

De classificatie van buitenlandse rechtsvormen: alle hybride problemen opgelost?

WFR 2025/43

Vanaf 2025 zijn nieuwe classificatieregels ingevoerd voor buitenlandse rechtsvormen. De nieuwe classificatieregels omvatten de afschaffing van de open CV en de invoering van twee nieuwe classificatiemethoden voor niet-vergelijkbare rechtsvormen. Het onderscheid daarbij tussen wel of niet vergelijkbare rechtsvormen is echter complex; problemen blijven bestaan bij beleggende personenvennootschappen die als fonds voor gemene rekening (FGR) kwalificeren. De auteurs analyseren de nieuwe regels en doen in dat kader enkele aanbevelingen om complexiteit te verminderen en effectiviteit te vergroten.

1. Inleiding

Per 1 januari 2025 zijn als gevolg van twee wetswijzigingen (de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen³ ("Wet FKR") en de Wet aanpassing FGR en VBI⁴) de classificatieregels⁵ voor buitenlandse rechtsvormen aanzienlijk gewijzigd. De doelstelling van de wetgever is hierbij geweest om de negatieve gevolgen (dubbele belasting c.q. dubbele niet-belasting) van classificatieconflicten bij de oorzaak aan te pakken. Eerder in dit Weekblad schreven wij al uitvoerig en meermaals over de (consultatie)-wetsvoorstellen.⁶ Aan het eind van 2024 is pas de uitein-

delijke versie van het besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen ("Besluit VBR")⁷ gepubliceerd. Daarnaast is ook een uitvoeringsbesluit ("Fondsenbesluit")⁸ gepubliceerd waarin nadere uitleg wordt gegeven over de nieuwe definitie van het fonds voor gemene rekening ("FGR"). Ook is er op het laatste moment een wetswijziging doorgevoerd (onderdeel 'Nazorg Wet FKR uit het Belastingplan 2025') waardoor personenvennootschappen die per 1 januari 2025 ook als FGR kunnen worden geassocieerd, nog een extra jaar (tot eind 2025) de tijd wordt gegund om hun vennootschapscontracten aan te passen (inbouw van de inkoopvariant) om te vermijden dat ze vennootschapsbelastingplichtig zouden worden. Nu de definitieve uitvoeringsregelingen gepubliceerd zijn, is het onzes inziens tijd geworden om de definitieve balans op te maken of de wetgever met de nieuwe classificatieregels een doeltreffende en doelmatige oplossing heeft gecreëerd. In deze bijdrage zullen wij proberen deze onderzoeksvraag te beantwoorden. In paragraaf 2 zullen wij eerst ingaan op de wijzigingen als gevolg van de Wet FKR, waarbij wij ons concentreren op de vraag of in het recent gepubliceerde Besluit VBR tegemoetgekomen wordt aan de eerder in de literatuur gesignaleerde knelpunten en onduidelijkheden. In paragraaf 3 komt de nieuwe definitie van het FGR aan de orde, waarbij met name de samenloop tussen de fiscale behandeling van personenvennootschappen (vanaf 1 januari 2025 altijd fiscaal transparant) en de belastingplicht van het FGR centraal zal staan. Het uitvoerige overgangsrecht dat in beide wetten is opgenomen voor de overgang van "open" personenvennootschappen en FGR's naar fiscale transparantie gedurende het kalenderjaar 2024 valt buiten onze beschouwing.⁹ In paragraaf 4 besluiten wij dit artikel met een samenvatting van de gevonden conclusies en aanbevelingen.

2. Wet Fiscaal Kwalificatiebeleid Rechtsvormen

2.1 Doel en uitwerking van de nieuwe wettelijke regeling

Uit de parlementaire toelichting kan worden afgeleid dat de wetgever met de invoering van de nieuwe wettelijke regeling twee knelpunten in de fiscale classificatieregels wil aanpakken. In de eerste plaats vormt het overdraagbaarheids criterium dat tot 2025 werd gebruikt om onderscheid

1. Gijs Fibbe is werkzaam als partner/belastingadviseur bij Baker Tilly Netherlands N.V. en verbonden aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.
2. Ton Stevens is hoogleraar vennootschapsbelasting aan Tilburg University en of counsel bij Loyens & Loeff, Rotterdam.
3. 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.
4. Wet van 20 december 2023 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten tot aanpassing van de regelingen voor het fonds voor gemene rekening en de vrijgestelde beleggingsinstelling (Wet aanpassing fonds voor gemene rekening en vrijgestelde beleggingsinstelling), *Stb.* 2023, 503.
5. In de oude en nieuwe regelgeving hanteert de staatssecretaris consequent het begrip 'kwalificatie' als het gaat om de indeling van rechtsvormen als fiscaal transparant of niet-transparant. Onzes inziens is het juist om voor deze indeling het begrip 'classificatie' te gebruiken. Om die reden zullen wij in deze bijdrage het begrip 'classificatie' hanteren in plaats van 'kwalificatie', tenzij het een gedefinieerd begrip in de regelgeving betreft.
6. G.K. Fibbe & A.J.A. Stevens, 'Consultatie aangepast classificatiekader: op weg naar de symmetrische behandeling?', *WFR* 2021/113, 'Wetsvoorstel Fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen', *WFR* 2023/267 en 'Het (consultatie-)besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen', *WFR* 2024/69.

7. Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen, 9 november 2024, *Stb.* 2024, 339.
8. Besluit belastingplicht; fonds voor gemene rekening (Fondsenbesluit), 27 november 2024, nr. 2024-9447, *Stcrt.* 2024, 38389.
9. Zie daarvoor o.a. G.C. Van der Burgt, F.P.H. van Hal & M.M.J. Schuurman-Van Nifterik, 'Het is besloten: de open CV verdwijnt en de definities van fgr en vbi wijzigen', *MBB* 2024/12.

te maken tussen vennootschapsbelastingplichtige en fiscaal transparante personenvennootschappen internationaal een uniek criterium dat het ontstaan van hybride entiteiten bevordert. Weliswaar zijn voor het tegengaan van hybride mismatch arrangements (“HMA’s”) als gevolg van ATAD2 al veel fiscale regelingen ingevoerd, maar die regels bestrijden slechts de (dubbele niet-belasting)gevolgen in een aantal specifieke situaties en pakken het probleem niet bij zijn oorzaak (classificatieconflicten) aan. In de tweede plaats constateert de wetgever dat de huidige classificatiemethode voor buitenlandse samenwerkingsverbanden, de zogenoemde rechtsvormvergelijkingsmethode, op zich naar behoren werkt, maar lacunes vertoont op het moment dat er buitenlandse rechtsvormen moeten worden geëvalueerd, waarvan er geen Nederlands equivalent bestaat.

Om deze knelpunten aan te pakken is met ingang van 1 januari 2025 (i) het overdraagbaarheids criterium afgeschaft; en (ii) een tweetal nieuwe, aanvullende classificatiemethoden ingevoerd. Als gevolg van de afschaffing van het overdraagbaarheids criterium worden vanaf 1 januari 2025 alle Nederlandse personenvennootschappen als fiscaal transparant geëvalueerd. Op grond van de gecontinueerde rechtsvormvergelijkingsmethode geldt de fiscale transparantie ook voor buitenlandse rechtsvormen, waarvan de rechtsvorm vergelijkbaar is met die van een Nederlandse personenvennootschap.

