

Nota van toelichting

I. Algemeen

1. Inleiding

Met dit besluit wordt verdere uitwerking gegeven aan de rechtsvormvergelijkingsmethode. Op basis van de rechtsvormvergelijkingsmethode worden buitenlandse lichamen gekwalificeerd voor Nederlandse fiscale doeleinden. De rechtsvormvergelijkingsmethode is met de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen¹ in de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001), de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969), de Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB 1965) en de Wet bronbelasting 2021 (Wet BB 2021) gecodificeerd. In deze wetten is ook een delegatiebepaling opgenomen ter verdere uitwerking van de rechtsvormvergelijkingsmethode. In het onderhavige Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen (hierna: het Besluit) wordt hier gevolg aan gegeven. In het Besluit worden regels gesteld aan de hand waarvan bepaald wordt of een naar buitenlands recht opgericht of aangegaan lichaam (hierna ook: buitenlands lichaam) een met een Nederlandse rechtsvorm vergelijkbare rechtsvorm heeft en als dat het geval is met welke Nederlandse rechtsvorm het buitenlandse lichaam dan vergelijkbaar is. Als bijlage bij het Besluit is een lijst opgenomen met een rechtsvermoeden ten aanzien van de vergelijkbaarheid van de in die lijst genoemde buitenlandse rechtsvormen.

2. Hoofdpijnen van het Besluit

Algemeen

Met de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen worden regels gecodificeerd en geïntroduceerd ten aanzien van de behandeling van buitenlandse lichamen voor Nederlandse fiscale doeleinden. Als uitgangspunt geldt daarbij de rechtsvormvergelijkingsmethode die – kort gezegd – inhoudt dat een lichaam met een buitenlandse rechtsvorm gelijk wordt behandeld als een lichaam met een vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm. Daarnaast gelden twee aanvullende methodes voor lichamen met een buitenlandse niet-vergelijkbare rechtsvorm. Dat zijn lichamen met een buitenlandse rechtsvorm waarvoor geen of geen eenduidige fiscale kwalificatie is te geven aan de hand van de rechtsvormvergelijkingsmethode. De eerste aanvullende methode is een vaste methode voor in Nederland gevestigde lichamen met een buitenlandse niet-vergelijkbare rechtsvorm die voorschrijft dat die lichamen in Nederland als zelfstandig belastingplichtig worden behandeld. Daarnaast is een symmetrische methode voor niet in Nederland gevestigde lichamen met een buitenlandse niet-vergelijkbare rechtsvorm in de wet opgenomen die voor de fiscale kwalificatie aansluit bij de fiscale behandeling in het buitenland.

Reikwijdte van het Besluit

¹ Wet van 20 december 2023 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten tot codificatie en aanvulling van het fiscale kwalificatiebeleid inzake buitenlandse rechtsvormen en tot afschaffing van de zelfstandige belastingplicht van de open commanditaire vennootschap (Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen), *Stb.* 2023, 508.

Op basis van de rechtsvormvergelijkingsmethode worden buitenlandse lichamen gekwalificeerd. Het begrip rechtsvorm wordt uitgelegd als een rechtspersoon, samenwerkingsvorm of afgescheiden vermogen. Onder een rechtsvorm wordt geen financieringsovereenkomst verstaan. Een buitenlandse rechtsvorm wordt vervolgens onderscheiden doordat het is gedefinieerd of geregeld in het recht van een andere staat dan Nederland. Op basis van de rechtsvormvergelijkingsmethode wordt beoordeeld of de buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtsvorm. De groep van Nederlandse rechtsvormen bestaat enerzijds uit de – in de meeste gevallen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) benoemde – rechtsvormen die voor Nederlandse fiscale doeleinden als zelfstandig belastingplichtig worden aangemerkt (hierna ook: de BW-rechtsvormen) en anderzijds uit de Nederlandse personenvennootschappen (de vennootschap onder firma (vof), de maatschap en de commanditaire vennootschap (cv)), die voor Nederlandse fiscale doeleinden in de regel als transparant worden aangemerkt (zodat de achterliggende participanten in de heffing worden betrokken). Hoewel het fonds voor gemene rekening (fgr) en het transparante fonds², fiscale rechtsfiguren zijn die geen rechtsvormvereisten kennen zijn ze wel van belang voor toepassing van de rechtsvormvergelijkingsmethode. Het fgr en het transparante fonds zijn namelijk - naast de BW-rechtsvormen en de personenvennootschappen – lichamen die in de Nederlandse belastingwetgeving (mede na wijziging ingevolge de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen) uitdrukkelijk als zelfstandig belastingplichtig, respectievelijk als transparant lichaam, worden aangemerkt. Het is dus ook van belang om een buitenlands lichaam als een fgr of transparant fonds te kunnen kwalificeren. Op basis van de in de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen opgenomen delegatiebepalingen in de Wet IB 2001, Wet Vpb 1969, Wet DB 1965 en Wet BB 2021 worden het fgr en transparante fonds dan ook meegenomen in de toepassing van de rechtsvormvergelijkingsmethode zoals opgenomen in dit Besluit. Voor de toepassing van dit Besluit worden ze om die reden onder ‘Nederlandse rechtsvormen’ geschaard. Om deze reden zou het mogelijk meer passend zijn om te spreken van een vergelijkingsmethode in plaats van *rechtsvormvergelijkingsmethode*. Desalniettemin wordt de term rechtsvormvergelijking gebruikt omdat die term in de literatuur herkenbaar en gebruikelijk is.

Vergelijking aan de hand van aard en inrichting

Het antwoord op de vraag of een buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtsvorm wordt in beginsel bepaald aan de hand van de toets of de buitenlandse rechtsvorm naar aard en inrichting voldoende vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtsvorm. De aard- en inrichtingskenmerken zien op de totstandkomingsgeschiedenis van de buitenlandse rechtsvorm en op uiteenlopende aspecten van die rechtsvorm die blijken uit het buitenlandse recht. Voorbeelden van deze aspecten zijn de verhouding tussen het lichaam met de betreffende rechtsvorm en zijn participanten, de mate van aansprakelijkheid van de participanten dan wel het lichaam, de verhouding tussen de participanten onderling, de aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid bij lichamen met de betreffende rechtsvorm, de bestuursvorm die wordt voorgeschreven bij de betreffende rechtsvorm en de voorwaarden die worden gesteld aan de oprichting van een lichaam met de betreffende rechtsvorm bijvoorbeeld ten aanzien van de

² Artikel 2, vierde lid, Wet Vpb 1969 (tekst vanaf 2025), respectievelijk artikel 2.14bis, zevende lid, Wet IB 2001 (tekst vanaf 2025).

doelstelling van het lichaam. De wezenlijke kenmerken opgenomen in afdeling 2 van het Besluit vormen een onderdeel van de aard en inrichting van de Nederlandse rechtsvormen. Door de vergelijking van de kenmerken van de buitenlandse rechtsvorm met de wezenlijke kenmerken van de Nederlandse rechtsvormen wordt vastgesteld met welke specifieke Nederlandse rechtsvorm(en) de buitenlandse rechtsvorm voldoende vergelijkbaar is. Indien de buitenlandse rechtsvorm met één Nederlandse rechtsvorm voldoende vergelijkbaar is wordt de buitenlandse rechtsvorm voor Nederlandse fiscale doeleinden op dezelfde wijze behandeld als die Nederlandse rechtsvorm. Voor de vergelijking naar aard en inrichting geldt dat de Nederlandse rechtsvormen de vergelijkingsmaatstaf vormen.

In algemene zin geldt dat een personenvennootschap een overeenkomst is tot samenwerking ter uitoefening van een beroep of bedrijf met inbreng door ieder van de participanten met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen. Personenvennootschappen hebben civielrechtelijk geen in aandelen verdeeld kapitaal en de vennoten zijn naast de vennootschap verbonden voor verbintenissen van de vennootschap jegens derden. Voor de commanditaire vennoot in een cv geldt dat deze in beginsel niet verder bijdraagt in de verliezen van de vennootschap dan tot het bedrag van het door hem ingelegde vermogen. Ondanks dat de Nederlandse personenvennootschappen naar huidig recht geen rechtspersoonlijkheid hebben³ kunnen onder de huidige jurisprudentie en beleid, personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid aangegaan naar buitenlands recht doorgaans ook vergelijkbaar met de Nederlandse personenvennootschappen zijn. Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid wordt daarom niet als wezenlijk kenmerk van een personenvennootschap gezien.

