

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie fiscale economie

Knelpunten bij de kwalificatie van personenvennootschappen

Een onderzoek naar hybride mismatches bij personenvennootschappen



Naam student: Michael Seyger

Studentnummer: 479820ms

Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Tweede beoordelaar:

Datum definitieve versie: 15 april 2023

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijke die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Afkortingenlijst

A-G	Advocaat Generaal
ATAD I	De eerste anti tax avoidance directive
ATAD II	De tweede anti tax avoidance directive
BEPS	Base erosion and profit shifting
BW	Burgerlijk wetboek
BV	Besloten vennootschap
CV	Commanditaire vennootschap
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
ICBE	Instelling voor Collectieve Beleggingen
MLI	Multilateraal Instrument
MvT	Memorie van toelichting
M.nt	Met noot
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NV	Naamloze vennootschap
OESO/OECD	Organisatie voor economische samenwerking en ontwikkeling
OESO-MV	OESO Modelverdrag 2017
P.	Pagina
Par.	Paragraaf
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
v.o.f.	Vennootschap onder firma
Wet BB 2021	Wet bronbelasting 2021
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WvK	Wetboek van Koophandel

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst	2
Hoofdstuk 1: Inleiding	5
1.1 Aanleiding.....	5
1.2 Opbouw en deelvragen	8
1.3 Afbakening.....	9
Hoofdstuk 2: Personenvennootschappen.....	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Kapitaal- en personenvennootschappen	11
2.2.1 Kapitaalvennootschappen.....	11
2.2.2 Personenvennootschappen.....	12
2.3 Fiscale transparantie en niet-transparantie.....	17
2.4 De open en besloten CV	18
2.5 De open CV nader beschouwd	20
2.5.1 De bedrijfseis.....	20
2.5.2 Een leeuwenvennootschap	21
2.5.3 Overtreden beheersverbod.....	21
2.5.5 Het toestemmingsvereiste	24
2.6 Conclusie	24
Hoofdstuk 3 Personenvennootschappen en hybride mismatches	26
3.1 Inleiding	26
3.2 Kwalificatie van entiteiten.....	26
3.2.1 De rechtsvergelijkingsmethode.....	26
3.2.2. De optionele benadering.....	27
3.2.3. De vaste benadering.....	28
3.2.4. De symmetrische benadering.....	28
3.2.5. Het Nederlandse kwalificatiebeleid	29
3.3 Het kwalificatiebeleid nader beschouwd	31
3.4 Wat zijn hybride mismatches	36
3.5 Samenvatting & conclusie	39
Hoofdstuk 4: De aanpak van hybride mismatches.....	41
4.1 Inleiding	41
4.2 De maatregelen tegen hybride mismatches	41
4.3 De Nederlandse implementatie	43
4.4 Evaluatie van de maatregelen	46

4.5 Samenvatting & conclusie	54
Hoofdstuk 5: Aanpassing van het kwalificatiebeleid.....	56
5.1 inleiding	56
5.2 Achtergrond van het wetsvoorstel.....	56
5.3 Doel van het wetsvoorstel.....	57
5.4 Het vervallen van de open CV	59
5.5 De doorschuiffaciliteiten	61
5.6 Nieuwe kwalificatie buitenlandse rechtsvormen.....	65
5.7 Doeltreffendheid en doelmatigheid van het wetsvoorstel	70
5.8 Samenvatting & conclusie	74
Hoofdstuk 6 Conclusie.....	76
6.1 Inleiding	76
6.2 Samenvatting.....	76
6.3 Beantwoording van de onderzoeksvraag.....	81
6.4 Aanbevelingen.....	81
Bronnenlijst	82

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding

Sinds 2012 staat de aanpak van het ontwijken en ontduiken van belasting hoog op de politieke agenda.¹ Bij belastingontwijking gebruikt de belastingplichtige de mogelijkheden van de wet om zo weinig mogelijk belasting te betalen. Hierbij kan de belastingplichtige gebruik maken van discrepanties tussen belastingstelsels van verschillende landen. Alleen al in 2018 ging een bedrag van €37 miljard aan renten, royalty's en dividenden via Nederland naar laag belastende landen.² Naast politieke aandacht voor belastingontwijking is sinds 2012 ook een versterkte maatschappelijke aandacht voor het ontgaan en ontduiken van belastingen.³ In de media wordt ook aandacht besteed aan het fenomeen belastingontwijking.⁴ Iedere belastingplichtige moet een zogeheten 'fair share' bijdragen. Overheden moeten hier met hun wetgeving naar handelen.⁵

Om belastingontwijking op internationaal niveau aan te pakken heeft de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) het Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (hierna: BEPS) ontwikkeld.⁶ Uit dit rapport volgt een vijftiental aanbevelingen die misbruik op nationaal en internationaal niveau moeten bestrijden.⁷ In het definitieve rapport van de OESO dat op 5 oktober 2015 verscheen, ziet het tweede actiepunten op het neutraliseren van de effecten van hybride mismatches. Hybride mismatches kunnen zich in verschillende vormen voordoen. Eén van die vormen is het gebruik van hybride lichamen. Dit zijn lichamen waarbij de rechtsvorm in twee of meer landen verschillend wordt gekwalificeerd. In één van de landen wordt dat lichaam aangemerkt als niet fiscaal transparant, een zelfstandige entiteit, terwijl in het andere land het lichaam als fiscaal transparant wordt beschouwd.⁸ Hier kan een belastingvoordeel mee worden behaald voor de belastingplichtige. Dit voordeel doet zich ten eerste voor in de vorm van een betaling die aftrekbaar is maar de opbrengst die daar tegenover staat wordt niet in het andere land in de heffing betrokken. Ten tweede kan een voordeel ontstaan waarbij een betaling meerdere malen aftrekbaar is.⁹ Uit deze OESO-rapporten komen de Europese Anti Tax Avoidance Directives

¹ Kavelaars, *TFO* 2014/13.3.

² Rijksoverheid.nl/onderwerpen/belastingontwijking/aanpakken-constructies-belastingontwijking, geraadpleegd op 2 april 2022.

³ De Graaf, *MBB* 2013/1 geeft van deze ontwikkeling een overzicht.

⁴ Denk hierbij aan de commotie rond de Pandora Papers, zie bijvoorbeeld G. de Groot & J. Leupen, 'Van Panama tot Pandora, hoezo veranderde tijdsgeest?', *Financieele Dagblad* 8 oktober 2021.

⁵ OECD, 'Restoring Fairness to the International Tax System', p. 1.

⁶ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

⁷ <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

⁸ Brandsma, Pancham & Smit, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.1.

⁹ Brandsma, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.1.12.

⁹ Brandsma, Pancham & Smit, in *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.10.D.

(hierna: ATAD) I en II voort. ATAD I bestaat onder andere uit een bepaling die hybride mismatchstructuren moet aanpakken. Deze bepaling is aangepast en uitgebreid in ATAD II.¹⁰

In ATAD II worden mismatches tussen EU-lidstaten en mismatches tussen een EU-lidstaat en een derde land bestreden. In alle EU-lidstaten is op 1 januari 2020 de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking in werking getreden en zijn de anti-hybridemismatchbepalingen uit ATAD II in de Nederlandse wet geïmplementeerd.¹¹ Dit is vastgelegd in de artikelen 12aa tot en met 12ag Wet VpB 1969. Deze artikelen zijn alleen van toepassing tussen gelieerde ondernemingen die onderling een direct of indirect belang van ten minste 25% hebben.¹²

In de artikelen 12aa tot en met 12ag Wet VpB 1969 wordt niet de oorzaak van hybride mismatches aangepakt.¹³ Alleen de gevolgen, aftrek zonder betrekking in de heffing en dubbele aftrek, worden geneutraliseerd.¹⁴ ATAD II voorziet in primaire en secundaire regels om deze gevolgen te neutraliseren. Bij hybride mismatchsituaties moet eerst de primaire regel worden toegepast. Dit houdt in dat de staat van de betalende entiteit de aftrek moet beperken. Indien dit niet gebeurt wordt de secundaire regel toegepast. Bij de secundaire regel betreft de staat van de ontvangende entiteit de betaling alsnog in de heffing.¹⁵ Omdat ATAD II door alle EU-lidstaten is geïmplementeerd heeft dit tot gevolg dat enkel de primaire regel tussen EU-lidstaten wordt toegepast. De secundaire regel wordt in beginsel slechts toegepast tussen een EU-lidstaat en een derde land.¹⁶

De maatregelen die zogenoemde omgekeerde hybride lichamen bestrijden maken ook onderdeel uit van de implementatie van ATAD II. Deze wetgeving is in Nederland per 1 januari 2022 in werking getreden.¹⁷ De aanpak van omgekeerde hybride lichamen is wezenlijk anders. Omgekeerde hybride lichamen is een naar Nederlands recht opgerichte of in Nederland gevestigd samenwerkingsverband dat als fiscaal transparant wordt beschouwd in Nederland, en dat voor meer dan 50% wordt gehouden door een gelieerd lichaam in een andere staat die deze Nederlandse entiteit als niet fiscaal transparant beschouwt.¹⁸ Indien een samenwerkingsverband naar Nederlands recht is opgericht of in

¹⁰ Elswaier, Hybridemismatchmaatregelen (ATAD 2) (Navigator thema's).

¹¹ De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1.

¹² Artikel 2 lid 4 ATAD II

¹³ Zie De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1. Indien het betalende lichaam in Nederland is gevestigd of in Nederland een onderneming gedreven wordt, regelt artikel 12aa wet Vpb dit door de aftrek van de vergoeding of betaling te beperken die ontstaan door de verschillende soorten hybride mismatches zoals genoemd in artikel 12aa lid 1 sub a tot en met g wet Vpb. Als Nederland de staat van de ontvanger is en de andere staat kent geen hybride mismatchbepalingen, dan regelt artikel 12ab dat de vergoeding of betaling die verband houdt met de hybride mismatch alsnog in de Nederlandse heffing wordt betrokken.

¹⁴ Brandsma, Panham & Smit, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.5.10.B.

¹⁵ Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet, *Hybride mismatches* (FA nr. 30)/3.5.1.

¹⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 5 (MvT).

¹⁷ *Stb*, 2021, 653, p. 1.

¹⁸ Artikel 2 lid 12 wet Vpb.

Nederland is gevestigd wordt deze aangemerkt als binnenlands belastingplichtig.¹⁹ Deze maatregel is niet van toepassing indien het samenwerkingsverband kwalificeert als een collectieve beleggingsinstelling dat belegt in effecten en een gediversifieerde portefeuille aanhoudt.²⁰ Met deze maatregel wordt dus in de systematiek van de vennootschapsbelasting ingegrepen en dit heeft vooral gevolgen voor commanditaire vennootschappen.

De in ATAD I en II opgenomen oplossingen zijn vooral van praktische aard en lossen de gevolgen van mismatches op. Ze nemen echter niet ten principale de oorzaken van de mismatches weg. Bij het classificeren van buitenlandse entiteiten voor nationale fiscale doeleinden zijn verschillende meer principiële benaderingen te onderscheiden.²¹ Ten eerste de rechtsvergelijkingsmethode. Bij deze methode worden buitenlandse entiteiten op basis van zijn civielrechtelijke kenmerken op dezelfde manier in de Nederlandse belastingheffing betrokken als de Nederlandse rechtsvorm die daar het meest vergelijkbaar mee is. Ten tweede bestaat de optionele benadering. Hier kan een keuze worden uitgebracht welke fiscale classificatie van nationale en buitenlandse entiteiten wordt gehanteerd. Ten derde kan de vaste benadering worden onderscheiden. Bij deze benadering worden buitenlandse entiteiten op dezelfde manier beschouwd door de toepassing van bijvoorbeeld een fictie.²² Deze drie methoden onderscheiden zich doordat geen rekening wordt gehouden met de fiscale kwalificatie in de vestigingsstaat.²³ Hier tegenover staat de symmetrische benadering. Bij deze kwalificatiemethode neemt de bronstaat c.q. de woonstaat de fiscale kwalificatie van de vestigingsstaat over.

Nederland hanteert op dit moment de rechtsvergelijkingsmethode. Omdat deze benadering buitenlandse entiteiten vergelijkt met nationale entiteiten, zorgt dit voor classificatiemismatches als landen nationale entiteiten verschillend kwalificeren. In Nederland speelt dit met name een rol bij commanditaire vennootschappen. Nederland is door de toepassing van het toestemmingsvereiste uniek met het onderscheid tussen besloten (fiscaal transparant) en open (fiscaal niet-transparant) samenwerkingsverbanden.²⁴ Het toestemmingsvereiste houdt in dat een commanditaire vennootschap als open commanditaire vennootschap wordt aangemerkt en dus als fiscaal niet-transparant, indien de participaties vrij overdraagbaar zijn. Als de participaties niet vrij overdraagbaar zijn kwalificeert het als een besloten vennootschap en is deze rechtsvorm fiscaal

¹⁹ Artikel 2 lid 3 wet Vpb.

²⁰ Artikel 2 lid 13 wet Vpb.

²¹ De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1.

²² De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1.

²³ Stevens, *MBB* 2010/4.

²⁴ Beudeker, *WFR* 2015/1149.

transparant. Omdat Nederland als enige land het toestemmingsvereiste toepast bij de kwalificatie van buitenlandse entiteiten ontstaan in relatie met Nederland gemakkelijk classificatiemismatches.²⁵

Eind maart 2021 is door de staatssecretaris van Financiën het conceptwetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen ingediend. In dit wetsvoorstel worden alle commanditaire vennootschappen als fiscaal transparant aangemerkt en speelt het toestemmingsvereiste dus geen rol.²⁶ Met dit voorstel wordt daadwerkelijk de oorzaak van hybride mismatches aangepakt.²⁷

Daarnaast wordt in dit conceptwetsvoorstel voorgesteld om naast de rechtsvergelijkingsmethode ook de symmetrische en vaste benadering in de vennootschapsbelasting op te nemen.²⁸ Echter is dit slechts een conceptwetsvoorstel en is de daadwerkelijke inwerkingtreding onzeker. De bovengenoemde (recente) ontwikkelingen brengen mij tot de volgende onderzoeksvraag:

In hoeverre worden hybride mismatches bij personenvennootschappen verholpen met de huidige maatregelen en in hoeverre is het conceptwetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen doeltreffend en doelmatig bij de bestrijding van deze hybride mismatches?

Op wetenschappelijk niveau zal deze masterscriptie bijdragen aan de discussie rond de aanpak van hybride entiteiten en de effectiviteit daarvan. Ook is tot op heden nog maar beperkt onderzoek gedaan naar het conceptwetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen. Dit onderzoek beoogt daar een andere invalshoek aan toe te voegen. Deze vraag is verder maatschappelijk relevant omdat deze scriptie een bijdrage vormt voor de bestrijding van belastingontwijking en of de huidige aanpak daar genoeg aan bijdraagt.

1.2 Opbouw en deelvragen

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden wordt deze opgesplitst in meerdere deelvragen die in verschillende hoofdstukken worden beantwoord.

Omdat het relevant is om eerst inzichten te verkrijgen in wat hybride entiteiten zijn wordt in hoofdstuk twee de classificatie van entiteiten beschreven en aan de hand daarvan wordt geanalyseerd hoe hybride mismatches ontstaan. Dit brengt mij tot de eerste deelvraag: *“Hoe worden entiteiten gekwalificeerd in het civiele en het fiscale recht?”*

Vervolgens wordt in hoofdstuk drie beschreven wat het Nederlandse kwalificatiebeleid van buitenlandse lichamen is. Daarna wordt toegelicht wat hybride mismatches zijn en hoe het Nederlandse kwalificatiebeleid uitwerkt met betrekking tot hybride mismatches. De deelvraag die in

²⁵ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113.

²⁶ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113.

²⁷ Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, beantwoording van vragen uit het integrale afwegingskader voor beleid en regelgeving, p. 1.

²⁸ Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 15.

dit hoofdstuk beantwoord wordt is: *“Hoe werkt het Nederlandse kwalificatiebeleid en werkt dit hybride mismatches in de hand?”*

Daarna komen in hoofdstuk vier de bestaande maatregelen tegen hybride mismatches aan bod. De hybridemismatchmaatregelen zullen eerst worden toegelicht om vervolgens uit te werken hoe en of alle hybride mismatches worden verholpen. De deelvraag die bij dit hoofdstuk hoort is als volgt: *“Wat zijn de huidige maatregelen tegen de negatieve gevolgen van hybride mismatches en hoe werken deze uit?”*

In hoofdstuk vijf zal vervolgens het conceptwetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen worden behandeld. Eerst wordt uitgewerkt wat de voorgestelde wijzigingen zijn uit het wetsvoorstel om vervolgens te toetsen of deze maatregelen doeltreffend en doelmatig zijn in het bestrijden van hybride mismatches. De deelvraag luidt als volgt: *“Wat houdt het conceptwetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen in en is dit wetsvoorstel doeltreffend en doelmatig?”*

Tot slot zal in hoofdstuk zes afgerond worden met een samenvatting en wordt aan de hand van de antwoorden op de deelvragen de onderzoeksvraag beantwoord. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met aanbevelingen.

1.3 Afbakening

Om tot een juiste beantwoording van de onderzoeksvraag te komen, dienen overbodigheden buiten beschouwing te blijven. Daarom blijft deze scriptie beperkt tot de bespreking van hybride mismatches bij open commanditaire personenvennootschappen. Hybride mismatches die ontstaan bij financiële instrumenten, overdrachten, vaste inrichtingen, geïmporteerde mismatches en situaties met een dubbele vestigingsplaats blijven buiten het bereik van deze scriptie.

De maatregelen tegen hybride mismatches vinden hun oorsprong in het BEPS-project en de ATAD richtlijnen. Deze worden verder niet besproken; alleen de wettelijke bepalingen zoals Nederland die heeft opgenomen zijn van belang. Het conceptwetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen voorziet ook op aanpassing van het fiscale regime voor fondsen voor gemene rekening. De bepalingen uit het conceptwetsvoorstel die op de fondsen voor gemene rekening zien, zijn niet relevant voor de beantwoording van de onderzoeksvraag en worden dus niet behandeld. Tot slot wordt het conceptwetsvoorstel getoetst aan de kwaliteitseisen voor wetgeving die zijn benoemd in de Nota Zicht op wetgeving.²⁹

²⁹ Nota Zicht op wetgeving 1991, Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2.

Uit deze nota volgt dat de overheid verschillende mogelijkheden heeft om maatschappelijke en politieke problemen op te lossen.³⁰ Het aanpassen en implementeren van wetgeving is daar een voorbeeld van. Het is bij het opstellen van wetgeving van belang dat de wetgeving van goede kwaliteit is om zeker van te zijn dat het bijvoorbeeld uitvoerbaar is, te handhaven of dat het niet te ingewikkeld is. Om een zekere mate van kwaliteit van wetgeving te garanderen zijn de volgende kwaliteitseisen opgesteld:³¹

- Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen.
- Doeltreffendheid en doelmatigheid.
- Subsidiariteit en evenredigheid.
- Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.
- Onderlinge afstemming.
- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

Hoewel geen rangorde bestaat tussen de kwaliteitseisen, wordt bepaalde wetgeving ingevoerd om een specifiek doel te behalen. Het is mijns inziens relevant dat het conceptwetsvoorstel zijn doelstelling behaald en tegelijkertijd niet enkel negatieve gevolgen heeft voor de betrokken partijen. Om die reden en om de omvang van dit onderzoek beperkt te houden wordt het conceptwetsvoorstel getoetst aan de kwaliteitseisen doeltreffendheid en doelmatigheid. Doeltreffendheid houdt in dat de wet zijn beoogde doel moet verwezenlijken en doelmatigheid wil zeggen dat geen ongunstige verhouding door de wet ontstaat tussen de baten en de lasten.

³⁰ Denk bijvoorbeeld aan voorlichting of investeringen.

³¹ Nota Zicht op wetgeving 1991, Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, p. 8.

Hoofdstuk 2: Personenvennootschappen

2.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 is de aanleiding van dit onderzoek beschreven. In dit hoofdstuk staat de open commanditaire personenvennootschap centraal. Om een antwoord te geven op de onderzoeksvraag dient eerst te worden uitgelegd wanneer sprake is van een personenvennootschap. Vervolgens wordt het fiscale onderscheid tussen de open commanditaire vennootschap en de besloten commanditaire vennootschap besproken. Met de behandeling van de kenmerken van personenvennootschappen kan aan het licht gebracht worden welke knelpunten in het hybride karakter van deze personenvennootschappen zitten. In dit hoofdstuk wordt de volgende deelvraag beantwoord: *Hoe worden entiteiten gekwalificeerd in het civiele en het fiscale recht?* In paragraaf 2.2 wordt uitgewerkt wat de civielrechtelijke kenmerken en verschillen zijn tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen. Vervolgens wordt in paragraaf 2.3 het onderscheid tussen fiscale transparantie en fiscale niet-transparantie uitgewerkt. In paragraaf 2.4 wordt de bijzondere fiscale positie van de commanditaire vennootschap (hierna: CV) behandeld waarna in paragraaf 2.5 enkele knelpunten die spelen bij deze entiteit worden besproken. Tot slot wordt in paragraaf 2.6 afgesloten met een samenvatting en wordt de deelvraag van dit hoofdstuk beantwoord.

2.2 Kapitaal- en personenvennootschappen

Om een entiteit te kwalificeren dient allereerst een onderscheid te worden gemaakt tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen. Dit is relevant omdat voor de winstbelastingheffing kapitaalvennootschappen fiscaal niet-transparant zijn en personenvennootschappen dat wel zijn. Het verschil tussen fiscaal niet-transparant en fiscaal transparant wordt in paragraaf 2.3 duidelijk gemaakt. Eerst worden de belangrijkste verschillen tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen beschreven. Fiscaalrechtelijk is dit onderscheid ook relevant aangezien het civiele recht bij het fiscale recht als uitgangspunt wordt genomen.³² Belangrijk punt om te vermelden is dat de kwalificatie van een entiteit als kapitaalvennootschap of personenvennootschap per land kan verschillen.

2.2.1 Kapitaalvennootschappen

In Nederland zijn in het civiele recht twee kapitaalvennootschappen te onderscheiden, de Besloten Vennootschap (BV) en de Naamloze Vennootschap (NV).³³ Deze vennootschappen hebben een in aandelen verdeeld kapitaal. De BV en de NV beschikken in gevolge van artikel 2:3 BW over

³² Broeders & Zeijden, *WFR* 2014/1496, par. 3.2.

³³ Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021/1.1.

rechtspersoonlijkheid. Doordat de BV en de NV over rechtspersoonlijkheid beschikken maakt het de BV en de NV een zelfstandige entiteit en zijn ze een zelfstandige drager van rechten en plichten. De aandeelhouders zijn enkel aansprakelijk voor het bedrag dat zij op de aandelen hebben gestort en delen niet in verliezen die dat bedrag te boven gaan.³⁴ Daarnaast zijn de participaties in de BV en NV eenvoudig verhandelbaar. Na de oprichting verdwijnen de aandeelhouders van de BV en NV op de achtergrond. De enige samenwerkingsverplichting die bestaat is dus het deelnemen aan het in aandelen verdeeld kapitaal door storting van geld. De BV en NV hebben daarom geen persoonlijk karakter.³⁵ De bepalingen die voor de BV en de NV vermeld staan in het Burgerlijk Wetboek Boek 2 zijn dwingendrechtelijk van aard.³⁶ De regels van Boek 2 BW moeten dus gevolgd worden. Hiervan kan worden afgeweken indien op een andere plek in de wet iets anders vermeld staat of dat uit de wet volgt.

2.2.2 Personenvennootschappen

Bij de personenvennootschappen wordt in het civiele recht een onderscheid gemaakt tussen de maatschap, de vennootschap onder firma en de CV.³⁷ Deze personenvennootschappen zullen eerst besproken worden en vervolgens zal in meer detail ingegaan worden op de CV omdat daar nog andere problematiek speelt.

De personenvennootschappen worden ook wel contractuele samenwerkingsvormen genoemd.³⁸ De overeenkomst die bij het aangaan van deze personenvennootschappen wordt ondertekend onderscheidt zich van bijvoorbeeld een huur- of koopovereenkomst doordat zij gericht is op een samenwerking tot het verrichten van een gemeenschappelijk doel.³⁹ Deze overeenkomst beheerst de personenvennootschap gedurende hun hele bestaan. Daarnaast is de overeenkomst wederkerig omdat de regels van het verbintenissenrecht en overeenkomstenrecht op haar van toepassing zijn.⁴⁰ In tegenstelling tot de BV en NV bezitten personenvennootschappen geen rechtspersoonlijkheid en zijn geen dragers van rechten en plichten.⁴¹ Echter wil de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid niet zeggen dat niet gesproken kan worden van een zekere eenheid. Dat personenvennootschappen geen rechtspersoonlijkheid bezitten werd vroeger nog wel eens ter discussie gesteld maar de laatste jaren wordt vrij algemeen aangenomen dat dit niet het geval is.⁴² Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid

³⁴ Artikel 2:64 BW voor de NV; Artikel 2:174 BW voor de BV.

³⁵ Asser, Van Olfen & Rensen, *2-Ila* 2019/13.

³⁶ Artikel 2:25 BW.

³⁷ Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021/1.1.

³⁸ Asser/Van Olfen 7-VII 2022/5.

³⁹ Asser/Van Olfen 7-VII 2022/6.

⁴⁰ Asser/Van Olfen 7-VII 2022/7.

⁴¹ Artikel 2:3 BW.

⁴² Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021/1.5.

heeft tot gevolg dat er geen scheiding is tussen het privévermogen van de vennoten en het ondernemingsvermogen. Een BV heeft een duidelijke scheiding tussen het vermogen van de aandeelhouder enerzijds en het vermogen van de BV anderzijds terwijl deze scheiding bij de personenvennootschappen niet aanwezig is. In de wettekst is geen onderbouwing te vinden voor het bovenstaande maar door de Hoge Raad is voor de openbare vennootschap, vennootschap onder firma en de CV bepaald dat die een afgescheiden vermogen hebben.⁴³

De maatschap wordt gezien als de basis van de andere personenvennootschappen.⁴⁴ De maatschap is een overeenkomst tussen twee of meerdere personen die iets inbrengen om een voordeel te behalen.⁴⁵ Iedere vennoot brengt geld, goederen, genot van goederen of arbeid in.⁴⁶ Ook zijn de vennoten ieder voor gelijke delen aansprakelijk voor de schulden van de maatschap.⁴⁷ Hoewel in de wettekst van het Burgerlijk Wetboek boek 7A geen onderscheid wordt gemaakt, kent de praktijk het verschil tussen een openbare maatschap en een stille maatschap. Een openbare maatschap is een maatschap die voor derden op een duidelijke manier onder dezelfde naam aan het rechtsverkeer deelneemt.⁴⁸ Van een openbare maatschap kan alleen sprake zijn wanneer de vennoten een beroep uitoefenen.⁴⁹ Bij de stille maatschap wordt niet in gemeenschappelijke naam naar buiten getreden en hier kan zowel een beroep als bedrijf worden uitgeoefend. Indien een bedrijf wordt uitgeoefend en onder gemeenschappelijke naam naar buiten wordt getreden is er sprake van een vennootschap onder firma.⁵⁰ Iedere vennoot mag in de naam van de vennootschap handelen, mits die vennoot niet daarvan is uitgesloten.⁵¹ De vennoten zijn allemaal hoofdelijk verbonden voor alle verbintenissen die zijn aangegaan.⁵² Ook zijn de vennoten van een vennootschap onder firma hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden van de personenvennootschap.

Het verschil tussen de vennootschap onder firma en de openbare maatschap zit in het onderscheid tussen beroep (openbare maatschap) en bedrijf (vennootschap onder firma). Dit onderscheid is relevant omdat het onder andere gevolgen heeft voor de aansprakelijkheid. De vennoten bij vennootschap onder firma zijn hoofdelijk aansprakelijk en de maten in de maatschap zijn voor gelijke delen aansprakelijk.⁵³ Het onderscheid tussen deze begrippen is niet helemaal helder. Vaak wordt

⁴³ Zie voor openbare maatschap: HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, m.nt. P. van Schilfgaarde (Biek Holdings); zie voor v.o.f.: HR 28 juni 1889, W 5735; zie voor CV: HR 18 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4593.

⁴⁴ Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021/1.2.

⁴⁵ Artikel 7A:1655 BW.

⁴⁶ Artikel 7A:1662 lid 1 BW.

⁴⁷ Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021/1.1.

⁴⁸ Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021/1.2.

⁴⁹ De Korte e.a., *HFA*, par. 2.1.1.1.

⁵⁰ Artikel 16 WvK.

⁵¹ Artikel 17 WvK.

⁵² Artikel 18 WvK.

⁵³ Mohr & Meijers, *Van personenvennootschappen* 2022/3.3.

het onderscheid gemaakt bij de persoonlijke kwaliteiten die bij de beroepsbeoefenaar op de voorgrond staan. De Hoge Raad oordeelt dat het bij beroepsactiviteiten moet gaan om persoonsgebonden werkzaamheden met een intellectuele of kunstzinnige achtergrond.⁵⁴ Artsen, advocaten en belastingadviseurs worden vaak als beroepsbeoefenaar aangemerkt. Indien uit primair materiële of commerciële overwegingen maatschappelijke werkzaamheden worden verricht en daarbij de persoonlijke kwaliteiten niet van doorslaggevend belang zijn, is er sprake van een bedrijf.

Ook heeft het onderscheid tussen beroep (openbare maatschap) en bedrijf (vennootschap onder firma) gevolgen voor de aansprakelijkheid van de vennoten.⁵⁵ De aansprakelijkheid dient opgesplitst te worden in interne aansprakelijkheid en externe aansprakelijkheid. Met interne aansprakelijkheid wordt bedoeld op de onderlinge draagplicht tussen de vennoten en externe aansprakelijkheid houdt de verbondenheid ten opzichte van derden in.

De onderlinge rechtsverhouding tussen de vennoten is geregeld in artikel 7A:1673 tot en met 7A:1676 BW. Vennoten kunnen onderling afwijkende regels opgesteld hebben in de vennootschapsovereenkomst.⁵⁶ Van belang is hoe de vennootschap bestuurd wordt. Bestuur is het verrichten van handelingen die behoren tot de normale maatschappelijke werkzaamheden om het doel van de vennootschap te behalen.⁵⁷ De vennoot dient zijn taak als bestuurder behoorlijk te verrichten en de bestuurstaken zijn beperkt tot daden die bij de doelstelling van de vennootschap horen. Wordt niet aan één van deze twee eisen voldaan dan is die vennoot aansprakelijk tegenover de andere vennoten voor de schade die dan is geleden.⁵⁸

Verbondenheid ten opzichte van derden ontstaat pas indien de gesloten overeenkomst is verricht in naam van de vennootschap of overige vennoten en de desbetreffende vennoot is bevoegd om dit te doen.⁵⁹ In naam van de vennootschap is gehandeld indien uit de handelingen van de vennoot blijkt dat deze niet in eigen naam optrad maar in naam van de vennootschap en de wederpartij dat redelijkerwijze had kunnen weten.⁶⁰ Voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid moet een onderscheid gemaakt worden tussen de maatschap en de vennootschap onder firma. Bij de maatschap zijn de maten slechts bevoegd om de maatschap te vertegenwoordigen indien door de anderen een volmacht is verleend. Als dat niet het geval is bindt de maat dus alleen zichzelf. De volmacht die is verleent kan beperkt zijn tot specifieke handelingen of gelimiteerd zijn tot een bepaald bedrag. Bij de vennootschap onder firma moet het uitgangspunt gehanteerd worden dat

⁵⁴ HR 22 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0953, NJ 1990/674.

