

Verbondenheid in het belastingrecht

Verbondenheid in het belastingrecht

Relations and Connections in Dutch Tax Law

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. S.W.J. Lamberts

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
vrijdag 21 november 2008 om 11.00 uur

door

Rodolfo Nicolaas Franciscus Zuidgeest

geboren te Delft



Promotiecommissie

Promotor:

Prof.dr. L.G.M. Stevens

Overige leden:

Prof.dr. P. Kavelaars

Prof. J.C.A. Gortemaker RA

Prof.mr. A.F.M. Dorresteyn

© 2008, R.N.F. Zuidgeest

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, in fotokopie of anderszins zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Van dit proefschrift verschijnt een handelseditie bij uitgeverij Kluwer te Deventer in de serie Europese Fiscale Monografieën, ISBN 978 90 13 05960 1

Voor Paulien

Aanwijzing 58

- 1. Hetzelfde begrip wordt niet met verschillende termen aangeduid.*
- 2. Dezelfde term wordt niet voor verschillende begrippen gebruikt.*

Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 27 april 2005, nr. 05M474365, *Stcrt.* 2005, 87

VOORWOORD

Aan dit proefschrift heb ik met veel plezier gewerkt en ik weet zeker dat ik deze studie over 'verbondenheid' in het belastingrecht zal missen. Maar gelukkig heeft het fiscalistenvak zoveel verschillende facetten, dat ik me waarschijnlijk niet zal vervelen.

Een proefschrift schrijf je zelf, maar niet alleen. Tijdens mijn studie heb ik kunnen rekenen op de hulp en steun van veel mensen. In de eerste plaats bedank ik prof. dr. L.G.M. Stevens, mijn promotor. Zijn bemoedigende opmerkingen heb ik als een enorme stimulans ervaren. Daarbij stond ik telkens perplex van de enorme snelheid waarmee hij mijn conceptteksten, voorzien van gedetailleerd commentaar, retourneerde. Onze voortgangsgesprekken hadden een open en informeel karakter; ik kijk dan ook terug op een zeer plezierige samenwerking.

Voorts bedank ik prof. mr. A.F.M. Dorresteyn, prof. J.C.A. Gortemaker RA en prof. dr. P. Kavelaars voor hun bereidheid zitting te nemen in de promotiecommissie en voor hun suggesties voor aanvulling en verbetering van het onderzoek.

Met beide ouders werkzaam in het onderwijs hebben mijn zus, broers en ik als kind niet veel ruimte gekregen om te lanterfantten. Dat kwam mij tijdens deze studie goed van pas! Pa en ma, ik denk dat jullie ons op de juiste momenten hebben geïnteresseerd om te 'leren'. Dit is van enorme waarde.

Mijn vader, Frans Zuidgeest, heeft bovendien op minutieuze wijze de concepttekst van dit proefschrift doorgenomen en verbeterd. Pa, ik ben blij dat je dit hebt willen en kunnen doen!

Tijdens mijn studie hebben veel mensen hun belangstelling getoond, waarvoor ik hen bij deze hartelijk bedank. Aan enkele collega's bij ING ben ik in het bijzonder dank verschuldigd. Henk Bruisten heeft één van de eerste concepten van mijn beschouwing over het ondernemingsrecht becommentarieerd, terwijl de Engelstalige samenvatting is beoordeeld door mijn collega Kim Komijn-Caspers. Mijn leidinggevende Tjeerd Valk stelde mij in de gelegenheid om te kiezen voor een vierdaagse werkweek, waardoor ik meer kon studeren. Bovendien hebben zijn goedbedoelde, waarschuwendende woorden ertoe geleid dat ik vooral niet ben vergeten te genieten van het gezinsleven met opgroeiende kinderen.

Daarmee ben ik aanbeland bij de drie mensen die ervoor hebben gezorgd dat ik tijdens het schrijven van dit proefschrift geen kluizenaarsbestaan heb geleid: mijn

vrouw Paulien en onze kinderen Aniek en Chiel. De 'studeertjes' en het 'slimmedingenbriefje' van Aniek zijn onvergetelijk, net als de typelessen van Chiel op momenten waarop hij allang had moeten slapen. Jongens, ik heb geprobeerd jullie zo min mogelijk last te bezorgen met deze studie, maar dat is waarschijnlijk niet altijd gelukt. Bedankt dus, voor de ruimte die ik van jullie drieën heb gekregen om deze kans te benutten.

Het manuscript is afgesloten op 1 juli 2008. Ontwikkelingen na deze datum zijn slechts incidenteel opgenomen.

Montfoort, augustus 2008

INHOUDSOPGAVE

| | |
|--|------|
| Voorwoord | VII |
| Lijst van gebruikte afkortingen | XVII |
| HOOFDSTUK 1 | |
| Inleiding | 1 |
| 1.1 Verbondenheid in het belastingrecht | 1 |
| 1.2 Belang van de studie | 3 |
| 1.3 Probleemstelling | 6 |
| 1.4 Toetsingskader | 7 |
| 1.4.1 Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | 7 |
| 1.4.2 Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | 11 |
| 1.4.3 Open normen of scherpe normen | 12 |
| 1.4.4 Uniformiteit | 15 |
| 1.5 Afbakening | 16 |
| 1.6 Opbouw van de studie | 17 |
| HOOFDSTUK 2 | |
| Bedrijfseconomie | 19 |
| 2.1 Inleiding | 19 |
| 2.2 Interne-organisatieleer | 19 |
| 2.2.1 'Holistic concept of the firm' versus 'behavioral concept of the firm' | 20 |
| 2.2.2 Opvattingen van Coase | 20 |
| 2.2.3 Agentschaptheorie | 21 |
| 2.2.4 Economische theorie van de transactiekosten | 22 |
| 2.2.5 Stakeholdersbenadering | 24 |
| 2.2.5.1 Maatschappelijk verantwoord ondernemen | 25 |
| 2.2.5.2 Corporate governance | 26 |
| 2.2.6 Multinationale ondernemingen | 27 |
| 2.2.7 Strategische allianties | 33 |

| | | |
|---------------------|---|----|
| 2.3 | Management accounting | 34 |
| 2.3.1 | Prestatiemaatstaven bij verschillende vormen van decentrale besturing | 34 |
| 2.3.2 | Transfer pricing | 35 |
| 2.4 | Conclusie | 36 |
| HOOFDSTUK 3 | | |
| Ondernemingsrecht | | 39 |
| 3.1 | Inleiding | 39 |
| 3.2 | Eenmansondernemingen | 40 |
| 3.3 | Personenvennootschappen | 40 |
| 3.4 | Rechtspersonen | 42 |
| 3.4.1 | BV en NV | 42 |
| 3.4.2 | Groep, dochtermaatschappij en deelneming | 44 |
| 3.4.2.1 | Groep | 44 |
| 3.4.2.2 | Dochtermaatschappij | 46 |
| 3.4.2.3 | Deelneming | 47 |
| 3.4.3 | Structuurregeling | 47 |
| 3.4.4 | Enquêterecht | 48 |
| 3.4.5 | Corporate governance | 49 |
| 3.5 | Medezeggenschapsrecht | 51 |
| 3.6 | Mededingingsrecht | 53 |
| 3.7 | Faillissementsrecht | 54 |
| 3.8 | Toezihtsrecht | 55 |
| 3.9 | Concernrecht | 62 |
| 3.10 | Conclusie | 67 |
| HOOFDSTUK 4 | | |
| Jaarrekeningenrecht | | 75 |
| 4.1 | Inleiding | 75 |
| 4.2 | Titel 9 Boek 2 BW | 76 |
| 4.2.1 | Fusies en overnames | 76 |
| 4.2.2 | Consolidatie | 77 |
| 4.2.3 | Waardering en aanvullende informatie met betrekking tot dochtermaatschappijen, joint ventures, deelneming, minderheidsbelang en verbonden partijen | 82 |
| 4.2.4 | Jaarverslag | 84 |
| 4.2.4.1 | Maatschappelijk verantwoord ondernemen | 84 |
| 4.2.4.2 | Corporate governance | 85 |
| 4.3 | IFRS | 85 |
| 4.3.1 | Bedrijfscombinaties | 85 |
| 4.3.2 | Consolidatie van dochtermaatschappijen | 86 |
| 4.3.3 | Waardering en aanvullende informatie met betrekking tot dochtermaatschappijen, joint ventures, geassocieerde of minderheidsdeelnemingen en verbonden partijen | 88 |

| | | |
|---------------------------|---|-----|
| 4.4 | US GAAP | 90 |
| 4.5 | Conclusie | 92 |
| HOOFDSTUK 5 | | |
| Personen- en familierecht | | 99 |
| 5.1 | Inleiding | 99 |
| 5.2 | Enkele gezinssociologische beschouwingen | 99 |
| 5.3 | Wettelijke erkenning van samenlevingsvormen | 101 |
| 5.3.1 | Huwelijk | 103 |
| 5.3.2 | Geregistreerd partnerschap | 104 |
| 5.3.3 | Andere samenlevingsvormen | 105 |
| 5.4 | Familierechtelijke betrekkingen | 107 |
| 5.4.1 | Bloedverwantschap | 107 |
| 5.4.2 | Aanverwantschap | 109 |
| 5.5 | Conclusie | 109 |
| HOOFDSTUK 6 | | |
| Inkomstenbelasting | | 111 |
| 6.1 | Inleiding | 111 |
| 6.2 | Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving | 112 |
| 6.2.1 | Grootkoopmanschap | 112 |
| 6.2.2 | Bedrijfsoverdracht aan medeondernemer of werknemer | 113 |
| 6.2.3 | 'Uiteindelijk gerechtigde' tot dividenden | 114 |
| 6.3 | Wettelijke begrippen van verbondenheid | 114 |
| 6.3.1 | 'Partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 | 115 |
| 6.3.2 | 'Kind' in de zin van art. 1.4 Wet IB 2001 | 122 |
| 6.3.3 | 'Samenwerkingsverband' en 'verbonden personen' in de zin van art. 3.6 lid 2 Wet IB 2001 | 123 |
| 6.3.4 | 'Verbonden persoon' en 'verbonden lichaam' in de zin van art. 3.30a lid 9 tot en met 11 Wet IB 2001 | 127 |
| 6.3.5 | Verbonden personen in de zin van art. 3.46, lid 1, Wet IB 2001 | 130 |
| 6.3.6 | 'Verbonden persoon' en verbonden lichaam in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 | 132 |
| 6.3.7 | 'Verbonden persoon' in de zin van art. 3.92b lid 5 (voorstel) Wet IB 2001 | 141 |
| 6.3.8 | Verbonden personen in de zin van art. 3.101, 6.3 en 6.4 Wet IB 2001 | 143 |
| 6.3.9 | 'Aanmerkelijk belang' in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001 | 147 |
| 6.3.10 | Familieleden in de zin van art. 6.16 Wet IB 2001 | 155 |
| 6.4 | Conclusie | 155 |

HOOFDSTUK 7

| | |
|--|-----|
| Vennootschapsbelasting | 163 |
| 7.1 Inleiding | 163 |
| 7.2 Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving | 164 |
| 7.2.1 Vaste inrichting | 164 |
| 7.2.2 Samenwerkingsverbanden | 166 |
| 7.2.3 Belastingplicht van verenigingen en stichtingen | 174 |
| 7.2.4 'Common Consolidated Corporate Tax Base' | 174 |
| 7.3 Wettelijke begrippen van verbondenheid | 175 |
| 7.3.1 Verbondenheidsbegrippen in art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 | 176 |
| 7.3.2 Directiepensioenlichamen in de zin van art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 | 182 |
| 7.3.3 'Verbonden persoon' en 'verbonden lichaam' in de zin van art. 8 lid 6a onderdeel a en b Wet VPB 1969 | 184 |
| 7.3.4 'Aandeelhouder voor ten minste een derde gedeelte van het nominaal gestorte kapitaal' in de zin van art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969 | 187 |
| 7.3.5 'Deelname aan de leiding, het toezicht, of het kapitaal' in de zin van art. 8b lid 1 en 2 Wet VPB 1969 | 189 |
| 7.3.6 'Concern' in de zin van art. 8c lid 4 Wet VPB 1969 | 193 |
| 7.3.7 'Verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 | 193 |
| 7.3.8 'Verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 5 Wet VPB 1969 | 203 |
| 7.3.9 'Verbonden vennootschap' in de zin van art. 10c lid 1 en 2 Wet VPB 1969 | 206 |
| 7.3.10 'Groep' in de zin van art. 10d lid 2 en 6 Wet VPB 1969 | 209 |
| 7.3.11 'Verbonden lichaam' in de zin van art. 12c lid 5 Wet VPB 1969 | 213 |
| 7.3.12 'Deelneming' in de zin van art. 13 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969 | 218 |
| 7.3.13 'Belang van 5% of meer' in de zin van art. 13b lid 5 Wet VPB 1969 | 224 |
| 7.3.14 'Normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding' in de zin van art. 2a Uitv.besch. VPB 1971 | 226 |
| 7.3.15 'Fiscale eenheid' in de zin van art. 15 Wet VPB 1969 | 228 |
| 7.3.16 'Uiteindelijke belang' in de zin van art. 20a lid 1 en 2 Wet VPB 1969 | 239 |
| 7.3.17 Aandeelhouderseisen en andere verbondenheidsbegrippen in art. 28 Wet VPB 1969 | 247 |
| 7.4 Conclusie | 254 |

| | | |
|--------------------|---|------------|
| HOOFDSTUK 8 | | |
| | Omzetbelasting | 265 |
| 8.1 | Inleiding | 265 |
| 8.2 | Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving | 266 |
| 8.2.1 | Directeur-groootaandeelhouder | 266 |
| 8.2.2 | Houdstervenootschappen | 267 |
| 8.2.3 | Vaste inrichting | 269 |
| 8.2.4 | Vereenzelviging of onzelfstandigheid | 270 |
| 8.2.5 | Entiteit | 272 |
| 8.2.6 | Partage en transacties voor gemene rekening | 272 |
| 8.2.7 | Samenwerkingsverbanden | 274 |
| 8.2.8 | Eigen kring | 275 |
| 8.2.9 | Kosten voor gemene rekening | 276 |
| 8.2.10 | Koepelorganisaties | 277 |
| 8.3 | Wettelijke begrippen van verbondenheid | 278 |
| 8.3.1 | 'Fiscale eenheid' in de zin van art. 7 lid 4 Wet OB 1968 | 278 |
| 8.3.2 | Gelieerdheid in de zin van art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 | 289 |
| 8.4 | Conclusie | 295 |
| HOOFDSTUK 9 | | |
| | Loonbelasting | 303 |
| 9.1 | Inleiding | 303 |
| 9.2 | Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving | 303 |
| 9.2.1 | Buitenlands gezelschap | 304 |
| 9.2.2 | Vaste inrichting | 304 |
| 9.3 | Wettelijke begrippen van verbondenheid | 305 |
| 9.3.1 | Directeur-groootaandeelhouder in de zin van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 | 305 |
| 9.3.2 | 'Directeur-groootaandeelhouder' in de zin van art. 6 lid 6 Wet LB 1964 | 310 |
| 9.3.3 | 'Verbonden vennootschap' in de zin van art. 10a lid 7 Wet LB 1964 | 312 |
| 9.3.4 | Partner in de zin van art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964 | 315 |
| 9.3.5 | 'Directeur-groootaandeelhouder' in de zin van art. 19a lid 2 Wet LB 1964 | 317 |
| 9.3.6 | 'Samenhangende groep inhoudingsplichtigen' in de zin van art. 27e Wet LB 1964 | 319 |
| 9.3.7 | 'Concern' in de zin van art. 9a lid 2 Uitv.besl. LB 1965 | 322 |
| 9.3.8 | Directeur-groootaandeelhouder in de zin van art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 | 324 |
| 9.3.9 | 'Organisatorische of functionele eenheid' in de zin van art. 32a Uitv.reg. LB 2001 | 326 |