De BW-rechtsvormen hebben gemeen dat zij op basis van het BW rechtspersoon zijn. Daarnaast geldt dat de BW-rechtsvormen, op de bijzondere rechtsvormen van het kerkgenootschap en de Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersoon na, worden opgericht bij notariële akte. Hoewel de BW-rechtsvormen een aantal kenmerken delen, kennen zij ook veel verschillen. In de artikelsgewijze toelichting worden deze onderscheidende kenmerken van de (Nederlandse) BW-rechtsvormen nader toegelicht.

Het is mogelijk dat een buitenlandse rechtsvorm voldoende vergelijkbaar is met meer dan één van de rechtsvormen in de groep van BW-rechtsvormen en personenvennootschappen. In dat geval wordt deze buitenlandse rechtsvorm op basis van het Besluit aangemerkt als een niet-vergelijkbare rechtsvorm, omdat die buitenlandse rechtsvorm wezenlijke kenmerken van verschillende Nederlandse rechtsvormen combineert waardoor niet één vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm te benoemen is. De verwachting is dat niet veel buitenlandse rechtsvormen 'voldoende' vergelijkbaar zijn met meer dan één Nederlandse rechtsvorm en daarom zal de omvang van deze groep waarschijnlijk beperkt zijn. Daarnaast is een buitenlandse rechtsvorm ook een niet-vergelijkbare rechtsvorm indien de buitenlandse rechtsvorm met géén enkele van de Nederlandse rechtsvormen voldoende vergelijkbaar is. Voor lichamen met een niet-vergelijkbare rechtsvorm wordt de fiscale behandeling bepaald aan de hand van de aanvullende kwalificatiemethoden (vaste en symmetrische methode).

³ Ten aanzien hiervan is het kabinet overigens voornemens verandering aan te brengen. Zie de Wetsvoorstellen modernisering personenvennootschappen zoals geconsulteerd op 10 oktober 2022.

Voor lichamen met een buitenlandse rechtsvorm die voldoen aan de definitie van fgr of transparant fonds in de vennootschapsbelasting, respectievelijk inkomstenbelasting, geldt dat deze worden aangemerkt als vergelijkbaar met dat fonds. Daarbij geldt dat voor de toepassing van de rechtsvormvergelijkingsmethode de wettelijke definities van fgr of transparant fonds altijd voorgaan. Als een buitenlands lichaam bijvoorbeeld vergelijkbaar is met een commanditaire vennootschap maar ook onder de definitie van een fgr valt, dan gaat de fiscale definitie van fgr voor en wordt dat buitenlandse lichaam voor Nederlandse fiscale doeleinden als niet-transparant aangemerkt.

In de bijlage bij het Besluit is een lijst met getoetste buitenlandse rechtsvormen opgenomen (de rechtsvormenlijst). Deze lijst bevat zowel buitenlandse rechtsvormen die worden vermoed met een Nederlandse rechtsvorm vergelijkbaar te zijn als buitenlandse rechtsvormen die worden vermoed niet- vergelijkbaar te zijn. Deze kwalificatie heeft plaatsgevonden aan de hand van de hiervoor beschreven systematiek. Het Besluit kent een voorbehoud voor een relevante wijziging in het buitenlandse recht van een staat waardoor de rechtsvorm wordt beheerst ten opzichte van het moment van kwalificatie. De kwalificatie in overeenstemming met de lijst wordt in ieder geval opzijgezet indien het buitenlandse lichaam op grond van de wettelijke definities in de vennootschapsbelasting of inkomstenbelasting als fgr of transparant fonds kwalificeert.

3. EU-aspecten

Het Besluit geeft invulling aan een in de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen opgenomen delegatiebepaling ter verdere uitwerking van de rechtsvormvergelijkingsmethode. De EU-aspecten zijn daarmee niet anders dan de EU-aspecten van de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen. Voor een beschrijving van de EU-aspecten van de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen wordt verwezen naar paragraaf 6 van de memorie van toelichting bij die wet.⁴

4. Budgettaire aspecten

Het Besluit geeft invulling aan een in de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen opgenomen delegatiebepaling ter verdere uitwerking van de rechtsvormvergelijkingsmethode. Het Besluit heeft geen budgettair effect.

5. Uitvoeringskosten en uitvoeringsgevolgen

De uitvoeringsgevolgen zijn reeds in kaart gebracht bij de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen. Er wordt voor de hier voorgestelde wijzigingen geen zelfstandige uitvoeringstoets gedaan. Voor een analyse van de uitvoeringsgevolgen van de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen wordt verwezen naar paragraaf 9 van de memorie van toelichting bij de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen⁵ en de bijlage bij die memorie van toelichting.⁶

6. Gevolgen voor burgers en bedrijfsleven

⁴ Kamerstukken II 2023/24, 36425, nr. 3, p. 22.

⁵ Kamerstukken II 2023/24, 36425, nr. 3, p. 23.

⁶ Bijlage bij Kamerstukken II 2023/24, 36425, nr. 3.

Het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) heeft het dossier niet geselecteerd voor een formeel advies, omdat het naar verwachting geen omvangrijke gevolgen voor de regeldruk heeft

7. Doenvermogen

De verwachting is dat de personen en bedrijven die in aanraking komen met het voorstel een adviseur hebben of gebruikmaken van een dienstverlener, dan wel dat zij zelf de benodigde vaardigheden en kennis hebben, waardoor doenlijkheid naar verwachting geen aandachtspunt zal zijn.

8. Advies en consultatie

De internetconsultatie van het besluit liep van 5 februari tot en met 18 maart 2024.⁷ In totaal zijn 13 reacties binnen gekomen. De volgende 11 organisaties en burgers hebben gereageerd en ingestemd met openbaarmaking van hun reactie:

- Belgian Venture Capital & Private Equity Association
- Bellingwout, prof. dr. J.W.
- Clever Community B.V.
- DLA Piper Nederland N.V.
- Dutch Fund and Asset Management Association
- Fibbe, dr. G.K.; Stevens, prof. dr. A.J.A.
- Kooiman, mr. dr. W.R.; Hoek, mr. C.J. van; Spiekerman LLM, F.A.
- Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB)
- Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen
- Redactie Vakstudie Nieuws
- Register Belastingadviseurs

Naar aanleiding van deze reacties is de voorgestelde besluittekst op een aantal punten aangepast en is de nota van toelichting op een aantal punten verduidelijkt. Ook is er na afloop van de consultatie nog gesproken met de NOB. Hieronder zijn de belangrijkste aanpassingen, verduidelijkingen en overwegingen nader toegelicht.

In een aantal reacties is aandacht gevraagd voor het bindende karakter van de rechtsvormenlijst in de consultatieversie van het besluit. Het bindende karakter staat mogelijk in de weg aan rechterlijke toetsing van de kwalificatie van een lichaam. Aan de andere kant wordt het bindende karakter van de rechtsvormenlijst ook als positief omschreven in de consultatiereacties vanwege de rechtszekerheid die uitgaat van een dergelijke opzet van de lijst. Naar aanleiding van de verschillende reacties is besloten om het definitieve karakter van de lijst aan te passen. In de uiteindelijke tekst geeft de rechtsvormenlijst een vermoeden voor de kwalificatie van de in de lijst opgenomen buitenlandse rechtsvormen. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de kritiek ten aanzien van rechterlijke toetsing, waarbij de in de consultatie meermaals genoemde rechtszekerheid zo veel als mogelijk behouden blijft.

⁷ <https://www.internetconsultatie.nl/rechtsvormvergelijkingsmethode/b1>.

In het geconsulteerde besluit zijn de naamloze vennootschap (nv) en besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (bv) apart opgenomen in de opsomming van Nederlandse rechtsvormen en werden voor beide rechtsvormen apart wezenlijke kenmerken gegeven. Als gevolg daarvan worden buitenlandse rechtsvormen die voldoende vergelijkbaar zijn met de nv en voldoende vergelijkbaar zijn met de bv op grond van het geconsulteerde besluit als niet-vergelijkbaar gekwalificeerd. Verschillende reacties hebben aandacht gevraagd voor deze uitkomst. Naar aanleiding van deze reacties is het besluit aangepast. De nv en bv zijn voor de toepassing van het besluit onder één noemer gebracht⁸ – gelijk aan de maatschap en de vof – zodat voorkomen wordt dat een buitenlandse rechtsvorm die voldoende vergelijkbaar is met zowel de nv als de bv als niet-vergelijkbare rechtsvorm gekwalificeerd wordt.