Voor buitenlandse rechtsvormen die geen Nederlands equivalent kennen, de zogenoemde *niet-vergelijkbare* rechtsvormen, is een tweetal aanvullende classificatiemethoden ingevoerd. Dit betreft de *vaste methode* (art. 2 lid 1 onderdeel h Wet VPB 1969) voor in Nederland gevestigde niet-vergelijkbare rechtsvormen en de *symmetrische methode* (art. 3 lid 2 Wet VPB 1969) voor in het buitenland gevestigde niet-vergelijkbare rechtsvormen. In de betreffende heffingswetten is een delegatiebepaling¹⁰ opgenomen voor verdere uitwerking in een AMvB voor regels ter beoordeling of een naar het recht van een andere staat opgericht of aangegaan lichaam een met een Nederlandse rechtsvorm vergelijkbare rechtsvorm heeft. Na het eerdere Concept-Besluit VBR¹¹ wordt hier in het definitieve op 9 november 2024 verschenen Besluit VBR invulling aan gegeven. Dit besluit stelt regels vast om te bepalen of een naar buitenlands recht opgericht lichaam vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtsvorm en, zo ja, met welke Nederlandse rechtsvorm. Als bijlage bij dit besluit is een lijst opgenomen (“de Rechtsvormenlijst”) waarin de reeds door de Belastingdienst beoordeelde rechtsvormen met hun classificatie zijn opgenomen.

2.2 Reikwijdte Besluit VBR

Het begrip ‘buitenlandse rechtsvorm’ is gedefinieerd in art. 1 lid 2 onderdeel a Besluit VBR als door het recht van een andere staat beheerste rechtspersonen, samenwerkingsverbanden en afgescheiden vermogens, met dien verstande dat financieringsovereenkomsten niet tot de buitenlandse rechtsvormen behoren. Een buitenlandse rechtsvorm moet zijn gedefinieerd of geregeld in het recht van een andere staat. Deze buitenlandse rechtsvorm moet vervolgens worden vergeleken met de Nederlandse rechtsvormen opgenomen in art. 1 lid 2 onderdeel b Besluit VBR. Deze Nederlandse rechtsvormen omvatten samengevat: 1) BW-rechtspersonen; 2) de Nederlandse personenvennootschappen; en 3) het FGR en het transparante fonds. Opvallend is dat de rechtsvormvergelijkingsmethode zich ook uitstrekt tot buitenlandse FGR-achtige rechtsfiguren alsmede het transparante fonds. Het FGR is vanaf 1 januari 2025 aangemerkt als subjectief belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting als wordt voldaan aan de voorwaarden in art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 en het transparante fonds is geregeld in art. 2.14bis lid 7 Wet IB 2001 (zie hierna in paragraaf 3). Ondanks dat deze rechtsfiguren niet een eigen civielrechtelijke rechtsvorm kennen en om die reden ook geen rechtsvormvereisten toegedeeld hebben gekregen, heeft de wetgever ze wel relevant geacht voor de rechtsvormvergelijkingsmethode en om die reden in het Besluit VBR opgenomen onder de Nederlandse *rechtsvormen* in art. 1 lid 2 onderdeel b nr. 10 en 11 Besluit VBR. De toegevoegde waarde van het opnemen in het Besluit VBR is echter gering, omdat er over de kenmerken van een FGR verder niets wordt toegelicht. Alleen de hierna (paragraaf 3.1) te bespreken rangorderegeling in het geval dat een buitenlandse rechtsvorm zowel als personenvennootschap en als FGR classificeert, wordt in art. 2 lid 4 Besluit VBR herhaald.

2.3 Aard en inrichting van een rechtsvorm

De delegatiebepalingen mandateren de uitvoerder om regels te stellen voor de beoordeling of een naar het recht van een andere staat opgericht of aangegaan lichaam een met een Nederlandse rechtsvorm vergelijkbare rechtsvorm heeft. Tevens stellen de delegatiebepalingen dat daarbij ook regels kunnen 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 als bedoeld in de eerste zin. Ter uitvoering hiervan bepaalt art. 2 lid 1 Besluit VBR dat de vraag of een buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar is, wordt beantwoord aan de hand van de aard en inrichting onder het recht van de staat waarvan die rechtsvorm wordt beheerst. Volgens de Nota van Toelichting zien de aard- en inrichtingskenmerken op de totstandkomingsgeschiedenis van de buitenlandse rechtsvorm en op uiteenlopende aspecten van die rechtsvorm die blijken uit het bui-

¹⁰ Art. 1.11 en 2.14bis Wet IB 2001, art. 1a Wet VPB 1969, art. 1 Wet DB 1965 en art. 1.2 Wet BB 2021.

¹¹ Zie voor een overzicht van de reacties daarop: <https://www.internetconsultatie.nl/rechtsvormvergelijkingsmethode/reacties>.

tenlandse recht.¹² De toelichting maakt daarbij nadrukkelijk onderscheid tussen de *aard* en de *inrichting* van een buitenlandse rechtsvorm. Voor de bepaling van de *aard* van een buitenlandse rechtsvorm dient aan de hand van het buitenlandse recht geanalyseerd te worden welke plaats de betreffende rechtsvorm in het buitenlandse recht inneemt en welke bedoeling de buitenlandse wet- of regelgever heeft gehad met die rechtsvorm.¹³ De *inrichting* van een buitenlandse rechtsvorm heeft daarentegen meer betrekking op de specifieke wettelijke regels die van toepassing zijn op die rechtsvorm. De inrichting van de Nederlandse rechtsvormen, bedoeld in art. 1 lid 2 onderdeel b onder 1° tot en met 9° Besluit VBR, bestaat volgens de toelichting “voor een belangrijke deel” uit de *wezenlijke kenmerken* van verschillende rechtsvormen die per Nederlandse rechtsvorm zijn benoemd in Afdeling 2 van hoofdstuk II van het Besluit. Met betrekking tot de wezenlijke kenmerken wordt verder opgemerkt dat deze open normen bevatten en dat aan de verschillende wezenlijke kenmerken evenveel gewicht wordt toegekend (geen rangorde), maar dat – de gehele analyse overziend – uiteindelijk wel meer of minder gewicht kan worden toegekend aan een of enkele wezenlijke kenmerken.¹⁴

Eerder gaven wij aan dat dit al met al een diffuus toetsingskader schept waarover in de praktijk snel onduidelijkheid kan ontstaan.¹⁵ Hoewel de enorm uitgebreide Rechtsvormenlijst (zie hierna) veelal uitkomst zal bieden, betreuren wij het dat in dit opzicht ten opzichte van het Concept-Besluit VBR geen verbetering is aangebracht.

2.4 De wezenlijke kenmerken: hinken op twee gedachten

Wij begrijpen uit de toelichting dat de civielrechtelijke vergelijkingstoets in art. 2 lid 1 Besluit VBR op basis van de wezenlijke kenmerken in Afdeling 2 Besluit VBR zo moet worden uitgelegd dat het gebrek aan rechtspersoonlijkheid niet als wezenlijk kenmerk van een Nederlandse personenvennootschap moet worden gezien.¹⁶ Dit ondanks het feit dat uit de wezenskenmerken in art. 10 (maatschap en VOF) en art. 11 (CV) voortvloeit dat de Nederlandse personenvennootschappen geen rechtspersoonlijkheid hebben en de Nederlandse kapitaalvennootschappen in art. 3 (NV/BV) allemaal wel.