| | | |
|-------------------------------|---|-----|
| 9.4 | Conclusie | 327 |
| HOOFDSTUK 10 | | |
| Overdrachtsbelasting | | 333 |
| 10.1 | Inleiding | 333 |
| 10.2 | Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving | 333 |
| 10.2.1 | Samenwerkingsverbanden | 333 |
| 10.3 | Wettelijke begrippen van verbondenheid | 335 |
| 10.3.1 | Aanmerkelijk belang in de zin van art. 4 lid 3 WBR | 335 |
| 10.3.2 | Deelneming in de zin van art. 4 lid 4 WBR | 347 |
| 10.3.3 | 'Verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 4 lid 6 tot en met 8 WBR | 349 |
| 10.3.4 | Familieleden in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR | 351 |
| 10.3.5 | 'Samenwoners' in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel g WBR | 353 |
| 10.3.6 | 'Concern' in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel h WBR | 354 |
| 10.4 | Conclusie | 359 |
| HOOFDSTUK 11 | | |
| Successie- en schenkingsrecht | | 363 |
| 11.1 | Inleiding | 363 |
| 11.2 | Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving | 363 |
| 11.2.1 | Samenwerkingsverbanden | 364 |
| 11.2.2 | Landgoedrechtspersonen | 364 |
| 11.3 | Wettelijke begrippen van verbondenheid | 365 |
| 11.3.1 | Verbonden personen in de zin van art. 2 lid 1 SW 1956 | 366 |
| 11.3.2 | Verbonden personen in de zin van art. 10 lid 5 SW 1956 | 369 |
| 11.3.3 | Verbonden personen in de zin van art. 24 lid 2 SW 1956 | 371 |
| 11.3.4 | Partner in de zin van art. 25 en 26 SW 1956 | 375 |
| 11.3.5 | Verbonden personen in de zin van art. 32 lid 6 SW 1956 | 376 |
| 11.3.6 | 'Beleidsafhankelijke deelneming' in de zin van art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956 | 378 |
| 11.4 | Conclusie | 384 |
| HOOFDSTUK 12 | | |
| Conclusies en samenvatting | | 389 |
| 12.1 | Inleiding | 389 |
| 12.2 | Verbondenheid in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht | 390 |
| 12.3 | Verbondenheid in de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht | 392 |
| 12.4 | Verbondenheid in het belastingrecht | 393 |
| 12.5 | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | 394 |
| 12.6 | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | 396 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 12.7 | Open normen of scherpe normen | 397 |
| 12.8 | Uniformiteit | 399 |
| 12.9 | Aanbevelingen | 399 |
| 12.9.1 | ‘Partner’ van een natuurlijk persoon | 399 |
| 12.9.2 | ‘Verbonden persoon’ van een natuurlijk persoon | 400 |
| 12.9.3 | ‘Fiscale eenheid’ van lichamen | 401 |
| 12.9.4 | ‘Concern’ van lichamen | 402 |
| 12.9.5 | ‘Verbonden lichaam’ en ‘verbonden natuurlijk persoon’ van een lichaam | 403 |
| | Summary | 405 |
| | Literatuuroverzicht | 417 |
| | Jurisprudentieregister | 429 |
| | Trefwoordenregister | 435 |

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

| | |
|-------------------------|---|
| AFM | Autoriteit Financiële Markten |
| A-G | Advocaat-generaal |
| AM | Antimisbruikfunctie |
| AO | Antiontgaansfunctie |
| ava | Algemene vergadering van aandeelhouders |
| AWIR | Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen |
| AWR | Algemene wet inzake rijksbelastingen |
| B. | Beslissingen in Belastingzaken (tot 1953) |
| BNB | Beslissingen in Belastingzaken/Nederlandse Belastingrechtspraak |
| BTW-richtlijn 2006 | Richtlijn nr. 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006, PbEU 2006 L 347 |
| BV | Besloten vennootschap |
| BvdB 2001 | Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 |
| BW | Burgerlijk wetboek |
| CCCTB | Common Consolidated Corporate Tax Base |
| CDW | Communautair douanewetboek (Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 12 oktober 1992 tot vaststelling van het communautair douanewetboek, PbEG 1992 L 302). |
| CFM | Concernfinancieringsmaatschappij |
| CV | Commanditaire vennootschap |
| CVR | Commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid |
| dga | Directeur-groootaandeelhouder |
| DNB | De Nederlandsche Bank |
| EEG | Europese Economische Gemeenschap |
| EESV | Europees economisch samenwerkingsverband |
| EG | Europese Gemeenschap(pen) |
| EG-Verdrag | Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschap-pen en sommige bijbehorende akten, Amsterdam, 2 oktober 1997, PbEG 1997 C 340, Trb. 1998, 11 |
| EHRM | Europese Hof voor de rechten van de mens |
| EVRM | Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, Trb. 1951, 154 |
| EU | Europese Unie |
| F | Facilitaire functie |
| fbi | Fiscale beleggingsinstelling |
| FGR | Fonds voor gemene rekening |
| Frauderichtlijn | Richtlijn nr. 2006/69/EG van de Raad van 24 juli 2006, PbEU 2006 L 221 |
| Fusiegedragsregels 2000 | SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 |
| FutD | Fiscaal up to date |

Lijst van gebruikte afkortingen

| | |
|----------------------|---|
| Fw | Faillissementswet |
| GW | Grondwet |
| HR | Hoge Raad der Nederlanden |
| HvJ EG | Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen |
| IAS | International Accounting Standards |
| IAS-verordening | Verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, PbEG 2002, L 243 |
| IFRS | International Financial Reporting Standards |
| INV 1990 | Invorderingswet 1990 |
| JOR | Jurisprudentie Onderneming & Recht |
| Leidraad INV 1990 | Leidraad invorderingswet 1990 |
| MKB | Midden- en kleinbedrijf |
| MNO | Multinationale onderneming |
| MVO | Maatschappelijk verantwoord ondernemen |
| Mw | Mededingingswet |
| NGO | Niet-gouvernementele organisatie |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| NSV | Nederlands Standaardverdrag |
| NSW 1928 | Natuurschoonwet 1928 |
| NTRF | Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht |
| NV | Naamloze vennootschap |
| O | Operationaliseringsfunctie |
| Ob | Obligatoire functie |
| OESO | OESO-modelverdrag – tekst 2005 |
| OK | Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam |
| ORL | Ontwerp-Richtlijn van de Raad voor de Jaarverslaggeving |
| OV | Openbare vennootschap |
| OVR | Openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid |
| Pb | Publicatieblad |
| PW | Pensioenwet |
| Regeling Wfsv | Regeling ter uitvoering van de Wet financiering sociale verzekeringen |
| RJ | Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving |
| RvC | Raad van commissarissen |
| SE | Societas Europaea |
| SER | Sociaal-Economische Raad |
| SIC | Standing Interpretations Committee |
| SOx | Sarbanes-Oxley-wetgeving |
| SPE | Special Purpose Entity |
| SV | Stille vennootschap |
| SW 1956 | Successiewet 1956 |
| S&O | Speur- en ontwikkelingswerk |
| TC | Tariefcommissie |
| TCDW | Verordening (EEG) nr. 2454/93 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 2 juli 1993 houdende vaststelling van enkele bepalingen ter uitvoering van verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad van de Europese Gemeenschappen tot vaststelling van het communautair douanewetboek, PbEG 1993 L 253. |
| TFO | Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht |
| Tweede richtlijn | Richtlijn nr. 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978, PbEG 1978 L 222 |
| Uitv.besch. OB 1968 | Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968 |
| Uitv.besch. VPB 1971 | Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971 |

| | |
|--------------------|--|
| Uitv.besl. BPM | Uitvoeringsbesluit belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 |
| Uitv.besl. IB 2001 | Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001 |
| Uitv.besl. LB 1965 | Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 |
| Uitv.besl. WBR | Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer 1971 |
| Uitv.reg. MRB | Uitvoeringsregeling motorrijtuigenbelasting 1994 |
| Uitv.reg. LB 2001 | Uitvoeringsregeling loonbelasting 2001 |
| Uitv.reg. SW 1956 | Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 |
| V | Vereenzelvigingsfunctie |
| vbi | Vrijgestelde beleggingsinstelling |
| VEB | Vereniging voor Effectenbezitters |
| Vierde richtlijn | Richtlijn nr. 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978, PbEG 1978 L 222 |
| VOF | Vennootschap onder firma |
| V-N | Vakstudie Nieuws |
| WBM | Wet belastingen op milieugrondslag |
| WBR | Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 |
| WEOR | Wet op de Europese ondernemingsraden |
| Wft | Wet op het financieel toezicht |
| WFR | Weekblad voor Fiscaal Recht |
| Wet AB | Wet algemene bepalingen |
| Wet BM | Wet belastingen op milieugrondslag |
| Wet IB 2001 | Wet inkomstenbelasting 2001 |
| Wet LB 1964 | Wet op de loonbelasting 1964 |
| Wet MOT | Wet melding ongebruikelijke transacties |
| Wet OB 1968 | Wet op de omzetbelasting 1968 |
| Wet RO | Wet op de rechterlijke organisatie |
| Wet VPB 1969 | Wet op de vennootschapsbelasting 1969 |
| WID | Wet identificatie bij dienstverlening |
| WOB | Wet openbaarheid van bestuur |
| WOR | Wet op de ondernemingsraden |
| WPNR | Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie |
| Wte | Wet toezicht effectenverkeer 1995 |
| WvK | Wetboek van Koophandel |
| Zesde richtlijn | Richtlijn nr. 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977, PbEG 1977 L 145 |
| Zevende richtlijn | Richtlijn nr. 83/349/EEG van de Raad van 13 juni 1983, PbEG 1983 L 193 |
| Zvw | Zorgverzekeringswet |
| ZW | Ziektewet |

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 **Verbondenheid in het belastingrecht**

Het uitgangspunt in het Nederlandse belastingrecht is dat natuurlijke personen en rechtspersonen op zelfstandige basis in de belastingheffing worden betrokken. Zo is de natuurlijk persoon inkomstenbelasting verschuldigd over het door hem of haar genoten belastbare inkomen. Rechtspersonen zijn ter zake van hun winst vennootschapsbelasting verschuldigd. Bij de omzetbelasting gaat het om de leveringen en diensten die door een bepaalde ondernemer worden verricht.¹

In een groot aantal fiscale bepalingen speelt echter ook de gelieerdheid of ‘verbondenheid’ tussen belastingplichtigen een rol. Hierbij kan worden gedacht aan de regelingen voor de ‘fiscale eenheid’ in de Wet VPB 1969 en de Wet OB 1968, op grond waarvan de individuele belastingheffing wordt vervangen door een groepsgewijze heffing. Ook het begrip ‘partner’ in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 duidt op verbondenheid. Deze begrippen spelen een rol in fiscale regelingen die als een faciliteit zijn bedoeld.

Voorts wijs ik op de begrippen ‘verbonden lichaam’ en ‘verbonden natuurlijk persoon’ in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969. Hierbij kan ook het begrip ‘verbonden persoon’ worden genoemd, dat geldt voor de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001, en het gelijknamige begrip dat in het kader van het wetsvoorstel ‘Belastingheffing op excessieve beloningsbestanddelen’ (31 459) wordt geïntroduceerd in art. 3.92b (voorstel) Wet IB 2001. Bij de regelingen waarin deze verbondenheidsbegrippen een rol spelen, is individuele belastingheffing wel het uitgangspunt, maar geldt in gelieerde verhoudingen een afwijkende behandeling. In dit verband is geen sprake van een faciliteit, maar van een antimisbruikbepaling.

In deze studie staat de begripsomschrijving van verbondenheid in het belastingrecht centraal. Hierbij valt op dat de relaties tussen natuurlijke personen en lichamen in de verschillende fiscale bepalingen steeds op een andere wijze zijn omschreven. Tot op zekere hoogte is dat begrijpelijk. Reeds vanwege het karaktersverschil van de rechtssubjecten kan de gelieerdheid tussen lichamen bijvoorbeeld niet op dezelfde wijze worden omschreven als de relatie van natuurlijke personen. In dit verband is het

1. Of door een bepaalde rechtspersoon/niet-ondernemer of particulier, in geval van intracommunautaire verwervingen.

logisch dat in verbondenheidsbegrippen voor lichamen wordt gekozen voor bezitscriteria, zoals een aandelenbelang van een bepaalde omvang. Dergelijke bezitscriteria passen niet in de definitie van relaties van natuurlijke personen; in deze definities wordt in feite de familie- of partnerrelatie bedoeld en zijn criteria met relationele kenmerken nodig. Voorts moet worden bedacht dat elke fiscale bepaling een eigen doel dient. De aard en functie van een bepaling kan een andere inhoud van begrippen vereisen: een fiscale antimisbruikbepaling vergt wellicht een andere definitie van gelieerdheid dan een faciliteit. Men zou verwachten dat de criteria op basis waarvan verbondenheid wordt omschreven in bepalingen met min of meer dezelfde functie, enigszins vergelijkbaar zijn. Dit is evenwel allerminst het geval.

Bij de beschrijving van relaties van natuurlijke personen blijkt de verscheidenheid in de criteria bijvoorbeeld uit de positie van de partner met wie de belastingplichtige ongehuwd samenwoont. Deze ongehuwde en niet-geregistreerde partner wordt wel als 'verbonden persoon' aangemerkt voor de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001, maar niet voor de verkrijging van fictieve onroerende zaken als bedoeld in art. 4 WBR. Voorts wijkt de definitie van het begrip 'verbonden persoon' in de regelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 af van het gelijknamige begrip dat in het kader van het wetsvoorstel 'Belastingheffing op excessieve beloningen' wordt opgenomen in art. 3.92b (voorstel) Wet IB 2001. Ik vind dit opmerkelijk, omdat deze bepalingen hetzelfde karakter hebben, namelijk dat van een antimisbruikbepaling.

Ten aanzien van de verbondenheidsbegrippen voor lichamen gelden ook telkens andere criteria. In de eerste plaats zijn er verschillende bezitscriteria. Zo wordt voor de definitie van het begrip 'verbonden lichaam' voor de afschrijvingsbeperking van art. 3.30a Wet IB 2001 in beginsel aangeknoopt bij 'aandelen' in het geplaatste kapitaal. Daarentegen gaat het bij de uitgesloten verplichtingen voor de investeringsaftrek in art. 3.46 Wet IB 2001 om het minder duidelijke begrip 'belang'. De term 'belang' wordt ook gehanteerd in de definitie van het 'verbonden lichaam' in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969, maar weer niet in art. 8b lid 1 en 2 Wet VPB 1969; in deze bepaling wordt de gelieerdheid vastgesteld op basis van feitelijke zeggenschap of een kapitaaldeelname.

Ten tweede gelden verschillende ondergrenzen ten aanzien van het bezit. Om te kunnen spreken van een 'concern' in de zin van art. 8c, lid 4, Wet VPB 1969 is 'ten minste een derde gedeelte belang' voldoende. In de (nog) niet in werking getreden renteboxregeling van art. 12c, lid 5, Wet VPB 1969 is de ondergrens voor het vergelijkbare begrip 'groep' echter gesteld op 'meer dan 50% belang'.

Ten aanzien van de bezitscriteria bestaat nog een derde categorie verschillen, namelijk die met betrekking tot de behandeling van het onderscheid tussen juridische en economische eigendom, optierechten enzovoort. Ik duid deze verschillen aan met bezitsvormen. De verstrekking van optierechten kan bijvoorbeeld leiden tot een verbreking van een fiscale eenheid als bedoeld in art. 15 Wet VPB 1969. Ten aanzien van het begrip 'belang' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 is de rol van optierechten echter niet duidelijk.

