

INVOERING TITEL 7.13 BW: ENKELE INTERNATIONALE FISCALE ASPECTEN

PROF. MR. J. W. BELLINGWOUT*

1 Inleiding

De invoering van titel 7.13 BW wordt in belastingland al snel geassocieerd met het invoeren van (optionele) rechtspersoonlijkheid van de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. Het wetsvoorstel houdende vaststelling van titel 7.13 BW¹ en de voorgestelde invoeringswet² strekken veel verder dan dat. Beide wetsvoorstellen resulteren in een ingrijpende herziening van het personenvennootschapsrecht. Dat vanuit fiscaal perspectief de aandacht vooral is gericht op de optionele rechtspersoonlijkheid, is echter niet verwonderlijk. De traditionele fiscale transparantie van de vennootschap onder firma (een enkele uitzondering daargelaten³) en het vertrouwde onderscheid tussen 'open' en 'besloten' commanditaire vennootschappen staan op het spel, indien de (optionele) toekenning van rechtspersoonlijkheid – op de voet van art. 2, eerste lid, onderdeel d, Wet VPB 1969 – zou leiden tot belastingplicht voor deze rechtsvormen voor de vennootschapsbelasting. Tot ieders geruststelling is al in een vroeg stadium (op 24 december 2002) aangegeven 'de fiscale transparantie met betrekking tot de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, voor personenvennootschappen, ongeacht of zij wel of geen rechtspersoonlijkheid bezitten, te handhaven'.⁴ Bij de nadere uitwerking daarvan in het onlangs ingediende voorstel voor de invoeringswet is dit nader concreetiseerd. De aanvankelijk in de invoeringswet voorgestelde bepalingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting zijn – mede naar aanleiding van het advies van de Raad van State – weer ingetrokken; in plaats daarvan is een nieuw art. 3.7 Wet IB 2001 voorgesteld, dat ook doorwerkt naar de vennootschapsbelasting.⁵ De Raad van State heeft zich over deze bepaling helaas niet meer kunnen uitlaten. Zoals hieronder zal blijken, roept de formulering van de voorgestelde wettekst enkele vragen op.

2 Begrippenkader

2.1 Algemeen

Eerst aandacht voor de nieuwe terminologie. De vennootschap onder firma, de commanditaire vennootschap en de maatschap worden in het nieuwe begrippenkader vervangen door de openbare vennootschap (hierna: OV), waarvan de commanditaire vennootschap (hierna: CV) een gekwalificeerde rechtsvorm is (art. 7:836, eerste lid), en de stille vennootschap. De stille vennootschap is negatief omschreven als de vennootschap die geen OV is.

* Verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en aan Baker & McKenzie Amsterdam NV.

¹ Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, Kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. 1-2, dat inmiddels met enkele wijzigingen is ingediend bij de Eerste Kamer. Voor de actuele tekst zie het gewijzigd voorstel van wet, Kamerstukken I 2004/05, 28 746, A.

² Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek), Kamerstukken II 2006/07, 31 065, nr. 2.

³ Zie HR 24 november 1976, BNB 1978/13, welk arrest is gewezen voor een burgerlijke maatschap op aandelen, en waaruit wel wordt afgeleid dat ook een vennootschap onder firma belastingsubject kan zijn voor de vennootschapsbelasting indien aan de in het arrest vermelde criteria is voldaan ('het vennootschappelijk kapitaal is verdeeld in gelijke of evenredige aandelen, voor de vervreemding waarvan niet de toestemming van alle vennoten is vereist'); voor toepassing van het arrest op de vennootschap onder firma, zie onder andere het besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M, V-N 2007/8.15.

⁴ Kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. 3, blz. 6.

⁵ Daartoe wordt een nieuw art. 8.3 Wet VPB 1969 voorgesteld, dat art. 3.7 Wet IB 2001 van overeenkomstige toepassing verklaart.

