden tussen het ondernemings- en het beleggingsvermogen van een lichaam, waardoor het leerstuk van de vermogensetikettering toch relevantie heeft.

¹⁸⁷ Stevens 2002, p. 262.

¹⁸⁸ Bouwman, *TFO* 2003/124, onderdeel 2.3.

¹⁸⁹ HR 7 juli 1982, ECLI:NL:HR:1982:AW9546, *BNB* 1982/268.

¹⁹⁰ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 9 Wet VPB 1969, aant. 75.1 (online, bijgewerkt 6 mei 2022).

Op grond van de schakelbepaling wordt voor de winstbepaling van een kapitaalvennootschap aangesloten bij de regels van de Wet IB 2001 (art. 8 lid 1 Wet VPB 1969). In overeenstemming met het woonlandbeginsel worden binnenlands belastingplichtigen voor hun wereldwinst in de heffing betrokken.¹⁹¹

3.3.2. Buitenlands belastingplichtigen

Buitenlandse belastingplichtig zijn de in art. 3 lid 1 Wet VPB 1969 genoemde lichamen die niet in Nederland gevestigd zijn, maar wel Nederlands inkomen genieten. Buitenlands belastingplichtige lichamen worden voor de VPB – in gelijke zin als de buitenlandse belastingplichtigen onder de IB – belast volgens het bronlandbeginsel, omdat de subjectieve belastingplicht gekoppeld is aan de aanwezigheid van een belastingobject.¹⁹² Wat precies onder Nederlands inkomen wordt verstaan, is bepaald in art. 17 lid 3 Wet VPB 1969. Uit onderdeel a volgt dat hiertoe het inkomen uit een in Nederland gedreven onderneming wordt gerekend. De ondernemingsfictie van art. 2 lid 6 geldt niet voor de buitenlands belastingplichtige lichamen, waardoor in overeenstemming met het bronlandbeginsel enkel dat gedeelte van het inkomen in de heffing wordt betrokken dat daadwerkelijk afkomstig is uit een onderneming.¹⁹³ De ondernemingstoets is voor de vennootschapsbelasting dezelfde toets als voor de inkomstenbelasting (zie paragraaf 3.2.4.1.). Wanneer vaststaat dat een onderneming wordt gedreven, dient voor het vaststellen van de belastbare winst aan de hand van de vermogensetiketteringsregels te worden bepaald welk gedeelte van het vermogen tot het ondernemingsvermogen behoort (zie paragraaf 3.2.5.2.1).¹⁹⁴

3.4. Samenwerkingsverbanden in de dividendbelasting

Krachtens art. 1 lid 1 Wet DB 1965 wordt dividendbelasting geheven over onder meer de “opbrengst” van aandelen en winstbewijzen van de in Nederland gevestigde lichamen die op grond van art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 ook in de vennootschapsbelasting worden betrokken. Dit betreffen NV's, BV's, open CV's en “andere vennootschappen

¹⁹¹ Vgl. De Graaf, Kavelaars & Stevens 2021, p. 4-5. Inkomsten uit buitenlandse bron kunnen op grond van de objectvrijstelling ex art. 15e of door verdragstoepassing onder voorwaarden in mindering op de winst worden gebracht. De facto zal dan ook niet altijd de wereldwinst in de heffing worden betrokken.

¹⁹² Verburg 2000/16.1.

¹⁹³ *NDFR Commentaar*, art. 2 VPB, aant. 19.4 (online, bijgewerkt 10 april 2022).

¹⁹⁴ Van de Streek, in *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.4.a* (online, bijgewerkt 11 april 2022).

welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld”¹⁹⁵. Daarnaast volgt uit het eerste lid ook dat dividendbelasting verschuldigd is over bijzondere schuldverhoudingen. De vennootschap die de uitbetaling verricht aan de gerechtigde tot de opbrengst wordt aangemerkt als inhoudingsplichtige, waarna deze de dividendbelasting dient in te houden en moet afdragen (art. 7 Wet DB 1965).

Rijkers typeert een dividend als een voordeel uit aandelen.¹⁹⁶ De HR gebruikt in dit verband het eveneens in art. 1 Wet DB 1965 gehanteerde ‘opbrengst’ en heeft daaromtrent geoordeeld dat daarvan sprake is bij een vermogensverschuiving van de vennootschap naar de aandeelhouder.¹⁹⁷ Personenvennootschappen naar Nederlands recht beschikken in beginsel niet over aandelenkapitaal, waardoor van een opbrengst uit aandelen c.q. een dividend geen sprake kan zijn. Deze entiteiten zijn daarom doorgaans niet inhoudingsplichtig. Gezien het feit dat de participaties in een open CV in fiscale zin gelijkgesteld zijn met aandelen, zijn ook deze rechtsvormen onder de werking van de dividendbelasting gebracht. Open CV’s kunnen derhalve inhoudingsplichtig zijn.¹⁹⁸

3.5. Buitenlandse samenwerkingsverbanden in het Nederlandse fiscale recht

Belastingheffing over de winsten van samenwerkingsverbanden, al dan niet geheven van de entiteit zelf of de achterliggende participanten, is niet beperkt tot de rechtsvormen die zijn opgericht of aangegaan naar Nederlands recht. Ook buitenlandse samenwerkingsverbanden en hun participanten kunnen te maken krijgen met de Nederlandse fiscus. Om de aanknopingspunten voor de belastingheffing te bepalen, is de fiscale kwalificatie van het samenwerkingsverband van groot belang. Voor fiscaal transparante samenwerkingsverbanden geldt immers dat de participanten rechtstreeks in hun eigen fiscale regime betrokken worden en voor non-transparante samenwerkingsverbanden geldt dat deze entiteiten inhoudingsplichtig kunnen zijn voor de dividendbelasting en subjectief belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Volgens De Graaf, Kavelaars & Stevens speelt de kwalificatie van een buitenlands samenwerkingsverband een rol in de volgende drie situaties:

¹⁹⁵ Dit begrip wordt nader besproken in paragraaf 3.5.3.

¹⁹⁶ Rijkers, in *Cursus Belastingrecht* IB.4.4.1.B (online, bijgewerkt 2 april 2022).

¹⁹⁷ HR 18 februari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0777, *BNB* 1959/124.

¹⁹⁸ Stevens 2002, p. 246.

- Buitenlandse samenwerkingsverbanden die gevestigd zijn in Nederland;
- Buitenlandse samenwerkingsverbanden die gevestigd zijn buiten Nederland, maar inkomsten uit Nederlandse bron genieten; en
- Nederlandse participanten met inkomsten uit een buitenlands samenwerkingsverband dat buiten Nederland gevestigd is.¹⁹⁹

3.5.1. Algemene aspecten van kwalificatie

In paragraaf 2.5. is naar voren gekomen dat buitenlandse samenwerkingsverbanden die actief zijn in het Nederlandse rechtsverkeer, op grond van de incorporatieleer voor bepaalde civielrechtelijke kenmerken worden beheerst door buitenlandse rechtsregels. Een met de incorporatieleer vergelijkbare regel vindt geen toepassing binnen het classificatievraagstuk. Daarmee is Nederland niet bepaald een vreemde eend in de bijt; in de meeste rechtsstelsels wordt de fiscale kwalificatie onafhankelijk van de buitenlandse kwalificatie vastgesteld.²⁰⁰ Het classificatievraagstuk wordt doorgaans opgelost door aan de hand van civielrechtelijke kenmerken van het samenwerkingsverband te bepalen met welke rechtsvorm uit het nationale recht de desbetreffende entiteit de meeste overeenkomsten heeft. Vervolgens wordt de kwalificatie van de meest vergelijkbare rechtsvorm ook toegepast op het buitenlandse samenwerkingsverband.²⁰¹

3.5.2. Nederlandse kwalificatiemethode

3.5.2.1. Rechtsvormvergelijkingsmethode

De Nederlandse kwalificatiemethode is niet vastgelegd in een wet in formele zin.²⁰² In de jurisprudentie is meermaals geoordeeld over de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden, maar daaruit volgt geen vastomlijnd toetsingskader. Om deze redenen kan het classificatievraagstuk volgens Stevens als complex omschreven worden.²⁰³ Uit het kwalificatiebesluit en de jurisprudentie kan evenwel opgemaakt worden dat de classificatie gebaseerd is op de rechtsvormvergelijkingsmethode. Stevens

¹⁹⁹ De Graaf, Kavelaars & Stevens 2021, p. 192-193.

²⁰⁰ Avery Jones e.a., *Bulletin for international fiscal documentation* 2002, 56(7), p. 289.

²⁰¹ Partnership Report 1999, para. 14, p. 9.

²⁰² De Graaf, Kavelaars & Stevens 2021, p. 193.

²⁰³ Stevens 2002, p. 184.

spreekt in dit verband ook wel van de “*similarity approach*” en Van de Streek hanteert de “*corporate resemblance*”-methode als benaming voor de classificatiemethode.²⁰⁴

De rechtsvormvergelijkingsmethode bestaat uit twee stappen. In de eerste stap wordt het toepasselijke civiele recht op de desbetreffende entiteit vastgesteld aan de hand van de incorporatieleer, waarna de relevante civielrechtelijke kenmerken van de rechtsvorm geïdentificeerd worden. In de tweede stap wordt vervolgens gezocht naar de meest vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm. De kwalificatie van deze rechtsvorm wordt overgenomen voor de fiscale behandeling van het buitenlandse samenwerkingsverband.²⁰⁵

3.5.2.2. Kwalificatiebesluit

De huidige visie van de Staatssecretaris van Financiën op de Nederlandse kwalificatiemethode is neergelegd in het kwalificatiebesluit van 11 december 2009. Dit besluit kan gekenmerkt worden als een beleidsregel in de zin van art. 1:3 lid 4 Algemene wet bestuursrecht.²⁰⁶ Bijgevolg is de inspecteur gebonden aan het kwalificatiebesluit, maar de belastingplichtige en de rechter niet.²⁰⁷ De belastingplichtige kan in zoverre een van het kwalificatiebesluit afwijkend standpunt innemen ten aanzien van de kwalificatie van het samenwerkingsverband.²⁰⁸

In de ogen van de staatssecretaris is de in het besluit neergelegde kwalificatiemethode de rechtsvormvergelijkingsmethode.²⁰⁹ Het besluit is daarbij overigens beperkt tot de eerder in paragraaf 1.4 genoemde omschrijving van het begrip samenwerkingsverbanden. In essentie komt dat neer op de rechtsvormen die vergelijkbaar zijn met de kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen naar Nederlands recht.

De Graaf, Kavelaars & Stevens stellen dat deze methode bestaat uit drie stappen.²¹⁰ In de eerste stap wordt bepaald of het buitenlandse samenwerkingsverband getypeerd

²⁰⁴ Stevens, *NTFR-B* 2011/45, onderdeel 3 en Van de Streek, in *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.1.B.c1* (online, bijgewerkt 11 april 2022).

²⁰⁵ Van de Streek, in *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.1.B.c1* (online, bijgewerkt 11 april 2022).

²⁰⁶ Zie ook Paragraaf 2 Besluit Fiscaal Bestuursrecht.

²⁰⁷ HR 28 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258, *BNB* 1990/194, r.o. 4.2-10.

²⁰⁸ Vgl. Maas & Weijers, *WFR* 2018/10, onderdeel 2.

²⁰⁹ Consultatiedocument, onderdeel 1.

²¹⁰ De Graaf, Kavelaars & Stevens 2021, p. 194 en kwalificatiebesluit, onderdeel 3.3 en 3.4.

kan worden als een transparant lichaam (“vrijwel steeds personenvennootschap”) of een niet-transparant lichaam (“vrijwel steeds kapitaalvennootschap”). Voor zover een samenwerkingsverband aangemerkt wordt als een personenvennootschap dient in de tweede stap vervolgens te worden bepaald of de vennootschap overeenkomt met een open CV op grond waarvan het oordeel kan luiden dat het samenwerkingsverband non-transparant is. Indien de rechtsvorm niet vergelijkbaar is met de open CV, kan het oordeel alsnog luiden dat de entiteit non-transparant is. Dit is het geval wanneer het samenwerkingsverband als kapitaalvennootschap deelneemt aan het economische verkeer conform het hierna in paragraaf 3.5.3. te bespreken arrest BNB 1978/13.²¹¹

3.5.3. Buitenlandse samenwerkingsverbanden onder de Nederlandse heffingswetten

Belastingheffing kan op grond van het legaliteitsbeginsel enkel plaatsvinden voor zover een wettelijke grondslag bestaat (art. 104 Grondwet).²¹² Bijgevolg kunnen vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden enkel in de vennootschapsbelasting betrokken kunnen worden indien zij subjectief belastingplichtig zijn op grond van art. 2 Wet VPB 1969 of art. 3 Wet VPB 1969. In vergelijkbare zin geldt voor de dividendbelasting dat in Nederland gevestigde buitenlandse samenwerkingsverbanden onder de entiteiten geschaard moeten worden waartoe de opbrengstgerechtigden van art. 1 lid 1 Wet DB 1965 in een bijzondere relatie staan. Hierna wordt – in overeenstemming met de afbakening van het kwalificatiebesluit – onderzocht op welke gronden een buitenlands samenwerkingsverband onder de werking van de hiervoor genoemde heffingswetten kan worden vallen.

3.5.3.1. Wet VPB 1969

Op grond art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 zijn subjectief belastingplichtig de in Nederland gevestigde NV's, BV's, open CV's en “andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld”. In het arrest BNB 1978/13 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of de burgerlijke maatschap op aandelen – een civielrechtelijke species van de ‘gewone’ maatschap²¹³ – onder deze laatstgenoemde

²¹¹ HR 24 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AX3276, BNB 1978/13.

²¹² De Werd, in *Cursus Belastingrecht* FBR.0.0.1.B (online, bijgewerkt 23 januari 2022).

²¹³ Van de Streek, in *Cursus Belastingrecht* Vpb.1.0.3.M.a1 (online, bijgewerkt 11 april 2022).

categorie geschaard kan worden.²¹⁴ Daartoe overwoog hij dat uit de wetsgeschiedenis naar voren komt dat deze zinsnede ook betrekking heeft op “associaties welke niet precies in rechtsvorm doch wel in economische functie overeenstemmen met die vennootschappen met het oog waarop de belasting in het bijzonder in het leven is geroepen.”²¹⁵ Deze passage leidt volgens de HR tot de conclusie dat niet alleen in ogenschouw genomen dient te worden of het kapitaal van de rechtsvorm in aandelen is verdeeld, maar ook of “die vennootschap naar haar aard ook overigens economisch en maatschappelijk met de in genoemde bepaling meer specifiek aangeduide vennootschappen voldoende overeenstemt”.

Alhoewel aan de hand van de rechtsvormvergelijkingsmethode de kwalificatie van de meest vergelijkbare rechtsvorm wordt overgenomen, volgt daaruit niet dat buitenlandse samenwerkingsverbanden voor de toepassing van art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 onder hun Nederlandse equivalent geschaard worden. In het arrest BNB 1994/191 heeft de HR zich gebogen over de vraag of met ‘naamloze vennootschappen’ in de zin van art. 15 Wet VPB 1969 (oud) ook de met de NV vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen worden begrepen.²¹⁶ Aan de hand van vergelijkbare argumenten als in het arrest BNB 1978/13 komt de HR tot het oordeel dat dit niet het geval is. Buitenlandse samenwerkingsverbanden behoren tot de categorie van vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.²¹⁷ Bijzondere betekenis kent de HR in dat verband toe aan het feit dat deze categorie mede is geïntroduceerd om buitenlandse samenwerkingsverbanden die in economisch opzicht overeenkomen met de Nederlandse rechtsvormen van art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 onder het bereik van de vennootschapsbelasting te brengen.

Bij het publiceren van de hiervoor aangehaalde kamerstukken waren enkel de NV en de commanditaire vennootschap op aandelen (hierna: ‘CVOA’), een in 1975 afgeschafte species van de CV²¹⁸, de specifiek benoemde rechtsvormen naar Nederlands recht in art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB.²¹⁹ De afschaffing van de CVOA leidde zowel op civiel als

²¹⁴ HR 24 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AX3276, BNB 1978/13.

²¹⁵ *Kamerstukken II* 1962/63, 6000, nr. 9, p. 6.

²¹⁶ HR 16 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5622, BNB 1994/191, r.o. 3.4.

²¹⁷ Verburg 2000/4.6.5.

²¹⁸ Wet van 28 mei 1975, *Stb.* 1975, 277.

²¹⁹ *Kamerstukken II* 1962/63, 6000, nr. 9, p. 5-6.

fiscaal vlak niet tot een wezenlijk verschillende behandeling van deze vennootschappen. Civielrechtelijk verviel enkel de bijzondere positie van de CVOA ten opzichte van zijn *genus*, de CV.²²⁰ Dit werd bewerkstelligd door in art. 19 lid 3 WvK een in aandelen verdeeld kapitaal expliciet te verbieden. In de fiscale wet- en regelgeving wordt sindsdien in plaats van de CVOA het begrip ‘open CV’ gehanteerd. Inhoudelijk werd geen wijziging beoogd, waardoor het toestemmingsvereiste gehandhaafd bleef als het relevante criterium voor de subjectieve belastingplicht.²²¹ Daarnaast heeft de afschaffing van de CVOA beperkte betekenis in fiscaal opzicht door de gelijkstelling van commanditaire participaties met aandelen in art. 3 lid 3 onderdeel f AWR. De voortzetting van het fiscale regime van de CVOA door middel van de introductie van de open CV is mede gebaseerd op de mogelijkheid dat ten aanzien van buitenlandse samenwerkingsverbanden een heffingslek kon ontstaan.²²²

De BV en de open CV worden logischerwijs niet expliciet benoemd in de arresten BNB 1978/13 en BNB 1994/191 of de aan de overwegingen van de HR ten grondslag liggende parlementaire geschiedenis, omdat deze rechtsvormen bij de introductie van de andersoortige vennootschappen nog geen wettelijke basis hadden in het Nederlandse rechtsstelsel. Een gevolg van de introductie van beide rechtsvormen in art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 is in mijn optiek dat voor de relatie tussen deze rechtsvormen en de andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele is verdeeld in aandelen, aansluiting gezocht dient te worden bij de wetsgeschiedenis en jurisprudentie. Bijgevolg dienen onder deze rechtsvormen enkel de naar Nederlands recht opgerichte of aangegane samenwerkingsverbanden te worden geschaard. Hun buitenlandse equivalenten zijn voor zover zij in economisch opzicht overeenkomsten vertonen met deze rechtsvormen andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.

Deze beredenering lijkt voor de open CV niet op te gaan. Hof Arnhem beslist in zijn uitspraak van 13 april 2000 namelijk dat een GmbH & Co KG een open CV is, terwijl aan de hand van de wetsgeschiedenis de conclusie zou moeten zijn dat het desbetreffende samenwerkingsverband een met de open CV vergelijkbare rechtsvorm is die aangemerkt

²²⁰ *Kamerstukken II 1972, 12055, nr. 3, p. 4.*

²²¹ Van de Streek, in *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.3.L.c3* (online, bijgewerkt 10 april 2022) en *Kamerstukken II 1972, 12055, nr. 3, p. 5-6.*

²²² *Kamerstukken II 1972, 12055, nr. 3, p. 5-6.*

kan worden als een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.²²³ In vergelijkbare zin oordeelt de HR in het arrest BNB 1990/254 ten aanzien van een naar het recht van Florida opgerichte Limited dat dit samenwerkingsverband een open CV is.²²⁴ Een mogelijke verklaring hiervoor is dat het arrest BNB 1994/191 nadien is geweest, maar dit argument gaat niet op de voor de uitspraak van Hof Arnhem.

De open CV is ook opgenomen in art. 3 lid 1 onderdeel b Wet VPB, op grond waarvan deze vennootschappen buitenlands belastingplichtig kunnen zijn. Van de Streek merkt op dat de wetgever hier waarschijnlijk doelt op buitenlandse samenwerkingsverbanden die vergelijkbaar zijn met de open CV.²²⁵ Dat is een logische conclusie gezien het feit dat open CV's naar Nederlands recht doorgaans binnenlands belastingplichtig zullen zijn. Een verklaring voor het gegeven dat met open CV's niet enkel wordt gedoeld op naar Nederlands recht opgerichte of aangegane samenwerkingsverbanden is dat het begrip CV niet letterlijk genoemd wordt in art. 19 lid 1 WvK. Uit deze bepaling volgt enkel het bestaan van de "vennootschap bij wijze van geldschieting, anders en commandite genaamd".

Dat vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden die vergelijkbaar zijn met de open CV niet kwalificeren als vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal kan ook nog langs een andere weg worden beredeneerd. Ondanks dat de commanditaire participaties gelijkgesteld worden met aandelen, volgt uit de definitie van een open CV niet dat de verdeling van het resultaat dient te geschieden naar evenredigheid van de participaties. De resultaatsverdeling naar evenredigheid van het gehouden belang is volgens A-G Wattel geen constitutief element om van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal te kunnen spreken, maar is dat in mijn optiek – gelet op het arrest BNB 1978/13 – wel. Uit dit arrest volgt daarnaast dat sprake dient te zijn van economische en maatschappelijke vergelijkbaarheid met de in art. 2 lid 1 onderdeel a genoemde lichamen.²²⁶

²²³ Hof Arnhem 13 april 2000, ECLI:NL:GHARN:2000:AA6537, *V-N* 2000/40.5, r. o. 5.11.

²²⁴ HR 27 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4326, *BNB* 1990/254, onderdeel 4.

²²⁵ Van de Streek, in *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.6.C* (online, bijgewerkt 11 april 2022).

²²⁶ Concl. A-G Wattel 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AX2034, punt 5.7, bij HR 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2000:AX:2034, *BNB* 2006/288.

Buitenlandse belastingplicht voor vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden – met inachtneming van de eerder aangebrachte afbakening – is onder art. 3 lid 1 Wet VPB 1969 beperkt tot rechtspersonen (onderdeel a), open CV's (onderdeel b) en “andere niet rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld”.

De civielrechtelijke kenmerken van de vennootschappen die op grond van hun rechtspersoonlijkheid in de heffing worden betrokken, worden in overeenstemming met de incorporatieleer vastgesteld volgens het recht van de staat van oprichting.²²⁷ Wanneer uit dat recht voortvloeit dat een entiteit rechtspersoonlijkheid heeft, is dat op zichzelf beschouwd niet van doorslaggevende betekenis om de entiteit in de heffing van vennootschapsbelasting te betrekken. De civielrechtelijke kenmerken van het desbetreffende samenwerkingsverband dienen namelijk ook vergelijkbaar te zijn met de civielrechtelijke kenmerken van een Nederlandse rechtspersoon.²²⁸ Een relevant criterium daarvoor is of de winst rechtstreeks toekomt aan het lichaam of de achterliggende vennoten. Wanneer de winst aan de vennoten toekomt, wordt de vennootschap geacht transparant te zijn.²²⁹

Tot slot resteert voor de vennootschapsbelasting dan nog de restcategorie die bestaat uit andere niet rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. Een negatieve benadering leert dat dit de vennootschappen zijn die naar Nederlandse maatstaven geen rechtspersoon zijn en eveneens niet vergelijkbaar zijn met de open CV. Zoals hiervoor besproken vallen onder deze categorie de vennootschappen die in economisch en maatschappelijk opzicht overeenkomen met de naar Nederlands recht opgerichte of aangegane samenwerkingsverbanden die subjectief belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting.

²²⁷ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 3 Wet VPB 1969, aant. 3 (online, bijgewerkt 11 april 2022). Anders: P.J.A. Adriani, *WPNR* 1943/3814. Adriani kan zich volgens de Vakstudie niet scharen achter deze gedachte. Volgens hem dient aan de hand van het Nederlandse recht te worden vastgesteld of een entiteit aangemerkt kan worden als rechtspersoon.

²²⁸ Van de Streek, in *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.6.B.a* (online, bijgewerkt 11 april 2022).