1.2 Belang van de studie

In de fiscale literatuur zijn de verschillen in begripsomschrijvingen niet onbeschreven gelaten. De Vries en De Vries merken op dat men in de belastingwetgeving tevergeefs zal zoeken naar algemene bepalingen van fiscaal concernrecht.² In vergelijkbare zin mist Snel (2005) in de Wet VPB 1969 een integrale en consequent doorgevoerde visie op groepsrelaties.³ In dit verband doet Gooijer een poging om een uniform begrip 'verbonden lichaam' te omschrijven voor de vennootschapsbelasting.⁴ Voorts merkt Blokland op dat het uit een oogpunt van eenheid van wetgeving is aan te bevelen en ook voor de hand ligt om het begrip 'partner' in de diverse fiscale wetten zoveel mogelijk te uniformeren en eenzelfde inhoud te laten hebben.⁵ Een verbrokkelde inhoud leidt volgens hem niet tot een evenwichtige en bevredigende uitkomst. Ik ben dit met Blokland eens, maar ik wijs wel op de hiervoor genoemde verschillen in begripsomschrijving die kunnen worden opgeroepen door de aard en functie van fiscale regelingen.

Heithuis werpt de vraag op waarom het in 2007 geïntroduceerde regime voor vrijgestelde beleggingsinstellingen (vbi) in beginsel wel openstaat voor dga's, maar de vergelijkbare regeling voor fbi's niet.⁶ In de wetsgeschiedenis zijn hiervoor geen goede argumenten genoemd. Heithuis denkt daarom dat dit alleen kan worden verklaard vanuit de altijd weerbarstige en standvastige status quo: wat er eenmaal is, krijgt men niet zo gemakkelijk weg. Stevens spreekt in dit verband van de neiging tot symptoombestrijding.⁷ Ik denk dat dit ook voor veel verbondenheidsbegrippen geldt. In de loop der jaren zijn regelmatig nieuwe begrippen geïntroduceerd, waarbij het lijkt alsof de wetgever telkens een omschrijving heeft gekozen waarmee hij op dat moment dacht een probleem te kunnen oplossen. De bruikbaarheid van bestaande verbondenheidsbegrippen is daarbij niet, of onvoldoende, onderzocht. Dit heeft mijn interesse gewekt voor een studie waarin fiscale verbondenheidsbegrippen worden geanalyseerd en de mogelijkheden tot uniformering worden onderzocht.

Ook in de politiek is men zich bewust van de uiteenlopende wettelijke inhoud van begrippen die duiden op 'verbondenheid'. Bij de behandeling van het rapport 'Breder, lager, eenvoudiger? Een evaluatie van de belastingherziening 2001' is aangekondigd dat de verschillende maatregelen in de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 zullen worden gestroomlijnd.⁸ Hierbij is opgemerkt dat de discussie over de uniformering van het begrip 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 in een breder verband moet worden beschouwd. Daarbij is gedacht aan het

2. N.H. de Vries en R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, onderdeel 2.9.1.B.a.1.

3. *Kamerstukken II 2004/05*, 30 107, nr. 2.

4. J. Gooijer, 'Een aanzet tot aanpassing van het verbondenheids criterium in de vennootschapsbelasting', *WFR 2006*, p. 560.

5. T. Blokland, 'Partnerschap in box 2 Wet IB 2001', *MBB 2001*, nr. 11.

6. E.J.W. Heithuis, 'Ruim baan voor de FBI!', *WFR 2007*, p. 709.

7. A.J.A. Stevens, 'De tien geboden tot afschaffing van de open cv', *NtFR 2006/1727*.

8. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 375, nr. 2.

partnerbegrip in andere heffingswetten, zoals in de SW 1956, maar ook in de AWIR.⁹ Bij de behandeling van het wetsvoorstel 'Belastingplan 2007' is nog eens om een heroverweging van de regelingen gevraagd.¹⁰ Tot op heden is op dit punt echter geen wetgevend initiatief genomen.

Met betrekking tot het wetsvoorstel 'Werken aan winst' heeft de Raad van State de suggestie gedaan om te komen tot een eensluidende definiëring van het begrip 'verbonden zijn' in de Wet VPB 1969, de Wet IB 2001 en de Wet LB 1964.¹¹ Voorts is tijdens de parlementaire behandeling verzocht om een overzicht van de begrippen 'verbonden persoon' en 'verbonden lichaam' in de fiscale wetgeving. Daarbij is ook gevraagd of er meer uniformiteit mogelijk is, en of een algemene definitie zou kunnen worden opgenomen in de AWR. Hierop is door de Staatssecretaris van Financiën als volgt geantwoord:¹²

'In de fiscale wetgeving worden voor verbonden persoon en verbonden lichaam al naar gelang de situatie de begrippen gehanteerd die zijn gedefinieerd in de artikelen 10a en 12c van de Wet VPB, de artikelen 3.6 en 3.91 van de Wet IB, artikel 7 van de Wet LB, artikel 4 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer en artikel 24b van boek 2 BW. In artikel 10a VPB 1969 worden de begrippen verbonden lichaam en verbonden natuurlijk persoon voor de toepassing van een aantal artikelen in die wet gedefinieerd, wat de uniformiteit ten goede komt. In het voorgestelde artikel 12c is een afwijkende definitie opgenomen, waarbij de grens is gelegd bij een meerderheidsbelang. In de Wet IB vervult artikel 3.91 een centrale functie voor toepassing van die wet. Laatstgenoemd artikel bevat een zeer ruime omschrijving van het begrip verbonden persoon. De definitie in artikel 3.6 IB geldt alleen voor het urencriterium en is aanzienlijk beperkter. Specifiek voor de Wet LB is er de definitie van een met de inhoudingsplichtige verbonden vennootschap in artikel 7. In artikel 4 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer vinden we definities voor de toepassing van die wet. Ten slotte wordt op enkele plaatsen in de Wet VPB, bijvoorbeeld bij de thin-capregeling, verwezen naar het begrip verbondenheid in artikel 24b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Alles overziende is het aantal gehanteerde begrippen beperkt.'

In hoofdstuk 6 tot en met 11 wordt aangetoond dat het overzicht in dit citaat verre van compleet is: er bestaan in het belastingrecht nog tientallen andere, afwijkende begrippen waarin verbondenheid eveneens een rol speelt. Naar mijn mening had de suggestie tot inventarisatie van de begrippen en de eventuele uniformering dan ook serieuzer kunnen worden genomen. De grote verscheidenheid in de omschrijvingen van verbondenheid leidt namelijk tot een onoverzichtelijk begrippenkader. Ik vind

9. Overigens was dit in de literatuur al bepleit door Stevens (2004), en ook door N.C.G. Gubbels, 'Het partnerbegrip', in: A.C. Rijkers en H. Vording, *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006.

10. *Kamerstukken II 2006/07*, 30 804, nr. 8, p. 21.

11. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 4, p. 35 en 36.

12. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 8, p. 83.

dat het gebruik van verschillende bepalingen uit een oogpunt van logica, rechtszekerheid en efficiency zou moeten worden vermeden, en dat het aanbeveling verdient om verbondenheidsbegrippen in de verschillende fiscale regelingen te baseren op criteria die zoveel mogelijk identiek zijn.

Een andere kwestie is of de gehanteerde verbondenheidsbegrippen voldoende duidelijk zijn. In de wetsgeschiedenis en de literatuur is bijvoorbeeld verschillende keren gevraagd om een toelichting van de onduidelijke term 'belang' die onder meer wordt gehanteerd in de definitie van het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.¹³ Het antwoord van de wetgever op deze vragen hebben de inhoud van het begrip naar mijn mening niet verduidelijkt. De inhoud en reikwijdte lijken bewust niet nader omschreven.

Ik realiseer mij dat men van mening kan verschillen over de noodzaak van omschrijvingen die zeer precies en gedetailleerd zijn. Ten aanzien van de term 'belang' in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 is echter sprake van een zeer verwarrende situatie. In art. 40 lid 4 INV 1990 is de gelijknamige term namelijk wel gedetailleerd omschreven als 'een gerechtigdheid, direct of indirect, tot ten minste een derde gedeelte van het vermogen of het resultaat van het lichaam'. Hetzelfde begrip 'belang' is in art. 5b lid 2 Uitv.besl. WBR ook precies gedefinieerd, maar dan als 'het onmiddellijk of middellijk bezit van aandelen'. Deze verschillende definities maken het begrip 'belang' naar mijn mening niet duidelijker.

Ook kan men zich afvragen of de omschrijving van fiscale verbondenheidsbegrippen een juiste weergave is van de realiteit. Verschillende auteurs hebben zich bijvoorbeeld gebogen over de kwestie of voor de fiscale eenheid in de zin van art. 15 Wet VPB 1969 een formeel-juridisch criterium moet gelden in de vorm van een minimumbezitseis ten aanzien van de aandelen, of juist een materieel-economische maatstaf. Zo pleit Van Sonderen (1995) voor een materieel-economisch concernbegrip, waarbij aansluiting zou kunnen worden gezocht bij het begrip 'groep' in art. 2:24b BW. Verbondenheidsbegrippen voor lichamen kunnen in dit verband worden getoetst aan de economische realiteit die het studieobject vormt van de bedrijfseconomie. De omschrijving van de economische realiteit in juridische begrippen is ook aan de orde in andere rechtsgebieden. In dit verband kan worden onderzocht of in het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht aangrijpingspunten kunnen worden gevonden voor de fiscale definities.

Bij de definities van relaties van natuurlijke personen gaat het om de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid, dat wil zeggen, de wijze waarop mensen hun relaties in het alledaagse leven vormgeven. Het personen- en familierecht zou hiervoor aangrijpingspunten kunnen bieden.

Over een aantal specifieke verbondenheidsbegrippen, zoals de fiscale eenheid, is al zeer veel geschreven. Andere begrippen zijn ook beschreven, maar meestal alleen in het kader van de desbetreffende fiscale regeling waarin zij een rol spelen. Er ont-

13. Bijvoorbeeld: *Kamerstukken I* 1989/90, 19 968, nr. 41c, p. 10 en 11, *Kamerstukken II* 1988/89, 20 603, nr. 6, p. 13 en *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 5, p. 35.

breekt een overzicht van alle verbondenheidsbegrippen met daarin een vergelijking en analyse van de verschillende omschrijvingen van de begrippen. Deze studie beoogt hierin te voorzien.

1.3 Probleemstelling

In deze studie onderzoek ik de relevantie van 'verbondenheid' in het belastingrecht en met name of kan worden volstaan met enkele geüniformeerde begrippen, of dat verschillende begrippen wenselijk of noodzakelijk zijn. Voorts wordt bezien of de wetgever er, rekening houdend met de economische en sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en definities in andere rechtsgebieden, in is geslaagd om verbondenheid fiscaalrechtelijk op een logische, duidelijke en zoveel mogelijk uniforme wijze te omschrijven. Hierbij worden ook aanbevelingen gedaan tot optimalisatie.

Bij de uitwerking van deze probleemstelling ga ik in op de volgende deelvragen, die tevens het toetsingskader vormen van mijn onderzoek:

1. Welke aangrijpingspunten kunnen in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht worden gevonden voor de omschrijving van verbondenheid tussen lichamen en tussen lichamen en natuurlijke personen?
In enkele bedrijfseconomische thema's komt verbondenheid tot uitdrukking. Met name in de interne-organisatieleer is veel materiaal beschikbaar over bijvoorbeeld integratie, diversificatie, multinationale ondernemingen en strategische allianties. In het ondernemingsrecht wordt belang gehecht aan het feit dat rechtspersonen met elkaar zijn verbonden, en dat geldt ook voor de regels in Titel 9 Boek 2 BW, de RJ en IFRS in het jaarrekeningenrecht. Een vraag die hieraan voorafgaat, is of aansluiting bij de inhoud van vergelijkbare termen in andere disciplines en rechtsgebieden geoorloofd is of dat autonome fiscale begrippen nodig zijn. Deze rechtstheoretische vraag beantwoord ik in paragraaf 1.4.
2. Welke aangrijpingspunten biedt de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht voor de definitie van relaties van natuurlijke personen?
In het personen- en familierecht zijn het huwelijk en het geregistreerd partnerschap, bloed- en aanverwantschap en familierechtelijke betrekkingen tussen personen belangrijke onderwerpen. Voorts kan worden gewezen op gezinssociologische beschouwingen over relaties, huwelijk en gezinsvorming.
3. Waarom is verbondenheid van belang voor de belastingheffing en op welke plaats en welke wijze wordt hiermee rekening gehouden in het belastingrecht?
In paragraaf 1.2 is opgemerkt dat er tientallen afwijkende begrippen bestaan in het belastingrecht, maar in welke fiscale regelingen staan deze nu eigenlijk en wat is de aard en functie van de verschillende begrippen?
4. Hoe verhouden de fiscale begripsomschrijvingen zich tot de wijze waarop verbondenheid tot uitdrukking komt in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht, het jaarrekeningenrecht en het personen- en familierecht?
5. In hoeverre zijn fiscale verbondenheidsbegrippen neutraal ten aanzien van de door belastingplichtigen gekozen rechtsvorm van lichamen en de samenlevingsvorm van natuurlijke personen?

Zoals in paragraaf 1.4 wordt toegelicht, wordt bij de term 'rechtsvormneutraliteit' vaak gedacht aan een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting. Naar mijn mening betekent het echter ook dat antimisbruikbepalingen en faciliteiten waarin 'verbondenheid' een rol speelt, in beginsel ongeacht de rechtsvorm van lichamen van toepassing zijn. Om die reden wordt dit getoetst. In vergelijkbare zin wordt beoordeeld of bij de definitie van begrippen voor de relaties van natuurlijke personen rekening is gehouden met het huwelijk, geregistreerd partnerschap en ongehuwd samenwonen.

6. In welke mate kunnen 'open normen' worden gehanteerd voor de omschrijving van fiscale verbondenheidsbegrippen?

De afgelopen jaren is meer aandacht ontstaan voor het verminderen van de regel-druk in algemene zin, ofwel deregulering. Dit sluit aan bij de discussie in de literatuur over scherpe en vage normen in het recht. In dit verband kan men zich afvragen of verbondenheid gedetailleerd moet worden omschreven en of er op dit gebied deregulering mogelijk is.

7. Is het mogelijk om begripsomschrijvingen te uniformeren, rekening houdend met verschillen in aard en functie van fiscale regelingen?

De afweging tussen uniformiteit en pluriformiteit van wettelijke begrippen is eveneens aan bod gekomen in de literatuur. Hierbij is opgemerkt dat uniformiteit de eenvoud en de kenbaarheid van het recht bevordert, maar ook dat de 'best passende inhoud' van een begrip kan variëren met het doel van de desbetreffende bepaling. Zoals hiervoor is opgemerkt, vind ik dat verbondenheidsbegrippen in de verschillende fiscale regelingen zouden moeten worden gebaseerd op criteria die zoveel mogelijk identiek zijn. Maar is dit gelet op de aard en functie van begrippen ook mogelijk?

8. Welke aanbevelingen kunnen op basis van het vorenstaande worden gedaan voor de definities van verbondenheidsbegrippen in het belastingrecht?

1.4 Toetsingskader

Het toetsingskader dat wordt gevormd door de hiervoor genoemde deelvragen, verdient enige toelichting. Hierna beantwoord ik eerst de vraag of aansluiting bij de inhoud van vergelijkbare termen in andere disciplines en rechtsgebieden geoorloofd is. Voorts licht ik de neutraliteit van de rechtsvorm en samenlevingsvorm als toetsingscriteria toe. Ten slotte komt het gebruik van open normen en het belang van uniforme definities aan de orde.