⁵⁵ Mohr & Meijers, *Van personenvennootschappen* 2022/3.6.

⁵⁶ Artikel 7A:1673 lid 1 en 2 BW.

⁵⁷ Asser/Van Olfen 7-VII 2022/74.

⁵⁸ Rb. Groningen, 21 december 2011, nr 112559/HaZa 09-792.

⁵⁹ Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021/6.2.1 & 6.2.2.

⁶⁰ HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1877, NJ 1977/521.

iedere vennoot bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen tenzij de vennoot specifiek is uitgesloten.⁶¹ De vertegenwoordigingsbevoegdheid is beperkt tot daden die op de vennootschap betrekking hebben en het doel van de vennootschap dienstig zijn.⁶² Van belang is dat het objectief beoordeeld moet worden of de handeling binnen het doel valt. Handelingen die niet binnen het doel vallen verbinden de vennootschap niet, voorbeelden zijn bijvoorbeeld de opzegging van de huur van het bedrijfspand of de aangifte tot faillietverklaring.⁶³

Indien sprake is van vertegenwoordigingsbevoegdheid en de overeenkomst is in naam van de vennootschap of vennoten gesloten, of bij de maatschap is volmacht is verleend, dan zijn de vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor gelijke delen en kunnen crediteuren aanspraak maken op het vermogen van de vennoten. Bij de vennootschap onder firma ontstaan twee samenlopende vorderingsrechten bij de crediteur, een vorderingsrecht bij de gezamenlijke vennoten dat verhaalbaar is op het afgescheiden vermogen en een vorderingsrecht tegen de vennoten persoonlijk.⁶⁴ De crediteur is vrij om te kiezen op welke van deze vorderingsrechten een beroep gedaan wordt.⁶⁵

Een CV vindt zijn grondslag in artikel 19 tot en met 21 en artikel 30 lid 2 Wetboek van Koophandel (hierna: WvK). Deze vennootschap wordt aangegaan tussen twee of meerdere personen en gebeurt bij wijze van geldschieting. In de CV moet onderscheid gemaakt worden tussen twee soorten vennoten. Ten eerste de vennoot of vennoten die hoofdelijk voor de verbintenissen van de vennootschap zijn verbonden.⁶⁶ Deze categorie wordt ook wel de beherende of besturende vennoot genoemd. Ten tweede de vennoot die deelneemt bij wijze van geldschieting, ook wel de commanditaire vennoot of stille vennoot genoemd.⁶⁷ De commanditaire vennoot onderscheidt zich van andere schuldeisers doordat de commanditaire vennoot enkel door de kapitaaldeelname medegerechtigd is tot het bedrijfsvermogen.⁶⁸ Daarnaast moet de commanditaire vennoot, op grond van HR 15 oktober 2004, in enige mate betrokken zijn bij de interne besluitvorming van de CV.⁶⁹ De commanditaire vennoot mag geen beheersdaden verrichten⁷⁰ en is ook niet aansprakelijk voor verbintenissen van de vennootschap jegens derden.⁷¹ Omdat het verrichten van beheersdaden niet is

⁶¹ Artikel 17 lid 1 & 2 WvK.

⁶² HR 8 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0414, NJ 1990/607.

⁶³ Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021/6.2.2.

⁶⁴ Asser/Van Olfen 7-VII 2022/145.

⁶⁵ HR 9 mei 1969, ECLI:NL:PHR:1969:AC0846, NJ 1969/307.

⁶⁶ Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021/3.4.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld Mohr & Meijers, *Van personenvennootschappen* 2022/4.6.1. &

⁶⁸ Van de Streek, in *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.3.L.b1*.

⁶⁹ HR 15 oktober 2004, nr. 38 059, BNB 2005/73.

⁷⁰ Artikel 20 lid 2 WvK.

⁷¹ Artikel 20 lid 3 WvK.

toegestaan mag niet in naam of rekening van de CV worden gehandeld. Door dit anonieme karakter van de CV is het ook niet nodig om de persoonlijke gegevens van de commanditaire vennoot in het handelsregister op te nemen.⁷² Indien de commanditaire vennoot wel bestuursdaden verricht, dan wordt de vennoot hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden en verbintenissen van de vennootschap.⁷³ Om dezelfde reden mag de naam van de commanditaire vennoot niet in de firma worden vermeld.⁷⁴ Echter is dit wel mogelijk indien de rol van de beherende vennoot verandert in een vennoot bij wijze van geldschieting.⁷⁵ Op de open CV wordt regelmatig kritiek geuit in de literatuur.⁷⁶ Enkele kritiekpunten die relevant zijn voor dit onderzoek worden in paragraaf 2.5 behandeld.

Een interessante ontwikkeling op het gebied van het civielrechtelijke kader van personenvennootschappen is het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen. De oorsprong van dit wetsvoorstel vindt zich in het rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen uit 2016.⁷⁷ Dit wetsvoorstel is voor het eerst in consultatie gegaan in 2019 en nadat die reacties zijn verwerkt is het wetsvoorstel op 10 oktober 2022 opnieuw in consultatie gegaan. In het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen wordt onderscheid gemaakt tussen een personenvennootschap en de CV. De personenvennootschap kan dan worden opgesplitst in een openbare of een stille personenvennootschap.⁷⁸ De openbare personenvennootschap verkrijgt rechtspersoonlijkheid en de stille personenvennootschap niet. De VOF en de maatschap zoals die in de huidige wetgeving zijn opgenomen verdwijnen. Waar in het huidige recht nog onderscheid wordt gemaakt tussen beroeps- en bedrijfsactiviteiten wordt hier bij de personenvennootschap en de CV geen onderscheid meer tussen gemaakt. Het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan personenvennootschappen vergemakkelijkt de deelname aan het rechtsverkeer en zou de toe- en uittreding van vennoten ook vereenvoudigen.⁷⁹ In de fiscaliteit kwam de vraag op of de verkrijging van rechtspersoonlijkheid door personenvennootschappen gevolgen had voor de fiscale transparantie. In het rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen komen de auteurs tot de conclusie dat het ontstaan van rechtspersoonlijkheid op grond van dit wetsvoorstel geen gevolgen heeft voor de belastingplicht in de vennootschapsbelasting zolang met het begrip rechtspersonen bedoeld wordt op rechtspersonen

⁷² Van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.3.L.b1*.

⁷³ Artikel 21 WvK.

⁷⁴ Artikel 20 lid 1 WvK.

⁷⁵ Artikel 30 lid 2 WvK.

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld Stevens, *NtFR* 2006/1727 of Beudeker, *WFR* 2015/1149.

⁷⁷ Rapport Werkgroep Personenvennootschappen, zie <https://www.taxlive.nl/media/2158/rapport-werkgroep-personenvennootschappen.pdf>, geraadpleegd op 5 januari 2023.

⁷⁸ MvT Wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen, p. 1.

⁷⁹ Van Veen, *Ondernemingsrecht* 2019/107.

in de zin van boek 2 BW.⁸⁰ Daarnaast heeft het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen ook geen gevolgen bij de afbakening van de transparantie tussen de open en besloten CV. De wetgever heeft bij de totstandkoming van het recente wetsvoorstel op basis van de beredenering uit het rapport ervoor gekozen om te fiscale transparantie te handhaven.⁸¹ Bij deze overweging speelde mee dat het behouden van de fiscale transparantie meer overeenkomt met de omringende landen en daarmee worden hybride mismatches voorkomen. Om de fiscale transparantie ongewijzigd te laten moet een doorkijkbepaling in de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting worden opgenomen. Door de beperkte gevolgen voor de fiscaliteit wordt het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen in dit hoofdstuk niet verder behandeld.

2.3 Fiscale transparantie en niet-transparantie

Het uitgangspunt is dat kapitaalvennootschappen fiscaal niet-transparant zijn en dat personenvennootschappen fiscaal transparant zijn.⁸² Het belangrijkste verschil tussen transparante en niet-transparante entiteiten is dat bij transparante entiteiten het inkomen rechtstreeks wordt genoten door de achterliggende participanten. Bij niet-transparante entiteiten gebeurt dit op het niveau van de entiteit zelf.⁸³

Of een entiteit als fiscaal transparant of niet-transparant wordt gekwalificeerd is van belang bij de bepaling van de belastingplichtig in de winstbelastingheffing. Nederland kent onder andere de BV en NV als fiscaal niet-transparante kapitaalvennootschappen met rechtspersoonlijkheid.^{84 85} Het resultaat wordt dan geheel aan die vennootschappen toegerekend. Een fiscaal nadelig gevolg is dat resultaten niet zomaar overgedragen kunnen worden aan een andere entiteit.⁸⁶ De belastingheffing bij deze entiteiten gebeurt in twee fasen. Ten eerste wordt de winst op het niveau van de entiteit berekend.⁸⁷ Vervolgens wordt na bijvoorbeeld een dividenduitkering deze uitkering belast in de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting.⁸⁸

⁸⁰ Rapport Werkgroep Personenvennootschappen, p. 33 & 34.

⁸¹ MvT Voorontwerp fiscaal gedeelte personenvennootschappen, p. 2.

⁸² Besluit 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, *Stcrt.* 2009, 19749, p. 2.

⁸³ Besluit 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, *Stcrt.* 2009, 19749, p. 4.

⁸⁴ Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/13.

⁸⁵ Naast de BV, NV, maatschap, v.o.f. en CV die in dit onderzoek besproken worden, kent de vennootschapsbelasting ook andere lichamen die belastingplichtig kunnen zijn. Dit zijn coöperaties, verenigingen, stichtingen, fonds voor gemene rekening en publiekrechtelijke lichamen. Verenigingen, stichtingen en publiekrechtelijke lichamen zijn belastingplichtig voor zover zij een onderneming drijven. Deze lichamen vallen buiten de reikwijdte van dit onderzoek en zullen dus onbesproken blijven.

⁸⁶ Dursun, *FF* 2007/174-04.

⁸⁷ Artikel 2 lid 1 sub a Vpb.

⁸⁸ Van Kempen, in *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.1.B.

Bij fiscaal transparante entiteiten wordt gedaan alsof de entiteit zelf niet bestaat en wordt door de entiteit heen gekeken. De achterliggende participanten worden geacht het inkomen te verkrijgen en de participanten worden in de belastingheffing betrokken en niet de entiteit.⁸⁹ Een fiscaal gunstig gevolg is dat het resultaat behaald met de entiteit verrekenbaar kan worden met een eventueel positief resultaat dat de participant anderszins behaalt.⁹⁰ In Nederland is de hoofdregel dat personenvennootschappen fiscaal transparant zijn. Op deze hoofdregel bestaan echter uitzonderingen, één daarvan is de open CV.^{91 92}

2.4 De open en besloten CV

Het civiele recht wordt in het fiscale recht dus als uitgangspunt genomen. Echter zijn er uitzonderingen op deze hoofdregel. In het fiscale recht wordt namelijk een onderscheid gemaakt tussen de besloten en de open CV terwijl dit onderscheid in het civiele recht niet wordt gemaakt.⁹³ Dit onderscheid wordt alleen in de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en dividendbelasting gemaakt.⁹⁴ De open CV is in tegenstelling tot de besloten CV fiscaal niet-transparant. Het resultaat wordt bij de besloten CV dus aan de achterliggende participanten toegerekend.⁹⁵ Dit toerekenen gebeurt naar rato van het aandeel in de CV waarbij het economisch eigendom doorslaggevend is.⁹⁶ De fiscale niet-transparantie van de open CV volgt uit artikel 2 lid 3 Algemene wet inzake rijksbelasting (hierna: AWR) en luidt als volgt: *“De commanditaire vennootschap waarbij, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van commanditaire vennoten kan plaats hebben zonder toestemming van alle vennoten, behorende zowel als commanditaire”*. Dus om te beoordelen of sprake is van een open of een besloten CV, is het doorslaggevend of toestemming nodig is van alle vennoten of niet. Dit wordt het toestemmingsvereiste genoemd. Indien één of meer vennoten geen toestemming hoeven te verlenen kwalificeert de CV als een open CV. Dit vereiste is door de staatssecretaris vastgelegd in een besluit uit 2015.⁹⁷ Bij iedere wijziging in de onderlinge verhouding tussen de vennoten of toe- en uittreding en vervanging door een derde moet vooraf toestemming van de vennoten worden gevraagd.⁹⁸ Het verlenen van een volmacht aan de behorende vennoot is niet voldoende om aan het toestemmingsvereiste te voldoen. Indien de vennoten

⁸⁹ Dursun, *FF* 2007/174-04.

⁹⁰ Dursun, *FF* 2007/174-04.

⁹¹ Stevens & Tuk, *TFO* 2020/168.2.

⁹² De andere uitzonderingen op deze hoofdregel zijn het open fonds voor gemene rekening, de maatschap op aandelen en naar buitenlands recht aangegane personenvennootschappen.

⁹³ Van de Streek, in *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.3.L.a.*

⁹⁴ Lighthart, *WPNR* 2019/7244.

⁹⁵ Van de Streek, in *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.3.L.c1.*

⁹⁶ Lighthart, *WPNR* 2019/7244.

⁹⁷ Besluit 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M.

⁹⁸ Besluit 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M, p. 1.

vergeten zijn om vooraf toestemming te verlenen is het onder voorwaarden nog wel mogelijk om dit achteraf te doen.⁹⁹ Ook is in dit besluit een niet-limitatieve opsomming gegeven van situaties waarbij zeker toestemming gegeven moet worden en situaties waarbij dat niet noodzakelijk is.¹⁰⁰ Het toestemmingsvereiste wordt later in dit hoofdstuk in detail behandeld.

De open CV is niet belastingplichtig voor de volledige winst. Het gedeelte van de winst dat wordt toegerekend aan de beherende vennoot moet in mindering worden gebracht.¹⁰¹ Deze vermindering op de winst moet daarentegen niet gezien worden als een aftrek maar als gedeeltelijke transparantie van de open CV.¹⁰² Hoewel dit niet rechtstreeks in de wettekst te lezen is, moet deze uitleg op grond van de rechtspraak gevolgd. Het resultaat komt de beherende vennoot fiscaal gezien dus rechtstreeks toe.¹⁰³ De CV neemt een bijzondere positie in binnen het Nederlandse fiscale recht aangezien de CV zowel als fiscaal transparant als niet-transparant kan kwalificeren. Ook in internationale context is Nederland uniek omdat geen enkel ander land onderscheid maakt tussen een open en besloten CV.¹⁰⁴

De vraag komt op waarom Nederland in de fiscale wetgeving het onderscheid maakt tussen de besloten en open CV als het tot deze problemen leidt. Volgens Van Kempen zijn er drie grondslagen waarom in de vennootschapsbelasting een onderscheid wordt gemaakt tussen fiscale transparantie of fiscale niet-transparantie van entiteiten.¹⁰⁵

1. Het resultaat van de vennootschap valt rechtstreeks toe aan de vennoten in een transparante personenvennootschap. Bij een zelfstandig belastingplichtige entiteit is hiervoor eerst een handeling van een bevoegd bestuursorgaan vereist.
2. Zelfstandige belastingplichtigen zijn juridisch en economisch onafhankelijk en staan los van de individuele deelnemers. Bij transparante personenvennootschappen is dit niet het geval.
3. Bij zelfstandige vennootschappen is er een duidelijke scheiding tussen de onderneming en de deelnemers. De deelnemers zijn enkel kapitaalverschaffers. Bij transparante personenvennootschappen zijn de kapitaalverschaffers vaak ook betrokken als ondernemer bij de vennootschap.

⁹⁹ Besluit 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M, p. 2.

¹⁰⁰ Besluit 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M, p. 2 & p. 3.

¹⁰¹ Artikel 9 lid 1 sub e wet Vpb.

¹⁰² Lighthart, *WPNR* 2019/7244.

¹⁰³ Zie HR 7 juli 1982, nr. 20 655, BNB 1982/268.

¹⁰⁴ De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1.

¹⁰⁵ Van Kempen, *TFO* 1999/172.

De wetgever heeft de open CV betrokken in de vennootschapsbelasting omdat deze entiteit, door het open karakter, in economisch opzicht overeenkomt met een NV.¹⁰⁶ Toentertijd werd beargumenteerd dat de deelname in de open CV maatschappelijk wordt gezien als een belichaming van rechten in die entiteit, en niet een evenredig aandeel in de afzonderlijke vermogensbestanddelen van de entiteit. Volgens de wetgever krijgen de deelgerechtigden bij de deelname in de rechten van de entiteit ook niet gelijk de baten die de vennootschap behaalt. Bij transparante personenvennootschappen zou dit wel het geval zijn.

De gedachte dat een resultaat rechtstreeks toekomt aan de vennoten bij een transparante personenvennootschap is volgens Van Kempen niet juist. In privaatrechtelijke zin komen de inkomsten niet toe aan de vennoten maar juist aan de personenvennootschap, dit is ook het geval bij kapitaalvennootschappen.¹⁰⁷ Het vermogen van personenvennootschappen is namelijk gebonden aan de vennootschap. Daarnaast stelt Van Kempen dat de theoretische grondslag van dit onderscheid sinds de introductie van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) is vervallen.¹⁰⁸ In de Wet IB 2001 heeft de wetgever de kwalificatie van deelgerechtigden als ondernemer of deelgerechtigde als belegger, niet willen verbinden aan fiscale niet-transparantie dan wel aan fiscale transparantie. In het nieuwe regime moest de aanmerkelijkbelanghouder beschouwd worden als 'aandeelhouder-ondernemer' en wordt dus onderscheiden van de 'aandeelhouder-belegger'. Dit onderscheid wordt echter in de vennootschapsbelasting niet gemaakt. Ook zijn de commanditaire vennoten in besloten CV's belast als beleggers en worden op grond van artikel 3.3 lid 1 sub a Wet IB 2001 aangemerkt als medegerechtigden.¹⁰⁹ Terwijl de commanditaire vennoot in een open CV wordt behandeld als aandeelhouder. Er is dus geen eenduidig criterium om het onderscheid tussen transparante en niet-transparantie te maken wat de kwalificatie van buitenlandse entiteiten bemoeilijkt.¹¹⁰

2.5 De open CV nader beschouwd

2.5.1 De bedrijfseis

Eén van de kritiepunten bij de open CV ziet op de bedrijfseis. Volgens artikel 16 WvK wordt voldaan aan de bedrijfseis indien met een winsttoogmerk wordt deelgenomen aan het economische verkeer en daarbij inkomsten worden verkregen. Echter is het de vraag of voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting ook sprake is van een onderneming indien voldaan is aan dit civielrechtelijke

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 1959/60*, 6000 MvT, nr. 3, p. 12.

¹⁰⁷ Van Kempen 1999 (diss.), p. 58.

¹⁰⁸ Van Kempen, in: *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.1.A.b3II*.

¹⁰⁹ Onder de voorwaarde dat er een onderneming wordt gedreven.

¹¹⁰ VvBw, rapport van de Commissie Personenvennootschappen, p. 58 & 59.

ondernemingsbegrip. De onduidelijkheid omtrent de bedrijfseis is ontstaan omdat dit vereiste nergens nader is toegelicht. Volgens Kooiman & Witpeerd is het begrip 'bedrijf' uit artikel 16 WvK ruimer dan het fiscale ondernemingsbegrip omdat bij bijvoorbeeld het louter houden van aandelen vaak geen arbeid wordt verricht dus geen sprake is van een bedrijf en daarom kwalificeert de open CV als maatschap.¹¹¹ Echter beargumenteren Heldens & Renkema dat het houden van aandelen wel als een bedrijf gezien kan worden.¹¹² In praktijk zal namelijk met het houden van aandelen wel altijd enige arbeid bij gemoeid zijn en is er dus sprake van een bedrijf. Daarnaast stellen Burgerhart, Ganzeveld & Koster dat Kooiman & Witpeerd in hun benadering niet zijn uitgegaan van de formulering van het begrip bedrijf zoals dat in huidige civielrechtelijke zin geldt.¹¹³ Houdsteractiviteiten worden in de huidige verkeersopvattingen wel gezien als een bedrijfsactiviteit. Houdster- beleggingsactiviteiten waarmee kosten worden bespaard kunnen onder het begrip bedrijf vallen.¹¹⁴ Mijns inziens is dit ook de juiste opvatting.

2.5.2 Een leeuwenvennootschap

Ook vragen Kooimans & Witpeerd zich af of sprake is van een verboden leeuwenvennootschap bij de veelvoorkomende constructie met een commanditaire vennoot en een stichting als beherende vennoot. Hiervan is volgens hen sprake als een onzakelijke winstverdeling tot stand is gekomen van bijvoorbeeld 0,1% voor de beherende vennoot en het overige voor de commanditaire vennoot. Dit zou volgen uit de definitie van de maatschap uit artikel 7A:1655 en 7A:1672 BW.

Bovengenoemde beredenering wordt niet onderschreven door andere auteurs. De wettekst van artikel 7A:1672 BW zegt niks over de zakelijkheid van de verdeling van de winstgerechtigdheid, enkel dat het niet uitsluitend aan één vennoot mag toekomen.¹¹⁵ Daarnaast betekent een scheve winstverdeling niet gelijk dat het een leeuwenvennootschap is, zolang het doel van de vennootschap het behalen van een vermogensrechtelijke voordeel is.

2.5.3 Overtreden beheersverbod

Een belangrijker knelpunten met betrekking tot de open CV is het beheersverbod. Eerder is beschreven dat de commanditaire vennoot geen daden van bestuur mag verrichten. Dit beheersverbod is vastgelegd in artikel 20 lid 2 WvK. Dit verbod volgt uit de bijzondere positie die de commanditaire vennoot inneemt: hij is slechts aansprakelijk voor verliezen ter hoogte van zijn ingelegde bedrag. Als dit verbod wordt overtreden dan is de commanditaire vennoot hoofdelijk

¹¹¹ Kooimans & Witpeerd, *WFR* 2018/78.

¹¹² Heldens & Renkema, *WFR* 2018/192.

¹¹³ Burgerhart, Ganzeveld & Koster, *WFR* 2018/193.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 28746, nr. 5, p. 11.

¹¹⁵ Heldens & Renkema, *WFR* 2018/192.

aansprakelijk voor alle schulden en verbintenissen van de onderneming.¹¹⁶ De achtergrond van deze bepaling stamt uit 1838 en heeft als doel om bedrijvigheid in Nederland te bevorderen.¹¹⁷ Kortgezegd zouden meer investeerder worden aangetrokken indien er de mogelijkheid was om kapitaal te investeren met beperkte aansprakelijkheid. Hieruit volgt ook het beheersverbod want indien de commanditaire vennoot wel bestuursdaden mag verrichten, gelet op zijn beperkte aansprakelijke, zou de commanditaire vennoot hogere risico's nemen binnen de onderneming. Daarnaast voorkomt dit verbod dat naar derden de indruk wordt gewekt dat de commanditaire vennoot een beherende vennoot is. De vervolgvraag die opkomt is welke daden kunnen leiden tot overtreding van het beheersverbod en wat de gevolgen van de overtreding zijn.

Volgens Tervoort is het onduidelijk welke daden precies leiden tot het overtreden van het beheersverbod.¹¹⁸ Het beheersverbod kan op twee manieren worden toegelicht namelijk dat het verbod wordt overtreden bij beheersdaden die zichtbaar zijn voor derden (beperkte leer) of al bij interne bestuurshandelingen die intern zichtbaar zijn (ruime leer). Kortgezegd, is de commanditaire vennoot bij de beperkte leer vrij om invloed uit te oefenen op het bestuur en bij de ruime leer leidt dit tot het overtreden van het beheersverbod. Uit het Distriport-arrest volgt mijns inziens dat de beperkte leer als uitgangspunt genomen moet worden. In dit arrest uit 2016 volgt dat een personele unie tussen de bestuurders en bestuurders van een commanditaire vennoot of tussen bestuurders en een bestuurders van een beherende vennoot niet leidt tot het overtreden van het beheersverbod.¹¹⁹ Daarnaast lijkt het mij vanuit praktisch oogpunt terecht dat de beperkte leer wordt toegepast. Het beïnvloeden van een keuze is bijvoorbeeld mondeling snel gedaan en niet te controleren. Kooiman & Witpeerd benoemen handelingen zoals het tekenen van overeenkomsten namens de CV of contact onderhouden met de belastingdienst als daden die het beheersverbod overtreden.¹²⁰ Mijns inziens leiden deze handelingen inderdaad tot overtreding van het beheersverbod omdat hier richting derden wordt gehandeld door de commanditaire vennoot.

De vervolgvraag is wat de gevolgen zijn indien de commanditaire vennoot dergelijke beheersdaden verricht. Zoals eerder benoemd wordt de commanditaire vennoot civielrechtelijk verbonden voor alle verbintenissen betreffende de onderneming. In het Katterug-arrest is dit gevolg iets genuanceerd. De sanctie van de overtreding mag niet onevenredig staan tegenover de aard en ernst van de schending van het beheersverbod.¹²¹ Daarnaast wordt de aansprakelijke commanditaire vennoot niet een

¹¹⁶ Artikel 21 WvK.

¹¹⁷ Tervoort, *Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap (IVOR nr. 93)*, 2013/2.2.1.1.

¹¹⁸ Tervoort, *Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap (IVOR nr. 93)*, 2013/2.2.1.3.

¹¹⁹ HR 4 november 2016, nr. 15/02090, r.o. 4.3.

¹²⁰ Kooiman & Witpeerd, *WFR* 2018/78.

¹²¹ HR 29 mei 2015, nr. 15/00303, r.o. 3.4.4.

beherende vennoot door overtreding van het beheersverbod maar blijft hij een commanditaire vennoot.¹²² De verhouding tussen de commanditaire vennoot en de beherende vennoot verandert ook niet bij overtreding van het beheersverbod.¹²³ Fiscaal gezien is de commanditaire vennoot die geen natuurlijk persoon aandeelhouder voor de vennootschapsbelasting op grond van artikel 2 lid 3 sub c AWR. Als het beheersverbod wordt overtreden is het de vraag of dit leidt tot transparantie van de CV. Het overtreden van het beheersverbod zou tot gevolg kunnen hebben dat dit leidt tot een herkwalificatie van commanditaire vennoot naar beherende vennoot. De beherende vennoot is dan aansprakelijk voor alle verbintenissen van de onderneming en kwalificeert als fiscaal transparant. De overgang naar fiscale transparantie heeft tot gevolg dat afgetrokken moet worden omdat geen aanmerkelijk belang meer aanwezig is. Volgens Stevens leidt het overtreden van het beheersverbod niet tot een andere kwalificatie dan aandeelhouder. Deze kwalificatie is immers niet verbonden aan de vraag of de vennoot aansprakelijk is voor verbintenissen van de onderneming.¹²⁴ Ook artikel 9 lid 1 onderdeel e Wet VPB 1969 verandert deze conclusie niet. Volgens de Hoge Raad bepaalt dit artikel dat de geheel aansprakelijke vennoot het inkomen rechtstreeks toekomt. Bij gedeeltelijke aansprakelijkheid verandert de kwalificatie als aandeelhouder dus niet. Kooiman & Witpeerd vinden daarentegen dat bij overtreding van het beheersverbod de commanditaire vennoot rechtstreeks voor zijn aandeel in de winst wordt betrokken.¹²⁵ Kooiman & Witpeerd beredeneren dat de winst rechtstreeks toekomt aan de geheel aansprakelijke vennoten en niet bij de open CV wordt belast omdat de CV voor die vennoten transparant zijn. Zelfs al zouden de commanditaire vennoten gelijk worden gesteld met beherende vennoten en dus volledig aansprakelijke zijn, dan betekent dit volgens Stevens & Tuk niet dat de CV niet-transparant is. Bij een structuur met een directeur-groootaandeelhouder als commanditaire vennoot en een stichting als beherende vennoot leidt volledige aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot tot het ontstaan van een maatschap tussen de directeur-groootaandeelhouder en de stichting. Die maatschap op aandelen is volgens de HR belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.¹²⁶ Ik onderschrijf de mening van Stevens & Tuk. De verhouding tussen de commanditaire vennoot en beherende vennoot verandert volgens de HR dus niet en de kwalificatie van de open CV in de vennootschap blijft hetzelfde.

¹²² Stevens & Tuk, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 64.

¹²³ Hof Leeuwarden 19 mei 1940, *NJ* 1941/149.

¹²⁴ Stevens, *TFO* 2019/160.6.

¹²⁵ Kooiman & Witpeerd, *WFR* 2018/78.

¹²⁶ Stevens & Tuk, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 65.

2.5.5 Het toestemmingsvereiste

In paragraaf 2.3.1. is het toestemmingsvereiste kort toegelicht. Het toestemmingsvereiste is toegelicht door de staatssecretaris in zijn besluit uit 2015 waarbij vragen uit de literatuur beantwoord zijn.¹²⁷ Uit het arrest van de HR van 9 december 1992 blijkt dat het toestemmingsvereiste een formele toets is die beoordeeld dient te worden aan de hand van oprichtingsovereenkomst.¹²⁸ Indien uit de overeenkomst blijkt dat unanieme toestemming is vereist dan is sprake van een besloten CV. Hoewel dit besluit meer duidelijkheid verschaft bij toepassing van het toestemmingsvereiste zijn nog enkele knelpunten. Volgens de staatssecretaris is het vereist om toestemming te vragen bij een wijziging van de verhouding tussen de verschillende vennoten.¹²⁹ Volgens Beudeker is het besluit hier onduidelijk welke verhouding hier bedoeld wordt.¹³⁰ Met de verhouding kan bijvoorbeeld winstverdeling, kapitaalbelang of zeggenschap bedoeld worden. Beudeker meent dat op dit punt meer duidelijkheid moet worden gegeven. Daarnaast is in het besluit bepaald dat het toestemmingsvereiste moet worden toegepast bij de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen. Uit onderzoek van de Commissie personenvennootschappen is gebleken dat het toestemmingsvereiste een uniek criterium dat alleen in Nederland wordt toegepast.¹³¹ In internationale situaties leidt dit tot zogeheten kwalificatieconflicten. In het volgende hoofdstuk wordt deze problematiek behandeld.

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: *Hoe worden entiteiten gekwalificeerd in het civiele en het fiscale recht?*

Binnen het fiscale recht wordt bij de kwalificatie van entiteiten aangesloten bij het civiele recht. In het civiele recht wordt een onderscheid gemaakt tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen. Nederland kent twee kapitaalvennootschappen, de BV en de NV. Dit zijn entiteiten met een in aandelen verdeeld kapitaal die beschikken over rechtspersoonlijkheid. Entiteiten met rechtspersoonlijkheid zijn een zelfstandige drager van rechten en plichten. De deelnemers van deze entiteiten zijn slechts aansprakelijk voor het bedrag dat door ze is ingebracht. Bij de personenvennootschappen onderscheiden zich onder andere de maatschap, de v.o.f. en de CV. De personenvennootschappen bezitten geen rechtspersoonlijkheid. Een CV wordt aangegaan tussen ten minste twee personen waarbij onderscheid gemaakt moet worden tussen de beherende venoot

¹²⁷ Besluit 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M.