In de reacties is ook aandacht gevraagd voor de situatie waarin een lichaam dat thans als open commanditaire vennootschap (cv) kwalificeert ook na 1 januari 2025 zelfstandig belastingplichtig – oftewel: niet-transparant – blijft voor de vennootschapsbelasting, omdat het vanaf de genoemde datum kwalificeert als fonds voor gemene rekening (fgr), terwijl het buitenland de cv veelal als transparant aanmerkt. In een dergelijk geval kan het zo zijn dat Nederland en het buitenland dat lichaam verschillend (blijven) kwalificeren voor belastingdoeleinden met als mogelijk gevolg dat antimisbruikmaatregelen (blijven) aangrijpen. De NOB heeft in het bijzonder aandacht gevraagd voor deze casus. Naar aanleiding van deze casus wordt in de eerste plaats opgemerkt dat de geschetste problematiek het gevolg is van het vervallen van de open cv en de aanpassing van wettelijke definitie van het fgr in de vennootschapsbelasting en dus niet een (direct) gevolg is van het onderhavige besluit. In het besluit wordt slechts geregeld dat een lichaam met een buitenlandse rechtsvorm dat voldoet aan de wettelijke definitie van het fgr, voor Nederlandse belastingdoeleinden kwalificeert als fgr. Hiermee is de fiscale behandeling gelijk voor lichamen met een Nederlandse en een buitenlandse rechtsvorm die voldoen aan de fgr-definitie. Desalniettemin zijn mogelijke oplossingen om kwalificatieverschillen te voorkomen verkend: 1) het uitsluiten van personenvennootschappen van de definitie van fgr; 2) het afschaffen van de zelfstandige belastingplicht van het fgr; en 3) het aanmerken van buitenlandse cv-achtigen als inkoopfonds. Deze verkenning heeft echter uitgewezen dat deze potentiële oplossingen zich niet verhouden tot de doelstelling van de zelfstandige belastingplicht van het fgr, andere opzichzelfstaande problemen met zich brengen of tot grote uitvoeringsproblemen leiden. Daarom is besloten om op dit moment ten aanzien van dit punt geen maatregelen te treffen. Dat betekent dat als een personenvennootschap, bijvoorbeeld een cv of een cv-achtige, voldoet aan de definitie van het fgr, zoals die luidt met ingang van 1 januari 2025, voor Nederlandse fiscale doeleinden als fgr is aan te merken.

Verder is in de consultatiereacties opgemerkt dat het toetsingskader en de rol van de wezenlijke kenmerken verduidelijking behoeft. De nota van de toelichting is op dit punt zo veel als mogelijk aangepast. Daarbij zijn de Commissie Vennootschapsrecht van het ministerie van Justitie en

⁸ Net als in het onderhavige besluit is gedaan voor de maatschap en vennootschap onder firma.

Veiligheid gehoord met betrekking tot de wezenlijke kenmerken van de Nederlandse rechtsvormen die in het besluit zijn opgenomen. Hoewel het kader vastomlijnd is, worden binnen dat kader verschillende open normen gehanteerd en is geen rangorde gegeven voor de verschillende wezenlijke kenmerken. Hierdoor is discussie over de vergelijkbaarheid van buitenlandse rechtsvormen met Nederlandse rechtsvormen nog steeds mogelijk. Hoewel het besluit in de overgrote meerderheid van de buitenlandse rechtsvormen een kwalificatie geeft, is het onvermijdelijk dat in voorkomende gevallen discussies kunnen ontstaan over de vergelijkbaarheid van een buitenlandse rechtsvorm.

II. Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1

Artikel 1, eerste lid, van het Besluit beschrijft aan welke delegatiebepalingen invulling wordt gegeven. In artikel 1, tweede lid, van het Besluit zijn de definities voor de toepassing van het Besluit opgenomen.

Eerste lid

Met de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen is in de artikelen 1.11, derde lid en 2.14bis, vijfde lid, Wet IB 2001, artikel 1a, derde lid, Wet Vpb 1969, artikel 1, vijftiende lid, Wet DB 1965 en artikel 1, tiende lid, Wet BB 2021 neergelegd dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld voor de beoordeling of voor de toepassing van die wetten en de daarop berustende bepalingen een naar het recht van een andere staat opgericht of aangegaan lichaam een met een Nederlandse rechtsvorm vergelijkbare rechtsvorm heeft. Daarbij kunnen op grond van de genoemde delegatiebepalingen ook regels worden gesteld voor de beoordeling of een naar het recht van een andere staat opgericht of aangegaan lichaam naast de rechtsvorm ook voor het overige met een lichaam vergelijkbaar is. Artikel 1, eerste lid, van het Besluit noemt in dat verband de delegatiebepalingen waaraan het uitvoering geeft.

Tweede lid, onderdeel a

In artikel 1, tweede lid, onderdeel a, van het Besluit is het begrip 'buitenlandse rechtsvormen' gedefinieerd. In de uitwerking van de rechtsvormvergelijking vormt dit begrip het subject. De buitenlandse rechtsvorm wordt vergeleken met de Nederlandse rechtsvormen die zijn gedefinieerd in artikel 1, tweede lid, onderdeel b, van het Besluit.

Het begrip rechtsvorm wordt uitgelegd als een door het recht beheerste rechtspersoon of figuur dat is bedoeld voor de samenwerking van personen (een samenwerkingsvorm) dan wel de afscheiding van vermogen. Een buitenlandse rechtsvorm wordt vervolgens onderscheiden doordat de figuur wordt beheerst door het recht van een andere staat dan Nederland. Die beheersing komt bijvoorbeeld tot uitdrukking doordat in het buitenlandse recht regels zijn neergelegd voor een rechtsvorm die betrekking hebben op de inrichting van het bestuur of de aansprakelijkheidsverdeling tussen de participanten en de samenwerkingsvorm.

Onder 'buitenlandse rechtsvormen' vallen niet financieringsovereenkomsten, zoals een overeenkomst met afspraken (hierbij kan worden gedacht aan rente, aflossing, zekerheden) tussen twee of meer partijen die zien op het aangaan van een lening.

Tweede lid, onderdeel b

Onder de Nederlandse rechtsvormen wordt kort gezegd verstaan de verzameling van de 1) BW-rechtsvormen, 2) de Nederlandse personenvennootschappen en 3) het fgr en het transparante fonds. Deze groepen van Nederlandse rechtsvormen worden voor de toepassing van het Besluit gedefinieerd in artikel 1, tweede lid, onderdeel b, onder 1^o tot en met 11^o, van het Besluit. In de uitwerking van de rechtsvormvergelijking vormen de Nederlandse rechtsvormen de vergelijkingsmaatstaf. Hiermee wordt bedoeld dat de buitenlandse rechtsvorm, bedoeld in artikel 1, tweede lid, onderdeel a, van het Besluit, wordt vergeleken met de Nederlandse rechtsvormen.

Tweede lid, onderdeel b, onder 1° tot en met 7°

De BW-rechtsvormen worden gedefinieerd in artikel 1, tweede lid, onderdeel b, onder 1° tot en met 7°, van het Besluit. Deze opsomming bestaat uit de lichamen die zijn genoemd in artikel 2, eerste lid, Wet Vpb 1969 met uitzondering van de niet-vergelijkbare lichamen in artikel 2, eerste lid, onderdeel h, Wet Vpb 1969. De naamloze vennootschap (nv), de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (bv), de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de vereniging en de stichting zijn opgenomen in Boek 2 van het BW. De vindplaats (dat wil zeggen titels) van de verschillende BW-rechtsvormen in het BW is (zijn) opgenomen in het tweede lid, onderdeel b, onder 1° tot en met 7°. De publiekrechtelijke rechtspersoon en het kerkgenootschap alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin kerkgenootschappen zijn verenigd worden genoemd in de artikelen 1, respectievelijk 2, van Boek 2 van het BW.

Hoewel de nv en de bv verschillende rechtsvormen in het BW zijn, zijn de aard en inrichting van de nv en de bv vrijwel gelijk aan elkaar. Daarom zijn zij in één onderdeel opgenomen (artikel 1, tweede lid, onderdeel b, onder 1°, van het Besluit).