OV kan alleen zijn de vennootschap die onder gezamenlijke naam optreedt en (cumulatief) gericht is op het uitoefenen van een beroep of bedrijf danwel op het verrichten van beroeps- of bedrijfshandelingen.⁶ De OV, derhalve met inbegrip van de CV, kan opteren voor rechtspersoonlijkheid (art. 7:802) en wordt dan aangeduid als OVR respectievelijk CVR (art. 802, vierde lid, respectievelijk art. 836, vierde lid). Hoewel systematisch onjuist, omdat de OVR een gekwalificeerde OV is en de CVR een gekwalificeerde CV, ziet het ernaar uit dat in dit nieuwe systeem de afkorting OV wordt gereserveerd voor de OV zonder rechtspersoonlijkheid en de afkorting CV voor de CV zonder rechtspersoonlijkheid, hetgeen ik hieronder zal volgen. De maatschap bestaat in dit systeem niet langer onder deze naam. Het fonds voor gemene rekening (hierna: FGR) heeft geen duidelijke plaats in deze systematiek. Het lijkt niet uitgesloten dat een fonds voor gemene rekening kan samenvloeien met de rechtsvorm van de OV.⁷ In relatie tot het fiscale raamwerk van 'open' en 'besloten' CV's is inmiddels enige alertheid geboden. Een CV is in de termen van titel 7.13 BW een openbare vennootschap, maar 'openbaar' wil nog niet zeggen dat zij ook 'open' is voor fiscale doeleinden. De 'besloten' openbare vennootschap is geboren. Op dezelfde voet hoeft een stille vennootschap niet in alle gevallen ook 'besloten' te zijn. Indien de vennootschap wel onder gezamenlijke naam naar buiten toe optreedt, maar geen sprake is van beroep/bedrijf(shandelingen), lijkt het in combinatie met vrije overdraagbaarheid van de participaties niet uitgesloten dat sprake is van een 'open' stille vennootschap. Voorts kan een CV die opteert voor de status van rechtspersoon in de fiscale systematiek nog steeds 'besloten' zijn. Er zullen derhalve zowel 'open' als 'besloten' rechtspersonen (CVR's) kunnen bestaan.⁸ En als klap op de vuurpijl blijft de Wet VPB 1969 en de Algemene wet inzake rijksbelastingen⁹ de deelgerechtigdheid van een commanditaire vennoot in een open CV als 'aandeel' aanmerken, ook al bepaalt het voorgestelde art. 7:836, vierde lid, kort en krachtig dat de commanditaire vennootschap geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft.

2.2 De 'open' CV: vrij verhandelbare participaties bestaan niet meer

In het verlengde van deze termen-kermis nog een opmerking over het spraakgebruik ten aanzien van de 'open' CV. De in de praktijk gebruikte term 'vrije overdraagbaarheid' of 'vrij verhandelbaarheid' van de commanditaire participaties, om aan te duiden dat voldaan is aan de eisen van art. 2, derde lid, onderdeel f, AWR voor het 'open' karakter van de CV, sluit met invoering van titel 7.13 BW niet meer aan op de juridische werkelijkheid. De deelname in een OV is niet overdraagbaar; contractsovername is niet mogelijk. Ook kan de deelname in de OV of CV niet meer overgaan onder algemene titel, bijvoorbeeld ingeval de vennoot-bv optreedt als verdwijnende vennootschap bij een juridische fusie.¹⁰ Vennoten kunnen slechts uittreden en toetreden tot de vennoot-

schap.¹¹ Gelijktijdige uittreding van de ene vennoot en toetreding van de 'opvolgende' vennoot komt nog het dichtst bij het beeld dat de ene vennoot zijn deelname 'overdraagt' aan de andere vennoot. De nieuwe situatie is echter dat de vennootschap ten aanzien van de uittredende vennoot wordt ontbonden.¹² Voor de nieuw toetredende vennoot gelden vanaf dat moment nieuwe verplichtingen; hij neemt niet de positie van de uittredende vennoot in. Van overdracht van een participatie (in de zin van contractsovername) is derhalve geen sprake.¹³ Art. 2, derde lid, onderdeel c, AWR lijkt met deze nieuwe benadering niet te conflicteren, aangezien deze bepaling niet aangrijpt bij vrije overdraagbaarheid of verhandelbaarheid van de commanditaire deelname, maar bij 'toetreding of vervanging van commanditaire vennoten'. Het woord

⁶ Zie het voorgestelde art. 7:801, eerste lid, jo. tweede lid, BW, alsmede NV, Kamerstukken II 2003/04, 28 746, nr. 5, blz. 10.

⁷ Door Rb. Almelo is onlangs nog beslist, onder verwijzing naar een bekend arrest van de Hoge Raad uit 1968, dat de participanten van een FGR een vennootschap aangaan die als maatschap moet worden aangemerkt. De Minister van Justitie heeft bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel houdende vaststelling van titel 7.13 echter aangegeven (Kamerstukken II 2003/04, 28 746, nr. 5, blz. 9) dat van geval tot geval moet worden beoordeeld of een FGR een vennootschap is, en dat daarvan pas sprake kan zijn indien de deelnemers niet alleen met het fonds maar ook met elkaar een overeenkomst om samen te werken hebben gesloten. Rb. Almelo lijkt hier een iets ruimere blik te hanteren dan de minister. Indien een FGR (onder omstandigheden) als een vennootschap moet worden aangemerkt, is het de vraag of dit een OV kan zijn. Dat is niet op voorhand uitgesloten, aangezien houdster- of beleggingsactiviteiten die mede zijn gericht op het besparen van kosten, onder het begrip 'bedrijf' of 'bedrijfshandelingen' kunnen worden gerangschikt (Kamerstukken II 2003/04, 28 746, nr. 5, blz. 11). Voor OV-status is dan alleen nog nodig dat het FGR ook op een voor derden kenbare wijze naar buiten toe optreedt onder een door het fonds als zodanig gevoerde naam. Zou een FGR als OV worden aangemerkt, dan kan het fonds ook opteren voor rechtspersoonlijkheid (de afkorting FGRR ligt voor de hand).