Rechtspersoonlijkheid naar Nederlands recht kenmerkt zich in algemene zin doordat de rechtsvorm op eigen naam vermogensbestanddelen kan verwerven en rechten en verplichtingen aan kan gaan. Bij de wezenskenmerken

in art. 10 onderdeel e (maatschap en VOF) Besluit VBR is wel als wezenskenmerk opgenomen dat participanten in Nederlandse personenvennootschappen onbeperkt aansprakelijk zijn, maar niet als kenmerk opgenomen dat Nederlandse personenvennootschappen geen eigendom kunnen hebben. Rechtspersoonlijkheid is daarentegen juist wel als wezenskenmerk van de Nederlandse kapitaalvennootschappen opgenomen in art. 3 onderdeel b Besluit VBR. Zodoende zal bijvoorbeeld een naar Frans recht opgerichte Société et Nom Collectif (“SNC”) die naar Frans recht rechtspersoonlijkheid heeft, eigendom kan hebben en tevens onbeperkt aansprakelijke vennoten heeft, ook onder de huidige toets nog steeds vergelijkbaar kan zijn met een VOF (en als fiscaal transparant worden geclassificeerd – zie ook de Rechtsvormenlijst). Hoewel deze uitkomst consistent oogt met de jurisprudentie inzake de Franse SNC, is zij dat niet. Hof Amsterdam oordeelde dat een Franse SNC voor Nederlandse fiscale doeleinden fiscaal transparant was ondanks dat de SNC rechtspersoonlijkheid had naar Frans recht omdat de participanten hoofdelijk aansprakelijk waren.¹⁷ De huidige vergelijkbaarheidstoets in het Besluit VBR zoekt in de basis slechts naar civielrechtelijke vergelijkbaarheid met een Nederlandse rechtsvorm. Een Franse SNC die op eigen naam vermogensbestanddelen kan verwerven en rechten en verplichtingen kan aangaan, is civielrechtelijk anders vormgegeven dan een Nederlandse VOF die geen rechtspersoonlijkheid heeft. Puur vanuit een civielrechtelijke optiek ligt onzes inziens de conclusie van civielrechtelijke niet-vergelijkbaarheid hier voor de hand. Hoewel wij ons in de uitkomst (Franse SNC is fiscaal transparant) kunnen vinden, begrijpen wij het toetsingskader niet. De delegatiebepalingen in de heffingswetten geven als mandaat om regels te stellen ter beoordeling of een naar het recht van een andere staat opgericht of aangegaan lichaam een met een Nederlandse rechtsvorm vergelijkbare rechtsvorm heeft. In het Besluit VBR dient dus vanuit *civielrechtelijk* oogpunt onderzocht te worden of een buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar is. De fiscale behandeling is vervolgens in de heffingswetten zelf geregeld. Vanuit een puur civielrechtelijk kader is het onlogisch dat een buitenlandse rechtspersoon vergelijkbaar wordt geacht met een Nederlandse personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.¹⁸

Deze onduidelijkheid kan worden verklaard doordat de wezenlijke kenmerken duidelijk beïnvloed zijn door de fiscale jurisprudentie die is gewezen onder toepassing van de fiscale rechtsvormvergelijkbaarheidsmethode. In de toelichting wordt over de wezenlijke kenmerken in art. 3 t/m 11 in Afdeling 2 Besluit VBR opgemerkt dat deze niet alleen

12 Nota van Toelichting bij het Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen, 9 november 2024, *Stb.* 2024, 339, V-N 2024/57.11, p. 21.

13 Nota van Toelichting, t.a.p., p. 27.

14 Nota van Toelichting, t.a.p., p. 25 en 32.

15 G.K. Fibbe & A.J.A. Stevens, ‘Het (consultatie-)besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen’, *WFR* 2024/69, p. 16.

16 Nota van Toelichting, t.a.p., p. 21 en 37.

17 Hof Amsterdam 4 januari 1995, 93/1466, *Infobulletin* 1995/315 (Franse SNC).

18 Zie in dit kader o.a. W.R. Kooiman, C.J. van Hoek & F.A. Spiekerman, ‘Naar een nieuw kwalificatiekader buitenlandse rechtsvormen’, *WFR* 2024/68, p. 6-13, en J.H.M. Arts, ‘De vennootschapsbelastingplicht van lichamen’, *WFR* 2024/32, p. 4-12.

zijn gebaseerd op de civielrechtelijke jurisprudentie, maar tevens afkomstig zijn uit fiscale jurisprudentie omtrent de classificatie van buitenlandse rechtsvormen.¹⁹ Dit is wat ons betreft hinken op twee gedachten waardoor een vreemde vermenging ontstaat van civielrechtelijk relevante en fiscaalrechtelijk relevante kenmerken. Zoals wij ook concludeerden met betrekking tot het Concept-Besluit VBR,²⁰ is hiermee de fiscale classificatie als niet-transparant of fiscaal transparant toch het Besluit VBR binnengeslopen dat “slechts” beoogt de civielrechtelijke criteria voor het onderscheid tussen niet vergelijkbare c.q. wel vergelijkbare rechtsvormen aan te geven.

2.5 Niet-vergelijkbare rechtsvormen

Art. 2 lid 2 Besluit VBR bepaalt dat een buitenlandse rechtsvorm een *niet-vergelijkbare* rechtsvorm is indien deze ofwel (i) vergelijkbaar is met meer dan één van de Nederlandse rechtsvormen; ofwel (ii) niet vergelijkbaar is met enige zodanige Nederlandse rechtsvorm.

2.5.1 Vergelijkbaar met meer dan één Nederlandse rechtsvorm

In het Concept-Besluit VBR werden de NV en BV afzonderlijk genoemd, elk met eigen kenmerken. Dit kon leiden tot situaties waarin buitenlandse rechtsvormen die vergelijkbaar zijn met zowel de NV als de BV als niet-vergelijkbare rechtsvormen werden geclassificeerd. Hierdoor zouden deze onder de nieuwe vaste en symmetrische classificatiemethoden vallen. Om dit te voorkomen, is het besluit aangepast: de NV en BV zijn onder één noemer gebracht, net als de maatschap en de VOF. Hier komt wederom naar voren dat het Besluit VBR hinkt op twee gedachten. Een buitenlandse rechtsvorm die met zowel een BV als NV vergelijkbaar is, is vanuit civielrechtelijke optiek een niet-vergelijkbare rechtsvorm in de zin van art. 2 lid 2 onderdeel a Besluit VBR. Omdat dit vanuit fiscale optiek onwenselijk wordt geacht, worden deze rechtsvormen nu in Afdeling 2 (wezenlijke kenmerken) in één en dezelfde categorie samengebracht. Hoewel wij ook deze uitkomst kunnen begrijpen (NV/BV-achtige buitenlandse rechtsvormen fiscaal non-transparant), blijft het vreemd dat voor deze noodoplossing is gekozen en de wetgever niet ten principale zijn keuze om een buitenlandse rechtsvorm die vergelijkbaar is met meerdere Nederlandse rechtsvormen als niet-vergelijkbaar aan te merken, heeft heroverwogen.

2.5.2 Niet vergelijkbaar met een Nederlandse rechtsvorm

Geen enkele buitenlandse rechtsvorm is in absolute zin gelijk en dus werd in de rechtspraak tot heden altijd gezocht naar de *meest vergelijkbare* rechtsvorm. Dat wordt wezenlijk anders vanaf 2025. Met de introductie van de nieuwe categorie niet-vergelijkbare rechtsvormen, is het

vanaf nu cruciaal om te weten waar de scheidslijn ligt tussen vergelijkbaarheid en niet-vergelijkbaarheid. De Rechtsvormenlijst bij het Besluit VBR bevat op een totaal van 246 beoordeelde rechtsvormen 18 *niet-vergelijkbare* rechtsvormen, die ook nog te herleiden zijn tot een gering aantal ‘archetypen’: de LLP, de KGaA/SCA, de ULC en de Privatstiftung/SPF.