1.4.1 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

In het vraagstuk naar de autonomie van het belastingrecht gaat het erom of ten aanzien van fiscale bepalingen een autonoom begrippenkader moet gelden, of dat moet worden aangesloten bij termen die worden gehanteerd in het civiele recht. Vooropgesteld wordt dat de hierna volgende beschouwing in beginsel een algemene strekking heeft en niet alleen geldt voor definities van verbondenheid. Voor dit onderzoek is deze beschouwing nodig ter rechtvaardiging van het bedrijfseconomische en privaatrechtelijke toetsingskader dat is uitgewerkt in hoofdstuk 2 tot en met 5.

In algemene zin beschrijft Antal (1956) dat voor het belastingrecht in beginsel de civielrechtelijke interpretatie van begrippen moet worden gevolgd. Echter, belangrijke doelstellingen van het fiscale recht, zoals belastingheffing naar draagkracht en gelijkheid van de belastingdruk in materieel gelijke gevallen, zouden volgens hem niet worden bereikt indien in het belastingrecht geen autonoom begrippenkader zou worden gehanteerd. Volgens De Langen (1958) rust op de wetgever zelfs de plicht om na te gaan of er in het fiscale recht of in een andere rechtstak een begrip wordt gebruikt dat in de nieuwe regeling voldoende zal passen. Echter, hij merkt eveneens op dat de civielrechtelijke inhoud van een term niet zonder meer van beslissende betekenis is voor het fiscale recht. Het doel van het civiele recht is namelijk anders dan dat van het fiscale recht.

Geppaart (1965) vindt dat de leer van de eenheid van de rechtsorde de voorkeur verdient bij de oplossing van het vraagstuk van de fiscale autonomie.¹⁴ Op basis van deze leer wordt aan civielrechtelijke begrippen die worden gebruikt in het belastingrecht in principe een civielrechtelijke betekenis toegekend, maar hiervan wordt afgeweken indien dat is vereist voor de realisatie van de norm die ten grondslag ligt aan de belastingwet. Enerzijds wordt dus erkend dat het belastingrecht moet worden ingepast in de algemene rechtsorde, maar anderzijds kan de eigen aard van het belastingrecht een zelfstandig begrippenkader rechtvaardigen.

Stevens (1980) gaat ook in op de vraag of het belastingrecht autonoom is. De zelfstandigheid van de belastingwetenschap dient volgens hem niet zover te gaan, dat de gehanteerde definities een op zichzelf staande werkelijkheid vormen, of dat de belastingwetenschap zich door vergaande specialisaties door eigen methoden, termen en instituties isoleert van de overige wetenschappen. Volgens Stevens is het essentieel dat de verstaander in staat moet zijn door te dringen tot het wezen van de boodschap. De wetgever kan daarbij specifieke fiscale termen gebruiken, maar ook termen die in de rechtswetenschap of economische wetenschap een duidelijke inhoud hebben gekregen.

Meer specifiek zijn in de fiscale literatuur bezwaren geuit tegen het gebruik van begrippen uit het ondernemingsrecht voor het belastingrecht. Dijstelbloem (1984) merkt bijvoorbeeld op dat het verleidelijk is om bij de invulling van het fiscale concernbegrip vergelijkingen te trekken met elders in het rechtstelsel voorkomende concernregelingen. Een dergelijke benadering is naar zijn mening echter weinig zinvol, en hij meent dat de concernrechtelijke bepalingen in een bepaald deelgebied van het recht steeds moeten worden beschouwd tegen de achtergrond van de doelstellingen van dat rechtsgebied. Van Soest (1983) beschrijft dat het Nederlands Genootschap voor Bedrijfsjuristen in dezelfde zin redeneert en dat volgens haar in elk rechtsgebied waar behoefte bestaat aan regels met het oog op concernverhoudingen, gezocht dient te worden naar een specifieke en pragmatische oplossing die past in het kader van dat rechtsgebied.¹⁵ In feite kan hierin de leer van de eenheid van rechtsorde worden herkend. Van Soest is het zelf eens met Timmermans, die stelt dat

14. Zie ook Ch.P.A. Geppaart, *Inleiding bij Belastingwetten 2008*, Deventer: Kluwer 2008.

15. Nederlands Genootschap voor Bedrijfsjuristen, 'Voorontwerp voor een concernrichtlijn', in: *De NV*, 56^e jaargang, ontleend aan Van Soest (1983).

het gebruik van eenzelfde concernbegrip wellicht niet voor alle rechtsgebieden mogelijk zal zijn, maar dat om redenen van duidelijkheid en ter vermijding van ongerechtvaardigde verschillen in behandeling steeds naar een zo uniform mogelijk begrippenstelsel moet worden gestreefd.¹⁶ Overigens zijn in de ondernemingsrechtelijke literatuur door verschillende schrijvers ook vergelijkingen gemaakt met de verschillende concernbegrippen van het ondernemingsrecht.¹⁷ Bartman (1989) verwijst voor het ondernemingsrechtelijke begrip 'concern' zelfs naar de criteria worden gehanteerd voor de fiscale eenheid voor de omzetbelasting. In dezelfde zin trekt Langman (1987) in zijn pleidooi voor een civielrechtelijke, hoofdelijke aansprakelijkheid binnen een concern een parallel met de hoofdelijke aansprakelijkheid die voortvloeit uit de regelingen van de fiscale eenheid in de Wet VPB 1969 en de Wet OB 1968.

In de fiscale literatuur is ook gewaarschuwd dat een vergelijking van fiscale begrippen met het jaarrekeningenrecht niet altijd zinvol is. Zo heeft Van der Wel opgemerkt dat het groepsbegrip van het jaarrekeningenrecht moeilijk kan worden gehanteerd in het belastingrecht, omdat het een zekere gelijkgerichtheid veronderstelt tussen degene die het verantwoordingsstuk opstelt en degene tot wie dat stuk is gericht.¹⁸ Die gelijkgerichtheid is volgens hem wel aanwezig in de relatie tussen de onderneming en de aandeelhouder, maar niet altijd in de relatie tussen een belastingplichtige en de fiscus. Specifiek ten aanzien van de in hoofdstuk 7 te beschrijven bepaling van art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969 hebben ook Brouwer en Rouwenhorst kritiek geuit op de koppeling van de belastingplicht van lichamen die zijn verbonden met een energiedistributiebedrijf, aan het begrip 'groep'.¹⁹ In vergelijkbare zin merkt Louwinger op dat de definitie van 'groep' niet uitblinkt door duidelijkheid.²⁰ Voorts hebben Kavelaars en Smittenberg vraagtekens geplaatst bij het gebruik van het groepsbegrip in de 'thincap-maatregel' van art. 10d Wet VPB 1969, welke eveneens aan bod komt in hoofdstuk 7.²¹

Overigens ben ik niet bekend met literatuur waarin vergelijkbare bezwaren worden geuit tegen de hantering van familierechtelijke begrippen in het fiscale recht. Zoals zal blijken in hoofdstuk 6 tot en met 11, worden deze begrippen veelvuldig gebruikt in het belastingrecht, hoewel er niet met zoveel woorden naar het personen- en familierecht wordt verwezen. Te denken valt aan het gebruik van de begrippen 'echtgenoot' en 'bloedverwant' in art. 1.2 lid 1 en 3 Wet IB 2001 en art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969. Ik vind het opmerkelijk dat, zonder dat daarbij uitdrukkelijk wordt stilgestaan, in het belastingrecht op grote schaal familierechtelijke begrippen worden gebruikt, terwijl het gebruik van termen uit het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht op zoveel kritiek stuit.

16. C.W. Timmermans, 'Concernbegrip en concernjaarrekening in Europa en daarbuiten', *TVVS* 1978, nr. 1, ontleend aan Van Soest (1983).

17. Bijvoorbeeld door Honée (1981) en Van Achterberg (1989) en door Van Soest (1983).

18. F. van der Wel, 'Fiscale eenheid, groep en jaarrekening', *WFR* 1989, p. 337.

19. R. Brouwer en W.A. Rouwenhorst, 'Fiscale gevolgen Wet energiedistributie', *WFR* 1996, p. 1502.

20. A.J.J. Louwinger, 'Omvang subjectieve vrijstelling van publieke energiedistributiebedrijven ingeperkt', *WFR* 1997, p. 91.

21. P. Kavelaars en R.A.H. Smittenberg, 'Het groepsbegrip in de thincapregeling', *WFR* 2004, p. 165.

De bezwaren in de literatuur maken mij ervan bewust dat bedachtzaamheid is geboden bij het zoeken naar aangrijpingspunten in andere disciplines en rechtsgebieden. Bijvoorbeeld in het jaarrekeningenrecht zijn discussies mogelijk over de duiding van een feitencomplex. In dit verband kan worden gedacht aan de schandalen die zich in 2005 openbaarden bij Ahold. Hoewel dit uiteindelijk als een kwestie van 'corporate governance' is afgedaan, ging de aandacht lange tijd uit naar een boekhoudschandaal in de vorm van een ongeoorloofde toepassing van de methode van integrale consolidatie op joint ventures.²² Naderhand bleek die methode toch verdedigbaar. Indien voor het belastingrecht onverkort zou worden aangesloten bij het jaarrekeningenrecht, zouden dit soort discussiepunten ook worden 'geïmporteerd' in het fiscale recht.

Dit neemt naar mijn mening niet weg dat het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht waardevolle inzichten kunnen verschaffen over de wijze waarop verbondenheid in het belastingrecht kan worden omschreven. Naar mijn mening is het niet bezwaarlijk indien de omschrijving van de begrippen in de rechtsgebieden, rekening houdend met verschillen in de aard en functie van regelingen, zouden worden ingevuld op basis van vergelijkbare criteria. Ik kan mij bijvoorbeeld voorstellen dat de vorming van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting afhankelijk wordt gesteld van de aanwezigheid van een 'economische eenheid' en 'organisatorische verbondenheid' of daarmee vergelijkbare criteria. Zoals in hoofdstuk 3 en 4 uitgebreider zal worden beschreven, zijn deze criteria ook van belang voor de aanwezigheid van een 'groep' in de zin van art. 2:24b BW. Indien dezelfde of vergelijkbare criteria zouden worden gebruikt, betekent dat niet dat de vorming van een fiscale eenheid afhankelijk zou zijn van de aanwezigheid van een 'groep'. Slechts de criteria die ten grondslag liggen aan beide begrippen zouden gelijk zijn. De beoordeling of daaraan wordt voldaan kan fiscaal autonoom plaatsvinden. Gelijklopende of vergelijkbare criteria zouden dan voor de toepassing van het ondernemingsrecht en de belastingheffing nog steeds een verschillende inhoud kunnen hebben, indien de aard of functie van de desbetreffende regeling dit zou vereisen. Naar mijn mening sluit een dergelijke zienswijze ook aan bij de door Geppaart genoemde leer van de eenheid van de rechtsorde.

Rekening houdend met het vorenstaande, onderzoek ik in hoofdstuk 2 tot en met 5 de aangrijpingspunten die voor de omschrijving van verbondenheid kunnen worden gevonden in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht, het jaarrekeningenrecht en het personen- en familierecht.

22. Ahold wenste voor de toepassing van Titel 9 Boek 2 BW de methode van integrale consolidatie toe te passen op joint ventures waarop zij op basis van 'Control Letters' een beleidsbepalende invloed had, zo stelde zij. Uit 'Side Letters' die voor de externe accountant werden verzwegen, bleek echter dat die beleidsbepalende invloed in feite ontbrak. In Rechtbank Amsterdam, 22 mei 2006, nrs. 13/993039-04, 13/993016-03, en 13/993222-04, www.rechtspraak.nl, werd uiteindelijk geoordeeld dat de Ahold-top in redelijkheid mocht menen dat het Nederlandse recht haar toestond dat zij haar joint ventures consolideerde en dat er daarom geen sprake was van een 'Ahold-boekhoudschandaal'.

1.4.2 Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm

Bij de beoordeling of fiscale verbondenheidsbegrippen logisch, duidelijk en uniform zijn, kan een toets ten aanzien van de rechtsvormneutraliteit niet ontbreken. Maar wat betekent 'rechtsvormneutraliteit' eigenlijk? Naar mijn mening kunnen er verschillende dimensies worden herkend in dit begrip.

Op het niveau van een onderneming kan volledige rechtsvormneutraliteit worden bereikt door middel van een ondernemingswinstbelasting.²³ In de nota 'Werken aan winst – Naar een laag tarief en een brede grondslag' is de ondernemingswinstbelasting ook aan de orde geweest.²⁴ In 2007 is de politieke discussie over dit onderwerp hervat in het kader van het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' (31 065). In dit kader heeft de Raad van State geadviseerd het gehele fiscale ondernemingsrecht te heroverwegen, waarbij de rechtsvorm van onderneming niet langer bepalend is voor de heffing van inkomsten- of vennootschapsbelasting.²⁵

Een andere dimensie van rechtsvormneutraliteit betreft de samenwerking tussen ondernemers. In dat kader zou het kunnen betekenen dat het onderscheid tussen fiscale transparantie en non-transparantie, ongeacht de rechtsvorm, wordt gemaakt. Dat wil zeggen, dat ongeacht de vorm van de samenwerking, het daarmee behaalde resultaat hetzij wordt belast op het niveau van het samenwerkingsverband zelf, hetzij op het niveau van de participanten. Op het niveau van individuele belastingplichtigen kan rechtsvormneutraliteit betekenen dat fiscale faciliteiten worden opengesteld voor alle ondernemers, ongeacht de rechtsvorm waarvan zij zich bedienen. Voorts kan het duiden op faciliteiten die een geruisloze transformatie in een andere rechtsvorm mogelijk maken.²⁶

Rechtsvormneutraliteit dient naar mijn mening ook te betekenen dat antimisbruikbepalingen en faciliteiten waarin 'verbondenheid' een rol speelt, ongeacht de rechtsvorm van de lichamen van toepassing zijn. Om die reden wordt dit getoetst.

23. Tijdens de 31^e Belastingconsulentendag heeft Van Dijk (1984) een inleiding over rechtsvormneutraliteit verzorgd, getiteld 'Belastingheffing van ondernemingen ongeacht de rechtsvorm'. In de fiscale literatuur zijn nadien verschillende ideeën ten aanzien van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting beschreven, bijvoorbeeld door P.H.J. Essers, *Knelpunten bij de hervorming van de belastingheffing van ondernemingen*, Deventer: Kluwer 1992 en 'De aandeelhouder onder schot', Belastingadviseursdag 1995, Deventer: Fed 1995. Ook wordt verwezen naar Y. Koudijs, *Ondernemingswinstbelasting, een rechtsvormneutrale belastingheffing naar de winst uit onderneming* (diss.), Amsterdam: Centrale Drukkerij UvA 1993, naar A.C. Rijkers en A.O. Lubbers, 'Ondernemingswinstbelasting?', *WFR* 2002, p. 911, en naar E.J.W. Heithuis, 'Hoe de vennootschapsbelasting zich kan ontwikkelen tot een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting', *MBB* 2004, nr. 4.

24. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 107, nr. 2, p. 20.

25. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 65, nr. 5, p. 2.

26. J. Doornebal, *De terugkeer uit een BV* (FM nr. 55), Deventer: Kluwer 1991. Zie ook L.G.M. Stevens, 'Voluit vooruit voor het mkb! MKB-pakket voor de middellange termijn. Zestig maatregelen om het ondernemersklimaat en de arbeidsmarkt te bevorderen', Scheveningen: november 2005.