¹²⁸ HR 9 december 1992, nr. 27408, BNB 1993/94.

¹²⁹ Besluit 15 december 2015, nr. BLKB 2015/1209M, p.

¹³⁰ Beudeker, *WFR* 2015/1149.

¹³¹ Stevens & Tuk, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 62.

en de commanditaire vennoot. De beherende vennoot is hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de onderneming. De commanditaire vennoot neemt enkel deel bij wijze van geldschieting en is slechts aansprakelijk tot zijn ingelegde vermogen. De commanditaire vennoot mag geen beheersdaden verrichten en niet in naam van de CV handelen.

Voor de bepaling van de belastingplichtige is het relevant of een entiteit fiscaal transparant of fiscaal niet-transparant is. Fiscaal transparante entiteiten zijn niet zelfstandig belastingplichtig maar de achterliggende deelnemers worden geacht het inkomen te verkrijgen. Bij fiscaal niet-transparante entiteiten wordt het resultaat geheel aan die entiteit toegerekend. Deze entiteit is dus zelfstandig belastingplichtig.

Kapitaalvennootschappen zijn fiscaal niet-transparant. De maatschap en de v.o.f. zijn fiscaal transparant. Bij de CV wordt fiscaalrechtelijk een onderscheid gemaakt tussen de besloten en open CV. Indien één of meer vennoten geen toestemming moeten geven bij wijziging van de verhouding tussen de vennoten of bij toetreding en uittreding van een derde, is er sprake van een open CV. Het vragen van de benodigde toestemming aan alle vennoten wordt het toestemmingsvereiste genoemd. Het toestemmingsvereiste is uniek in de wereld en alleen Nederland hanteert dit. De open CV kwalificeert deels als fiscaal niet-transparant en de besloten CV als fiscaal transparant.

In de literatuur is discussie ontstaan over de houdbaarheid van de open CV. Zo wordt er gesteld dat houdsteractiviteiten niet onder het civielrechtelijke begrip bedrijf vallen. Dit is niet de juiste opvatting omdat het huidige civielrechtelijke begrip breed is en wel dergelijk eronder valt. Ook is bij een scheve winstverdeling ook niet direct sprake is van een leeuwenvennootschap. Artikel 7A:1672 BW zegt namelijk niks over de zakelijkheid van de winstverdeling en het doel van de vennootschap. Daarnaast leidt overtreden van het beheersverbod niet tot herkwalificatie naar fiscale transparantie. De verhouding tussen de vennoten en de vennootschappelijke kwalificatie veranderen niet. Tot slot is het toestemmingsvereiste een uniek criterium dat alleen Nederland kent. Toepassing van leidt daarom tot internationale knelpunten. Op deze knelpunten wordt in het volgende hoofdstuk ingegaan.

Hoofdstuk 3 Personenvennootschappen en hybride mismatches

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is uitgewerkt hoe entiteiten civiel- en fiscaalrechtelijk gekwalificeerd worden. In internationaal verband worden met name personenvennootschappen door landen verschillend gekwalificeerd.¹³² Dit wordt veroorzaakt doordat landen er verschillende kwalificatiemethodes op na houden. Landen bezitten autonomie op het gebied van fiscaliteit en zijn dus vrij om te bepalen welke methode ze hanteren bij de kwalificatie van buitenlandse entiteiten. Dit kan tot gevolg hebben dat één land de personenvennootschap als fiscaal transparant kwalificeert en een ander land als fiscaal niet-transparant. De vraag die nu opkomt is hoe Nederland buitenlandse entiteiten kwalificeert en op deze manier van kwalificeren hybride mismatches tot gevolg kan hebben. Daarom is de volgende onderzoeksvraag opgesteld: *“Hoe werkt het Nederlandse kwalificatiebeleid en werkt dit hybride mismatches in de hand?”* In paragraaf 3.2 wordt ingegaan op hoe landen entiteiten kunnen kwalificeren en op welke manier Nederland dit doet. Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 ingegaan op de knelpunten die voorkomen bij de manier waarop Nederland personenvennootschappen kwalificeert. In paragraaf 3.4 wordt dan toegelicht wat hybride mismatches zijn en hoe deze kunnen ontstaan. Tot slot wordt in paragraaf 3.5 afgesloten met een conclusie en samenvatting.

3.2 Kwalificatie van entiteiten

3.2.1 De rechtsvergelijkingsmethode

Entiteiten kunnen als fiscaal transparant of als fiscaal niet-transparant gekwalificeerd worden. Elk land is vrij in de keuze of een entiteit als fiscaal transparant of als fiscaal niet-transparant kwalificeert.¹³³ In de literatuur zijn vier verschillende kwalificatiemethodes te onderscheiden om entiteiten te kwalificeren. Afhankelijk van welke methode gebruikt wordt zal een entiteit als fiscaal transparant of fiscaal niet-transparant gekwalificeerd worden. Doordat landen autonoom entiteiten kwalificeren ontstaan mismatches met dubbele heffing of dubbele niet-heffing tot gevolg.¹³⁴ In de literatuur zijn vier verschillende kwalificatiemethodes te onderscheiden, dat zijn de rechtsvergelijkingsmethode, de optionele benadering, de vaste benadering en de symmetrische benadering.

Bij de rechtsvergelijkingsmethode worden de juridische eigenschappen van een buitenlandse rechtsvorm vergeleken met die van de binnenlandse rechtsvormen.¹³⁵ Deze methode wordt daarom

¹³² Stevens, *TFO* 2015/140.2.

¹³³ Zie De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1, Duitsland hanteert bijvoorbeeld de vergelijkbaarheidsmethode, de Verenigde Staten de optionele benadering en Italië de gefixeerde benadering;

¹³⁴ De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1.

¹³⁵ De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1.

ook wel de ‘corporate resemblance based approach’ genoemd. Voor fiscale doeleinden wordt dan een buitenlandse entiteit hetzelfde behandeld als de binnenlandse rechtsvorm waarmee die het meest vergelijkbaar is.

De toetsing aan de hand van de vergelijkbaarheidsmethode is dus afhankelijk van de juridische eigenschappen van binnenlandse entiteiten. Dit heeft als voordeel dat een entiteit op dezelfde wijze getoetst kan worden na wijziging in de wetgeving van het bronland, namelijk aan de hand van het recht van het vestigingsland.¹³⁶ Echter kan het ook een nadeel zijn om de juridische eigenschappen van buitenlandse entiteiten te vergelijken met de eigenschappen van binnenlandse entiteiten. Indien twee landen beide deze methode toepassen kan dezelfde entiteit in de staten verschillend kwalificeren doordat met verschillende eigenschappen vergeleken worden. In context met Nederland kan dan bijvoorbeeld gedacht worden aan het toesteminsvereiste die het verschil bepaalt tussen de open en besloten CV.¹³⁷ Daarnaast is het ook lastig om een buitenlandse entiteit te kwalificeren indien geen vergelijkbare binnenlandse entiteit bestaat.¹³⁸ In dat geval wordt de kwalificatie gevolgd van de binnenlandse entiteit die het meest overeenkomt of dient een alternatieve kwalificatiemethode toegepast te worden.

3.2.2. De optionele benadering

Bij de optionele benadering kan de entiteit in dat land zelf kiezen tussen fiscale transparantie of niet-transparantie.¹³⁹ Dit systeem wordt ook wel aangeduid als het ‘check-the-box-systeem’ en wordt slechts door enkele landen toegepast, zoals de Verenigde Staten.¹⁴⁰ Bij het Amerikaanse systeem heeft de belastingplichtige de optie om te kwalificeren als ‘corporation’, ‘partnership’ of ‘disregarded entity’. De ‘corporation’ wordt dan aangemerkt als fiscaal niet-transparant en de ‘partnership’ en ‘disregarded entity’ als fiscaal transparant. Echter heeft de belastingplichtige geen complete vrijheid om te kiezen tussen fiscale transparantie en niet-transparantie, want er zijn enkele beperkingen. De Nederlandse NV wordt bijvoorbeeld verplicht aangemerkt als fiscaal niet-transparant.¹⁴¹

Het voordeel bij de optionele benadering is dat de belastingplichtige een zekere mate van keuzevrijheid heeft.¹⁴² Daarnaast geeft deze methode ook zekerheid en is het vanuit administratief oogpunt eenvoudig. Echter werkt de keuzevrijheid dubbele heffing en dubbele niet-heffing in de

¹³⁶ Bolhaar, *NTFR* 2013/1888A.

¹³⁷ De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1.

¹³⁸ Stevens, *NTFR-B* 2011/45.

¹³⁹ De Graaf, Rijff & Stevens, *TFO* 2020/172.1.

¹⁴⁰ Bolhaar, *NTFR* 2013/1888A.

¹⁴¹ Fetter & Admiraal, *FF* 2006/167.

¹⁴² Bolhaar, *NTFR* 2013/1888A.

hand. Doordat belastingplichtigen kunnen inhaken op mismatches kunnen ze voor een situatie met dubbele niet-heffing of dubbele aftrek kiezen.

3.2.3. De vaste benadering

Bij de vaste methode worden alle buitenlandse entiteiten op eenzelfde manier gekwalificeerd. Dus alle buitenlandse entiteiten kwalificeren als fiscaal transparant of als fiscaal niet-transparant.¹⁴³ Deze methode wordt door bijvoorbeeld Italië en Zwitserland toegepast. Alle buitenlandse samenwerkingsverbanden worden in Italië als fiscaal niet-transparant aangemerkt, ongeacht wat de fiscale kwalificatie is van die entiteit in het andere land.¹⁴⁴ Deze methode heeft als voordeel dat het eenvoudig is en zorgt voor rechtszekerheid, echter staat daar wel tegenover dat deze methode niet rechtsvormneutraal is. Ook voorkomt deze methode niet in alle gevallen hybride mismatches. In het geval van Italië ontstaat bijvoorbeeld een mismatch als het andere land de entiteit als fiscaal transparant beschouwd.¹⁴⁵

3.2.4. De symmetrische benadering

De methodes die al besproken zijn hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat het voor de kwalificatie niet uitmaakt hoe het andere land de entiteit kwalificeert.¹⁴⁶ De symmetrische benadering heeft dit kenmerk als enige niet. Bij deze methode neemt de bronstaat de fiscale kwalificatie over van het andere land. De plaats van oprichting of de plaats waar de werkelijke leiding is gevestigd, is hierbij relevant. Afhankelijk van het rechtssysteem dat van toepassing is wordt bij de kwalificatie van de plaats van oprichting of bij de plaats van vestiging aangesloten.

Het voordeel van het toepassen van deze methode is dat kwalificatiemismatches grotendeels worden weggelaten. Echter komt hier een ander probleem naar voren. Binnenlandse entiteiten die juridisch vergelijkbaar zijn met de buitenlandse entiteit worden dan anders gekwalificeerd. Dit kan grondwettelijke en Europeesrechtelijke vragen oproepen. Daarnaast is deze methode pas effectief in het voorkomen van mismatches als alle landen deze methode toepassen. Echter passen nog maar weinig landen deze methode toe omdat ze veel waarde hechten aan hun autonomie en dus ook op de autonome toepassing van hun fiscale kwalificatiemethode zonder rekening te houden met de gehanteerde methode in het buitenland.¹⁴⁷

¹⁴³ Bolhaar, *NTFR* 2013/1888A.

¹⁴⁴ Stevens, *MBB* 2010/4.

¹⁴⁵ Bolhaar, *NTFR* 2013/1888A.

¹⁴⁶ Stevens, *MBB* 2010/4.

¹⁴⁷ Bolhaar, *NTFR* 2013/1888A.

3.2.5. Het Nederlandse kwalificatiebeleid

Nederland kent geen wettelijke bepaling die regelt hoe buitenlandse entiteiten gekwalificeerd moeten worden. Hoe dit moet gebeuren is in de jurisprudentie ontwikkeld.¹⁴⁸ Uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid dat aan de hand van de civielrechtelijke kenmerken buitenlandse entiteiten moeten worden vergeleken met binnenlandse entiteiten, dit komt dus overeen met de eerder besproken rechtsvergelijkingsmethode. De staatssecretaris van Financiën heeft aan de hand van deze jurisprudentie een beleidsbesluit opgesteld. In dit kwalificatiebesluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M wordt aan de hand van vier toetsingsvragen bepaald hoe moet worden omgaan met de kwalificatie van buitenlandse entiteiten.¹⁴⁹ Het kwalificatiebesluit is van toepassing op buitenlandse samenwerkingsverbanden en buitenlandse rechtsvormen die een onderneming drijven of vermogen beleggen om daarmee een voordeel te behalen. Met het begrip samenwerkingsverbanden worden naar buitenlands recht opgerichte of aangegane samenwerkingsverbanden bedoeld die vergelijkbaar zijn met de lichamen in artikel 2 lid 1 onderdeel b AWR, met uitzondering van buitenlandse rechtsvormen die overeenkomen met een vereniging, stichting, fonds voor gemene rekening, trust of overige doelvermogens. Samenwerkingsverbanden met één aandeelhouder of deelnemer vallen ook onder de reikwijdte maar samenwerkingsverbanden die overeenkomen met een financieringsovereenkomst of overeenkomsten van een geldlening niet. Het kwalificatiebesluit is slechts van toepassing op de Wet IB 2001, de Wet VpB 1969 en de Wet DB 1965. Het toetsingskader uit het besluit bestaat uit de volgende vier vragen:¹⁵⁰

- Kan het samenwerkingsverband de juridische eigendom hebben van de vermogensbestanddelen waarmee het de activiteiten uitoefent?
- Zijn alle participanten beperkt aansprakelijk voor de schulden en de andere verplichtingen van het samenwerkingsverband?
- 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?
- Kan er, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten plaatsvinden zonder dat toestemming nodig is van alle participanten?

¹⁴⁸ In Stevens & Tuk, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 66-69, wordt een overzicht gegeven van deze jurisprudentie.

¹⁴⁹ Meest actuele besluit is Besluit 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, Stcrt. 2009, 19749. Dit is een actualisering van het besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730.

¹⁵⁰ Besluit 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, Stcrt. 2009, 19749, p. 2.

Volgens dit besluit moet aan de hand van de in het andere land geldende civielrechtelijke wetgeving, statuten en eventuele (andere) overeenkomsten die gesloten zijn bij oprichting van de entiteit gebruikt worden bij de beoordeling van deze vragen.¹⁵¹ Indien minimaal drie vragen positief zijn beantwoord, is er in beginsel sprake van een niet transparante entiteit (dit is bijna altijd een kapitaalvennootschap). Als maar één of twee van de vragen bevestigend worden beantwoord dan is er sprake van een transparante entiteit (in beginsel is dan volgens het kwalificatiebesluit sprake van een personenvennootschap). Hierop is nog wel de uitzondering dat geen sprake is van een transparante entiteit maar van een niet transparante entiteit indien een situatie zich voordoet als in het arrest van de Hoge Raad van 2 juni 2006, nr. 40.919. Uit dit arrest volgt dat de entiteit niet transparant is indien vaststaat dat de aansprakelijkheid van de participanten beperkt is tot hun inleg of de volstortingsplicht, de onderneming eigendom is van het samenwerkingsverband en niet voor de rekening en risico van de participanten wordt gedreven.¹⁵² Indien deze uitzondering niet van toepassing is, is in beginsel sprake van een transparante entiteit (in beginsel een personenvennootschap). Vervolgens dient nog wel te worden beoordeeld of de transparante entiteit overeenkomt met de Nederlandse CV.¹⁵³ Indien de onderstaande zes vragen bevestigend beantwoord worden dan is de buitenlandse transparante entiteit vergelijkbaar met een Nederlandse CV. De vragen luiden als volgt:

- Het samenwerkingsverband drijft een onderneming.
- Het samenwerkingsverband bestaat uit ten minste één beherende vennoot en één commanditaire vennoot.
- De beherende vennoot is onbeperkt of voor gelijke delen aansprakelijk tegenover derden.
- De commanditaire vennoot is slechts aansprakelijk voor het door hem ingelegde vermogen.
- De commanditaire vennoot verricht geen externe daden van beheer en bestuur.
- De vennootschap heeft geen in aandelen verdeeld kapitaal.

Als uit deze vragen volgt dat sprake is van een Nederlandse CV moet vervolgens aan de hand van artikel 2 lid 3 onderdeel C AWR beoordeeld worden of het samenwerkingsverband als een open of besloten CV kwalificeert. Indien dit niet het geval is en het ingelegde kapitaal functioneert maatschappelijk gezien als een in aandelen verdeeld kapitaal en de participaties zijn vrij overdraagbaar, dan kwalificeert de entiteit toch als een niet-transparant lichaam. Indien deze vervolgvragen ontkennend worden beantwoord, is er sprake van een transparante entiteit.

¹⁵¹ In Nederland is het gebruikelijk om statuten van het samenwerkingsverband te hebben. In het buitenland is het ook mogelijk dat andere overeenkomsten van toepassing zijn op het samenwerkingsverband. Deze overeenkomsten dienen dan ook bij het toetsingskader in aanmerking genomen te worden.

¹⁵² HR 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AX2034, m.nt. D. Juch.

¹⁵³ Besluit 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, Stcrt. 2009, 19749, p. 3.

Samenvattend bestaat de toetsing in het besluit dus uit drie stappen. Bij de eerste stap moet beoordeeld worden of sprake is van een kapitaalvennootschap. Ten tweede dient beoordeeld te worden of het samenwerkingsverband overeenkomt met een CV-achtige. Tot slot moet getoetst worden of het samenwerkingsverband als kapitaalvennootschap deelneemt aan het maatschappelijke verkeer. De belastingdienst heeft een lijst op haar website opgenomen waarin buitenlandse samenwerkingsverbanden zijn getoetst aan de vragen uit het kwalificatiebesluit.¹⁵⁴ Deze lijst is slechts indicatief van aard en kan dus geen waarde aan worden toegekend. In de praktijk is het namelijk afhankelijk van de inrichting van de statuten en de daar geldende wetgeving erg afhankelijk van de situatie of een vraag bevestigend beantwoord moet worden.

In internationale context leidt dit classificatiebesluit tot problemen op het gebied van hybride mismatches. Om dit te begrijpen wordt eerst het kwalificatiebeleid in meer detail behandeld en vervolgens worden hybride mismatches toegelicht.

3.3 Het kwalificatiebeleid nader beschouwd

In de internationale sfeer zijn bij het gebruik van personenvennootschappen drie situaties te onderscheiden, namelijk buitenlandse personenvennootschappen met de feitelijke leiding in Nederland, ten tweede een in het buitenland gevestigde personenvennootschap met inkomsten in Nederland en als derde de situatie met een in het buitenland gevestigde personenvennootschap met vennoten die in Nederland zijn gevestigd.¹⁵⁵ In de eerste situatie gaat het om de binnenlandse belastingplicht en bij de andere twee situaties speelt de buitenlandse belastingplicht een rol.

In de situatie van buitenlandse belastingplicht kan onderscheid gemaakt worden tussen de situatie dat buitenlandse vennoten participeren in een Nederlandse personenvennootschap en de situatie dat een buitenlandse personenvennootschap inkomsten in Nederland geniet. Bij deelname in een Nederlandse personenvennootschap is met name de vraag wat de positie is van buitenlandse commanditaire vennoot in een Nederlandse besloten CV. In de literatuur zijn twee knelpunten van de buitenlandse belastingplicht en personenvennootschappen te constateren. In de eerste plaats is er een discrepantie tussen de bepaling van de binnenlandse belastingplicht en die van de buitenlandse belastingplicht. In artikel 2 Wet VpB 1969 worden de lichamen opgesomd die voor de Nederlandse wet binnenlands belastingplichtig zijn en in artikel 3 Wet VpB 1969 worden de buitenlandse belastingplichtigen genoemd. In artikel 3 lid 1 onderdeel a Wet VpB 1969 worden alle niet in Nederland gevestigde rechtspersonen benoemd.¹⁵⁶ Deze bewoording heeft tot gevolg dat ook

¹⁵⁴ Zie:

belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/themaoverstijgend/brochures_en_publicaties/lijs...
kwalificeerde_buitenlandse_samenwerkingsverbanden, geraadpleegd op 30 januari 2023.

¹⁵⁵ Stevens, *TFO* 2008/95.

¹⁵⁶ Stevens, *TFO* 2008/95.

niet in Nederland gevestigde personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid en een bron van inkomen in Nederland, als buitenlands belastingplichtigen moeten worden aangemerkt. Uit zowel jurisprudentie en het classificatiebesluit volgt echter dat het hebben van rechtspersoonlijkheid niet zonder meer tot gevolg heeft dat de personenvennootschap buitenlands belastingplichtig is.¹⁵⁷

Daarnaast wordt alleen de open CV genoemd in artikel 3 Wet VpB 1969 en komen de andere personenvennootschappen hier niet in voor.

In de tweede plaats bestaat na de invoering van artikel 17a Wet VpB 1969 onduidelijkheid over de verhouding tussen de tekst in dat artikel en de hoofdregel in artikel 17 lid 3 onderdeel a Wet VpB 1969.¹⁵⁸ Artikel 17 lid 3 onderdeel a Wet VpB 1969 betreft het Nederlandse inkomen dat is behaald met een vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiger door een buitenlands belastingplichtige in de heffing. Artikel 17a onderdeel b Wet VpB 1969 bevat een fictie die de medegerechtigdheid tot het vermogen van een onderneming waarvan de leiding in Nederland is gevestigd als Nederlandse onderneming kwalificeert. In artikel 17a Wet VpB 1969 wordt dus gesproken van het begrip medegerechtigdheid terwijl in artikel 17 lid 3 Wet VpB 1969 het heeft over een 'in Nederland gedreven onderneming'. De vraag kwam op of 17a Wet VpB 1969 een *lex specialis* is en dus toegepast moet worden in plaats van artikel 17 Wet VpB 1969. Met name speelde dit in de situatie dat een buitenlands lichaam als commanditaire vennoot deelneemt in een Nederlandse besloten CV. Bij het bestaan van een *lex specialis* zou namelijk geen buitenlandse belastingplicht bestaan voor de inkomsten die door een buitenlandse commanditaire vennoot worden verkregen in de Nederlandse besloten CV. Buitenlandse lichamen en buitenlandse natuurlijke personen die als commanditaire vennoot deelnemen in een Nederlandse CV worden dan verschillend behandeld.¹⁵⁹

Bij de situatie dat een buitenlandse personenvennootschap Nederlands inkomen geniet is met name de vraag hoe die personenvennootschap gekwalificeerd moet worden. Is de personenvennootschap fiscaal transparant of is het een zelfstandig lichaam met fiscale niet-transparantie? Aan de hand van het eerder besproken Nederlandse kwalificatiebesluit moet aan de hand van vier vragen beoordeeld worden of de buitenlandse rechtsvorm een transparante of niet-transparante entiteit is. Over het kwalificatiebeleid zijn enkele punten onduidelijk die behandeld zullen worden. Onder de reikwijdte van het kwalificatiebesluit vallen buitenlandse samenwerkingsverbanden die vergelijkbaar zijn met de lichamen genoemd in artikel 2 lid 1 onderdeel b AWR met uitzondering van rechtsvormen die vergelijkbaar zijn met een vereniging, stichting, fonds voor gemene rekening, trust en overige

¹⁵⁷ Hof Amsterdam 4 januari 1995, 93/1466, Infobulletin 1995/315.

¹⁵⁸ Stevens, *TFO* 2015/140.2.

¹⁵⁹ Stevens & Tuk, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 156.

doelvermogens. Als deze opsomming vervolgens vergeleken wordt met de uitzonderingen blijven de publiekrechtelijke lichamen, NV, BV, maat- en overige vennootschappen over. Door Stevens wordt opgemerkt dat het kwalificatiebesluit niet geschreven is voor publiekrechtelijke lichamen waardoor enkel de NV, BV, maat- en overige vennootschappen onder de reikwijdte van dit besluit vallen.¹⁶⁰ Het gaat dan in feite om de kwalificatie van de samenwerkingsverbanden die genoemd worden in artikel 2 lid 1 onderdeel a Wet VpB 1969. Stevens had het logischer gevonden als het kwalificatiebesluit beperkt is tot deze reikwijdte, dit expliciet in het besluit vermeld had moeten worden. Volgens Beudeker is het ook onduidelijk welke mate van vergelijkbaarheid gehanteerd moet worden bij de buitenlandse rechtsvormen die vergelijkbaar zijn met verenigingen, stichting, fonds voor gemene rekening, trust en overige doelvermogens.¹⁶¹ Deze lichamen vallen buiten het bereik van de kwalificatiebesluit dus is het toetsingskader niet van toepassing maar onduidelijk is welke mate van vergelijkbaarheid vereist is en hoe deze vergelijkbaarheid getoetst moet worden. Ook dit zou volgens Beudeker moeten worden toegelicht in het kwalificatiebesluit.

Volgens het kwalificatiebesluit is er sprake van een kapitaalvennootschap indien drie van de vier vragen bevestigend worden beantwoord of de aansprakelijkheid beperkt is tot de inleg, de onderneming eigendom is van het samenwerkingsverband en niet voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven. Rond het criterium 'voor rekening en risico' van de participanten is nog onduidelijkheid. Dit criterium volgt uit het zogeheten Delaware LLC-arrest en is toegevoegd door het Hof Amsterdam.¹⁶² In het arrest is echter geen duidelijke invulling van het begrip 'voor rekening en risico' gegeven. Deze onduidelijkheid speelt met name in de situatie dat een samenwerkingsverband rechtspersoonlijkheid heeft maar de participanten zijn wel aansprakelijk voor de schulden van het samenwerkingsverband. In het zogeheten Ohio LLC-arrest kwam deze vraag juist aan de orde.¹⁶³ In dit arrest was het de vraag of de participanten in een Amerikaanse LLC uit Ohio beperkt of onbeperkt aansprakelijk waren voor de schulden van de LLC doordat in de overeenkomst van de LLC een bepaling was opgenomen waarin vermeld stond dat de participanten aansprakelijk waren voor alle schulden tegenover derden van de LLC als voorwaarde voor hun lidmaatschap. Als de participanten onbeperkt aansprakelijk waren zou de LLC als transparant worden aangemerkt. Het Hof Arnhem concludeert dat door het geldende vennootschapsrecht in de Amerikaanse staat Ohio de participanten niet verder aansprakelijk zijn dan voor het bedrag dat ze hadden ingelegd en dat de wetgeving niet de mogelijkheid biedt om van deze aansprakelijkheid af te wijken. De aansprakelijkheid die uit de overeenkomst volgt, kwam voort uit de wens van de

¹⁶⁰ Stevens, *NFR-B* 2010/12.

¹⁶¹ Beudeker, *MBB* 2010/4.

¹⁶² HR 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AX2034, m.nt. D.Juch, BNB 2006/288.

¹⁶³ HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2292.

participanten om aansprakelijk te zijn voor de schulden van de LLC en niet uit het lidmaatschap van de LLC als zodanig. De Hoge Raad onderschrijft deze benadering van het Hof en bevestigt daarmee dat de aansprakelijkheid van de participanten voor de schulden van een samenwerkingsverband relevant is voor de kwalificatie van een entiteit en dat het vennootschapsrecht dat van toepassing is, doorslaggevend is bij de beoordeling van deze aansprakelijkheid. Hoever deze aansprakelijkheid moet gaan is echter nog onduidelijk.

Een ander knelpunt van het kwalificatiebesluit is dat het enkel bepaalt of een entiteit fiscaal transparant of fiscaal niet-transparant is. Wat de toepassing is van bepaalde fiscale regelingen zoals de objectvrijstelling, aanmerkelijkbelang-regeling of de deelnemingsvrijstelling is weer een apart vraagstuk met eigen problemen.¹⁶⁴ Zo is het voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling onduidelijk in hoeverre de winst van de beherende vennoot invloed heeft op de toetsing van het 5%-criterium.¹⁶⁵ Een commanditaire vennoot die deelneemt in een vennootschappelijke gemeenschap en daar een belang heeft van ten minste 5% heeft recht op toepassing van de deelnemingsvrijstelling.¹⁶⁶ Door onder andere Fibbe en de Commissie personenvennootschappen wordt afgevraagd of het gaat om de feitelijk gemaakte winst, de overeengekomen winstverdeling tussen de vennoten of de uitgekeerde winst.¹⁶⁷ De auteurs vinden dat het bezien vanuit de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling om dubbele belastingheffing te voorkomen, logisch om de winst te nemen op het niveau van de commanditaire vennoten. Dit was ook het beleid tot aan de wetwijziging in 2006 maar de letterlijke tekst spreekt van het voordeel dat door de vennootschap is behaald. Met deze bewoording lijkt de winstverdeling die is opgenomen in de overeenkomst een logischer beginpunt. Ook staan op de lijst van gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden enkele entiteiten die als fiscaal niet-transparant worden gekwalificeerd (dus overeenkomstig een kapitaalvennootschap) terwijl deze entiteiten geen in aandelen verdeeld kapitaal hebben.¹⁶⁸ Volgens de letterlijke tekst van artikel 13 lid 2 onderdeel d Wet VpB 1969 kan in dat geval de deelnemingsvrijstelling niet worden toegepast. In de conclusie van de Advocaat-Generaal Wattel bij het Delaware LLC-arrest zijn echter standpunten benoemd waaruit blijkt dat het ontbreken van een in aandelen verdeeld kapitaal niet de toepassing van de deelnemingsvrijstelling

¹⁶⁴ Stevens, *TFO* 2015/140.2.

¹⁶⁵ Fibbe, *MBB* 2013/211.

¹⁶⁶ Artikel 13 lid 2 onderdeel d wet VpB 1969.

¹⁶⁷ Stevens & Tuk, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 72.; Fibbe, *MBB* 2013/211.

¹⁶⁸ In Stevens, *TFO* 2015/140.2, wordt het voorbeeld van de Kazacstaanse TOO gegeven. Deze entiteit is kwalificeert als fiscaal niet-transparant maar kent

uitsluit.¹⁶⁹ Een ander opmerkelijk punt aan de lijst met gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden is de inconsistentie van het toetsingskader. Zo staat beschreven dat indien drie vragen bevestigend worden beantwoord er sprake is van een niet transparante kapitaalvennootschap. De Duitse Kommandit Gesellschaft auf Aktien wordt bijvoorbeeld als fiscaal niet-transparant gekwalificeerd terwijl slechts twee vragen bevestigend zijn beantwoord. Ook bij de classificatie van 'CV-achtigen' in deze lijst roepen vragen op. Zo is de IJslandse SLF een 'CV-achtige' en de vraag of het een in aandelen verdeeld kapitaal heeft is bevestigend beantwoord terwijl in het kwalificatiebesluit is opgenomen dat een Nederlandse CV gekenmerkt wordt dat de entiteit geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft. Deze onduidelijkheden en inconsistente manier van toetsen leidt mijns inziens tot rechtsonzekerheid en is niet wenselijk.