⁸ Hetzelfde geldt in feite – met inachtneming van HR 24 november 1976, BNB 1978/13 – voor de OVR.

⁹ Respectievelijk art. 2, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 (impliciet, door de toevoeging: en andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld) en art. 2, derde lid, onderdeel f, AWR.

¹⁰ Zie W.J.M. van Veen, in: *Bedrijfsopvolging, Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (preadvies voor de KNB), blz. 188, Sdu Uitgevers 2005.

¹¹ Zie onder andere het voorgestelde art. 7:818 en art. 7:823 BW.

¹² Art. 7:818 BW naar komend recht.

¹³ Zie W.J.M. van Veen, in: *Bedrijfsopvolging, Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (preadvies voor de KNB), blz. 191-192, Sdu Uitgevers 2005.

'vervanging' is wellicht niet geheel zuiver, maar de term 'toetreding' kan goed door de nieuwe civielrechtelijke beugel. Sommige uitvoeringsregelingen zullen echter wel moeten worden aangepast.¹⁴ De echte waarschuwing geldt echter de CV-contracten die ofwel het 'open' ofwel het 'besloten' karakter van de CV moeten waarborgen. Het zou mij niet verbazen indien alle contracten waarin wordt gerefereerd aan de al dan niet overdraagbaarheid van de participaties, moeten worden aangepast aan het nieuwe systeem. Tot slot in dit verband nog kort aandacht voor de nieuwe regeling van art. 7:823, eerste lid. Deze bepaling schrijft voor dat opvolging van een uittredende vennoot of toetreding van een nieuwe vennoot alleen kan geschieden met medewerking van alle vennoten. Voor alle 'open' CV's (en CVR's) oogt dit dramatisch. Echter, nadere studie wijst al snel uit dat hier sprake is van regelend recht, waarvan in de vennootschapsvereenkomst kan worden afgeweken. Dat moet dan uiteraard wel gedaan zijn.

3 De te negeren rechtspersoonlijkheid

In het aanvankelijke wetsvoorstel, zoals ingediend bij de Raad van State, bepaalde een nieuw art. 1.10 Wet IB 2001 en een nieuw art. 1a Wet VPB 1969 dat de rechtspersoonlijkheid van de OV genegeerd moest worden. De CV werd niet apart genoemd. Omdat de CV een gekwalificeerde OV is, zouden deze bepalingen echter evenzeer gelden voor de CV. De Raad van State vond het negeren van rechtspersoonlijkheid niet afdoende, omdat dit nog niet voor alle bepalingen van de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting vanzelfsprekend zou leiden tot het volledig toerekenen van het vermogen en de winst aan de vennoten, waar het de fiscaal transparante OVR en CVR betreft. In het vervolgens aangepaste wetsvoorstel is een nieuw art. 7:804 opgenomen, dat het negeren van de rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR een veel breder bereik geeft dan alleen voor toepassing van de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969, namelijk voor alle wettelijke bepalingen buiten titel 13 van Boek 7. Daarmee waren art. 1.10 Wet IB 2001 en art. 1a Wet VPB 1969 overbodig geworden. Vervolgens is met een nieuw art. 3.7 Wet IB 2001 tegemoetgekomen aan de kritiek van de Raad van State dat het negeren van rechtspersoonlijkheid niet zonder meer leidt tot fiscale transparantie. Vanuit die achtergrond dient het voorgestelde art. 3.7 Wet IB 2001 ertoe de fiscale toerekening van winst en vermogen aan de vennoten van de fiscaal transparante OVR en CVR veilig te stellen door dit expressis verbis te regelen. Het is de vraag of dit nodig is. Indien de rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR wordt genegeerd, komt dit immers neer op het behandelen van de OVR als een OV en van de CVR als een CV. Dan kan er toch geen verwarring meer ontstaan over de aard van de participatie van de vennoot voor toepassing van de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969: namelijk als rechtstreekse mede-eigenaar van het vermogen van de OVR/CVR, en niet als houder van een deelneming in een entiteit?

4 De fiscale transparantie van art. 3.7

In plaats daarvan is een geforceerde vorm van fiscale transparantie neergelegd in art. 3.7 Wet IB 2001, die zoals gezegd ook doorwerkt naar de vennootschapsbelasting. De tekst luidt als volgt.

'1. Voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen worden bij een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid en bij daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen, de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven toegerekend aan de vennoten als bij een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.

2 Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing bij een commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid. De eerste volzin vindt geen toepassing bij een open commanditaire vennootschap voor zover het betreft de commanditaire vennoten.'