Bedacht moet worden dat rechtsvormneutraliteit een rol speelt ten aanzien van begrippen die uitgaan van verbondenheid tussen lichamen en tussen een lichaam en een natuurlijk persoon. Voor verbondenheidsbegrippen die duiden op de relatie tussen natuurlijke personen wordt in deze studie in vergelijkbare zin beoordeeld of bij de definitie van begrippen voor de relaties van natuurlijke personen rekening is gehouden met het huwelijk, geregistreerd partnerschap en ongehuwd samenwonen. Ik noem dit de neutraliteit ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm.

1.4.3 *Open normen of scherpe normen*

In de civielrechtelijke en fiscale literatuur is het gebruik van vage, open normen versus scherpe normen een regelmatig terugkerend onderwerp. Daarbij wordt een open norm vaak in verband gebracht met rechtvaardigheid, en een scherpe norm met rechtszekerheid. Uiteraard kan de rechtvaardigheid ook gediend zijn met scherpe normen, maar deze kunnen sneller leiden tot starheid en rigiditeit. Door het gebruik van vage of open normen wordt de rechtsvorming gedeeltelijk overgelaten aan de andere actoren in het proces van belasting betalen en kan er rechtvaardigheid op maat worden gemaakt. Dit gaat vaak gepaard met rechtsonzekerheid. Echter, een scherpe norm zal ook niet in alle gevallen tot een rechtszeker resultaat leiden: ten aanzien van een fiscale vrijstelling die van toepassing is in een aantal scherp afgebakende situaties, kan na verloop van tijd de vraag rijzen of zij ook geldt voor gevallen die zich in gemoderniseerde vorm voordoen.

De hiernavolgende beschouwing over het gebruik van open normen heeft in beginsel ook een algemene strekking. Voor deze studie is zij nodig om te onderzoeken of verbondenheid gedetailleerd zou moeten worden omschreven en of er op dit gebied deregulering mogelijk is.

Volgens De Langen (1958) vergroot een scherpe wettekst de directe kenbaarheid van de wet en dient zij tevens het beginsel van de geoorloofde realisatie, ofwel een zo efficiënt mogelijke inzet van het ambtenarenapparaat bij de uitvoering van wetten. In dezelfde zin beschrijft Geppaart (1978) dat rechtszekerheid van uitzonderlijke waarde is voor de overheid, omdat deze de omvang van de belastingafdrachten wil kennen voor haar beleid.

De Langen merkt wel op dat een scherp geformuleerde rechtsregel de rechtvaardigheid alleen kan dienen indien de wetgever over de desbetreffende kwestie veel nauwkeurige kennis bezit. Deze kennis ontbreekt in de regel voor begrippen en kwesties die nog in ontwikkeling zijn. Volgens De Langen zou de wetgever dan juist soepelere, en dus open begrippen moeten hanteren. Op basis hiervan kan naar mijn mening ook worden verdedigd dat de norm voor een begrip of kwestie waarmee de fiscus veel ervaring heeft opgedaan, minder open hoeft te worden omschreven. Door middel van beleidspublicaties zou de norm dan kunnen worden verduidelijkt.

De vraag naar het gebruik van open normen is de afgelopen jaren actueel in het kader van de vermindering van de regeldruk. In dit verband ziet de Commissie Stevens het gebruik van meer open normen als een juiste aanpak om te komen tot een ver-

dergaande vermindering van de regeldruk.²⁷ Zij beveelt onder meer aan om risico's in de samenleving te accepteren, omdat het een illusie is dat regels alle problemen kunnen voorkomen en alle risico's volledig kunnen uitsluiten. Volgens de commissie moet vertrouwen als uitgangspunt worden genomen bij het maken, uitvoeren en controleren van wet- en regelgeving: ondernemers hebben zelf ook belang bij het naleven van voorschriften. In vergelijkbare zin stelt Dorresteyn dat binnen een onderneming geen regels moeten worden ingevoerd ter bestrijding van corruptie, zolang het morele draagvlak daarvoor ontbreekt.²⁸ Regelgeving is volgens hem niet de manier om loyaliteit te bevorderen.

Het besef dat wettelijke regels niet altijd een oplossing bieden is overigens al oud. Van den Bergh (1982) beschrijft dat Portalis bij de aanbidding van het ontwerp van de Franse 'Code Civil' in 1804 opmerkte dat de wet per definitie onvolledig is, omdat de wetgever niet alles kan overzien en nog minder kan voorzien. In vergelijkbare zin zou Aristoteles hebben gezegd dat de wet tekortschiet omdat de materie van het menselijk handelen zich nu eenmaal niet laat vatten in algemene bepalingen.²⁹ In eigen land heeft Kamphuisen (1935) in relatie tot de noodzaak van het gewoonterecht opgemerkt dat de wetgever niet alles kan regelen. Ook door Kramer (1942) is gesteld dat de wetgever niet in staat is om de toekomstige verhoudingen vast te leggen in regels, en dat deze evenmin de voortdurende maatschappelijke en staatkundige behoeften in haar vaak snelle evolutie kan bijhouden.

Hoewel deregulering de aandacht verdient, denk ik dat de aan de burger te verschaffen ruimte om zijn zaken zelf te regelen zou moeten verschillen per rechtsgebied. Het belang dat een burger heeft bij het naleven van regels zal op het ene vlak groter zijn dan op het andere. Ik kan mij bijvoorbeeld voorstellen dat brandveiligheid en voedselkwaliteit kwesties zijn die een zichzelf respecterende horecaondernemer ook zelf kan aanpakken, waardoor de wettelijke teugels op dat vlak kunnen worden gevierd. Ten aanzien van deze onderwerpen bestaat een gelijkgerichtheid tussen de regelgever en de ondernemer. Dit is naar mijn mening anders op het gebied van het belastingrecht. Voor zover ik kan overzien, wordt hierbij niet een dergelijke gelijkgerichtheid tussen de burger en de fiscus ervaren. Hierdoor zal naar mijn mening relatief veel behoefte aan fiscale regels blijven bestaan; deregulering in het belastingrecht is daarom in mindere mate mogelijk dan in andere rechtsgebieden.³⁰

27. Commissie Stevens, Eindrapport 'Regels op maat', 13 februari 2007, www.minez.nl. In vervolg hierop heeft de Staatssecretaris van Financiën in een brief van 19 juli 2007, nr. IPAL 2007/136M, www.minfin.nl, een plan van aanpak ter vermindering van de regeldruk aangeboden aan de Tweede Kamer. In dit verband is in de brief van 20 mei 2008, nr. RR2008/206 M, www.minfin.nl, voor 2007 een gerealiseerde administratieve lastenverlichting van bijna 4% gerapporteerd.
28. A.F.M. Dorresteyn, *Corruptie en privaatrecht* (oratie), Arnhem: Gouda Quint b.v. 1994.
29. R.H. Happé, 'Over belastingheffing en ethiek. Enige politiek-filosofische verkenningen', in: Stevens-bundel (2006).
30. In dit verband begrijp ik ook de reactie van J.M.H.M. Hermans in: Commissie-Stevens, Interview met Mr. J.M.H.M. (Jan) Hermans, voorzitter managementteam FIOD-ECD, in het rapport 'Het gezicht van toezicht', 20 maart 2006, www.minez.nl. Hermans stelt in dit interview dat minder regels geen oplossing is.

Hiermee is echter niet gezegd dat voor fiscale regels geen open normen kunnen worden gehanteerd. Van Lint betoogt dat wetgeving met open normen vaak wordt verdedigd met de mogelijkheid tot aanpassing aan de maatschappelijke omstandigheden, maar dat dit in de praktijk betekent dat belastingplichtigen en fiscus de invulling moeten overlaten aan de rechter, omdat de fiscus zich doorgaans terughoudend opstelt.³¹ De wettelijke norm ontwikkelt zich dan 'over de rug' van de strijdende burger, zo schrijft hij. In vergelijkbare zin hekelt Van Dijck het gemak waarmee de wetgever onduidelijke begrippen opneemt in belastingwetten.³² Ook Stevens vindt dat de wetgever zich moet bedienen van kenbare en begrijpelijke definities en criteria, maar hij meent dat de rechtszekerheid van de burger ook met open normen kan worden gewaarborgd.³³ Hiervoor is volgens hem wel een betere kwaliteit van wetgeving nodig, waarbij tijdens de parlementaire behandeling substantiële aandacht wordt besteed aan de gerechtvaardigde rechtszekerheid. Voorts zouden belastingplichtigen die uitgaan van verdedigbare standpunten moeten worden beschermd. Overigens geeft Van Dijck aan het hier mee eens te zijn.³⁴

Naar mijn mening kan een open norm de economische werkelijkheid beter weerspiegelen dan een scherpe norm. In dit verband haalt Dorresteyn (2004) het accountancybeginsel van 'substance over form' aan om regels in het ondernemingsrecht, dat hij beschrijft als een benadering van het economische door het intermediair van juridische aanknopingspunten, naar de bedoeling uit te leggen. Hij vraagt zich af of bij de toepassing van regels de economische werkelijkheid ook niet leidraad zou moeten zijn, in plaats van de formulering van de wettekst. Ik zou deze vraag bevestigend willen beantwoorden; naar mijn mening leiden open normen per definitie tot een dergelijke 'substance over form'-benadering.

Overigens kan ik mij voorstellen dat het gebruik van een open norm dan wel een scherpe norm eveneens afhankelijk is van de aard en functie van de desbetreffende fiscale regeling. Een open norm lijkt mij in elk geval op zijn plaats in een antimisbruikbepaling, omdat de regeling hierdoor voldoende flexibel kan zijn om nieuwe, onvoorziene vormen van misbruik tegen te gaan. Dit lijkt mij ook rechtvaardig, mits belastingplichtigen in bonafide situaties worden beschermd tegen de onzekerheid die een open norm met zich brengt. Bij een faciliteit past een scherpere norm, zo denk ik. In beginsel zou ook een open norm kunnen worden gehanteerd, maar een scherpe norm lijkt mij efficiënter in verband met de rechtszekerheid over de toepassing. Wel zou er een mechanisme moeten worden ontwikkeld om oneigenlijk gebruik tegen te gaan in gevallen waarin formeel wordt voldaan aan de criteria voor de toepassing van de desbetreffende faciliteit, maar materieel-economisch niet. In hoofdstuk 6 en volgende wordt onderzocht of deze gedachten juist zijn en hoe een en ander kan worden vormgegeven ten aanzien van fiscale verbondenheidsbegrippen.

31. A.J. van Lint, 'Enkele kanttekeningen bij handhavingsconvenanten', *NTRF Beschouwingen* 2007/26.

32. J.E.A.M. van Dijck, 'Onduidelijke wettelijke begrippen', *WFR* 2006, p. 1129.

33. L.G.M. Stevens, 'Durf te vertrouwen op open normen', *WFR* 2007, p. 1090.

34. J.E.A.M. van Dijck, 'Slotwoord', *WFR* 2007, p. 1183.

1.4.4 Uniformiteit

Hiervoor heb ik opgemerkt dat de verscheidenheid in de omschrijvingen van 'verbondenheid' resulteert in een onoverzichtelijk begrippenapparaat. Een belangrijke vraag in deze studie is daarom of kan worden volstaan met enkele geüniformeerde verbondenheidsbegrippen, of dat verschillende begrippen wenselijk of noodzakelijk zijn. Ook dit rechtstheoretische vraagstuk is in algemene zin aan de orde gekomen in de civiel- en fiscaalrechtelijke literatuur.

De Langen (1958) merkt in dit verband op dat 'eenvoud in het recht' voor de belastingplichtige een begerenswaardig goed is, omdat het overzichtelijkheid biedt en de vereiste kennis minimaliseert. Hij meent dat 'eenheid van begrip' de eenvoud en de kenbaarheid van het recht bevordert en dat dit in het belang is van de efficiency. In vergelijkbare zin schrijft Stevens (1980) dat consistentie van de gehanteerde begrippen en de begrijpelijkheid van wetsformules voorwaarden zijn voor een grote kenbaarheid van de wet. Overigens is dit ook het uitgangspunt in de zogenoemde 'Aanwijzingen voor de regelgeving'.³⁵ Hierbij luidt Aanwijzing 58 als volgt:

1. Hetzelfde begrip wordt niet met verschillende termen aangeduid.
2. Dezelfde term wordt niet voor verschillende begrippen gebruikt.

De Langen vindt dat vaak een maximale oplossing kan worden gevonden door een andere, reeds bekende term aan te houden, maar met een toevoeging of verkleining van de inhoud. Dit zou naar mijn mening kunnen betekenen dat voor de verbondenheidsbegrippen een min of meer uniforme basis kan worden gehanteerd, waaraan afhankelijk van de aard en functie van de fiscale regeling extra elementen zouden kunnen worden toegevoegd om het begrip op maat te maken. In hoofdstuk 6 tot en met 11 wordt dit nader onderzocht.

De Langen wijst er ook op dat de 'best passende inhoud' die is toe te kennen aan een woord, kan variëren met het doel dat bij het gebruik van dat woord is beoogd. Aan dezelfde term kan volgens hem dus een andere inhoud worden gegeven voor de verschillende belastingwetten. Aansluiting heeft voordelen, maar is volgens De Langen niet dwingend. In vergelijkbare zin merkt Geppaart (1965) op dat de inhoud van rechtsbegrippen in het belastingrecht niet vastomlijnd is. Er is een wisselende inhoud mogelijk bij 'evolutionaire begrippen' en 'vage normen'. Bovendien wordt de inhoud in sterke mate beïnvloed door de omstandigheden van het geval. Hij beschrijft dat het gebruik van eenzelfde term in verschillende wetten, strekkend tot de realisatie van verschillende normen, tot geheel afwijkende rechtsgevolgen kan leiden. Ik leid hieruit af dat bij uniformering van verbondenheidsbegrippen rekening moet worden gehouden met verschillen in aard en functie van fiscale regelingen.

35. Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 27 april 2005, nr. 05M474365, *Stcrt.* 2005, 87.

1.5 Afbakening

Dit onderzoek is beperkt tot verbondenheid in het belastingrecht. Er wordt wel ingegaan op de wijze waarop verbondenheid is omschreven in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht, jaarrekeningenrecht en het personen- en familierecht, maar dit dient slechts als toetsingskader voor de beantwoording van de fiscaalgerichte probleemstelling.

Voorts is het onderzoek beperkt tot het Nederlandse belastingstelsel, en in het bijzonder tot begrippen in de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, omzetbelasting, loonbelasting, overdrachtsbelasting en het successie- en schenkingsrecht. Hierbij heeft een rol gespeeld dat in de desbetreffende belastingwetten veel verschillende verbondenheidsbegrippen kunnen worden gevonden. Dit neemt niet weg dat gelieerdheid ook van belang is voor andere belastingen en voor de premieheffing voor de sociale verzekeringen. Zo wordt bijvoorbeeld in art. 5.4 Regeling Wfsv een concernbenadering gehanteerd. Voorts wordt in art. 3a Uitv.besl. BPM en art. 26a Uitv.reg. MRB gesproken van 'inwonende gezinsleden'. Het aantal begrippen in andere belastingwetten is echter beperkt. Bovendien wordt in deze wetten vaak verwezen naar verbondenheidsbegrippen in belastingwetten die onderwerp zijn van deze studie. In art. 2.2 Regeling Wfsv wordt bijvoorbeeld het begrip 'partner' als bedoeld in art. 1.2 Wet IB 2001 gehanteerd. In vergelijkbare zin wordt voor de inhoudingsvrijstellingen in art. 4 lid 1 Wet DB 1965 verwezen naar het deelnemingsbegrip en de 'fiscale eenheid' in de zin van de Wet VPB 1969. Voorts wordt in art. 36s onderdeel g onder 1° WBM voor het concernbegrip in de onlangs geïntroduceerde verpakkingenbelasting aangesloten bij de 'fiscale eenheid' in de zin van art. 7 lid 4 Wet OB 1968.