²²⁹ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 3 Wet VPB 1969, aant. 3 (online, bijgewerkt 11 april 2022).

3.5.3.2. Wet DB 1965

Ook in de context van de dividendbelasting houdt hetgeen hiervoor ten aanzien van de vennootschapsbelasting is geschreven stand. De rechtsvormen die inhoudingsplichtig kunnen zijn voor de dividendbelasting, zijn hiervoor reeds beschreven in paragraaf 3.5.3.1. Wel verdient het bijzondere opmerking dat de buitenlandse samenwerkingsverbanden ook hier gevestigd dienen te zijn, willen zij aangemerkt kunnen worden als inhoudingsplichtige voor de dividendbelasting. Buitenlandse samenwerkingsverbanden die fiscaal in Nederland gevestigd zijn en voldoende gelijkenis vertonen met een NV, BV of een open CV worden dan ook aangemerkt als inhoudingsplichtige voor de dividendbelasting.

3.6. Deelconclusie

Personenvennootschappen zijn fiscaal transparant en worden derhalve voor de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en dividendbelasting niet aangemerkt als subjectief belastingplichtige of inhoudingsplichtige. Door de fiscale transparantie worden de achterliggende participanten rechtstreeks in het op hen toepasselijke belastingregime betrokken voor het vennootschapsresultaat. Wil een natuurlijk persoon in de heffing van inkomstenbelasting worden betrokken als ondernemer is het van belang dat hij rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming en percentueel gerechtigd is tot de winst van de vennootschap. Commanditaire vennoten in een besloten CV en stille maten zullen doorgaans niet als ondernemer kwalificeren door de eerstgenoemde voorwaarde. Door de gelijkstelling met aandelen van commanditaire participaties in een open cv worden de commandieten-natuurlijk persoon niet in box 1 betrokken, maar afhankelijk van de omvang van hun participatie in box 2 of box 3.

De kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht zijn subjectief belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting en derhalve non-transparant. Indien deze vennootschappen binnenlands belastingplichtig zijn, worden zij door de werking van de ondernemingsfictie van rechtswege geacht een onderneming te drijven met hun hele vermogen. Deze samenwerkingsverbanden worden ten gevolge voor hun wereldwinst in de heffing betrokken.

De open CV is omwille van de vrije overdraagbaarheid van de participaties ook aangemerkt als een subjectief belastingplichtig lichaam. Een open CV wordt enkel voor

het vennootschappelijke aandeel van de commanditaire vennoten in de heffing betrokken. De reden hiervoor is dat de beherend vennoten door de fiscale transparantie van hun vennootschappelijke aandeel rechtstreeks in de heffing worden betrokken van het op hen toepasselijke fiscale regime.

Buitenlands belastingplichtigen worden in overeenstemming met het bronlandbeginsel niet belast voor hun wereldwinst, maar enkel voor de winst uit een Nederlandse bron. Dat worden zij in beginsel enkel voor zover zij een onderneming drijven. Welke vermogensbestanddelen tot het ondernemingsvermogen behoren dient te worden bepaald aan de hand van de vermogensetiketteringsregels.

Kapitaalvennootschappen, open CV's en hun buitenlandse equivalenten kunnen aangemerkt worden als inhoudingsplichtige voor de dividendbelasting. Daarvoor is een vereiste dat deze samenwerkingsverbanden in Nederland gevestigd zijn. Ondanks dat de open CV van rechtswege geen aandelen heeft, is dit type samenwerkingsverband toch inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting. De commanditaire participaties worden voor fiscale doeleinden immers gelijkgesteld met aandelen.

Buitenlandse samenwerkingsverbanden dienen voor de toepassing van de Nederlandse heffingswetten allereerst gekwalificeerd te worden. Daarvoor wordt op grond van de incorporatieleer vastgesteld welke civielrechtelijke kenmerken dit samenwerkingsverband heeft. Aan de hand van de rechtsvormvergelijkingsmethode wordt vervolgens vastgesteld met welk samenwerkingsverband naar Nederlands recht de meeste overeenkomsten bestaan. De kwalificatie van dit samenwerkingsverband wordt vervolgens ook toegepast op het buitenlandse samenwerkingsverband.

Om belasting te kunnen heffen dient een wettelijke grondslag te bestaan. Buitenlandse samenwerkingsverbanden die vergelijkbaar zijn met de NV en de BV worden in de Wet VPB 1969 en de Wet DB 1965 geschaard onder de andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. De reden hiervoor is dat de begrippen NV en BV alleen betrekking hebben op de kapitaalvennootschappen die zijn opgericht naar Nederlands recht. Een samenwerkingsverband wordt aangemerkt als een vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld wanneer aan twee voorwaarden wordt voldaan: i) de winstverdeling van het samenwerkingsverband geschiedt naar evenredigheid van de

verdeling van de participaties in het lichaam; en ii) het lichaam is in economisch en maatschappelijk opzicht vergelijkbaar met een subjectief belastingplichtig samenwerkingsverband dat is opgericht naar Nederlands recht. Voor vreemdrechtelijke lichamen die vergelijkbaar zijn met de open CV geldt dat zij aangemerkt worden als een open CV. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat deze rechtsvorm in het spraakgebruik in deze formulering is ingeburgerd, maar niet op deze wijze omschreven wordt in art. 19 WvK.

Hoofdstuk 4: Grondslagen van de fiscale transparantie en de subjectieve belastingplicht

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht waarom kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen verschillend worden behandeld. Daarvoor wordt beoordeeld hoe dit onderscheid zich verhoudt tot de grondslagen van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. Een uiteenzetting van de grondslagen van deze heffingen volgt in paragraaf 4.2., waarna in paragraaf 4.3. verschillende uitgangspunten van de wetgever ten aanzien van de afwijkende classificatie van kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen de revue passeren. Tot slot wordt in paragraaf 4.4. een antwoord op de volgende deelvraag geformuleerd:

Hoe verhouden de grondslagen van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting zich tot de fiscale transparantie van personenvennootschappen en de non-transparantie van kapitaalvennootschappen?

4.2. Grondslagen van belastingheffing

4.2.1. Functies van belastingheffing

De principiële functie van belastingheffing is het financieren van overheidsuitgaven. Deze ‘klassieke’ functie werd tot en met de 19^e eeuw beschouwd als nagenoeg het enige doel van belastingheffing. Naast een budgettaire functie hebben belastingen vandaag de dag ook een instrumentele functie. Belastingen kunnen namelijk ingezet worden ter ondersteuning en uitvoering van overheidsbeleid.²³⁰ In de dogmatiek wordt daarnaast een derde functie erkend, de steunfunctie. De voornaamste functie van een heffing kan ook bestaan uit het ondersteunen van een andere heffing.²³¹

In de ogen van Wijtvliet is belastingheffing primair een verdelingsvraagstuk, waarbij een verdelingsbeginsel het antwoord is op dat vraagstuk. Een verdelingsbeginsel maakt

²³⁰ Stevens 2020, p. 6. Een voorbeeld van de instrumentele functie van een belasting is het heffen van accijnzen over goederen om de consumptie te ontmoedigen.

²³¹ Werger 2011, p. 24. Voor een voorbeeld wordt verwezen naar paragraaf 4.2.4.

inzichtelijk op welke wijze de benodigde belastingopbrengst over de bevolking verdeeld wordt, waarbij de concrete lastenverdeling gerechtvaardigd wordt door de onderliggende normen van het desbetreffende verdelingsbeginsel.²³² Binnen een rechtsstaat neemt het gelijkheidsbeginsel een absolute en onaantastbare positie in. Dat geldt eveneens voor het belastingrecht, waarbij dit voornamelijk tot uitdrukking is gekomen door de algemene aanvaarding van het draagkrachtbeginsel.²³³ De Langen interpreteert het draagkrachtbeginsel als een evenredige nutsopoffering van belastingplichtigen.²³⁴ Het draagkrachtbeginsel vertoont dan ook zekere overeenkomsten met het gelijkheidsbeginsel.²³⁵ Adam Smith wordt gezien als de grondlegger van de draagkrachtgedachte. In zijn optiek dient de belastingdruk verdeeld te worden aan de hand van ieders “ability to pay”.²³⁶

4.2.2. Rechtsgronden van een heffing

Discussies over de rechtsgronden van een heffing kunnen in essentie kort zijn. Op grond van het legaliteitsbeginsel kan belastingheffing enkel geschieden voor zover daaraan een wet in formele zin ten grondslag ligt (art. 104 Grondwet). De introductie van een heffingswet is daarom voldoende om de rechtsgrond van een belasting te duiden. Verburg spreekt in dit verband van een formele rechtsgrond.²³⁷ Stevens hangt een materiële definitie van het begrip rechtsgrond aan. Hij omschrijft dit namelijk als de argumenten die billijken dat een specifieke belasting een rol vervult in het samenhangende geheel van belastingen (een “belastingstelsel”). De desbetreffende heffing dient rechtvaardig, effectief en efficiënt te zijn.²³⁸ Budgettaire overwegingen bieden volgens Sonneveldt onvoldoende grondslag om een heffing materieel te legitimeren. Budgettaire overwegingen zijn in zijn ogen een economisch motief in plaats van een juridische grondslag.²³⁹

²³² Wijtvlit, *WFR* 2021/58, onderdeel 1.

²³³ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1959/60, 5380, nr. 9, p. 16 en Rijkers & Van Vijfeijken 2010, p. 251.

²³⁴ Wijtvlit, *WFR* 2021/58, onderdeel 3.2..

²³⁵ Vgl. Scheltema, *Regelmaat* 2018/3.2, p. 125.

²³⁶ Stevens 2020, p. 16-17.

²³⁷ Verburg 2000, p. 1.

²³⁸ Stevens 2020, p. 15.

²³⁹ Sonneveldt, *WPNR* 2017/7165, p. 732.

De klassieke functie kan rechtvaardigen dat belasting in het algemeen wordt geheven, maar biedt onvoldoende gewicht om een specifieke heffing te verdedigen binnen een belastingstelsel. Dat wil niet zeggen dat budgettaire overwegingen gebagatelliseerd dienen te worden. De opbrengst van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting is immers een wezenlijke component van de totale belasting- en premieontvangsten,²⁴⁰ waardoor budgettaire overwegingen wel degelijk een bepalende factor kunnen zijn in het wetgevingsproces.²⁴¹

4.2.3. Inkomstenbelasting

In de MvT bij de Wet IB 2001 is ten aanzien van het draagkrachtbeginsel gesteld dat dit beginsel “als uitvloeisel van het streven naar rechtvaardigheid en rechtsgelijkheid een waardevol oriëntatiepunt is bij de opbouw en de vormgeving van een belastingstelsel.”²⁴² Het inkomen is een geschikte maatstaf voor het bepalen van de draagkracht, omdat inkomen de voornaamste uitdrukking is van de financiële capaciteiten van een belastingplichtige.²⁴³ Alternatieve maatstaven van draagkracht zijn het consumptieniveau en het vermogen.²⁴⁴ Ook onder de Wet op de inkomstenbelasting 1914 en de Wet IB 1964 was het draagkrachtbeginsel de grondslag voor de heffing van inkomstenbelasting.²⁴⁵

Binnen de Wet IB 2001 wordt een subjectieve draagkrachtgedachte aangehangen, waardoor de draagkracht van een belastingplichtige niet enkel van zijn inkomen afhankelijk is gesteld.²⁴⁶ Een voorbeeld hiervan kan gevonden worden in de persoonsgebonden aftrekposten van hoofdstuk 6 Wet IB 2001. Deze aftrekposten zijn hoofdzakelijk gebaseerd op omstandigheden die samenhangen met de individuele persoon van de belastingplichtige of zijn gezinssituatie. Deze omstandigheden

²⁴⁰ *Kamerstukken II 2021/22*, 35925, nr. 2, p. 49.

²⁴¹ Hiervoor kan bijvoorbeeld gewezen worden op de Wet spoedreparatie fiscale eenheid. In de MvT wordt aangevoerd dat de structurele derving bij het afzien van herstellwetgeving op kan lopen tot enkele honderden miljoenen euro's (*Kamerstukken II 2017/18*, 34959, nr. 3, p. 1).

²⁴² *Kamerstukken II 1998/99*, 26727, nr. 3, p. 292.

²⁴³ *Kamerstukken II 1998/99*, 26727, nr. 3, p. 4-5.

²⁴⁴ Stevens 2020, p. 19.

²⁴⁵ *Kamerstukken II 1911/12*, 144, nr. 3, p. 13 en *Kamerstukken II 1958/59*, 5380, nr. 3, p. 17.

²⁴⁶ Van Kempen, in *Cursus Belastingrecht IB.2.3.1.B* (online, bijgewerkt 1 januari 2022).

beïnvloeden de daadwerkelijke capaciteiten van een belastingplichtige om uit zijn inkomen bij te dragen aan de algemene middelen.²⁴⁷

4.2.4. Vennootschapsbelasting

4.2.4.1. Parlementaire geschiedenis

Menig auteur meent dat een duidelijke rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting ontbreekt.²⁴⁸ Sterker nog, uit de parlementaire geschiedenis kan worden opgetekend dat de verschillende visies uit de literatuur met betrekking tot de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting weliswaar tezamen de heffing rechtvaardigen, maar dat niet gesproken kan worden van een “gave, algemeen aanvaarde rechtsgrond, die de vennootschapsbelasting integraal mag verdragen”.²⁴⁹ Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet VPB 1969 zijn de volgende argumenten aangedragen die verklaren waarom desalniettemin een vennootschapsbelasting wordt geheven:

1. De vennootschapsbelasting voorkomt verstoringen in de concurrentieverhoudingen tussen particuliere ondernemingen²⁵⁰ en NV's;
2. De vennootschapsbelasting is in een internationale context evenwichtig, omdat vrijwel ieder land een vergelijkbare winstbelasting kent.
3. Budgettair gezien is de belasting niet weg te denken, omdat hiermee een belangrijk gedeelte van de totale belastingopbrengst wordt opgehaald.²⁵¹

Ad 1. Voorkomen van concurrentieverstoringen

Een bestaansreden van de vennootschapsbelasting is het wegnemen van concurrentieverstoringen tussen particuliere ondernemingen en NV's door een globaal evenwicht te bereiken in de belastingheffing van natuurlijke personen en

²⁴⁷ *Kamerstukken II 2000/01*, 27431, nr. 7, p. 45.

²⁴⁸ Zie bijvoorbeeld Verburg 2000/1.1 en Stevens, *Juch-bundel 2002*, p. 31.

²⁴⁹ *Kamerstukken II 1962/63*, 6000, nr. 9, p. 2.

²⁵⁰ Van Kempen 1999, p. 71. Met de aanduiding “particuliere onderneming” wordt bedoeld op eenmanszaken en personenvennootschappen. Eveneens wordt de term “persoonlijke onderneming” op verschillende plaatsen gehanteerd, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1958/59*, 5380, nr. 3, p. 16. De wetgever brengt een onderscheid aan tussen enerzijds de winstsfeer van rechtspersonen en anderzijds de winstsfeer van particuliere ondernemingen en natuurlijke personen. Daaruit leid ik af dat het gebruik van een personenvennootschap in de ogen van de fiscale wetgever destijds – in ieder geval hoofdzakelijk – beperkt was tot natuurlijke personen.

²⁵¹ *Kamerstukken II 1968/69*, 6000, nr. 25, vraag 1.

“rechtspersonen”²⁵². Alternatieve stelsels om dit evenwicht te bereiken werden minder wenselijk geacht.²⁵³ Het waarborgen van een rechtsvormneutrale fiscale behandeling van ondernemingen is geen absoluut streven van de wetgever, maar bij benadering dient wel een gelijk speelveld te bestaan.²⁵⁴

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de vennootschapsbelasting in samenhang dient te worden beschouwd met de inkomstenbelasting over winstuitdelingen.²⁵⁵ De vennootschapsbelasting vervult derhalve een steunfunctie ten opzichte van de inkomstenbelasting, omdat de aanvullende werking van de vennootschapsbelasting tot doel heeft een globaal evenwicht te bereiken in de belastingheffing van particuliere ondernemingen en de natuurlijke personen die een onderneming drijven door middel van een subjectief belastingplichtig lichaam.²⁵⁶ Op de complementaire functie van de vennootschapsbelasting wordt in de literatuur evenwel kritisch gereageerd. De consensus is namelijk dat van een globaal evenwicht geen sprake is.²⁵⁷

Desalniettemin heeft de Wet VPB 1969 ten principale tot doelstelling een globaal evenwicht te bereiken.²⁵⁸ Een conclusie die daaruit getrokken kan worden, is dat dit evenwicht ontbreekt wanneer de Wet VPB 1969 niet de enkele jaren eerder ingevoerde Wet IB 1964 aanvult. Een belangrijke doelstelling van de vennootschapsbelasting was het voorkomen van eindeloos belastinguitstel, omdat het vennootschapsresultaat anders pas bij uitdeling in de heffing wordt betrokken.²⁵⁹

Met de herziening van het aanmerkelijkbelangregime per 1 januari 1997 werd een belangrijk knelpunt van het klassieke stelsel verholpen. Controversieel was bij de inwerkingtreding van de VPB immers niet zozeer de heffing van vennootschapsbelasting, maar veeleer de cumulatie van de progressieve inkomstenbelasting en de

²⁵² Deze formulering ging bij de inwerkingtreding van de Wet VPB 1969 reeds niet meer op door de subjectieve belastingplicht van de CVOA.

²⁵³ *Kamerstukken II 1962/63*, 6000, nr. 9, p. 2. Daarbij kan gedacht worden aan:

1. een directe betrekking van de aandeelhouders in de inkomstenbelasting;
2. het laten fungeren van de vennootschapsbelasting als voorheffing op de inkomstenbelasting; of
3. een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting.

²⁵⁴ *Kamerstukken II 1962/63*, 5380, nr. 19, p. 22.

²⁵⁵ *Kamerstukken II 1958/59*, 5380, nr. 3, p. 16.

²⁵⁶ Van Kempen 1999, p. 94.

²⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Heithuis 2019/4.3 en Stevens 2020, p. 1894.

²⁵⁸ Boer & Elswieier 2019/3.2.2 en *Kamerstukken II 1962/63*, 6000, nr. 9, p. 3.

²⁵⁹ Van Strien 2019/6.3.1.

vennootschapsbelasting.²⁶⁰ Tot deze herziening was het aanmerkelijkbelangregime beperkt tot een heffing over vervreemdingswinsten. Na de wetwijziging worden ook de reguliere voordelen tegen het tarief van – destijds – 25% in de heffing betrokken, in plaats van tegen het voorheen gehanteerde progressieve tarief.²⁶¹

Ad 2. Internationaal evenwichtig

Een vergelijkbaar argument werd ook aangevoerd bij de introductie van de schenkbelasting in 1917.²⁶² Sonneveldt spreekt in de context van de schenkbelasting van “een soort van rechtvaardigingsgrond”. Dit argument lijkt ten aanzien van de vennootschapsbelasting sterker te zijn. Door de destijds toenemende Europese samenwerking werd het – vooruitlopend op eventuele harmonisatie van de directe belastingen – onwenselijk geacht om het belastingstelsel qua structuur te veel af te laten wijken van dat van bondgenoten. Fiscale harmonisatie werd echter niet beschouwd als een doel op zich, waardoor dit argument op zichzelf beschouwd nog geen verklaring is voor het heffen van vennootschapsbelasting.²⁶³ Vandaag de dag ligt dit enigszins anders. Een belangrijke reden hiervoor is de mogelijke implementatie van de Pijler 2-regels van de OESO, op grond waarvan buitenlandse mogendheden verplicht kunnen zijn belasting bij te heffen indien hier te lande te weinig vennootschapsbelasting geheven wordt.²⁶⁴ Afwezigheid van een vennootschapsbelasting zal na de inwerkingtreding van de Pijler 2-regels mitsdien tot gevolg hebben dat enkel een deel van de ‘eigen belastinggrondslag’ wordt weggegeven aan een ander land.

Ad 3. Budgettaire overwegingen

In paragraaf 4.2.2. is reeds opgemerkt dat budgettaire overwegingen niet zozeer een juridische grondslag omvatten, maar eerder een economisch argument zijn. Rondom de totstandkoming van de Wet VPB 1969 bedroegen de inkomsten uit de IB-winstheffing ongeveer hetzelfde bedrag als de opbrengst onder de voorganger van de Wet VPB 1969, het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942.²⁶⁵ Deze inkomsten zijn echter enkel een

²⁶⁰ Verburg 2000, p. 2-3.

²⁶¹ Mobach, Sillevius & Lugt, in: *Cursus Belastingrecht IBt/m2000.2.2A.5.A.a* (online, bijgewerkt 1 augustus 2001).

²⁶² Sonneveldt, *WPNR* 2015/29, p. 732-733.

²⁶³ *Kamerstukken II* 1962/63, 5380, nr. 19, p. 2.

²⁶⁴ Zie *V-N* 2022/2.6 voor een overzichtelijke weergave van de Pijler 2-regels en meer achtergrondinformatie.

²⁶⁵ *Kamerstukken II* 1958/59, 5380, nr. 3, p. 16.

rechtvaardigingsgrond te noemen voor het heffen van belasting, maar geen verklaring voor de specifieke heffing.²⁶⁶

4.2.4.2. Literatuur

Boer en Elswelier benoemen twee rechtsgronden die in de literatuur veelal worden aangevoerd als de grondslagen van de vennootschapsbelasting.²⁶⁷ Dit betreffen de antropomorfe visie en de eerder benoemde steunfunctie. De antropomorfe visie veronderstelt een zekere zelfstandigheid van de vennootschapsbelastingplichtige lichamen ten opzichte van hun aandeelhouders. Deze zelfstandigheid rechtvaardigt een betrekking van het lichaam in de vennootschapsbelasting aan de hand van vergelijkbare argumenten die het rechtvaardigen dat inkomstenbelasting wordt geheven van natuurlijke personen.

Boer en Elswelier vinden beide rechtsgronden gebrekkig, omdat zij elkaar tegenspreken waar het de vormgeving van de Wet VPB 1969 betreft. De steunfunctie gaat immers uit van het complementaire karakter van de vennootschapsbelasting ten opzichte van de inkomstenbelasting, terwijl de antropomorfe visie een zekere zelfstandigheid van de vennootschapsbelastingplichtige lichamen veronderstelt. Ondanks dat van een zuivere rechtsgrond geen sprake is, delen Boer en Elswelier de visie van Verburg dat de vennootschapsbelasting alleszins te rechtvaardigen is door de steunfunctie.²⁶⁸

De antropomorfe visie vormt een rechtvaardigingsgrond voor de belastingheffing van multinationals en andere lichamen zonder aandeelhouders die kwalificeren als aanmerkelijkbelanghouder in de zin van art. 4.6 Wet IB 2001. Deze lichamen leiden in grote mate een zelfstandig leven ten opzichte van de aandeelhouders, waardoor dergelijke entiteiten zoveel als mogelijk op een gelijke wijze dienen te worden belast als natuurlijke personen.²⁶⁹

Essers meent dat de combinatie tussen de steunfunctie en de antropomorfe visie tot een aantal knelpunten heeft geleid.²⁷⁰ De voornaamste reden hiervoor is dat onder de Wet VPB 1969 geen onderscheid wordt gemaakt met betrekking tot het

²⁶⁶ Vgl. Boer & Elswelier 2019/3.2.2.

²⁶⁷ Boer & Elswelier 2019/3.2.2.

²⁶⁸ Boer & Elswelier 2019/3.2.2 en Verburg 2000, p. 2.

²⁶⁹ Boer & Elswelier 2019/3.2.2 en Essers, *WFR* 2019/187, onderdeel 1.