Ook de coöperatie en de vereniging op coöperatieve grondslag zijn onder één noemer geplaatst (artikel 1, tweede lid, onderdeel b, onder 2°, van het Besluit) omdat de aard en inrichting van beide vrijwel gelijk zijn en beide lichamen voor fiscale doeleinden gelijk worden behandeld waardoor een onderscheid overbodig is. Hetzelfde geldt voor de onderlinge waarborgmaatschappij en de vereniging die op onderlinge grondslag als verzekeraar of bank optreedt (artikel 1, tweede lid, onderdeel b, onder 3°, van het Besluit).

Tweede lid, onderdeel b, onder 8° en 9°

De maatschap, vof en cv zijn in artikel 1, tweede lid, onderdeel b, onder 8° en 9°, van het Besluit gedefinieerd. Voor de definities van die rechtsvormen wordt verwezen naar de definities in het BW en het Wetboek van Koophandel. De aard en inrichting van de maatschap en de vof zijn vrijwel gelijk. Tevens worden zij voor fiscale doeleinden gelijk behandeld, waardoor een nader onderscheid in de rechtsvormvergelijking overbodig is (artikel 1, tweede lid, onderdeel b, onder 8°, van het Besluit).

Tweede lid, onderdeel b, onder 10° en 11°

Het fgr en het transparante fonds zijn rechtsfiguren die geen rechtsvormvereiste kennen, maar die voor de toepassing van dit Besluit wel als Nederlandse rechtsvormen worden aangemerkt. Voor de definities van deze fondsen wordt verwezen naar artikel 2, vierde lid, Wet Vpb 1969, respectievelijk artikel 2.14bis, zevende lid, Wet IB 2001.

Tweede lid, onderdeel c

In de bijlage bij het Besluit is een lijst opgenomen waarin voor een aantal buitenlandse rechtsvormen is aangegeven met welke Nederlandse rechtsvorm ze worden vermoed vergelijkbaar te zijn, dan wel dat ze een niet-vergelijkbare rechtsvorm worden vermoed te zijn. Deze lijst wordt in het Besluit aangehaald als de rechtsvormenlijst. De rechtsvormenlijst wordt met enige regelmaat geactualiseerd. Daarbij gaat het om toevoegingen van nieuwe gekwalificeerde buitenlandse

rechtvormen of wijzigingen van de kwalificaties.

Artikel 2

In artikel 2 is de rechtvormvergelijking vormgegeven.

Eerste lid

In artikel 2, eerste lid, van het Besluit wordt de rechtvormvergelijkingsmethode ingevuld voor buitenlandse rechtvormen. Aan de hand van de aard- en inrichtingskenmerken van de buitenlandse rechtvorm onder het buitenlandse recht wordt vastgesteld of die rechtvorm voldoende vergelijkbaar is met de aard en inrichting, waaronder de wezenlijke kenmerken die zijn opgenomen in hoofdstuk II, afdeling 2, van het Besluit, van de Nederlandse rechtvormen, bedoeld in artikel 1, tweede lid, onderdeel b, onder 1° tot en met 9°.

Of een buitenlandse rechtvorm voldoende vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtvorm als bedoeld in artikel 1, tweede lid, onderdeel b, onder 1° tot en met 9°, van het Besluit wordt vastgesteld aan de hand van de aard en inrichting van de betreffende buitenlandse rechtvorm. Om de *aard* van een buitenlandse rechtvorm vast te stellen dient aan de hand van het buitenlandse recht geanalyseerd te worden welke plaats de betreffende rechtvorm in het buitenlandse recht inneemt en welke bedoeling de buitenlandse wet- of regelgever heeft gehad met die rechtvorm. Bij deze analyse komt onder andere belang toe aan de keuze van de buitenlandse wet- of regelgever om de betreffende rechtvorm als contractueel samenwerkingsverband (zoals de Nederlandse personenvennootschap) vorm te geven, of juist als een kapitaalvennootschap (zoals de Nederlandse nv en bv).

De *inrichting* van een buitenlandse rechtvorm heeft betrekking op de meer concrete regels die zijn gegeven voor die rechtvorm in het buitenlandse recht.⁹ Het gaat daarbij derhalve niet om de inrichting van een specifiek lichaam met een buitenlandse rechtvorm, maar om de wettelijke regels die in het algemeen gelden ten aanzien van die rechtvorm. De inrichting van de Nederlandse rechtvormen, bedoeld in artikel 1, tweede lid, onderdeel b, onder 1° tot en met 9°, van het Besluit, bestaat voor een belangrijk deel uit de wezenlijke kenmerken van verschillende rechtvormen die per Nederlandse rechtvorm zijn benoemd in afdeling 2 van hoofdstuk II van het Besluit. Aan de hand van het buitenlandse recht zal voor de buitenlandse rechtvorm tot een lijst van kenmerken moeten worden gekomen aan de hand waarvan, tezamen met de aard van die rechtvorm, kan worden vastgesteld of de rechtvorm voldoende vergelijkbaar is met één van de genoemde Nederlandse rechtvormen.

Tweede lid

Het tweede lid regelt welke buitenlandse rechtvormen niet vergelijkbaar zijn. Dat is het geval indien een buitenlandse rechtvorm voldoende vergelijkbaar is met meer dan één Nederlandse rechtvorm als bedoeld in artikel 1, tweede lid, onderdeel b, onder 1° tot en met 9°, van het Besluit dan wel indien een buitenlandse rechtvorm met geen van de in artikel 1, tweede

⁹ Vgl. Hoge Raad 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2292.

lid, onderdeel b, onder 1° tot en met 9°, van het Besluit genoemde Nederlandse rechtsvormen vergelijkbaar is.

Het gaat bijvoorbeeld om een buitenlandse rechtsvorm die naar aard en inrichting voldoende gelijkenissen vertoont met bijvoorbeeld zowel een BW-rechtsvorm als een Nederlandse personenvennootschap of met meerdere BW-rechtsvormen. Voorbeelden hiervan zijn de naar Iers en Canadees recht opgerichte Unlimited Company (ULC), die een in aandelen verdeeld kapitaal heeft, maar waarbij de aandeelhouders wel - in het geval van liquidatie - wettelijk aansprakelijk zijn voor de schulden en andere verplichtingen van de ULC. Andere voorbeelden van buitenlandse rechtsvormen die met geen van de Nederlandse rechtsvormen voldoende vergelijkbaar zijn, zijn de naar het recht van het Verenigd Koninkrijk opgerichte Limited Liability Partnership, de naar Duits recht opgerichte Kommanditgesellschaft auf Aktien, de Italiaanse Società in Accomandita per Azioni en de Luxemburgse Société en Commandite par Actions. Deze lichamen bezitten namelijk een zodanige mix van de civielrechtelijke kenmerken van zowel personenvennootschappen als van kapitaalvennootschappen, dat er geen Nederlandse rechtsvorm is te benoemen die voldoende vergelijkbaar is. Daarnaast zijn de trusts als omschreven in artikel 2 van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op trusts en inzake de erkenning van trusts voorbeelden van buitenlandse rechtsvormen die met geen van de Nederlandse rechtsvormen voldoende vergelijkbaar zijn.¹⁰

Derde lid

Voor bepaalde buitenlandse rechtsvormen heeft een beoordeling aan de hand van de criteria die zijn gegeven in artikel 2, eerste en tweede lid, van het Besluit reeds plaatsgevonden. Die rechtsvormen zijn opgenomen in de rechtsvormenlijst in de bijlage bij het Besluit. De in deze rechtsvormenlijst opgenomen buitenlandse rechtsvormen worden vermoed met een Nederlandse rechtsvorm vergelijkbaar of niet-vergelijkbaar te zijn. Deze rechtsvormlijst is daarmee indicatief. In verreweg de meeste gevallen zal deze indicatie duidelijkheid en zekerheid geven. Van het rechtsvermoeden kan echter met behulp van de zogenoemde vrije bewijsleer worden afgeweken indien wordt bewezen dat een beoordeling op grond van artikel 2, eerste en tweede lid, van het Besluit ten aanzien van een buitenlandse rechtsvorm leidt tot een andere uitkomst dan het rechtsvermoeden dat is opgenomen in de rechtsvormenlijst. Een dergelijk bewijs zal gebaseerd zijn op de vergelijking van de aard en inrichting van de buitenlandse en Nederlandse rechtsvorm, conform de vergelijkingsmethode die is neergelegd in artikel 2, eerste en tweede lid, van het Besluit.