De afbakening tot de genoemde belastingen heeft als bijkomend voordeel dat deze voor de meeste fiscalisten en niet-fiscalisten bekend zijn: de opbrengst van deze belastingen vormt het grootste gedeelte van de rijksinkomsten.³⁶ Door de beperking kan het onderzoek een grotere waarde hebben voor de praktijk. Ten slotte heeft de omvang van het werk een rol gespeeld bij de afbakening.

Er is niet gekozen voor een volledige vergelijking met één of meer andere jurisdicties, omdat de verschillende regelingen waarin verbondenheid een rol speelt hiervoor te divers zijn. Bij de beschrijving van begrippen en regelingen die met name een internationaal-fiscaalrechtelijke betekenis hebben, zoals de 'vaste inrichting' en het onderscheid tussen transparante en non-transparante samenwerkingsverbanden, worden uiteraard wel de internationale aspecten behandeld. De beschrijving van deze begrippen in het Nederlandse belastingstelsel kan hierbij niet op zichzelf worden gezien. In dit verband besteed ik ten aanzien van de aanbevelingen met betrekking tot de omschrijving van verbondenheid in de Wet OB 1968 ook aandacht aan de vraag of deze passen in de BTW-richtlijn 2006.

Zoals eerder is opgemerkt, bestaan er tientallen verschillende verbondenheidsbegrippen in fiscale regelingen. Rekening houdend met de hiervoor beschreven afbake-

36. Miljoenennota 2008, www.minfin.nl.

ning, beoog ik alle wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen te behandelen. Bij de analyses beperk ik mij tot de definitie van die begrippen. De werking van de fiscale regelingen zelf komt slechts summier aan bod. Bij de beschrijving van het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 ga ik bijvoorbeeld niet nader in op de details van de renteaftrekbepalingen waarvoor dit begrip onder meer is bedoeld. Het gaat mij slechts om de omschrijving van de gelieerdheid met inachtneming van de aard en functie van de desbetreffende regeling.

1.6 Opbouw van de studie

Dit onderzoek is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 wordt onderzocht welke aangrijpingspunten de bedrijfseconomie biedt voor de omschrijving van verbondenheid. Vervolgens is in hoofdstuk 3, 4 en 5 het privaatrechtelijke toetsingskader opgenomen in de vorm van een analyse van verbondenheid in het ondernemingsrecht, het jaarrekeningsrecht en het personen- en familierecht.

In hoofdstuk 6 tot en met 11 ga ik in op verbondenheid voor de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, omzetbelasting, loonbelasting, overdrachtsbelasting en het successie- en schenkingsrecht. Per belasting wordt geanalyseerd welke rol 'verbondenheid' hierin speelt. De wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen worden nader onderzocht en getoetst aan het bedrijfseconomische en het privaatrechtelijke kader. Voorts beoordeel ik de neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm of samenlevingsvorm. De begrippen worden ook onderling vergeleken, rekening houdend met verschillen in aard en functie in de fiscale regelingen waarin zij voorkomen. Daarbij besteed ik aandacht aan het gebruik van open normen en scherpe normen. De onderlinge vergelijking dient om onnodige verschillen in het huidige begrippenkader aan het licht te brengen. Op basis hiervan doe ik aanbevelingen om te komen tot een logischer, duidelijker en zoveel mogelijk uniform begrippenkader.

Bij de analyses in hoofdstuk 6 tot en met 11 kies ik telkens voor dezelfde benadering, waarbij wordt beoogd per belastingwet alle verbondenheidsbegrippen te behandelen. Hierdoor kan een gedeeltelijke herhaling van sommige standpunten helaas niet in alle gevallen worden vermeden. Het voordeel van deze opzet is echter dat de hoofdstukken zelfstandig leesbaar zijn.

In de belastingwetten kunnen regelingen worden herkend waarin verbondenheid wel een rol speelt, maar niet nader is omschreven. Voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het onderscheid tussen transparante en non-transparante samenwerkingsverbanden. Ten aanzien van de omzetbelasting heeft deze niet-gedefinieerde verbondenheid in de vorm van leerstukken als 'vereenzelviging', 'entiteit' en 'partage' zelfs de overhand. Ik neem deze regelingen ook in beschouwing, omdat zij eveneens blijk geven van verbondenheid.

Het geheel wordt in hoofdstuk 12 afgesloten met een samenvatting van de conclusies en aanbevelingen.

HOOFDSTUK 2

Bedrijfseconomie

2.1 Inleiding

De bedrijfseconomie als wetenschap richt zich op de verklaring en voorspelling van in bedrijven waar te nemen verschijnselen, zo beschrijft Bouma (1968). Het ervaringsobject van de bedrijfseconomie is de 'bedrijfs huishouding'. Bouma omschrijft dit begrip als een 'financieel-economisch zelfstandige productieorganisatie'. Hierbij is de 'organisatie' het geheel van relaties tussen personen die bewust of onbewust samenwerken, teneinde daardoor direct of indirect hun persoonlijke belangen te bevorderen. In zoverre duidt dit element op verbondenheid.

De bedrijfseconomie is uiteengevallen in verschillende deeldisciplines. Een veel gebruikte indeling is die in interne organisatie, 'financial accounting' en 'management accounting', financiering en marketing.¹ In dit hoofdstuk onderzoek ik de aangrijpingspunten voor de omschrijving van verbondenheid tussen lichamen en tussen lichamen en natuurlijke personen, die kunnen worden gevonden in de deeldisciplines interne-organisatieleer en management accounting. In de interne-organisatieleer komt verbondenheid namelijk tot uitdrukking in theorieën over de werking van de onderneming als organisatie en in de literatuur over de multinationale onderneming en strategische allianties. Voorts is verbondenheid in de management accounting van invloed op de prestatie maatstaven voor divisies binnen een onderneming en op het 'transfer pricing'-beleid. Verbondenheid speelt ook een rol in de financial accounting, maar dit onderwerp wordt vanwege de nauwe relatie met het jaarrekeningrecht in hoofdstuk 4 behandeld. Er wordt afgesloten met een conclusie.

2.2 Interne-organisatieleer

Hierna wordt ingegaan op een aantal theorieën over de kenmerken en de werking van de onderneming als organisatie, waarin verbondenheid tot uitdrukking komt. In dit verband wordt eerst het onderscheid tussen een 'holistic concept of the firm' en een 'behavioral concept' geschetst. Vervolgens wordt ingegaan op de opvattingen van Coase, de agentschaptheorie, de transactiekostentheorie en de stakeholdersbe-

1. M. Corbey en W. van Hulst, *Bedrijfseconomie. Grondslagen en perspectieven*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2005. Zie ook: J.L. Bouma, D.W. Feenstra en C.A. Huijgen, *Accounting and Business Economics Traditions in the Netherlands*, Groningen: SOM 1999.

nadering. Daarna komen de aangrijpingspunten aan bod die kunnen worden gevonden in de literatuur over de multinationale onderneming en strategische allianties.

2.2.1 *'Holistic concept of the firm' versus 'behavioral concept of the firm'*

Er bestaan verschillende economische theorieën over de kenmerken en de werking van de onderneming als organisatie. Daarbij bestaat er volgens Bouma en Van Helden (1994) niet één juiste theorie. Een omschrijving van het begrip 'onderneming' is namelijk afhankelijk van het doel waarvoor de onderzoeker dit begrip gaat gebruiken. In dit verband kunnen ruwweg twee zienswijzen worden onderscheiden, namelijk een 'holistic concept of the firm' en een 'behavioral concept'.

Een voorbeeld van een 'holistic concept' van de onderneming kan worden gevonden in de neoklassieke prijstheorie. In deze theorie wordt de onderneming als een productiefunctie beschouwd. Als uitgangspunt geldt dat er binnen de onderneming een topmanagement centraal staat, dat wil zeggen, een persoon of groep van personen die krachtens eigendomsrechten of statutaire bepalingen in de onderneming een dominerende positie inneemt. De overige bedrijfsgenoten stellen zich volledig in dienst van het topmanagement. Voor de omschrijving van verbondenheid duidt dit op het belang van financiële en organisatorische verbondenheid.

Bouma, Feenstra en Huijgen merken op dat voor de management accounting en de interne-organisatieleer, het 'behavioral concept' een beter, genuanceerder beeld van de onderneming biedt dan het 'holistic concept'.² Uitgangspunten voor het 'holistic concept' zijn bijvoorbeeld dat er onbegrensde rationaliteit heerst, en dat overeenkomsten en afspraken correct worden nagekomen. Voorts wordt verondersteld dat er geen intermenselijke problemen zijn, die voortkomen uit domheid, misverstand, onwil of gebrek aan motivatie, en dat informatie en communicatie kosteloos zijn. In het 'behavioral concept of the firm' wordt de onderneming als uitgangspunt genomen voor de verklaring van de interne gedragingen van de participanten. Overigens bestaan er verschillende 'behavioral concepts', zoals de opvattingen van Coase, de agentschaptheorie, en de theorie van de economische transactiekosten. In de hiernavolgende paragrafen zal worden ingegaan op deze stromingen.

2.2.2 *Opvattingen van Coase*

Coase (1937) beschouwt de onderneming als een verzameling van contracten. In zijn visie worden in een onderneming bepaalde activiteiten gecoördineerd, waardoor iets tot stand kan worden gebracht tegen lagere kosten dan de 'markt' dat zou kunnen doen. Volgens Coase ontlenen ondernemingen hun bestaansrecht dan ook aan het omlaag kunnen brengen van transactiekosten. De optimale omvang van de onderneming wordt bepaald door de gunstigste combinatie van productiviteit en transactiekosten. Dit komt neer op een zodanige omvang, dat de marginale kosten

2. J.L. Bouma, D.W. Feenstra en C.A. Huijgen, a.w.

van het organiseren van één extra transactie binnen de onderneming gelijk zijn aan de marginale kosten van het organiseren van diezelfde transactie via de markt.

Coase's opvattingen kunnen naar mijn mening ook worden toegepast op een 'concern' als cluster van verbonden maatschappijen. Uit de opvattingen kan worden afgeleid dat onderdelen tot een concern kunnen worden gerekend indien zij hun activiteiten in onderling verband tegen lagere kosten kunnen verrichten dan een marktpartij dat zou kunnen doen. Dit geeft aan dat economische verbondenheid van belang is.

2.2.3 *Agentschaptheorie*

De agentschaptheorie is ontstaan als verklaring voor de invloed die informatieachterstand kan hebben op de relatie tussen een 'baas' of 'principaal' (principal) en een 'knecht' (agent). In deze theorie wordt verondersteld dat de principaal en de agent ieder vanuit hun eigen belang zullen handelen, zodat de neiging bestaat om informatie voor elkaar achter te houden of te verdraaien. Dit brengt nadelen mee voor sommige of alle betrokkenen.

Douma en Schreuder (2002) wijzen erop dat het 'agency'-probleem zich in allerlei situaties kan voordoen. Zij noemen bijvoorbeeld de situatie van een eigenaar van een onderneming (principaal) en de manager (agent), de eigenaar van een onroerende zaak (principaal) en de zaakwaarnemer (agent), en de manager (principaal) en de werknemer (agent). Van Oijen (2000) voegt hier de relatie tussen een financier (principaal) en het management van een onderneming (agent) aan toe. Voor de agentschaptheorie geldt in dit verband een ruime kring van verbonden personen.

Volgens Bouma en Van Helden (1994) kunnen de nadelige gevolgen van het opportunistisch handelen van de principaal en de agent worden beheerst door middel van een 'incentive'-systeem, 'monitoring' of 'bonding'. Volgens het 'incentive'-systeem wordt aan de agent een beloning toegekend die geheel of gedeeltelijk kan zijn gerelateerd aan de geleverde inspanning. Bouma en Van Helden omschrijven een 'monitoring'-systeem als 'een waarnemings- of meldingssysteem waaronder de geleverde inspanning en/of de omstandigheden worden geregistreerd en gerapporteerd'. Bij 'bonding' aanvaardt het management beperkingen in de vrijheid van handelen, waarvan de naleving op betrekkelijk eenvoudige wijze kan worden gecontroleerd. De systemen van 'incentives', 'monitoring' en 'bonding' getuigen naar mijn mening van organisatorische verbondenheid tussen de participanten binnen de onderneming.

Fama en Jensen maken in het kader van de agentschaptheorie onderscheid tussen 'decision management' en 'decision control'.³ Ze beschrijven dat beide bevoegdheden in kleine ondernemingen veelal bij dezelfde personen zullen berusten. Naarmate de organisatie groeit, zal het efficiënter zijn om de divisieleiding het 'decision

3. E.F. Fama en M.C. Jensen, 'Separation of ownership and control', *Journal for Law and Economics*, vol. 26, 301-26, ontleend aan Douma en Schreuder (2002).

management' te laten voeren, en de 'decision control' bij het topmanagement te leggen. Zoals in paragraaf 2.2.4 wordt beschreven, is dit verschijnsel eerder onderzocht door Chandler (1962). Overigens wijzen 'decision management' en 'decision control' ook op het belang van organisatorische verbondenheid.

Ik vraag mij af of het 'agency'-probleem een reden zou kunnen zijn om in het belastingrecht de transacties tussen verbonden personen niet zonder meer als 'onzakelijk' te bestempelen. Ogenschijnlijke onzakelijkheid van een transactie zou immers ook door informatieasymmetrie kunnen zijn veroorzaakt. In hoofdstuk 7 ga ik nader in op deze vraag.

2.2.4 *Economische theorie van de transactiekosten*

De economische theorie van de transactiekosten bouwt voort op onder meer de opvattingen van Coase en de agentschaptheorie. In de theorie wordt onderkend dat ruilen op markten gepaard kan gaan met transactiekosten. Deze kosten kunnen zo hoog zijn, dat het voordelig is om een bepaalde transactie niet op de markt tot stand te brengen, maar de desbetreffende activiteit binnen de onderneming te ontplooiën.

In de transactiekostentheorie staat centraal dat productie- en ruilprocessen op een zodanige wijze moeten worden gestructureerd, dat zij in onderlinge samenhang effectief en zo efficiënt mogelijk verlopen. Net als Bartman en Dorresteijn (2006) ben ik van mening dat deze theorie een verklaring kan zijn voor concernvorming.

In de transactiekostentheorie wordt veel aandacht besteed aan het feit dat een organisatie kan overgaan tot 'integratie' van een activiteit. Het gaat hierbij om verticale bewegingen binnen de bedrijfskolom. Williamson (1985) onderscheidt verschillende vormen van integratie, zoals de uitbreiding tot het distributie- en verkoopproces ('forward integration into distribution') en de uitbreiding tot de inkoop van onderdelen ('lateral integration') of van grondstoffen ('backward integration'). Integratie zal in de regel leiden tot een verzameling van activiteiten binnen een organisatie die met elkaar verband houden. Dit geeft naar mijn mening het belang van economische verbondenheid aan.

Er kan ook sprake zijn van een horizontale beweging in de vorm van 'diversificatie'. In dat geval start een organisatie activiteiten in verschillende bedrijfskolommen, maar wel op een vergelijkbaar niveau binnen die kolommen. Diversificatie kan gerelateerd zijn aan de bestaande producten van de organisatie, indien door de productie en verkoop van een tweede product de kosten van het hoofdproduct kunnen worden verminderd. Er kan uit hoofde van risicospreiding ook sprake zijn van niet-gerelateerde producten. Economische verbondenheid kan dan ontbreken.

In de transactiekostentheorie wordt ook aandacht besteed aan 'multinationalisatie'. Hiermee wordt bedoeld dat het product dat een organisatie in het ene land op de markt brengt, ook in een ander land verkocht gaat worden. Naar mijn mening wijst multinationalisatie op het bestaan van grensoverschrijdende economische verbondenheid.