²⁷⁰ Essers, *WFR* 2019/187, onderdeel 1.

aandeelhoudersbestand van het lichaam. Daardoor is hetzelfde regime van toepassing op multinationale (beurs)ondernemingen, persoonlijke houdstervennootschappen en het midden- en kleinbedrijf. Bijgevolg is de Wet VPB 1969 onnodig complex geworden, resulteert de heffing in een ongelijke fiscale behandeling van verschillende rechtsvormen en is het regime gevoelig voor belastingontwijkingsconstructies.

4.3. Fiscale transparantie of zelfstandige belastingplicht?

Van Kempen heeft drie uitgangspunten geformuleerd waarop de wetgever haars inziens het fiscale onderscheid tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen heeft gebaseerd. Dit betreffen: i) het al dan niet rechtstreeks 'toevallen' van het vennootschapsresultaat; ii) de zelfstandigheid van kapitaalvennootschappen; en iii) het al dan niet samenvallen van de positie van kapitaalverschaffer en ondernemer.²⁷¹

4.3.1. Rechtstreeks toevallen van de winst

Van Kempen stelt dat de wetgever de rechtstreekse betrekking van de vennoten-natuurlijk persoon in de inkomstenbelasting lijkt te baseren op het gegeven dat het vennootschapsresultaat hen rechtstreeks "toevalt".²⁷² Aan de andere kant maakt zij uit de parlementaire geschiedenis op dat de wetgever in relatie tot kapitaalvennootschappen stelt dat het vennootschapsresultaat pas tot aandeelhoudersinkomen wordt omgevormd, wanneer hieraan een uitdrukkelijk besluit van een bevoegd vennootschapsorgaan ten grondslag ligt (een 'uitdelingsbesluit').²⁷³ Een eerste punt van aandacht is de vraag of de aan de inkomstenbelasting ten grondslag liggende draagkrachtgedachte een verklaring kan zijn voor de verschillende fiscale regimes die van toepassing zijn op kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen. Volgens Van Kempen is een rechtstreekse betrekking van de vennoten in de inkomstenbelasting enkel in overeenstemming met de draagkrachtgedachte, wanneer het vennootschapsresultaat resulteert in een directe draagkrachtvermeerdering van de vennoten. Daarvan is slechts sprake wanneer de vennoten een opvorderbaar winstrecht hebben, zodat het

²⁷¹ Van Kempen 1999, p. 33-37.

²⁷² Van Kempen 1999, p. 32-34 en *Kamerstukken II* 1959/60, 5380 & 6000, nr. 9, p. 16.

²⁷³ Van Kempen 1999, p. 34-35 en *Kamerstukken II* 1959/60, 5380 & 6000, nr. 9, p. 16.

persoonlijke aandeel in het vennootschapsresultaat kan worden aangewend om de verschuldigde belasting te betalen.²⁷⁴ In het bijzonder onderzoekt Van Kempen of de rechtspersoonlijkheid van een lichaam van invloed is op de noodzaak tot een uitdelingsbesluit.²⁷⁵

Van Kempen concludeert dat het rechtstreeks toevallen van het vennootschapsresultaat aan de vennoten niet samenhangt met het bezitten van rechtspersoonlijkheid, omdat ook in de vennootschapsovereenkomst geregeld kan worden dat de vennoten pas na een uitdelingsbesluit over hun winstaandeel kunnen beschikken.²⁷⁶ Daaruit volgt dat de vennoten in een personenvennootschap niet altijd een opvorderbaar winstrecht hebben dat hun draagkracht verhoogt, ondanks dat zij voor hun vennootschapsaandeel rechtstreeks in de heffing worden betrokken. Aan deze conclusie ontleent Van Kempen de stelling dat het onderscheid tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen gebaseerd is op een privaatrechtelijke misvatting van de wetgever.²⁷⁷ Bijgevolg kan de draagkrachtgedachte het fiscale onderscheid tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen niet verklaren, omdat ook voor vennoten-natuurlijk persoon dit beginsel geschonden wordt. Overigens kent de besluitgever sinds december 2004 geen waarde meer toe aan een uitdelingsbesluit voor het kwalificeren van buitenlandse samenwerkingsverbanden.²⁷⁸

Stevens betwist de relevantie van een uitdelingsbesluit.²⁷⁹ Een opname van een uitdelingsbesluit in de vennootschapsovereenkomst leidt naar huidig recht immers niet tot subjectieve belastingplicht van personenvennootschappen voor de vennootschapsbelasting en de parlementaire geschiedenis of jurisprudentie bieden in zijn ogen geen aanknopingspunten die tot een andere conclusie leiden. Een mogelijke verklaring die Stevens opwerpt is dat Van Kempen een andere betekenis toedicht aan het rechtstreeks toevallen van de winst dan de wetgever.²⁸⁰ In dat kader is het relevant te

²⁷⁴ Van Kempen 1999, p. 43-57.

²⁷⁵ Van Kempen 1999, p. 34.

²⁷⁶ Van Kempen 1999, p. 48-58.

²⁷⁷ Van Kempen 1999, p. 69-70.

²⁷⁸ Van Kempen, *WFR* 2005/537, onderdeel 4.2 en Stevens, in: *GS Personenassociaties* 6.2.1 (online, bijgewerkt 6 juli 2020).

²⁷⁹ Stevens, *Juch-bundel* 2002, paragraaf 3.

²⁸⁰ Stevens, *Juch-bundel* 2002, p. 32.

benoemen dat Stevens niet betwist dat de wetgever een onderscheid maakt tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen aan de hand van het toevallen van het vennootschapsresultaat. In zijn optiek wordt het classificatieverschil verklaard door de verschillende antwoorden op de vraag i) aan wie het vermogen van de vennootschap toebehoort; en de vraag of ii) een vennootschap rechtspersoonlijkheid bezit. Dit vermoeden ontleent hij aan de formulering van art. 6 lid 1 Wet IB 1964, waarbij in het bijzonder gewicht wordt toegekend aan de zinsnede “voor wiens rekening een onderneming wordt gedreven”. Daarvan is zijns inziens in beginsel sprake bij juridisch (mede-)eigendom, maar kan dat eveneens het geval zijn bij het enkel houden van het economisch eigendom.²⁸¹ Zoals besproken in paragraaf 3.2.4.2. is de hiervoor aangehaalde zinsnede niet nader geduid in de wetsgeschiedenis of jurisprudentie. In het vorige hoofdstuk is benoemd dat volledig verbonden vennoten onder de Wet IB 1964 kwalificeerden als ondernemer wanneer zij arbeid inbrengen en percentueel meedelen in het vennootschapsresultaat. De eigendom van vermogensbestanddelen is in dit verband dan ook niet relevant en ook een uitsluiting van economisch risico hoeft niet in de weg te staan aan ondernemerschap onder de Wet IB 1964. Daarmee sluit ik niet uit dat eigendom en rechtspersoonlijkheid een rol spelen voor het onderscheid tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen, maar dat volgt in ieder geval niet uit de aangehaalde zinsnede van art. 6 lid 1 Wet IB 1964. Althans, niet aan de betekenis die daaraan door de Hoge Raad is toegekend. Een argument dat de opvatting van Stevens kan dragen, is dat de Hoge Raad in zijn jurisprudentie een lijn heeft getrokken die bij de wetgever niet in de smaak viel, wat uiteindelijk heeft geleid tot een aanpassing van het ondernemersbegrip onder de Wet IB 2001.²⁸²

Op een andere gedachtelijn kan ik Stevens wel volgen. Hij stelt immers terecht dat een uitdelingsbesluit geen rol van betekenis speelt voor de vraag of het vennootschapsresultaat het ondernemingsvermogen van de personenvennootschap beïnvloedt.²⁸³ Bijgevolg is belastingheffing over een toename van het ondernemingsvermogen niet per definitie in overeenstemming met de draagkrachtgedachte. De opname van een uitdelingsbeding in de

²⁸¹ Stevens, *Juch-bundel* 2002, p. 32-34.

²⁸² Zie paragraaf 3.2.4.

²⁸³ Stevens, *Juch-bundel* 2002, p. 33.

vennootschapsovereenkomst zal immers tot gevolg hebben dat een positief vennootschapsresultaat niet altijd resulteert in een toename van het voor consumptie verteerbare inkomen. Dit principe, zo voert Stevens aan, wordt echter ook geschonden ten aanzien van natuurlijke personen die een eenmanszaak drijven.²⁸⁴ Algemeen aanvaard is immers dat de winst naast een consumptieve functie ook een investerings-, buffer- en oudedagsverzorgingsfunctie heeft.²⁸⁵ Essers spreekt in dit verband ook van een weeffout in de inkomstenbelasting, omdat het hybride karakter van de fiscale winst miskend wordt.²⁸⁶ Uit de parlementaire geschiedenis komt naar voren dat het afzien van een onttrekking van de winst aan de onderneming gelijk gesteld wordt aan een herinvestering in de onderneming. In een dergelijke situatie wordt belastingheffing niet strijdig geacht met de draagkrachtgedachte.²⁸⁷

Een andere verklaring voor de afwijkende fiscale behandeling van personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen ziet Stevens in de positie die personenvennootschappen in een historische context innamen in het economische verkeer.²⁸⁸ De regeling voor personenvennootschappen is in zijn ogen vermoedelijk gebaseerd op de fiscale behandeling van eenmanszaken, waarbij verondersteld werd dat de vennoten-natuurlijk persoon in een vergelijkbare positie verkeren als de ondernemer die zijn onderneming drijft door middel van een eenmanszaak. Deze vergelijkbare positie zou gebaseerd zijn op de omvang van de ondernemingen en het feit dat het vennootschappelijke resultaat doorgaans de hoofdmoot van het inkomen van de vennoten was. In dit verband is het in overeenstemming met de draagkrachtgedachte om de vennoten rechtstreeks in de heffing te betrekken, omdat op deze manier rekening gehouden kan worden met hun persoonlijke (lees: draagkrachtverminderende) omstandigheden.

Uit het voorgaande volgt dat de verschillende fiscale behandeling van personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen niet gerechtvaardigd kan

²⁸⁴ Stevens, *Juch-bundel* 2002, p. 33-34.

²⁸⁵ Essers, *TFO* 2011/3, onderdeel 2.2.

²⁸⁶ Essers, *WFR* 2019/187, onderdeel 2.

²⁸⁷ *Kamerstukken II* 1962/63, 5380, nr. 19, p. 22-23.

²⁸⁸ Stevens, *Juch-bundel* 2002, p. 34.

worden aan de hand van de draagkrachtgedachte. De inkomstenbelasting miskent namelijk het hybride karakter van de fiscale winst en daarnaast kan ook voor een personenvennootschap een uitdelingsbesluit nodig zijn. In een historische context kan de draagkrachtgedachte echter wel een mogelijke verklaring zijn voor de rechtstreekse belastingheffing van vennoten-natuurlijk personen.

4.3.2. Zelfstandigheid

De tweede grondslag van de subjectieve belastingplicht van kapitaalvennootschappen is volgens Van Kempen gebaseerd op de zelfstandigheid van de NV ten opzichte van de aandeelhouders. In de parlementaire geschiedenis wordt benoemd dat de NV geacht wordt de verschijningsvorm te zijn van een “juridisch en economisch zelfstandige onderneming”.²⁸⁹ Deze autonomie – die personenvennootschappen en eenmanszaken blijkbaar missen – rechtvaardigt in de ogen van de wetgever een betrekking van de NV in de vennootschapsbelasting.²⁹⁰ Van Kempen heeft in het verlengde van dit standpunt onderzocht of kapitaalvennootschappen zelfstandige entiteiten zijn en in welke mate betekenis toekomt aan de rechtsvorm en het al dan niet bezitten van rechtspersoonlijkheid.²⁹¹ In grote lijnen komt het erop neer dat Van Kempen concludeert dat er objectieve elementen zijn die dit uitgangspunt van de wetgever kunnen dragen, maar dat de materiële werkelijkheid veelal afbreuk doet aan dit standpunt. In de praktijk blijken kapitaalvennootschappen namelijk lang niet altijd zelfstandig te zijn ten opzichte van de aandeelhouder.²⁹²

De gedachte dat aan de NV een zekere zelfstandigheid toekomt in het maatschappelijke verkeer is gebaseerd op de institutionele benadering. Deze theorie is tot ontwikkeling gekomen in het eerste deel van de 20^e eeuw. De NV werd destijds hoofdzakelijk gebruikt door grote, al dan niet beursgenoteerde, ondernemingen die geacht worden een onafhankelijk bestaan naast de aandeelhouders te leiden.²⁹³ De antropomorfe visie is mijns inziens de fiscaalrechtelijke evenknie van de institutionele benadering. De antropomorfe visie is tijdens de Tweede Wereldoorlog door de Duitse

²⁸⁹ Van Kempen 1999, p. 35-36 en *Kamerstukken II 1962/63*, 6000, nr. 9, p. 3.

²⁹⁰ *Kamerstukken II 1959/60*, 5380 & 6000, nr. 9, p. 16.

²⁹¹ Van Kempen 1999, p. 36.

²⁹² Van Kempen 1999, p. 75-76.

²⁹³ Van Kempen 1999, p. 31.

bezetter geïntroduceerd in het Nederlandse belastingstelsel via het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942.²⁹⁴ Overeenkomstig het Duitse *Körperschaftsteuergesetz* vormde de antropomorfe visie de grondslag voor het heffen van vennootschapsbelasting onder het Besluit.²⁹⁵ In de ogen van de bezetter was de NV enkel bestemd voor grote ondernemingen en niet voor kleine ondernemingen met een besloten karakter. Onder het Besluit bestonden dan ook verschillende fiscale faciliteiten die kleine ondernemers stimuleerden hun NV om te zetten in een particuliere ondernemingsvorm.²⁹⁶

Voordat nader in wordt gegaan op de historische context van de Wet VPB 1969 behoeft het concept van open en besloten verhoudingen nadere toelichting. Hiervoor benoemde ik immers dat de bezetter niet beoogde ‘besloten’ NV’s onder de reikwijdte van het Besluit te brengen. Een samenwerkingsverband heeft een besloten karakter wanneer het intuitu personae tot stand is gekomen en de zeggenschap en het economisch belang berusten bij dezelfde personen. Doorgaans verrichten deze personen ook arbeid ten gunste van het samenwerkingsverband.²⁹⁷ Een samenwerkingsverband heeft een open verhouding wanneer sprake is van een strikte scheiding tussen zeggenschap en bestuur, zodat de voornoemde elementen veelal niet samenkomen in dezelfde personen.²⁹⁸ Bij deze laatstgenoemde categorie ondernemingen lijkt sprake te zijn van een zekere zelfstandigheid van de onderneming, omdat de kapitaalverschaffers niet betrokken zijn bij de dagelijkse bedrijfsvoering. Het onderscheid tussen open en besloten verhoudingen loopt derhalve niet parallel aan de civielrechtelijke onderverdeling tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen.²⁹⁹

Volgens Van Kempen lijken de vormgeving van het kapitaalvennootschapsrecht – Boek 2 BW – en het personenvennootschapsrecht – Boek 7A BW en het WvK – het uitgangspunt te dragen dat kapitaalvennootschappen in essentie zelfstandige organisaties zijn. Dat komt onder meer tot uitdrukking in de scheiding tussen het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders en het feit dat het voortbestaan van de kapitaalvennootschap losstaat van de persoon van de aandeelhouders en bestuurders.³⁰⁰

²⁹⁴ *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, p. 7.

²⁹⁵ Boer & Elswelier 2019/3.2.2.

²⁹⁶ Zie Van Kempen 1999, p. 31 en de aldaar aangehaalde literatuur.

²⁹⁷ Van Kempen 1999, p. 14.

²⁹⁸ Van Kempen 1999, p. 17.

²⁹⁹ Van Kempen 1999, p. 14-19.

³⁰⁰ Van Kempen 1999, p. 73.

Eveneens geldt dat verschillende elementen van het personenvennootschapsrecht het intuitu personae-karakter van de samenwerking reflecteren.³⁰¹

Deze uitgangspunten leiden desondanks lang niet altijd tot een verdeling van open en besloten verhoudingen over respectievelijk kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen. Een eerste aanwijzing daarvoor is te vinden in de rechtsvorm van de BV, waarbij een besloten verhouding het uitgangspunt is van de wetgever.³⁰² Daarnaast is met de invoering van de Wet Flex-BV³⁰³ het institutionele karakter van de BV deels verlaten, doordat meer kenmerken van contractuele aard sindsdien van toepassing zijn op deze rechtsvorm.³⁰⁴ Met betrekking tot het personenvennootschapsrecht geldt voorts dat veel intuitu personae-bepalingen niet dwingendrechtelijk van aard zijn.³⁰⁵ De conclusie is dan ook dat over en weer open en besloten verhoudingen gecreëerd kunnen worden voor beide soorten samenwerkingsverbanden.³⁰⁶

Ondanks dat de subjectieve belastingplicht van NV's is ingegeven door de zelfstandigheid van deze rechtsvorm erkende de wetgever dat veel NV's niet een open, maar een besloten verhouding hebben door bijvoorbeeld het familiale karakter. Dit noopte in de ogen van de wetgever niet tot een afwijkende fiscale kwalificatie.³⁰⁷ Verschillende redenen maakten het volgens de wetgever daarnaast wenselijk om de particuliere (besloten) ondernemingen niet onder de reikwijdte van de vennootschapsbelasting te brengen. Zo werd het bijvoorbeeld passender geacht om rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van een particuliere ondernemer, waarvoor het noodzakelijk was hem in de inkomstenbelasting te betrekken.³⁰⁸ Daarnaast werd de cumulatie van de IB en de VPB als onwenselijk beschouwd voor het merendeel van de persoonlijke ondernemers, omdat dit tot hogere

³⁰¹ Zie paragraaf 2.4.1.

³⁰² Huizink, in *GS Rechtspersonen*, art. 2.175 BW, aant. 3.3. (online, bijgewerkt 10 november 2021).

³⁰³ Wet van 18 juni 2012 (*Stb.* 2012, 299) (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht).

³⁰⁴ Willemars, *Tvj* 2013/5-04, onderdeel 3.1.

³⁰⁵ Daarbij kan onder meer gedacht worden aan de verplichte ontbinding bij de dood of het faillissement van een vennoot ex art. 7A:1683 BW.

³⁰⁶ Van Kempen 1999, p. 73-75.

³⁰⁷ *Kamerstukken II* 1959/60, 5380 & 6000, nr. 9, p. 16.

³⁰⁸ *Kamerstukken II* 1958/59, 5380, nr. 3, p. 16.

belastingdruk zou leiden.³⁰⁹ Deze cumulatie werd met betrekking tot VPB-ondernemers niet als onwenselijk ervaren.³¹⁰

De civiele wetgever heeft over de loop der jaren afbreuk gedaan aan het zelfstandigheidsargument van de fiscale wetgever. Een eerste stap werd gezet met de voornoemde invoering van de BV in 1971.³¹¹ Een besloten verhouding impliceert immers het tegenovergestelde van een zelfstandige onderneming. Ook heeft de reeds beschreven flexibilisering van het BV-recht geleid tot een afzwakking van de institutionele benadering ten opzichte van de BV.³¹² De BV vormt verreweg de grootste categorie vennootschapsbelastingplichtige lichamen.³¹³ De vennootschapsbelasting is in zoverre dus ook een heffing die voornamelijk geheven wordt van vennootschappen met een besloten verhouding en niet van zelfstandige ondernemingen.

Met het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan personenvennootschappen borduurt de wetgever voort op de reeds ingezette convergentie van het personenvennootschapsrecht en het kapitaalvennootschapsrecht.³¹⁴ De rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap zal materieel gezien een beperkte reikwijdte kennen, doordat op grond van art. 7:803 BW (nieuw) de rechtspersoonlijkheid gepaard zal gaan met een beperkte rechtsbevoegdheid. De regels van Boek 2 BW die de institutionele benadering reflecteren worden niet van toepassing verklaard op personenvennootschappen (art. 7:803 lid 1 BW (nieuw)). Nu de personenvennootschappen ook niet subjectief belastingplichtig worden voor de vennootschapsbelasting,³¹⁵ geldt dat zowel de institutionele benadering als de subjectieve belastingplicht voor de vennootschapsbelasting niet afhankelijk zijn van de rechtspersoonlijkheid van een samenwerkingsverband.

³⁰⁹ *Kamerstukken II 1959/60*, 5380 & 6000, nr. 9, p. 16.

³¹⁰ *Kamerstukken II 1959/60*, 5380 & 6000, nr. 9, p. 10.

³¹¹ De BV werd gelijktijdig onder de werking van de Wet VPB 1969 gebracht door middel van de Wet van 3 mei 1971 (*Stb.* 1971, 287), art. XI, in werking getreden bij Besluit van 1 juni 1971 (*Stb.* 1971, 363) per 29 juni van dat jaar.

³¹² Willemars, *Tvj* 2013/5-04, onderdeel 3.1

³¹³ CBS, "Hoeveel bedrijven telt Nederland?", geraadpleegd via: <https://longreads.cbs.nl/nederland-in-cijfers-2021/hoeveel-bedrijven-telt-nederland/>.

³¹⁴ Zie ook Willemars, *Tvj* 2013/5-04, onderdeel 3.1.

³¹⁵ Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 29 mei 2019, ingediend op: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap>, p. 2-3.

4.3.3. Samenvallen van de positie van kapitaalverschaffer en ondernemer

Het laatste uitgangspunt heeft betrekking op de scheiding van de rollen van ondernemer en kapitaalverschaffer. Deze scheiding is in de ogen van de wetgever bij alle NV's waarneembaar.³¹⁶ Aandeelhouders worden in dit verband enkel beschouwd als kapitaalverschaffers, terwijl voor vennoten-natuurlijk persoon de rollen van kapitaalverschaffer en ondernemer samenkomen in dezelfde persoon.³¹⁷

Van Kempen benoemt dat de wetgever een aantal argumenten van civielrechtelijke aard heeft aangedragen waaruit volgt dat de rechtspersoonlijkheid van kapitaalvennootschappen bijdraagt aan een scheiding tussen beide rollen. Deze scheiding is niet waarneembaar voor particuliere ondernemers.³¹⁸ Van Kempen komt kort gezegd tot de conclusie dat de verschillende argumenten het fiscale onderscheid niet kunnen dragen, omdat deze scheiding materieel gezien niet altijd waarneembaar is.³¹⁹ Een volledige beschouwing van de argumenten wordt hier niet zinvol geacht, omdat de argumenten van de wetgever gebaseerd zijn op de civiele wetgeving voor de invoering van de BV. Daarnaast is – zoals hiervoor besproken – sprake van een convergentie van het vennootschapsrecht, waardoor kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen in toenemende mate met elkaar vergelijkbaar zijn.

Door de invoering van het aanmerkelijkbelangregime kan dit uitgangspunt wat mij betreft geen stand houden. De aanmerkelijkbelanghouders waren in de ogen van de wetgever in zekere mate vergelijkbaar met ondernemers door de invloed die zij aan de hand van hun aandelenbelang kunnen uitoefenen op de bedrijfsvoering en de dividendpolitiek.³²⁰ Een volledige gelijkstelling met ondernemers werd in de jaren 60 niet waargenomen, omdat als uitgangspunt te gelden had dat kapitaalvennootschappen in “het dagelijkse verkeer als zelfstandige lichamen worden beschouwd”. Een volledige gelijkstelling met ondernemers zou in de ogen van de wetgever een directe betrekking van de aanmerkelijkbelanghouders in de inkomstenbelasting tot gevolg moeten hebben.³²¹ In dat opzicht is het bijzonder te noemen dat rondom de herziening van het

³¹⁶ Van Kempen 1999, p. 36-37.

³¹⁷ *Kamerstukken II* 1958/59, 5830, nr. 3, p. 16.

³¹⁸ Van Kempen 1999, p. 113.

³¹⁹ Van Kempen 1999, p. 138.

³²⁰ *Kamerstukken II* 1959/60, 5380 & 6000, nr. 9, p. 3.