Als ten aanzien van een buitenlandse rechtsvorm op basis van de vergelijking naar aard en inrichting is gebleken dat de kwalificatie afwijkt van het rechtsvermoeden zoals opgenomen in de rechtsvormenlijst, dan wordt de rechtsvormenlijst met betrekking tot die rechtsvorm zo snel mogelijk aangepast. Doorgaans zullen deze aanpassingen worden opgenomen in het eerstvolgende Eindejaarsbesluit. Bij de aanpassing van de rechtsvormenlijst wordt uiteraard geregeld met ingang van welk tijdstip het gewijzigde rechtsvermoeden geldt: in beginsel per 1 januari van het eerste kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin het wijzigingsbesluit (doorgaans dus het

¹⁰ Het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts (Trb. 1996, 9).

Eindejaarsbesluit) is gepubliceerd, waarbij de betreffende aanpassing voor het eerst toepassing vindt met betrekking tot boekjaren die op of na die datum aanvangen. Vooruitlopend op het moment dat de lijst is aangepast en daarmee het gewijzigde rechtsvermoeden geldt, kan bewijs worden geleverd met een verwijzing naar de beslissing waaruit volgt dat de kwalificatie op grond van artikel 2, eerste en tweede lid, van het Besluit afwijkt van het aanvankelijke rechtsvermoeden op de lijst. Een voorbeeld van een dergelijke beslissing is een rechterlijke uitspraak.

In de rechtsvormenlijst is het kalenderjaar opgenomen waarvoor de kwalificatie in ieder geval geldt (hierna ook: het kwalificatiejaar). De kwalificatie op die lijst (als rechtsvermoeden) geldt niet langer indien het relevante recht van de staat door wiens recht de buitenlandse rechtsvorm wordt beheerst wezenlijk is veranderd na afloop van het in de lijst opgenomen kwalificatiejaar. Hierbij is het van belang dat het buitenlandse recht dat ziet op de aard en inrichting van de buitenlandse rechtsvorm is gewijzigd. In dergelijke gevallen dient het buitenlandse lichaam (opnieuw) te worden gekwalificeerd volgens de regels van artikel 2, eerste en tweede lid, van het Besluit. In lijn daarmee zal de rechtsvormenlijst alsdan worden aangepast, doorgaans via het eerstvolgende Eindejaarsbesluit.

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat het voorgaande onverlet laat dat de specifieke feiten en omstandigheden van een individueel geval ook na 1 januari 2025 aanleiding kunnen geven voor fiscale herkwalificatie (substance over form). Een dergelijke herkwalificatie ten aanzien van de Nederlandse of buitenlandse rechtsvorm van een specifiek lichaam op basis van de feiten en omstandigheden aangaande dat lichaam staat los van de in dit Besluit neergelegde kwalificatieregels en heeft geen gevolgen voor het in de rechtsvormenlijst neergelegde rechtsvermoeden. Aanpassing van de rechtsvormenlijst is zoals hiervoor beschreven slechts aan de orde indien wordt bewezen dat een beoordeling op grond van artikel 2, eerste en tweede lid, van dit Besluit ten aanzien van een buitenlandse rechtsvorm in het algemeen leidt tot een andere uitkomst dan het rechtsvermoeden dat is opgenomen in de rechtsvormenlijst.

Vierde lid

Artikel 2, vierde lid, van het Besluit geeft de rechtsvormvergelijking van buitenlandse rechtsvormen met het fgr en het transparante fonds. Hierbij geldt dat de buitenlandse rechtsvorm die voldoet aan de fiscale definitie van het fgr of het transparante fonds voor de toepassing van het Nederlandse belastingrecht worden behandeld conform de regels voor het fgr dan wel het transparante fonds. Voor deze situaties geldt dus een herkwalificatie tot fgr of transparant fonds. Het kan echter ook voorkomen dat een buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar is met een personenvennootschap en dat deze voldoet aan de voorwaarden voor het zijn van een fgr of transparant fonds. In dat geval gaat de kwalificatie als fgr of transparant fonds voor op de kwalificatie als personenvennootschap. Een dergelijke samenloop tussen BW-rechtspersonen en een fgr of transparant fonds is niet denkbaar omdat één van de wezenlijke kenmerken van een BW-rechtsvorm is dat deze een rechtspersoon is en een fgr of transparant fonds juist fondsen zijn zonder rechtspersoonlijkheid. In de in artikel 2, vierde lid, Wet Vpb 1969 neergelegde definitie van het fgr wordt namelijk aansluiting gezocht bij de in de Wet financieel toezicht (Wft) gehanteerde definities van beleggingsfonds en fonds voor collectieve belegging in effecten. Een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 1:1 Wft bestaat in de vorm van een beleggingsmaatschappij en in de vorm van een beleggingsfonds. Doordat in de definitie van fgr is

verwezen naar beleggingsfonds, kan een beleggingsmaatschappij (dat is altijd een rechtspersoon) geen fgr zijn. Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar fonds voor collectieve belegging in effecten. Een icbe als bedoeld in artikel 1:1 Wft bestaat in de vorm van een maatschappij voor collectieve belegging in effecten en in de vorm van een fonds voor collectieve belegging in effecten. Door in de definitie van fgr te verwijzen naar fonds voor collectieve belegging in effecten kan een maatschappij voor collectieve belegging in effecten (dat wil zeggen een icbe rechtspersoon) geen fgr zijn.

De herkwalficatie tot het fgr en het transparant fonds wordt voor de rechtsvormvergelijking tot uitdrukking gebracht in artikel 2, vierde lid, van het Besluit, doordat de rechtsvorm van een lichaam dat voldoet aan de wettelijke voorwaarden voor het fgr of het transparante fonds als vergelijkbaar wordt aangemerkt met het fgr, onderscheidenlijk transparante fonds. Voor die buitenlandse fondsen komt dan geen betekenis meer toe aan de kwalificatie volgens de rechtsvormenlijst.

Samenvattend dienen voor de toepassing van de rechtsvormvergelijkmethode op basis van artikel 2 van het Besluit de volgende stappen te worden doorlopen, indien

- A. de buitenlandse rechtsvorm niet op de rechtsvormlijst is opgenomen:
 1. het maken van een analyse van de aard en inrichting van de buitenlandse rechtsvorm volgens Wet- en regelgeving van het betreffende land;
 2. het vergelijken van deze analyse met de aard in inrichting van de Nederlandse rechtsvormen, mede aan de hand van de wezenlijke kenmerken zoals opgenomen in afdeling 2, in de gevallen dat
 - a. de buitenlandse rechtsvorm voldoende vergelijkbaar is met een nv/bv, coöperatie/vereniging op coöperatieve grondslag, onderlinge waarborgmaatschappij/vereniging welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of bank optreedt, vereniging, stichting, kerkgenootschap alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersoon, maatschap/vof of cv, geldt dat de buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar is met die BW-rechtsvorm of personenvennootschap, tenzij het buitenlandse lichaam met de buitenlandse rechtsvorm voldoet aan de voorwaarden van artikel 2, vierde lid, Wet Vpb 1969 of artikel 2.14bis, zevende lid, Wet IB 2001; het buitenlandse lichaam kwalificeert dan als een fgr, respectievelijk transparant fonds.
 - b. de buitenlandse rechtsvorm voldoende vergelijkbaar is met meerdere Nederlandse rechtsvormen of niet voldoende vergelijkbaar met enige Nederlandse rechtsvorm, geldt dat die buitenlandse rechtsvorm als niet-vergelijkbaar wordt aangemerkt, tenzij het buitenlandse lichaam met de buitenlandse rechtsvorm voldoet aan de voorwaarden van artikel 2, vierde lid, Wet Vpb 1969 of artikel 2.14bis, zevende lid, Wet IB 2001; het buitenlandse lichaam kwalificeert dan als een fgr, respectievelijk transparant fonds.
- B. de buitenlandse rechtsvorm op de rechtsvormenlijst is opgenomen:
 1. als het relevante buitenlandse recht van de staat door wiens recht rechtsvorm wordt beheerst niet wezenlijk is veranderd na afloop van het in de lijst opgenomen kwalificatiejaar, dan wordt die rechtsvorm vermoed vergelijkbaar of niet vergelijkbaar te zijn met een Nederlandse rechtsvorm in overeenstemming met de rechtsvormenlijst, tenzij

het buitenlandse lichaam met de buitenlandse rechtsvorm voldoet aan de voorwaarden van artikel 2, vierde lid, Wet Vpb 1969 of artikel 2.14bis, zevende lid, Wet IB 2001; het buitenlandse lichaam kwalificeert dan als een fgr, respectievelijk transparant fonds. Die kwalificatie gaat voor op de kwalificatie in de rechtsvormenlijst.