Doordat Nederland de rechtsvergelijkingsmethode toepast wordt voor de vergelijking van buitenlandse personenvennootschappen ook het toestemmingsvereiste in de beoordeling meegenomen.¹⁷⁰ Het toestemmingsvereiste is een uniek criterium dat door Nederland wordt toegepast. Dus bij buitenlandse rechtsvormen die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse CV is dit criterium beslissend of sprake is van een besloten CV met fiscale transparantie of een open CV met fiscale niet-transparantie.¹⁷¹ Dit criterium wordt niet alleen door geen enkel ander land toegepast, ook is het relatief eenvoudig te manipuleren.¹⁷² Doordat landen verschillende kwalificatiemethodes hanteren worden entiteiten anders gekwalificeerd. Landen beroepen zich dan ook vaak op hun fiscale autonomie waardoor er geen rekening wordt gehouden met de fiscale kwalificatie van andere landen en ontstaan hybride mismatches. De knelpunten die bij hybride mismatches ontstaan zijn bijvoorbeeld aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek. Deze knelpunten doen zich voornamelijk voor bij personenvennootschappen omdat deze vaak anders worden gekwalificeerd. Bovengenoemde omstandigheden zorgen ervoor dat in internationale situaties hybride mismatches ontstaan, omdat Nederland het buitenlandse samenwerkingsverband als fiscaal niet-transparant beschouwt terwijl het samenwerkingsverband in de andere staat als fiscaal transparant wordt gekwalificeerd.

¹⁶⁹ Conclusie A-G Wattel, ECLI:NL:PHR:2006:AX2034, bij HR 2 juni 2006, BNB 2006/288, m.nt. D. Juch, r.o. 5.1 t/m 5.10.

¹⁷⁰ Zie vraag vier uit Besluit 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, Stcrt. 2009, 19749, p. 2.

¹⁷¹ Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, beantwoording van vragen uit het integrale afwegingskader voor beleid en regelgeving, p. 10.

¹⁷² Stevens & Tuk, *TFO* 2020/168.2.

3.4 Wat zijn hybride mismatches

Bij hybride mismatches wordt gebruik gemaakt van verschillen tussen belastingstelsels om een belastingvoordeel te behalen.¹⁷³ Deze verschillen zijn aanwezig in de fiscale behandeling van lichamen, instrumenten of vaste inrichtingen. Personenvennootschappen staan in dit onderzoek centraal en daarom blijft deze paragraaf beperkt tot de behandeling van hybride mismatches bij lichamen binnen de winstbelastingen. Op grond van artikel 12ac lid 1 sub g Wet VpB 1969 wordt een entiteit, die volgens de wet van die staat, fiscaal niet-transparant is en voor de wet van de andere staat fiscaal transparant is, een hybride lichaam genoemd. Door gebruik te maken van deze verschillen kunnen situaties ontstaan waarbij een vergoeding aftrekbaar is zonder dat die in de heffing worden betrokken of dat een vergoeding twee keer aftrekbaar is.¹⁷⁴

Conform artikel 12ac lid 1 sub a Wet VpB 1969 ontstaat aftrek zonder betrekking in de heffing in de situatie dat een betaling of veronderstelde betaling direct of indirect in aftrek kan worden gebracht op de grondslag van een naar winst geheven belasting in die staat en de corresponderende vergoeding niet in een naar winst geheven belasting wordt betrokken in de andere staat.¹⁷⁵ Voordat sprake kan zijn van aftrek zonder betrekking in de heffing moet er eerst sprake zijn van aftrek. Dit is het geval wanneer een betaling of vergoeding in aftrek kan worden gebracht op de grondslag van een naar winst geheven belasting, ongeacht het feit of dit daadwerkelijk tegen enige baten is afgezet.¹⁷⁶ Bij de toetsing of sprake is van aftrek dient in Nederland eenzelfde toets te worden toegepast als die geldt in artikel 13 lid 17 Wet Vpb 1969.¹⁷⁷ Artikel 13 lid 17 Wet VpB 1969 is ingevoerd na een wijziging van artikel 4 van de Moeder-dochterrichtlijn. De bepaling heeft als doel om situaties te voorkomen waar de vergoeding voor een geldverstrekking in de ene staat aftrekbaar is maar in de andere staat niet in de heffing wordt betrokken.¹⁷⁸ Als deze situatie zich voordoet wordt de toepassing van de deelnemingsvrijstelling geweigerd. Bij elke vergoeding of betaling uit hoofde van een deelneming moet worden afgevraagd of deze aftrekbaar is. Uit de toetsing van de aftrekbaarheid van een vergoeding of betaling volgt dat de vergoeding of betaling naar haar aard in aftrek gebracht moet kunnen worden. Het begrip aftrek uit artikel 13 lid 17 Wet VpB 1969 moet ruim worden uitgelegd volgens de Staatssecretaris. Als bijvoorbeeld rente niet volledig in aftrek komt door toepassing van artikel 15b Wet Vpb 1969 dan is deze rente naar haar aard nog wel aftrekbaar en is artikel 13 lid 17 Wet VpB 1969 van toepassing.¹⁷⁹ De ATAD II richtlijn hanteert een afwijkend begrip

¹⁷³ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 3.*

¹⁷⁴ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3(MvT), p. 4.*

¹⁷⁵ Artikel 12ac lid 1 sub a wet Vpb.

¹⁷⁶ Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet, *Hybride mismatches (FA nr. 30)/2.1.1.*

¹⁷⁷ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 58.*

¹⁷⁸ *Kamerstukken II 2015/16, 34306, nr. 3 (MvT), p. 1.*

¹⁷⁹ *Kamerstukken II 2015/16, 34306, nr. 6 (NnavV), p. 13.*

aftrek dan Nederland. Waar Nederland spreekt van naar haar aard in aftrek kan worden gebracht, hanteert ATAD II de definitie dat het moet gaan om het aftrekbare bedrag dat resulteert uit deze betaling.¹⁸⁰ Volgens de Staatssecretaris van Financiën is de ruime toepassing door Nederland noodzakelijk omdat anders de bepaling onuitvoerbaar zou zijn.¹⁸¹

Daarnaast moet de vergoeding in het andere land 'in de heffing worden betrokken'. Hiervan is sprake indien de betaling of vergoeding wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting.¹⁸² Het tarief waartegen de betaling of vergoeding in de heffing wordt betrokken is niet relevant. Als de betaling op grond van de kwalificatie onder een vrijstelling, lager belastingtarief of verrekening van bronbelasting valt, is er geen sprake van betrekking in de heffing. Deze invulling komt overeen met de definitie van 'betrokking in de heffing' van ATAD II. De wetgever heeft echter wel tijdens de parlementaire behandeling nadere invulling gegeven aan dit begrip. Zo zorgt een bronbelasting die wordt ingehouden op een vergoeding er niet voor dat de betaling betrokken is in een naar winst geheven belasting.¹⁸³ Daarnaast bestaat samenhang tussen de CFC-regelgeving en betrekking in de heffing. Kortgezegd is onder voorwaarden ook sprake van betrekking in de heffing indien heffing bij een andere belastingplichtige plaatsvindt op grond van CFC-regelgeving.¹⁸⁴ Ook als de ontvangen vergoeding in de belastinggrondslag wordt meegenomen en vervolgens wordt afgezet tegen verrekenbare verliezen, is er sprake van betrekking in de heffing.

Als dezelfde vergoeding of betaling meer dan één keer in aftrek komt van een naar de winst geheven belasting dan is sprake van dubbele aftrek.¹⁸⁵ Deze situatie kan zich voordoen indien twee staten een vergoeding beschouwen als te zijn gedaan door de belastingplichtige in hun staat.¹⁸⁶ Hieronder is een voorbeeld ter verduidelijking opgenomen.

¹⁸⁰ Versluis, *WFR* 2021/179.

¹⁸¹ Kamerstukken II 2017/18, 34306, nr. 6, p. 3 & 4.

¹⁸² Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet, *Hybride mismatches* (FA nr. 30)/2.1.2.1.

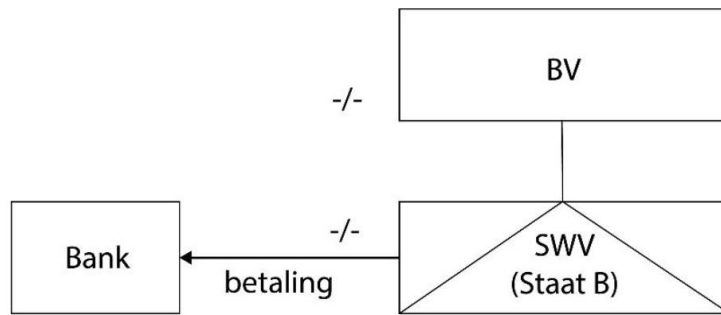
¹⁸³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 7 (NnavV), p. 12.

¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 59 & 60.

¹⁸⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT), p. 12.

¹⁸⁶ Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet, *Hybride mismatches* (FA nr. 30)/2.2.

Figuur 1



In figuur 1 is een voorbeeld te zien van een situatie met dubbele aftrek.¹⁸⁷ De BV is gevestigd in Nederland en het samenwerkingsverband (SWV) in staat B. De BV participeert in het samenwerkingsverband. Het samenwerkingsverband heeft een lening afgesloten bij een bank en is daarover rente verschuldigd. Staat B beschouwt het samenwerkingsverband als fiscaal niet transparant en dat het samenwerkingsverband ook in staat B is gevestigd. De rente is daarom aftrekbaar bij het samenwerkingsverband. Doordat Nederland het samenwerkingsverband als fiscaal transparant beschouwt wordt haar resultaat bij de BV in de heffing betrokken. De rentebetaling aan de bank is dan bij zowel staat B als in Nederland aftrekbaar.

Hybride mismatches kunnen ook tot gevolg hebben dat inkomen dubbel in aanmerking genomen wordt. Als deze situatie zich voordoet dan wordt artikel 12aa lid 1 Wet VpB 1969 buiten werking gezet en moet aftrek toch worden toegestaan.¹⁸⁸ Van 'dubbel in aanmerking genomen inkomen' is sprake als een inkomensbestanddeel in twee staten waartussen een hybride mismatch voordoet in de vorm van aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek in een naar winst geheven belasting wordt betrokken.¹⁸⁹ In eerste instantie is het belangrijk dat het inkomen in twee staten in de heffing wordt betrokken en hiervoor wordt aangesloten bij het begrip 'betrekking in de heffing'. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat per situatie beoordeeld moet worden of sprake is van dubbel in aanmerking genomen inkomen.¹⁹⁰ Het inkomen moet effectief in de heffing betrokken worden door beide staten voordat sprake kan zijn van dubbel in aanmerking genomen inkomen.¹⁹¹ Artikel 12aa lid 3 Wet VpB 1969 is van toepassing op het bedrag dat dubbel in aanmerking is genomen gelijk is aan het bedrag van de aftrek. Als bijvoorbeeld sprake is van dubbele aftrek van 100 en dubbel in aanmerking genomen inkomen van 65 dan is 35 nog steeds in aftrek beperkt.¹⁹²

¹⁸⁷ Voorbeeld ontleend uit Elink Schuurman, Bolwerk, & Cabollet, *Hybride mismatches (Fiscaal Actueel nr. 30)/7.1.1.*

¹⁸⁸ Artikel 12aa lid 3 wet Vpb.

¹⁸⁹ Artikel 12ac lid 1 sub d wet Vpb.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 7 (NnavV), p. 40.*

¹⁹¹ Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet, *Hybride mismatches (FA nr. 30)/2.3.2.2.*

¹⁹² Vakstudie Vennootschapsbelasting, art 12aa wet Vpb 1969, aant. 5.2.

De hierboven beschreven problematiek wordt als onwenselijk beschouwd. Niet alleen door Nederland maar ook in samenwerking met de OESO-landen zijn maatregelen genomen om de knelpunten als gevolg van hybride mismatches weg te nemen. Hoe deze maatregelen zijn vormgegeven en uitwerken wordt in het volgende hoofdstuk uitgewerkt.

3.5 Samenvatting & conclusie

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: *“Hoe werkt het Nederlandse kwalificatiebeleid en werkt dit hybride mismatches in de hand?”*. In de praktijk zijn vier verschillende kwalificatiemethodes te onderscheiden namelijk de rechtsvergelijkingsmethode, de optionele benadering, de vaste benadering en de symmetrische benadering.

Door Nederland wordt de rechtsvergelijkingsmethode toegepast. Bij deze methode worden de civielrechtelijke kenmerken vergeleken met vergelijkbare entiteiten uit de Nederlandse wetgeving. In het kwalificatiebesluit is een toetsingskader met een viertal vragen gegeven waarmee bepaald wordt of een buitenlandse entiteit als fiscaal transparant of als fiscaal niet-transparant kwalificeert. Indien drie of vier vragen bevestigend worden beantwoord of een situatie zoals in HR 2 juni 2006, nr. 40919 zich voordoet, is er sprake van een niet-transparante entiteit (vrijwel altijd een kapitaalvennootschap). In andere gevallen is er sprake van een transparante entiteit (in beginsel een personenvennootschap). Tot slot moet getoetst te worden of de transparante entiteit overeenkomt met een Nederlandse (open) CV of de transparante entiteit deelneemt aan het economische verkeer als kapitaalvennootschap.

Het Nederlandse kwalificatiebesluit kent enkele knelpunten. De entiteiten die onder het kwalificatiebesluit vallen komen overeen met de entiteiten uit artikel 2 lid 1 onderdeel a Wet VpB 1969. Dit is echter niet specifiek benoemd wat tot onduidelijkheid leidt. Daarnaast vallen buitenlandse entiteiten die vergelijkbaar zijn met een vereniging, stichting, fonds voor gemene rekening, trust en overige doelvermogens niet onder het kwalificatiebesluit. Wat de betekenis is van het begrip ‘vergelijkbaar’ is ook onduidelijk. Daarnaast komen de entiteiten die kunnen kwalificeren als buitenlandse belastingplichtigen niet overeen met de entiteiten die binnenlands belastingplichtig zijn. Ook bepaalt het kwalificatiebesluit slechts of een entiteit fiscaal transparant of fiscaal niet-transparant is. Hoe andere wettelijke regelingen uitwerken, zoals de deelnemingsvrijstelling of de objectvrijstelling, blijven onduidelijkheden bestaan. Daarnaast wordt bij het toetsingskader uit het kwalificatiebesluit ook het toestemmingsvereiste meegenomen in de beoordeling. Doordat dit een uniek criterium is in Nederland werkt dit samen met de bovengenoemde punten hybride mismatches in de hand. Een hybride mismatch is de situatie waarbij één land een entiteit kwalificeert als fiscaal transparant en het andere land de entiteit als fiscaal niet-transparant. Een hybride mismatch kan aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek tot gevolg hebben. Op internationaal niveau

zijn maatregelen genomen om hybride mismatches tegen te gaan. Hoe deze maatregelen uitwerken wordt in het volgende hoofdstuk behandeld.

Hoofdstuk 4: De aanpak van hybride mismatches

4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is uitgewerkt hoe entiteiten gekwalificeerd worden en dat de kwalificatie per land kan verschillen. Het verschillend kwalificeren van entiteiten kan leiden tot hybride mismatches met dubbele aftrek of aftrek zonder betrekking in de heffing als gevolg. Deze situaties worden als onwenselijk beschouwd omdat dit een negatieve impact heeft op concurrentie, efficiëntie en eerlijkheid van de belastinggrondslag. Om dit probleem aan te pakken zijn op internationaal niveau meerdere rapporten verschenen, waaronder het BEPS actierapport uit 2015. De Europese Unie heeft als reactie op het BEPS rapport de ATAD I en II richtlijnen opgesteld. In ATAD I is onder andere een bepaling opgenomen voor de bestrijding van hybride mismatches en deze bepaling is later uitgebreid met ATAD II. Nederland is verplicht deze richtlijn in de wetgeving te implementeren om hybride mismatches te bestrijden. De vraag die daarom in dit hoofdstuk wordt beantwoord luidt: *“Wat zijn de huidige maatregelen tegen de negatieve gevolgen van hybride mismatches en hoe werken deze uit?”* In paragraaf 4.2 wordt eerst de oorsprong en totstandkoming van de huidige maatregelen behandeld waarna deze in paragraaf 4.3 worden omschreven. In paragraaf 4.4 worden de maatregelen uit ATAD II die Nederland heeft geïmplementeerd geëvalueerd. Daarnaast wordt behandeld hoe het Europese recht omgaat met het verschil in kwalificatie tussen de Europese lidstaten. Tot slot wordt in paragraaf 4.5 afgesloten met een samenvatting en conclusie.

4.2 De maatregelen tegen hybride mismatches

Op verschillende niveaus is geprobeerd om naar een oplossing te zoeken voor de problematiek rond hybride mismatches. In het partnershiprapport uit 1999 zijn maatregelen getroffen met specifieke bepalingen om deze problematiek te verhelpen. Op dit rapport is artikel 1 lid 2 in het OESO Modelverdrag (hierna: OESO-MV) gebaseerd. Het OESO-MV is een modelverdrag dat landen als uitgangspunt kunnen nemen bij het opstellen van bilaterale verdragen. Het is echter niet verplicht om de bepaling uit het OESO-MV op te nemen. Met deze bepaling wordt de problematiek van verdragsgerechtigdheid en allocatieverschillen opgelost met de hoofdregel dat de bronstaat de allocatie van de woonstaat volgt bij de toewijzing van de verdragsvoordelen.¹⁹³ In het Multilateraal Verdrag ter implementatie van aan belastingverdragen gerelateerde maatregelen ter voorkoming van grondslaguitholling en winstverschuiving (hierna: MLI) is ook een soortgelijke maatregel

¹⁹³ Fibbe & Stevens, *‘Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen’*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 171.

geïntroduceerd met een gelijklopende tekst als artikel 1 lid 2 OESO-MV.¹⁹⁴ Het MLI heeft als doel om aanbevelingen die betrekking hebben op het tegengaan van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen en die voortvloeien uit de OESO BEPS projecten op een snelle en efficiënte manier door te laten werken in bestaande bilaterale belastingverdragen.¹⁹⁵ Door het MLI zijn geen nieuwe onderhandelingen nodig om elk individueel bilateraal verdrag te wijzigen. Indien beide verdragsstaten het MLI hebben ondertekend, het specifieke bilaterale verdrag onder de werkingssfeer van het MLI hebben gebracht en die specifieke bepaling uit het MLI hebben geaccepteerd dan is die bepaling ook van toepassing in het bilaterale belastingverdrag.¹⁹⁶ Doordat in het MLI deze bepaling is opgenomen kan de antimisbruikbepaling van het OESO-MV ook in bestaande belastingverdragen doorwerken. Nederland heeft in haar verdragsbeleid bepaald dat de meest recente versie van het OESO-MV als uitgangspunt wordt genomen bij het opstellen van toekomstige verdragen.¹⁹⁷ Ook heeft Nederland het MLI ondertekend en zijn die bepalingen vanaf 1 juli 2019 van toepassing voor Nederland. Op grond van artikel 1 OESO-MV worden alleen verdragsvoordelen toegekend aan inkomsten van transparante entiteiten als dat inkomen voor de belastingheffing wordt behandeld als het inkomen van een inwoner van één van de staten. Voor Nederland heeft dit artikel consequenties voor de personenvennootschappen.¹⁹⁸ Artikel 1 lid 2 OESO-MV werkt zo dat Nederland als bronstaat de allocatie van de vestigingsstaat van het samenwerkingsverband moet volgen bij de toepassing van de verdragsvoordelen, onder voorwaarde dat de vestigingsstaat het inkomen in de heffing betreft. Uit onderzoek van de Commissie Personenvennootschappen is gebleken dat dit artikel een gedeelte van de allocatieproblematiek met personenvennootschappen oplost.¹⁹⁹ Bij inbound situaties met hybride entiteiten lost dit artikel de meeste problemen met dubbele belasting of dubbele niet-heffing op. Onder inbound situaties wordt verstaan het vraagstuk van verdragsgerechtigdheid en allocatieverschillen vanuit het perspectief van de bronstaat. Vanuit het perspectief van de woonstaat, dus outbound situaties, worden de problemen nauwelijks aangepakt en blijft dubbele belasting bestaan. Daarnaast blijkt uit onderzoek dat bij bilaterale verdragen tussen Europese lidstaten niet altijd een bepaling is opgenomen die ziet op hybride mismatches en het wegnemen van de negatieve gevolgen.²⁰⁰ Indien een verdrag wel een

¹⁹⁴ Deze soortgelijke bepaling is vastgelegd in artikel 3 lid 1 MLI.

¹⁹⁵ Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, article 16 Mutual agreement procedure, aant. 1.4. (online, bijgewerkt 2 januari 2021).

¹⁹⁶ De Ruijter, *WFR* 2022/149.

¹⁹⁷ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020, V-N 2020/30.3, par. 3.1.

¹⁹⁸ Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 1 OESO-modelverdrag 1992, aant. 3.

¹⁹⁹ Fibbe & Stevens, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 181.

²⁰⁰ Fibbe 2009, p. 236 & 237.

dergelijke bepaling bevat kunnen veel verschillende manieren worden onderscheiden over hoe in de bilaterale verdragen wordt omgegaan met hybride entiteiten.²⁰¹

In het OESO BEPS Action Report uit 2015 zijn ook andere voorstellen gedaan om vormen van dubbele niet-heffing te voorkomen.²⁰² Deze aanbevelingen zijn vastgelegd in de tweede ATAD-richtlijn. ATAD II omvat maatregelen die verder gaan dan alleen de aanpak van hybride mismatches van hybride entiteiten.²⁰³ De maatregelen zien ook op mismatches zoals bijvoorbeeld met betrekking tot financiële instrumenten, betalingen en vaste inrichtingen. Voor dit onderzoek zijn alleen de maatregelen die van toepassing zijn op personenvennootschappen relevant, de overige maatregelen blijven onbesproken. ATAD-wetgeving neutraliseert de negatieve gevolgen van hybride entiteiten door middel van 'linking rules'.²⁰⁴ Linking rules zorgen ervoor dat de negatieve gevolgen van een mismatch, aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek, worden opgelost door de aftrek te weigeren in de ene staat of door de inclusie in de andere staat. Om dat te bewerkstelligen bevat de ATAD II richtlijn een primaire regel en een secundaire regel.²⁰⁵ De primaire regel neemt het negatieve gevolg van een mismatch weg door de aftrek te weigeren in de bronstaat. Mocht de bronstaat de aftrek niet weigeren dan moet de secundaire regel worden toegepast en wordt de betaling in de andere staat in de heffing betrokken. Nederland heeft het gedeelte van de ATAD II richtlijn dat ziet op hybride mismatches geïmplementeerd in artikel 2 lid 3 en artikel 12aa tot en met 12ag Wet VpB 1969.²⁰⁶ De Nederlandse implementatie wordt in de volgende paragraaf toegelicht.

4.3 De Nederlandse implementatie

Op grond van artikel 12aa lid 1 onderdeel a, b en c Wet VpB 1969 zijn de hybridemismatchmaatregelen pas van toepassing indien dit leidt tot een aftrek zonder betrekking in de heffing 'als gevolg van' een verschil in kwalificatie. Dit wordt ook wel de oorsprongeis genoemd. De hybride mismatch moet de 'oorsprong' zijn van het behaalde fiscale voordeel.²⁰⁷ Aan de oorsprongeis is niet voldaan indien het lichaam is vrijgesteld van winstbelasting en dus niet in de heffing wordt betrokken. Het voordeel ontstaat dan namelijk niet door een verschil in kwalificatie. Een vervolgvraag is hoe moet worden omgegaan met bijzondere fiscale regimes, bijvoorbeeld het 0% tarief in de Wet VpB 1969.²⁰⁸ De staatssecretaris heeft aangegeven dat bij dit soort regimes het

²⁰¹ Zie bijvoorbeeld artikel 2 en 4 onderdeel b van het protocol I van het verdrag tussen Nederland en België van 5 juni 2001. Een volledig overzicht wordt gegeven in Fibbe 2009, p. 237 & p. 238.

²⁰² VvBw, rapport van de Commissie Personenvennootschappen, p. 169.

²⁰³ ATAD 2, preambule 9.

²⁰⁴ De Graaf, Rijf & Stevens, *TFO* 2020 172.1.

²⁰⁵ Molleman & Deumens, *WFR* 2019/216.

²⁰⁶ Zie voor een overzicht van alle wetwijziging als gevolg van de implementatie van ATAD II *Kamerstukken I* 2019/20, 35241, A.

²⁰⁷ Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet, *Hybride mismatches – ATAD2 (FA nr. 30) 2020/2.4.*

²⁰⁸ Fiscale beleggingsinstellingen zijn in de wet VpB 1969 onderworpen aan een 0% tarief.

voordeel niet het gevolg is van een hybride mismatch dus is niet voldaan aan de oorsprongeis.²⁰⁹ Deze redenering is mijns inziens te volgen. Uit het arrest Wereldhavendagen van het HvJ volgt namelijk dat de Moeder-dochterrichtlijn geen toepassing vindt indien de belastingplichtige is onderworpen aan een 0% tarief.²¹⁰ Het doel van de Moeder-dochterrichtlijn is het voorkomen van economische dubbele belasting. Volgens het HvJ is de belastingplichtige niet onderworpen aan een winstbelasting omdat feitelijk geen belasting wordt afgedragen dus kan geen sprake zijn van dubbele belasting. Van economisch dubbele belasting kan dus niet ontstaan. De ATAD II richtlijn heeft als doel om de gevolgen van aftrek zonder betrekking in de heffing door een hybride mismatch te neutraliseren. Het is mijns inziens daarom logisch dat een lichaam die geen feitelijk winstbelasting betaalt ook niet voldoet aan de oorsprongeis. En aangezien de oorsprongeis alleen speelt situaties met aftrek zonder betrekking in de heffing en niet bij dubbele aftrek is dit vraagstuk bij dubbele aftrek niet relevant. Verder is ook niet relevant of het behalen van een fiscaal voordeel het doel is van de belastingplichtige. De maatregelen zijn objectief van aard en het oogmerk is niet relevant.

De bepalingen tegen hybride mismatches zijn in beginsel alleen van toepassing als sprake is van aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek tussen de belastingplichtige en een gelieerd lichaam, tussen hoofdhuis en vaste inrichting, twee of meer vaste inrichtingen van hetzelfde lichaam of een gestructureerde regeling. De mismatchmaatregelen zijn ook van toepassing op ongelieerde lichamen indien sprake is van een gestructureerde regeling. Daarvan is sprake als tussen ongelieerde lichamen een hybride mismatch ontstaat en de voordelen daarvan zijn vastgelegd in de voorwaarden van een regeling.²¹¹ De hybridemismatchmaatregelen volgen de uitleg van gelieerdheid volgens de bepaling van artikel 13ab lid 8 en 9 Wet VpB 1969. Conform dit artikel is sprake van gelieerdheid indien een belang van minimaal 25% van het nominale aandelenkapitaal, 25% van het stemrecht in het lichaam wordt gehouden of gerechtigd is tot 25% van de winst van het lichaam. Als het belang gehouden wordt door meerdere lichamen die deel uitmaken van een samenwerkende groep zoals bedoeld in artikel 10a lid 6 Wet VpB 1969, is ook sprake van gelieerdheid.

Linking rules hebben als doel de gevolgen van een aantal situaties te neutraliseren.²¹² De regels koppelen de fiscale behandeling van de ene staat aan de fiscale behandeling van de andere staat. Dit geldt voor zowel de fiscale behandeling van betaling uit hoofde van een geldverstrekking als die van hybride entiteiten. Dit onderzoek blijft beperkt tot de betalingen aan en door entiteiten dus zijn met name de linking rules die van toepassing zijn op hybride entiteiten relevant. De linking rules maken

²⁰⁹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35241, nr. 7, p. 8.

²¹⁰ HvJ EU 8 maart 2017, ECLI:EU:2017:C:180, zaak C-448/15 (Wereldhavendagen).

²¹¹ *Kamerstukken II 2018/19*, 35241, nr. 3, p. 52.

²¹² Van Kempen & Stevens, *Personenvennootschappen* (FM nr. 179), 2023/14.5.3.4.

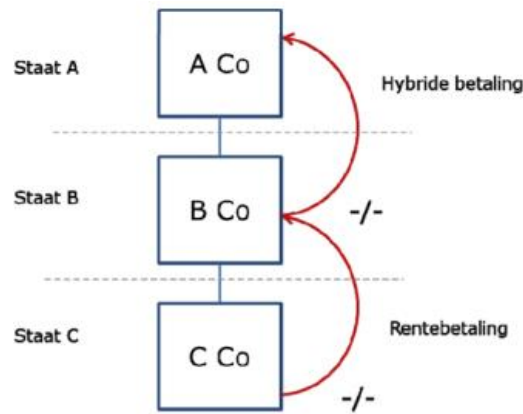
onderscheid tussen aftrek zonder betrekking in de heffing en dubbele aftrek zoals beschreven in het vorige hoofdstuk. Mocht één van deze twee situaties zich voordoen door een betaling aan of door een hybride lichaam, dan moet de primaire regel uit artikel 12aa lid 1 onderdeel b, e of g Wet VpB 1969 worden toegepast. Artikel 12aa Wet VpB 1969 past de primaire regel toe en de aftrek wordt dan in Nederland geweigerd. Het moment dat landen inkomen in de heffing betrekken kan verschillen. Voor toepassing van deze maatregelen wordt inkomen pas als dubbel in aanmerking genomen inkomen beschouwd als beide staten het inkomen daadwerkelijk in de heffing hebben betrokken. In de situatie met aftrek zonder betrekking in de heffing waarbij de andere staat de primaire regel toe zou moeten passen maar dit niet doet of die staat kent geen hybridemismatchmaatregelen, dan moet de secundaire regel uit artikel 12ab Wet VpB worden toegepast. In het geval van aftrek zonder betrekking in de heffing wordt de vergoeding of betaling die normaal gesproken niet in Nederland in de heffing wordt betrokken, tot de winst in Nederland gerekend als Nederland de staat van ontvanger is. In het geval van dubbele aftrek moet de aftrek ergens worden geweigerd maar dit werkt iets anders uit dan de situatie met aftrek zonder betrekking in de heffing. Artikel 12aa lid 4 Wet VpB 1969 bepaalt dan de rangorde van de maatregelen zodat de betaling niet tweemaal in aftrek wordt beperkt. In eerste instantie bepaalt artikel 12aa lid 1 onderdeel g Wet VpB 1969 dat in het geval van dubbele aftrek Nederland de aftrek moet weigeren. Vervolgens bepaalt artikel 12aa lid 4 Wet VpB 1969d dat artikel 12aa lid 1 onderdeel g Wet VpB 1969 niet van toepassing is indien de aftrek al in de andere staat is geweigerd en de betaling vanuit Nederland plaatsvindt.²¹³ Als een situatie zich voordoet dat tegenover dat bedrag dat op grond van artikel 12aa lid 1 e, f of g Wet VpB 1969 is geweigerd een bedrag staat dat dubbel in aanmerking is genomen, dan wordt de aftrek onder voorwaarde toch toegestaan op grond van artikel 12aa lid 3 Wet VpB 1969. In artikel 12ad Wet VpB 1969 is nog een speciale bepalingen opgenomen voor geïmporteerde hybride mismatches. Bij een geïmporteerde hybride mismatch is het voordeel van de mismatch tussen partijen die gevestigd zijn in derde landen overgebracht naar een lidstaat met behulp van een niet-hybride instrument.²¹⁴ Om dit te verduidelijken is in figuur 3 een voorbeeld geschetst.

Figuur 3²¹⁵

²¹³ *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 55.*

²¹⁴ Stevens & Rijff, *MBB 2019/7*.