Wij betreuren het dat er geen inhoudelijke analyse bekend is gemaakt van deze voorbeelden en dat is aangegeven waarom bij deze rechtsvormen is gekomen tot de conclusie van niet-vergelijkbaarheid. Daardoor is er geen zicht op het exacte toetsingskader. Op basis van welke criteria wordt een buitenlandse rechtsvorm aangemerkt als vergelijkbaar of niet-vergelijkbaar. De eerder door ons aangehaalde jurisprudentie omtrent de Delaware LLC is illustratief in dit kader: Hof Amsterdam duidde deze rechtsvorm aan als een civielrechtelijk ‘hybride’ vennootschap,²¹ wat in het nieuwe toetsingskader zou wijzen op een niet-vergelijkbare rechtsvorm. Hoewel wij ons kunnen vinden in de uitkomst (LLC fiscaal non-transparant), blijft voor ons de vraag wat nu het exacte toetsingskader is geweest dat is gehanteerd om de LLC op de Rechtsvormenlijst als vergelijkbaar met een NV/BV aan te merken en niet als een niet-vergelijkbare rechtsvorm.

2.6 Rechtsvormenlijst geeft bewijsvermoeden

Art. 2 lid 3 Besluit VBR bepaalt dat een buitenlandse rechtsvorm op de Rechtsvormenlijst wordt *vermoed* in overeenstemming met die lijst vergelijkbaar of niet vergelijkbaar te zijn met een Nederlandse rechtsvorm, tenzij het relevante recht van de staat door het recht waarvan die buitenlandse rechtsvorm wordt beheerst wezenlijk is veranderd na afloop van het genoemde kwalificatiejaar. Dit rechtsvermoeden betreft de grootste wijziging ten opzichte van het Concept-Besluit VBR waarin de Rechtsvormenlijst juridisch bindend was. Eerder bespraken wij dat dit onder meer tot gevolg kon hebben dat een belastingplichtige een andere classificatie dan op de lijst in beginsel niet ter toetsing aan een rechter kon voorleggen.²² Wij stelden voor om de lijst met gekwalificeerde rechtsvormen los te koppelen van het besluit en net als nu op de website van de Belastingdienst te plaatsen. Deze kritiek is ter harte genomen en met de huidige indicatieve status van de Rechtsvormenlijst blijft enerzijds de rechtszekerheid behouden en anderzijds kunnen verschillen van mening hierover aan de rechter worden voorgelegd.

Het rechtsvermoeden van de Rechtsvormenlijst is een indicatieve beoordeling waarvan op grond van de vrije bewijsleer kan worden afgeweken. De belastingplichtige zal

¹⁹ Nota van Toelichting, t.a.p., p. 31.

²⁰ G.K. Fibbe & A.J.A. Stevens, ‘Het (consultatie-)besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen’, *WFR* 2024/69, p. 17-18.

²¹ Hof Amsterdam, 18 februari 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:BH5788, V-N 2004/29.1.6 (r.o. 5.3-5.7). Zie hierover G.K. Fibbe & A.J.A. Stevens, ‘Het (consultatie-)besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen’, *WFR* 2024/69, p. 16-17.

²² Zie ook W.R. Kooiman & B.C. Hafkenscheid, ‘Geen belastingplicht zonder consent van het parlement’, *NLF* 2023/20.

dan aannemelijk moeten maken dat zijn eigen beoordeling van de betreffende buitenlandse rechtsvorm tot een andere uitkomst leidt. Voor de Belastingdienst is de Rechtsvormenlijst daarentegen in beginsel bindend. Als een buitenlandse rechtsvorm geen atypische kenmerken vertoont op grond van regeland recht en het buitenlandse recht niet wezenlijk is veranderd na het kwalificatiejaar, zal de classificatie in de Rechtsvormenlijst in beginsel bindend zijn voor een inspecteur.²³

Actualisatie van de Rechtsvormenlijst zal jaarlijks plaatsvinden in het Eindejaarsbesluit.²⁴ De wijzigingen zullen dan gelden vanaf 1 januari van het eerste kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin het wijzigingsbesluit (doorgaans dus het Eindejaarsbesluit) is gepubliceerd, waarbij de betreffende aanpassing voor het eerst toepassing vindt met betrekking tot boekjaren die op of na die datum aanvangen.²⁵ Opvallend is dat in het Eindejaarsbesluit 2024²⁶ geen wijzigingen zijn opgenomen terwijl in 2024 wel diverse Kennisgroepstandpunten zijn verschenen over de classificatie van buitenlandse rechtsvormen. Slechts de beoordeling van de Schotse PFLP en de Engelse PLC in de Kennisgroepstandpunten uit 2024 zijn op de Rechtsvormenlijst opgenomen (met vermelding 2024),²⁷ maar de overige Kennisgroepstandpunten uit 2024 zijn niet verwerkt.

2.7 Evaluatie

Overall bezien zal de praktijk goed uit de voeten kunnen met het Besluit VBR. Het aantal buitenlandse rechtsvormen op de definitieve Rechtsvormenlijst is zeer uitgebreid en de classificaties van de wel vergelijkbare rechtsvormen komen overeen met de classificaties op de indicatieve lijst van het oude Kwalificatiebesluit uit 2009²⁸ en de jurisprudentie. De kritiek op het juridisch bindend karakter van de Rechtsvormenlijst is ter harte genomen en deze levert nu “slechts” een vermoeden op van classificatie. Dit geeft belastingplichtigen de gewenste rechtszekerheid en tevens de mogelijkheid om dergelijke kwesties bij een geschil aan de rechter voor te leggen. Het valt ons op dat voor de duiding of een buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar is of niet op basis van civielrechtelijke kenmerken toch ook de fiscale jurisprudentie op het gebied van de classificatie van buitenlandse rechtsvormen wordt gebruikt. Hierdoor

ontstaat een vreemde vermenging van civielrechtelijk relevante en fiscaalrechtelijk relevante kenmerken.

In zijn algemeenheid blijft onze eerdere conclusie²⁹ overeind dat als gevolg van de afschaffing van het overdraagbaarheidscriterium een potentieel³⁰ groot aantal classificatieconflicten wordt opgelost. Dat ziet uiteraard veelal op situaties waarin personenvennootschappen worden gebruikt, die in het land van vestiging (bijvoorbeeld Groot-Brittannië en Duitsland³¹) als fiscaal transparant worden aangemerkt. In situaties met personenvennootschappen, die in het land van vestiging als niet-transparant worden aangemerkt (zoals bijvoorbeeld België) of waar een keuzeregime geldt (zoals bijvoorbeeld de VS) blijven classificatieconflicten bestaan of ontstaan zelfs nieuwe classificatieconflicten.³²

Minder enthousiast zijn wij over de effectiviteit van de twee nieuwe aanvullende classificatiemethoden. Het kleine aantal niet-vergelijkbare rechtsvormen staft onze eerdere conclusie dat de effectiviteit van de nieuwe classificatiemethoden te gering is. Het onderscheid tussen niet en wel vergelijkbare rechtsvormen is een zeer complexe, lastig uitvoerbare, en inefficiënte wijze om de aanvullende classificatiemethoden aan het werk te zetten. Daarnaast blijft onduidelijk wat het exacte toetsingskader is om uiteindelijk tot de conclusie van (niet-)vergelijkbaarheid te komen, mede omdat de analyse voor de in de Rechtsvormenlijst gegeven niet-vergelijkbare rechtsvormen ontbreekt.