2. als ten aanzien van die buitenlandse rechtsvorm blijkt dat de uitkomst van de vergelijking naar aard en inrichting afwijkt van het rechtsvermoeden, kan van dit rechtsvermoeden worden afgeweken en wordt de rechtsvormenlijst met betrekking tot die rechtsvorm zo snel mogelijk gecorrigeerd.

Afdeling 2

Ten behoeve van de rechtsvormvergelijking, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van het Besluit, geven de artikelen 3 tot en met 11 van het Besluit voor de inrichting van de rechtsvorm de wezenlijke kenmerken van de BW-rechtsvormen en Nederlandse personenvennootschappen. Deze kenmerken zijn gebaseerd op wet- en regelgeving, inclusief de civiele en fiscale jurisprudentie. Voor de rechtsvormvergelijking vormen de genoemde kenmerken samen met de bedoeling van de wetgever (aard en inrichting) ten aanzien van de rechtsvorm het belangrijkste vergelijkingskader. Hierna wordt ingegaan op enige achtergrond en wordt een nadere invulling gegeven op basis waarvan de in afdeling 2 van het Besluit opgenomen wezenlijke kenmerken zijn gekozen alsmede enkele aandachtspunten bij deze wezenlijke kenmerken.

Uit de praktijk kunnen – naar aanleiding van de beoordeling van diverse buitenlandse rechtsvormen alsmede de jurisprudentie – veelal redelijk eenduidige, werkbare en gangbare kenmerken worden gedestilleerd. Bij het formuleren van wezenlijke kenmerken speelt de positie van het vermogen en de mate van aansprakelijkheid van een rechtsvorm in relatie tot de participanten, leden of belanghebbenden een onderscheidende rol.

Vervolgens is van belang dat niet alle kenmerken van de Nederlandse BW-rechtsvormen wezenlijk worden geacht voor de rechtsvormvergelijking, maar de niet-wezenlijke kenmerken zijn wel onderdeel van de inrichting van de betreffende Nederlandse rechtsvorm. Een voorbeeld van een kenmerk dat niet wezenlijk wordt geacht voor de kwalificatie is dat de BW-rechtsvormen bij notariële akte moeten worden opgericht, terwijl dat voor buitenlandse rechtsvormen niet noodzakelijk hoeft te zijn. Het feit dat die buitenlandse rechtsvorm niet bij notariële akte wordt opgericht, maakt dan dus ook niet dat de rechtsvorm op grond daarvan niet voldoende vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtsvorm. Een ander voorbeeld van een kenmerk van BW-rechtsvormen dat niet-wezenlijk wordt geacht, is dat door het BW wordt voorgeschreven dat de rechtsvorm ook terugkomt in de naam van de vennootschap. Als dat in het buitenlandse recht niet wordt voorgeschreven, staat dat eveneens niet in de weg aan rechtsvormvergelijking.

Ook voor de wezenlijke kenmerken die zijn geformuleerd voor de BW-rechtsvormen en personenvennootschappen geldt echter dat een variant op of afwijking van een of meerdere kenmerk(en) in het buitenlandse recht niet per definitie hoeft te leiden tot de conclusie dat een rechtsvorm niet voldoende vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtsvorm. Of een buitenlandse rechtsvorm voldoende vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtsvorm is mede afhankelijk van het samenspel van alle kenmerken van die buitenlandse rechtsvorm die in het buitenlandse recht aan die rechtsvorm worden gegeven. Daarnaast geldt als uitgangspunt dat aan de verschillende wezenlijke kenmerken evenveel gewicht wordt toegekend. Dat betekent dat het ene kenmerk op

voorhand niet zwaarder weegt dan het andere. Bij de beoordeling van de buitenlandse rechtsvorm kan - de gehele analyse overziend - uiteindelijk wel meer of minder gewicht worden toegekend aan een enkel of enkele wezenlijk(e) kenmerk(en). Deze uiteindelijke weging is niet altijd op voorhand aan te geven omdat die een integrale beoordeling van alle kenmerken van een buitenlandse rechtsvorm betreft. Omdat het buitenlandse recht op het gebied van rechtsvormen in vrijwel geen enkel geval volledig gelijk zal zijn aan het Nederlandse recht, zal het er uiteindelijk om gaan dat een buitenlandse rechtsvorm voldoende vergelijkbaar kan worden geacht met een Nederlandse rechtsvorm.

De civielrechtelijke wet- en regelgeving van het betreffende buitenland ten aanzien van de te beoordelen rechtsvorm dient als startpunt van de kwalificatie.

Artikel 3

Artikel 3 van het Besluit geeft de wezenlijke kenmerken van de nv (Titel 4 van Boek 2 van het BW) en bv (Titel 5 van Boek 2 van het BW). Dit betreft de kenmerken op grond van wet- en regelgeving, inclusief de civiele en fiscale jurisprudentie. Voor de kwalificatie als voldoende vergelijkbaar met de nv en bv (nv- en bv-achtigen) vormen deze kenmerken, samen met de bedoeling van de Nederlandse wetgever ten aanzien van de nv en bv, een belangrijk onderdeel van de maatstaf voor de vergelijking.

De nv en bv hebben op grond van het BW een in aandelen verdeeld kapitaal en een of meerdere aandeelhouders. Een aandeel zoals hier bedoeld is een vermogensrecht van eigen aard, welke geregeld is in de dwingendrechtelijke bepalingen. De aandeelhouder staat tot de nv of bv in een rechtsbetrekking waaruit voor haar bepaalde rechten en verplichtingen voortvloeien. De aandeelhouder is op grond van de dwingendrechtelijke bepalingen in de civiele wet- en regelgeving niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en is niet gehouden boven het bedrag dat hij op de aandelen in de vennootschap behoort te hebben gestort in de verliezen van de vennootschap bij te dragen. Er is in de duiding van dit wezenlijke kenmerk geen sprake van een aandeel, wanneer - ongeacht of dit op basis van regeland recht wel mogelijk is - in de overeenkomst of de statuten het 'aandeel in het vermogen van de vennootschap' is beschreven als een aandeel. Een voorbeeld hiervan is de deelname in het kapitaal van een vennootschap onder firma.

Voor de vergelijking met deze kenmerken dient uit de betreffende buitenlandse wetgeving te blijken dat er sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal en van aandeelhouders, die niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht (zoals het aangaan van schulden en andere verplichtingen) en zijn niet gehouden van de vennootschap dan tot het bedrag dat op hun aandelen in de vennootschap behoort te zijn gestort zoals hiervoor aangegeven. Het volstaat derhalve niet als deze kenmerken uitsluitend in de statuten, (oprichtings)akte of overeenkomst zijn opgenomen.¹¹

Voor een nv vloeit rechtstreeks uit de wet voort dat sprake is van vrije overdraagbaarheid en verhandelbaarheid van aandelen. Daarin ligt besloten dat de aandelen van deze rechtsvorm op een gereguleerde markt als bedoeld in artikel 1:1 Wft (handelsplatform) verhandeld kunnen

¹¹ Hoge Raad 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2292.

worden. Voor een bv kan ervoor worden gekozen om de vrije overdraagbaarheid van de aandelen te beperken. Ook bij een bv is het dus onder voorwaarden mogelijk dat de aandelen van deze rechtsvorm op een gereguleerde markt als bedoeld in artikel 1:1 Wft (handelsplatform) verhandeld kunnen worden.

Alles overziend zijn de wezenlijke kenmerken van de nv en de bv gelijk aan elkaar; daarom zijn zij in één artikel opgenomen. Een buitenlandse rechtsvorm kan – aangezien de aard en inrichting van de nv en de bv ook voor het overige niet wezenlijk (genoeg) verschillen – alleen voor de toepassing van dit Besluit worden gekwalificeerd als vergelijkbaar met de nv of bv. Er bestaan echter wel civielrechtelijke verschillen tussen de bv en de nv, niet alleen in het Nederlandse recht maar ook in het buitenland. Voorbeelden hiervan zijn de Duitse Aktiengesellschaft en Gesellschaft mit beschränkter Haftung, de Franse Société Anonyme en Société de Responsabilité Limitée, en de Spaanse Societas Anonima en Société de responsabilité limitée. Die verschillen zijn evenwel van dien aard dat zij geen aanleiding geven de nv en de bv en deze tweetallen van buitenlandse rechtsvormen voor de toepassing van dit Besluit verschillend te kwalificeren.