²¹⁵ Voorbeeld ontleent uit *Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3, p. 25.*



In figuur 3 is tussen A Co en B Co een hybride financieel instrument uitgegeven en beide lichamen zijn niet in een lidstaat van de Europese Unie gevestigd. Door het hybride financiële instrument ontstaat een situatie met aftrek bij B Co zonder betrekking in de heffing bij A Co. Tussen B Co en C Co is een normale lening afgesloten zonder mismatch dus is de rente aftrekbaar bij C Co. B Co betaalt de ontvangen rente echter direct doorbetaald aan A Co via het hybride financiële instrument. Zo ontstaat bij C Co aftrek zonder dat deze uiteindelijk ergens in de heffing wordt betrokken. Dit is een geïmporteerde hybride mismatch omdat de transactie van C Co en B Co aanleiding geven tot een hybridemismatch door een reeks van transacties.

Met betrekking tot omgekeerde hybride lichamen is in artikel 2 lid 3 en 12 Wet VpB 1969 een aparte maatregel opgenomen. Deze maatregel is in tegenstelling tot de andere maatregelen op 1 januari 2022 in de Nederlandse wet geïmplementeerd. Een omgekeerd hybride lichaam is een entiteit die in de staat van oprichting of vestiging als fiscaal transparant kwalificeert en de staat waar de participant is gevestigd kwalificeert het lichaam als fiscaal niet-transparant. Daarnaast moet ten minste 50% van de stemrechten, kapitaalbelangen of winstrechten in dat lichaam direct of indirect worden gehouden door een in andere staat gevestigd gelieerd lichaam (of lichamen). Op grond van artikel 2 lid 3 Wet VpB 1969 wordt een omgekeerd hybride lichaam als subjectief belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting aangemerkt. Omgekeerde hybride lichamen worden op grond van artikel 2 lid 6 Wet VpB 1969 geacht met hun gehele vermogen een onderneming te drijven. Voor de overige participanten die het samenwerkingsverband wel als fiscaal transparant zien wordt op grond van artikel 9 lid 1 onderdeel f Wet VpB 1969 een aftrekrecht verleend. Met deze bepaling neemt Nederland de kwalificatie over van de staat waar de participanten zijn gevestigd. Dit is ook het wezenlijke verschil tussen artikel 2 lid 3 Wet VpB 1969 en de andere hybridemismatchmaatregelen die Nederland heeft geïmplementeerd.

4.4 Evaluatie van de maatregelen

In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat Nederland ATAD II richtlijnconform en tijdig heeft geïmplementeerd. Echter is de manier waarop Nederland ATAD II heeft geïmplementeerd

strenger dan vereist. Op basis van de ATAD II richtlijn is pas sprake van gelieerdheid tussen lichamen indien een belang van 50% in bezit is en niet de 25% die Nederland hanteert.²¹⁶ Volgens ATAD II is er sprake van gelieerdheid als lichamen die deel uitmaken van dezelfde voor de boekhouding geconsolideerde groep, een onderneming waarin de belastingplichtige invloed van betekenis op de leiding uitoefent en, omgekeerd, een onderneming die invloed van betekenis kan uitoefenen op de leiding van de belastingplichtige. De wetgever heeft aan het begrip ‘invloed van betekenis’ het percentage van 25% gekoppeld.²¹⁷ De strengere implementatie heeft als doel om aan te sluiten bij het percentage dat is gehanteerd bij de implementatie van ATAD I.²¹⁸ Volgens Albert is er wel een verschil tussen de uitwerking van het begrip gelieerdheid tussen artikel 12ac lid 2 en artikel 13ab Wet VpB 1969.²¹⁹ Dit komt doordat in de hybridemismatchbepalingen het begrip samenwerkende groep wel geldt en voor artikel 13ab Wet VpB 1969 niet.²²⁰ Opmerkelijk is ook dat onder de hybridemismatchmaatregelen een ruimer begrip van de samenwerkende groep wordt gehanteerd doordat daar ook natuurlijke personen deel kunnen uitmaken van een samenwerkende groep. In artikel 10a lid 6 Wet VpB 1969 is dat niet mogelijk. De ruimere implementatie van de ATAD II richtlijn kan leiden tot overkill. Mijns inziens is het ook opmerkelijk dat in artikel 3 lid 12 sub a Wet VpB 1969 ook het begrip gelieerdheid voorkomt maar hier wordt een belang van 50% gehanteerd waarbij zowel 50% van het statutaire stemrecht én 50% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal in bezit moet zijn of gerechtigd tot 50% van de winst. Dat in de Wet VpB 1969 meerdere definities worden gegeven voor het begrip gelieerdheid lijkt mij onwenselijk en kan beter teruggebracht worden tot één definitie.

Zoals is vermeld heeft Nederland tegelijk met de implementatie van ATAD II ook een documentatieverplichting in artikel 12ag Wet VpB 1969 ingevoerd. Dit artikel verplicht de belastingplichtige om jaarlijks documentatie bij de hand te hebben waaruit volgt of de hybridemismatchmaatregelen uit artikel 12aa tot en met artikel 12af Wet VpB 1969 van toepassing zijn. Door middel van *“een beoordeling van de gebruikte financiële instrumenten, hybride entiteiten en vaste inrichtingen in de context van de relevante Nederlandse en buitenlandse wet- en regelgeving”* in de administratie kan aan de administratieplicht worden voldaan. De staatssecretaris heeft de documentatieplicht ingevoerd omdat de belastingdienst in veel gevallen niet beschikt over

²¹⁶ Richtlijn (EU) 2017/952 artikel 2(a) onderdeel a.

²¹⁷ *Kamerstukken II 2019/20*, 35241, nr. 7, p. 10.

²¹⁸ Artikel 13ab wet VpB 1969 vindt zijn oorsprong in de ATAD I richtlijn, zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35030, nr. 3.

²¹⁹ Albert, *NTFR 2020/583*.

²²⁰ Voor een verdere uitleg van het begrip samenwerkende groep in de context van hybride mismatches verwijst ik naar het artikel van Van der Have & van Hulten, *WFR 2020/237*.

deze informatie.²²¹ Volgens Kappel & Fibbe leidt deze ruime reikwijdte tot een grote administratieve last voor belastingplichtigen omdat op elke grensoverschrijdende transactie gedocumenteerd moet worden.²²² Uit de tekst van artikel 12ag Wet VpB 1969 moet dat ook in het geval de hybridemismatchmaatregelen niet van toepassing zijn en gezien de complexiteit van deze maatregelen is dit voor veel belastingplichtigen een administratieve last. Indien de hybridemismatchmaatregelen wel van toepassing zijn moet uit de documentatie volgen op welke wijze dit gebeurt en welke correctie dit tot gevolg heeft, wat dus tot een nog complexere administratie leidt. Mocht de belastingplichtige dit niet correct hebben gedaan dan kan dit een verzwarende bewijslast tot gevolg hebben.²²³ De inspecteur kan op grond van artikel 12ag lid 2 Wet VpB 1969 bij het vermoeden dat de hybridemismatchmaatregelen van toepassing zijn, de belastingplichtige verzoeken om te doen blijken dat deze maatregelen niet van toepassing zijn. Daarnaast is het volgens Warren maar de vraag of deze informatieverplichting bijdraagt aan de bestrijding van hybride mismatches.²²⁴ Buitenlands recht kan bijdragen aan de bewijsverplichting maar het buitenlands recht is geen feit dat bewezen moet worden maar moet ambtshalve worden toegepast. Belastingplichtigen kunnen dan een gunstig standpunt innemen over de kwalificatie in het buitenland door bijvoorbeeld de mening van een buitenlandse adviseur over te nemen. Dit kan vervolgens ook weer ter discussie worden gesteld, wat volgens Warren kan leiden tot nog een mismatch en de discussie nog moeilijker maakt aangezien de Nederlandse belastingrechter zich ook moet verdiepen in het buitenlandse recht. De NOB vindt daarnaast nog dat de documentatieverplichting in strijd is met het fair-play beginsel en zouden artikel 12ag Wet VpB 1969 als geheel geschrapt zien worden.²²⁵ De belastingplichtige is op grond van dat beginsel niet verplicht om rapporten en andere documenten aan de belastingdienst te geven als die tot doel hebben om de fiscale positie van de belastingplichtige te belichten. De gehele documentatieverplichting schrappen gaat mijns inziens te ver aangezien de belastingplichtige over de meeste informatie beschikt, echter is wel aanpassing gewenst van dit artikel om de zware administratieve last te verminderen.

Zoals eerder is vermeld pakken de maatregelen uit ATAD II niet de daadwerkelijke oorzaak aan van de hybride mismatches. Dit is dan ook veel gehoorde kritiek in de literatuur. Fibbe vindt de huidige aanpak te beperkt en denkt dat dit op zijn tijd leidt tot een nieuwe discussie op het gebied van hybride mismatches.²²⁶ Bij de implementatie hebben de lidstaten enige mate van ruimte bij de

²²¹ *Kamerstukken II 2018/19*, 35241, nr. 3, p. 29.

²²² Kappel & Fibbe, *MBB 2020/4*.

²²³ *Kamerstukken II 2018/19 (MvT)*, 35241, nr. 3, p. 74.

²²⁴ Warren, *WFR 2020/24*.

²²⁵ NOB-commentaar wetsvoorstel Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking (35241), p. 23. Zie voor het fair-play beginsel HR 23 september 2005, ECLI:NL:2005:AU3140.

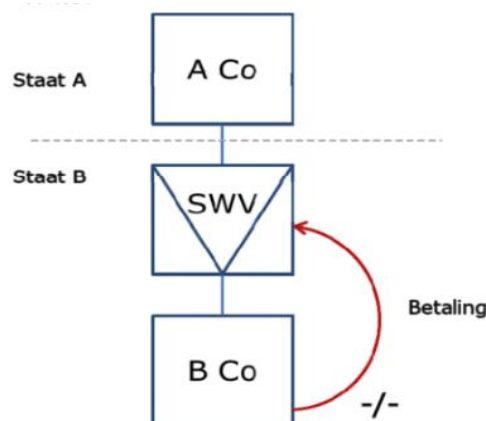
²²⁶ Fibbe, *WFR 2016/186*.

implementatie wat kan leiden tot een inconsistente en ineffectieve aanpak van hybride mismatches in de interne Europese markt. Ook Smit denkt dat de maatregelen voornamelijk een afschrikkend effect hebben omdat de maatregelen in praktijk een zeer technische uitwerkingen hebben.²²⁷

Voornamelijk voor de grote internationaal opererende bedrijven blijft de mogelijkheid bestaan om gebruik te maken van de voordelen van hybride mismatches. Deze bedrijven beschikken over de middelen om nieuwe vormen van tax planning strategieën te bedenken om de maatregelen te omzeilen. Een ander interessant punt is dat de hybridemismatchmaatregelen een inbreuk maken op het principe van het bronlandbeginsel.²²⁸ Het bronlandbeginsel houdt in dat het land waar het inkomen wordt verdiend het heffingsrecht heeft over dat inkomen. Dit beginsel is gebaseerd op het idee dat de onderneming alleen die winst had kunnen behalen door gebruik te maken door de faciliteiten in dat land. Daarmee vindt het land waar dit inkomen is behaald dat het gerechtigd is een deel van de winst te ontvangen via belastingheffing. De OESO en de Europese Commissie hanteren ook dit principe. Met de hybridemismatchmaatregelen wordt dit beginsel losgelaten en meer het idee van 'altijd ergens' toegepast in het geval van hybride mismatches. Smit vindt dit geen sterke basis om zo de grondslag van een winstbelasting te vergroten.²²⁹

Met betrekking tot de maatregel die ziet op omgekeerde hybride lichamen wordt in de literatuur enigszins positief gereageerd omdat deze maatregel wel de daadwerkelijke oorzaak van de hybride mismatches aanpakt.²³⁰ Deze maatregel zag voornamelijk op zogeheten CV/BV structuren in context met de Verenigde Staten.²³¹ Een versimpelde weergave van deze structuur is te zien in figuur 2.

Figuur 4²³²



²²⁷ Smit, in: Wattel, Marres & Vermeulen, *European Tax Law Volume 1* (Fiscale Handboeken nr. 10)2018/12.4.4.5.

²²⁸ Smit, *EC Tax Review* 2017-2, p. 2.

²²⁹ Smit, in: Wattel, Marres & Vermeulen, *European Tax Law Volume 1* (Fiscale Handboeken nr. 10)2018/12.4.4.5.

²³⁰ Zie bijvoorbeeld van Hulten, *NLF-W* 2021/48.

²³¹ *Kamerstukken II* 2021/22, 35931, nr. 3, p. 3.

²³² Voorbeeld ontleent uit: *Kamerstukken II* 2018/19, 35241, nr. 3(MvT), p. 9.

In de structuur uit figuur 4 moet staat B gezien worden als Nederland en staat A als Amerika. Alle aandelen van vennootschap B worden gehouden door vennootschap A in Amerika (staat A) via een in Nederland (staat B) gevestigd samenwerkingsverband (SWV). Nederland beschouwt het samenwerkingsverband als een fiscaal transparant lichaam. De betaling die wordt gedaan aan het samenwerkingsverband wordt dan toegerekend aan de achterliggende vennootschap A die in Amerika is gevestigd. Amerika past het check-the-box-systeem toe en het samenwerkingsverband wordt vanuit het perspectief van Amerika gekwalificeerd als fiscaal niet-transparant. Vanuit het Amerikaanse perspectief wordt de betaling dus ontvangen door het samenwerkingsverband en niet door de achterliggende vennootschap A. Amerika gaat er dus vanuit dat Nederland deze betaling in de heffing betreft. Echter doet Nederland dat niet aangezien Nederland het samenwerkingsverband als fiscaal transparant beschouwt en de ontvangen betaling aan Amerika toerekent. De betaling blijft wel bij vennootschap A aftrekbaar maar wordt door de mismatch in zowel Nederland als Amerika niet in de heffing betrokken. Door de toepassing van artikel 2 lid 3 en 12 Wet VpB 1969 wordt dit samenwerkingsverband als binnenlands belastingplichtig beschouwd en de winst in wordt Nederland in de heffing betrokken.

Uit onderzoek van de Staatssecretaris is gebleken dat vrijwel geen nieuwe CV/BV structuren zijn opgezet na de totstandkoming in 2016 van de ATAD II richtlijn.²³³ Ook werd het voordeel dat volgde uit de CV/BV structuren al weggenomen voor implementatie van deze maatregel omdat sprake was van een situatie met aftrek zonder betrekking in de heffing die volgde uit een hybride mismatch. Het lijkt er daarom op dat deze maatregel volgt uit de verplichting om ATAD II in zijn geheel te implementeren. Echter biedt deze maatregel een oplossing in situaties binnen de Europese Unie waar volgens Van Hulten eerst nog geen oplossing voor was.²³⁴ Neem de situatie met een in Nederland gevestigde omgekeerd hybride lichaam met participanten die zijn gevestigd in een andere Europese lidstaat. De mogelijkheid bestaat dat de andere lidstaat de secundaire regel niet heeft geïmplementeerd.²³⁵ In die situatie kan bij een royaltybetaling aan het omgekeerde hybride lichaam vanuit die andere lidstaat onder omstandigheden de mismatch niet worden verholpen. Met artikel 2 lid 3 Wet VpB 1969 kan dat wel worden verholpen. De aanpak is wel meer omvattender geworden én de mismatch is bij de oorzaak aangepakt maar wel een geval dat het bronlandbeginsel wordt losgelaten.²³⁶ Daarnaast merken Kapitein en Van der Wilt nog wel op dat artikel 2 lid 12 Wet VpB

²³³ Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 juni 2021, nr. 2021.0000119352.

²³⁴ Van Hulten, *NLF-W* 2021/48.

²³⁵ Onder de ATAD II richtlijn was het keuzemogelijkheid om de secundaire regel in de situatie voor een betaling aan een hybride lichaam niet op te implementeren.

²³⁶ Kok, *WFR* 2021/190.

1969 slechts van toepassing is voor zover er voldaan is aan de 50% toets. Deze eis zorgt ervoor dat het hybride karakter van het lichaam kan blijven bestaan als hier niet aan voldaan is.²³⁷ Uit Kamerstukken II 2021/22, 35931, nr. 8 volgt ook dat artikel 2 lid 12 Wet VpB 1969 niet van toepassing is op de open CV omdat dan niet wordt voldaan aan vereisten van dat artikel. De tekst van dit artikel wijkt echter af van de tekst die in de ATAD II richtlijn stond.²³⁸ Hiermee lijkt de Nederlandse implementatie toch iets af te wijken van de ATAD II richtlijn.

Ondanks dat ATAD II een Europese richtlijn is, zijn de lidstaten vrij om te kiezen welke kwalificatiemethode zij toepassen en dat komt door de (fiscale) autonomie van de staten. Dit volgt uit het *Columbus Container Services* arrest van het HvJ EU.²³⁹ In dit arrest ging het om een naar Belgisch recht opgerichte CV die ook in België statutair gevestigd was. De participanten waren allemaal woonachtig in Duitsland. De CV was voor Belgische recht fiscaal niet-transparant en werd dus in België in de belastingheffing betrokken. De CV was echter voor de Duitse wetgeving vergelijkbaar geacht met een personenvennootschap en inkomsten werden vanuit het perspectief van Duitsland rechtstreeks toegekend aan de participanten die in Duitsland gevestigd waren. De vraag was of deze dubbele toerekening van inkomsten in strijd was met de Europese vrijheden. Het HvJ EU oordeelde in rechtsoverweging 53 dat de fiscale autonomie die lidstaten bezitten, ook betekent dat lidstaten vrij zijn om nationale vennootschappen die in het buitenland opereren te belasten en ook onder welke voorwaarden en op welk niveau zij dit doen, mits geen discriminatie ontstaat van grensoverschrijdende situaties ten opzichte van een vergelijkbare nationale situaties. Op basis van het primaire Europese recht wordt dus de oorzaak van hybride mismatches bij lidstaten niet verholpen. Dit is ook een logische conclusie aangezien hybride mismatches samenhangen met de gelijktijdige toepassing van de verschillende nationale wetgevingen, een zogeheten dispariteit.²⁴⁰ Uit verschillende arresten van het HvJ volgt dat dit niet onder de reikwijdte van het primaire Europese recht vallen, tenzij dit uitdrukkelijk onderling geregeld is.²⁴¹

Uit de preambule van ATAD I volgt al dat de Europese Commissie het van cruciaal belang vindt dat meer wordt ondernomen om de kwalificatieconflicten door hybride structuren weg te nemen.²⁴² De Europese Commissie onderschrijft dat dit enkel kan door gemeenschappelijke regels te hanteren. Na het *Columbus Container Services* arrest volgt dat afdwingbare gemeenschappelijke regelgeving zoals richtlijnen de manier zijn om dit te doen.²⁴³ De Europese Unie kent naast de ATAD I en II richtlijnen

²³⁷ Kapitein & van der Wilt, *NTRF* 2021/1346.

²³⁸ Voor een uitgebreide analyse zie: Lohuis, *NTRF* 2021/3603.

²³⁹ HvJ EU 6 December 2007, ECLI:EU:C:2007:754, C-298/05 (*Columbus Container Services*).

²⁴⁰ Weber, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.5.1.0.D.a.

²⁴¹ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 14 november 2006, zaak C-513/04 (*Kerckhaert-Morres*).

²⁴² Preambule 13, Richtlijn (EU) 2016/1164 van 12 juli 2016, PbEU L 193/3.

²⁴³ Fibbe, *WFR* 2016/186.

ook de Moeder-dochterrichtlijn, de Interest-royaltyrichtlijn en de fusierichtlijn.²⁴⁴ De vraag komt op hoe een lidstaat met hybride entiteiten moet worden omgegaan onder deze Europese richtlijnen en of de fiscale kwalificatie van de andere staat gevolgd moet worden.

De Moeder-dochterrichtlijn bestaat kortgezegd uit twee vrijstellingen. De eerste vrijstelling uit artikel 4 van de richtlijn houdt in dat de staat van de moedermaatschappij de winstuitkering die moedermaatschappij ontvangt, vrijstelt van winstbelasting. Door de tweede vrijstelling uit de richtlijn wordt de winstuitkering bij de dochter vrijgesteld van bronbelasting. Deze richtlijn bevat enkele bepalingen die betrekking hebben op hybride mismatches.²⁴⁵ Zo merkt artikel 4 lid 1bis op dat het mogelijk is dat de staat waar de moedermaatschappij is gevestigd een onder de richtlijn kwalificerende dochtermaatschappij uit een andere staat als fiscaal transparant kan aanmerken. De staat van de moedermaatschappij dient dan deze richtlijn toe te passen en de uitgekeerde winst van de dochtermaatschappij niet in de winst van de moedermaatschappij te betrekken. De Commissie Personenvennootschappen merkt terecht op dat in artikel 4 lid 1bis alleen ziet op de problematiek bekeken vanuit de woonstaat van de moedermaatschappij, dus outbound situaties.²⁴⁶ Voor dezelfde problematiek maar dan bij inbound situaties (bekeken vanuit het perspectief van de bronstaat) ontbreekt een soortgelijke bepaling. Het is onduidelijk waarom voor inbound situaties geen oplossing is opgenomen en uitleg in bijvoorbeeld de preambule ontbreekt. Fibbe & Stevens hebben in 2015 dan ook een specifieke wijziging in de bepaling voorgesteld om inbound situaties wel onder de reikwijdte van het artikel te laten vallen.²⁴⁷ In artikel 4 lid 2 wordt specifiek de autonomie op het gebied van fiscale kwalificatie aangegeven door te vermelden dat niets in de richtlijn de staat van de moedervenootschap ervan weerhoudt om de dochtervenootschap fiscaal transparant aan te merken indien dat volgt uit de wetgeving van de moederstaat.

De interest- en royaltyrichtlijn stelt interest en royalty vrij van bronbelasting in de staat van waar de uitkerende vennootschap is gevestigd mits het een kwalificerende onderneming is in de zin van die richtlijn.²⁴⁸ In deze richtlijn is geen bepaling opgenomen die iets vermeldt over hybride entiteiten. Het is daarentegen wel zo dat lidstaten de toepassing van de interest- en royaltyrichtlijn niet mogen

²⁴⁴ Naast deze richtlijnen zijn er ook andere Europese richtlijnen maar de benoemde richtlijnen zijn enkel relevant voor dit onderzoek.

²⁴⁵ Richtlijn 2011/96/EU betreffende gemeenschappelijk fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

²⁴⁶ Fibbe & Stevens, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 185.

²⁴⁷ Fibbe & Stevens 2014, p. 262,

²⁴⁸ Pancham, in: *Cursus Belastingrecht* EBR.8.3.2.

weigeren als het lichaam op de lijst van kwalificerende ondernemingen staat.²⁴⁹ De fusierichtlijn heeft als doel grensoverschrijdende fusies en splitsingen binnen de Europese Unie zonder fiscale belemmering te faciliteren.²⁵⁰ In de lijst met kwalificerende entiteiten van de fusierichtlijn staan vennootschappen uit lidstaten die daar belastingplichtig zijn. Echter kan een andere lidstaat deze als fiscaal transparant aanmerken. Uit preambule 8 volgt dat om het doel van de richtlijn te garanderen, moeten de lidstaten van de niet-ingezeten vennootschappen die de vennootschappen als fiscaal transparant aanmerken toch de toepassing van de fusierichtlijn toekennen. Echter staat in de volgende zin dat de optie openblijft voor een lidstaat om dan nog steeds de voordelen van deze richtlijn te weigeren. Verder bevat de fusierichtlijn enkele bepalingen die de behandeling van hybride entiteiten uitwerkt. Doordat de fusierichtlijn alleen op specifieke situaties van toepassing is en gezien de technische uitwerking van deze bepalingen blijven deze bepalingen in dit onderzoek buiten beschouwing. Geconcludeerd kan worden dat onder de besproken Europese richtlijnen en op basis van de jurisprudentie van het HvJ, de lidstaten een zekere autonomie hebben op het gebied van de fiscale kwalificatie van entiteiten.²⁵¹

De fiscale autonomie wordt vaak ook als argument aangevoerd tegen een regeling die de kwalificatie moet harmoniseren. Zo heeft de Europese Commissie wetsvoorstellen van de NOB bij de conceptrichtlijn van ATAD I nadrukkelijk gezegd dat het onverstandig is om deze richtlijn te implementeren.²⁵² Volgens de NOB zou de ATAD I richtlijn een ernstige inbreuk maken op de fiscale soevereiniteit van Nederland en zou het zeer nadelige gevolgen hebben voor het Nederlandse bedrijfsleven en het investeringsklimaat. Fibbe vindt dat dit argument weinig hout snijdt. Gehele soevereiniteit is al niet meer aan de orde, dat kan gezien worden in bijvoorbeeld het hierboven besproken punt uit de Interest- en royaltyrichtlijn dat lidstaten de toepassing van die richtlijn niet mogen weigeren indien een entiteit op de lijst van kwalificerende entiteiten is opgenomen. Volgens Fibbe ligt de oplossing dus ook bij het wegnemen van de oorzaak en dan zouden landen aansluiting moeten zoeken bij de fiscale kwalificatie van het vestigingsland.²⁵³ Dit is mogelijk indien dit op een uniforme manier gebeurt tussen de lidstaten. Uit eerdere bijeenkomsten tussen lidstaten blijkt echter dat het lastig blijkt om landen elkaars wederzijdse erkenning van entiteiten te accepteren. Zo

²⁴⁹ Fibbe & Stevens, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 185.

²⁵⁰ Preambule 5, Richtlijn 2009/133/EG.

²⁵¹ Fibbe 2009, p. 175.

²⁵² Zie reactie NOB, Voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) 26 final) (anti- belastingontwijkingsrichtlijn), p. 1.

www.nob.net/sites/default/files/content/article/uploads/nob_commentaar_anti-beps_richtlijn.pdf.

²⁵³ Fibbe, *'EC Law Aspects of Hybrid Entities'*, IBFD, Doctoral Series no. 15.

zijn bij conventies uit 1956 en 1968 pogingen gedaan om de privaatrechtelijke eigenschappen van lichamen van de deelnemende landen toe te passen uit het land waar de entiteit statutair is gevestigd.²⁵⁴ Hoewel het hier ging om het privaatrecht lijkt het mij ook lastig om bij het fiscale recht consensus te vinden tussen lidstaten, laat staan met derde landen. Naar mijn mening is het dan ook positief dat Nederland op eigen initiatief begonnen is met het onderzoeken of het mogelijk is om met een principiële oplossing te komen voor de oorzaak van hybride mismatches. Na dat onderzoek is de Staatssecretaris van Financiën gekomen met het conceptwetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen.²⁵⁵ Hoe dit conceptwetsvoorstel uitwerkt en of het daarmee de oorzaak van hybride mismatches op een doeltreffende en doelmatige manier verhelpt wordt behandeld in het volgende hoofdstuk.

4.5 Samenvatting & conclusie

In dit hoofdstuk is geprobeerd om een antwoord te vormen op de volgende deelvraag: *“Wat zijn de huidige maatregelen tegen de negatieve gevolgen van hybride mismatches en hoe werken deze uit?”*. In 1999 is het Partnership rapport verschenen waarin maatregelen stonden tegen hybride mismatches. Op dit rapport is artikel 1 lid 2 OESO-MV gebaseerd en het MLI kent een gelijklopende bepaling. Met het OESO-MV en het MLI kunnen landen eenvoudig deze bepaling opnemen in een belastingverdrag. Dit blijkt echter niet altijd even consistent te gebeuren en tot op heden zijn veel verschillen tussen belastingverdragen.

Op Europees niveau is ATAD II richtlijn verschenen met maatregelen tegen de gevolgen van hybride mismatches. Nederland heeft dit onder andere geïmplementeerd in artikel 2 lid 3 en de artikelen 12aa tot en met 12ag Wet VpB 1969. Nederland heeft de ATAD II richtlijn echter strenger geïmplementeerd dan nodig door een percentage van 25% in plaats van 50% te hanteren bij het begrip gelieerdheid. Daarnaast is het begrip samenwerkende groep in artikel 12ac Wet VpB 1969 ruimer dan in artikel 10a lid 6 Wet VpB 1969. Hierdoor is de reikwijdte van de hybridemismatchmaatregelen groter en neemt de kans op overkill toe. Ook heeft Nederland een administratieplicht ingevoerd voor de belastingplichtige waaruit moet blijken of de hybridemismatchmaatregelen van toepassing zijn. Door de reikwijdte van dit artikel ontstaat een extra administratieve last omdat alle grensoverschrijdende transacties gedocumenteerd moeten worden. Daarnaast ontstaat een extra vraag waarover gediscussieerd kan worden. Eerst was dit

²⁵⁴ Het gaat hier om de ‘EEC Convention on the mutual recognition of companies and bodies corporate 1968’ en ‘The Hague draft Convention concerning recognition of the legal personality of foreign Societies, Associations and Foundations 1956’. De EEC-conventie uit 1968 is wel ondertekend door de betrokken partijen maar is nooit iets meegedaan. De conventie uit 1956 is maar door drie van de vijf benodigde landen ondertekend.

²⁵⁵ Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, zie: <https://www.internetconsultatie.nl/fiscaalkwalificatiebeleidrechtsvormen>.

enkel kwalificatievraagstuk maar door artikel 12ag Wet VpB 1969 komt een toepassingsvraagstuk over het buitenlandse recht erbij. Daarnaast worden enkel de negatieve gevolgen verholpen en niet de oorzaak aangepakt. Dit gebeurt wel door de toepassing van artikel 2 lid 3 Wet VpB 1969 bij de bestrijding van omgekeerde hybride matches, namelijk de buitenlandse fiscale kwalificatie.

De fiscale autonomie met betrekking tot de kwalificatie van entiteiten door lidstaten volgt uit het Columbus Container Services arrest. Voor de toepassing van de Moeder-dochterrichtlijn en de fusierichtlijn mogen de voordelen van die richtlijn niet worden ontnomen als het een kwalificerende entiteit is maar dat lichaam in de moederstaat als fiscaal transparant kwalificeert. Ondanks pogingen om eigenschappen van buitenlandse entiteiten te erkennen is daar tot op heden geen consensus over. Nederland heeft daarom op eigen initiatief het conceptwetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen in behandeling genomen. Hoe dit conceptwetsvoorstel uitwerkt wordt in het volgende hoofdstuk behandeld.

Hoofdstuk 5: Aanpassing van het kwalificatiebeleid

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is behandeld wat de kenmerken zijn van entiteiten en hoe deze entiteiten voor fiscale doeleinden worden gekwalificeerd. Ook kan geconcludeerd worden dat hybride mismatches ontstaat door de autonome fiscale kwalificatie van entiteiten. Voor de toepassing in Nederland is de kans op een hybride mismatch groter doordat Nederland het toestemmingsvereiste toepast bij het onderscheid tussen de open en besloten CV. De huidige maatregelen die bestaan tegen hybride mismatches pakken bijna allemaal niet de oorzaak aan maar nemen alleen de negatieve gevolgen weg. Nederland neemt separaat ook maatregelen om hybride mismatches tegen te gaan. Zo is 29 maart 2021 het wetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid (hierna: het wetsvoorstel) in consultatie gegaan. Dit wetsvoorstel heeft ook als doel om hybride mismatches te bestrijden.²⁵⁶ De vraag die relevant is voor dit onderzoek is of dit wetsvoorstel effectief is en hoe het uitwerkt. De volgende deelvraag is daarom relevant: *“Wat houdt het conceptwetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen in en is dit wetsvoorstel doeltreffend en doelmatig?”* In paragraaf 5.2 wordt eerst een korte achtergrond van het wetsvoorstel gegeven. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3 het doel van het wetsvoorstel behandeld. Paragraaf 5.4 behandelt de tekstuele wijzigingen van de Wet VpB 1969 en in paragraaf 5.5 wordt het overgangsrecht waarin het wetsvoorstel voorziet uitgewerkt. In paragraaf 5.6 worden dan de aanpassingen in het kwalificatiebeleid van buitenlandse rechtsvormen geanalyseerd. In paragraaf 5.7 wordt dan beoordeeld in hoeverre het wetsvoorstel doeltreffend en doelmatig is en in paragraaf 5.8 wordt dan afgesloten met een samenvatting en conclusie.