De bepaling van het eerste lid komt neer op een gelijkstelling van de vennoten van een OVR met die van een OV. De positie van de OV als zodanig wordt niet geregeld. Gelet op de gelijkheid tussen de OV en de huidige vennootschap onder firma (hierna: vof), ligt het in de rede om de OV voor fiscale doeleinden te behandelen als een vof. Dit betekent dat de OV en de OVR in beginsel fiscaal transparant zijn voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. Echter, in de schaarse situaties waarin een vof als belastingsubject voor de vennootschapsbelasting moet worden aangemerkt,¹⁵ heeft dit logischerwijs ook te gelden voor de OV en de OVR.

4.1 Besloten CVR = OV?

Lastiger te duiden is de bepaling van het tweede lid. In de eerste volzin wordt een vennoot van een besloten CVR (en in de tweede volzin de beherend vennoot van een open CVR) eveneens gelijkgesteld met de vennoot van een OV. Een gelijkstelling van de vennoot van een CVR met die van een CV (dat wil zeggen een CV zonder rechtspersoonlijkheid) had wellicht meer voor de hand gelegen. Weliswaar wordt dit laatste ook in de memorie van toelichting gevolgd, maar deze toelichting lijkt me in strijd met de letterlijke tekst van het voorgestelde art. 3.7, tweede lid, Wet IB 2001.¹⁶ Hoewel de memorie van toelichting de indruk wekt dat voor wat betreft de fiscale behandeling van de commanditaire vennootschap geen wijziging is beoogd ten opzichte van de huidige situatie,¹⁷ ontkom ik niet aan de indruk dat enkele belangrijke ar-

¹⁴ Bijvoorbeeld het eerder aangehaalde besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M, dat spreekt over 'overdracht van een participatie' en over 'de verkrijging van een participatie als gevolg van een juridische fusie'.

¹⁵ Zie het eerder aangehaalde arrest HR 24 november 1976, BNB 1978/13.

¹⁶ Kamerstukken II 2006/07, 31 065, nr. 3, blz. 36.

¹⁷ Idem, blz. 34.

resten als gevolg van de gelijkstelling van de besloten CVR met de OV niet meer aansluiten op deze bepaling. Zo komt de vraag op of een stichting die een commanditaire deelneming heeft in een besloten CVR die een onderneming drijft, nu opeens wél belastingplichtig wordt voor de vennootschapsbelasting. Op grond van vaste jurisprudentie wordt een stichting juist geacht geen onderneming te drijven louter op grond van haar commanditaire deelname in een besloten CV, ¹⁸ maar nu de stichting bij fictie moet worden behandeld als vennoot van een OV, mag worden aangenomen dat de onderneming van de besloten CVR aan de stichting moet worden toegerekend. Vreemd is dat de gelijkstelling aan een deelname in een OV op de voet van het tweede lid van art. 3.7 Wet IB 2001 wel geldt voor een deelname in een besloten CVR maar niet voor een deelname in een besloten CV zonder rechtspersoonlijkheid. Dit leidt tot de onontkoombare conclusie dat de stichting die als commandiet deelneemt in een besloten CV die een onderneming drijft, niet louter op die grond belastingplichtig kan zijn voor de vennootschapsbelasting, ¹⁹ terwijl een stichting die als commandiet deelneemt in een besloten CVR wél op die grond belastingplichtig wordt.

4.2 Buitenlandse commanditaire vennoot

Voor de buitenlandse belastingplicht van een lichaam met een commanditair belang in een 'Nederlandse' CVR die een binnenlandse onderneming drijft, lijkt het beeld eveneens te kantelen. De toerekening ex art. 3.7, tweede lid, jo. eerste lid, Wet IB 2001 (jo. art. 8, derde lid, Wet VPB 1969 jo. art. 18 Wet VPB 1969) van een evenredig deel van de binnenlandse onderneming aan de buitenlandse commanditaire vennoot, leidt naar mijn mening zonder meer tot de toerekening van een vaste inrichting aan de buitenlandse commanditaire vennoot. Daarmee is de buitenlandse belastingplicht (vennootschapsbelasting) van die vennoot een gegeven, ongeacht de vraag of die vennoot een onderneming drijft waaraan de commanditaire deelname kan worden toegerekend. In zijn arrest van 10 maart 1993, *BNB 1993/227*, overwoog de Hoge Raad nog dat slechts van buitenlandse belastingplicht sprake is indien de bedrijfsuitoefening van de CV aan de (in casu: Zweedse) commandiet kan worden toegerekend en dat dit slechts het geval is indien 1. het commanditaire belang deel uitmaakt van een ondernemingsvermogen bij de Zweedse AB en 2. de AB rechtstreeks is gerechtigd tot de winst van de CV. Het lijkt me dat deze overweging met de introductie van art. 3.7, tweede lid, Wet IB 2001 voorgoed ²⁰ is achterhaald voor een commanditair belang in een besloten CVR. ²¹

5 'Daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen'

