

Consultatie concept Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen

Prof. dr. J.W. Bellingwout, Vrije Universiteit, tevens verbonden aan KPMG Meijburg & Co

15 maart 2024

Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om input te leveren op het concept Besluit vergelijking buitenlandse rechtsvormen ("Besluit"). Ik beperk mij daarbij tot het voorgestelde artikel 4 Besluit, dat de 'wezenlijke kenmerken' opsomt van de Nederlandsrechtelijke besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ("BV"). Een vreemdrechtelijke rechtsvorm waarvan, beoordeeld aan de hand van het recht dat haar bestaan beheerst, "aard en inrichting (...) voldoende vergelijkbaar zijn met de aard en inrichting, waaronder de in afdeling 2 opgenomen wezenlijke kenmerken, van een Nederlandse" BV, is vergelijkbaar met een Nederlandse BV, zo valt af te leiden uit het voorgestelde artikel 2, lid 2 Besluit. Op grond van artikel 1a, lid 1 van de Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen leidt een dergelijke vergelijkbaarheid van een buitenlandse rechtsvorm met een BV tot gelijkstelling met de BV als (derhalve fiscaal non-transparant) belastingssubject. Het gaat daarbij om 'voldoende' vergelijkbaarheid van aard en inrichting waarbij de 'wezenlijke kenmerken' van artikel 4 Besluit een belangrijke rol spelen ('waaronder').

Het voorgestelde artikel 4 Besluit vermeldt als een van de wezenlijke kenmerken in onderdeel d:

"d. de aandeelhouders van de vennootschap zijn op grond van civiele wet- en regelgeving niet verder aansprakelijk voor de schulden en andere verplichtingen van de vennootschap dan tot het bedrag dat op hun aandelen in de vennootschap is gestort".

De (concept) toelichting op deze bepaling vermeldt hieromtrent:

"De aandeelhouder staat tot de bv in een rechtsbetrekking waaruit voor haar bepaalde rechten en verplichtingen voortvloeien. De aandeelhouder is voor schulden en andere verplichtingen van de vennootschap niet aansprakelijk boven het bedrag dat hij/zij op haar aandelen in de vennootschap heeft gestort. Dit betekent ook dat zij niet gehouden is om verder bij te dragen in de verliezen van de vennootschap."

Uit deze passages kan al licht de indruk ontstaan dat de Nederlandsrechtelijke BV in alle gevallen uitsluitend beperkt aansprakelijke aandeelhouders kent, een hardnekkig misverstand waarbij het bestaan van artikel 2: 192 BW wordt genegeerd, dat is ingevoerd bij de flex-BV wetgeving in 2012¹ en waarvan het eerste lid, aanhef, alsmede onderdeel a luidt:

"1. De statuten kunnen met betrekking tot alle aandelen of aandelen van een bepaalde soort of aanduiding:

a) bepalen dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens de vennootschap of derden of tussen aandeelhouders, aan het aandeelhouderschap zijn verbonden".

Het Sdu-commentaar bij deze bepaling vermeldt, voor zover relevant²:

¹ Zie bijv. recentelijk, naar aanleiding van het onderhavige concept Besluit: W.R. Kooiman, C.J. van Hoek, F.A. Spiekerman, Naar een nieuw kwalificatiekader buitenlandse rechtsvormen, WFR 2024/68, paragraaf 3: "Het Nederlandse recht kent niet zo'n kapitaalvennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid".

² Sdu Commentaar Ondernemingsrecht, publicatiedatum 25 januari 2024, Auteurs H.J. Portengen, N.R.M. Crouwers.

“Op grond van art. 2:192 lid 1 sub a BW kunnen de statuten bepalen dat ‘verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard’ aan het aandeelhouderschap zijn verbonden. Huizink signaleert dat naar de letter van de wet aangenomen moet worden dat de op te leggen verplichtingen ex art. 2:192 lid 1 sub a BW slechts ‘verbintenissen’ kunnen betreffen in de zin van Boek 6 BW, zijnde verplichtingen van vermogensrechtelijke aard. Hij betwijfelt echter of dit wel zo is bedoeld door de wetgever (Huizink 2012, p. 7-8).