Voor de indeling van organisatiestructuren wordt in de transactiekostentheorie onderscheid gemaakt tussen de U-vorm ('unitary form') en de M-vorm ('multidivisional form'). Dit is mede gebaseerd op het werk van Chandler (1962), die op basis van onderzoek bij enkele grote Amerikaanse ondernemingen concludeert dat een strategie van diversificatie kan resulteren in communicatie- en beslissingsproblemen. Deze problemen kunnen worden opgelost door de organisatiestructuur aan te passen. Chandler merkt op:

'Unless structure follows strategy, inefficiency results.'

In dit verband onderscheidt Chandler drie structurele organisatievormen. Bij 'type 1' is de organisatie een verlengstuk van de belangen, mogelijkheden en beperkingen van de ondernemer zelf. Deze vorm wordt vaak aangetroffen bij kleine eenmanszaken, waarbij meestal slechts één product wordt gevoerd. Naarmate de onderneming groeit, ontstaat 'type 2' waarbij wordt gekozen voor een functionele organisatie in afdelingen, bijvoorbeeld productie, financiën en marketing. 'Type 3' vloeit voort uit beheersmatige problemen die ontstaan als gevolg van diversificatie. Omdat het management meer strategische beslissingen moet nemen, ontstaat een multidivisionele structuur. Hierbij moet een balans worden gevonden tussen centrale coördinatie van het beleid door het topmanagement en de autonomie van het divisie management. Zoals hiervoor is opgemerkt, duidt dit op het belang van organisatorische verbondenheid.

Evenals bij Chandler's 'type 1', worden bij de U-vormige organisatiestructuren zoveel mogelijk functies rechtstreeks onder het gezag van een centrale leiding geplaatst. Daarentegen kent de M-vorm een decentrale besturing, waarbij de leiding van de verschillende divisies min of meer autonoom is, terwijl het topmanagement belast is met het vormen van het strategische beleid. Dit komt overeen met 'type 3' in de classificatie van Chandler.

Williamson (1985) beschrijft dat veel ondernemingen oorspronkelijk een U-vormige structuur kenden. De groei van deze ondernemingen leidde echter tot verlies van het centrale gezag ('cumulative control loss') en ondermijning van de strategische besluitvorming. Deze problemen werden opgelost door invoering van de M-vorm. Deze indelingen zijn naar mijn mening interessant omdat zij onderstrepen dat er – ongeacht de fase waarin een onderneming zich bevindt – belang wordt gehecht aan centrale leiding, coördinatie en beheersing. Dit geeft nogmaals het belang van organisatorische verbondenheid aan.

Williamson merkt op dat de M-vorm oorspronkelijk werd geïmplementeerd in ondernemingen met gespecialiseerde bedrijfsprocessen. Echter, nadien bleek deze organisatiestructuur ook geschikt om afzonderlijke, niet-gerelateerde bedrijfsonderdelen te beheersen. Hij spreekt in dit verband over conglomeraten. Hierin kan een aangrijpingspunt worden gevonden voor de omschrijving van verbondenheid: hoewel binnen de M-vorm organisatorische verbondenheid waarschijnlijk wel aanwezig is, mag niet als vanzelfsprekend worden aangenomen dat er ook sprake is van economische verbondenheid. Dit maakt het verschil tussen een 'concern' en een 'conglomeraat'.

2.2.5 Stakeholdersbenadering

De transactiekostentheorie wordt bekritiseerd ten aanzien van de veronderstelling dat marktpartijen steeds opportunistisch gedrag zullen vertonen. In de theorie wordt miskend dat voor de totstandkoming van transacties ook een zekere mate van vertrouwen is vereist. In de zogenoemde 'stakeholdersbenadering' van de onderneming krijgt dit meer aandacht. Op basis van deze benadering wordt de onderneming beschouwd als een samenwerkingsverband van verschillende, bij de onderneming betrokken partijen. Dit zijn de 'stakeholders', ofwel belanghebbenden. Hierbij geldt als uitgangspunt dat de belanghebbenden in bepaalde mate rekening houden met elkaars belangen.

Overigens onderscheiden Douma en Schreuder (2002) binnen de agentschaptheorie een stroming die zij de 'positive theory of agency' noemen. Hierbij wordt de onderneming beschouwd als een 'nexus of contracts', ofwel een complex netwerk van contractuele relaties die door het management worden aangegaan met verschillende belanghebbenden zoals beleggers, werknemers, leveranciers en afnemers. Deze visie sluit nauw aan bij de stakeholdersbenadering.

Vos (2002) beschrijft dat er verschillende indelingen van stakeholders kunnen worden gehanteerd. Zo kunnen 'primaire' en 'secundaire' belanghebbenden worden onderscheiden. Zonder de primaire belanghebbenden kan een onderneming niet voortbestaan. In dit kader kan de onderneming worden beschouwd als een 'systeem van primaire stakeholders'. Behalve aandeelhouders worden in de literatuur ook werknemers als primaire belanghebbenden beschouwd. Naar aanleiding van de corporate governance kwestie in 2007 over de keuze van een fusiepartner voor ABN AMRO, valt naar mijn mening te betwijfelen of werknemers in de praktijk inderdaad een primaire rol wordt gegund. Wellicht worden zij veeleer als secundaire belanghebbenden beschouwd. Laatstgenoemden oefenen invloed uit op de onderneming, of worden juist door het handelen van de onderneming geraakt. In dit verband valt te denken aan afnemers, toeleveranciers, kredietverschaffers, belangengroeperingen, omwonenden en ook de overheid. Deze partijen hebben er een zeker belang bij om de onderneming bij de eigen doelstellingen te betrekken. Omgekeerd is het in het belang van de onderneming goede betrekkingen na te streven met de secundaire belanghebbenden.

Een andere indeling is die op basis van risico, waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen vrijwillige en onvrijwillige belanghebbenden. De vrijwillige belanghebbenden hebben op enigerlei wijze geïnvesteerd in de onderneming, bijvoorbeeld in de vorm van eigen of vreemd vermogen, 'human capital', of andere waarden. Op die wijze lopen zij vrijwillig risico ten aanzien van het handelen van de onderneming.

Stakeholders zijn ieder op een eigen manier verbonden met de onderneming. Een interessante vraag is of op basis van de stakeholdersbenadering niet alleen de aandeelhouders in acht moeten worden genomen bij fiscale verbondenheidsbegrippen, maar bijvoorbeeld ook werknemers. Hierop wordt nader ingegaan in hoofdstuk 7, bij de analyse van verbondenheid in de Wet VPB 1969.

Overigens kan in de stakeholdersbenadering steun worden gevonden voor het gebruik van open normen voor de omschrijving van verbondenheid. De verschillende belanghebbenden zijn wellicht prima in staat om hun zaken zelf te regelen, zonder gedetailleerde wettelijke omschrijvingen. Dit rechtstheoretische onderwerp is in hoofdstuk 1 aan bod gekomen.

Voor een goed begrip van de positie van stakeholders ga ik hierna ook in op het verschijnsel 'maatschappelijk verantwoord ondernemen'. Voorts besteed ik aandacht aan 'corporate governance'.

2.2.5.1 Maatschappelijk verantwoord ondernemen

Vos (2002) geeft een overzicht van het debat over maatschappelijk verantwoord ondernemen ('corporate social responsibility'), ofwel MVO. Ze wijst op Friedman, die stelde dat de onderneming in een markteconomie slechts één maatschappelijke verantwoordelijkheid heeft, namelijk het streven naar winstmaximalisatie.⁴ Vos beschrijft dat verschillende Amerikaanse auteurs hierop hebben gereageerd met een betoog dat ondernemingen méér dan alleen bedrijfseconomische doelen dienen na te streven en ook aandacht moeten hebben voor maatschappelijke en ethische aspecten. In Nederland heeft de SER gepleit voor een grotere maatschappelijke rol van ondernemingen.⁵

De Graaf (2005) beschrijft dat MVO vanaf de jaren zeventig in toenemende mate aandacht heeft gekregen. Aan het begin van de jaren tachtig ebde de belangstelling echter weg. Veel ondernemingen stopten met het publiceren van maatschappelijke jaarverslagen, zo merkt hij op. De prioriteit lag bij het gezond maken van de nationale economieën. Aan het einde van de jaren tachtig brachten financiële misstanden en milieuschandalen MVO echter weer terug op de maatschappelijke agenda.

Overigens lijkt het personeel van ABN AMRO de dupe geworden van de overnamestrijd die in 2007 plaatsvond tussen Barclays en het consortium bestaande uit Royal Bank of Scotland, Fortis en Santander.⁶ Boot, Grapperhaus en Van der Heijden concluderen uit de ABN AMRO-casus dat een onderneming 'koopwaar' is, en vinden dat er een nieuw evenwicht moet komen, waarbij ook de belangen van werknemers en alle andere stakeholders in ogenschouw worden genomen.⁷ Ik denk dat het vanuit een gedachte van 'maatschappelijk verantwoord beleggen' zou hebben gepast indien de aandeelhouders bij hun keuze voor het bod van Barclays danwel voor dat van het consortium, het belang van andere stakeholders, zoals het personeel, hadden

4. Milton Friedman, 'The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits', in: Tom L. Beauchamp en Norman E. Bowie, *Ethical Theory and Business*, 2nd edition, Englewood Cliffs N.J.: Prentice Hall 1983.
5. Sociaal Economische Raad, *De winst van waarden, advies over maatschappelijk ondernemen*, Advies 00/11, 's-Gravenhage: 2000.
6. Arie van der Zwan, 'Nederland verdedigt zijn nationale belangen slecht', *de Volkskrant* 5 mei 2007.
7. Arnoud Boot, Ferdinand Grapperhaus en Paul van der Heijden, 'Werknemersbelang in de knel geraakt', *de Volkskrant* 12 mei 2007.

laten meewegen. Hierbij hadden zij bij hun keuze ook de maatschappelijke kosten van het banenverlies in acht kunnen nemen.

2.2.5.2 Corporate governance

Het begrip 'corporate governance' domineert sinds enkele jaren de berichtgeving over ondernemingen. Als gevolg van boekhoudschandalen bij WorldCom, Enron en Parmalat is de afgelopen tien jaar in maatschappelijk opzicht de aandacht gevestigd op de manier waarop bestuurders verslag doen van de financiële resultaten van de vennootschap, het verband met beloningen van bestuurders in aandelen en aandelenoptierechten, het toezicht daarop door de RvC, en de rol van de accountant bij de controle van de jaarrekening. In de Verenigde Staten is in dit verband in 2002 de Sarbanes-Oxley-wetgeving (SOx) ingevoerd. Dit is strenge wetgeving op het gebied van corporate governance, met zware straffen voor overtreders. In Nederland is geen wetgeving ingevoerd, maar zijn er aanbevelingen gedaan, die ertoe hebben geleid dat op 1 januari 2004 de Tabaksblat Code in werking is getreden.

In internationaal verband heeft de OESO aandacht besteed aan corporate governance. In de 'OECD Principles of Corporate Governance' zijn niet-verbindende 'standards' en 'good practices' opgenomen, met de bedoeling om regeringen te assisteren bij de evaluatie en verbetering van hun 'corporate governance'-raamwerk.⁸ In EU-verband heeft de Commissie Winter (2002) aanbevolen om geen Europese 'corporate governance' code te verordonneren, maar om de aandacht te richten op de coördinatie van de verschillende codes die de lidstaten hebben geïmplementeerd.

Juist in de periode dat corporate governance in Nederland meer aandacht kreeg, openbaarden zich in 2005 schandalen bij Ahold. In eerste instantie leek sprake van een boekhoudschandaal, maar uiteindelijk ging het om corporate governance.⁹ Ook de problemen die ABN AMRO in 2007 ondervond ten aanzien van de voorgenomen fusie met Barclays kunnen worden samengevat als een corporate governance kwestie.¹⁰ De discussie over de verkoop van dochtervennootschap LaSalle aan Bank of America laat zien dat de macht van de aandeelhouders wellicht is doorgeschoten.¹¹

8. Organisation for Economic Co-operation and Development, 'OECD Principles of Corporate Governance', Parijs: OECD 2004.

9. In Rechtbank Amsterdam 22 mei 2006, nrs. 13/993039-04, 13/993016-03, en 13/993222-04, www.rechtspraak.nl, werd geoordeeld dat de Ahold-top in redelijkheid mocht menen dat het Nederlandse recht haar toestond dat zij haar joint ventures consolideerde, en dat er daarom geen sprake was van een 'Ahold-boekhoudschandaal'. De Ahold-top had echter wel het vertrouwen dat werknemers, klanten, beleggers, de RvC en de accountant in hen stelden, in ernstige mate geschonden.

10. In HR 13 juli 2007, Rek.nrs. R07/100HR (OK 135), R07/101HR (OK 136) en R07/102HR (OK 137), www.rechtspraak.nl, is beslist dat ABN AMRO de verkoop van LaSalle mocht doorvoeren zonder raadpleging van de aandeelhouders. Aan de ava komt bij het ontbreken van een wettelijke of statutaire regeling géén goedkeuringsrecht toe op basis van ongeschreven recht, en het bestuur heeft in dit verband geen consultatieplicht.

11. Arie van der Zwan, 'Nederland verdedigt zijn nationale belangen slecht', *de Volkskrant* 5 mei 2007.

Bij Stork ontstond in 2006 en 2007 een vergelijkbare situatie. Als gevolg van een overnamestrijd tussen het IJslandse LME Eignarhaldsfélag ehf (LME) en het Britse Candover werd Stork speelbal van aandeelhouders met verschillende belangen.¹² Uiteindelijk kozen de aandeelhouders begin 2008 voor een overname door Candover.

Door de uitwerking in wetgeving en codes wordt corporate governance vaak als onderdeel van het ondernemingsrecht beschouwd. Slagter (2005) merkt naar mijn mening echter terecht op dat het in de eerste plaats een intern-organisatorisch vraagstuk is, meer dan juridisch. De oorsprong van het vraagstuk ligt in de bedrijfs-economie, en met name in de agentschaptheorie. In paragraaf 2.2.3 is met betrekking tot deze theorie beschreven dat de nadelige gevolgen van het opportunistisch handelen van de principaal en de agent kunnen worden beheerst door middel van systemen van 'incentives', 'monitoring' en 'bonding'. In de literatuur over corporate governance komen deze systemen terug. Raaijmakers en McCahery spreken bijvoorbeeld van verbetering van toezicht ('monitoring'), openheid door het management ('bonding') en openbaarmaking van vennootschappelijke gegevens ('disclosure').¹³ Voorts onderscheiden zij 'alignment', waarmee volgens hen de belangen van bestuurders en beleggers congruent worden gemaakt door de eis dat bestuurders tevens aandeelhouder dienen te zijn en door het toekennen van aandelenoptierechten.

Overigens komt corporate governance ook tot uitdrukking in het jaarverslag. In dit verband wijzen Raaijmakers en McCahery op de ontwikkeling van het vakgebied 'law and economics' in de Verenigde Staten. Corporate governance heeft dus raakvlakken met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. Om die reden besteed ik in hoofdstuk 3 en 4, bij de beschrijving van verbondenheid in het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht, ook aandacht aan het verschijnsel.