³²¹ *Kamerstukken II* 1959/60, 5380 & 6000, nr. 9, p. 4.

aanmerkelijkbelangregime eind vorige eeuw dit standpunt niet herhaald is. Wel is wederom benoemd dat een aanmerkelijkbelanghouder grote gelijkens vertoont met een ondernemer voor de inkomstenbelasting. Dit vormde voor de wetgever een argument om door middel van tariefmitigatie een evenwicht in de belastingheffing van aandeelhouders-natuurlijk persoon en particuliere ondernemers te zoeken.³²²

4.3.4. Tussenconclusie

De verschillende fiscale behandeling van personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen kan niet gerechtvaardigd worden door de draagkrachtgedachte. Voor een werkelijke draagkrachtverhoging van een vennoot kan namelijk een uitdelingsbesluit noodzakelijk zijn. Daarnaast miskent het winstbegrip in de inkomstenbelasting het hybride karakter van de ondernemingswinst. De draagkrachtverhoging staat immers niet gelijk aan de omvang van de fiscale winst. Vanuit een historische context kan een verklaring zijn dat de personenvennootschap vroeger een vergelijkbare maatschappelijke en economische functie vervulde als de eenmanszaak, waardoor een vergelijkbare betrekking in de heffing logisch werd geacht.

De zelfstandigheid van een kapitaalvennootschap is niet afhankelijk van de rechtsvorm of het hebben van rechtspersoonlijkheid. In de praktijk hebben verreweg de meeste kapitaalvennootschappen een besloten verhouding, waardoor een verschillende fiscale behandeling van deze rechtsvormen ten opzichte van personenvennootschappen niet te rechtvaardigen is aan de hand van het tweede uitgangspunt dat Van Kempen heeft geformuleerd.

Door middel van het aanmerkelijkbelangregime bevestigt de wetgever in mijn optiek dat van een scheiding tussen ondernemer en kapitaalverschaffer lang niet altijd sprake is bij kapitaalvennootschappen. Vennootschappen met aanmerkelijkbelanghouders hebben veelal een besloten verhouding,³²³ waardoor een afwijkende behandeling ten opzichte van personenvennootschappen niet te rechtvaardigen is.

³²² *Kamerstukken II 1995/96, 24761, nr. 3, p. 4-5.*

³²³ *Kamerstukken II 1959/60, 5380 & 6000, nr. 9, p. 4.*

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat een fiscaal onderscheid tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen lastig te rechtvaardigen is, in het bijzonder door het ontbreken van een globaal evenwicht. Daarom ben ik van mening dat aangesloten dient te worden bij open verhoudingen en besloten verhoudingen om de zelfstandige belastingplicht van een samenwerkingsverband te bepalen. Een oplossing daarvoor is een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting in combinatie met een aparte heffing voor vennootschappen met open verhoudingen. Daartoe is in de literatuur ook meermaals een oproep gedaan.³²⁴ Een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting bewerkstelligt daarnaast dat het classificatievraagstuk een stuk eenvoudiger wordt: alle vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden zullen immers als non-transparant geclassificeerd kunnen worden.³²⁵

4.4. Deelconclusie

De vennootschapsbelasting is van oudsher een controversiële heffing, voornamelijk doordat een duidelijke rechtsgrond ontbreekt. De steunfunctie en de antropomorfe visie spreken elkaar tegen waar het de vormgeving van de heffing betreft. Vanuit een historische context is echter duidelijk dat beide functies een rol spelen binnen het wetgevingsproces. In mijn optiek is dan ook sprake van een symbiose van tegenstrijdige rechtsgronden.

De verschillende uitgangspunten die in paragraaf 4.3. zijn uiteengezet, kunnen allen het fiscale onderscheid tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen niet dragen. Door het ontbreken van een globaal evenwicht en een convergentie van het vennootschapsrecht lijkt een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting wenselijk te zijn.

³²⁴ Zie bijvoorbeeld Boer & Elswier 2019/3.4.

³²⁵ Heithuis 2019, p. 51.

Hoofdstuk 5: Het classificatievraagstuk

5.1. Inleiding

Bij het ontbreken van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting is het classificatievraagstuk van grote betekenis voor de fiscale behandeling van vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden. In paragraaf 5.2. wordt ten aanzien van de verschillende toetsingselementen uit het kwalificatiebesluit beoordeeld in hoeverre deze criteria een onderscheid aanbrenge(n) tussen de kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen naar Nederlands recht. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3. aandacht geschonken aan enkele initiatieven die in een internationale context tot stand zijn gekomen ter neutralisering van de gevolgen van hybride mismatches. In paragraaf 5.4. wordt rechtsvergelijkend onderzoek uitgevoerd, waarvoor de classificatiestelsels van vijf landen worden beschreven om te beoordelen of de wetgever hier lessen uit kan trekken. Daarna volgt in paragraaf 5.5. een beschouwing van het consultatievoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen en zullen aanbevelingen gedaan worden. Tot slot wordt in paragraaf 5.6. een deelconclusie geformuleerd, waarbij een antwoord wordt gegeven op de volgende deelvraag:

Hoe kwalificeren andere landen vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden en welke lessen kan de wetgever hieruit trekken voor een herziening van de Nederlandse classificatiemethode?

5.2. Kwalificatiebesluit

Omwille van het voornemen van de staatssecretaris om de rechtsvormvergelijkingsmethode te handhaven, wordt in deze paragraaf onderzocht in welke mate de toetsingselementen uit het kwalificatiebesluit definiërende factoren zijn voor de classificatie als kapitaalvennootschap dan wel als personenvennootschap. Daartoe worden hierna de vier vragen uit het kwalificatiebesluit beoordeeld op hun onderscheidende karakter.³²⁶ Nu de modernisering van het personenvennootschapsrecht

³²⁶ Kwalificatiebesluit, onderdeel 3.3. Omwille van de bondigheid van de analyse zijn de vier vragen uit het besluit en de bijbehorende toelichting opgenomen in Bijlage A.

gestalte lijkt te gaan krijgen,³²⁷ wordt ook het toekomstige personenvennootschapsrecht in de beoordeling betrokken.

5.2.1. Eigendom³²⁸

In de ogen van Willemars komt het eerste toetsingselement in essentie neer op de vraag of een samenwerkingsverband aangemerkt kan worden als een rechtspersoon, omdat naar Nederlandse maatstaven enkel rechtspersonen het juridisch eigendom van vermogensbestanddelen kunnen verwerven.³²⁹ Willemars³³⁰ miskent in mijn optiek dat rechtspersoonlijkheid eveneens noodzakelijk is om zelfstandig rechten en verplichtingen aan te kunnen gaan. Personenvennootschappen kunnen naar vigerend recht immers feitelijk niet op eigen naam (arbeids)overeenkomsten sluiten (zie paragraaf 2.4.2.). Een mogelijke verklaring voor de opvatting van Willemars is dat het arrest UWV/Schäperclaus-Schinkel³³¹ na het verschijnen van haar bijdrage is geweest. Het eerste toetsingselement brengt daarmee een onderscheid aan tussen de Nederlandse kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen, omdat naar huidig recht enkel de NV en de BV rechtspersoon zijn. Dit is derhalve een wezenskenmerk van kapitaalvennootschappen.

Fibbe en Stevens menen dat het eigendoms criterium gehandhaafd dient te blijven onder de toekomstige classificatiemethode.³³² Het distinctieve karakter van dit toetsingselement zal echter verdwijnen na een modernisering van het personenvennootschapsrecht.³³³ In mijn optiek dienen de nodige vraagtekens te worden geplaatst bij de geschiktheid van dit toetsingselement op de lange termijn.

5.2.2. Beperkte aansprakelijkheid³³⁴

Aandeelhouders van kapitaalvennootschappen zijn tegenover schuldeisers van de vennootschap niet aansprakelijk voor schulden van het samenwerkingsverband (art.

³²⁷ *Kamerstukken II 2021/22, 29752, nr. 15, p. 2-3.*

³²⁸ Kwalificatiebesluit, onderdeel 3.3., onder (A).

³²⁹ Willemars, *Tvj* 2013/5-04, onderdeel 3.2.

³³⁰ Willemars, *Tvj* 2013/5-04, onderdeel 3.3.

³³¹ HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649.

³³² Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113, onderdeel 3.2.

³³³ Personenvennootschappen verkrijgen immers op grond van art. 7:803 BW (nieuw) rechtspersoonlijkheid.

³³⁴ Kwalificatiebesluit, onderdeel 3.3., onder (B).

2:64/175 lid 1 BW). De potentiële verliezen die zij dragen zijn daardoor beperkt tot het bedrag van hun inbreng.³³⁵ Dit gegeven volgt uit de wettelijke bepalingen die de BV en NV definiëren en lijkt derhalve een wezenskenmerk van kapitaalvennootschappen te zijn. Voor de BV geldt echter sinds de Wet-Flex BV dat in de statuten bepaald kan zijn dat een aandeelhouder ook tegenover derden aansprakelijk is voor zowel een specifieke schuld als voor de gehele schuld van de vennootschap (art. 2:192 lid 1 BW).³³⁶ Deze verplichting kan op grond van art. 2:192 lid 1 BW niet tegen de wil van de aandeelhouder worden opgelegd. Losstaand van de vraag of een dergelijk beding regelmatig overeengekomen wordt, is de beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders in de BV door deze wetswijziging in juridische zin niet langer een wezenskenmerk van deze rechtsvorm te noemen, ondanks dat veruit de meeste BV's enkel beperkt aansprakelijke aandeelhouders zullen hebben. In de praktijk zal een dergelijke bepaling niet vaak overeengekomen worden, doordat twijfelachtig is welk belang de aandeelhouders hierbij hebben. Voor het aantrekken van financiering wordt in de praktijk immers al met enige regelmaat van aandeelhouders gevraagd 'mee te tekenen' bij het aangaan van de overeenkomst.³³⁷ Een aparte statutaire bepaling is daarvoor niet noodzakelijk. Vrijwillige aanvaarding van aansprakelijkheid bij de BV (of een vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm) – waarbij het in mijn optiek irrelevant is of de aansprakelijkheidsaanvaarding een statutaire of een verbintenisrechtelijke grondslag heeft – leidt in de ogen van Willemars niet tot de situatie dat aan een kapitaalvennootschap dat karakter wordt ontnomen.³³⁸

De vennoten in een personenvennootschap zijn met uitzondering van de commanditaire vennoten hoofdelijk verbonden of aansprakelijk in gelijke delen.³³⁹ Onder het nieuwe personenvennootschapsrecht zullen de volledig verbonden vennoten allen hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van art. 7:809 BW (nieuw).³⁴⁰ In beginsel zal eerst de vennootschap aangesproken dienen te worden door een schuldeiser, maar dat neemt

³³⁵ *Kamerstukken II 2006/07*, 31058, nr. 3, p. 23.

³³⁶ *Kamerstukken II 2006/07*, 31058, nr. 3, p. 43-44. Anders: Dortmund, *Ondernemingsrecht* 2012/83, onderdeel 4.

³³⁷ Van Kempen 1999, p. 125.

³³⁸ Willemars, *TvJ* 2013/5-04, onderdeel 3.5.

³³⁹ Zie paragraaf 2.4.4.

³⁴⁰ Zoals Stokkermans terecht opmerkt is art. 7:801 BW (nieuw, dwingend recht) een verwarrende bepaling, omdat hieruit volgt dat art. 7:809 lid 1 BW (nieuw) niet van dwingendrechtelijke aard is. Deze bepaling zal echter van dwingend recht zijn, zoveel vloeit voort uit de ter consultatie ingediende MvT (Chr.M. Stokkermans, 27 maart 2019, ingediend op: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap>, p. 2).

niet weg dat de volledig verbonden vennoten onbeperkt aansprakelijk zijn (art. 7:809 lid 1 BW (nieuw)). Eveneens nemen afspraken omtrent de interne draagplicht niet weg dat de externe aansprakelijkheid van de vennoten dwingendrechtelijk van aard is.³⁴¹

Fibbe en Stevens menen dat dit toetsingselement gehandhaafd dient te worden.³⁴² In dat standpunt kan ik mij vinden. Voor de personenvennootschappen naar Nederlands recht geldt immers als wezenskenmerk dat minstens één van de vennoten onbeperkt aansprakelijk is. Nu de Wet Flex-BV meer elementen van contractuele aard in het kapitaalvennootschapsrecht heeft geïncorporeerd, is de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders geen wezenskenmerk meer van kapitaalvennootschappen. Het toetsingselement behoudt desondanks zijn onderscheidende karakter, omdat alleen in relatie tot een kapitaalvennootschap alle participanten beperkt aansprakelijk kunnen zijn.

5.2.3. Aandelen³⁴³

Uit het kwalificatiebesluit volgt dat het voor de classificatie van een samenwerkingsverband als kapitaalvennootschap relevant is dat het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal in civielrechtelijke zin heeft of dat het kapitaal in maatschappelijke zin gelijkgesteld kan worden aan een in aandelen verdeeld kapitaal. Aan dat laatste vereiste wordt in de ogen van de besluitgever slechts voldaan wanneer het kapitaal is verdeeld in evenredige participaties die cumulatief recht geven op een evenredig deel van de: i) winst; ii) zeggenschap; en iii) liquidatie-uitkering. Aan dit criterium kan derhalve zowel in een formeel als materieel opzicht voldaan worden.

De NV en de BV hebben van rechtswege een in aandelen verdeeld kapitaal, waarbij het aandelenkapitaal beperkt kan zijn tot één enkel aandeel (art. 2:64/175 lid 1 BW). De invoering van de Wet Flex-BV heeft voor de BV de mogelijkheid geschapen om stemrechtloze (art. 2:228 lid 5) of winstrechtloze (art. 2:216 lid 7 BW) aandelen te creëren.³⁴⁴ Een combinatie is niet mogelijk; onder deze omstandigheden wordt het recht

³⁴¹ Asser/*Van Olfen* 7-VII 2022/103, 115 en 143.

³⁴² Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113, onderdeel 3.2.

³⁴³ Kwalificatiebesluit, onderdeel 3.3., onder (C).

³⁴⁴ Asser/*Van Olfen & Rensen* 2-IIa 2019/306 & 307.

immers niet erkend als een aandeel (art. 2:190 BW). De flexibele vormgeving van het stemrecht op de aandelen in de BV onderscheidt deze rechtsvorm van de NV.³⁴⁵ Aan aandelen in de NV kan het stemrecht namelijk niet worden ontnomen (art. 2:118 lid 1 BW), maar in de praktijk kan het stemrecht materieel verwaarloosbaar klein worden gemaakt.³⁴⁶ Voor een NV kunnen geen winstrechtloze aandelen worden gecreëerd (art. 2:105 lid 9 BW).³⁴⁷

Liquidatie-uitkeringen zijn slechts mogelijk voor zover sprake is van een liquidatie-overschot³⁴⁸. Indien de statuten niet vermelden wie de begunstigden zijn tot het liquidatie-overschot, vindt in beginsel toekenning aan de aandeelhouders plaats (art. 2:23b lid 1 BW). De toerekening geschiedt naar rato van het bedrag van ieders belang.³⁴⁹ Houders van winstrechtloze aandelen hebben onder deze regeling dan ook geen recht op een deel van het liquidatie-overschot.

De enige bepaling in het personenvennootschapsrecht die betrekking heeft op aandelen is art. 19 lid 3 WvK. Uit hoofde van deze regel is het voor een CV expliciet verboden om een in aandelen verdeeld kapitaal te hebben. Op de wezenskenmerken na is het personenvennootschapsrecht grotendeels regelend van aard.³⁵⁰ Contractueel kunnen de vennoten ruime invulling geven aan de vennootschappelijke dimensie. Dit geldt eveneens ten aanzien van de vormgeving van de participaties in het samenwerkingsverband. Het vennootschappelijke kapitaal³⁵¹ kan immers feitelijk in evenredige participaties worden verdeeld over de vennoten, waardoor civielrechtelijk gezien een personenvennootschap op aandelen in leven wordt geroepen.³⁵² Dit is eveneens mogelijk voor een CV, maar in dit geval mag de naamgeving van de participaties niet 'aandeel' of een variant daarop zijn.³⁵³ Ten aanzien van de cumulatieve vereisten uit het kwalificatiebesluit geldt het volgende. Allereerst is het niet mogelijk om binnen een

³⁴⁵ Asser/*Van Olfen & Rensen 2-IIa* 2019/307.

³⁴⁶ Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/602.

³⁴⁷ Asser/*Van Olfen & Rensen 2-IIa* 2019/192.

³⁴⁸ Hiermee wordt bedoeld op het saldo aan baten dat resteert na ontbinding van de rechtspersoon (art. 2:19 lid 1 sub a BW) en vereffening (Keijzer & In 't Veld, *Ondernemingsrecht* 2016/35, onderdeel 1).

³⁴⁹ Asser/*Kroeze 2-I* 2021/422.

³⁵⁰ Tervoort 2021/1.4.

³⁵¹ Als vennootschappelijk kapitaal van een maatschap kan al hetgeen is ingebracht tot het bereiken van het maatschappelijke doel worden aangemerkt (HR 4 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC8781, *BNB* 1970/131).

³⁵² Tervoort 2021/5.5.

³⁵³ Tervoort 2021/5.5.

personenvennootschap het stemrecht aan een vennoot te ontnemen.³⁵⁴ Dit geldt eveneens voor het winstrecht.³⁵⁵ Wat betreft de gerechtigdheid tot het liquidatiesaldo geldt dat een evenredige verdeling daarvan langs de lijnen van de participaties ook in de vennootschapsovereenkomst geregeld kan worden.³⁵⁶ Er zijn althans geen bepalingen van dwingendrechtelijke aard die zich daartegen verzetten.

Door de combinatie van een formele en een materiële uitleg kunnen zowel kapitaalvennootschappen als personenvennootschappen aan het aandelen criterium voldoen. Stevens en Fibbe menen dat dit toetsingselement niet gehandhaafd kan blijven.³⁵⁷ Ik geef hun daarin ten dele gelijk. De ambiguïteit die het aandelen criterium met zich brengt zorgt ervoor dat deze toets geen duidelijk onderscheid aanbrengt tussen een kapitaalvennootschap en een personenvennootschap. Niet vergeten dient echter te worden dat een samenwerkingsverband dat niet over een aandelenkapitaal beschikt (civiel of maatschappelijk) in ieder geval geen kapitaalvennootschap is naar Nederlandse maatstaven. Met betrekking tot de maatschappelijke gelijkstelling van een participatie aan een aandeel is het in mijn optiek overigens onredelijk om cumulatief te vereisen dat pas van een aandeel in maatschappelijke zin sprake is wanneer recht bestaat op winst, stemrecht en liquidatie-uitkering. Aandelen in civielrechtelijke zin hoeven immers niet recht te geven op al deze componenten.

5.2.4. Toestemmingsvereiste³⁵⁸

De grondslag van de subjectieve belastingplicht van de open CV is het toestemmingsvereiste. Omwille van de vrije overdraagbaarheid van de participaties wordt dit type samenwerkingsverband namelijk in economisch opzicht geacht in een vergelijkbare positie te verkeren als een NV.³⁵⁹ Uit het consultatievoorstel volgt enkel dat het toestemmingsvereiste komt te vervallen voor de open CV en het open fonds voor gemene rekening. Om deze reden ziet de staatssecretaris ook geen

³⁵⁴ Tervoort 2021/1.6.3.

³⁵⁵ Zie paragraaf 2.4.1.

³⁵⁶ Vgl. HR 8 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC4865, *BNB* 1992/72, r.o. 3.4.

³⁵⁷ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113, onderdeel 3.2.

³⁵⁸ Kwalificatiebesluit, onderdeel 3.3., onder (D).

³⁵⁹ Stevens & Tuk, *TFO* 2020/168.2, onderdeel 2.1.1.

rechtvaardigingsgronden meer om de subjectieve belastingplicht van de CV voort te zetten, waardoor dit fiscale onderscheid zal verdwijnen.³⁶⁰

In het verleden bestond enige onduidelijkheid over de uitleg van het toestemmingsvereiste.³⁶¹ Praktisch werd reeds aangenomen dat een CV slechts besloten kan zijn wanneer unanieme instemming vereist is voor een overdracht van de participaties.³⁶² Sinds 2009 staat vast dat de Hoge Raad dezelfde uitleg hanteert.³⁶³ Het besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M³⁶⁴ – opgevolgd door het besluit van 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M³⁶⁵ – geeft nadere invulling aan het toestemmingsvereiste. In deze besluiten zijn onder meer goedkeuringen opgenomen voor situaties waarin geen toestemming is gevraagd.

Zowel de NV als de BV kennen een facultatieve blokkeringsregeling waardoor de vrije overdracht van de aandelen beperkt kan worden (art. 2:87/195 BW). Voor de BV is de blokkeringsregeling sinds de flexibilisering van het BV-recht niet meer dwingendrechtelijk van aard.³⁶⁶ Voor beide rechtsvormen geldt dat de blokkeringsregeling niet dusdanig vormgegeven mag zijn dat een overdracht onmogelijk dan wel ernstig bezwaarlijk wordt gemaakt (art. 2:87 lid 1 en art. 2:195 lid 3 BW).

Bij een personenvennootschap naar huidig recht is in beginsel toestemming nodig van alle vennoten voor zowel toe- als uittreding van een vennoot. Op deze wijze komt het intuïtu personae-karakter van de personenvennootschap tot uitdrukking. Een wijziging in de kring van firmanten leidt om deze reden in beginsel ook tot een ontbinding van de vennootschap.³⁶⁷ De mogelijkheid bestaat om de vennootschapsovereenkomst dusdanig vorm te geven dat de participaties worden vormgegeven als ‘aandeel’ (zoals hiervoor besproken in paragraaf 5.2.3.), waarbij het belang via cessie vrij overdraagbaar gemaakt wordt.³⁶⁸

³⁶⁰ Consultatiedocument, onderdeel 1, p. 10 en 14.

³⁶¹ Stevens 2002, paragraaf 5.2.

³⁶² Beudeker, NDFR Classificatie van hybride lichamen, onderdeel 2.3.2 (online).

³⁶³ HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4085, *BNB* 2009/120, r.o. 3.1.

³⁶⁴ Besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M (*Stcrt.* 2007, 15).

³⁶⁵ Besluit van 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M (*Stcrt.* 2015, 46508).

³⁶⁶ *Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa* 2019/379.

³⁶⁷ Tervoort 2021/7.1.1.

³⁶⁸ Tervoort 2021/5.5.

Zoals in paragraaf 3.5.3. benoemd kan de vrije overdraagbaarheid van de participaties het intuitu personae-karakter van een samenwerkingsverband wegnemen, waardoor eerder sprake is van een kapitaalvennootschap dan van een personenvennootschap.³⁶⁹ De vrije overdraagbaarheid van de participaties kan in de ogen van de Hoge Raad dan ook een cruciale factor zijn binnen het classificatievraagstuk. In de aan BNB 2006/288 ten grondslag liggende uitspraak meende Hof Amsterdam evenwel dat een beoordeling van de overdraagbaarheid van de participaties niet nodig was voor het classificatievraagstuk.³⁷⁰ In de ogen van het Hof leidden de relevante feiten en omstandigheden klaarblijkelijk tot de conclusie dat het samenwerkingsverband ook zonder het in ogenschouw nemen van de overdraagbaarheid van de participaties als non-transparant geclassificeerd diende te worden. De Hoge Raad oordeelde dat de classificatie van de onderhavige LLC als non-transparant samenwerkingsverband niet onbegrijpelijk is en eveneens niet gebaseerd is op een onjuiste rechtsopvatting.³⁷¹

In de ogen van Fibbe en Stevens is het toestemmingsvereiste geen adequaat criterium om de subjectieve belastingplicht van een samenwerkingsverband vast te stellen. Een eerste reden is dat het criterium niet geschikt is om een open of besloten verhouding te definiëren, omdat dit losstaat van de vraag hoe de vennootschapsverhouding feitelijk ingevuld wordt.³⁷² Een tweede reden is dat het toestemmingsvereiste in internationaal verband een uniek criterium is voor het classificeren van CV's. Rechtsvergelijkend onderzoek van de NOB wees uit dat enkel in Nederland de transparantie van deze rechtsvorm gebaseerd wordt op het toestemmingsvereiste, waardoor ten opzichte van buitenlandse classificatiestelsels eenvoudig mismatches ontstaan.³⁷³ Een gevolg daarvan is dat een samenwerkingsverband naar Nederlands perspectief aangemerkt kan worden als non-transparant, waar het buitenland het samenwerkingsverband doorgaans als transparant

³⁶⁹ HR 24 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AX3276, BNB 1978/13.