5.1 De summiere rol van rechtspersoonlijkheid in geval van aansprakelijke vennoten

En passant wordt in art. 3.7 Wet IB 2001 de rechtstreekse

toerekening van winst en vermogen aan de vennoten van de OVR en de (besloten) CVR ook van toepassing verklaard op buitenlandse rechtsvormen die vergelijkbaar zijn met de OVR en de CVR. De Raad van State had in zijn advies aandacht gevraagd voor de invloed van het negeren van de rechtspersoonlijkheid voor de fiscale kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen, kennelijk in de veronderstelling dat het bezit van rechtspersoonlijkheid zich niet goed verhoudt tot fiscale transparantie. De Raad van State verwees daartoe naar het SNC-besluit van 18 september 1997, *BNB 1998/15*, waarin het bezit van rechtspersoonlijkheid nog een belangrijke rol vervulde bij de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden. Echter, in het besluit van 18 december 2004, *BNB 2005/88* (de opvolger van het SNC-besluit uit 1997), is de rol van rechtspersoonlijkheid reeds in vergaande mate gemarginaliseerd. Rechtspersoonlijkheid van een samenwerkingsverband speelt in dit besluit alleen nog maar een rol voor de vaststelling van één uiterste op de schaal van non-transparantie naar transparantie. Indien rechtspersoonlijkheid wordt gecombineerd met – uitsluitend – beperkt aansprakelijke participanten is volgens het besluit sprake van non-transparantie. Zodra echter wordt vastgesteld dat ten minste één van de participanten onbeperkt aansprakelijk is, speelt het al dan niet bezitten van rechtspersoonlijkheid voor de kwalificatie van de buitenlandse rechtsvorm in het besluit geen enkele rol meer. De fiscale kwalificatie van het samenwerkingsverband steunt dan volledig op de vraag of sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal, en/of van vrije toetreding (zonder dat toestemming nodig is van alle participanten). Is sprake van een vrij verhandelbaar, in aandelen verdeeld kapitaal, dan is het samenwerkingsverband non-transparant. In alle andere gevallen: 1. geen aandelenkapitaal en geen vrije toetreding, 2. geen aandelenkapitaal maar wel vrije toetreding, 3. wel aandelenkapitaal maar geen vrije toetre-

¹⁸ HR 11 juni 1969, *BNB 1969/155* en HR 3 april 1985, *BNB 1985/169*.

¹⁹ Daarvoor blijft de in de voorgaande noot vermelde jurisprudentie immers gelden.

²⁰ Reeds met de invoering van de Wet IB 2001, waarin de positie van de commanditaire vennoot ingrijpend is gewijzigd, waren valide argumenten aan te voeren voor de stelling dat het arrest is achterhaald (de binnenlandse onderneming van de Nederlandse CV kan ook worden toegerekend aan het buitenlandse commandiet-lichaam dat zelf geen ondernemingsactiviteiten uitoefent). Uiteraard fungeert sindsdien ook art. 17a, eerste lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 nog als vangnet voor de buitenlandse belastingplicht van de commandiet.

²¹ Ook hier past de opmerking dat het door art. 3.7, tweede lid, Wet IB 2001 aangebrachte verschil in behandeling, al naar gelang sprake is van een commanditair belang in een CV (geen gelijkstelling met een gewoon belang in een OV) of in een CVR (wel gelijkstelling met een gewoon belang in een OV), niet valt te verklaren.

ding, is het buitenlandse samenwerkingsverband fiscaal transparant. Het negeren van de rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR voor toepassing van de Nederlandse inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting sluit goed aan bij deze systematiek. Noch de OVR, noch de CVR heeft immers uitsluitend beperkt aansprakelijke participanten, zodat ook indien de OVR en de CVR getoetst zouden worden aan de criteria van het besluit, de rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR niet relevant zou zijn voor de fiscale kwalificatie van de OVR en CVR als transparante of non-transparante rechtsvorm. Ook voor de OVR en CVR zou het – vanuit het perspectief van het besluit – louter gaan om de vraag of sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal en/of van vrije toetreding van vennoten.