Gezien het geringe aantal niet-vergelijkbare rechtsvormen, was optimalisatie van het fiscaal toetsingskader uit het oude Kwalificatiebesluit uit 2009 onzes inziens een betere oplossing geweest. Hierbij bestond geen categorie niet-vergelijkbare rechtsvormen omdat altijd tot het beste vergelijk met de Nederlandse categorieën transparante dan wel niet-transparante rechtsvormen werd gekomen. Nog beter dan optimalisatie van het oude Kwalificatiebesluit uit 2009 was geweest om helemaal over te stappen op de eerder door ons voorgestelde³³ symmetrische methode voor alle in het buitenland gevestigde rechtsvor-

²³ Nota van Toelichting, t.a.p., p. 29.

²⁴ Nota van Toelichting, t.a.p., p. 27.

²⁵ Nota van Toelichting, t.a.p., p. 29.

²⁶ Besluit van 18 december 2024 tot wijziging van enige uitvoeringsbesluiten op het gebied van de belastingen en andere besluiten (Eindejaarsbesluit 2024), *Stb.* 2024, 441.

²⁷ *KG:211:2024:15*, ‘Private Fund Limited Partnership (Schotland)’ en *KG:211:2024:11*, ‘Kwalificatie Public Limited Company (Engeland)’.

²⁸ Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, *Stcrt.* 2024, 38 325, alsmede https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/lijst_gekwalificeerde_buitenlandse_samenwerkingsverbanden_dv0301z3pl.pdf.

²⁹ G.K. Fibbe & A.J.A. Stevens, ‘Wetsvoorstel Fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen’, *WFR* 2023/267, p. 20.

³⁰ Wij hebben uiteraard geen meting kunnen uitvoeren, maar in Angelsaksische landen en ook in Duitsland wordt veelvuldig gebruikgemaakt van personenvennootschappen voor ondernemings- en fondsstructuren.

³¹ Zie het binnenkort in het Duitstalige tijdschrift *IStR* te publiceren artikel van T. Stevens, T. Engers & C. Hawlitschek, ‘Änderungen der niederländischen Besteuerung internationaler Personengesellschaften und Auswirkungen unter dem DBA-Niederlande’, waarin een aantal hybride situaties wordt geanalyseerd vóór en na de inwerkingtreding van de nieuwe classificatieregels.

³² A. Lamers & A.J.A. Stevens, ‘De Nederlandse Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen – gevolgen in de verhouding Nederland-België’, *TFR* 2024/662.

³³ Zie o.a. G.K. Fibbe & A.J.A. Stevens, ‘Consultatie aangepast classificatiekader: op weg naar de symmetrische benadering?’, *WFR* 2021/113, p. 802.

men. Daarmee zouden classificatieconflicten definitief en op een efficiënte wijze worden opgelost.

3. Wet aanpassing FGR en VBI³⁴

3.1 Doel en werking van de nieuwe wettelijke regeling

Ook de Wet aanpassing FGR en VBI kent op basis van de parlementaire toelichting³⁵ een tweeledige doelstelling. In de eerste plaats beoogt de wetgever – evenals bij de Wet FKR – door de afschaffing van het overdraagbaarheids criterium het aantal hybride entiteiten te verminderen door de oorzaak aan te pakken. In de tweede plaats wil de wetgever oneigenlijk gebruik van de FGR-regeling door familiefondsen tegengaan en de FGR-regeling meer in overeenstemming brengen met de oorspronkelijke doelstelling voor de zelfstandige vennootschapsbelastingplicht van het FGR. De wetgever verwijst daarvoor naar de parlementaire toelichting bij de introductie van deze zelfstandige vennootschapsbelastingplicht bij de invoering van de Wet VPB 1969:³⁶ de zelfstandige vennootschapsbelastingplicht voor het “open” FGR werd destijds verdedigd door de gelijkstelling van het FGR met vrij overdraagbare participaties met de NV. Enige kritische beschouwing waarom deze gelijkstelling ook heden ten dage nog op zou gaan, ontbreekt geheel in de parlementaire toelichting.³⁷ Ook het vermeende oneigenlijk gebruik van de FGR-regeling door familiefondsen wordt niet duidelijk onderbouwd. Verderop in de parlementaire behandeling³⁸ wordt nog gewezen op het tegengaan van boxhoppen en anonimiseringsstructuren met FGR's, maar daarvan wordt door de staatssecretaris zelf al aangegeven dat er voor het tegengaan van boxhoppen al antimisbruikregels bestaan³⁹ en dat voor het tegengaan van anonimiseringsstructuren de UBO-regelgeving is ingevoerd en voor verdere bestrijding aanpassing van de fiscale regelgeving niet geschikt is.

Om dit tweeledige doel te bereiken is in art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 een nieuwe definitie van FGR opgenomen (zie hierna in paragraaf 3.2). Als gevolg van deze definitie blijft – anders dan bij de personenvennootschappen – het onderscheid tussen vennootschapsbelastingplichtige en fiscaal transparante FGR's voortbestaan: het vennootschapsbelastingplichtige FGR wordt onveranderd in de wet aangeduid als “FGR”, terwijl voor de fiscaal transparante versie een nieuwe definitie is opgenomen in art. 2.14bis lid 7 Wet IB 2001 en wordt aangeduid als “transparant fonds”, zijnde elk beleggingsfonds⁴⁰ dat niet een FGR is. Ook voor de classificatie van buitenlandse beleggingsfondsen als FGR (niet-transparant) of transparant fonds geldt onverminderd de (rechtsvorm)vergelijkingsmethode, aangevuld met de beide nieuwe classificatiemethoden (de vaste methode en de symmetrische methode) voor niet-vergelijkbare buitenlandse beleggingsfondsen. Zoals hiervoor in paragraaf 2.2 reeds werd vastgesteld, is het FGR ook als vergelijkingsobject opgenomen in het Besluit VBR, maar heeft de besluitgever voor het FGR geen wezenskenmerken in dit besluit opgenomen. De vergelijkbaarheid dient om die reden louter en alleen op basis van de nieuwe definitie van FGR ex art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 plaats te vinden.

3.2 Nieuwe definitie van FGR en knelpunten

De nieuwe definitie van FGR in art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 wijkt op twee punten af van de definitie zoals die tot en met 2024 gold: de definitie wordt in de eerste plaats uitgebreid met een verwijzing naar het begrip ‘beleggingsfonds’ in de zin van art. 1:1 Wft. In de tweede plaats wordt het criterium van vrije overdraagbaarheid weliswaar geschrapt, maar de inkoopvariant wordt behouden.⁴¹ Dit is als volgt vormgegeven. Er is sprake van een FGR, indien het FGR⁴² een beleggingsfonds (of fonds voor collectieve belegging in effecten) in de zin van art. 1:1 Wft is en de deelgerechtigdheid in het fonds blijkt uit verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid. De bewijzen van deelgerechtigdheid worden niet als verhandelbaar aangemerkt indien vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het FGR zelf (inkoopvariant).

De definitie van beleggingsfonds in art. 1:1 Wft sluit aan bij het onderscheid dat in de Wft wordt gemaakt tussen *beleg-*

34 Deze paragraaf is deels gebaseerd op A.J.A. Stevens, ‘Hoe te ontsnappen uit het FGR-moeras?’, *WFR* 2024/306.

35 *Kamerstukken II* 2023/24, 36423, nr. 3 (MvT), p. 13-17.