Aanvankelijk was voorgesteld in de wettekst de bepalingen van art. 6:253 BW t/m art. 6:256 BW inzake het derdenbeding van overeenkomstige toepassing te verklaren. Deze verwijzing is bij nota van wijziging (*Kamerstukken II 2007/08, 31058, nr. 6*) uit het wetsvoorstel verwijderd. Dit neemt niet weg dat in de statuten opgenomen verplichtingen jegens derden rechtstreeks door die derden kunnen worden afgedwongen (*Kamerstukken I 2011/12, 31058, C, p. 15 (MvA)*).

Statutair op te leggen verplichtingen dienen enig verband te houden met de vennootschap of de daarmee verbonden onderneming (*Kamerstukken II 2006/07, nr. 3, p 44 (MvT)*). Zij kunnen inhouden dat de aandeelhouders hoofdelijk verbonden zijn voor verplichtingen van de vennootschap. Waar precies de grens ligt, is onduidelijk. De jegens derden op te leggen extra verplichtingen aan aandeelhouders kunnen vergaand zijn. Extra verplichtingen kunnen inhouden dat aandeelhouders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor (bepaalde of alle) schulden van de vennootschap (*Kamerstukken I 2011/12, 31058, C, p. 15 (MvA)*). Dortmund (Dortmond 2012) betwist dit met een beroep op de wettelijke definitie van de BV uit art. 2:175 lid 1 BW.

De verplichtingen kunnen worden opgelegd aan alle aandeelhouders van de vennootschap, maar mogen ook worden beperkt tot houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.”

Kort gezegd betekent dit dat een BV (sinds 2012) kan worden ingericht op een wijze dat een of meer, of zelfs alle aandeelhouders extern hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schulden van de BV. Ik worstel sinds 2012 met het feit dat deze mogelijkheid geen invloed heeft op de fiscale behandeling van de BV in de Nederlandse vennootschapsbelasting en op de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen onder het tot nog toe geldende beleid. Hoofdelijke aansprakelijkheid is immers een kernaspect van de (toerekenings)vraag voor wiens rekening en risico een onderneming wordt gedreven, door de rechtsvorm onder wiens (externe) juridische vlag de onderneming wordt gedreven, of door de achterliggende personen?

Al eerder is aandacht gevraagd voor deze problematiek in het NOB-commentaar bij de destijds aanhangige flex-BV wetsvoorstellen³:

“5. Fiscale kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt erkend dat de belastingheffing van buitenlandse samenwerkingsverbanden, overeen dient te komen met fiscale systeem voor Nederlandse kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen (*Kamerstukken II, 2010-2011, 32 426, nr. 7, blz. 39*). In het Besluit van **11** december 2009, nr. CPP2009/519M, BNB 2010/58 wordt een toetsingskader gegeven op grond waarvan wordt beoordeeld of een buitenlandse rechtsvorm als transparant of als zelfstandig belastingplichtig lichaam moet worden aangemerkt. Volgens de minister bestaat vooralsnog de indruk dat dit toetsingskader géén aanpassing behoeft na inwerkingtreding van het flexibele bv-recht. De Orde heeft hierover haar twijfels met betrekking tot één van de toetsen, te weten de toets of de participanten beperkt aansprakelijk zijn voor de

³ Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel ‘Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht’ (31 059) en het wetsvoorstel ‘Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)’ (32 426), d.d. 11 november 2011.

schulden en andere verplichtingen van het samenwerkingsverband (zie par. 3.3 van het besluit, vraag B). De Orde vraagt aan de minister of aansprakelijkheid nog wel langer een onderscheidend criterium is omdat aandeelhouders op grond van het voorgestelde art. 2:192, lid 1, onderdeel a, BW aansprakelijk kunnen zijn voor alle schulden van een bv (vgl. de aansprakelijkheid van vennoten van een personenvennootschap art. 18 Wetboek van Koophandel). In de nota naar aanleiding van het verslag heeft de minister bovendien bevestigd dat in een dergelijk geval een bv onderworpen blijft aan de vennootschapsbelasting.