5.2 De summiere rol van rechtspersoonlijkheid verklaard

Traditioneel viel rechtspersoonlijkheid naar Nederlands recht samen met uitsluiting van aansprakelijkheid van de achterliggende personen. Als ik het goed zie, is daar wetmatig voor het eerst een uitzondering op gemaakt met de invoering van het EESV.²² Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk dat rechtspersoonlijkheid lange tijd min of meer garant stond voor niet-transparantie. Bij elke kwalificatievraag gaat het in feite om een toerekeningsvraag: is het inkomen of de winst toerekenbaar aan de vennootschap zelf, of rechtstreeks aan de achterliggende personen? Het antwoord op deze vraag is behoorlijk zwart-wit. De winst kan niet een beetje toerekenbaar zijn aan de vennootschap en tegelijkertijd een beetje aan de vennoten.²³ Ofwel de vennootschap (het samenwerkingsverband) is belastingplichtig voor de winst, ofwel de vennoten. Dat het antwoord op de toerekeningsvraag (mede) afhankelijk is van wie de winst in eerste instantie aangaat, vertaald naar: wie het positieve en negatieve ondernemings-, bedrijfs- of beleggingsrisico loopt, is niet verwonderlijk. Indien de schuldeisers wel de vennootschap maar niet de achterliggende personen kunnen aanspreken, ligt het voor de hand de vennootschap als belastingsubject aan te merken en niet de achterliggende personen. Rechtspersoonlijkheid is op zichzelf beschouwd ook een kwestie van toerekening, namelijk van rechten en verplichtingen. Toerekening van rechten en verplichtingen aan een vennootschap als zodanig is pas mogelijk indien die vennootschap rechtssubject is, en een vennootschap als zodanig is pas rechtssubject indien zij rechtspersoonlijkheid geniet. Rechtspersoonlijkheid stond in het Nederlandse systeem lange tijd garant²⁴ voor exclusieve toerekening van rechten en verplichtingen aan de rechtspersoon zelf, met uitsluiting van toerekening van bijvoorbeeld verplichtingen (aansprakelijkheden) aan de achterliggende personen. Met de introductie van de OVR en de CVR²⁵ gaat dit systeem voorgoed op de helling. De 'gewone vennoten'²⁶ behouden hun hoofdelijke, externe aansprakelijkheid jegens schuldeisers van de vennootschap, ondanks de rechtspersoonlijkheid van de OVR en

de CVR. De rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR leidt derhalve niet tot exclusieve toerekening van rechten en verplichtingen aan de rechtspersoon. Daarmee is de rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR minder 'hard' dan de 'traditionele' rechtspersoonlijkheid van de nv, bv, stichting, en dergelijke. Ik vind het dan ook een juiste keuze om in het besluit van 18 december 2004 geen belang meer toe te kennen aan het bezit van rechtspersoonlijkheid indien dit gepaard gaat met onbeperkte aansprakelijkheid van één of meer vennoten. Evenzeer vind ik het een juiste keuze om reeds te concluderen tot non-transparantie indien de rechtspersoonlijkheid gepaard gaat met – uitsluitend – beperkt aansprakelijke achterliggende personen. Of de vennootschap een in aandelen verdeeld kapitaal heeft, danwel of de participaties vrij verhandelbaar zijn,²⁷ doet dan niet meer ter zake. De exclusieve toerekening van rechten en verplichtingen aan de 'harde' rechtspersoon kan dan blindelings worden gevolgd.²⁸

²² Ook bij de informele vereniging bestaat rechtspersoonlijkheid met persoonlijke verbondenheid van de bestuurders (art. 2:30, tweede lid, BW). Daarnaast bestaat persoonlijke verbondenheid voor verbintenissen van de rechtspersoon die zijn ontstaan in de periode voor inschrijving van een rechtspersoon, maar dit is niet gekoppeld aan een bepaalde rechtsvorm/rechtspersoonlijkheid. Bij het EESV gaat het overigens 'slechts' om een subsidiaire aansprakelijkheid van de vennoten.

²³ Ik doel hier uiteraard niet op de splitsing van de winst die voor een deel toerekenbaar is aan de vennootschap en voor een deel aan bepaalde vennoten, zoals het geval is bij de open CV.

²⁴ De uitzonderingen op dit systeem kunnen wellicht nog het beste beschouwd worden als hogedrukventielen die dit systeem werkbaar houden, bijvoorbeeld 'peircing the corporate veil' en het rechtstreeks aanspreken van vennoten of aandeelhouders uit hoofde van onrechtmatige daad.

²⁵ Ik noemde eerder al het EESV, waarvan de invoering ons systeem niet heeft veranderd in de ogen van diegenen die deze vanuit de EU (verplicht) aangedragen rechtsvorm als 'Fremdkörper' beschouwen.

²⁶ Zo luidt de aanduiding van de beheerende vennoot in de nieuwe systematiek (zie onder andere art. 7:836, eerste lid, en art. 7:837, eerste lid).

²⁷ In dezelfde zin oordeelde de Hoge Raad in het LLC-arrest, HR 2 juni 2006, BNB 2006/288.

²⁸ Een (naar verluidt) mogelijk voornemen van het Ministerie van Financiën om voor het prima vista constateren van non-transparantie niet alleen 'harde' rechtspersoonlijkheid te eisen maar ook de aanwezigheid van een in aandelen verdeeld kapitaal, acht ik dan ook niet juist. Ook zou dit niet stroken met het LLC-arrest van 2 juni 2006, BNB 2006/288, waarin de Hoge Raad lijkt te impliceren dat de LLC – die als non-transparant wordt aangemerkt vanwege de combinatie van rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid van de 'members' – geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft (r.o. 3.3.2).