36 *Kamerstukken II* 1967/68, 6000, nr. 17, p. 7 (rechterkolom).

37 Ook bij de invoering van de zelfstandige vennootschapsbelastingplicht voor het FGR was er al veel discussie tijdens de parlementaire behandeling. Een grote groep Kamerleden vond de gelijkstelling tussen kleine belegger (beleggen via beleggingsfondsen) en de grote belegger (beleggen in privé) een belangrijker uitgangspunt (neutraliteitsbeginsel) en streed voor fiscale transparantie van beleggingsfondsen. Uiteindelijk is het parlement akkoord gegaan met de invoering van de vennootschapsbelastingplicht voor het “open” FGR, mede ook omdat de beleggingsneutraliteit kon worden bereikt via de invoering van het FBI-regime. Dat argument gaat sinds de uitsluiting van vastgoed van de toepassing van het FBI-regime niet meer op. Voor een overzicht van de tumultueuze parlementaire behandeling kan worden verwezen naar M.G. de Jong, *Open en besloten bij commanditaire vennootschappen en fondsen voor gemene rekening* (CBRS-dissertatiereeks nr. 7), Den Haag: Boom Uitgevers 2001, hoofdstuk 13, p. 155-176.

38 *Kamerstukken II* 2023/24, 35423, nr. 6 (NnavV), p. 1-3.

39 Bovendien is het beleggen in de vennootschapsbelasting uiteraard niet alleen voorbehouden aan FGR's, maar dat kan eveneens plaatsvinden via BV's.

40 De wettelijke regeling verstaat onder een beleggingsfonds een fonds ter verkrijging van voordelen voor de deelgerechtigden door het voor gemene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden.

41 Voor een overzicht van de toestemmingsvariant en de inkoopvariant onder het oude recht kan o.a. verwezen worden naar M. Beudeker, W.I.M. van der Leij & Q.J. Baars, ‘De nieuwe fiscale classificatieregels per 2025: een beschouwing en wat resteren de knelpunten’, *FED* 2024/63, par. 2.2.

42 Conform de oude definitie is sprake van een fonds voor gemene rekening, indien het een fonds betreft ter verkrijging van voordelen voor de deelgerechtigden door het voor gemene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden. Zie ook de hiervoor aangehaalde definitie van transparant fonds ex art. 2.14bis lid 7 Wet IB 2001.

gingsmaatschappijen en beleggingsfondsen. Beleggingsmaatschappijen zijn beleggingsinstellingen met rechtspersoonlijkheid en beleggingsfondsen zijn beleggingsinstellingen zonder rechtspersoonlijkheid. De begrippen 'beleggingsinstellingen', 'beleggingsmaatschappijen' en 'beleggingsfondsen' zijn ontleend aan twee Europese toezichtsrichtlijnen: de ICBE-richtlijn⁴³ en de AIFM-richtlijn.⁴⁴ Omdat de definitie van beleggingsinstelling⁴⁵ en daarmee ook van beleggingsfonds in de zin van art. 1:1 Wft zeer breed is en niet is gericht op specifieke rechtsvormen, kunnen ook beleggende personenvennootschappen onder de nieuwe definitie vallen. In dat geval ontstaat derhalve een samenloop tussen de classificatieregels voor personenvennootschappen (altijd fiscaal transparant) en de regeling van het FGR (altijd vennootschapsbelastingplichtig, tenzij inkoopvariant). Op grond van de parlementaire geschiedenis⁴⁶ geldt dan de regeling van het FGR als "lex specialis", wat wil zeggen dat dergelijke beleggende personenvennootschappen alsnog vennootschapsbelastingplichtig worden als FGR.⁴⁷ Op basis van de parlementaire geschiedenis⁴⁸ gaat het bovendien niet enkel om daadwerkelijk geregleerde fondsen, maar ook om onder de Wft kwalificerende fondsen die van regulering zijn vrijgesteld (en dus niet bij de AFM in het openbare register zijn terug te vinden). Uitvoerige kennis van de financieeltoezichtwetgeving is derhalve in de toekomst nodig om vast te kunnen stellen of sprake is van een (vennootschapsbelastingplichtig) FGR of niet.

Daarnaast roept het gebruik van deze nationale definitie uit de Wft juist bij de classificatie van buitenlandse beleggingsfondsen vele vragen op. Hoe deze definitie toe te passen op buitenlandse fondsen die een dergelijk onderscheid tussen beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen geheel niet kennen of die buiten de EU zijn gevestigd? Hoe deze definitie toe te passen op buitenlandse fondsen die rechtspersoonlijkheid hebben? Kunnen die

dan niet meer onder de definitie van FGR vallen? Indien het fondsen betreft die de rechtsvorm hebben van een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, zijn die dan altijd fiscaal transparant?

3.3 Nieuw Fondsenbesluit

De definitie van FGR wordt verder toegelicht in het nieuwe Fondsenbesluit⁴⁹ dat pas in een zeer laat stadium (eind november 2024) is gepubliceerd. Gezien de omvang van deze bijdrage beperken wij ons hierna tot de hoofdlijnen van het Fondsenbesluit en gaan met name in op de vraag in hoeverre bovengenoemde knel- c.q. vraagpunten rondom de nieuwe definitie van FGR worden opgelost c.q. verduidelijkt.

In het Fondsenbesluit wordt een aantal elementen uit de definitie van FGR van een nadere toelichting voorzien. Het besluit ontleedt de FGR-definitie in de volgende onderdelen: het moet gaan om (i) een fonds, (ii) ter verkrijging van voordelen voor de deelgerechtigden, door het voor gemeene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden, (iii) mits dit fonds wordt aangemerkt als een beleggingsfonds of fonds voor collectieve belegging in effecten als bedoeld in art. 1:1 Wft, en (iv) de deelgerechtigdheid in het fonds blijkt uit verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid. Ten aanzien van de eerste twee onderdelen wordt in de eerste plaats aangegeven dat met een fonds bedoeld wordt een afgescheiden vermogen waarin meerdere beleggers participeren. Een fonds met slechts één gerechtigde kan – met uitzondering van een tijdelijke situatie – niet worden aangemerkt als een FGR of transparant fonds. Deze uitleg lijkt in overeenstemming met de jurisprudentie onder het oude recht.⁵⁰ Vervolgens wordt – evenals onder het oude recht – bevestigd dat het begrip 'beleggen' fiscaalrechtelijk dient te worden uitgelegd.

Het echt vernieuwende gedeelte van het Fondsenbesluit ziet op de laatste twee onderdelen uit de FGR-definitie. Ten aanzien van de definitie van beleggingsfonds of fonds voor collectieve belegging in effecten ex art. 1:1 Wft wordt voor buitenlandse beleggingsfondsen die zijn gevestigd in de EU aangegeven dat voor de beoordeling of aan deze definitie wordt voldaan, gekeken moet worden naar de implementatie van deze richtlijnen in het recht van de betreffende lidstaat.⁵¹ Wanneer een buitenlands fonds wel als beleggingsinstelling of instelling voor collectieve belegging in effecten in de EU-lidstaat van herkomst conform Richtlijn 2011/61/EU (AIFM) respectievelijk Richtlijn 2009/65/EG (ICBE) kwalificeert, maar niet wordt aangemerkt als beleggingsmaatschappij of maatschappij voor collectieve belegging in effecten en een rechtsvorm bezit

43 Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (*PbEU* 2009, L 302/32).

44 Richtlijn (EU) 2011/61 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen, tot wijziging van Richtlijn 2003/41/EG en Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) 1060/2009 en Verordening (EU) 1095/2010 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2011, L 174).