³⁷⁰ Hof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO4656, V-N 2004/29.16, r.o. 5.1-5.11.

³⁷¹ HR 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX2034, BNB 2006/288, r.o. 3.2.

³⁷² Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113, onderdeel 2.1. Aldus ook Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 62.

³⁷³ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113, onderdeel 2.1. Zie ook Beudeker, *WFR* 2015/1149, onderdeel 4. De NOB heeft op 25 februari 2020 een overzicht van rechtsvergelijkend onderzoek gepubliceerd waaruit naar voren komt dat van de 21 onderzochte landen (waaronder Nederland) het toestemmingsvereiste ten aanzien van commanditaire vennootschappen enkel ingebed is in het Nederlandse fiscale stelsel, zie: NOB 25 februari 2020, *Rechtsvergelijkend overzicht fiscale kwalificatie partnerships*.

zal classificeren. In combinatie met de manipuleerbaarheid van de fiscale classificatie – door simpelweg het constituerende document aan te passen – brengt dit een risico op mismatches met zich.³⁷⁴

Al met al lijkt het hanteren van het toestemmingsvereiste onwenselijk te zijn, waarbij dit enerzijds beargumenteerd kan worden aan de hand van het argument dat het criterium de vennootschapsverhouding niet materieel duidt en anderzijds langs de weg dat het toestemmingsvereiste in een internationale context tot mismatches leidt.

5.2.5. Tussenconclusie

De vier vragen zijn niet allen even geschikt om een onderscheid te maken tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen. De reden is dat sommige criteria materieel getoetst worden, zodat een personenvennootschap vergelijkbaar kan zijn met een kapitaalvennootschap (aandelen & toestemmingsvereiste). De eigendomstoets is daarnaast door de modernisering van het personenvennootschapsrecht niet toekomstbestendig. Schematisch weergegeven leidt dit tot de volgende conclusies:

| criterium | BV | NV | Maatschap/VOF | CV | Geschikt |
|----------------------------|--------------------|--------------------|---------------------|---------------------|----------|
| Eigendom | Ja, van rechtswege | Ja, van rechtswege | Voorlopig | Voorlopig | Beperkt |
| Beperkte aansprakelijkheid | In beginsel | Ja, van rechtswege | Nee, van rechtswege | Nee, van rechtswege | Ja |
| Aandelen | Ja, van rechtswege | Ja, van rechtswege | Materieel mogelijk | Materieel mogelijk | Beperkt |
| Toestemmingsvereiste | Materieel | Materieel | Materieel | Materieel | Nee |

Tabel 1: Toetsingselementen uit het kwalificatiebesluit

5.3. Neutraliseren van classificatieverschillen

Classificatieverschillen leiden tot knelpunten, omdat situaties van dubbele (non-)heffing kunnen optreden. Zowel binnen de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: ‘OESO’) als de Europese Unie (hierna: ‘EU’) zijn de afgelopen jaren verschillende maatregelen tot stand gekomen die deze ongewenste neveneffecten van hybride entiteiten bestrijden.

³⁷⁴ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 62-63.

5.3.1. OESO

Belastingverdragen worden van origine overeengekomen om het heffingsrecht tussen de verdragspartners te verdelen, zodat situaties van juridisch dubbele belastingheffing voorkomen worden.³⁷⁵ In een hedendaagse context beogen belastingverdragen daarnaast belastingontwijking en -ontduiking te bestrijden.³⁷⁶ Sinds 1960 worden belastingverdragen doorgaans gebaseerd op het door de OESO vormgegeven OESO-Modelverdrag.³⁷⁷ Voor de uitleg van de Nederlandse belastingverdragen speelt het Commentaar op het OESO-Modelverdrag (hierna: 'OESO-Commentaar') een belangrijke rol.³⁷⁸

Vanuit een Nederlands perspectief zijn personenvennootschappen in beginsel niet gerechtigd tot verdragsvoordelen. De verklaring hiervoor volgt uit de hoofdregel dat enkel de inwoners van een verdragsstaat verdragsbescherming genieten (art. 1 lid 1 OESO-Modelverdrag).³⁷⁹ Een personenvennootschap kan wel een 'persoon' zijn onder een belastingverdrag (art. 3 lid 1 onderdeel a OESO-Modelverdrag), maar geen 'inwoner'. Voor inwonerschap is namelijk vereist dat de desbetreffende persoon "*liable to tax*", ofwel subjectief belastingplichtig is (art. 4 lid 1 OESO-Modelverdrag).³⁸⁰ In een internationale context ontbreekt overeenstemming omtrent de verdragspositie van personenvennootschappen.³⁸¹ Zo kunnen personenvennootschappen vanuit een Frans perspectief wel gerechtigd zijn tot verdragsvoordelen.³⁸²

De OESO zag aanleiding voor een aanpassing van het OESO-Commentaar door het optreden van dubbele (non-)heffing van personenvennootschappen ('partnerships') als gevolg van classificatieverschillen tussen verdragspartners. Dit heeft geresulteerd in de totstandkoming van het Partnership Report in 1999.³⁸³ Als oplossing voor de optredende kwalificatieverschillen volgt uit het Partnership Report de hoofdregel dat de bronstaat de

³⁷⁵ De Graaf, Kavelaars & Stevens 2021, p. 95.

³⁷⁶ OESO-Commentaar, Introductie OESO-modelverdrag 2017, paragraaf 1-3.

³⁷⁷ OESO, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, Parijs: OECD Publishing 2017 en De Graaf, Kavelaars & Stevens 2021, p. 115.

³⁷⁸ HR 2 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5045, *BNB* 1992/379, r.o. 3.3.2.

³⁷⁹ Stevens, *TFO* 2003/94, onderdeel 1.

³⁸⁰ Stevens, *TFO* 2003/94, onderdeel 2. Voor de verdragsgerechtigdheid van de open CV wordt verwezen naar Stevens 2002, hoofdstuk 4.

³⁸¹ Stevens 2002, p. 134.

³⁸² Derouin 2014, paragraaf 8.3.

³⁸³ Partnership Report 1999, p. 51-62.

inkomensallocatie (en derhalve de classificatie) van de woonstaat overneemt bij de toewijzing van verdragsvoordelen.³⁸⁴ Nederland heeft bij het Partnership Report een voorbehoud gemaakt, omdat de voorgestelde wijzigingen van het OESO-Commentaar (onder meer) gevolgen zouden hebben voor de uitleg van bestaande belastingverdragen. In plaats daarvan koos Nederland ervoor om het destijds geldende verdragsbeleid voort te zetten en specifieke verdragsbepalingen met betrekking tot hybride entiteiten onderdeel uit te laten maken van de verdragsonderhandelingen.³⁸⁵ Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is art. 24 lid 4 van het verdrag met de Verenigde Staten van Amerika (hierna: 'VS').³⁸⁶

Naar aanleiding van het 'Base Erosion and Profit Shifting'-project (hierna: 'BEPS') is in internationaal verband meer aandacht gekomen voor het bestrijden van belastingontwijking en -ontduiking.³⁸⁷ BEPS Action 2 heeft binnen het bredere BEPS-project betrekking op het bestrijden van mismatches die ontstaan door *hybrid arrangements*, waarvan hybride entiteiten een onderdeel zijn. Als onderdeel van BEPS Action 2 is met art. 1 lid 2 OESO-Modelverdrag een nieuwe verdragsbepaling toegevoegd en heeft een wijziging van het OESO-Commentaar plaatsgevonden. Hierdoor zijn de uit het Partnership Report voortvloeiende aanbevelingen ook verwerkt in het OESO-Modelverdrag en het OESO-Commentaar.³⁸⁸ Door middel van art. 3 lid 1 van het Multilateraal Instrument kan een vergelijkbare verdragsbepaling ook van toepassing worden verklaard op bestaande belastingverdragen.³⁸⁹ Nederland heeft bij al deze ontwikkelingen geen voorbehoud gemaakt, waardoor de hoofdregel uit het Partnership Report in beginsel zal doorwerken naar de meeste bestaande en toekomstige belastingverdragen.³⁹⁰

5.3.2. EU

³⁸⁴ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 171.

³⁸⁵ Partnership Report 1999, p. 66-67 en Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 171.

³⁸⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29532, nr. 3, p. 29-32.

³⁸⁷ Zie bijvoorbeeld BEPS Action 2 Report 2015, p. 4-5.

³⁸⁸ BEPS Action 2 Report 2015, p. 139-143 en Lohuis, *TFO* 2018/159.3, onderdeel 1 en 2.

³⁸⁹ MLI Explanatory Statement 2016, p. 12.

³⁹⁰ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 171.

In een EU-rechtelijke context dient voorop te worden gesteld dat het classificeren van vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden tot de fiscale autonomie van de lidstaten behoort, maar de classificatie mag niet resulteren in een discriminatoire behandeling van vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden.³⁹¹ Lidstaten hebben enkel de verplichting om buitenlandse samenwerkingsverbanden te erkennen in het rechtsverkeer.³⁹² Voor zover classificatieverschillen leiden tot mismatches is dat derhalve te wijten aan dispariteiten tussen belastingstelsels.³⁹³

Door middel van de anti-hybrideregels uit de tweede antibelastingontwijkingsrichtlijn³⁹⁴ (hierna: 'ATAD2') pogen de lidstaten te bereiken dat de effecten van hybride mismatches geneutraliseerd worden.³⁹⁵ De anti-hybrideregels van art. 9 ATAD2 vormen feitelijk de uniforme EU-rechtelijke implementatie van de aanbevelingen die de OESO in het kader van BEPS-Action 2 (en daarmee deels in het Partnership Report) geformuleerd heeft.³⁹⁶ De anti-hybrideregels zijn in de Nederlandse wetgeving van de anti-hybrideregels hoofdzakelijk verankerd door de invoering van afdeling 2.2a in de Wet VPB 1969 (artikelen 12aa tot en met 12ag Wet VPB 1969).³⁹⁷

Daarnaast vloeit uit art. 9bis ATAD2 een verplichting voor de lidstaten voort om een belastingplicht in te voeren voor omgekeerde hybride lichamen ('reverse hybrids'). Een reverse hybrid is een samenwerkingsverband dat vanuit de staat van betaling (doorgaans de vestigingsstaat) transparant is voor fiscale doeleinden en volgens de staat waar de ontvanger is gevestigd als een non-transparant samenwerkingsverband wordt geclassificeerd.³⁹⁸ In deze situatie ontstaat dubbele niet-heffing, omdat de betaalstaat meent dat bij de ontvanger wordt geheven (die in het buitenland gevestigd is) en de staat van de ontvanger ervan uitgaat dat reeds belasting is geheven in de betaalstaat. De definitie en de zelfstandige belastingplicht van een reverse hybrid zijn per 1 januari 2022

³⁹¹ HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, r.o. 53 (*Columbus Container Services*).

³⁹² HvJ EG 5 november 2002, ECLI:EU:C:2002:632, r.o. 94 (*Überseering*).

³⁹³ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 183.

³⁹⁴ Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen.

³⁹⁵ ATAD2, preambule, paragraaf 1-9.

³⁹⁶ ATAD2, preambule, paragraaf 5.

³⁹⁷ De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1, onderdeel 5.1.1.

³⁹⁸ *Ibid.*, onderdeel 1.

neergelegd in art. 2 Wet VPB 1969 en ingevoerd als onderdeel van het Belastingplan 2022.³⁹⁹

5.4. Rechtsvergelijkend onderzoek

In deze paragraaf wordt onderzoek gedaan naar de classificatiemethodes van vijf landen. Dit betreffen de grootste handelspartners van Nederland in 2020.⁴⁰⁰ In willekeurige volgorde zijn dit de VS, Italië, Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk (hierna: 'VK'). België is buiten beschouwing gelaten. Voor zover een land een met de rechtsvormvergelijkingsmethode vergelijkbare kwalificatiemethode hanteert, wordt deze classificatiemethode aangeduid als de corporate resemblance-methode.

5.4.1. Verenigde Staten

De VS hanteerde tot 1997 voor de classificatie van zowel binnenlandse als buitenlandse samenwerkingsverbanden de corporate resemblance-methode. De gehanteerde classificatiecriteria zijn opgenomen in de Appendix, onder Bijlage B en afkomstig uit de jurisprudentie.⁴⁰¹ Overeenkomstig het kwalificatiebesluit zijn de aansprakelijkheid van de participanten en de overdraagbaarheid van de participaties relevante gezichtspunten voor de fiscale classificatie. Van vrije overdraagbaarheid is in de ogen van de Amerikaanse fiscus slechts sprake wanneer een vervreemding van de participaties mogelijk is "without the consent of other members", daar waar het toestemmingsvereiste een unanieme instemming vereist.⁴⁰² De corporate resemblance-methode werd in de praktijk als minder wenselijk ervaren door de praktische problemen en de hoge kosten die gepaard gingen met het classificeren van samenwerkingsverbanden.⁴⁰³ Een knelpunt was onder meer de mogelijkheid dat belastingplichtigen *de facto* hun eigen fiscale classificatie konden bepalen door te spelen met de vormgeving van het constituerende document, waarbij gold dat voornamelijk goed geadviseerde belastingplichtigen van deze mogelijkheid gebruik maakten.⁴⁰⁴

³⁹⁹ Kamerstukken II 2021/22, 35927, nr. 3, p. 2-3.

⁴⁰⁰ The Observatory of Economic Complexity, geraadpleegd via: <https://oec.world/en/profile/country/nld>.

⁴⁰¹ Ordower 2015, p. 567.

⁴⁰² IRS Field Service Advice van 5 maart 1999, geraadpleegd via: <https://www.irs.gov/pub/irs-wd/9923017.pdf>.

⁴⁰³ Pfatteicher & Kotarba 2014, paragraaf 17.2.2.3.

⁴⁰⁴ Infanti & Moens 2014, p. 864.

Om het stelsel rechtvaardiger en eenvoudiger te maken is met ingang van het jaar 1997 een wijziging doorgevoerd.⁴⁰⁵ Vanaf dat moment wordt het zogeheten ‘check-the-box’-systeem gehanteerd.⁴⁰⁶ Vennootschappen met meerdere participanten kunnen onder voorwaarden binnen dit systeem hun fiscale classificatie zelf bepalen.⁴⁰⁷ Een bekend neveneffect van deze flexibele classificatiemethode is het ontstaan van hybride entiteiten en de anticipatie op mismatches door middel van *taks planning*.⁴⁰⁸

Sommige samenwerkingsverbanden zijn onder *Internal Revenue Code* (hierna: I.R.C.) §301.7701-2(b) aangemerkt als ‘per se’ *corporation*, waardoor de fiscale classificatie onder alle omstandigheden non-transparant is en de check-the-box regels niet toegepast kunnen worden.⁴⁰⁹ Ook met betrekking tot verschillende vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden, waaronder de NV, is bepaald dat deze rechtsvormen een per se corporation zijn.⁴¹⁰

5.4.2. Italië

De tegenhanger van de door de VS gebezigde classificatiemethode kan gevonden worden in de rigide Italiaanse systematiek. Volgens Fibbe en Stevens worden alle vreemdrechtelijke vennootschappen – zowel personenvennootschappen als kapitaalvennootschappen – geacht non-transparant te zijn voor belastingdoeleinden. Deze benadering staat ook wel bekend als de “*fixed approach*” (of de vaste methode).⁴¹¹

Deze opvatting van Fibbe en Stevens behoeft mijns inziens enige nuancering. Fibbe en Stevens lijken zich te baseren de bijdrage van Avery Jones e.a.,⁴¹² waaruit ontegenzeggelijk volgt dat “*all foreign bodies*” als non-transparant geclassificeerd worden. Baete benoemt dat enkel de “*foreign residents*” op grond van de vaste methode zelfstandig belastingplichtig zijn.⁴¹³ Crazzolara zit ook op deze lijn.⁴¹⁴ Uit art. 5 lid 1 *Testo Unico delle*

⁴⁰⁵ Pfatteicher & Kotarba 2014, paragraaf 17.2.2.3.

⁴⁰⁶ Ordower 2015, p. 567.

⁴⁰⁷ Rienstra, in *IBFD Country Tax Guides – United States – Corporate Taxation*, paragraaf 11.2.1.2 (online, bijgewerkt 1 april 2022) en I.R.C § 301.7701-2 en -3.

⁴⁰⁸ Pfatteicher & Kotarba 2014, paragraaf 17.2.2.3 en Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, paragraaf 6.4.2.2.

⁴⁰⁹ Avery Jones e.a., *Bulletin for international fiscal documentation* 2002, 56(7), p. 306.

⁴¹⁰ I.R.C § 301.7701-2(b)(8).

⁴¹¹ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, paragraaf 6.4.2.3.

⁴¹² Avery Jones e.a., *Bulletin for international fiscal documentation* 2002, 56(7), p. 305.

⁴¹³ Baete 2020, paragraaf 4.3.

⁴¹⁴ Crazzolara 2014, p. 436.

imposte sui redditi (hierna: 'TUIR') volgt dat de inkomsten van personenvennootschappen die fiscaal inwoner zijn van Italië worden toegerekend aan de achterliggende participanten.⁴¹⁵ De vestigingsplaats van een samenwerkingsverband wordt in dit geval bepaald aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval.⁴¹⁶ Dat de vestigingsplaats leidend is om te bepalen of sprake is van een binnenlandse of een buitenlandse rechtsvorm wordt ook bevestigd door Giaconia en Penesi⁴¹⁷ en Di Nunzio e.a.⁴¹⁸ Een andere aanwijzing voor het feit dat vreemdrechtelijke personenvennootschappen ook transparant kunnen zijn indien zij kwalificeren als inwoner van Italië, vind ik in de vormgeving van de vaste methode in het Italiaanse fiscale stelsel. Uit art. 73 lid 1 onderdeel d TUIR volgt namelijk slechts dat iedere entiteit – ongeacht of deze al dan niet over rechtspersoonlijkheid beschikt – vennootschapsbelastingplichtig is indien zij geacht wordt geen inwoner van Italië te zijn.

Op grond van art. 115 TUIR kunnen binnenlandse kapitaalvennootschappen (art. 73 lid 1 onderdeel a TUIR) onder voorwaarden opteren voor fiscale transparantie. De beoogde doelgroep van dit regime bestaat uit kleine ondernemingen en entiteiten waarbij de relatie tussen de onderneming en de achterliggende aandeelhouder nauw is.⁴¹⁹ Dit wordt geëffectueerd door eisen te stellen aan het winst- en stemrecht van de achterliggende aandeelhouders (art. 115 lid 1 TUIR). Door deze faciliteit te beperken tot binnenlands belastingplichtige kapitaalvennootschappen wordt mijns inziens een inbreuk gemaakt op het EU-recht, omdat gediscrimineerd wordt op basis van de vestigingsplaats van een samenwerkingsverband.

5.4.3. Duitsland

Tot 1 januari 2022 hanteerde Duitsland enkel de corporate resemblance-methode (*Rechtstypenvergleich*) voor het classificeren van vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden.⁴²⁰ In 2004 heeft het *Bundesfinanzministerium* een brief gepubliceerd waarin de toepassing van de corporate resemblance-methode wordt

⁴¹⁵ Giaconia & Pennesi 2014, paragraaf 11.2.3.

⁴¹⁶ Crazzolara 2014, p. 439.

⁴¹⁷ Giaconia & Pennesi 2014, paragraaf 11.2.3 en 11.2.4.

⁴¹⁸ Di Nunzio e.a. 2015, p. 329-350.

⁴¹⁹ Crazzolara 2014, paragraaf 1.1.7.

⁴²⁰ Perdelwitz, in: *IBFD Country Tax Guides – Germany – Corporate Taxation*, paragraaf 11.2 (online, bijgewerkt 1 mei 2022).

bevestigd en enige handvatten voor het classificeren van vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden worden gegeven (zie Bijlage C).⁴²¹ Evenals onder het kwalificatiebesluit wordt ook onder de Rechtstypenvergleich relevantie toegedicht aan de overdraagbaarheid van de participaties.⁴²² In dit verband geldt eenzelfde betekenis als in de VS aan dit criterium wordt toegedicht.⁴²³ Wanneer een buitenlandse rechtsvorm geen Duitse tegenhanger kent, dient te worden beoordeeld of het samenwerkingsverband meer overeenkomsten vertoont met een kapitaalvennootschap of met een personenvennootschap. In dit verband is geen enkele omstandigheid van doorslaggevende betekenis, maar dient een afweging aan de hand van alle kenmerken van het samenwerkingsverband te worden gemaakt.⁴²⁴

Kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen op aandelen worden voor Duitse doeleinden zelfstandig in de belastingheffing betrokken. Personenvennootschappen zijn in beginsel transparant.⁴²⁵ Sinds 1 januari 2022 hanteert Duitsland een flexibeler systeem, waardoor personenvennootschappen onder voorwaarden kunnen opteren voor zelfstandige belastingplicht (art. 1a Körperschaftsteuergesetz). Deze mogelijkheid staat zowel voor binnenlands- als buitenlandsbelastingplichtige personenvennootschappen open en discrimineert ook niet op basis van het recht van de staat van oprichting. Een randvoorwaarde is wel dat de vennootschap na herkwalificatie in een heffing wordt betrokken die naar Duitse maatstaven overeenstemt met de eigen vennootschapsbelasting (art. 1a lid 1 onderdeel 2 Körperschaftsteuergesetz).

5.4.4. Frankrijk

Algemeen gesteld zijn de Franse rechtsvormen met beperkt aansprakelijke aandeelhouders zelfstandig belastingplichtig en de rechtsvormen met onbeperkt aansprakelijke participanten fiscaal transparant.⁴²⁶ In Frankrijk wordt de transparantie

⁴²¹ Bundesfinanzministerium 19 maart 2004, IV B 4 – S 1301 USA – 22/04, *Bundessteuerblatt I* 2004, p. 411-412 en Kowallik & Nakhai, *Derivatives & financial instruments* 2004, 6(5), onderdeel 1.

⁴²² Kahlenberg, *European Taxation* 2014, 54(4), onderdeel 4.3.

⁴²³ Dorfmueller 2014, p. 366.

⁴²⁴ Kahlenberg, *European Taxation* 2014, 54(4), onderdeel 2.3.

⁴²⁵ Perdelwitz, in *IBFD Country Tax Guides – Germany – Corporate Taxation*, paragraaf 1.2 (online, bijgewerkt 1 mei 2022).

⁴²⁶ Coustel 2014, paragraaf 2.1.4.

van samenwerkingsverbanden op een afwijkende manier geëffectueerd dan in de meeste andere rechtsstelsels (waaronder Nederland). Fiscale winstberekening geschiedt op vennootschapsniveau en het samenwerkingsverband dient ook de aangifte te verzorgen. De winst wordt vervolgens gealloceerd aan de participanten, waarna zij de verschuldigde belasting moeten afdragen.⁴²⁷ Binnen dit systeem wordt wel gesproken *sociétés translucides*.⁴²⁸ De semi-transparantie is een gevolg van het feit dat Franse personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid bezitten. De rechtspersoonlijkheid werkt in Franse optiek namelijk door naar het fiscale recht en verklaart waarom het samenwerkingsverband de aangifte dient te verzorgen en gerechtigd kan zijn tot verdragsvoordelen.⁴²⁹

De Franse wet- en regelgeving biedt geen handvatten voor het classificeren van vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden.⁴³⁰ In de praktijk wordt de corporate resemblance-methode toegepast om de fiscale classificatie vast te stellen.⁴³¹ Er dient hierbij een totaalafweging van de omstandigheden van het concrete geval te worden gemaakt, waarbij eveneens de fiscale classificatie in het land van oprichting in de beoordeling wordt betrokken.⁴³² De classificatie in het land van oprichting is echter niet van doorslaggevende betekenis.⁴³³ Relevante gezichtspunten zijn onder meer de overdraagbaarheid van de participaties en het op de participanten toepasselijke aansprakelijkheidsregime.⁴³⁴

In zekere zin hanteert Frankrijk een flexibele classificatiemethode.⁴³⁵ De meeste personenvennootschappen die in art. 8 Code général des impôts (hierna: 'CGI') zijn genoemd, kunnen namelijk opteren voor subjectieve belastingplicht.⁴³⁶ Daarnaast kunnen sommige kapitaalvennootschappen als fiscaal transparant aangemerkt worden.