5.2 Achtergrond van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel is op 29 maart 2021 in consultatie gebracht door de staatssecretaris van Financiën.²⁵⁷ In het wetsvoorstel wordt de Nederlandse fiscale wetgeving op verschillende punten gewijzigd.²⁵⁸ In het consultatiedocument worden vier maatregelen voorgesteld.²⁵⁹ Ten eerste wordt de open CV afgeschaft en kwalificeert de CV in alle gevallen als fiscaal transparant. Ten tweede worden de criteria voor de beoordeling van de fiscale transparantie van fondsen voor gemene rekening gewijzigd. Daarnaast is een familiefonds altijd fiscaal transparant. Tot slot wordt een aanvullende methode geïntroduceerd voor het kwalificeren van buitenlandse rechtsvormen in twee

²⁵⁶ Consultatiedocument Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, 29 maart 2021 (vindplaats).

²⁵⁷ Consultatiedocument Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, 29 maart 2021.

²⁵⁸ De wetswijzigingen uit het conceptwetsvoorstel vinden plaats in de Wet VPB, de Wet Dividendbelasting, de Wet Bronbelasting, de AWR, de Invorderingswet en de Wet op de Inkomstenbelasting.

²⁵⁹ Elswier, Fiscaal Thema: Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, geraadpleegd op: 14 november 2022.

bijzondere situaties. In dit onderzoek worden echter alleen de wijzigingen in de Wet VpB 1969 behandeld die gevolgen hebben voor personenvennootschappen. In het consultatiedocument wordt 1 januari 2022 als datum van invoering van dit wetsvoorstel genoemd. Echter op het moment van schrijven van dit onderzoek is het wetsvoorstel nog niet ingediend bij de Tweede Kamer en de staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven pas in het derde kwartaal van 2023 het wetsvoorstel in te dienen aan de Tweede Kamer.²⁶⁰

5.3 Doel van het wetsvoorstel

Bij de behandeling en implementatie van de ATAD II richtlijn is door verschillende organisaties gepleit om het huidige Nederlandse fiscale kwalificatiebeleid aan te passen.²⁶¹ Het huidige fiscale kwalificatiebeleid is namelijk afwijkend van andere landen waardoor hybride mismatches ontstaan. Maatregelen om de gevolgen van hybride mismatches tegen te gaan zijn al genomen maar deze maatregelen voorzien voornamelijk in het wegnemen van de gevolgen van hybride mismatches. De oorzaken van de hybride mismatches blijven aanwezig. Mede daarom heeft het ministerie van Financiën onderzoek gedaan naar het huidige kwalificatiebeleid. Dit onderzoek heeft uiteindelijk geleid tot het wetsvoorstel zoals dat ter consultatie is voorgelegd.

In de toelichting op het wetsvoorstel wordt beperkt ingegaan op de doelstelling. De belangrijkste onderbouwing van de staatssecretaris voorziet vooral in het unieke toestemmingsvereiste dat door Nederland wordt toegepast. De CV wordt daarmee als open of besloten gekwalificeerd en daardoor ontstaan situaties met dubbele heffing of dubbele niet-heffing.²⁶² De open CV heeft daarom volgens de Staatssecretaris geen bestaansrecht meer en dient afgeschaft te worden zodat Nederland internationaal meer in de pas gaat lopen.

De zeer beperkte onderbouwing van het wetsvoorstel heeft in de literatuur geleid tot veel kritiek. Fibbe & Stevens vinden de aanpak van hybride mismatches ook niet het doorslaggevende argument.²⁶³ Zij zijn van mening dat het toestemmingsvereiste niet geschikt is om als doorslaggevend criterium te hanteren bij de bepaling van de vennootschapsbelastingplicht. Het doel van dit criterium is het verschillend behandelen van deelnemers die louter beleggen in de open CV (vennootschapsbelasting) en deelnemers die als ondernemer actief zijn (inkomstenbelasting). Volgens Fibbe & Stevens is dit criterium echter makkelijk te manipuleren waardoor het voor bijvoorbeeld een beleggings-CV eenvoudig is om als fiscaal transparant te kwalificeren. Daarentegen

²⁶⁰ V-N 2022/10.3, Overzicht planning fiscale maatregelen coalitieakkoord, bijlage 1.

²⁶¹ Beantwoording van vragen uit het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving, p.1. De vragen kwamen vanuit de CDA-fractie en de NOB, zie *Kamerstukken II 2019/20*, 35305, nr. 6, p. 37.

²⁶² Consultatiedocument fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 10.

²⁶³ Fibbe & Stevens, *WFR 2021/113*.

kan door een contractuele aanpassing een ondernemings-CV eenvoudig voor de vennootschapsbelastingplicht kiezen.²⁶⁴ Meer onderbouwing in het wetsvoorstel op bovengenoemde punten was volgen Fibbe & Stevens wenselijk geweest.

Boer & Knops vinden het daarnaast opmerkelijk dat in de concept-MvT niets vermeld is over de ontstaansgronden van de open CV.²⁶⁵ De open CV vindt haar oorsprong namelijk in de fiscaal gelijke behandeling van de vrije verhandelbare CV met de NV.²⁶⁶ De vraag of die rechtvaardigingsgronden nu nog steeds van toepassing zijn, wordt niet beantwoord door de staatssecretaris. Ook de fundamentele vraag of de rechtvaardigingsgronden voor het onderscheid tussen fiscale transparantie en fiscale niet-transparantie veranderd zijn, wordt te beperkt beantwoord met de verklaring dat het Nederlandse kwalificatiebeleid internationaal uit de pas loopt.²⁶⁷

Ook Veldhuizen vindt het onduidelijk waarom gekozen is voor het verhelpen van hybride mismatches als doelstelling.²⁶⁸ Met de implementatie van ATAD II worden de gevolgen bestreden en is het probleem daarmee ook opgelost en dus is het onlogisch om deze doelstelling te hanteren. Ook zou het logischer zijn om eerst de ATAD II regels te evalueren en te beoordelen of er daadwerkelijk nog onwenselijke gevolgen zijn van het huidige kwalificatiebeleid. In de literatuur wordt gesuggereerd dat de wetgever ook twee andere redenen heeft bij invoering van het wetsvoorstel. Evenals Veldhuizen, vermoeden Roelofs, Schenk & Peters²⁶⁹ dat de wetgever het anonimiseren van vermogen en het zogeheten boxhopping²⁷⁰ wil tegengaan met dit wetsvoorstel. Hoewel dit niet te lezen is in het consultatiedocument bij de open CV, volgt dit uit de beredenering van de staatssecretaris om de familiefondsen niet langer in de vennootschapsbelasting te belasten.²⁷¹ Indien de doelstelling van het wetsvoorstel daadwerkelijk het bestrijden van hybride mismatches was, zou niet de rechtsvormvergelijkingsmethode worden toegepast maar de symmetrische methode. Alleen met de symmetrische benadering worden hybride mismatches uitgesloten omdat Nederland dan aansluit bij de kwalificatie van de andere staat. Mijns inziens is deze kritiek terecht. Het doel van het wetsvoorstel is te beperkt omschreven en met het doel van het bestrijden van hybride mismatches zou eenvoudig gezegd aangesloten worden bij de buitenlandse kwalificatie door middel van de symmetrische methode.

²⁶⁴ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113.

²⁶⁵ Boer & Knops, *FED* 2021/82.

²⁶⁶ *Kamerstukken II* 1892/93, 71, nr. 6, p. 69 rk.

²⁶⁷ Boer & Knops, *FED* 2021/82.

²⁶⁸ M. Veldhuizen, Reactie op consultatiedocument Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 2.

²⁶⁹ Roelofs, Schenk & Peters, *FBN* 2021/30.

²⁷⁰ Boxhopping is het vermogen binnen de inkomstenbelasting overbrengen van box 3 naar box 2.

²⁷¹ Consultatiedocument fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 15.

5.4 Het vervallen van de open CV

Het vervallen van de open CV wordt als volgt in de wetgeving vastgelegd.²⁷² In de AWR vervalt het artikel met de definitie van de open CV. De benoeming van de open CV verdwijnt uit artikel 2 lid 1 onderdeel a Wet VpB 1969 en een nieuw onderdeel h wordt toegevoegd dat als volgt luidt: *“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”*.²⁷³ In artikel 3 lid 1 onderdeel b vervalt het gedeelte *“open commanditaire vennootschappen en andere”*. Daarnaast wordt artikel 3 lid 1 onderdeel e Wet VpB 1969 de volgende tekst toegevoegd.: *“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 met een rechtsvorm van de lichamen, genoemd in artikel 2, eerste lid, onderdelen a tot en met g, of van een maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap.”* Verder komt artikel 9 lid 1 onderdeel e Wet VpB 1969 te vervallen. In artikel 13 lid 2 Wet VpB 1969 vervallen (uiteraard) verwijzingen naar de open CV en wordt een corresponderende bepaling opgenomen om voor binnenlandse belangen in buitenlandse niet-vergelijkbare rechtsvormen voor de deelnemingsvrijstelling te verwijzen naar het nieuwe artikel 2 lid 1 onderdeel h Wet VpB 1969. In de AWR komt artikel 2 lid 3 onderdelen c en f te vervallen. Daarmee wordt het toestemmingsvereiste van de open CV uit de wettekst verwijderd. Opgemerkt moet worden dat dit civielrechtelijk niets verandert.²⁷⁴ Het civiele recht wordt als uitgangspunt genomen bij het fiscale recht maar het onderscheid tussen een open en besloten CV wordt alleen in het fiscale recht gemaakt door toepassing van artikel 2 lid 3 onderdeel c AWR. Met het vervallen van dat artikel blijft de CV civielrechtelijk bestaan en wordt niet ontbonden. Enkel de fiscale aspecten in de CV-overeenkomst kunnen eventueel gewijzigd moeten worden.

Met het vervallen van het toestemmingsvereiste heeft dit als gevolg dat alle open CV's als fiscaal transparant aangemerkt en de belastingplicht voor de vennootschapsbelasting vervalt.²⁷⁵ Alle personenvennootschappen kwalificeren hierna dus als fiscaal transparant en Nederland gaat zo meer in de pas lopen met andere landen. Fibbe & Stevens vragen zich echter af met de voorgestelde wettekst alle personenvennootschappen als fiscaal transparant worden aangemerkt.²⁷⁶ Het gedeelte *“en andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld”* blijft namelijk in artikel 2 lid 1 onderdeel a Wet VpB 1969 staan. Deze tekst is toegevoegd aan de Wet VpB

²⁷² Zie Consultatiedocument fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 1 & p. 2.

²⁷³ Consultatiedocument fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 1.

²⁷⁴ Roelofs, Schenk & Peters, *FBN* 2021/30.

²⁷⁵ Consultatiedocument fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 11.

²⁷⁶ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113.

1969 om maatschappen op aandelen binnen de reikwijdte van de wet te houden. Uit HR 24 november 1978 blijkt dat het begrip ‘in aandelen verdeeld’ materieelrechtelijk in plaats van formeelrechtelijk moet worden uitgelegd.²⁷⁷ Een materieelrechtelijke beoordeling gebeurt aan de hand van de afhankelijkheid van de vrije overdraagbaarheid van de participaties. Formeelrechtelijk is dit afhankelijk van de verdeling van de participaties tussen de deelnemers.

Personenvennootschappen hebben geen in aandelen verdeeld kapitaal maar op basis van HR 24 november 1978 kan een maatschap met evenredig verdeelde participaties die vrij overdraagbaar zijn, als belastingplichtig worden aangemerkt. Met het vervallen van het criterium van vrije overdraagbaarheid denken Fibbe & Stevens dat het begrip formeelrechtelijk moet worden uitgelegd in plaats van materieelrechtelijk.²⁷⁸ Daarmee worden maatschappen, v.o.f.’s en CV’s op aandelen belastingplichtig voor de Wet VpB 1969 en dat is niet de bedoeling van het wetsvoorstel. Dit probleem kan worden verholpen door in artikel 2 lid 1 onderdeel a Wet VpB 1969 de tekst “*andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld*” te schrappen of expliciet te vermelden dat artikel 2 lid 1 Wet VpB 1969 niet van toepassing is op maatschappen, v.o.f., CV en vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen. Bovengenoemde kritiek geldt ook voor het voorgestelde artikel 3 lid 1 onderdeel e Wet VpB 1969 uit het wetsvoorstel. Dit kan dan ook met de hierboven genoemde aanpassingen worden opgelost. Eerder is naar voren gekomen dat de wettekst van artikel 2 en artikel 3 Wet VpB 1969 van elkaar afwijken en dat dit onwenselijk was. In paragraaf 2.2.2 is al kort het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen behandeld. Dat wetsvoorstel hervormt het huidige civielrechtelijke kader rond personenvennootschappen. In het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen wordt alleen onderscheid gemaakt tussen een CV, een openbare personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid of stille personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Mocht dat wetsvoorstel ooit inwerking treden dan dienen artikel 2 en 3 Wet VpB 1969 te worden aangepast.²⁷⁹ Op grond van de criteria in het hiervoor aangehaalde arrest HR 24 november 1978 zou een openbare vennootschap belastingplichtig kunnen worden voor de Wet VpB 1969 als het toestemmingsvereiste komt te vervallen. Mocht het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen in werking treden dan verdient het de aanbeveling om tekst toe te voegen inhoudende dat artikel 2 lid 1 onderdeel e en artikel 3 lid 1 onderdeel a Wet VpB 1969 zien op openbare personenvennootschappen. Nu het wetsvoorstel en het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen de tekst van deze artikelen wijzigt, is het mijns inziens ook een goed

²⁷⁷ HR 24 november 1978, ECLI:NL:PHR:1976:AX3267, BNB 1978/13.

²⁷⁸ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113.

²⁷⁹ Van Kempen & Stevens, *WFR* 2023/11.

moment om de reikwijdte van deze artikelen gelijk te trekken en beide wetsvoorstellen in samenhang te behandelen om dubbele aanpassing in relatief korte periode te voorkomen.

5.5 De doorschuiffaciliteiten

Voor fiscale doeleinden wordt geacht dat de open CV direct voorafgaande aan de beëindiging van haar belastingplicht, al haar vermogensbestanddelen heeft overgedragen aan haar vennoten tegen de waarde in het economische verkeer op dat moment. De fictieve overdracht vindt zowel plaats aan de commanditaire vennoot als aan de beherende vennoot. Daarnaast houdt de open CV op Nederlandse winst te genieten en is de open CV niet meer belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.²⁸⁰ Deze twee ficties hebben tot gevolg dat afgerekend dient te worden over de aanwezige stille reserves en goodwill. Het gedeelte van de eindafrekeningswinst dat toekomt aan de beherende vennoot komt in aftrek van het gedeelte van de commanditaire vennoten. Daarnaast wordt de fictie toegepast dat de commanditaire vennoot haar aandeel in de open CV vervreemdt tegen de waarde in het economische verkeer.²⁸¹ Het wetsvoorstel bevat overgangsrecht om de directe gevolgen van het vervallen van de open CV te voorkomen. Een eindafrekening van de stille reserves en goodwill terwijl de onderneming blijft voortbestaan wordt namelijk als onwenselijk geacht. Ongerealiseerde vermogenswinsten worden in de heffing betrokken terwijl deze niet daadwerkelijk zijn verkregen door de belastingplichtige. Belastingplichtigen kunnen dan in liquiditeitsproblemen komen en de continuïteit van de onderneming komt in gevaar. Om directe belastingheffing te voorkomen heeft het kabinet in het overgangsrecht verschillende maatregelen opgenomen. Het overgangsrecht is van toepassing op de open CV zelf, de participanten in de open CV en de commanditaire vennoten in de open CV die onderworpen zijn aan de Wet VPB 1969.²⁸²

De eerste mogelijkheid om eindafrekening te voorkomen is het doorschuiven van de fiscale claim, dit is een generieke doorschuiffaciliteit. De generieke doorschuiffaciliteit dient op verzoek van alle commanditaire vennoten en de open CV te gebeuren.²⁸³ Deze faciliteit kan alleen worden toegepast indien alle commanditaire vennoten onderworpen zijn aan een belasting naar de winst. Daarnaast moeten alle commanditaire vennoten en de open CV in Nederland, een EU-lidstaat of een EER-lidstaat zijn gevestigd. Ook dient aan aanvullende voorwaarden te zijn voldaan om toekomstige belastingheffing van de doorgeschoven claim te garanderen. Tot slot mag zich zowel bij de CV als de commanditaire vennoten geen bijzondere situatie voordoen zoals een aanspraak op voorwaarts verrekenbare verliezen, toepassing van de innovatie box of voortwenteling van een saldo aan rente.

²⁸⁰ Consultatiedocument fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 11.

²⁸¹ Artikel VI, Consultatiedocument fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 4.

²⁸² V-N 2021/18.7, Conceptwetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen in consultatie.

²⁸³ Consultatiedocument fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 12.

Indien aan bovenstaande vereisten is voldaan kunnen door middel van deze generieke doorschuifbepaling de commanditaire vennoten in de plaats treden van de open CV. De commanditaire vennoten nemen fiscaal de vermogensbestanddelen over tegen de waarde van de bestanddelen zoals die op dat moment op de balans van de open CV staan. De regels voor de commerciële en fiscale balans wijken namelijk van elkaar af. De fiscale balans heeft als doel het vaststellen van de jaarwinst zoals bedoeld in artikel 3.25 Wet IB 2001.²⁸⁴ De commerciële jaarrekening volgt het jaarrekeningrecht dat is vastgelegd in Boek 2 titel 9 BW en heeft als doel het financiële beleid van een onderneming te verantwoorden. Doordat het gaat om een overgang van de open CV van fiscale niet-transparantie naar fiscale transparantie heeft dit geen civielrechtelijke gevolgen omdat het gaat om een fiscale wijziging.

De doorschuiffaciliteit is alleen van toepassing op commanditaire vennoten die zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting. Voor commanditaire vennoten die onderworpen zijn aan de inkomstenbelasting is in het overgangsrecht de mogelijkheid tot een aandelenfusie opgenomen.²⁸⁵ Het aandeel van de commanditaire vennoot moet dan gestort worden in een nieuwe houdstervenootschap tegen uitreiking van nieuwe aandelen. De aandelen die worden verkregen uit de houdstervenootschap moeten dezelfde waarde hebben als het aandeel in het vermogen dat de commanditaire vennoot heeft in de open CV op het moment dat de vennootschapsbelastingplicht eindigt. De aandelen van de nieuwe houdstervenootschap krijgen de verkrijgingsprijs van het aandeel in de CV zodat de fiscale claim doorgeschoven wordt. Het is mogelijk dat elke commanditaire vennoot deze aandelenfusie apart toepast of dat alle commanditaire vennoten tezamen een houdstervenootschap oprichten waarin alle commanditaire vennoten hun aandeel storten. De houdstervenootschap die wordt opgericht moet gevestigd zijn in Nederland, EU-lidstaat of een EER-lidstaat. De aandelenfusiefaciliteit kan gezien worden als een minder strenge toepassing van artikel 3.55 Wet IB 2001.²⁸⁶ In tegenstelling tot artikel 3.55 Wet IB 2001 ontbreken de stemrechteis en de antimisbrukeis. De stemrechteis houdt in dat meer dan de helft van het stemrecht verkregen moet worden in de verkrijgende vennootschap.²⁸⁷ Nadat een houdstervenootschap is opgericht en gebruik is gemaakt van de aandelenfusie moet de hierboven beschreven doorschuiffaciliteit worden toegepast. Zo wordt in een tweestappenplan de fiscale claim doorgeschoven. Het toepassen van deze twee stappen is noodzakelijk omdat de doorschuiffaciliteit

²⁸⁴ Vakstudie Inkomstenbelasting, art 3.25 Wet IB 2001, aant. 2.4.4.

²⁸⁵ V-N 2021/18.7, Conceptwetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen in consultatie.

²⁸⁶ V-N 2021/18.7, Conceptwetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen in consultatie.

²⁸⁷ Hoogeveen, in Cursus Belastingrecht IB.3.2.26.E.a.

alleen toepasbaar is voor commanditaire vennootschappen die onderworpen zijn aan een winstbelasting.

Indien de open CV en de commanditaire vennoten geen gebruik kunnen maken van de doorschuiffaciliteit of de aandelenfusie dan ontstaat een belastingschuld als gevolg van de afschaffing van de open CV. Omdat de belastingplichtigen vaak niet de financiële middelen hebben om hieraan te voldoen, biedt de derde faciliteit de mogelijkheid om deze belastingschuld gespreid over tien jaar in gelijke bedragen te betalen. De belastingplichtige mag ook kiezen om deze schuld in één keer te betalen. Als de belastingplichtige wel voor gespreide betaling kiest moet voldoende zekerheid vooraf worden gesteld door de belastingplichtige.

De laatste doorschuiffaciliteit ziet op terbeschikkingstellingsituaties. Als een commanditaire vennoot vermogensbestanddelen ter beschikking heeft gesteld aan de open CV zoals bedoeld in artikel 3.92 Wet IB 2001 en op dat vermogensbestanddeel zit een fiscale claim, dan kan die claim worden doorgeschoven indien het vermogensbestanddeel ongewijzigd gebruikt gaat worden in de andere onderneming waaruit de commanditaire vennoot gerechtigd is tot de winst. Deze faciliteit komt overeen met artikel 3.98 Wet IB 2001 en daarom moet ook aangesloten worden bij de parlementaire geschiedenis van dat artikel.

Het is positief dat het wetsvoorstel voorziet in overgangsrecht. In de literatuur wordt dit gedeelte echter beschouwd als het meest complexe en onduidelijke gedeelte.²⁸⁸ Zo blijkt uit de overdrachtsfictie dat de vermogensbestanddelen van de open CV ook aan de beherende vennoot wordt overgedragen. Dat zou ook eindafrekening tot gevolg hebben terwijl in het artikelsgewijs commentaar vermeld staat dat het wetsvoorstel geen gevolgen zou hebben voor de beherende vennoten.²⁸⁹ Daar komt nog bij dat volgens de tekst van het wetsvoorstel de doorschuifregeling niet van toepassing is voor beherende vennoten. De NOB merkt ook op dat de overdrachtsfictie alleen geldt voor de Wet VpB 1969 en niet voor de Wet IB 2001.²⁹⁰ Een schuldvordering in de terbeschikkingstellingsregeling zou bijvoorbeeld niet ten laste van het resultaat worden gebracht. Verder is het ook de vraag of de overdrachtsfictie geldt voor buitenlandse open CV's of die vergelijkbaar zijn met een CV, volgens de NOB is dit ook onduidelijk.²⁹¹

De generieke doorschuifregeling is alleen van toepassing indien de open CV en alle commanditaire vennoten in Nederland of de EU/EER zijn gevestigd en onderworpen zijn aan een winstbelasting.²⁹²

²⁸⁸ Zie bijvoorbeeld de Redactie in V-N 2021/18.7.

²⁸⁹ Boer & Knops, *FED* 2021/82.

²⁹⁰ NOB-reactie consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 16.

²⁹¹ NOB-reactie consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 15.

²⁹² V-N 2021/18.7: Conceptwetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen in consultatie.

Mocht één commanditaire vennoot dus niet in Nederland of EU/EER zijn gevestigd dan kan de doorschuifregeling niet worden toegepast. Ook kan de beherende vennoot deze faciliteit niet toepassen. Mocht eindafrekening ook gelden voor de beherende vennoot dan moet afgerekend worden over de stille reserves en goodwill. Dit lijkt mij een onterechte en onevenredig grote beperking die niet onderbouwd is met belastingheffing tot gevolg. Daarnaast is het de vraag of het uitsluiten van de buiten Nederland of buiten de EU/EER gevestigde vennoten niet in strijd is met de EU-rechtelijke vrijheid van kapitaalverkeer. De vrijheid van kapitaalverkeer strekt zich namelijk ook uit tot derde landen.²⁹³ Maatregelen die kapitaalbewegingen van en naar een lidstaat belemmeren en waarbij geen sprake is van een objectieve onvergelykbare situatie zijn in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer.²⁹⁴ Het is mijns inziens niet duidelijk waarom aan een vennoot die niet in Nederland of de EU/EER is gevestigd niet soortgelijke eisen gesteld kunnen worden. Het bijvoorbeeld enkel in de Verenigde Staten gevestigd zijn lijkt mij niet een wezenlijke andere situatie dan een commanditaire vennoot die gevestigd is in Nederland. Dat de situatie van participanten geen objectief onvergelykbare situatie oplevert volgt ook uit het arrest Santander Asset Management.²⁹⁵ In deze zaak ging het om Franse dividendbelasting die wel werd geheven van een niet-ingezetenen Instelling voor Collectieve Beleggingen (hierna: ICBE) maar Franse ICBE waren niet onderworpen aan de Franse dividendbelasting. Het HvJ oordeelde dat de situatie van de participanten in de ICBE niet van belang is bij de beoordeling of een situatie vergelijkbaar is, als een nationale regeling de heffing uitsluitend doet afhangen van de vestigingsplaats.²⁹⁶ Verder ontbreken de maatschappen, v.o.f.'s en CV's met evenredig verdeelde participaties die vrij overdraagbaar zijn die op grond van het arrest van HR 24 november 1978 belastingplichtig kunnen worden.²⁹⁷

Voor commanditaire vennoten die niet rechtstreeks deze generieke doorschuiffaciliteit kunnen toepassen, is het mogelijk om eerst de aandelenfusie toe te passen en dan de generieke doorschuiffaciliteit. De aandelenfusie is alleen van toepassing op een in Nederland of EU/EER gevestigde vennootschappen. Net zoals bij de generieke doorschuiffaciliteit is dit een grote beperking die niet is onderbouwd. Verder staat in de tekst van de aandelenfusie dat alle aandelen in de nieuw opgerichte vennootschap moeten worden verkregen.²⁹⁸ Doordat het nodig is dat alle aandelen moeten worden verkregen leidt dit tot de situatie dat de fusie alleen toegepast kan worden door middel van een nieuwe BV. Ondanks dat andere belastingen dan de Wet VpB 1969 achterwege blijven in dit onderzoek is het noemenswaardig dat bij het overgangsrecht geen rekening is gehouden

²⁹³ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 24 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:297, zaak C-157/05.

²⁹⁴ Van der Wal, *WFR* 2017/82.

²⁹⁵ HvJ EU 10 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:286, zaak C-338/11.

²⁹⁶ Van der Wal, *WFR* 2017/82.

²⁹⁷ HR 24 november 1978, ECLI:NL:PHR:1976:AX3267, BNB 1978/13.

²⁹⁸ NOB-reactie consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 19.

met bijvoorbeeld de overdrachtsbelasting.²⁹⁹ Volgens Roelofs, Schenk & Peters kan de toepassing van de aandelenfusie leiden tot het verschuldigd zijn van overdrachtsbelasting.

5.6 Nieuwe kwalificatie buitenlandse rechtsvormen

Om hybride mismatches tegen te gaan is ook het kwalificatiebeleid buitenlandse rechtsvormen gewijzigd. De rechtsvormvergelijkingsmethode voldoet volgens de Staatssecretaris van Financiën in de meeste gevallen. De Staatssecretaris erkent ook dat deze methode ook zijn knelpunten kent indien geen vergelijkbare Nederlandse variant bestaat en dus niet op een eenduidige manier in de belastingheffing worden betrokken. In die situaties worden in het wetsvoorstel twee aanvullende methodes geïntroduceerd. De eerste methode is de vaste methode. De vaste methode is opgenomen in artikel 2 lid 1 onderdeel h Wet VpB 1969. Dit artikel is van toepassing in de situatie dat een buitenlandse rechtsvorm gevestigd is in Nederland en er geen vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm is op basis van de rechtsvormvergelijkingsmethode. De buitenlandse rechtsvorm wordt dan binnenlands belastingplichtig voor de Wet VpB 1969. De tweede methode is de symmetrische methode, opgenomen in artikel 3 lid 1 onderdeel Wet VpB 1969. De symmetrische methode wordt in twee situaties toegepast. Ten eerste in de situatie dat voor een naar buitenlands recht opgerichte entiteit die in het buitenland is gevestigd, geen Nederlands vergelijkbare rechtsvorm bestaat en deze buitenlandse entiteit heeft een belang in een Nederlandse belastingplichtige. Ten tweede in de situatie dat een Nederlandse entiteit die belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting een belang heeft in een buitenlands lichaam dat geen Nederlands equivalent heeft. In beide situaties wordt voor de fiscale kwalificatie van de staat van oprichting gevolgd. Met de aanvullende methodes verwacht de Staatssecretaris dat zich significant minder kwalificatieverschillen zullen voordoen.

Voor de praktijk zal het in dit wetsvoorstel voorgestelde kwalificatiebeleid van belang zijn. Door de twee aanvullende methodes komen waarschijnlijk minder hybride mismatches voor in context met Nederland en kan de toepassing van de complexe maatregelen uit de hybridemismatchmaatregelen achterwegen blijven.³⁰⁰ De vraag is echter of door het handhaven van de rechtsvormvergelijkingsmethode het doel van het wetsvoorstel, het bestrijden van hybride mismatches, daadwerkelijk wordt behaald. De algemene gedachte is in de literatuur namelijk dat deze methode niet goed werkt bij buitenlandse rechtsvormen waar in Nederland geen vergelijkbare vorm te vinden is.³⁰¹ De Commissie Personenvennootschappen erkent dit probleem ook, echter komt zij ook tot de conclusie dat het handhaven van de rechtsvormvergelijkingsmethode als hoofdregel en het opnemen van een secundaire regel voor niet vergelijkbare rechtsvormen die in Nederland zijn

²⁹⁹ Roelofs, Schenk & Peters, *FBN* 2021/30.

³⁰⁰ Simonis, *NtFR* 2021/1244.

³⁰¹ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113.

gevestigd het meest voor de hand ligt.³⁰² Voor deze secundaire regel ziet de Commissie Personenvennootschappen vier mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is dat een niet vergelijkbare rechtsvorm altijd als niet-transparant kwalificeert. Ten tweede dat de rechtsvorm altijd fiscaal transparant is. Als derde optie wordt de fiscale kwalificatie van het land van oprichting gevolgd. De vierde mogelijkheid houdt in dat de rechtsvorm bijvoorbeeld elke vijf jaar opnieuw heroverweegt om als fiscaal transparant of fiscaal niet-transparant te kwalificeren. Welke van de vier methodes gekozen moet worden is arbitrair. De Commissie Personenvennootschappen vindt het vanuit eenvoud, duidelijkheid en anti-misbruik de keuze om alle niet-vergelijkbare rechtsvormen altijd als vennootschapsbelastingplichtig in de wet op te nemen.