45 In feite kwalificeert als beleggingsinstelling elke instelling voor collectieve belegging die bij een reeks beleggers kapitaal ophaalt om dat kapitaal overeenkomstig een bepaald beleggingsbeleid in het belang van de beleggers te beleggen.

46 *Kamerstukken II* 2023/24, 36425, nr. 3 (MvT), p. 35-36. Wij gaan in deze bijdrage niet in op de vraag of deze voorrangsregel ook al gold voor het oude recht (situatie tot en met 2024). Zie daarvoor o.a. S.A. Stevens, 'Fondsen voor gemene rekening fiscaal geduid (I)', *WPNR* 2017/7139. In elk geval is het effect van de voorrangsregeling veel groter geworden, nu met ingang van 1 januari 2025 alle personenvennootschappen als fiscaal transparant worden aangemerkt.

47 De voorrangsregeling wordt herhaald in paragraaf 6 Besluit VBR en paragraaf 6 van het hierna te bespreken Fondsenbesluit.

48 *Kamerstukken II* 2023/24, 36425, nr. 3 (MvT), p. 13-14.

49 Besluit van 27 november 2024, nr. 2024-9447, Belastingplicht; fonds voor gemene rekening (Fondsenbesluit), *Stcrt.* 2024, 38389.

50 HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:115, *BNB* 2020/165, inzake een Duits Sondervermögen.

51 Paragraaf 4 Fondsenbesluit.

die niet vergelijkbaar is met een NV of BV, dan is een dergelijk buitenlands fonds voor de toepassing van de FGR-definitie aan te merken als een beleggingsfonds of fonds voor collectieve belegging in effecten als bedoeld in art. 1:1 Wft.⁵² Dit betekent dat buitenlandse fondsen in de vorm van personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid toch als FGR kunnen classificeren, mits ze in de EU-staat van vestiging maar niet als beleggingsmaatschappij of maatschappij voor collectieve belegging in effecten worden aangemerkt en ook niet vergelijkbaar zijn met een NV of BV.⁵³ Vanuit de achterliggende gedachte om beleggingsfondsen (in welke rechtsvorm dan ook) gelijk te stellen met (beleggings-)NV's is dit een logische oplossing.⁵⁴ Op basis van de letterlijke tekst van de wet kan echter moeilijk worden geconcludeerd dat de implementatie van de ICBE- en AIFM-richtlijnen in de buitenlandse lidstaat van vestiging relevant zou moeten zijn voor de toepassing van de FGR-definitie. Deze uitleg betekent ook dat niet alleen de Nederlandse financieeltoezichtwetgeving relevant is voor de vraag of sprake is van een FGR, maar bij buitenlandse fondsen (gevestigd in de EU) ook nog eens de buitenlandse financieeltoezichtwetgeving, wat de classificatie van buitenlandse fondsen er bepaald niet gemakkelijker op maakt.⁵⁵ Ook geeft deze interpretatie geen oplossing voor buiten de EU gevestigde beleggingsfondsen die niet onder het bereik van de genoemde richtlijnen vallen. Een veel eenvoudigere oplossing was onzes inziens dan ook geweest om aan te sluiten bij de definities uit de genoemde richtlijnen en te kiezen voor een 'alsof'-benadering (hoe zou het buitenlandse beleggingsfonds worden gekwalificeerd indien het in Nederland gevestigd zou zijn geweest), zoals in de literatuur is voorgesteld.⁵⁶

Het laatste onderdeel van het Fondsenbesluit bespreekt het aanwezig zijn van verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid. Wat daarbij opvalt, is in de eerste plaats dat er niet wordt verduidelijkt wanneer er sprake is van bewijzen van deelgerechtigdheid. Dat is met name jammer, omdat dat een aanvullende voorwaarde is ten opzichte van de definitie van beleggingsfondsen in de zin van art. 1:1 Wft (die eenzelfde voorwaarde niet kent). Op basis van de jurisprudentie⁵⁷ en de parlementaire geschiedenis bij de

totstandkoming van de FGR-regeling⁵⁸ was een invulling van het begrip 'bewijzen van deelgerechtigdheid' ook relatief eenvoudig mogelijk geweest. De toelichting uit het Fondsenbesluit⁵⁹ concentreert zich op de *verhandelbaarheid* van de bewijzen van deelgerechtigdheid. Daarbij valt met name op dat er ten aanzien van de inkoopvariant een zeer soepel standpunt wordt ingenomen. Voor de toepassing van de inkoopvariant (wat het fonds doet classificeren als transparant fonds) is een minieme betrokkenheid van de beheerder van het fonds bij de verkoop van een participatie tussen de participanten van het fonds al voldoende om het fonds als 'inkoopfonds' te kunnen classificeren. Daarmee lijkt de besluitgever al te preluderen op de tijdens de behandeling van het Belastingplan 2025 (onderdeel 'Nazorg Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen') afgedwongen extra overgangperiode van 1 jaar (tot eind 2025)⁶⁰ om beleggende personenvennootschappen de mogelijkheid te bieden om buiten de verplichte vennootschapsbelastingplicht als FGR onder de nieuwe regeling te vallen door alsnog hun vennootschapsovereenkomsten aan te passen en daarin de inkoopvariant op te nemen. Dat is echter onzes inziens een eenzijdige (op de inkoopvariant gerichte) noodoplossing, die geen oplossing biedt voor de onvolkomenheden van de nieuwe FGR-definitie.

3.4 Evaluatie

Met de nieuwe FGR-definitie heeft de wetgever onzes inziens geen gelukkige keuze gemaakt. Met het behoud van de inkoopvariant is in feite het overdraagbaarheids criterium gecontinueerd. Deze continuering leidt er onzes inziens toe dat van het verminderen van hybride entiteiten bij de oorzaak (eerste doelstelling van de nieuwe wettelijke regeling) geen sprake kan zijn. Door de invoering van de koppeling met de definitie van beleggingsfondsen in de zin van art. 1:1 Wft zal waarschijnlijk de tweede doelstelling van de nieuwe wettelijke regeling (het verminderen van familiefondsen in de vorm van een FGR) wel worden bereikt. Echter door deze koppeling ontstaan ingewikkelde interpretatievraagstukken, zeker bij de classificatie van buitenlandse beleggingsfondsen, en worden met name beleggende personenvennootschappen (met verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid) alsnog (als FGR) in de vennootschapsbelastingplicht betrokken. Onze conclusie luidt derhalve dat deze nieuwe FGR-definitie dringend herziening behoeft. Een evaluatie van deze nieuwe definitie, juist op het punt van de samenloop met de nieuwe regeling (fiscale transparantie) voor personenvennootschap-

52 Paragraaf 4.2 Fondsenbesluit.

53 Zie ook KG:211:2024:12, 'Buitenlandse personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid aan te merken als fgr', waar als voorbeeld wordt gewezen op de Franse SCPI.

54 Zie ook L. van Heijningen, 'Vreemdrechtelijke fgr's: vanuit de idee van het fgr is het niet moeilijk', *NLF Opinie* 2024/20.

55 Exemplarisch voor deze lastige financieeltoezichtvragen naar buitenlands recht kan zijn het recente kennisgroepstandpunt inzake de classificatie van Duitse Sondervermögen (KG:211:2024:16, 'Kwalificatie Duitse Sondervermögen per 2025').

56 Zie L. van Heijningen, 'Vreemdrechtelijke fgr's: vanuit de idee van het fgr is het niet moeilijk', *NLF Opinie* 2024/20, paragraaf 5.