⁴²⁷ Derouin 2014, paragraaf 8.1.1.

⁴²⁸ Burg, in *IBFD Country Tax Guides – France – Corporate Taxation*, paragraaf 11.2.1 (online, bijgewerkt 1 april 2022).

⁴²⁹ Popa, *European Taxation* 2012, 52(4), onderdeel 4 en Coustel 2014, p. 335. De personenvennootschappen zijn in de ogen van de Franse fiscus immers 'liable to tax'.

⁴³⁰ Coustel 2014, p. 342.

⁴³¹ Derouin 2014, paragraaf 8.2.4.

⁴³² Burg, in *IBFD Country Tax Guides – France – Corporate Taxation*, paragraaf 8.2.4 (online, bijgewerkt 1 april 2022).

⁴³³ Lang & Staringer 2014, p. 35.

⁴³⁴ Coustel 2014, p. 342.

⁴³⁵ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 191-192.

⁴³⁶ Coustel 2014, paragraaf 2.1.7.

Daarbij dient een onderscheid te worden aangebracht tussen bepaalde familiale vennootschappen die onbeperkt transparant kunnen zijn (art. 239bis AA CGI) en pas opgerichte vennootschappen met beperkte economische activiteiten (art. 239bis AB CGI). Deze laatste categorie kan enkel voor een periode van vijf jaar opteren voor fiscale transparantie.⁴³⁷ Deze keuzemogelijkheden zijn beperkt tot Franse vennootschappen, waardoor Coustel van mening is dat deze regelingen strijdig zijn met EU-recht en de non-discriminatiebepalingen in belastingverdragen (art. 24 OESO-Modelverdrag).⁴³⁸ Deze opvatting onderschrijf ik.

5.4.5. Verenigd Koninkrijk

In het VK wordt de corporate resemblance-methode toegepast om vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden te classificeren.⁴³⁹ Entiteiten die qua civielrechtelijke kenmerken vergelijkbaar zijn met een personenvennootschap zijn transparant voor belastingdoeleinden, waardoor op de achterliggende participanten hun eigen fiscale regime wordt toegepast.⁴⁴⁰ De classificatiecriteria – zie Appendix, onder Bijlage D – zijn gebaseerd op jurisprudentie en ter raadpleging vrijgegeven door *His Majesty's Revenue & Customs* (hierna: 'HMRC').⁴⁴¹ Geen van de elementen is van doorslaggevende betekenis voor het classificatievraagstuk. Uiteindelijk wordt de fiscale kwalificatie bepaald door alle relevante kenmerken van het samenwerkingsverband in het oordeel te betrekken.⁴⁴²

In tegenstelling tot het kwalificatiebesluit wordt door het VK geen betekenis toegekend aan de overdraagbaarheid van de participaties. Een gevolg daarvan is dat zowel de open als de besloten CV transparant zijn in de visie van het VK; dit wordt ook expliciet bevestigd op een lijst met gekwalificeerde samenwerkingsverbanden.⁴⁴³ De overige elementen uit het kwalificatiebesluit (eigendom, aansprakelijkheid en aandelen) komen in meer of mindere mate tot uitdrukking in de zes vragen van de Britse corporate resemblance-methode.⁴⁴⁴

⁴³⁷ Coustel 2014, paragraaf 2.1.7.

⁴³⁸ Coustel 2014, p. 344.

⁴³⁹ Avery Jones e.a., *Bulletin for international fiscal documentation* 2002, 56(7), onderdeel 3.7.

⁴⁴⁰ Hoyle 2014, paragraaf 16.2.2.

⁴⁴¹ HMRC, International Manual INTM180010.

⁴⁴² HMRC, International Manual INTM180010.

⁴⁴³ HMRC, International Manual INTM180030.

⁴⁴⁴ Zie Appendix, onder Bijlage D.

5.4.6. Analyse

5.4.6.1. *Flexibele classificatiesystemen*

De VS past via de check-the-box-regels een flexibel classificatiesysteem toe, waarbinnen enkel de kwalificerende per se corporations zijn uitgesloten van de keuzevrijheid omtrent hun fiscale classificatie. Duitsland, Frankrijk en Italië hanteren in beperktere mate een flexibel classificatiesysteem. Dergelijke systemen zijn enkel in overeenstemming met EU-recht wanneer de keuzemogelijkheden zowel voor binnenlands- als buitenlandsbelastingplichtige lichamen openstaan en wanneer geen onderscheid gemaakt wordt naar het recht van de staat van oprichting.⁴⁴⁵ Het Duitse systeem staat voor alle kwalificerende personenvennootschappen open en bevat geen discriminerende elementen. De Franse⁴⁴⁶ en Italiaanse⁴⁴⁷ regelingen zijn daarentegen niet in overeenstemming met EU-recht, omdat deze regelingen niet altijd geëffectueerd kunnen worden door vreemdrechtelijke entiteiten of buitenlands belastingplichtigen.

Wat betreft de toepassing van een flexibel classificatiesysteem in Nederland is Heithuis van mening dat dit onwenselijk is. Hiervoor draagt hij de volgende redenen aan:

- Het monitoren en handhaven van verschillende stelsels voor dezelfde rechtsvormen zorgt voor een onwenselijke druk op de uitvoeringscapaciteit van de Belastingdienst;
- Herclassificering zorgt voor complexere wet- en regelgeving;
- Internationale mismatches zullen ontstaan door classificatieverschillen; en
- De belastingplichtige zal altijd de fiscaal gunstigste weg kiezen, waardoor dit systeem zal resulteren in een derving van belastinginkomsten. Een flexibel systeem is volgens Heithuis dan ook enkel wenselijk wanneer niet slechts bij benadering sprake is van een globaal evenwicht.⁴⁴⁸

Heithuis deelt hiermee de opvattingen van het kabinet. Een flexibele classificatiemethode wordt ongewenst geacht, omdat dit tot verschillende belastingheffing leidt van vergelijkbare rechtsvormen. Daarnaast wordt het Nederlandse stelsel hiermee ook

⁴⁴⁵ Baete 2020, paragraaf 4.5.

⁴⁴⁶ Coustel 2014, paragraaf 2.2.6.

⁴⁴⁷ Baete 2020, paragraaf 4.5.

⁴⁴⁸ Heithuis 2019/4.2.

complexer.⁴⁴⁹ Bobeldijk⁴⁵⁰ en Van de Streek⁴⁵¹ tonen zich daarentegen wel voorstander van enige keuzemogelijkheid in de fiscale classificatie van rechtsvormen.

Flexibele classificatiemethodes zijn mijns inziens in overeenstemming met regels van internationaal belastingrecht, mits zij gevrijwaard zijn van discriminerende elementen en de gevolgen van eventuele mismatches worden geneutraliseerd. De anti-hybrideregels van ATAD2 pakken situaties van dubbele niet-heffing aan, maar bieden geen oplossing voor situaties van dubbele belastingheffing.⁴⁵² De ter beschikking staande keuzemogelijkheid wordt daardoor in de praktijk belemmerd. In de praktijk blijkt dat sommige landen – waaronder in ieder geval Italië en Frankrijk – ruimere mogelijkheden bieden voor binnenlands belastingplichtigen of rechtsvormen die zijn opgericht naar het eigen nationale recht. De rechtszekerheid is gewaarborgd wanneer duidelijkheid bestaat over de voorwaarden waaronder een classificatie gewijzigd kan worden.

5.4.6.2. Vaste methode

Italië betreft alle buitenlands belastingplichtige lichamen zelfstandig in de heffing. Een vaste methode brengt een EU-rechtelijk risico met zich, ongeacht of deze een transparante of non-transparante classificatie effectueert. Dat risico verwezenlijkt zich wanneer binnenlandse samenwerkingsverbanden een van de vaste methode afwijkende classificatie toebedeeld (kunnen) krijgen. De civielrechtelijke kenmerken van een buitenlandse entiteit kunnen immers overeenstemmen met een dergelijk samenwerkingsverband, waardoor dezelfde rechtsvormen een verschillende classificatie krijgen. Baete benoemt dit risico ook.⁴⁵³ Een vaste methode kan volgens hem ook in overeenstemming zijn met EU-recht. Daarvan is sprake wanneer geen onderscheid wordt aangebracht tussen binnen- en buitenlandse samenwerkingsverbanden. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer op grond van de nationale wetgeving alle entiteiten zelfstandig belastingplichtig zijn.

De vaste methode biedt rechtszekerheid voor belastingplichtigen. Onder alle omstandigheden staat de fiscale classificatie immers vast, waardoor geen onduidelijkheid

⁴⁴⁹ *Kamerstukken II 2007/08, 29752, nr. 6, p. 11.*

⁴⁵⁰ Bobeldijk, *WFR 2017/135*.

⁴⁵¹ Van de Streek, *WFR 2012/329*, onderdeel 3.

⁴⁵² Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, paragraaf 6.4.3.2.

⁴⁵³ Baete 2020, paragraaf 4.3.

over de subjectieve belastingplicht hoeft te bestaan. Een nadeel van de vaste methode is dat regelmatig mismatches ontstaan. Samenwerkingsverbanden die vanuit het perspectief van de woonstaat transparant zijn, worden door Italië immers altijd als non-transparant aangemerkt. Ten einde geen discriminatoir onderscheid te maken, dienen de samenwerkingsverbanden naar nationaal recht allen op eenzelfde wijze geclassificeerd te worden. De Italiaanse wetgeving voldoet niet aan deze voorwaarde en is daarom niet verenigbaar met regels van internationaal belastingrecht.

5.4.6.3. Corporate resemblance-methode

In meer of mindere mate wordt de corporate resemblance-methode gehanteerd door het VK, Duitsland en Frankrijk. In afwijking van Duitsland en het VK bestaat omtrent de Franse classificatiemethode minder duidelijkheid. Dit wordt met name veroorzaakt door het feit dat de Franse overheid geen lijst met gezichtspunten voor de classificatie van vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden heeft vrijgegeven. Tot 1997 hanteerde ook de VS een corporate resemblance-methode.

De corporate resemblance-methode creëert verschillende knelpunten. Ten principale is de vraag op welke criteria de vergelijkbaarheid met een rechtsvorm naar nationaal recht gebaseerd dient te worden. Daarnaast is het problematisch wanneer een vreemdrechtelijk samenwerkingsverband in het nationale recht geen equivalente rechtsvorm kent.⁴⁵⁴ Door de unilaterale toepassing van de corporate resemblance-methode is het niet zeker dat een samenwerkingsverband door twee staten op dezelfde wijze geclassificeerd wordt. De toetsingscriteria worden immers onafhankelijk van een buitenlandse corporate resemblance-methode vastgesteld.⁴⁵⁵ Een laatste punt van aandacht is de uitleg die gegeven wordt aan de elementen uit het toetsingskader. In de VS fungeerde de corporate resemblance-methode de facto als een flexibele classificatiemethode, omdat de toetsingselementen geen kenmerken van dwingendrechtelijke aard betroffen. De fiscale classificatie van een samenwerkingsverband was daardoor manipuleerbaar.

In de ogen van Fibbe en Stevens vereist het EU-recht het hanteren van de corporate resemblance-methode, omdat anders een verschillende fiscale behandeling het gevolg

⁴⁵⁴ Peeters 2015, p. 61.

⁴⁵⁵ De Graaf, Rijff & Stevens *TFO* 2020/172.1, onderdeel 2.2.

kan zijn voor vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden die vergelijkbaar zijn met samenwerkingsverbanden die zijn opgericht of aangegaan naar nationaal recht.⁴⁵⁶ Wanneer een buitenlands samenwerkingsverband op een vergelijkbare wijze in de heffing wordt betrokken als een binnenlands samenwerkingsverband is van een discriminatoire behandeling geenszins sprake. Mismatches kunnen echter blijven ontstaan, omdat landen onafhankelijk van elkaar de classificatie van een samenwerkingsverband vaststellen. De rechtszekerheid is niet altijd gewaarborgd onder de corporate resemblance-methode. Dat is meer in het bijzonder het geval wanneer de toetsingselementen enkel uit de rechtspraak afkomstig zijn en geen nadere handvatten zijn verschaft die voor het classificatievraagstuk in ogeschouw genomen dienen te worden.⁴⁵⁷ De toetsing van de vennootschappelijke verhouding is veelal van een aantal criteria afhankelijk, waarbij de materiële invulling van doorslaggevende betekenis is. Hetzelfde type samenwerkingsverband hoeft daardoor niet altijd dezelfde classificatie te krijgen. Om de rechtszekerheid te waarborgen kan met een lijst – al dan niet van indicatieve aard – worden gewerkt, zoals in Nederland en het VK gebeurt.

5.4.7. Tussenconclusie

De verschillende classificatiemethodes die hiervoor zijn besproken hebben allen hun sterke en hun zwakke punten. Bij het ontbreken van een globaal evenwicht kan ik naar aanleiding van het bovenstaande enkel het handhaven van de corporate resemblance-methode aanbevelen. Een vaste methode bewerkstelligt immers dat een op grond van het EU-recht verboden onderscheid wordt gemaakt tussen vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden en Nederlandse samenwerkingsverbanden, indien een vergelijkbare rechtsvorm een andersoortige classificatie toebedeeld krijgt. Een flexibele classificatiemethode is niet aan te raden, omdat zowel de uitvoering als benodigde wetswijzigingen complexiteit met zich brengt. Daarnaast zal een dergelijke classificatiemethode ook leiden tot budgettaire derving, omdat belastingplichtigen doorgaans de fiscaal gunstigste weg zullen kiezen.

⁴⁵⁶ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, paragraaf 6.4.4.3.

⁴⁵⁷ Baete 2020, paragraaf 4.2.

5.5. Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen

De wens om het kwalificatiebeleid te herzien vindt zijn oorsprong in de parlementaire behandeling van de implementatiewet voor ATAD2.⁴⁵⁸ De uit ATAD2 voortvloeiende maatregelen neutraliseren enkel de gevolgen van de verschillende soorten hybride mismatches, maar pakken niet de oorzaken aan. De oorzaak, een verschillende fiscale classificatie door twee staten, wordt namelijk niet weggenomen.⁴⁵⁹ Door middel van de Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen poogt de wetgever te bereiken dat minder hybride mismatches ontstaan.⁴⁶⁰

In deze paragraaf worden allereerst de maatregelen uit het consultatievoorstel geanalyseerd (paragraaf 5.5.1.), waarbij tevens aanbevelingen omtrent de vormgeving van deze maatregelen de revue passeren. Vervolgens wordt in paragraaf 5.5.2. besproken welke aanpassingen daarvoor noodzakelijk zijn aan art. 2 en 3 Wet VPB 1969.

5.5.1. Maatregelen uit het consultatievoorstel

Uit het Consultatiedocument komt naar voren dat het kabinet voornemens is de rechtsvormvergelijkingsmethode te handhaven. Daarnaast worden twee extra methodes toegevoegd voor de classificatie van non-equivalente rechtsvormen.⁴⁶¹

5.5.1.1. Rechtsvormvergelijkingsmethode

Zoals besproken in paragraaf 5.2. is enkel de aansprakelijkheidstoets geschikt om kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen van elkaar te onderscheiden. Daarom ben ik van mening dat alleen dit criterium gehandhaafd dient te blijven onder de rechtsvormvergelijkingsmethode. De eigendomstoets is met het oog op de modernisering van het personenvennootschapsrecht niet toekomstbestendig en de materiële uitleg van de aandelentoets bewerkstelligt dat zowel kapitaalvennootschappen als personenvennootschappen aan dit vereiste kunnen voldoen. Het toestemmingsvereiste wordt daarentegen formeel uitgelegd, waardoor dit criterium niets zegt over de materiële invulling van de vennootschappelijke verhoudingen. De materiële uitleg van de aandelentoets en de formele uitleg van het toestemmingsvereiste bewerkstelligen dat

⁴⁵⁸ *Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7, p. 6-7 en Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 6, p. 37.*

⁴⁵⁹ De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO 2020/172.1*, onderdeel 1.

⁴⁶⁰ Consultatiedocument, onderdeel 1.

⁴⁶¹ Consultatiedocument, onderdeel 1.

belastingplichtigen in zekere mate hun eigen fiscale classificatie kunnen bepalen. In de VS leverde de corporate resemblance-methode vergelijkbare knelpunten op (zie paragraaf 5.4.1.).

5.5.1.2. Aanvullende kwalificatiemethodes voor non-equivalente rechtsvormen

In het Consultatiedocument zijn twee aanvullende kwalificatiemethodes voorgesteld voor samenwerkingsverbanden waarvoor de rechtsvormvergelijkingsmethode geen uitkomst biedt. Deze entiteiten zijn niet vergelijkbaar met de samenwerkingsverbanden naar Nederlands recht en worden aangeduid als non-equivalente rechtsvormen.⁴⁶² De rechtsvormvergelijkingsmethode biedt in de ogen van de staatssecretaris geen uitkomst, omdat niet duidelijk is met welke Nederlandse rechtsvorm het samenwerkingsverband de meeste overeenkomsten heeft. Hierdoor kunnen grensoverschrijdende mismatches ontstaan.⁴⁶³

Met betrekking tot de Angelsaksische *Limited Liability Partnerships* (hierna: 'LLP') – welk type rechtsvorm in verschillende varianten is aangemerkt als non-equivalent⁴⁶⁴ – is nader onderzoek uitgevoerd in opdracht van het kabinet.⁴⁶⁵ Ondanks de verschillen tussen de Amerikaanse LLP's (ook nog per staat) en de Britse LLP geldt dat deze samenwerkingsverbanden kenmerken van een personenvennootschap combineren met de beperkte aansprakelijkheid van de participanten.⁴⁶⁶ Deze combinatie van eigenschappen geldt eveneens voor de Amerikaanse *Limited Liability Company* (hierna: 'LLC').⁴⁶⁷ De Belastingdienst is ten aanzien van meerdere vormen van de LLP van mening dat de classificatie per geval kan verschillen.⁴⁶⁸

In de kabinetsreactie op dit onderzoek is benoemd dat het niet wenselijk is om een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een al dan niet verplicht transparante BV in te voeren.⁴⁶⁹ Enerzijds biedt het vennootschapsrecht na de modernisering van het personenvennootschapsrecht voldoende handvatten om flexibel

⁴⁶² Consultatiedocument, onderdeel 1.

⁴⁶³ Consultatiedocument, onderdeel 2.

⁴⁶⁴ Diverse LLP's zijn bij de laatste herziening van de lijst verwijderd (Lijst van gekwalificeerde samenwerkingsverbanden, t.a.p.).

⁴⁶⁵ *Kamerstukken II 2007/08, 29752, nr. 6, bijlage.*

⁴⁶⁶ *Kamerstukken II 2007/08, 29752, nr. 6, p. 3-6.*

⁴⁶⁷ *Kamerstukken II 2007/08, 29752, nr. 6, bijlage, p. 64.*

⁴⁶⁸ Lijst van gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden, t.a.p.

⁴⁶⁹ *Kamerstukken II 2007/08, 29752, nr. 6, p. 9-11.*

een onderneming in te richten.⁴⁷⁰ Anderzijds is benoemd dat het onderscheid tussen transparante en non-transparante samenwerkingsverbanden in het Nederlandse fiscale recht parallel loopt aan de verdeling tussen vennootschappen met respectievelijk onbeperkt en beperkt aansprakelijke participanten.⁴⁷¹

Fibbe en Stevens hebben opgeroepen het begrip non-equivalente rechtsvorm te definiëren. Dit zou in hun optiek ook aan de hand van een indicatieve lijst kunnen.⁴⁷² Dit lijkt mij met het oog op de rechtszekerheid een wenselijke oplossing. Op deze lijst horen mijns inziens in ieder geval de volgende rechtsvormen thuis:

1. Vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden met beperkt aansprakelijke participanten die krachtens het recht van de staat van oprichting fiscaal transparant zijn of kunnen zijn (bijvoorbeeld de Delaware LLC);
2. Vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden met onbeperkt aansprakelijke participanten die krachtens het recht van de staat van oprichting fiscaal non-transparant zijn of kunnen zijn (bijvoorbeeld de Ierse *Unlimited Company*);
3. Personenvennootschappen op aandelen (bijvoorbeeld de Duitse *Kommanditgesellschaft auf Aktien*); en
4. Vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden die niet overeenstemmen met een van de voornoemde categorieën en overigens ook niet in een ander opzicht vergelijkbaar zijn met een samenwerkingsverband dat is opgericht of aangegaan krachtens Nederlands recht (bijvoorbeeld de Liechtensteinse *Anstalt*).

5.5.1.2.1. *Vaste methode*

Op grond van de vaste methode in het voorgestelde art. 2 lid 1 onderdeel h worden alle non-equivalente rechtsvormen die gevestigd zijn in Nederland zelfstandig in de vennootschapsbelasting betrokken.⁴⁷³ In paragraaf 5.4.6.2. is opgetekend dat een vaste methode een discriminatoir karakter kan hebben wanneer vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden niet op eenzelfde wijze in de heffing worden betrokken als de

⁴⁷⁰ Ibid., p. 6.

⁴⁷¹ Ibid., p. 10.

⁴⁷² Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113, onderdeel 3.2.

⁴⁷³ Consultatiedocument, Voorstel van wet.

samenwerkingsverbanden die krachtens het nationale recht van de classificerende staat zijn opgericht of aangegaan. Dit risico wordt door Fibbe en Stevens als verwaarloosbaar beschouwd, omdat deze samenwerkingsverbanden juist geen vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm kennen.⁴⁷⁴

In het verleden is de vaste methode voorgesteld door Stevens en Tuk.⁴⁷⁵ In hun optiek is de vaste methode arbitrair te noemen, maar wel te billijken. De methode biedt immers rechtszekerheid, is eenvoudig toepasbaar en minimaliseert het misbruikrisico. Belastingplichtigen weten door de vaste methode dat het vestigen van een vreemdrechtelijk samenwerkingsverband in Nederland het risico op dubbele belastingheffing met zich brengt. In mijn optiek hoeft de wetgever onder deze omstandigheden geen maatregelen te treffen die dubbele heffing wegnemen. Wanneer een samenwerkingsverband immers geen equivalente Nederlandse rechtsvorm heeft, is het in de ogen van de civiele wetgever klaarblijkelijk niet wenselijk dat een dergelijke rechtsvorm actief benut wordt in het Nederlandse rechtsverkeer, zoals bijvoorbeeld geldt voor de Angelsaksische LLP's.

5.5.1.2.2. *Symmetrische methode*

Alle onderzochte landen in paragraaf 5.5. en Nederland oefenen hun eigen fiscale autonomie uit voor het classificatievraagstuk. Uitoefening van deze autonomie is de oorzaak van mismatches.⁴⁷⁶ Fibbe en Stevens hebben om deze reden een symmetrische classificatiemethode voorgesteld op grond waarvan Nederland de fiscale classificatie van de staat van vestiging overneemt.⁴⁷⁷

Uit het Consultatiedocument volgt dat de staatssecretaris beoogt de symmetrische methode enkel toe te passen voor buitenlands belastingplichtige lichamen.⁴⁷⁸ Dat is in mijn optiek een verstandige keuze. Enerzijds is het namelijk onwenselijk om voor binnenlands belastingplichtige non-equivalente rechtsvormen de symmetrische methode toe te passen. Op deze wijze kan in de praktijk immers een flexibel classificatiesysteem in Nederland toegepast worden. Dat zal onder meer het geval zijn wanneer een Delaware

⁴⁷⁴ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113, onderdeel 3.2.