De Orde benadrukt dat de aansprakelijkheidstoets in de praktijk van groot belang is voor de fiscale kwalificatie van een buitenlands samenwerkingsverband. Zo beperkte het geschil in het recente arrest van de Hoge Raad over de kwalificatie van een naar het recht van Ohio (VS) opgerichte LLC (zie HR 23 september 2011, nr. 10/03724, V-N 2011/49.18, NTFR 2011/2318) zich uitdrukkelijk tot de aansprakelijkheidstoets. Als zou komen vast te staan dat de leden van de LLC aansprakelijk waren, was niet in geschil dat het samenwerkingsverband als transparant dient te worden aangemerkt. Omgekeerd gold dat niet in geschil was dat de LLC als non-transparant kwalificeert als zou komen vast te staan dat de leden *niet* aansprakelijk waren. De Orde maakt zich zorgen dat onder het flexibele bv-recht een oplossingsvacuüm zal ontstaan voor gevallen waarin de aansprakelijkheidstoets thans de doorslag geeft. Kan de minister aangeven hoe in deze gevallen de kwalificatie verloopt?”

De minister antwoordde⁴ dat

“het buitenlandse te kwalificeren samenwerkingsverband na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel ook met de vernieuwde bv vergeleken [zal] moeten worden. Voor de vergelijking is er in genoemd besluit een toetsingskader opgenomen, dat is uitgewerkt aan de hand van vier vragen. Het aansprakelijkheidsriterium is daar – naast het eigendoms-, aandelen- en toestemmingscriterium – één van. Voor de uiteindelijke kwalificatie dient de beantwoording van alle vier de vragen in onderlinge samenhang te worden gezien.”

Om vervolgens af te sluiten met een doodoener:

“Het aansprakelijkheidsriterium zal door de het inwerkingtreden van het onderhavige wetsvoorstel geen andere betekenis krijgen”.

U begrijpt dat ik enige vraagtekens heb bij het feit dat de Nederlandsrechtelijke BV, ook al zou deze uitsluitend aandeelhouders kennen die extern hoofdelijk aansprakelijk zijn, in alle gevallen als belastingsubject voor de Nederlandse vennootschapsbelasting wordt aangemerkt. Indien wij dit op praktische gronden, in termen van rechtszekerheid en uitvoerbaarheid zouden aanvaarden (wat sinds 2012 het geval lijkt te zijn ten aanzien van de Nederlandsrechtelijke BV), dan is het de vraag waarom wij niet eveneens een vreemdrechtelijke rechtsvorm, die naar aard en inrichting geheel overeenkomt met een Nederlandsrechtelijke BV, derhalve met inbegrip van de wettelijke mogelijkheid om een, meer of alle aandeelhouders hoofdelijk aansprakelijk te maken voor schulden van die rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvorm, op grond van het concept Besluit ‘vergelijkbaar’ achten met een Nederlandsrechtelijke BV. Dat dit mogelijk niet het geval is, kan naar het oogt worden geconcludeerd uit het feit dat in die situatie aan het belangrijke ‘wezenskenmerk’ van het voorgestelde artikel 4, onderdeel d Besluit niet wordt voldaan. Wellicht is een uitweg te vinden in (verdere?) afzwakking van de (al snel als absoluut op te vatten)

⁴ Eerste Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 31 058 C, p. 5.

wezenskenmerken, waarvoor reeds een begin te vinden is in de hierboven aangehaalde formulering van het voorgestelde artikel 2, lid 2 Besluit, waarin de wezenskenmerken niet als uitputtend lijken te worden benoemd (*waaronder* de ... wezenskenmerken'). Nog beter zou wellicht zijn om bij het formuleren van de wezenskenmerken zelf rekenschap te geven van de mogelijkheden die artikel 2:192 BW biedt en daar vervolgens ook in de toelichting op het Besluit nader op in te gaan.

*_*_*