De aanvullende methodes worden pas toegepast indien sprake is van een niet-vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm. De NOB merkt op dat het niet duidelijk is wanneer sprake is van vergelijkbaarheid of niet-vergelijkbaarheid.³⁰³ In het wetsvoorstel wordt in de toelichting de 'Limited Liability Partnership' (Verenigd Koninkrijk), 'Unlimited Company' (Ierland) en 'Kommanditgesellschaft auf Aktien' (Duitsland) als voorbeeld benoemd voor niet vergelijkbare rechtsvorm. Hieruit kan de NOB geen algemene lijn halen waaruit vergelijkbaarheid of niet-vergelijkbaarheid blijkt. Ook de Boer & Knops vinden dat de onderbouwing bij dit belangrijke punt van het wetsvoorstel tekortschiet.³⁰⁴ Doordat de niet-vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm niet mag lijken op de Nederlandse in de wet voorkomende rechtspersonen en personenvennootschappen is het volgens Boer & Knops onduidelijk hoe dan bijvoorbeeld moet worden omgegaan met een Stichting Particulier Fonds. Een Stichting Particulier Fonds is een Antilliaanse rechtsvorm met een afgezonderd vermogen dat geen winstookmerk heeft. Een Stichting Particulier Fonds lijkt daarmee op een Nederlandse stichting maar de Antilliaanse stichting heeft geen uitkeringsverbod. De wetgever vindt het daarom niet vergelijkbaar met een Nederlandse stichting.³⁰⁵ De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds wordt op grond van het nieuwe artikel 2 lid 1 onderdeel h Wet VpB 1969 belastingplichtig. De NOB stelt voor om een lijst op te stellen met buitenlandse entiteiten die een vergelijkbare en niet-vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm hebben. Boer & Knops daarentegen voelen niks voor om de scheidslijn tussen vergelijkbare en niet vergelijkbare buitenlandse entiteiten uit te werken.³⁰⁶ Deze scheiding is volgens Boer & Knops zo fundamenteel dat die in de wetgeschiedenis toegelicht moet worden. Mijns inziens zou een dergelijke indicatieve lijst moeten worden opgenomen, net zoals in het

³⁰² Stevens & Tuk, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 80 & 81.

³⁰³ NOB-reactie consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 3.

³⁰⁴ Boer & Knops, *FED 2021/81*.

³⁰⁵ *Kamerstukken II 2011/12, 33003, nr. 3, p. 81 & 82.*

³⁰⁶ Boer & Knops, *FED 2021/82*.

kwalificatiebesluit uit 2009. Dit vergemakkelijkt de toepassing van de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen en biedt meer zekerheid voor de belastingplichtige.

Opmerkelijk ook is dat enige vorm van onderbouwing met betrekking tot het Europese recht ontbreekt. Met name bij de keuze voor de vaste methode in artikel 2 lid 1 onderdeel h Wet VpB 1969 is dit opmerkelijk. De vaste methode wordt beschouwd als de methode met het meeste risico in verhouding tot het Europese recht. Deze methode behandelt namelijk buitenlandse entiteiten op eenzelfde manier, ongeacht de kwalificatie van een vergelijkbare binnenlandse entiteit. De fiscale behandeling kan dan afwijken terwijl de situatie van de binnen- en buitenlandse entiteit vergelijkbaar zijn.³⁰⁷ Door twee verschillende methodes toe te passen wordt een onderscheid gemaakt bij niet vergelijkbare lichamen tussen binnenlandse en buitenlandse situaties.³⁰⁸ De NOB ziet ook potentiële EU-rechtelijke problemen. De NOB noemt als voorbeeld de situatie dat een herkwalificatie plaatsvindt van een buitenlandse entiteit van fiscaal niet-transparant naar fiscaal transparant waarbij verliezen na die herkwalificatie nergens meer in aanmerking kunnen worden genomen.³⁰⁹ Fibbe & Stevens merken op dat dit binnen de regels valt die zijn gesteld in het Columbus Container Services arrest. Een onderscheid wordt namelijk niet gemaakt met vergelijkbare Nederlandse entiteit omdat die er dus niet is. Wel kan de toepassing van de vaste methode juist weer hybride mismatches in de hand werken, bijvoorbeeld in de situatie met een in Nederland gevestigde Engelse 'Limited Liability Partnership' waarbij de participanten in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd. Deze entiteit is vanuit het Engels perspectief fiscaal transparant en op grond van de vaste methode wordt deze entiteit dan binnenlands belastingplichtig in Nederland. Bij gelijktijdige toepassing van nationale wetgevingen, een dispariteit, kan dan dubbele belastingheffing ontstaan.³¹⁰ De dubbele heffing zou dan via het bilaterale belastingverdrag verholpen moeten worden. Fibbe & Stevens kunnen zich vinden in de vaste methode. De symmetrische benadering en dan aansluiten bij de staat van vestiging, in dit geval Nederland, biedt geen oplossing. Aansluiting bij het recht van de staat van oprichting levert andere nadelen op die verderop in dit hoofdstuk worden behandeld en het hanteren van de optionele benadering leidt zoals behandeld in paragraaf 3.2.2 tot situaties met dubbele niet-heffing of dubbele aftrek. De keuze voor de vaste methode is ook vanuit het perspectief van eenvoud, duidelijkheid en de afwezigheid van substantieel misbruik goed te begrijpen. Immers is er maar één belastingplichtige in tegenstelling tot mogelijk meerdere achterliggende participanten.³¹¹ Tot slot is het opmerkelijk dat

³⁰⁷ Van Hulten & Stevens, *EC Tax Review* 2022/6, p. 318.

³⁰⁸ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113.

³⁰⁹ NOB-reactie consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 24.

³¹⁰ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113.

³¹¹ Stevens & Tuk, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 81.

de fiscale kwalificatie alleen in de Wet VpB 1969 staat.³¹² De fiscale kwalificatie van een lichaam heeft ook bredere gevolgen dan enkel voor de vennootschapsbelasting. De kwalificatie kan ook gevolgen hebben voor de Wet IB 2001, de Wet DB 1965 en de Wet BB 2021. Neem artikel 1 lid 1 Wet DB 1965: dat artikel bepaalt wie inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting. Het is ook logisch om aan dat artikel toe te voegen dat ook lichamen uit artikel 2 lid 1 onderdeel h Wet VpB 1969 inhoudingsplichtig worden voor de Wet DB 1965.

De symmetrische methode is van toepassing bij niet-vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen die buitenlands belastingplichtig zijn in Nederland. Over het algemeen wordt deze methode als de meest effectieve methode beschouwd om de oorzaak van hybride mismatches weg te nemen.³¹³ Voor de symmetrische methode zijn in algemeen twee benaderingen te onderscheiden. In de eerste benadering wordt de kwalificatie van de staat van oprichting gevolgd.³¹⁴ Bij de andere methode wordt de kwalificatie van de staat van vestiging gevolgd.³¹⁵ In het nieuwe artikel 3 lid 1 onderdeel e Wet VpB 1969 van het wetsvoorstel is gekozen om de staat van oprichting te volgen. Waarom voor de staat van oprichting is gekozen wordt niet toegelicht maar deze keuze is opmerkelijk. In de situatie dat een lichaam haar zetel verplaatst naar een andere staat met al dan niet een omzetting van de rechtsvorm kan een hybride mismatch zich nog steeds voordoen.³¹⁶ Uit het onderzoek van de Commissie Personenvennootschappen blijkt ook dat in situaties van dual residents³¹⁷ zich mismatches blijven voordoen indien de kwalificatie van de oprichtingsstaat wordt gevolgd.³¹⁸ Het zou daarom mijns inziens logischer zijn dat de kwalificatie van de staat van vestiging gevolgd wordt aangezien dit bijdraagt aan het (te beperkt) beschreven doel van het wetsvoorstel. Fibbe & Stevens bevelen echter aan dat de symmetrische methode niet alleen van toepassing is op niet-vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen, maar juist alle situaties waarbij sprake is van een hybride mismatch.³¹⁹ Zeker met het oog op de doelstelling van het wetsvoorstel onderschrijf ik deze mening. Een voordeel is dan zeker dat de complexe hybridemismatchmaatregelen in veel situaties niet meer toegepast moeten worden omdat de hybride mismatch bij de oorzaak worden aangepakt. Wel moet opgemerkt

³¹² Kempen & Stevens, *Personenvennootschappen* (FM nr. 179) 2023/13.5.

³¹³ Zie bijvoorbeeld Fibbe, *EC Law Aspects of Hybrid Entities*, IBFD, Doctoral Series no. 15; Boer & Knops, *FED* 2021/82.

³¹⁴ Zie voor een dergelijke uitwerking Parada, *'Double Non-taxation and the Use of Hybrid Entities (diss)*, Series on International Taxation, Kluwer Law International, 2018.

³¹⁵ Zie voor die methode Fibbe, *EC Law Aspects of Hybrid Entities*, IBFD, Doctoral Series no. 15.

³¹⁶ Boer & Knops, *FED* 2021/82.

³¹⁷ Een dual residence situatie is een mismatch waarbij een entiteit meerdere fiscale woonplaatsen heeft.

³¹⁸ Fibbe & Stevens, *'Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen, Rapport van de Commissie Personenvennootschappen'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 260, p. 200.

³¹⁹ Fibbe & Stevens, *WFR* 2021/113.

worden dat met het vervallen van de open CV ook nationale situaties worden geraakt.³²⁰ Deze CV's hebben niets te maken met hybride mismatches en dus draagt dit niks bij aan het doel van het wetsvoorstel maar moeten wel met de gevolgen omgaan van de overdrachtsfictie. Dit is mijns inziens niet wenselijk en aangezien het hiervoor besproken overgangsrecht ook de nodige knelpunten kent zal het vervallen van de open CV in nationale situaties voor belastingplichtigen leiden tot extra lasten.³²¹

Op grond van een aanpassing in artikel 13 lid 2 Wet VpB 1969 wordt de symmetrische methode doorgetrokken naar de deelnemingsvrijstelling. Zo kan deze vrijstelling van toepassing blijven indien in een niet-vergelijkbare buitenlandse entiteit een 5% belang wordt gehouden. Met het vervallen van de open CV is het echter onduidelijk hoe moet worden omgegaan bij flankerende maatregelen van de deelnemingsvrijstelling met een 5% belang.³²² De NOB vraagt zich af hoe bijvoorbeeld moet worden omgegaan met het vervallen van een deelneming in de open CV.³²³ Leidt het vervallen tot een liquidatieverlies? En moet aangesloten worden bij CFC-regeling om te bepalen of sprake is van een belasting naar winst? Nadere onderbouwing door de Staatssecretaris om dit punt is daarom ook gewenst. Mijns inziens kan vanuit eenvoudsperspectief het beste aansluiting worden gezocht bij de CFC-regeling bij de bepaling of sprake is van een belasting naar de winst. Ook wordt dan voorkomen dat verschillende begrippen van belasting naar de winst ontstaan. Tot slot moet het kwalificatiebesluit uit 2009 vernieuwd worden als het wetsvoorstel inwerking gaat treden.³²⁴ De vragen uit het toetsingskader hebben nog betrekking op de open CV en als die komt te vervallen moeten de vragen ook worden aangepast.

In paragraaf 2.2.2 is kort het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen besproken. In die paragraaf is gebleken dat het geen gevolgen heeft voor de fiscale transparantie van personenvennootschappen. In het toetsingskader van het kwalificatiebesluit zijn de civielrechtelijke kenmerken relevant bij de beoordeling of het lichaam een Nederlands vergelijkbaar equivalent heeft. Het is noemenswaardig om kort in te gaan op de mogelijke gevolgen van het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen op de kwalificatie van buitenlandse entiteiten. Doordat het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid door openbare vennootschappen geen gevolgen heeft voor de fiscale transparantie en ook niet voor de verbondenheid van de participanten zal het wetsvoorstel

³²⁰ M. Veldhuizen, Reactie op consultatiedocument Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 3.

³²¹ Denk aan notariskosten, herstructureringskosten of advieskosten.

³²² Neem bijvoorbeeld de liquidatieverliesregeling. De NOB vraagt zich af of de overdrachtsfictie leidt tot een verlies zoals bedoeld in artikel 13d Wet VpB 1969? NOB-reactie consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 12.

³²³ NOB-reactie consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, p. 12.

³²⁴ Besluit 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, Stcrt. 2009, 19749, p. 3.

Modernisering Personenvennootschappen een beperkte invloed hebben.³²⁵ Dit volgt mede uit jurisprudentie waaruit blijkt dat het bezitten van rechtspersoonlijkheid niet doorslaggevend is voor fiscale transparantie of fiscale niet-transparantie. De vragen die in het huidige kwalificatiebesluit staan moeten echter wel aangepast worden zodat getoetst kan worden of niet-vergelijkbare buitenlandse entiteiten overeenkomen met de openbare of stille personenvennootschap. Hoe deze vragen moeten luiden valt buiten dit onderzoek maar mocht het wetsvoorstel en het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen ingevoerd worden, dan is het mijns inziens verstandig om beide wetsvoorstellen in samenhang in te voeren zodat het kwalificatiebesluit niet meermaals aangepast moet worden.

Voor de kwalificatie van buitenlandse entiteiten is het mijns inziens beter om integraal de symmetrische methode toe te passen bij alle kwalificatieverschillen in plaats van de vaste methode bij niet-vergelijkbare buitenlandse entiteiten gevestigd in Nederland en de symmetrische methode bij niet-vergelijkbare buitenlandse entiteiten. Dit komt ook het doel van het wetsvoorstel ten goede omdat dan overal de oorzaak van hybride mismatches wordt aangepakt. Daarmee kan de rechtsvormvergelijkingsmethode ook vervallen omdat Nederland dan altijd feitelijk dezelfde kwalificatie hanteert als het buitenland.³²⁶ De discussie over de interpretatie van de toetsingsvragen uit het kwalificatiebesluit vervalt en het toekomstige vraagstuk over hoe de toetsingsvragen eruit zouden moeten zien bij mogelijke inwerkingtreding van het wetsvoorstel en het wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen is niet meer aan de orde. Verder is het vraagstuk wat niet-vergelijkbaar is ook niet meer relevant omdat bij alle kwalificatieverschillen wordt aangesloten bij de kwalificatie van het buitenland. Met het wettelijke vastleggen van de symmetrische methode zou het kwalificatiebesluit kunnen vervallen. Een bijkomend voordeel is dat de toepassing van de ingewikkelde hybridemismatchmaatregelen grotendeels achterwege kunnen blijven.

5.7 Doeltreffendheid en doelmatigheid van het wetsvoorstel

Nu het wetsvoorstel in detail is behandeld is het de vraag of het beoogde doel van het wetsvoorstel wordt behaald en dit op een doelmatige manier wordt bereikt zoals is geformuleerd zoals in de Nota Zicht op Wetgeving.³²⁷ Om de noodzakelijkheid van het wetsvoorstel aan te tonen moet de doelstelling van de wettelijke wijziging helder, volledig en zo concreet mogelijk geformuleerd worden.³²⁸ Dit is van belang om de effecten van het wetsvoorstel te beoordelen. De doeltreffendheid en doelmatigheid van het wetsvoorstel worden verbeterd door een goede begeleiding en invoering

³²⁵ Van Kempen & Stevens, *WFR* 2023/11.

³²⁶ Fibbe, *NLF-W* 2023/3.

³²⁷ Nota Zicht op wetgeving 1991, Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nr. 2, p. 25.

³²⁸ *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nr. 1-2.

van de wet. Verder wordt pas aan de toetsing van doelmatigheid toegekomen indien een maatregel voor een gedeelte doeltreffend is. Indien een regeling als geheel niet doeltreffend is, wordt niet meer aan de doelmatigheid van die regeling getoetst.³²⁹ Eerst wordt dus de doeltreffendheid van de maatregelen getoetst. De beoordeling gebeurt aan de hand van het omschreven doel van het wetsvoorstel en hoe de voorgestelde maatregelen daaraan bijdragen. De toetsing vindt plaats door het toekennen van een plusjes op een schaal van één tot vijf plusjes. De toetsing van doelmatigheid gaat op dezelfde manier plaatsvinden. Als een maatregel meer plusjes heeft dan scoort het hoger op de mate van doeltreffendheid of doelmatigheid. In dit onderzoek wordt voor de toetsing van doelmatigheid de mogelijke gevolgen voor de betrokken belanghebbenden en de duidelijkheid van de voorgestelde maatregelen. Het doel van het wetsvoorstel is het voorkomen van hybride mismatches om zo internationaal meer in de pas te lopen. Samenvattend is dit bewerkstelligd door het toestemmingsvereiste te laten vervallen en het Nederlandse kwalificatiebeleid aan te vullen met de vaste methode en symmetrische methode als naast de rechtsvormvergelijkingsmethode. Eerst wordt het vervallen van het toestemmingsvereiste en de aanpassingen aan het kwalificatiebeleid apart getoetst om vervolgens een oordeel over het gehele wetsvoorstel te vormen.

Het doel van het wetsvoorstel is niet nader geformuleerd dan het voorkomen van hybride mismatches. Het was mijns inziens wenselijk geweest als de Staatssecretaris dit verder had geformuleerd. De Staatssecretaris zou beter kunnen ingaan op de ontstaansgronden van de open CV en waarom nog steeds het onderscheid wordt gemaakt wordt tussen fiscale transparantie of fiscale niet-transparantie. Met een dergelijke onderbouwing is het vervallen van het toestemmingsvereiste ook meer gelegitimeerd. Wel kan geconcludeerd worden dat met het vervallen van het toestemmingsvereiste hybride mismatches worden voorkomen omdat het een uniek Nederlands criterium dat eenvoudig te manipuleren is. Het toestemmingsvereiste is bij de rechtsvormvergelijkingsmethode een probleem omdat een buitenlandse entiteit ook vergeleken gaat worden met een Nederlandse open CV door middel van dit vereiste. Deze maatregel raakt echter ook veel nationale situaties die niets te maken hebben met internationale hybride mismatches. Zo wordt dus niets bijgedragen aan het doel maar in die situatie moet wel de complexe overgangsregelingen worden toegepast die op bepaalde punten te beperkt is. Mede door het beperkt omschreven doel en de vergaande nationale gevolgen wordt de volgende score toegekend:

Tabel 5.7.1

Doeltreffendheid vervallen toestemmingsvereiste	+++
---	-----

³²⁹ SEO Economisch Onderzoek, 'Een btw-nultarief voor groente en fruit', p. 3.

Ook de introductie van de vaste methode en de symmetrische methode worden hybride mismatches tot een zekere hoogte voorkomen en draagt dit bij aan het doel van het wetsvoorstel. Doordat er aangesloten wordt bij de buitenlandse kwalificatie van niet-vergelijkbare entiteiten wordt de oorzaak van de hybride mismatches aangepakt. Het is mijns inziens echter niet duidelijk waarom voor deze methodes is gekozen door de Staatssecretaris en enige vorm van onderbouwing ontbreekt. Vanuit het doel bekeken was het namelijk beter geweest om integraal de symmetrische methode integraal toe te passen bij alle kwalificatieconflicten zoals in de vorige paragraaf is beargumenteerd. Met de toepassing van de vaste methode bij in Nederland gevestigde niet-vergelijkbare buitenlandse entiteiten kunnen namelijk nog steeds dual residence mismatches ontstaan. De vaste methode kan daarnaast nog mogelijke EU-rechtelijke problemen opleveren. Bij de symmetrische methode wordt aangesloten bij de kwalificatie van de staat van oprichting. Door aan te sluiten bij de staat van oprichting kan nog steeds een hybride mismatch voordoen. Aansluiting bij de staat van vestiging maakt de kans op hybride mismatch kleiner. Ook met het behoud van de rechtsvormvergelijkingsmethode blijven hybride mismatches bestaan als bijvoorbeeld Amerika het check-the-box-system blijft toepassen. Daarnaast is het onduidelijk wanneer de aanvullende methodes worden toegepast. Er dient namelijk sprake te zijn van een niet-vergelijkbare entiteit maar het is onduidelijk wanneer hier sprake van is. De discussie was eerst wat vergelijkbaarheid is en wordt met dit wetsvoorstel verplaatst naar wat niet-vergelijkbaarheid is. Met het vervallen van de open CV maar wel het behouden van de rechtsvormvergelijkingsmethode is het daarnaast noodzakelijk om de toetsingsvragen in het kwalificatiebesluit aan te passen. Over een dergelijke aanpassing is in het wetsvoorstel niks gezegd en dit leidt vermoedelijk tot een discussie over hoe die vragen moeten luiden. De volgende score is daarom toegekend:

Tabel 5.7.2

Doeltreffendheid behouden rechtsvormvergelijkingsmethode	+
Doeltreffendheid aanvullende vaste methode	++
Doeltreffendheid aanvullende symmetrische methode	+++

Uit bovenstaande tabellen volgt dat negen plusjes zijn behaald waar in totaal twintig plusjes mogelijk was. Met deze score kan geconcludeerd worden dat het wetsvoorstel in beperkte mate doeltreffend is. De volgende stap is dan om te toetsen aan de doelmatigheid van het wetsvoorstel. Omdat het oorspronkelijke plan is om wetsvoorstel als geheel inwerking te laten treden wordt het wetsvoorstel als geheel beoordeeld.

Met het vervallen van het toestemmingsvereiste is het de bedoeling dat alle personenvennootschappen fiscaal transparant worden en dus niet vennootschapsbelastingplichtig zijn. Met de voorgestelde wettekst is het echter onduidelijk of dit ook daadwerkelijk het geval is. Het standpunt kan namelijk worden ingenomen dat met het vervallen van het criterium van vrije overdraagbaarheid het begrip ‘in aandelen verdeeld’ formeelrechtelijk moet worden uitgelegd. Maatschappen, v.o.f.’s en CV’s op aandelen zouden dan belastingplichtig kunnen worden voor de Wet VpB 1969. Het wetsvoorstel voorziet in overgangsrecht bij het vervallen van de open CV directe belastingheffing bij de open CV en de participanten te voorkomen. Voor de beherende vennoot zou dit volgens de Staatssecretaris geen gevolgen moeten hebben en daarom is het overgangsrecht niet op de beherende vennoot van toepassing. Echter volgt uit de concept-MvT dat de vermogensbestanddelen ook aan de beherende vennoot wordt overgedragen. De beherende vennoot moet dan afrekenen over de meerwaarde omdat het overgangsrecht niet kan worden toegepast. Verder moet de open CV en alle commanditaire vennoten in Nederland of de EU/EER zijn gevestigd en onderworpen zijn aan een winstbelasting. Waarom de open CV of de commanditaire vennoten niet in een derde land gevestigd mogen zijn is niet toegelicht. Het is aannemelijk dat één commanditaire vennoot in een derde land is gevestigd is dat zou tot gevolg hebben dat de doorschuiffaciliteit niet toegepast kan worden. Het is maar de vraag of dit niet in strijd is met het vrije kapitaalverkeer omdat de situatie van de achterliggende participanten geen objectief onvergelykbare situatie oplevert. Ook dient de generieke doorschuiffaciliteit op verzoek van alle commanditaire vennoten te gebeuren. Dit maakt het uitvoeren van het verzoek complex omdat het maar de vraag is of alle commanditaire vennoten met elkaar in contact staan. Verder zijn de gevolgen voor bijvoorbeeld de overdrachtsbelasting niet benoemd in het wetsvoorstel. De aanpassingen van het kwalificatiebeleid zal voor de belastingplichtige als voordeel hebben dat de ingewikkelde maatregelen uit ATAD II grotendeels niet meer toegepast moeten worden. Het is echter wel onduidelijk wat de gevolgen zijn bij de flankerende maatregelen van de deelnemingsvrijstelling met een 5% belang in een niet-vergelijkbaar buitenlands lichaam. Door de vergaande gevolgen voor de belanghebbende door de onduidelijke en beperkte toelichting van het overgangsrecht is de volgende score toegekend:

Tabel 5.7.3

Doelmatigheid van het wetsvoorstel	++
------------------------------------	----

Met slechts twee van de vijf plusjes is het wetsvoorstel zeer beperkt doelmatig is. De combinatie van een beperkte doeltreffendheid en zeer beperkte doelmatigheid kan mijns inziens geconcludeerd

worden dat aanpassing van het wetsvoorstel gewenst is voordat het in werking treedt. Mocht het wetsvoorstel in het derde kwartaal van 2023 opnieuw wordt ingediend in de Tweede Kamer dan is het wenselijk dat de Staatssecretaris nader ingaat op de in dit hoofdstuk behandelde punten zodat de doeltreffendheid en doelmatigheid van het wetsvoorstel voldoende is.

5.8 Samenvatting & conclusie

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: *“Wat houdt het conceptwetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen in en is dit wetsvoorstel doeltreffend en doelmatig?”*

Het wetsvoorstel is in 2021 in consultatie gebracht en bevat een viertal wijzigingen. In het wetsvoorstel wordt de open CV afgeschaft en bij de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen worden de vaste en symmetrische methode als aanvullende methodes geïntroduceerd. Het wetsvoorstel heeft als doel hybride mismatches tegen te gaan en internationaal meer in de pas te lopen.

Opmerkelijk is de beperkte onderbouwing van het doel van het wetsvoorstel. Het was logischer geweest als de Staatssecretaris was ingegaan op het bestaansrecht van de open CV of de rechtvaardigingsgronden van het onderscheid tussen fiscale transparantie en fiscale niet-transparantie. Daarnaast was dit de kans om artikel 2 en 3 Wet Vpb 1969 met elkaar gelijk te trekken. Verder raakt het vervallen van de open CV ook nationale situaties waarbij geen sprake kan zijn van hybride mismatches, wat dus niets bijdraagt aan het doel van het wetsvoorstel.

Met het vervallen wordt de open CV geacht haar vermogensbestanddelen over te dragen aan haar commanditaire vennoten en beherende vennoten. Dit zou eindafrekening over de stille reserves en goodwill tot gevolg hebben. De fictieve overdracht geldt ook voor de beherende vennoot terwijl in het wetsvoorstel staat dat het geen fiscale gevolgen zou hebben voor de beherende vennoot. Om de directe fiscale gevolgen te voorkomen voorziet het wetsvoorstel in overgangsrecht. Dit overgangsrecht is echter te beperkt geformuleerd. Het overgangsrecht is ten eerste niet van toepassing op de beherende vennoot. Ook is generieke doorschuiffaciliteit en de aandelenfusie alleen van toepassing zijn op in Nederland of EU/EER gevestigde vennootschappen en onderworpen aan een winstbelasting. Deze beperking is niet toegelicht en zal veel gevolgen hebben aangezien het snel kan voorkomen dat één vennoot hier niet aan voldoet.

In het nieuwe kwalificatiebeleid wordt eerst de rechtsvormvergelijkingsmethode gehanteerd en deze wordt aangevuld met de vaste en symmetrische methode bij niet-vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen. Wanneer sprake is van niet-vergelijkbaarheid is echter onduidelijk. Dit probleem kan verholpen worden met een indicatieve lijst met vergelijkbare en niet-vergelijkbare rechtsvormen. Hoewel er EU-rechtelijke problemen kunnen zijn bij de vaste methode is deze keuze begrijpelijk

vanuit het perspectief van eenvoud, duidelijkheid en zo min mogelijk misbruik. De vaste methode kan echter wel in andere situaties hybride mismatches tot gevolg hebben. De symmetrische methode draagt ook bij aan het doel van het wetsvoorstel omdat aangesloten wordt bij de kwalificatie van de andere staat. Echter kan beter aansluiten worden gezocht bij de fiscale kwalificatie van de staat van vestiging in plaats van oprichting. Als bij de staat van oprichting wordt aangesloten blijven namelijk dual residence mismatches bestaan.

Om te voldoen aan doeltreffendheid en doelmatigheid zoals geformuleerd in de Nota Zicht op Wetgeving moet het doel duidelijk geformuleerd en toegelicht zijn. Dit wordt verbeterd indien het wetsvoorstel beschikt over goede voorlichting en begeleiding. Het doel van het wetsvoorstel is beperkt onderbouwd en de voorgestelde maatregelen dragen maar in een beperkte mate bij aan het behalen van dit doel. Verder het wetsvoorstel zeer beperkt doelmatig omdat de toepassing van het overgangsrecht onduidelijk en beperkt toegelicht is. Dit heeft mogelijk ongewenste belastingheffing voor de belanghebbende tot gevolg. Aanpassing van het wetsvoorstel is mijns inziens gewenst voordat het in werking gaat treden.

Hoofdstuk 6 Conclusie

6.1 Inleiding

In dit onderzoek staan hybride mismatches bij personenvennootschappen centraal. De onderzoeksvraag die is geformuleerd luidt als volgt:

In hoeverre worden hybride mismatches bij personenvennootschappen verholpen met de huidige maatregelen en in hoeverre is het conceptwetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen doeltreffend en doelmatig bij de bestrijding van deze hybride mismatches?

6.2 Samenvatting

Eerst is in dit onderzoek behandeld hoe entiteiten kwalificeren binnen het civiele recht en fiscale recht en wat hybride mismatches zijn en hoe die ontstaan. Daar is geconcludeerd dat in het civiele recht onderscheid wordt gemaakt tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen. Kapitaalvennootschappen zijn lichamen met een in aandelen verdeeld kapitaal die beschikken over rechtspersoonlijkheid, zoals de BV en NV. Door het hebben van rechtspersoonlijkheid zijn de BV en NV een zelfstandige drager van rechten en plichten. De aandeelhouders zijn slechts aansprakelijk voor het bedrag dat op aandelen is gestort. Personenvennootschappen zijn onder andere de maatschap, v.o.f.'s en CV's en beschikken niet over rechtspersoonlijkheid. Binnen de CV wordt onderscheid gemaakt tussen de beheerende en de commanditaire vennoot. De commanditaire vennoot neemt enkel bij wijze van geldschieting deel in de CV. De participanten in een maatschap, v.o.f. en de beheerende vennoot bij de CV zijn hoofdelijk verbonden voor verbintenissen van de onderneming. De commanditaire vennoot is slechts aansprakelijk ten hoogte van ingelegde vermogen.

Het fiscale recht neemt het civiele recht als uitgangspunt. Voor de bepaling van de belastingplicht is het daarnaast relevant of een entiteit fiscaal transparant of fiscaal niet-transparant is. Bij transparante entiteiten genieten de achterliggende participanten het inkomen direct en bij niet-transparante entiteiten gebeurt dit op het niveau van de entiteit zelf. De hoofdregel is dat kapitaalvennootschappen fiscaal niet-transparant zijn en personenvennootschappen fiscaal transparant. Op deze hoofdregel bestaat de uitzondering dat de open CV fiscaal niet-transparant is. In het fiscale recht wordt namelijk bij de CV onderscheid gemaakt tussen de open en besloten CV op basis van het toestemmingsvereiste. Dit vereiste houdt in dat vooraf toestemming gevraagd moet worden van alle vennoten bij wijziging van de onderlinge verhouding tussen de vennoten of toe- en uittreding van een vennoot. Als dit niet vereist is dan kwalificeert de CV als een open CV en is dus fiscaal niet-transparant. Het onderscheid tussen de open CV en de besloten CV is indertijd gemaakt

omdat de deelname in de open CV in economisch opzicht overeenkomt met de nv. Het toestemmingsvereiste is een uniek criterium in de wereld dat alleen door Nederland wordt toegepast en eenvoudig te manipuleren is.