⁴⁷⁵ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 81.

⁴⁷⁶ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, paragraaf 6.4.2.4.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 200.

⁴⁷⁸ Consultatiedocument, onderdeel I.

LLC fiscaal in Nederland gevestigd is. De fiscale classificatie van een dergelijk samenwerkingsverband kan via de check-the-box-regels gewijzigd worden, waardoor de facto een flexibele classificatiemethode toepassing vindt in het Nederlandse rechtsstelsel. Anderzijds is het onwenselijk om buitenlands belastingplichtige lichamen te classificeren volgens de vaste methode. In dit geval zal voor sommige samenwerkingsverbanden onder alle omstandigheden een situatie van dubbele heffing ontstaan. Hierdoor worden investeringen in of via Nederland fiscaal ontmoedigd. Dubbele heffing als gevolg van mismatches wordt naar huidig recht immers niet weggenomen (zie paragraaf 5.4.6.1.).

5.5.2. Voorstel voor aanpassingen art. 2 en 3 Wet VPB 1969

In Bijlage E en F zijn conceptwetteksten opgenomen voor art. 2 en 3 Wet VPB 1969 om de subjectieve belastingplicht aan te passen. Hierna wordt uiteengezet welke suggesties ik heb en welke overwegingen daaraan ten grondslag liggen.

5.5.2.1. Codificeren van de rechtsvormvergelijkingsmethode

Het classificatievraagstuk is en blijft een proces waarbinnen alle relevante feiten en omstandigheden van het geval in de beoordeling betrokken dienen te worden. De voorgestelde formelere toetsing – waarbij enkel langs de lijnen van het aansprakelijkheids criterium wordt geoordeeld – biedt belastingplichtigen meer rechtszekerheid. Om enige flexibiliteit mogelijk te maken, bijvoorbeeld om misbruik te bestrijden, stel ik voor een delegatiebepaling op te nemen in art. 2 en 3 Wet VPB 1969. Via de delegatiemogelijkheid zal een nieuw classificatiebesluit opgesteld kunnen worden waarin onder meer een lijst van indicatieve aard met gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden opgenomen dient te worden.

5.5.2.2. Vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld

Fibbe en Stevens zijn van mening dat de subjectieve belastingplicht van de vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld moet worden beëindigd.⁴⁷⁹ Deze passage belemmert in hun ogen het voornemen om alle personenvennootschappen als transparant aan te merken. De intrekking van het toestemmingsvereiste brengt volgens de staatssecretaris met zich dat het arrest BNB

⁴⁷⁹ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113, onderdeel 2.2.

1978/13 (besproken in paragraaf 3.5.3.1.) zijn betekenis verliest.⁴⁸⁰ Uit dit arrest volgt dat een personenvennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal zelfstandig in de heffing wordt betrokken wanneer het intuitu personae-karakter van de samenwerking wordt weggenomen door de vrije overdraagbaarheid van de participaties. Bijgevolg menen Fibbe en Stevens dat personenvennootschappen op aandelen voortaan enkel aan de hand van hun kapitaalsstructuur subjectief belastingplichtig kunnen zijn, zonder dat de persoonlijke betrekkingen tussen de firmanten in oenschouw worden genomen.⁴⁸¹

Het voorgaande is in mijn optiek juist, maar verdient enige aanvulling. Zoals besproken in paragraaf 3.5.3.1. beoogt de zinsnede ‘andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld’ ook vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden onder de werking van de vennootschapsbelasting te brengen. Over de noodzaak van deze zinsnede om vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden in de heffing te betrekken kan worden getwist.⁴⁸² Om de twijfels weg te nemen, stel ik voor ook vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden expliciet onder de werking van art. 2 en 3 Wet VPB 1969 te brengen. Voor de subjectieve belastingplicht van deze entiteiten is het dan ook niet langer nodig om de hiervoor aangehaalde zinsnede te hanteren, waardoor deze kan vervallen.

5.5.2.3. *Non-equivalente rechtsvormen*

In het classificatiebesluit zal mijns inziens ook de definitie van een non-equivalente rechtsvorm opgenomen dienen te worden. Daarvoor kan aangesloten worden bij de voorgestelde categorieën in paragraaf 5.5.1.2. Tevens dient een lijst van indicatieve aard bijgevoegd te worden om de rechtszekerheid te waarborgen, waarbij de besluitgever zich mijns inziens dient te baseren op de hiervoor in paragraaf 5.5.1.2. bedoelde rechtsvormen. Fibbe en Stevens hebben voorgesteld de symmetrische methode toe te passen daar waar een mismatch ontstaat.⁴⁸³ Omwille van uitvoerbaarheidsredenen stel ik daarentegen voor om ‘aan de voorkant’ de fiscale classificatie in de staat van oprichting mee te wegen om te bepalen of een mismatch logischerwijs zou kunnen ontstaan. Op deze wijze wordt uitvoeringscapaciteit van de Belastingdienst bespaard. Door de betrekking

⁴⁸⁰ Consultatiedocument, onderdeel I, voetnoot 6.

⁴⁸¹ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113, onderdeel 2.2.

⁴⁸² Zie bijvoorbeeld Verburg 2000/4.6.5 en BNB 1994/191 m.nt. Hoogendoorn.

⁴⁸³ Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 203.

van non-equivalente rechtsvormen in de belastingheffing is het mijns inziens overbodig om doelvermogens expliciet te benoemen in art. 3 lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969.

5.6. Deelconclusie

De toetsingselementen uit het kwalificatiebesluit zijn niet allen even geschikt om een onderscheid aan te brengen tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen. De aansprakelijkheidstoets komt in mijn optiek als duidelijke winnaar uit de bus. Over het handhaven van de eigendoms- en aandelentoets kan getwist worden. De eigendomstoets is immers niet toekomstbestendig en de aandelentoets is materieel manipuleerbaar, waardoor samenwerkingsverbanden die typologisch gezien personenvennootschap zijn, toch zelfstandig in de belastingheffing betrokken kunnen worden. Dit laatste is niet in overeenstemming met de hoofdregel dat de subjectieve belastingplicht enkel openstaat voor samenwerkingsverbanden met beperkt aansprakelijke participanten. Het toestemmingsvereiste komt in mijn optiek terecht te vervallen, omdat dit criterium: i) de materiële vennootschapsverhouding niet duidt; ii) materieel manipuleerbaar is; en iii) internationaal gezien een uniek criterium is waardoor (on)bewust mismatches ontstaan.

De verschillende classificatiemethodes die voorbij zijn gekomen, hebben allen hun voor- en nadelen. Het EU-recht lijkt in zekere mate de corporate resemblance-methode te verplichten. De randvoorwaarden voor het hanteren van andersoortige classificatiemethodes (een globaal evenwicht tussen de heffing van particuliere ondernemers en vennootschapsbelastingplichtige ondernemers of eenzelfde classificatie voor alle samenwerkingsverbanden) zijn niet aanwezig, waardoor voorgesteld is de rechtsvormvergelijkingsmethode te handhaven.

De maatregelen uit het Consultatiedocument zijn positief te noemen, maar vergen enige aanvulling. Daarbij kan gedacht worden aan de definiëring van non-equivalente rechtsvormen en het schrappen van de belastingplicht van vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal. Om de betrekking van vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden in de vennootschapsbelasting te verzekeren, dient een expliciete vermelding van vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden opgenomen te worden onder de vennootschapsbelastingplichtige lichamen.

Hoofdstuk 6: Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op de centrale onderzoeksvraag binnen deze scriptie. Dit betreft de volgende vraag:

Op welke uitgangspunten is de fiscale kwalificatie van samenwerkingsverbanden gebaseerd en op welke wijze dient het Nederlandse kwalificatiebeleid idealiter vormgegeven te worden?

Voordat tot een beantwoording wordt overgegaan in paragraaf 6.2., worden eerst in paragraaf 6.1. de conclusies van de hoofdstukken 2 tot en met 5 samengevat.

6.1. Samenvatting

In hoofdstuk 2 is uiteengezet wat het onderscheid is tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen. Gebleken is dat van een zuiver juridisch onderscheid geen sprake is, maar eerder van een typologisch onderscheid. Waar personenvennootschappen intuitu personae aangegaan worden, geldt dat kapitaalvennootschappen een intuitu pecuniae-karakter hebben. Vreemdrechtelijke corporaties worden voor de invulling van hun civielrechtelijke verhouding door de werking van de incorporatieleer beheerst door het recht van de staat van oprichting.

Het geldende fiscale regime met betrekking tot kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen is beschreven in hoofdstuk 3. Daarbij is meer in het bijzonder aandacht besteed wanneer Nederlandse en vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden subjectief belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting zijn en inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting.

Uit hoofdstuk 4 is naar voren gekomen dat de draagkrachtgedachte al meer dan honderd jaar de grondslag voor de heffing van inkomstenbelasting is. Over de grondslagen van de vennootschapsbelasting bestaat minder duidelijkheid. In historisch perspectief komen twee grondslagen naar voren: de steunfunctie en de antropomorfe visie. Beide

rechtsgronden spreken elkaar tegen waar het de vormgeving van de vennootschapsbelasting betreft, omdat zij op tegenstrijdige uitgangspunten zijn gestoeld.

De draagkrachtgedachte kan niet rechtvaardigen dat vennoten-natuurlijk persoon door de fiscale transparantie rechtstreeks in de heffing betrokken worden. Het hybride karakter van de fiscale winst wordt hierdoor immers miskend. Daarnaast kan de winst van een personenvennootschap aan een uitdelingsbesluit gebonden zijn, waardoor van een daadwerkelijke draagkrachtverhoging geen sprake hoeft te zijn. Vermoedelijk is de transparante status van personenvennootschappen gebaseerd op een vergelijkbare economische en maatschappelijke positie als kapitaalvennootschappen.

De antropomorfe visie rechtvaardigt een belastingheffing van vennootschappen met een open verhouding. In de praktijk blijken de meeste kapitaalvennootschappen echter een besloten verhouding te hebben, wat met name het gevolg is van de introductie van de BV in het Nederlandse rechtsverkeer. Een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting voor alle besloten vennootschappen en een afzonderlijke heffing voor vennootschappen met een open verhouding is in dat opzicht wenselijk. De steunfunctie kan de heffing van vennootschapsbelasting wel rechtvaardigen, omdat zonder de vennootschapsbelasting in nog mindere mate sprake is van een globaal evenwicht.

Tot slot zijn in hoofdstuk 5 de toetsingselementen uit het kwalificatiebesluit geanalyseerd. Hieruit is naar voren gekomen dat enkel het aansprakelijkheids criterium op de lange termijn geschikt is om vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden te classificeren.

Het EU-recht lijkt in zekere mate de corporate resemblance-methode te verplichten, tenzij een afwijkende classificatiemethode geen discriminatoire elementen bevat. In de praktijk blijkt dat Italië en Frankrijk niet aan deze eis voldoen. De randvoorwaarden voor het hanteren van een andersoortige classificatiemethode (een globaal evenwicht tussen de heffing van particuliere ondernemers en vennootschapsbelastingplichtige ondernemers of eenzelfde classificatie voor alle samenwerkingsverbanden) zijn niet aanwezig, waardoor voorgesteld is de rechtsvormvergelijkingsmethode te handhaven. In de Appendix, Bijlage E en F, zijn conceptwetteksten opgenomen voor art. 2 en 3 Wet VPB

1969 om de verschillende maatregelen uit het consultatievoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen te implementeren.

6.2. Conclusie

Uit het voorafgaande volgt dat de grondslagen van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting de toegekende classificaties aan de Nederlandse kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen niet kunnen dragen. Enerzijds kan de draagkrachtgedachte niet rechtvaardigen dat personenvennootschappen fiscaal transparant zijn. Anderzijds rechtvaardigt de antropomorfe visie voor verreweg de meeste subjectief belastingplichtige lichamen niet dat zij in de vennootschapsbelasting worden betrokken. De steunfunctie rechtvaardigt de heffing van vennootschapsbelasting wel, omdat bij het ontbreken van vennootschapsbelasting zelfs in de verste verte geen globaal evenwicht bestaat.

In deze scriptie is voorgesteld de rechtsvormvergelijkingsmethode te handhaven, waarbij enkel aan de hand van de aansprakelijkheidstoets geclassificeerd dient te worden. De andere beoordelingscriteria – De eigendomstoets, het toestemmingsvereiste en de vraag of een vennootschap een in aandelen verdeeld kapitaal heeft – zijn ongeschikt om een onderscheid aan te brengen tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen. Voor de eigendomstoets zal dit het geval zijn na de modernisering van het personenvennootschapsrecht, omdat personenvennootschappen dan over rechtspersoonlijkheid beschikken. Voor de andere criteria geldt dat reeds nu al geen onderscheid aangebracht wordt. Bijgevolg zijn deze toetsingselementen ongeschikt om vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden fiscaal te classificeren.

Als gevolg van het vervallen van het aandelen criterium stel ik voor om de categorie lichamen die bestaat uit de ‘vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld’ te laten vervallen. Om zeker te stellen dat vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden ook onder de reikwijdte van de vennootschapsbelasting vallen, heb ik in de Appendix, Bijlage E en F, het voorstel gedaan om deze categorie lichamen expliciet op te nemen binnen de subjectieve belastingplicht van art. 2 en 3 Wet VPB 1969.

Voor non-equivalente rechtsvormen – waarvoor de rechtsvormvergelijkingsmethode minder geschikt is in verband met het ontbreken van

een vergelijkbare rechtsvorm in het Nederlandse civiele recht – zijn in het consultatievoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen aanvullende classificatiemethodes voorgesteld om het aantal mismatches te verminderen en het misbruikrisico te minimaliseren. Dit betreffen de vaste methode voor binnenlands belastingplichtige lichamen en de symmetrische methode voor buitenlands belastingplichtige lichamen. Voor het definiëren en aanwijzen van non-equivalente rechtsvormen dient mijns inziens een delegatiebepaling opgenomen te worden in art. 2 en 3 Wet VPB 1969 zodat de besluitgever enerzijds een aantal kenmerken kan vastleggen die duiden op non-equivalentie en anderzijds de mogelijkheid bestaat tot het opstellen van een lijst van indicatieve aard. De volgende kenmerken duiden in mijn optiek op non-equivalentie:

1. Vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden met beperkt aansprakelijke participanten die krachtens het recht van de staat van oprichting fiscaal transparant zijn of kunnen zijn (bijvoorbeeld de Delaware LLC);
2. Vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden met onbeperkt aansprakelijke participanten die krachtens het recht van de staat van oprichting fiscaal non-transparant zijn of kunnen zijn (bijvoorbeeld de Ierse *Unlimited Company*);
3. Personenvennootschappen op aandelen (bijvoorbeeld de Duitse *Kommanditgesellschaft auf Aktien*); en
4. Vreemdrechtelijke samenwerkingsverbanden die niet overeenstemmen met een van de voornoemde categorieën en overigens ook niet in een ander opzicht vergelijkbaar zijn met een samenwerkingsverband dat is opgericht of aangegaan krachtens Nederlands recht (bijvoorbeeld de Liechtensteinse *Anstalt*).

Literatuurlijst

Artikelen

Avery Jones e.a., *Bulletin for international fiscal documentation* 2002, 56(7)

J.F. Avery Jones e.a., "Characterization of other states' partnerships for income tax", *Bulletin for international fiscal documentation*, 2002, 56(7), p. 288-320.

Bobeldijk, *WFR* 2017/115

A.C.P. Bobeldijk, 'Het is niet altijd wat het lijkt...', *WFR* 2017/115.

Bouwman, *TFO* 2003/124

J.N. Bouwman, 'Vermogensetikettering in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2003/124.

Doornebal & Van Kempen, *TFO* 2020/168.1

J. Doornebal & M.L.M. van Kempen, 'Heffing van inkomstenbelasting van vennoten van personenvennootschappen: fundamentele herziening gewenst', *TFO* 2020/168.1

Essers, *TFO* 2008/147

P.H.J. Essers, 'De fiscale positie van de IB-ondernemer: verleden, heden en toekomst', *TFO* 2008/147.

Essers, *TFO* 2011/3

P.H.J. Essers, 'Rechtsvormneutraliteit', *TFO* 2011/3.

Essers, *WFR* 2019/187

P.H.J. Essers, 'Grondslagen van de vennootschapsbelasting in relatie met de inkomstenbelasting', *WFR* 2019/187.

Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113

G.K. Fibbe & A.J.A. Stevens, 'Consultatie aangepast classificatiekader: op weg naar de symmetrische benadering?', *WFR* 2021/113.

De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1

A.C.G.A.C. de Graaf, L. Rijff & A.J.A. Stevens, 'De Nederlandse belastingheffing van hybride entiteiten na ATAD2', *TFO* 2020/172.1.

Kahlenberg, *European Taxation* 2014, 54(4)

C. Kahlenberg, 'Classification of Foreign Entities for German Tax Purposes', *European Taxation* 2014, 54(4).

Keijzer & In 't Veld, *Ondernemingsrecht* 2016/35

T. Keijzer & L. in 't Veld, "'Slechts' aanspraak op het liquidatie-overschot: onvoldoende om van een BV-aandeel te kunnen spreken?", *Ondernemingsrecht* 2016/35.

Van Kempen, *WFR* 2002/1699

M.L.M. van Kempen, 'Misverstand bedreigt transparantie personenvennootschap', *WFR* 2002/1699.

Van Kempen, *WFR* 2005/573

M.L.M. van Kempen, 'Kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen', *WFR* 2005/573.

Van Kesteren, *TFO* 2005/1

H.W.M. van Kesteren, 'De personenvennootschap en BTW', *TFO* 2005/1.

Kowallik & Nakhai, *Derivatives & financial instruments* 2004, 6(5)

Kowallik & Nakhai, 'Guidance on Classification of US Limited Liability Companies', *Derivatives & financial instruments*, 2004, 6(5).

Lohuis, *TFO* 2018/159.3

H. Lohuis, 'Verdragstoepassing bij hybride mismatches onder het multilaterale instrument', *TFO* 2018/159.3.

Maeijer, *NJB* 1987/11

J.M.M. Maeijer, 'Boekbespreking' (bespreking van: M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonen tussen contract en instituut*, Deventer: Kluwer 1987), *NJB* 1987/11, p. 355-356.

Maas & Weijers, *WFR* 2018/10

C. Maas & M.B. Weijers, 'Naar een ver(der)streckende toepassing van wetsinterpreterende beleidsregels door de belastingrechter?', *WFR* 2018/10.

Mathey-Bal, *WPNR* 2013/6980

P.P.D. Mathey-Bal, 'De stille maatschap in het handelsregister', *WPNR* 2013/6980.

Meussen, *WFR* 2001/1241

G.T.K. Meussen, 'Rechtspersoonlijkheid voor openbare personenvennootschappen: hoe zit het met de fiscaliteit?', *WFR* 2001/1241.

Van Olfen, Van Solinge & Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht* 2011/91

M. van Olfen, G. van Solinge & M. Nieuwe Weme, 'Ondernemers paaien?', *Ondernemingsrecht* 2011/91, p. 467.

Popa, *European Taxation* 2012, 52(4)

O. Popa, 'France – Partnership Taxation – Is France a Missing Piece of the OECD Puzzle?', *European Taxation* 2012, 52(4).

Raaijmakers, *AA* 2015/10

M.J.G.C. Raaijmakers, 'VDV Totaalbouw: vof faillieert als rechtspersoon maar is dat niet (?)', *AA* 2015/10, p. 801-805.

Rijkers & Van Vijfeijken 2010

A.C. Rijkers en I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Fiscaliteit en vermogensvorming in een inkomensbelasting', bijlage bij: Studiecommissie belastingstelsel, *Continuïteit en vernieuwing, Een visie op het belastingstelsel*, 's-Gravenhage 2010, p. 251-259.

Scheltema, *Regelmaat* 2018/3.2

M.W. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *Regelmaat* 2018/3.2.

Sonneveldt, *WPNR* 2017/7165

F. Sonneveldt, 'De rechtsgronden van de schenkbelasting', *WPNR* 2017/7165.

Stevens, *TFO* 2003/94

A.J.A. Stevens, 'Het ondernemersbegrip en de verdragsgerechtigdheid van personenvennootschappen', *TFO* 2003/94.

Stevens & Tuk, *TFO* 2020/168.2

S.A. Stevens & P.-J.B. Tuk, 'Personenvennootschappen in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2020/168.2.

Stevens, *NTFR-B* 2011/45

A.J.A. Stevens, 'De classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden', *NTFR-B* 2011/45.

Van de Streek, WFR 2012/329.

J.L. van de Streek, 'Proefballonnen voor de toekomst van de vennootschapsbelasting', *WFR* 2012/329.

Tervoort, Ondernemingsrecht 2012/47

A.J.S.M. Tervoort, 'Het personenvennootschapsrecht en zijn toepassing in de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012/47.

Wijtvliet, WFR 2021/58

L.W.D. Wijtvliet, 'Het draagkrachtbeginsel en andere verdelingsbeginselen: gedachten over hun invulling, rol en betekenis voor belastingheffing', *WFR* 2021/58.

Willemars, TvJ 2013/5-04

I.D.J. Willemars, 'Wat is een kapitaalvennootschap?', *TvJ* 2013/5-04

Zablowskaja, WFR 2018/205

R.R. Zablowskaja, 'Meer transparantie in de vennootschapsbelasting?', *WFR* 2018/205.

Boeken

Baete 2020

R. Baete, 'The tax treatment of hybrid entities under primary EU law and CJEU jurisprudence', in: S. Govind & J.-P. van West, *Hybrid Entities in Tax Treaty Law*, Series on International Tax Law Vol. 122, Wenen: Linde 2020.

Baldwin & Kiranoglu 2014

M. Baldwin & T. Kiranoglu, 'IFA Branch Report: United Kingdom', in: Lang & Staringer 2014, p. 835-858.

Boer & Elswelier 2019

J.P. Boer & F.J. Elswelier, 'Vijftig jaar eigen vermogen versus vreemd vermogen', in: Stevens & Van de Streek 2019, p. 31-46.

Coustel 2014

A.-S. Coustel, 'IFA Branch Report: France', in: Lang & Staringer 2014, p. 335-358.

Crazzolaro 2014

A. Crazzolaro, 'IFA Branch Report: Italy', in: Lang & Staringer 2014, p. 435-456.

Derouin 2014

P. Derouin, 'Chapter 8: France', in : Haase 2014, p. 217-248.

Di Nunzio e.a. 2015

L. Di Nunzio, M. Grandetti, M. Muratore & P. Selicato, 'Chapter 22: Italy', in: Gutmann 2014, p. 329-350.

Dorfmueller 2014

P. Dorfmueller, 'IFA Branch Report: Germany', in: Lang & Staringer 2014, p. 359-382.

Giaconia & Pennesi 2014

M. Giaconia & M. Pennesi, 'Chapter 11: Italy', in : Haase 2014, p. 345-382.

De Graaf, Kavelaars & Stevens 2021

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht (FED Fiscale Studieserie nr. 39)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Gutmann 2015

D. Gutmann (red.), *Corporate Income Tax Subjects. 2013 EATLP Congress; Lisbon, 30 May – 1 June 2013*, Amsterdam: IBFD 2015.

Haase 2014

F. Haase (red.), *Taxation of International Partnerships. 15 Years OECD Partnership Report: Past, Present and Future*, Amsterdam: IBFD 2014.

Haase & Steierberg 2014

F. Haase & D. Steierberg, 'Chapter 9: Germany', in: Haase 2014, p. 249-298.

Heithuis 1999

E.J.W. Heithuis, *Het nieuwe aandelenregime gewikt en gewogen (Fiscale Monografieën nr. 89)*, Deventer: Wolters Kluwer 1999.