Verschillende buitenlandse kapitaalvennootschappen hebben geen in aandelen verdeeld kapitaal als bedoeld in het Nederlandse BW. Voorbeelden hiervan zijn de Duitse Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), de Limited Liability Company (LLC) opgericht naar het recht van één van de staten van de Verenigde Staten en de Italiaanse Società a Responsabilità Limitata (SaRL). Het ontbreken van een in aandelen verdeeld kapitaal als bedoeld in het Nederlandse civiele recht staat niet per definitie in de weg aan het zijn van voldoende vergelijkbaar van een buitenlandse rechtsvorm met de Nederlandse bv, mits deze rechtsvorm wel het karakter heeft van een kapitaalvennootschap.¹²

Artikel 4

Eerste lid

Artikel 4, eerste lid, van het Besluit geeft de wezenlijke kenmerken van de coöperatie (Titel 3 van Boek 2 van het BW). Dit betreft de dwingendrechtelijke kenmerken op grond van wet- en regelgeving, inclusief de civiele en fiscale jurisprudentie. Voor de kwalificatie als voldoende vergelijkbaar met de coöperatie vormen deze kenmerken, samen met de bedoeling van de Nederlandse wetgever ten aanzien van de coöperatie de maatstaf voor de vergelijking.

De coöperatie wordt opgericht door een meerzijdige rechtshandeling bij notariële akte. Na de oprichting heeft de coöperatie tenminste twee leden. De coöperatie kan winst uitkeren aan de leden.

De leden van de coöperatie zijn tegenover de coöperatie naar in de statuten aangegeven maatstaf voor een tekort aansprakelijk. Een coöperatie kan in haar statuten iedere verplichting van leden of oud-leden om in een tekort bij te dragen, uitsluiten of tot een maximum beperken. Bevatten de statuten niet een maatstaf voor ieders aansprakelijkheid, dan zijn allen voor gelijke delen aansprakelijk.

De coöperatie kent dus een drietal varianten wat betreft de aansprakelijkheid van de leden. Bij een coöperatie met beperkte- of wettelijke aansprakelijkheid gaat het om een interne

¹² Zie Hoge Raad 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AE6419, inzake een GmbH naar Duits recht.

aanzuiveringsplicht die pas aan de orde komt als sprake is van een tekort bij de ontbinding van de coöperatie en alleen geldt voor de huidige leden en de leden die recentelijk zijn uitgetreden. Bij een coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid is de verplichting van leden of oud-leden om in een tekort bij te dragen geheel uitgesloten.

De persoonlijke borgstelling van een participant jegens derden of de anderszins op grond van een overeenkomst aanvaarde aansprakelijkheid, een aansprakelijkheid wegens eigen onrechtmatig handelen, een beroepsaansprakelijkheid of een interne aansprakelijkheid/draagplicht doet niet af aan de hier bedoelde beperkte aansprakelijkheid.

De coöperatie kent een bestuursorgaan. Een lid van de coöperatie is in zijn hoedanigheid van lid niet bevoegd om de coöperatie te vertegenwoordigen.

Tweede lid

In artikel 4, tweede lid, van het Besluit is in aansluiting op artikel 2, eerste lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969 de vereniging op coöperatieve grondslag opgenomen. Met die bepaling in de Wet Vpb 1969 heeft de wetgever beoogd om de niet als coöperatie opgerichte vereniging die materieel als coöperatie activiteiten verricht voor de belasting naar de winst van dat lichaam en van haar leden op dezelfde wijze te behandelen als een wel bij notariële akte opgerichte coöperatie. Met artikel 4, tweede lid, van het Besluit wordt deze benadering ook doorgetrokken naar hiermee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen.

Artikel 5

Eerste lid

Artikel 5 van het Besluit geeft de wezenlijke kenmerken van de onderlinge waarborgmaatschappij (Titel 3 van Boek 2 van het BW). Dit betreft de kenmerken op grond van wet- en regelgeving, inclusief de civiele en fiscale jurisprudentie. Voor de kwalificatie als voldoende vergelijkbaar met de onderlinge waarborgmaatschappij vormen deze kenmerken, samen met de bedoeling van de Nederlandse wetgever ten aanzien van de onderlinge waarborgmaatschappij de maatstaf voor de vergelijking.

De onderlinge waarborgmaatschappij oefent het verzekeringsbedrijf uit ten behoeve van haar leden door met haar leden verzekeringsovereenkomsten te sluiten.

De onderlinge waarborgmaatschappij wordt opgericht door een meezijdige rechtshandeling bij notariële akte. Na de oprichting heeft de onderlinge waarborgmaatschappij tenminste twee leden. De onderlinge waarborgmaatschappij kan winst uitkeren aan de leden.

De leden van de onderlinge waarborgmaatschappij zijn tegenover de onderlinge waarborgmaatschappij naar in de statuten aangegeven maatstaf voor een tekort aansprakelijk. Een onderlinge waarborgmaatschappij kan in haar statuten iedere verplichting van leden of oud-leden om in een tekort bij te dragen, uitsluiten of tot een maximum beperken. Bevatten de statuten niet een maatstaf voor ieders aansprakelijkheid, dan zijn allen voor gelijke delen aansprakelijk. De onderlinge waarborgmaatschappij kent dus een drietal varianten wat betreft de aansprakelijkheid van de leden. Bij een onderlinge waarborgmaatschappij met beperkte- of wettelijke aansprakelijkheid gaat het om een interne aanzuiveringsplicht die pas aan de orde komt als sprake is van een tekort bij de ontbinding van de onderlinge waarborgmaatschappij en alleen geldt voor de huidige leden en de leden die recentelijk zijn uitgetreden. Bij een onderlinge

waarborgmaatschappij met uitgesloten aansprakelijkheid is de verplichting van leden of oud-leden om in een tekort bij te dragen geheel uitgesloten.

De persoonlijke borgstelling van een participant jegens derden of de anderszins op grond van een overeenkomst aanvaarde aansprakelijkheid, een aansprakelijkheid wegens eigen onrechtmatig handelen, een beroepsaansprakelijkheid of een interne aansprakelijkheid/draagplicht doet niet af aan de hier bedoelde beperkte aansprakelijkheid.

De onderlinge waarborgmaatschappij kent een bestuursorgaan. Een lid van een onderlinge waarborgmaatschappij is in zijn hoedanigheid van lid niet bevoegd om de onderlinge waarborgmaatschappij te vertegenwoordigen.

Tweede lid

In artikel 5, tweede lid, van het Besluit is in aansluiting op artikel 2, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb 1969 opgenomen: de vereniging die op onderlinge grondslag als verzekeraar of bank optreedt. Met die bepaling in de Wet Vpb 1969 heeft de wetgever beoogd om de niet als onderlinge waarborgmaatschappij opgerichte vereniging, die materieel activiteiten verricht als verzekeraar of bank, voor de belasting naar de winst van dat lichaam en van haar leden op dezelfde wijze te behandelen als een wel bij notariële akte opgerichte onderlinge waarborgmaatschappij. Met artikel 5, tweede lid, van het Besluit wordt deze benadering ook doorgetrokken naar hiermee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen.

Artikel 6

In artikel 6 van het Besluit worden de wezenlijke kenmerken van de vereniging (Titel 2 van Boek 2 van het BW) gegeven. Dit betreft de kenmerken op grond van wet- en regelgeving, inclusief de civiele en fiscale jurisprudentie. Voor de kwalificatie als voldoende vergelijkbaar met de vereniging vormen deze kenmerken, samen met de bedoeling van de Nederlandse wetgever ten aanzien van de vereniging de maatstaf voor de vergelijking.

Een wezenlijk kenmerk van de vereniging is dat het lichaam geen winst mag uitkeren aan haar leden. Daarnaast zijn de leden niet aansprakelijk voor de schulden van een vereniging. Hier onderscheidt zich deze rechtsvorm van de coöperatie (artikel 6 van het Besluit) en de onderlinge waarborgmaatschappij (artikel 5 van het Besluit).