Als een buitenlandse entiteit Nederlands inkomen geniet is het de vraag of deze entiteit fiscaal transparant of fiscaal niet-transparant is. Landen kunnen verschillende methodes hanteren bij de kwalificatie van buitenlandse entiteiten. Nederland hanteert op dit moment de rechtsvormvergelijkingsmethode waarbij buitenlandse entiteiten worden vergeleken met een vergelijkbaar Nederlands equivalent. Aan de hand van een viertal vragen die zijn vastgelegd in het kwalificatiebesluit uit 2009 wordt bepaald met welke Nederlandse entiteit de buitenlandse entiteit overeenkomt. Indien drie van de vier vragen positief zijn beantwoord dan is het lichaam fiscaal niet-transparant. Als dat niet het geval is dan kwalificeert het lichaam als een fiscaal transparant tenzij de aansprakelijkheid van de participanten beperkt is tot de inleg of de volstortingsplicht, de onderneming eigendom is van het samenwerkingsverband en niet voor de rekening en risico van de participanten wordt gedreven. Vervolgens moet aan de hand van zestal vragen bepaald worden of het buitenlandse lichaam overeenkomt met een CV. Als het lichaam overeenkomt met een CV moet aan de hand artikel 2 lid 3 onderdeel c AWR beoordeeld worden of de CV overeenkomt met een open of een besloten CV.

Rond het kwalificatiebesluit zijn enkele kritiekpunten. Zo is het onduidelijk in welke mate participanten aansprakelijk moeten zijn tot de schulden van de onderneming. Ook is het toetsingskader dat gehanteerd wordt inconsistent. In de lijst met gekwalificeerde buitenlandse lichamen staan entiteiten waarbij slechts twee van de vier vragen positief beantwoord zijn maar wel als fiscaal niet-transparant wordt gekwalificeerd. Daarnaast wordt ook het toestemmingsvereiste gebruikt bij de kwalificatie van buitenlandse lichamen. Het kan zijn dat Nederland een lichaam als fiscaal transparant aanmerkt maar dat die entiteit in het andere land als niet-transparant kwalificeert. Deze situatie wordt een hybride mismatch genoemd en dit kan een situatie met aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek tot gevolg hebben. Hybride mismatches ontstaan door de autonome toepassing van nationale fiscale wetgeving en ontstaan vaak door afwijkende kwalificatie van personenvennootschappen.

Om de negatieve gevolgen van hybride mismatches tegen te gaan zijn al verschillende maatregelen genomen. In zowel het MLI als in het OESO-MV is een gelijkkluidende bepaling opgenomen die bepaalt dat in het geval van een hybride mismatch de problematiek rond de verdragsgerechtigdheid en allocatieverschillen verhelpt met de regel dat de bronstaat de allocatie van de woonstaat volgt. Indien beide landen het MLI hebben ondertekend dan kan deze bepaling zonder nieuwe

onderhandelingen relatief snel in bestaande bilaterale verdragen worden opgenomen. De bepaling in het OESO-MV kan als uitgangspunt worden bij het opstellen van nieuwe belastingverdragen. Landen zijn echter niet verplicht dit te doen. Ook is uit onderzoek van de Commissie Personenvennootschappen gebleken dat deze bepaling de problemen met outbound situaties nauwelijks worden aangepakt.

In Europees verband is de ATAD II richtlijn opgesteld om de negatieve gevolgen van hybride mismatches te verhelpen. Nederland heeft de ATAD II richtlijn geïmplementeerd in Artikel 2 lid 3 en artikel 12aa tot en met artikel 12ag Wet VpB 1969. De artikelen 12aa tot en met 12ag Wet VpB 1969 zijn in beginsel alleen van toepassing indien sprake is van aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek. Bij aftrek zonder betrekking in de heffing moet de hybride mismatch de oorsprong zijn van dit fiscale voordeel, dit wordt de oorsprongeis genoemd. Daarnaast moet sprake zijn van gelieerde lichamen. Als bij een betaling door of aan een hybride lichaam aftrek zonder betrekking in de heffing of dubbele aftrek ontstaat dan moet Nederland op grond van de primaire regel de aftrek weigeren. Indien aftrek zonder betrekking in de heffing voordoet en het andere land zou de primaire regel moeten toepassen maar dat gebeurt niet of dat land kent geen hybridemismatchmaatregelen, dan moet Nederland de secundaire regel toepassen. Nederland rekent in die situatie de vergoeding of de betaling tot de Nederlandse grondslag als Nederland de staat van de ontvanger is. Bij dubbele aftrek moet Nederland de aftrek weigeren tenzij de aftrek al in het andere land is geweigerd als de betaling vanuit Nederland plaatsvindt. Op grond van artikel 2 lid 3 Wet VpB 1969 worden omgekeerd hybride lichamen als belastingplichtig aangemerkt. Dit zijn lichamen die in de staat van oprichting fiscaal transparant zijn maar de staat waar de participanten zijn gevestigd kwalificeert het lichaam als fiscaal niet-transparant.

Nederland heeft ATAD II strenger geïmplementeerd door een gelieerheidspercentage van 25% te hanteren. Ook is het begrip samenwerkende groep ruimer dat gehanteerd wordt ruimer dan hetzelfde begrip in artikel 10a lid 6 Wet VpB 1969. De reikwijdte van de maatregelen neemt daardoor toe en verhoogt de kans op overkill. Verder heeft Nederland een extra administratieverplichting ingevoerd in artikel 12ag Wet VpB 1969 die als administratieve last wordt beschouwd. Conform dit artikel moeten alle grensoverschrijdende transacties gedocumenteerd worden en ontstaat naast het kwalificatievraagstuk ook een toepassingsvraagstuk over het buitenlandse recht. Een groot nadeel van deze maatregelen is de complexiteit ervan en dat slechts de negatieve gevolgen van hybride mismatches worden verholpen. Het verschil in kwalificatie van de entiteit blijft bestaan dus kan geconcludeerd worden dat hybride mismatches zelf niet worden verholpen. Dit geldt overigens niet voor artikel 2 lid 3 Wet VpB 1969. Onder dit artikel worden omgekeerd hybride lichamen onder voorwaarde altijd als binnenlands belastingplichtig gekwalificeerd. De keuzevrijheid van landen met

betrekking tot de kwalificatie van buitenlandse lichamen volgt uit het Columbus Container Services arrest.

Het wetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid buitenlandse rechtsvormen heeft als doel het voorkomen van hybride mismatches en zo internationaal meer in de pas te lopen. De maatregelen in het wetsvoorstel pakken in tegenstelling tot de bestaande maatregelen wel de oorzaak van hybride mismatches aan. Dit wordt bewerkstelligd door het schrappen van het toestemmingsvereiste dat gehanteerd wordt bij het onderscheid tussen de open en besloten CV. De open CV vervalt en de CV wordt altijd als fiscaal transparant aangemerkt. Daarnaast wordt bij de kwalificatie van buitenlandse entiteiten naast de rechtsvormvergelijkingsmethode twee aanvullende methoden geïntroduceerd. Bij niet-vergelijkbare buitenlandse entiteiten die in Nederland zijn gevestigd wordt de vaste methode toegepast en daardoor worden deze entiteiten als fiscaal niet-transparant aangemerkt en binnenlands belastingplichtig voor de Wet VpB 1969. De symmetrische methode wordt toegepast bij niet-vergelijkbare entiteiten die in het buitenland zijn gevestigd met een belang in een Nederlandse belastingplichtige en in de situatie dat een Nederlandse entiteit die belastingplichtig is voor de Wet VpB 1969 een belang heeft in een niet-vergelijkbare buitenlandse entiteit. De kwalificatie van de staat van oprichting van de niet-vergelijkbare entiteit wordt dan gevolgd.

Om te beoordelen of het wetsvoorstel voldoet aan de doelstelling is het getoetst aan doeltreffendheid en doelmatigheid. Indien het wetsvoorstel doeltreffend is, wordt aan de doelmatigheid getoetst. De doelmatigheid wordt niet getoetst als een maatregel als geheel niet doeltreffend is. De toetsing van doeltreffendheid en doelmatigheid vindt plaats door plusjes toe te kennen op de schaal van één tot vijf. Een maatregel is meer doeltreffend of doelmatig als het meer plusjes is toegekend. De doeltreffendheid wordt beoordeeld aan de hand van het omschreven doel en hoe de maatregelen bijdragen aan dat doel. De doelmatigheid wordt beoordeeld aan de hand van de mogelijke gevolgen en de duidelijkheid van de voorgestelde maatregelen.

In de toelichting is het doel van het wetsvoorstel erg beperkt geformuleerd. Enkel het voorkomen van hybride mismatches wordt genoemd. Het vervallen van het toestemmingsvereiste draagt daar zeker aan bij en zo gaat Nederland internationaal ook meer in de pas lopen. Echter had de Staatssecretaris dit beter kunnen onderbouwen door in te gaan op het onderscheid tussen transparantie en niet-transparantie of op de bestaansgronden van de open CV. Ook raakt het vervallen van het toestemmingsvereiste veel nationale situaties wat niets bijdraagt aan de doelstelling. De introductie van de vaste methode en de symmetrische methode dragen ook bij aan het doel. Waarschijnlijk komen minder hybride mismatches voor doordat de oorzaak wordt aangepakt. Echter is bezien vanuit het doel is niet helder waarom deze keuzes zijn gemaakt en niet

gekozen is om integraal de symmetrische methode toe te passen bij alle hybride mismatches. Dan zouden namelijk alle mismatches voorkomen worden. Daarnaast is het onduidelijk wat niet-vergelijkbare lichamen zijn en dus onduidelijk wanneer de aanvullende methodes toegepast moeten worden. Ook kunnen bij de vaste methode nog dual residence mismatches voorkomen en kan EU-rechtelijke problemen opleveren. Ook bij de symmetrische methode kunnen nog hybride mismatches voorkomen omdat wordt aangesloten bij de kwalificatie van de staat van oprichting. Daarnaast is het onlogisch om de rechtsvormvergelijkingsmethode te behouden omdat hybride mismatches blijven bestaan. De volgende scores op de verschillende punten zijn toegekend voor de doeltreffendheid van het wetsvoorstel:

Tabel 6.2.1

Doeltreffendheid vervallen toestemmingsvereiste	+++
Doeltreffendheid behouden rechtsvormvergelijkingsmethode	+
Doeltreffendheid aanvullende vaste methode	++
Doeltreffendheid aanvullende symmetrische methode	+++

Met een totale score van negen van de twintig plusjes kan geconcludeerd worden dat het wetsvoorstel in beperkte mate doeltreffend is. De volgende stap is dan om het wetsvoorstel als geheel te toetsen aan de doelmatigheid. Het vervallen van het toestemmingsvereiste heeft tot gevolg dat alle personenvennootschappen fiscaal transparant worden en niet vennootschapsbelastingplichtig zijn. Uit de voorgestelde wettekst kan met het vervallen van het criterium van vrije overdraagbaarheid echter het standpunt worden ingenomen dat het begrip ‘in aandelen verdeeld’ formeelrechtelijk moet worden uitgelegd in plaats van materieelrechtelijk zoals volgt uit HR 24 november 1978. Maatschappen, v.o.f.’s en CV’s op aandelen kunnen dan vennootschapsbelastingplichtig worden terwijl dit niet de bedoeling is. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in overgangsrecht. Dit overgangsrecht is echter niet van toepassing op de beherende vennoot van de open CV en dit heeft belastingheffing tot gevolg. Ook zijn de doorschuif Faciliteiten alleen van toepassing indien de open CV en alle commanditaire vennoten in Nederland of in de EU/EER zijn gevestigd. Deze beperking is niet onderbouwd en kan verstrekende gevolgen hebben indien één commanditaire vennoot in een derde land is gevestigd. Ook is het de vraag of dit niet in strijd is met het Europese recht van vrij kapitaalverkeer. De toepassing van de doorschuif Faciliteit moet op verzoek van alle commanditaire vennoten. Dit maakt de uitvoering complex omdat niet zeker is of alle vennoten in contact met elkaar staan. De aanpassing aan het kwalificatiebeleid heeft als voordeel dat de ingewikkelde hybride mismatchbepalingen niet meer toegepast moeten worden.

Wel is het onduidelijk hoe met de flankerende maatregelen uit de deelnemingsvrijstelling moet worden omgegaan indien een 5% belang wordt gehouden in een niet-vergelijkbaar buitenlands lichaam. De volgende score voor de doelmatigheid is toegekend:

Tabel 6.2.2

Doelmatigheid van het wetsvoorstel	++
------------------------------------	----

Met twee van de vijf plusjes kan geconcludeerd worden dat het wetsvoorstel in zijn huidige vorm zeer beperkt doelmatig is.

6.3 Beantwoording van de onderzoeksvraag

Op basis van de hiervoor aangehaalde informatie wordt de onderzoeksvraag als volgt beantwoord: Met de bestaande maatregelen tegen hybride mismatches worden, met uitzondering van de bepaling tegen omgekeerd hybride lichamen, hybride mismatches niet verholpen. De bestaande maatregelen zien op het wegnemen van de negatieve gevolgen van de hybride mismatch door de aftrek te weigeren of de vergoeding of betaling in de heffing te betrekken. De oorzaak, het verschil in kwalificatie, blijft bestaan. Mijns inziens draagt het getoetste wetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid in beperkte mate bij aan het bestrijden van deze mismatches maar door het behouden van de rechtsvormvergelijkingsmethode en de systematiek van de vaste en symmetrische methode is dit wetsvoorstel beperkt doelmatig in het bestrijden van hybride mismatches. Daarnaast is het wetsvoorstel in zeer beperkte mate doelmatig omdat het overgangsrecht onduidelijk en beperkt is toegelicht met mogelijk ongewenste belastingheffing tot gevolg.

6.4 Aanbevelingen

Het is mijns inziens wenselijk dat de wetgever de tekortkoming van het wetsvoorstel verhelpt mocht het in het derde kwartaal van 2023 aan de Tweede Kamer worden voorgelegd. Naar mijn mening verdient het echter de aanbeveling om integraal de symmetrisch methode toe te passen bij alle kwalificatieverschillen en dit wettelijk vast te leggen. Feitelijk wordt dan altijd dezelfde kwalificatie gehanteerd en is de rechtsvormvergelijkingsmethode overbodig en kan het kwalificatiebesluit vervallen. Hoe een dergelijke bepaling eruit moet zien en in praktijk toegepast wordt, zal door de wetgever onderzocht moeten worden.

Bronnenlijst

Albert, NTFR 2020/583

P.G.H. Albert, 'Waarom zo rommelig?', *NTFR* 2020/583.

Asser, Van Olfen & Rensen, 2-IIa 2019

M. van Olfen & F.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 2019.

Asser/Van Olfen 7-VII 2022

M. van Olfen, 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.

Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen 2020

Belastingheffing van personenvennootschappen, knelpunten en oplossingen (een rapport van de Commissie Personenvennootschappen), Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 260, 2020.

Beudeker, MBB 2010/4

M. Beudeker, 'Het nieuwe classificatiebesluit voor buitenlandse rechtsvormen', *MBB* 2010/4.

Beudeker, WFR 2015/1149

M. Beudeker, 'De toestemmingsvereisten bij de CV', *WFR* 2015/1149.

Bolhaar, NTFR 2013/1888A

W.H.H. Bolhaar, 'Naar een systeem ter voorkoming van hybride mismatches', *NTFR* 2013/1888A.

Boer & Knops, FED 2021/82

J.P. Boer & M. Knops, 'Consultatievoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen: kritische kanttekeningen en aandachtspunten', *FED 2021/82*.

Brandsma 2022

R.P.C.W.M. Brandsma, 'Hybride entiteiten', in A.W. Hofman, M.L.M. Kempen & A.C. Rijkers (Red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Brandsma, Pancham & Smit 2022

R.P.C.W.M. Brandsma, S.R. Pancham & D.S. Smit, 'Kwalificatieconflicten door hybride structuren', in A.W. Hofman, M.L.M. Kempen & A.C. Rijkers (Red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Broeders & van der Zeijden, WFR 2014/1496

V.E. Broeders & F.M. van der Zeijden, 'De interactie tussen het civiele en het fiscale recht', *WFR 2014/1496*.

Bruijsten, FBN 2022/9

C. Bruijsten, 'Venootschapsbelastingplicht voor omgekeerd hybride lichamen', *FBN 2022/9*.

Coebergh, Sfeerovergangen in de winstsfeer

B.F.M. Coebergh, *Sfeerovergangen in de winstsfeer* (Fiscale Monografieën nr. 172) (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Cursus Belastingrecht

J.L. van de Streek, *Open commanditaire vennootschappen*, in A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Dursun, FF 2007/174-04

Mw. C. Dursun, 'Classificatie van personenvennootschappen', *FF 2007/174-04*.

Een btw-nultarief voor groente en fruit 2023

SEO Economisch Onderzoek, *Een btw-nultarief voor groente en fruit, 2023-32*.

Elink Schuurman, Bolwerk & Cabollet, *Hybride mismatches* (FA nr. 30)

J.H. Elink Schuurman, R.A. Bolwerk & T.C. Cabollet, *Hybride mismatches* (Fiscaal Actueel nr. 30), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Fetter & Admiraal, *FF 2006/167*

M. Fetter & S. Admiraal, 'Hybride entiteiten: transparant en niet-transparant', *FF 2006/167*.

Fibbe 2009

G.K. Fibbe, *EC Law Aspects of Hybrid Entities*, (diss. Rotterdam EUR), Erasmus Universiteit 2009.

Fibbe, *WFR 2016/183*

G.K. Fibbe, 'Hybride mismatches onder de ATAD; Symptombestrijding is geen oplossing', *WFR 2016/186*.

Fibbe, *MBB 2013/211*

G.K. Fibbe, 'Een pleidooi voor eerherstel van BNB 1982/268 door aanpassing van art. 13, lid 2, onderdeel d, Wet VPB 1969', *MBB 2013/211*.

Fibbe & Stevens 2014

G.K. Fibbe & A.J.A. Stevens, *Hybrid Entities and the EU Direct Tax Directives*, Kluwer 2014.

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, *MBB* 2013/1

A.C.G.A.C. de Graaf, 'Noodzaak van internationaal fiscaal beleid als tegenwicht voor excessieve gedragingen', *MBB* 2013/1.

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.

De Groot & Leupen, *Financieele Dagblad*

G. de Groot & J. Leupen, 'Van Panama tot Pandora, hoezo veranderde tijdsgeest?', *Financieele Dagblad* 8 oktober 2021.

Heldens & Renkema, *WFR* 2018/192

J.A.L. Heldens & G. Renkema, 'Een reactie op "anonimisering door de CV: een leeuwenvennootschap" van mr. Dr. W.R. Kooiman en mr. F.M. Witpeerd (WFR 2018/78)', *WFR* 2018/192.

Hoogeveen, in *Cursus Belastingrecht*

M.J. Hoogeveen, IB.3.2.26. 'Doorschuiven bij aandelentransacties; fusie en splitsing', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Van Hulten, *NLF-W* 2021/48

L.C. van Hulten, 'Belastingmaatregel voor omgekeerde hybride lichamen', *NLF-W* 2021/48.

Van Hulten & Stevens, *EC Tax Review* 2022/6

M.J. van Hulten & A.J.A. Stevens, 'Is the Symmetrical Classification Method EU Proof?', *EC Tax Review* 2022/6.

Kappel & Fibbe, *MBB* 2020/4

D.P.J.G. van Kappel & G.K. Fibbe, 'De nieuwe documentatieplicht in art. 12ag Wet VpB 1969', *MBB* 2020/4.

Kapitein & van der Wilt, *NFR* 2021/1346.

J.A. Kapitein & R. van der Wilt, 'Internetconsultatie belastingplichtmaatregel omgekeerde hybride lichamen (ATAD2)', *NFR* 2021/1346.

Kavelaars, *TFO* 2014/131.3.

P. Kavelaars, 'Afbouw van belastingontwijking', *TFO* 2014/131.3.

Van Kempen, *TFO* 1999/172

M.L.M. van Kempen 'Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen', *TFO* 1999/172.

Van Kempen 1999

M.L.M. van Kempen, *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen* (diss. Tilburg), Schoordijk instituut.

Van Kempen & Stevens, *Personenvennootschappen* (FM nr. 179)

M.L.M. van Kempen & A.J.A. Stevens, *Personenvennootschappen* (Fiscale Monografieën nr. 179), Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Van Kempen & Stevens, *WFR* 2023/11

M.L.M. van Kempen & A.J.A. Stevens, 'Voorontwerp Titel 7:13 BW: de juiste fiscale begeleiding?', *WFR* 2023/11.

Kok, *WFR* 2021/190

Q.W.J.C.H. Kok, 'De vennootschapsbelasting in 2022', *WFR* 2021/190.

Kooiman & Korving, MBB 2021/18

W.R. Kooiman & J.J.A.M. Korving, 'Hybride interpretatie', *MBB* 2021/18.

Kooiman & Witpeerd, WFR 2018/78

W.R. Kooiman & F.M. Witpeerd, 'Anonimisering door de CV: een leeuwenvennootschap', *WFR* 2018/78.

De Korte e.a., HFA

D.J. De Korte e.a. (red.), *Handboek voor de fiscaal adviseur in de agrarische sector*, Deventer: Wolters Kluwer.

Lighthart, WPNR 2019/7244

N.M. Lighthart, 'De open CV in de fiscalibus (I)', *WPNR* 2019/7244.

Maeijer & Asser, Bijzondere Overeenkomsten V

J.M.M. Maeijer, *Asser Bijzondere Overeenkomsten V (maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

Makkinje, NTFR Beschouwingen 2020/30

M.M. Makkinje, 'ATAD2 in hoofdlijnen, deel 1', *NTFR Beschouwingen* 2020/30.

Modernisering Personenvennootschappen 2016

Modernisering Personenvennootschappen (Een rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen), 2016, <https://www.taxlive.nl/media/2158/rapport-werkgroep-personenvennootschappen.pdf>, geraadpleegd op 5 januari 2023.

Mohr & Meijers, Van personenvennootschappen 2022

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

Molleman & Deumens, WFR 2019/216

A.F.J.S. Molleman & J.M.H. Deumens, 'Onduidelijke rangorderegel in wetsvoorstel Wet implementatie ATAD2: aanpassing gewenst', *WFR* 2019/216.

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen.

<https://www.nob.net/fiscaal-kwalificatiebeleid-oproep-tot-een-meer-gerichte-aanpak-van-kwalificatieverschillen#:~:text=De%20NOB%20heeft%20de%20aanpassing,of%20dubbele%20niet%20heffing%20voordoet>, geraadpleegd op 16 maart 2023.

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

NOB-commentaar wetsvoorstel Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking (35241), https://www.nob.net/sites/default/files/content/article/uploads/nob-commentaar_atad2.pdf, geraadpleegd op 2 april 2022.

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Commentaar op het Voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden (COM(2016) (anti- belastingontwijkingsrichtlijn), [nob_commentaar_anti-beps_richtlijn.pdf](#), Geraadpleegd op 1 april 2023.

OECD, 2013

OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

OECD, 2015

OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final*

Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>

Parada 2018

L. Parada, *Double Non-taxation and the Use of Hybrid Entities (diss)*, Series on International Taxation, Kluwer Law International, 2018.

Quist, Conversie en aandelen 2018

P.H.N. Quist, *Conversie en aandelen* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 149) (Diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Roelofs, Schenk & Peters, FBN 2021/30

E. Roelofs, J.W. Schenk & J. Peters, 'Open CV of open FGR? Actie vereist! Een bespreking van het Wetsvoorstel aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen en mogelijke oplossingen (Deel I)', *FBN* 2021/30.

De Ruijter, WFR 2022/149

H. de Ruijter, 'Hybride entiteiten onder het MLI en het belastingverdrag Nederland-België', *WFR* 2022/149.

Simonis, NTFR 2021/1244

D.C. Simonis, 'Internetconsultatie aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen', *NTFR* 2021/1244.

Smit, EC Tax Review 2017-2

D.S. Smit, 'International Income Allocation under EU Tax Law: Tinker, Tailor, Soldier, Sailor', *EC Tax Review*, 2017-2.

Stevens, TFO 2008/95

A.J.A. Stevens, 'Enige internationaalrechtelijke, fiscale aspecten van het Wetsvoorstel titel 7.13 BW', *TFO* 2008/95.

Stevens, NTFR-B 2010/12

A.J.A. Stevens, 'Het nieuwe classificatiebesluit', *NTFR-B* 2012/12.

Stevens, MBB 2010/4

A.J.A. Stevens, 'Hybride entiteiten en belastingverdragen', *MBB* 2010/4.

Stevens, NTFR-B 2011/45

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

Stevens, TFO 2015/140.2

A.J.A. Stevens, 'Enige internationaalrechtelijke, fiscale aspecten van personenvennootschappen', *TFO* 2015/140.2.

Stevens, TFO 2019/160.6

S.A. Stevens, 'Fiscale aspecten van privacystructuren', *TFO* 2019/160.6.

Stevens & Rijff, MBB 2019/7

A.J.A. Stevens & L.S. Rijff, 'De Nederlandse implementatie van ATAD2: het consultatiedocument', *MBB* 2019/7.

Stevens & Tuk, TFO 2020/168.2

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

Tervoort, (IVOR nr. 93) 2013

A.J.S.M. Tervoort, *Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap (Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 93)*, Deventer: Kluwer 2013.

Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021

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

Vakstudie Nieuws

Vakstudie Nieuws, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020*, V-N 2020/30.3.

Vakstudie Nieuws

Vakstudie Nieuws, Conceptwetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen in consultatie, V-N 2021/18.7

Vakstudie Nieuws

Vakstudie Nieuws, Overzicht planning fiscale maatregelen coalitieakkoord, V-N 2022/10.3, bijlage 1.

Van Veen, *Ondernemingsrecht* 2019/107

W.J.M. van Veen, '*Rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschappen*', Ondernemingsrecht 2019/107.

Veldhuizen

M. Veldhuizen, Reactie op consultatiedocument Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, Dentons Europe LLP.

Versluis, *WFR* 2021/179

J. Versluis, 'Asymmetrie bij samenloop anti-mismatchbepalingen en renteaftrekbeperkingen wegens het ruime begrip aftrek', *WFR* 2021/179.

Van der Wal, WFR 2017/82

J. van der Wal, 'Objectief vergelijkbare situaties in het vrije kapitaalverkeer', *WFR* 2017/82.

Wattel, Marres & Vermeulen, European Tax Law Volume 1

P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen (red.), *European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation (Fiscale Handboeken nr. 10)*, Deventer: Wolters Kluwer: 2018.

Warren, WFR 2020/24

C.J.D. Warren, 'Een hybride mismatch maar dan anders', *WFR* 2020/24.

Overige bronnen

Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States (OJ 2011, L 345/8).

Elsweier, Hybridemismatchmaatregelen (ATAD 2)

F. Elsweier, Hybridemismatchmaatregelen (ATAD 2) (Navigator thema's), Deventer: Wolters Kluwer, navigator.nl/thema/1169.

Elsweier, Aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen

Elsweier, Fiscaal Thema: Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, geraadpleegd op: 14 november 2022.

Lijst Gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden,

https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/themaoverstijgend/brochures_en_publicaties/lijs... Geraadpleegd op 30 januari 2023.

Vakstudie Inkomstenbelasting

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Inkomstenbelasting, art. 3.25 Wet IB 2001,

<file:///C:/Users/Gebruiker/Downloads/Aant.%202.4.4%20Commerciele%20en%20fiscale%20balans.pdf>, Geraadpleegd op 31 maart 2023.

Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 1 OESO-

Modelverdrag 1992, <file:///C:/Users/Gebruiker/Downloads/Aant.%201.%20Algemeen.pdf>,

Geraadpleegd op 18 maart 2023.

Jurisprudentie

HvJ EG 14 november 2006, zaak C-513/04 (Kerckhaert-Morres).

HvJ EG 24 mei 2007, ECLI:EU:C:2007:297, zaak C-157/05 (Holböck).

HvJ EG 6 december 2007, ECLI:EU:C:2007:754, zaak C-298/05 (Columbus Container Services).

HvJ EU 10 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:286, zaak C-338/11 (Santander Asset Management).

HvJ EG 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:44, (VALE).

HvJ EU 8 maart 2017, ECLI:EU:2017:C:180, zaak C-448/15 (Wereldhavendagen).

HR 28 juni 1889, W 5735.

HR 9 mei 1969, ECLI:NL:PHR:1969:AC0846, NJ 1969/307.

HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1877, NJ 1977/521.

HR 24 november 1978, ECLI:NL:PHR:1976:AX3267, BNB 1978/13.

HR 8 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0414, NJ 1990/607.

HR 22 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0953, NJ 1990/674.

HR 9 december 1992, nr. 27408, BNB 1993/94

HR 18 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4593.

HR 15 oktober 2004, nr. 38 059, BNB 2005/73.

HR 23 september 2005, ECLI:NL:2005:AU3140.

HR 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AX2034, m.nt. D. Juch.

HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3803, BNB 2010/266.

HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2292.

HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, m.nt. P. van Schilfgaarde (Biek Holdings).

HR 29 mei 2015, nr. 15/00303.

HR 4 november 2016, nr. 15/02090.

Hof Leeuwarden 19 mei 1940, *NJ* 1941/149.

Hof Amsterdam 4 januari 1995, 93/1466, Infobulletin 1995/315.

Rb. Groningen, 21 december 2011, nr 112559/HaZa 09-792.

Parlementaire stukken

Bijlagen Handelingen I 1933/34, nr. 72.

Kamerstukken II 1959/60, 6000 MvT, nr. 3, p. 12.

Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 1-2.

Nota Zicht op wetgeving 1991, *Kamerstukken II*, 1990-1991, 22 008, nr. 2.

Besluit 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, *Stcrt.* 2009, 19749.

Kamerstukken II 2005/06, 28746, nr. 5, p. 11.

Kamerstukken II 2011/12, 33003, nr. 3.

Besluit 15 december 2015, nr. BLKB2015/1209M.

Kamerstukken II 2015/16, 34306, nr. 3.

Kamerstukken II 2015/16, 34306, nr. 3 (MvT).

Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2015/16, 34323, nr. 3.

Kamerstukken II 2017/18, 34306, nr. 6.

Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3.

Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7.

Kamerstukken II 2018/19, 35241, nr. 7 (NnavV)

Kamerstukken I 2019/20, 35241, A.

Kamerstukken II 2021/22, 35931, nr. 3.

Kamerstukken II 2021/22, 35931, nr. 9.

Overige parlementaire stukken

Beantwoording van vragen uit het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving.

[file:///C:/Users/Gebruiker/Downloads/IAK%20vragen%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Gebruiker/Downloads/IAK%20vragen%20(2).pdf).

Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 juni 2021, nr. 2021.0000119352.

Consultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, beantwoording van vragen uit het integrale afwegingskader voor beleid en regelgeving.

Internetconsultatiedocument aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen, beantwoording van vragen uit het integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving.

<file:///C:/Users/Gebruiker/Downloads/IAK%20vragen.pdf> , Geraadpleegd op 18 maart 2023.

MvT Wetsvoorstel Modernisering Personenvennootschappen.

MvT Voorontwerp fiscaal gedeelte personenvennootschappen.