Heithuis 2019

E.J.W. Heithuis, 'Vijftig jaar eigen vermogen versus vreemd vermogen', in: Stevens & Van de Streek 2019, p. 47-64.

Heithuis, Kavelaars & Schuver 2022

E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting (FED Fiscale Studieserie nr. 35)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Hoyle 2014

S. Hoyle, 'Chapter 16: United Kingdom', in: Haase 2014, p. 509-534.

Infanti & Moens 2014

A.C. Infanti & B. Moens, 'IFA Branch Report: United States of America', in: Lang & Staringer 2014, p. 859-884.

Van Kempen 1999

M.L.M. van Kempen, *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen (diss.)*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Lang & Staringer 2014

M. Lang & C. Staringer, *Qualification of taxable entities and treaty protection*, Cahiers de droit fiscal international vol. 99b, International Fiscal Association, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014.

Mohr & Meijers 2022

A.L. Mohr & V.A.E.M. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Ordower 2015

H. Ordower, 'Chapter 34: United States', in: Gutmann 2015, p. 563-584.

Peeters 2015

B. Peeters, 'Classification of Foreign Entities for Corporate Income Tax Subjects', in: Gutmann 2015, p. 59-70.

Pfatteicher & Kotarba 2014

L. Pfatteicher & C. Kotarba, 'Chapter 17: United States', in: Haase 2014, p. 535-574.

Stevens, Juch-bundel 2002

A.J.A. Stevens, 'De mythe van het uitdelingsbesluit – Beschouwing omtrent de vennootschapsbelastingplicht van personenvennootschappen naar NBW', in: *Over de grenzen van de belastingplicht*, Juch-bundel, Deventer: Kluwer 2002.

Stevens, *Fiscale Aspecten van de Commanditaire Vennootschap (FM nr. 102) 2002*

A.J.A. Stevens, *Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap (Fiscale Monografieën nr. 102)*, Deventer: Wolters Kluwer 2002.

Stevens 2020

L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001 (Fiscale Handboeken nr. 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Stevens & Van de Streek 2019

A.J.A. Stevens & J.L. van de Streek (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting: lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969 (Congresbundel Erasmus Universiteit)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Stokkermans 2017

C.M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht (IVOR nr. 102)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Strien 2019

J. van Strien, 'Vijftig jaar eigen vermogen versus vreemd vermogen', in: Stevens & Van de Streek 2019, p. 79-94.

Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht 2021*

A.J.S.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Verburg, *Vennootschapsbelasting 2000*

J. Verburg, *Vennootschapsbelasting (Fiscale Handboeken nr. 4)*, Deventer: Kluwer 2000.

Werger, *Loonsomheffing (FM nr. 135) 2011*

F.M. Werger, *Loonsomheffing (Fiscale monografieën, nr. 135)*, Deventer: Wolters Kluwer 2011.

Frequent geactualiseerde uitgaven

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Asser/Kramer 10-III 2022

X.E. Kramer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Asser/Kroeze 2-I 2021

M.J. Kroeze, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019

M. van Olffen & G.J.C. Rensen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Asser/Van Olffen 7-VII 2022

M. van Olffen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk*

Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Vonken 10-I 2018

A.P.M.J. Vonken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van Kempen, in Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting) 2022

M.L.M. van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting) 2022*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Essers, in Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting) 2022

P.H.J. Essers, in *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting) 2022*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Rijkers, in Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting) 2022

A.C. Rijkers, in *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting) 2022*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Van de Streek, in Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting) 2022

J.L. van de Streek, in *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting) 2022*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Vakstudie Algemeen deel

F.W. Jongbloed, P. Koedood & I.J. Krukkert (red.), *Algemeen deel (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 1)*, Deventer: Wolters Kluwer.

Vakstudie Inkomstenbelasting

J.B.H. Albers, W.J. van der Avoird, P.A.M. Pijnenburg, T.W.A.M. Raijmann & L.J. Verhoeven (red.), *Inkomstenbelasting (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 2)*, Deventer: Wolters Kluwer.

Vakstudie Vennootschapsbelasting

J.B.H. Albers, W.J. van der Avoird & N.A.th. Smetsers (red.), *Vennootschapsbelasting (incl. Belastingregeling voor het koninkrijk, Dividendbelasting (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 5)*, Deventer: Wolters Kluwer.

Stevens, in: GS Personenassociaties

S.A. Stevens, 'Fiscaal', in: W.J.M. van Veen (red.), *Groen Serie Personenassociaties*, Deventer: Wolters Kluwer.

Rapporten en overige bronnen

BEPS Action 2 Report 2015

OESO, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, Parijs: OECD Publishing 2015.

Partnership Report 1999

OESO, *Issues in international taxation (The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, nr. 6)*, Parijs: OECD Publishing 1999.

Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020

A.J.A. Stevens e.a., Rapport van de Commissie Personenvennootschappen:
Belastingheffing van Personenvennootschappen – knelpunten en oplossing, Geschriften
van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260.

MLI Explanatory Statement 2016

OESO, Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty
Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, oecd.org 2016.

Overheid

Besluiten

Besluit van 1 juni 1971 (*Stb.* 1971, 363).

Besluit van 7 september 1999, nr. DB99/2344M (*Infobulletin* 1999, 673).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M (*Stcrt.* 2009, 19749).

Besluit van de Minister van Financiën van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M (*Stcrt.* 2007, 15).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M (*Stcrt.* 2015, 46508) ('kwalificatiebesluit').

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2021, nr. 2021-9548 (*Stcrt.* 2021, 44622) ('Besluit Fiscaal Bestuursrecht').

Kamerstukken

Kamerstukken II 1911/12, 144, nr. 3 (MvT, Wet IB 1914)

Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3 (MvT, Wet IB 1964).

Kamerstukken II 1959/60, 5380, nr. 9.

Kamerstukken II 1959/60, 5380 & 6000, nr. 9.

Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19.

Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 3, lk. (MvT, Wet VPB 1969)

Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9.

Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 25.

Kamerstukken II 1972, 12055, nr. 3.

Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 1 (Nota zicht op wetgeving).

Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 2 (Nota zicht op wetgeving).

Kamerstukken II 1994/95, 24141, nr. 3.

Kamerstukken II 1995/96, 24761, nr. 3.

Kamerstukken II 1998/99, 26727, nr. 3 (MvT, Wet IB 2001).

Kamerstukken II 1999/00, 26727, nr. 19.

Kamerstukken II 2000/01, 27431, nr. 7.

Kamerstukken II 2002/03, 28746 (wetsvoorstel personenvennootschappen 2002).

Kamerstukken II 2002/03, 28746, nr. 1.

Kamerstukken II 2003/04, 29532, nr. 4.

Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3.

Kamerstukken II 2006/07, 31065 (wetsvoorstel personenvennootschappen 2002).

Kamerstukken II 2007/08, 29752, nr. 6.

Kamerstukken II 2009/10, 32137, nr. 3.
Kamerstukken II 2017/18, 34959, nr. 3.
Kamerstukken II 2019/20, 25087, nr. 256, Bijlage (NFV 2020).
Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7.
Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 6.
Kamerstukken II 2021/22, 29752, nr. 15.
Kamerstukken II 2021/22, 35925, nr. 2.
Kamerstukken II 2021/22, 35927, nr. 3.
Kamerstukken II 2021/22, 35931, nr. 3.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

- HR 7 oktober 1953, nr. 11 383, ECLI:NL:HR:1953:AY3461, *BNB* 1953/272.
- HR 23 juni 1955, nr. 12 416, ECLI:NL:HR:1955:AY2539, *BNB* 1955/310.
- HR 18 februari 1959, nr. 13 763, ECLI:NL:HR:1959:AY0777, *BNB* 1959/124.
- HR 4 maart 1970, nr. 897/900, ECLI:NL:HR:1970:AC8781, *BNB* 1970/131.
- HR 24 november 1976, nr. 17 998, ECLI:NL:HR:1976:AX3276, *BNB* 1978/13.
- HR 7 juli 1982, nr. 20 655, ECLI:NL:HR:1982:AW9546, *BNB* 1982/268.
- HR 2 november 1983, nr. 21 879, ECLI:NL:HR:1983:AW8769, *BNB* 1984/6.
- HR 5 januari 1983, nr. 20 808, ECLI:NL:HR:1983:AW9011, *BNB* 1983/76.
- HR 28 maart 1990, nr. 25 688 ECLI:NL:HR:1990:ZC4258, *BNB* 1990/194
- HR 27 juni 1990, nr. 26 497, ECLI:NL:HR:1990:ZC4326, *BNB* 1990/254.
- HR 8 januari 1992, nr. 27 733, ECLI:NL:HR:1992:ZC4865, *BNB* 1992/72.
- HR 2 september 1992, nr. 26 059, ECLI:NL:HR:1992:ZC5045, *BNB* 1992/379.
- HR 23 september 1992, nr. 27 293, ECLI:NL:HR:1992:ZC5105, *BNB* 1993/193.
- HR 16 maart 1994, nr. 27 764, ECLI:NL:HR:1994:ZC5622, *BNB* 1994/191.
- HR 29 augustus 1997, nr. 32 301, ECLI:NL:HR:1997:AA2251, *BNB* 1997/347.
- HR 8 juli 1998, nr. 108 057, ECLI:NL:HR:1998:ZD6926, *V-N* 1999/11.14.
- HR 26 augustus 1998, nr. 33 687, ECLI:NL:HR:1998:AA2529, *BNB* 1998/350.
- HR 16 december 1998, nr. 34 172, ECLI:NL:HR:1998:AA2579, *BNB* 1999/147.
- HR 16 december 1998, nr. 34 174, ECLI:NL:HR:1998:AA2580, *BNB* 1999/148.
- HR 25 oktober 2000, nr. 35 490, ECLI:NL:PHR:2000:AA7833, *BNB* 2001/9.
- HR 2 juni 2006, nr. 40 919, ECLI:NL:HR:2006:AX2034, *BNB* 2006/288.
- HR 27 februari 2009, nr. 43 388, ECLI:NL:HR:2009:BH4085, *BNB* 2009/120.
- HR 12 april 2013, nr. 12/02980, ECLI:NL:HR:2013:BZ6824, *BNB* 2013/123.
- HR 5 februari 2015, nr. 14/03627, ECLI:NL:HR:2015:251, *NJ* 2017/8.
- HR 21 december 2018, nr. 17/01760, ECLI:NL:HR:2018:2390, *BNB* 2019/39.
- HR 19 april 2019, nr. 18/02700, ECLI:NL:HR:2019:649, *NJ* 2019/438.

Gerechtshoven

- Hof Arnhem 13 april 2000, ECLI:NL:GHARN:2000:AA6537, *V-N* 2000/40.5
- Hof 's-Gravenhage 5 september 2000, nr. 99/1082, ECLI:NL:GHSGR:2000:AV6898, *V-N* 2000/55.16.
- Hof Amsterdam 18 februari 2004, nr. 02/06368, nr. 03/01146, nr. 03/01147, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO4656, *V-N* 2004/29.16.

Hof Amsterdam 14 april 2011, nr. 08/01103, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR1610, *V-N* 2011/42.10.

Hof Amsterdam 21 maart 2013, nr. 11-01000, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1705, *V-N* 2013/43.10.

Hof van Justitie

Hof van Justitie EG 5 november 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, *FED* 2003/446 (*Überseering*).

Hof van Justitie EG 6 december 2007, C-298/05, ECLI:EU:C:2007:754, *V-N* 2007/59.8 (*Columbus Container Services*).

Appendix

Bijlage A: Kwalificatievragen⁴⁸⁴

Eigendom:

Kan het samenwerkingsverband de juridische eigendom hebben van de vermogensbestanddelen waarmee het de activiteiten uitoefent?

Toelichting:

Hiervan is sprake als het samenwerkingsverband op grond van de civiele wetgeving op naam van het samenwerkingsverband vermogensbestanddelen kan verwerven en rechten en verplichtingen aan kan gaan. Dit geldt ook als het samenwerkingsverband de juridische eigendom van vermogensbestanddelen verkrijgt als gevolg van inschrijving in het handelsregister of in een register van een instituut dat hiermee vergelijkbaar is waardoor het samenwerkingsverband rechtspersoonlijkheid heeft verkregen.

Beperkte aansprakelijkheid:

Zijn alle participanten beperkt aansprakelijk voor de schulden en de andere verplichtingen van het samenwerkingsverband?

Toelichting:

Met beperkte aansprakelijkheid van een participant wordt hier bedoeld dat de aansprakelijkheid zich niet verder uitstrekt dan tot het ingelegde vermogen dan wel de volstortingsverplichting. Bij een onbeperkte aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid niet gemaximeerd tot een vast bedrag.

Aandelen:

Heeft het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal in civielrechtelijke zin, dan wel kan het kapitaal in maatschappelijke zin gelijkgesteld worden met een in aandelen verdeeld kapitaal?

Toelichting:

Indien het vennootschappelijke kapitaal is verdeeld in gelijke of evenredige gedeelten (participaties), die recht geven op een evenredig deel van de winst en liquidatieuitkering en evenredige zeggenschap, zal het kapitaal in maatschappelijke zin gelijkgesteld worden met een in aandelen verdeeld kapitaal.

⁴⁸⁴ Kwalificatiebesluit, onderdeel 3.3.

Toestemmingsvereiste:

Kan er, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten plaatsvinden zonder dat toestemming nodig is van alle participanten?

Toelichting:

Op grond van de wettelijke bepalingen wordt in de regel de overdracht van de participaties of de toetreding of vervanging van de participanten geregeld in de statuten of bij overeenkomst. Voor de beantwoording van deze vraag dienen de statuten of de overeenkomst beoordeeld te worden en getoetst te worden aan de inhoud van het besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M.

Bijlage B: Toetsingselementen corporate resemblance-methode Verenigd Staten⁴⁸⁵

- 1 Centralization of management, whether in some members or non-members;
- 2 Continuity of life upon the death, insanity, bankruptcy, retirement, resignation or expulsion of a member;
- 3 Limited liability; and
- 4 free transferability of interests without the consent of the members so as to substitute the transferee as a member of the organization.

⁴⁸⁵ Avery Jones e.a., *Bulletin for international fiscal documentation* 2002, 56(7), p. 306 & Ordower 2015, p. 567.

Bijlage C: Toetsingselementen corporate resemblance-methode Duitsland⁴⁸⁶

- 1 *Zentralisierte Geschäftsführung und Vertretung* (gecentraliseerd beheer en vertegenwoordiging);
- 2 *Beschränkte Haftung* (beperkte aansprakelijkheid);
- 3 *Freie Übertragbarkeit der Anteile* (vrije overdraagbaarheid van de aandelen);
- 4 *Gewinnzuteilung* (winstbestemming);
- 5 *Kapitalaufbringung* (kapitaalverhoging);
- 6 *Unbegrenzte Lebensdauer der Gesellschaft* (onbeperkte levensduur van de vennootschap);
- 7 *Gewinnverteilung* (winstverdeling);
- 8 *Formale Gründungsvoraussetzungen* (formele oprichtingsvereisten);
- 9 *Sonstige Kriterien* (andere criteria).

⁴⁸⁶ Bundesfinanzministerium 19 maart 2004, IV B 4 – S 1301 USA – 22/04, *Bundessteuerblatt I* 2004, p. 411-412. Voor een uiteenzetting van de desbetreffende criteria wordt verwezen naar de hiervoor aangehaalde bron.

Bijlage D: Toetsingselementen corporate resemblance-methode Verenigd Koninkrijk⁴⁸⁷

- 1 *Does the entity have a legal existence separate from that of the persons who have an interest in it?* This is not determinative. The analysis of Scottish partnerships shows that the significance of legal personality depends on how it affects the legal relationship of the partners to the carrying on of the partnership business and the ownership of partnership assets.
- 2 *Does the entity issue share capital or something else which serves the same function?* This is not determinative but is indicative of a body corporate rather than a partnership.
- 3 *Is the business carried on by the entity itself or jointly by the persons who have an interest in it that is separate and distinct from the entity?* It is a characteristic of partnership that the partners carry on the partnership business.
- 4 *Are the persons who have an interest in the entity entitled to share in its profits as they arise or does the amount of profits to which they are entitled depend upon a decision of the entity to make a distribution of its profits?* The holder of shares is only entitled to profits when they are distributed. The making of a cash distribution to a partner should be tax neutral because the amount distributed is already owned by the partner.
- 5 *Who is responsible for debts incurred as a result of the carrying on of the business, the entity or the persons who have an interest in it?* If the entity is legally transparent, its owners naturally have direct liability for its debts, even if they benefit from limited liability. If it is not legally transparent, the liabilities are naturally those of another person.
- 6 *Do the assets used for carrying on the business belong beneficially to the entity or to the persons who have an interest in the entity?* This is the converse of the question in (5).

⁴⁸⁷ HMRC International Manual INTM180010.

Bijlage E: Voorstel tot wettekst art. 2 Wet VPB 1969⁴⁸⁸

Artikel 2 Wet VPB 1969

1. Als binnenlandse belastingplichtigen zijn aan de belasting onderworpen de in Nederland gevestigde:
 - a. **naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid;**
 - b. coöperaties en verenigingen op coöperatieve grondslag;
 - c. onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of bank optreden;
 - d. verenigingen en stichtingen die op de voet van de Woningwet bij koninklijk besluit zijn toegelaten als instellingen die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn;
 - e. hiervoor niet genoemde verenigingen en stichtingen alsmede andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen, indien en voor zover zij een onderneming drijven;⁴⁸⁹
 - f. fondsen voor gemene rekening;
 - g. publiekrechtelijke rechtspersonen, niet zijnde de Staat, die niet al op grond van de onderdelen a, b, c, d en e belastingplichtig zijn, voor zover zij een onderneming drijven;
 - h. **naar het recht van een andere staat opgerichte lichamen waarvan de rechtsvorm vergelijkbaar is met een rechtsvorm van de lichamen genoemd in de onderdelen a tot en met g;**
 - i. **naar het recht van een andere staat opgerichte lichamen waarvan de rechtsvorm niet vergelijkbaar is met een rechtsvorm van de lichamen genoemd in de onderdelen a tot en met g, of van een maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap.**
2. **Voor de vaststelling van vergelijkbaarheid van een lichaam dat naar het recht van een andere staat is opgericht, zoals bedoeld in het eerste lid, onderdelen h en i, worden bij ministeriële regeling nadere regels gesteld.**
3. Als binnenlandse belastingplichtigen zijn mede aan de belasting onderworpen de ondernemingen gedreven door de Staat. Voor de toepassing van deze wet

⁴⁸⁸ De onderstreepte en vetgedrukte passages zijn afwijkend ten opzichte van de huidige wettekst.

⁴⁸⁹ Deze passage zal naar aanleiding van een modernisering van het personenvennootschapsrecht ook gewijzigd dienen te worden, zie bijvoorbeeld Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 29 mei 2019, ingediend op: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap>, p. 2-3.

worden alle ondernemingen gedreven door de Staat die behoren tot eenzelfde bij koninklijk besluit ingesteld ministerie als bedoeld in artikel 44 van de Grondwet, geacht tezamen één onderneming gedreven door de Staat te vormen.

4. Als binnenlandse belastingplichtigen zijn mede aan de belasting onderworpen omgekeerde hybride lichamen.
5. Onder een fonds voor gemene rekening wordt verstaan een fonds ter verkrijging van voordelen voor de deelgerechtigden door het voor gemene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden, mits van de deelgerechtigdheid in het fonds blijkt uit verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid. Een fonds voor gemene rekening wordt als onderneming aangemerkt. De bewijzen van deelgerechtigdheid worden als verhandelbaar aangemerkt indien voor vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist, met dien verstande dat ingeval vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fonds voor gemene rekening of aan bloed- en aanverwanten in de rechte linie de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt.⁴⁹⁰
6. Heeft de oprichting van een lichaam plaatsgevonden naar Nederlands recht, dan wordt voor de toepassing van deze wet, met uitzondering van de artikelen 13 tot en met 13d, 13i tot en met 13k, 14a, 14b, 15 en 15a, het lichaam steeds geacht in Nederland te zijn gevestigd. Bij een lichaam dat zonder toepassing van de eerste volzin niet een binnenlandse belastingplichtige zou zijn, wordt, in afwijking van hoofdstuk II, het voordeel uit hoofde van een aanmerkelijk belang als bedoeld in artikel 17, derde lid, onderdeel b, bepaald op de voet van hoofdstuk III. Een Europese naamloze vennootschap die bij haar oprichting werd beheerst door Nederlands recht, wordt voor de toepassing van de eerste volzin geacht te zijn opgericht naar Nederlands recht.
7. **De lichamen, vermeld in het eerste lid, onderdelen a, b, c, d, h en i en het derde lid, worden geacht hun onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen.**

⁴⁹⁰ Als gevolg van de Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid zal een wijziging doorgevoerd worden ten aanzien van het open fonds voor gemene rekening. Deze wetswijziging is buiten beschouwing gelaten.

Bijlage F: Voorstel tot wettekst art. 3 Wet VPB 1969⁴⁹¹

Conform de aanbevelingen van Stevens en Tuk zijn de subjectief belastingplichtige lichamen voor de buitenlandse belastingplicht dezelfde lichamen als degene die onder de binnenlandse belastingplichtige lichamen geschaard worden.⁴⁹²

Artikel 3 Wet VPB 1969

1. Als buitenlandse belastingplichtigen zijn aan de belasting onderworpen de niet in Nederland gevestigde:
 - a. **naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid;**
 - b. **coöperaties en verenigingen op coöperatieve grondslag;**
 - c. **onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of bank optreden;**
 - d. **verenigingen en stichtingen die op de voet van de Woningwet bij koninklijk besluit zijn toegelaten als instellingen die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn;**⁴⁹³
 - e. **hiervoor niet genoemde verenigingen en stichtingen alsmede andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen, indien en voor zover zij een onderneming drijven;**⁴⁹⁴
 - f. **fondsen voor gemene rekening;**
 - g. **publiekrechtelijke rechtspersonen, niet zijnde de Staat, die niet al op grond van de onderdelen a, b, c, d en e belastingplichtig zijn, voor zover zij een onderneming drijven;**
 - h. **naar het recht van een andere staat opgerichte lichamen waarvan de rechtsvorm vergelijkbaar is met een rechtsvorm van de lichamen genoemd in de onderdelen a tot en met g;**
 - i. **naar het recht van een andere staat opgerichte lichamen die ingevolge de wet- en regelgeving van die staat aldaar onderworpen zijn aan een belasting naar de winst en waarvan de rechtsvorm niet vergelijkbaar is**

⁴⁹¹ De onderstreepte en vetgedrukte passages zijn afwijkend ten opzichte van de huidige wettekst.

⁴⁹² Rapport van de Commissie Personenvennootschappen 2020, p. 89-90.

⁴⁹³ Over de relevantie van deze categorie voor buitenlands belastingplichtigen kan in mijn optiek getwist worden.

⁴⁹⁴ Deze passage zal naar aanleiding van een modernisering van het personenvennootschapsrecht ook gewijzigd dienen te worden, zie bijvoorbeeld Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 29 mei 2019, ingediend op: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap>, p. 2-3.

met een rechtsvorm van de lichamen, genoemd in de onderdelen a tot en met g, of van een maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap.

- j. maar op Aruba, Curaçao of Sint Maarten gevestigde lichamen die een onderneming drijven met behulp van een vaste inrichting op de BES eilanden of een vaste vertegenwoordiger op de BES eilanden;

die Nederlands inkomen genieten.

- 2. **Voor de vaststelling van vergelijkbaarheid van een lichaam dat naar het recht van een andere staat is opgericht, zoals bedoeld in het eerste lid, onderdelen h en i, worden bij ministeriële regeling nadere regels gesteld.**

die Nederlands inkomen genieten.