57 Zie o.a. Hof Amsterdam 5 oktober 1988, ECLI:NL:GHAMS:1988:AX0638, V-N 1989/1860, 10 (US LP geen FGR vanwege ontbrekende participatiebewijzen), en HR 27 februari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2006:AY3846, *BNB* 2009/120 (open CV niet belastingplichtig voor de kapitaalsbelasting vanwege het ontbreken van aandelen/participatiebewijzen).

58 Zie het overzicht met kenmerken van zowel het open als het besloten FGR in *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 25, p. 11 (vraag 29).

59 Paragraaf 5 Fondsenbesluit.

60 Art. LIIA Belastingplan 2025 (Wet van 18 december 2024 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2025), *Stb.* 2024, 434) dat een extra bepaling (art. IXA) toevoegt aan het overgangsrecht van de Wet aanpassing FGR en VBI.

pen is al door de staatssecretaris toegezegd.⁶¹ Bij de herziening dient onzes inziens ook de door de wetgever – zonder enige motivering – genoemde gelijkstelling tussen beleggende fondsen (al dan niet in de vorm van personenvennootschappen) en beleggende NV's opnieuw te worden overdacht. Er bestaat onzes inziens geen goede reden om beleggingsrendementen economisch dubbel te belasten met vennootschapsbelasting. Uitgangspunt dient derhalve te zijn fiscale transparantie van beleggingsfondsen, zodat fiscale neutraliteit kan worden bereikt tussen de kleine belegger (via fondsen) en de grote belegger (in privé). Op basis van dit uitgangspunt zullen familiefondsen in elk geval niet meer in de vorm van een FGR kunnen worden vormgegeven, zodat de tweede doelstelling van de nieuwe wettelijke regeling ook wordt bereikt. Indien een vennootschapsbelastingplicht voor beursfondsen of fondsen met veel wisselende participanten om praktische redenen de voorkeur zou verdienen, dan kan de FGR-definitie onzes inziens beperkt worden tot fondsen waarvan de bewijzen van deelgerechtigdheid verhandelbaar zijn op een gereguleerde markt of op een daarmee vergelijkbaar handelsplatform.⁶² Een alternatief zou ook een opt-in-regeling voor vennootschapsbelastingplicht kunnen zijn. Voordeel van een dergelijke beperking tot fondsen met veel wisselende participanten is onzes inziens ook dat vergelijkbare buitenlandse fondsen vaak ook vennootschapsbelastingplichtig zullen zijn, wat ook het aantal classificatieconflicten zal verminderen. Ook kan het toepassen van de symmetrische classificatiemethode op alle vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen, zoals hiervoor in paragraaf 2.7 voorgesteld, een goede aanvulling zijn voor de classificatie van buitenlandse beleggingsfondsen.

Indien een dergelijke, diepgaande herbezinning niet zou worden opgepakt door de wetgever,⁶³ dan zal onzes inziens op zijn minst de problematiek van de samenloop van de nieuwe FGR-definitie en de fiscale transparantie voor beleggende personenvennootschappen zoveel mogelijk moeten worden gemitigeerd. Zonder wetswijziging lijkt het toch mogelijk te zijn om via een nadere uitleg van de FGR-definitie te komen tot het vastleggen van een aantal duidelijk omschreven wezenskenmerken van een FGR, waardoor het overgrote deel van de beleggende personenvennootschappen buiten de FGR-definitie valt (en niet noodgedwongen een commercieel vaak niet wenselijke inkoopvariant hoeft in te bouwen). Reeds in de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de FGR-regeling⁶⁴ werd gewezen op de volgende twee wezenskenmerken van het (open) FGR: (i) het uitgeven van bewijzen van deelgerechtigdheid; en (ii) het ontbreken van onder-

linge bekendheid van deelgerechtigden. Beide wezenskenmerken ontbreken normaliter bij personenvennootschappen. Door vastlegging van deze wezenskenmerken in het Besluit VBR en/of het Fondsenbesluit kan de toepassing van de FGR-regeling op een groot aantal beleggende personenvennootschappen achterwege blijven.

4. Conclusies en aanbevelingen

Als gevolg van de Wet FKR en de Wet aanpassing FGR en VBI zijn nieuwe classificatieregels ingevoerd voor buitenlandse rechtsvormen (kapitaalvennootschappen, personenvennootschappen, fondsen en doelvermogens). Doelstelling van de wetgever van de invoering van deze nieuwe regels is om de negatieve gevolgen van classificatieconflicten fundamenteel op te lossen. De nieuwe classificatieregels bestaan uit (i) de afschaffing van het overdraagbaarheids criterium; en (ii) de invoering van twee aanvullende classificatiemethoden (de vaste methode en de symmetrische methode) voor niet-vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen.

De afschaffing van het overdraagbaarheids criterium achten wij een goede zaak: het zal vermoedelijk het aantal classificatieconflicten/hybride entiteiten aanzienlijk verminderen. Dat geldt met name ten aanzien van personenvennootschappen die in het land van vestiging (bijvoorbeeld onze buurlanden Groot-Brittannië en Duitsland) als fiscaal transparant worden aangemerkt.

Bij FGR's is het onderscheid tussen "open" en "besloten" FGR's blijven bestaan, zodat classificatieconflicten daar niet worden opgelost. Daar komt bij dat door de voorangsregeling van FGR's boven personenvennootschappen, een (groot?) aantal beleggende personenvennootschappen toch niet-transparant blijft of wordt. Onzes inziens is dringend een aanpassing van de (nieuwe) wettelijke definitie van FGR nodig (of op zijn minst een nadere verduidelijking van de FGR-definitie), waarbij de in steek moet zijn om beleggende personenvennootschappen zoveel mogelijk als fiscaal transparant te behandelen.

De werking van het onderscheid tussen vergelijkbare en niet-vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen voor de operationalisering van de nieuwe, aanvullende classificatiemethoden is moeizaam en levert uiteindelijk weinig oplossingen voor classificatieconflicten. Dit komt omdat het aantal niet-vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen relatief bescheiden is. Voor de praktijk lijken het Besluit VBR en de Rechtsvormenlijst uiteindelijk wel werkbaar, maar een eenvoudigere oplossing door aanpassing van het Kwalificatiebesluit uit 2009 was het overwegen waard geweest.

Nagenoeg alle buitenlandse rechtsvormen op de Rechtsvormenlijst worden als vergelijkbare rechtsvorm aange-

61 Motie-Van Eijk, *Kamerstukken II* 2024/25, 56602, nr. 105.

62 Zoals opgenomen in het oorspronkelijke wetsvoorstel dat ter consultatie is neergelegd.

63 Ook de fiscale transparantie van personenvennootschappen is zonder enige toelichting, laat staan herbezinning, opgenomen in de Wet FKR.

64 *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 25, p. 11 (vraag 29).

merkt, waarvoor classificatieconflicten niet worden opgelost. Onzes inziens kan dit op een effectieve en efficiënte manier worden opgelost door voor alle (vergelijkbare en niet-vergelijkbare) buitenlandse rechtsvormen de symmetrische classificatiemethode toe te passen.⁶⁵

⁶⁵ Zie voor ons eerdere voorstel ons WFR-artikel over het consultatiewetsvoorstel in *WFR* 2021/113 en de verwijzingen aldaar naar het VBW-rapport uit 2020 inzake de belastingheffing van personenvennootschappen. Voor de EU-conformiteit van dit voorstel verwijzen wij naar M. van Hulten & T. Stevens, 'Is the symmetrical classification method EU proof?', *EC Tax Review* 2022/6.