Artikel 7

Artikel 7 van het Besluit geeft de wezenlijke kenmerken van de stichting (Titel 6 van Boek 2 van het BW). Dit betreft de kenmerken op grond van wet- en regelgeving, inclusief de civiele en fiscale jurisprudentie. Voor de kwalificatie als voldoende vergelijkbaar met de stichting (stichting-achtige) vormen deze kenmerken, samen met de bedoeling van de Nederlandse wetgever ten aanzien van de stichting de maatstaf voor de vergelijking.

De stichting kan uitsluitend uitkeringen doen ten behoeve van een ideëel of sociaal doel. In artikel 285, derde lid van Boek 2 van het BW is de voorwaarde opgenomen dat het doel van de stichting niet mag inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen noch ook aan anderen, tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.

Dit kenmerk betekent dat het doel van bijvoorbeeld een stichting particulier fonds (hierna: SPF) naar het recht van Curaçao, waarbij de mogelijkheid bestaat om vermogen ten behoeve van de uiteindelijk gerechtigde en aan hem of zijn familieleden uitkeringen te doen, niet verenigbaar is met het uitkeringsverbod dat geldt voor naar Nederlands recht opgerichte stichtingen.¹³ Een SPF naar het recht van Curaçao is derhalve niet vergelijkbaar met een naar Nederlands recht opgerichte stichting.

Artikel 8

Artikel 8 van het Besluit geeft de wezenlijke kenmerken van het kerkgenootschap, alsmede zijn zelfstandige onderdelen en lichamen waarin het is verenigd (artikel 2 van Boek 2 van het BW).

Het kerkgenootschap, alsmede zijn zelfstandige onderdelen en lichamen waarin het is verenigd, is een rechtspersoon. Het kerkgenootschap is dus geen privaatrechtelijke rechtspersoon. Het kerkgenootschap wordt geregeerd door een eigen statuut, mits deze niet in strijd is met de wet. De wet kent geen verdere vereisten voor kerkgenootschappen.

Voorbeelden van deze rechtsvorm zijn de bij het Interkerkelijk Contact Overheidszaken (CIO) aangesloten kerkgenootschappen, zoals onder andere het Rooms-Katholiek Kerkgenootschap, de Protestantse Kerk in Nederland, de Remonstrantse Broederschap, de Algemene Doopsgezinde Sociëteit, de Christelijke Gereformeerde Kerken, de Verenigde Pinkster- en Evangeliegemeenten, de Nederlands Gereformeerde Kerken en het Nederlands Israëlitisch Kerkgenootschap.

Artikel 9

Artikel 9 van het Besluit geeft de wezenlijke kenmerken van Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen (artikel 1 van Boek 2 van het BW).

Voor een Nederlands publiekrechtelijk rechtspersoon geldt dat het lichaam rechtspersoonlijkheid heeft op grond van artikel 2:1, eerste lid, BW of als de rechtspersoonlijkheid volgt uit het bepaalde bij of krachtens de wet waarin de rechtspersoon wordt opgericht. Het lichaam is geen privaatrechtelijk rechtspersoon en heeft geen in aandelen verdeeld kapitaal.

Voorbeelden van publiekrechtelijke lichamen zijn: de Staat, provincies, waterschappen, gemeenten, gemeenschappelijke regelingen en zelfstandige bestuursorganen.

Artikel 10

Artikel 10 van het Besluit geeft de wezenlijke kenmerken van de maatschap en vof. Het Nederlandse recht kent drie personenvennootschappen, namelijk de maatschap, vof en de cv. De wezenlijke kenmerken van de cv zijn opgenomen in artikel 12 van het Besluit. Het wettelijk kader voor de personenvennootschappen is opgenomen in Boek 7A, negende titel, BW en voor de vof en cv in Boek 1, derde titel van het Wetboek van Koophandel.

Een personenvennootschap is een overeenkomst tot samenwerking tot de uitoefening van een beroep of bedrijf met inbreng door ieder van de partijen, vennoten, met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen.

¹³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 31 oktober 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:3802

Personenvennootschappen hebben civielrechtelijk geen in aandelen verdeeld kapitaal en de vennoten zijn verbonden voor verbintenissen van de vennootschap jegens derden. De vennoten zijn hiervoor aansprakelijk. Het betreft hier de uit de wet voortvloeiende, aansprakelijkheid van de vennoten voor de schulden en andere verplichtingen van de personenvennootschap. Dat wil zeggen dat de vennoten rechtstreeks door derden kunnen worden aangesproken.

Onder de hier bedoelde aansprakelijkheid wordt in ieder geval niet verstaan de persoonlijke borgstelling van een vennoot jegens derden of de anderszins op grond van een overeenkomst aanvaarde aansprakelijkheid, een aansprakelijkheid wegens eigen onrechtmatig handelen, een beroepsaansprakelijkheid of een interne aansprakelijkheid/draagplicht.

Zoals aangegeven hebben Nederlandse personenvennootschappen naar huidig recht geen rechtspersoonlijkheid. Het kabinet is hier echter verandering in aan het aanbrengen¹⁴. Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid wordt niet als wezenlijk kenmerk van een personenvennootschap gezien. Om die reden kunnen buitenlandse personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid desalniettemin afhankelijk van en in samenhang met de overige wezenlijke kenmerken wel als voldoende vergelijkbaar met de maatschap, vof of cv kwalificeren.

Zoals uit artikel 2, vierde lid, van het Besluit blijkt, kan een buitenlandse rechtsvorm die vergelijkbaar is met een vof of maatschap ook voldoen aan de definitie van het fgr of transparant fonds. In dat geval vindt herkwalificatie in een fgr, respectievelijk transparant fonds, plaats.

Artikel 11

Artikel 11 van het Besluit geeft de wezenlijke kenmerken van de cv. De cv is één van drie personenvennootschappen in het Nederlandse recht. Het wettelijk kader voor de personenvennootschappen is opgenomen in boek 7A, negende titel, BW en voor de vof en cv in Boek 1, derde titel, van het Wetboek van Koophandel.

Een cv is een overeenkomst tot samenwerking tot de uitoefening van een beroep of bedrijf met inbreng door ieder van de partijen, vennoten, met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen. De cv heeft tenminste één beherende vennoot en tenminste één commanditaire vennoot. Deze laatste is geldschietter en wordt ook wel commandiet genoemd.

De cv heeft civielrechtelijk geen in aandelen verdeeld kapitaal en de vennoten zijn naast de vennootschap verbonden voor verbintenissen van de vennootschap jegens derden. De vennoten zijn hiervoor aansprakelijk. Het betreft hier de uit de wet voortvloeiende, externe aansprakelijkheid van de vennoten voor de schulden en andere verplichtingen van het lichaam. Dat wil zeggen dat de vennoten rechtstreeks door derden kunnen worden aangesproken.

Onder de hier bedoelde aansprakelijkheid wordt in ieder geval niet verstaan de persoonlijke borgstelling van een vennoot jegens derden of de anderszins op grond van een overeenkomst aanvaarde aansprakelijkheid, een aansprakelijkheid wegens eigen onrechtmatig handelen, een beroepsaansprakelijkheid of een interne aansprakelijkheid/draagplicht.

Voor de commanditaire vennoot geldt dat deze niet verder bijdraagt in de verliezen van de vennootschap dan tot het bedrag van de overeengekomen inbreng. De commanditaire vennoot is

¹⁴ Zie de Wetsvoorstellen modernisering personenvennootschappen zoals geconsulteerd op 10 oktober 2022.

dan ook beperkt aansprakelijk, tenzij hij/zij bepaalde voorschriften heeft overtreden met betrekking tot het vertegenwoordigen van de vennootschap.

Zoals uit artikel 2, vierde lid, van het Besluit blijkt, kan een buitenlandse rechtsvorm die vergelijkbaar is met cv ook voldoen aan de definitie van het fgr of transparant fonds. In dat geval vindt herkwalificatie in een fgr respectievelijk transparant fonds plaats.

Artikel 12

Het besluit treedt in werking met ingang van 1 januari 2025.

Artikel 13

Artikel 13 van het Besluit bevat de citeertitel.

Bijlage: de rechtsvormenlijst

In de rechtsvormenlijst wordt voor een bepaalde buitenlandse rechtsvorm aangegeven met welke Nederlandse rechtsvorm ze vergelijkbaar zijn, dan wel dat ze niet vergelijkbaar zijn.

De Staatssecretaris van Financiën,

Folkert L. Idsinga