5.3 Wanneer is sprake van 'vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen'?

In de memorie van toelichting bij de invoeringswet wordt met geen woord gerept over de vraag welke rechtsvormen vergelijkbaar zijn met de OVR en de (besloten) CVR. De Raad van State had daar wel om gevraagd en in antwoord daarop worden in het nader rapport de Belgische *vof/SNC* en de Zweedse Handelsbolaget genoemd als rechtspersoonlijkheid bezittende personenvennootschappen die ondanks hun rechtspersoonlijkheid in de Nederlandse opvatting fiscaal transparant zijn, kennelijk vanwege hun gelijkenis met de OVR en/of de (besloten) CVR.²⁹ De memorie van toelichting volstaat in dit verband met een vrij algemene verwijzing naar de werking van het besluit van 18 december 2004. Het lijkt me dat met name die buitenlandse rechtsvormen vergelijkbaar zijn met de OVR en de CVR die 1. rechtspersoonlijkheid genieten (in hun land rechtssubject zijn, zelfstandig drager van rechten en verplichtingen kunnen zijn, dus ook eigenaar kunnen zijn van het vennootschapsvermogen); 2. uitsluitend (voor wat betreft de gelijkenis met de OVR) danwel ten minste één (voor wat betreft de gelijkenis met de CVR) aansprakelijke participant kennen, en 3. geen in aandelen verdeeld kapitaal hebben. Deze criteria moeten worden getoetst aan de hand van het buitenlandse vennootschapsrecht dat op de buitenlandse vennootschap van toepassing is. Of bijvoorbeeld het buitenlandse belastingstelsel de participaties aanmerkt als 'aandelen' (zoals in Nederland het geval is bij de open CV) is niet relevant, het gaat om de civielrechtelijke kenmerken van de rechtsvorm. Voor wat betreft de gelijkenis met de besloten CVR geldt uiteraard nog een vierde criterium, namelijk de beslotenheid van de buitenlandse rechtsvorm. Dat toepassing van het Nederlandse criterium van art. 2, derde lid, onderdeel c, AWR in een buitenlandse civielrechtelijke context niet altijd eenvoudig is, mag blijken uit de voorbeelden omtrent toepassing van dit criterium op Franse, Engelse en Amerikaanse personenvennootschappen, genoemd in het besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M, *V-N* 2007/8.15.

5.4 De halve gelijkstelling

Art. 3.7 Wet IB 2001 resulteert in een rechtstreekse toerekening van winst en vermogen aan de vennoten van de OVR en (besloten) CVR en de daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen. Voor de Nederlandse OVR en CVR kan met deze toerekeningsbepaling worden volstaan, omdat reeds op grond van art. 7:804, tweede lid, de rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR wordt genegeerd: 'In wettelijke bepalingen buiten deze titel wordt met 'rechtspersonen' niet mede bedoeld op de openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, voor zover niet anders blijkt.' Naar ik aanneem wordt met de term 'openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid' in deze bepaling alleen bedoeld op de openbare vennootschap naar Nederlands recht, dat wil zeggen, de openbare

vennootschap van titel 7.13 BW.³⁰ Indien deze aanname juist is, zou dit betekenen dat de rechtspersoonlijkheid van de met de OVR 'vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm' niet wordt genegeerd. Dit is wellicht een weeffoutje dat is ontstaan als gevolg van de aanpassing van het wetsvoorstel na de advisering door de Raad van State. Mede omdat in de memorie van toelichting waar wordt geleund op het voorgestelde art. 7:804, tweede lid, BW om te concluderen dat de OVR en CVR geen 'rechtspersoon' zijn voor toepassing van art. 2, eerste lid, onderdeel d, Wet VPB 1969, lijkt het dan onvermijdelijk dat een met de OVR en CVR vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm die feitelijk in Nederland gevestigd is, wél als rechtspersoon in de zin van art. 2, eerste lid, onderdeel d, zou moeten worden aangemerkt, hetgeen natuurlijk op zeer gespannen voet staat met de fiscale transparantie van art. 3.7 Wet IB 2001. Ook voor de buitenlandse belastingplicht van art. 3 Wet VPB 1969 speelt een dergelijk probleem, aangezien deze bepaling in onderdeel a alle buitenlandse 'rechtspersonen' als belastingsubject bestempelt. De gelijkstelling van de OVR en de CVR met de vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen is derhalve nog maar een halve gelijkstelling: van de OVR en de CVR wordt de rechtspersoonlijkheid bij wetsfictie (als ik deze term mag gebruiken) genegeerd, terwijl dit bij de buitenlandse vergelijkbare rechtsvormen waarschijnlijk niet het geval is.

6 Buitenlandse belastingplicht (Wet VPB 1969)

Tot slot nog een opmerking over de voorgenomen aanpassing van art. 3 Wet VPB 1969. In de invoeringswet wordt voorgesteld om in art. 3, onderdeel b, het woord 'andere' te schrappen. De tekst van art. 3 wordt dan als volgt.

'Als buitenlands belastingplichtigen zijn aan de belasting onderworpen de niet in Nederland gevestigde:

- a verenigingen en andere rechtspersonen;
- b open commanditaire vennootschappen en niet rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen wel-

²⁹ Kamerstukken II 2006/07, 31 065, nr. 5, blz. 6.

³⁰ Zie de toelichting van art. 7:804, tweede lid, in Kamerstukken II 2006/07, 31 065, nr. 3, blz. 1-2: 'Na invoering van titel 7.13 BW zullen openbare vennootschappen rechtspersoonlijkheid kunnen bezitten. Dat roept de vraag op of in wettelijke bepalingen waar sprake is van 'rechtspersonen' mede bedoeld wordt op deze rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen' (onderstreping: JB). Dat art. 7:804, tweede lid, verwijst naar de Nederlandse openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, sluit ook aan bij het incorporatiestelsel zoals neergelegd in de Wet conflictenrecht corporaties, welk stelsel (uiteraard) ook geldt voor de OVR; zie hieromtrent Kamerstukken II 2003/04, 28 746, nr. 5, blz. 7-8. Binnen dit systeem lijkt me de veronderstelling passend dat titel 7.13 BW niet ziet op (niet van toepassing is op) vreemdrechtelijke personenvennootschappen.

ker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
c doelvermogens;
die Nederlands inkomen genieten.⁷

Deze wijziging is in de memorie van toelichting als volgt toegelicht: 'Het feit dat een open CV tevens een OVR kan zijn, dus rechtspersoonlijkheid kan bezitten, is een reden voor het voorstel in artikel 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 het woordje 'andere' te schrappen in de zinsnede: open commanditaire vennootschappen en andere niet rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen.' Ik vraag mij af of de aangevoerde redenen juist is. De open CV van art. 3, onderdeel b, Wet VPB 1969 is – per definitie³¹ – een naar vreemd recht 'opgerichte' CV. Reeds in de huidige situatie geldt dat een buitenlandse, met de Nederlandse open CV vergelijkbare rechtsvorm, onder art. 3, onderdeel a, Wet VPB 1969 valt indien zij rechtspersoonlijkheid geniet krachtens haar buitenlandse oprichtingsrecht, en onder art. 3, onderdeel b, valt indien dat niet het geval is.³²

Ik zie niet goed in waarom de optionele rechtspersoonlijkheid van de Nederlandse CV zou moeten leiden tot een aanpassing van art. 3 Wet VPB 1969. De voorgestelde wetswijziging lijkt ingegeven door de abusievelijke veronderstelling dat de open CV van art. 3, onderdeel sub, Wet VPB 1969 de Nederlandse CV van titel 7.13 BW betreft.³³

7 Slot

De voorgestelde wijziging van het personenvennootschapsrecht blijkt een taaie materie met fiscale voetangels. Ik heb mij in het voorgaande gericht op de internationale fiscale aspecten van het wetsvoorstel inzake vaststelling

van titel 7.13 en van de voorgestelde invoeringswet waarin specifieke fiscale bepalingen zijn opgenomen. Als gevolg van de weerbarstigheid van de materie ben ik in deze bijdrage niet verder gekomen dan een verkenning die dicht bij de Nederlandse context is gebleven en waarbij enkele aanbevelingen voor een verbetering van de fiscale wets-systematiek naar voren zijn gekomen. Een volgende exercitie in het kader van de internationale fiscale aspecten zou een onderzoek kunnen zijn naar de gevolgen van de rechtspersoonlijkheid voor de fiscale kwalificatie van de Nederlandse OVR en CVR in buitenlandse fiscale stelsels (draagt rechtspersoonlijkheid bij aan een toename van de kwalificatieverschillen?) en naar de mogelijke gevolgen van rechtspersoonlijkheid voor verdragstoepassing.

³¹ De naar Nederlands recht opgerichte open CV valt immers als gevolg van de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid, Wet VPB 1969 onder de categorie binnenlands belastingplichtigen. Hier wordt overigens ook wel anders over gedacht. Zie M.S. Doets en G.G.P. van der Starre, 'De besloten CV onder vuur', *WFR* 2001/608, blz. 616-617.

³² Zie ook N.H. de Vries en R.J. de Vries e.a., *Studenteneditie 2006/07, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, onderdeel 1.0.6.C, blz. 49.

³³ Enige verwarring op dit vlak is overigens niet verwonderlijk, aangezien met de term 'open commanditaire vennootschap' in art. 3.7, tweede lid, Wet IB 2001 (evenals met de term 'openbare vennootschap' in het eerste lid) wél de Nederlandse rechtsvorm van titel 7.13 wordt bedoeld, getuige de toevoeging 'en bij daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen'.