2.2.6 *Multinationale ondernemingen*

In de literatuur over de 'multinationale onderneming' (MNO) is een aantal aangrijpingspunten te vinden voor de omschrijving van verbondenheid, en met name voor het begrip 'concern'. De literatuur is vooral interessant omdat concernsituaties hierin concreet aan de orde komen, terwijl in andere thema's in de bedrijfseconomie veeleer het abstractere begrip 'onderneming' wordt gehanteerd. In dit verband gebruikt Van Achterberg (1989) de literatuur over de MNO voor een kritische analyse van het begrip 'groep' in art. 2:24b BW. Ze beschrijft dat er in deze literatuur kenmerken van organisatorische verbondenheid worden beschreven, die aangeven wat een 'concern' is. Zij noemt met name: de hiërarchische organisatiestructuur, een gecon-

12. Daan van Lent, 'Stork is regie over eigen toekomst volledig kwijt', *NRC Handelsblad* 17 september 2007.

13. M.J.G.C. Raaijmakers en J.A. McCahery, *Corporate Governance and capital markets, an international perspective*, Stichting Maatschappij en Onderneming (SMO) 2000, www.smo.nl.

traliseerd planning- en controlesysteem, management development, interne richtlijnen en procedures en het bestaan van centrale stafdiensten.

Casson (1986) beschrijft dat de literatuur over de MNO vooral is gericht op een verklaring van het feit dat veel Amerikaanse ondernemingen na de Tweede Wereldoorlog investeerden in Europese bedrijven. De literatuur kan gedeeltelijk worden geplaatst in het verlengde van de 'theory of the firm'. Dunning, Cantwell en Corley (1986) beschrijven in dit verband dat een MNO voordelen heeft in de vorm van lagere transactiekosten.

In de literatuur is de 'multinationale onderneming' op verschillende wijzen gedefinieerd. Fröhlich (1976) gaat bijvoorbeeld uit van de definitie:

'een groep bedrijven in verschillende landen onder een management.'

Van den Bulcke (1975) beschrijft op basis van een vergelijking van 50 definities van de MNO dat de meerderheid van de auteurs hierbij denkt aan:

'... firma's die meerdere productie-eenheden bezitten of controleren over de ganze wereld, een substantieel percentage van hun middelen of inkomsten uit deze buitenlandse activiteiten betrekken, qua kapitaal en management internationaal zijn opgesteld en waarvan het hoofdhuis een globale strategie voert, waaraan het beleid van de dochterondernemingen ondergeschikt is.'

In de Amerikaanse literatuur draait het bij de definitie van een MNO om 'control'. Hertner en Jones (1986) spreken over:

'... an enterprise that controls and manages production establishments – plants – located in at least two countries.'

Buckley (1985) noemt onder meer de volgende definitie:

'... a firm which owns or controls income generating assets in more than one country.'

Dymsza (1972) gaat ook uit van een eenheid van beleid, en citeert Vernon:¹⁴

'The term multinational enterprise is sometimes confusing and always imprecise; but what I have in mind is simply a cluster of corporations of diverse nationality joined together by a common management strategy.'

14. R. Vernon, 'Economic sovereignty at Bay', *Foreign Affairs*, October 1968, vol. 7, no. 1.

Dymsza citeert ook Behrman:¹⁵

'It is not an agglomeration of various domestic companies loosely held together by equity ownership; rather it is a closely controlled single enterprise doing business in a number of national markets under different governments that achieves "unity through diversity".'

In dit verband spreekt Jacoby (1973) van:

'... responsive to a management located in a foreign nation.'

In de verschillende definities van de MNO neemt de 'eenheid van beleid' en 'control' dus een belangrijke plaats in. Het centrale beleid bindt de ondernemingen. Dit vind ik een belangrijk aangrijpingspunt, omdat het de relevantie van organisatorische verbondenheid in een 'concern' benadrukt.

Dymsza (1972) beschrijft dat er binnen de organisatiestructuur van de MNO 'lines of authority and responsibility' moeten worden gevestigd tussen het topmanagement en de leiding van de divisies en buitenlandse dochterondernemingen. Hij maakt hierbij onderscheid tussen de statutaire organisatie en de managementorganisatie. Juridische vereisten kunnen tot gevolg hebben dat ondernemingen aparte buitenlandse organisaties opzetten met een management dat bestaat uit de lokale nationaliteit in het management. Volgens Dymsza gaat het niet om deze formele, statutaire organisatie, maar om het daadwerkelijke besluitvormingsproces. In dit verband waarschuwt Casson (1986) dat de juridische huls van een onderneming verwarrend kan werken:

'The legal privileges afforded by a liberal constitution encourage business leaders to clothe their activities in a corporate "shell". The legal shell provided by incorporation may well, however, disguise the true locus of economic power within the firm.'

Ook Van den Bulcke (1975) kiest voor een materieel-economische benadering. Hij beschrijft een onderzoek naar de beslissingsmacht van het management van de multinationale dochteronderneming, waaruit blijkt dat de autonomie ten aanzien van investeringsbeslissingen het sterkst wordt beknot. Andere aspecten die te bezien zijn bij de vraag naar de autonomie zijn beslissingen over productieplanning, budgetcontrole, kostprijscalculatie, marketing en loon- en personeelsbeleid. Hieruit kan worden afgeleid dat het niet alleen gaat om het kunnen benoemen van het management van de dochteronderneming, maar ook om het daadwerkelijk kunnen beïnvloeden hiervan.

15. J. Behrman, *Some patterns in the rise of multinational enterprise*, Chapel Hill, N.C.: University of North Carolina 1969.

Om enige integratie van de wereldwijde bedrijfsactiviteiten te verkrijgen, vindt Dymsza dat het topmanagement een coördinerende taak moet hebben ten aanzien van de diverse activiteiten van de divisies en buitenlandse dochterondernemingen. Verder moet het de langetermijndoelstellingen en -richtingen bepalen, en heeft het de taak om tot schaalvoordelen te komen ten aanzien van de wereldwijde integratie van logistieke activiteiten, financiering, research en andere functies. Volgens Dymsza is de financieringsstrategie een belangrijk instrument voor de MNO om tot coördinatie en integratie van de wereldwijde bedrijfsactiviteiten te komen. MNO's hebben volgens hem de neiging om financiële planning te centraliseren, meer dan andere functies. De gecentraliseerde financiële planning kan de locatie van winstcentra bepalen, het raamwerk van investeringsbeslissingen, evenals de bronnen en allocatie van financiering voor belangrijke dochterondernemingen en divisies en de gehele groep. Voorts gaat het om het formuleren van beleid met betrekking tot buitenlandse financiering, kapitaalstructuur, dividendpolitiek en de bescherming van de activa van de onderneming over de gehele wereld. In dit verband valt op dat centrale financiering iets zegt over zowel organisatorische verbondenheid als financiële verbondenheid.

In de literatuur over de MNO komt de vraag aan de orde in welke mate een onderneming de eenheid van beleid kan afdwingen door middel van kapitaalbelangen in de buitenlandse ondernemingen. Jacoby (1973) merkt in dit verband op dat het verkrijgen van de volledige eigendom het mogelijk maakt om bij een onderneming 'corporate discipline' af te dwingen. Volgens Aharoni (1973) zegt het bezit van een kapitaalbelang echter maar weinig over het kunnen uitoefenen van zeggenschap:

'Conceptually, it is a well-known fact that in large business corporations ownership is not synonymous with control ... The analysis of the ownership tells us very little about the distribution of power, authority, or decision-centres within the corporation.'

Adriaansen (1978) beschrijft dat directe of actieve investeringen niet alleen zijn gericht op kapitaaloverdracht, maar ook op overdracht van technische kennis, bedrijfservaringen en managementtechnieken. Bij de indirecte of passieve investeringen gaat het alleen om kapitaaloverdracht. Met actieve investeringen wordt bedoeld om samen met de kapitaaloverdracht invloed te verkrijgen in de onderneming, ofwel zeggenschap. Bij passieve investeringen is de investeerder formeel-juridisch weliswaar aandeelhouder van de onderneming, maar verdedigd kan worden dat deze materieel beschouwd geen andere positie inneemt dan een verschaffer van vreemd vermogen.

In de literatuur is ook aandacht besteed aan de vraag hoe groot het kapitaalbelang in een buitenlandse onderneming moet zijn om te kunnen spreken van een MNO. Volgens Hertner en Jones (1986) variëren de definities van buitenlandse directe investeringen per land, en in de loop der tijd wijzigen zij bovendien. Tot 1914 hanteerde een Britse schrijver een grens van 30% bij het beschrijven van de buitenlandse investeringen. Het 'US Department of Commerce' hanteerde tot de jaren zestig een bezitscrite-

rium van 25% van het aandelenkapitaal. Nadien werd dit criterium 10%. Hertner en Jones concluderen echter, net als Aharoni:

'In any case, shareholding percentages are a poor measure of control, and it is control over a foreign business which is the essential basis of the concept of the multinational.'

De centrale gedachte is dus dat het bezit van een kapitaalbelang in feite niets zegt over de 'eenheid van beleid', hetgeen naar mijn mening duidt op een beperkt belang van financiële verbondenheid.

In het kader van de eigendomstrategie van MNO's beschrijft Dymcza (1972) de voor- en nadelen van joint ventures met lokale partners. Voordelen kunnen worden behaald op het gebied van lokale medefinanciering en een kleiner valutakoersrisico. Voorts kan via lokale samenwerking eenvoudig gekwalificeerd personeel en management, kennis over marketing en distributie, en zekerheid over de toevoer van grondstoffen worden verkregen. Tussen de joint venture partners kunnen echter verschillen van mening ontstaan over zaken als dividendbeleid, herinvestering van winsten, export naar derde landen, 'transfer pricing', managementkeuze en beloning, en de mate van expansie. In het verleden hebben veel MNO's daarom gekozen voor het verkrijgen van 'wholly-owned subsidiaries'. Dymcza merkt echter op dat MNO's in joint venture situaties toch doorslaggevende beleidsinvloed kunnen uitoefenen door middel van aanvullende overeenkomsten, zoals management-, licentie- en franchiseovereenkomsten. Ook Dymcza is van mening dat volledige eigendom in de vorm van een kapitaalbelang niet zaligmakend is:

'Full ownership does not necessarily assure a company of complete control over overseas affiliates, especially over the long term. The multinational company can obtain some key aspects of control over joint venture affiliates when it selects appropriate partners, conclude mutually advantageous contracts, in some cases enters into technology and management contracts, and contributes various scarce resources. Furthermore, the multinational company should balance any loss in control suffered by sharing ownership with other benefits such as identification with national interests and long-term survival and profitability.'

Stopford en Wells (1972) zien in dit verband op basis van onderzoek bij MNO's een verschuiving van 'wholly-owned subsidiaries' naar joint ventures. Van den Bulcke (1975), Fröhlich (1976) en Buckley (1985) bevestigen deze trend. Buckley merkt hierover nog op dat ook bij een minderheidsbelang nog steeds sprake kan zijn van 'control', namelijk indien de andere investeerders nog kleinere belangen houden:

'For instance a (foreign) investor holding 30 per cent of the voting equity in a company where no other investor holds more than 10 per cent is more likely to exercise control, in spite of his minority holding, than he would be

if he held 49 per cent, with the other 51 per cent in one person's or company's hands.'

Van den Bulcke (1994) beschrijft bijna twintig jaar later dat aan het einde van de twintigste eeuw zogenoemde 'strategic alliances' ofwel samenwerkingsovereenkomsten een nog hogere vlucht hebben genomen. In paragraaf 2.2.7 ga ik nader in op deze strategische allianties.

Van den Bulcke merkt op dat tot voor kort werd aangenomen dat wereldwijde MNO's in het laatste stadium waren van het multinationalisatieproces. Echter, volgens hem ontstaat nu de bewustwording dat er door middel van overeenkomsten een complex netwerk van 'interfirm global co-operation' wordt gevormd. In dit verband bespreken Forsgen en Pahlberg, en ook Roth en Morrison, een trend dat MNO's veranderen in een meer complex netwerk van geografisch verspreide, min of meer onderling afhankelijke besluitvormingscentra.¹⁶ Deze lokale besluitvormingscentra oefenen naast het hoofdkantoor een groot deel van de invloed uit op de ontwikkeling van de MNO als geheel. Van den Bulcke verwacht dat de meeste MNO's naar een dergelijke 'multi-centre'-structuur zullen toegroeien.

In vergelijkbare zin spreken Campbell en Verbeke (2000) van 'multiple centres of strategic decision-making', waarbij de MNO kan worden beschouwd als een netwerk van relaties tussen verschillende organisatorische eenheden. Dit omvat de relaties tussen het hoofdkantoor en de verschillende dochterondernemingen, maar ook de relaties tussen een dochteronderneming en externe partijen zoals klanten, toeleveranciers, concurrenten en toezichhouders. De relatie tussen het hoofdkantoor en de dochterondernemingen gaat uit van coöptatie ('co-opting mode'), en is veeleer gebaseerd op de wederzijds gedeelde en geaccepteerde principes dan op hiërarchie.

In dit verband gaan Francesco en Gold (1998) in op het begrip 'heterarchy'. Dit is een vorm van een multinationale organisatie die zowel kenmerken van een hiërarchische structuur als een marktgerichte structuur heeft. De marktgerichte elementen komen tot uitdrukking in transacties met niet-verbonden partijen. Bij het element hiërarchie gaat het om transacties tussen verbonden partijen. Die verbondenheid kan voortvloeien uit eigendom ('ownership'), of uit contracten zoals arbeids-overeenkomsten. Bij deze 'heterarchy' wordt de multinationale structuur van de onderneming zodanig ontworpen dat ideeën, producten, technologie en andere functies kunnen voortkomen uit elk element in het systeem.¹⁷ Dit in tegenstelling tot de 'traditional hierarchy', waarbij ideeën, producten, technologie en andere functies afkomstig zijn van het hoofdkantoor. Een belangrijk kenmerk van de 'heterarchy' is dat het management van de dochtervennootschappen binnen het concern als geheel een strategische rol speelt, en dat het belang van het hoofdkantoor is verwaterd.

16. M. Forsgen en C. Pahlberg, 'Subsidiary influence and autonomy in international firms', *Scandinavian International Business Review*, 1992/3, en K. Roth en A. Morrison, 'Implementing Global Strategy: characteristics of global subsidiary management', *Journal of International Business studies*, 1992/4, beide ontleend aan Van den Bulcke (1994).

17. G. Hedlund, 'The hypermodern MNC – A heterarchy?', *Human Resource Management* 25(1), 1986, ontleend aan Francesco en Gold (1998).

Uit het ontstaan van de zogenoemde 'multi-centre'-structuren en 'heterarchy' kan worden afgeleid dat organisatorische verbondenheid een dynamisch begrip is. De omschrijving van verbondenheid tussen lichamen lijkt daarom ook regelmatig te moeten worden herzien om de aansluiting met de maatschappelijke ontwikkelingen niet te verliezen.

2.2.7 *Strategische allianties*

Er kunnen ook aangrijpingspunten voor de omschrijving van verbondenheid worden gevonden in de literatuur over 'strategische allianties'.

Groot en Dekker (2002) beschrijven dat bedrijven steeds meer gebruikmaken van samenwerkingsvormen. Dit stelt hen in staat om doelstellingen te bereiken die zelfstandig niet haalbaar zouden zijn geweest, of pas veel later zouden kunnen worden bereikt. Ook Snel concludeert dat samenwerking tussen bedrijven tot een beter resultaat leidt.¹⁸ Samenwerking vindt in verschillende hoedanigheden plaats, zo blijkt uit zijn onderzoek. In veel gevallen is sprake van informele, losse contacten in de vorm van een lidmaatschap bij een ondernemers-, branche- of beroepsorganisatie. De samenwerking kan ook min of meer formeel zijn vastgelegd, waarbij partijen onderling verplichtingen hebben tegenover elkaar.

Ondernemingen kunnen samenwerken zonder financieel of organisatorisch met elkaar verweven te raken. Dat is het geval bij reguliere markttransacties. Om te kunnen spreken van 'allianties' moet een bepaalde mate van financiële en organisatorische verbondenheid bestaan. Van Gils (2000) maakt hierbij onderscheid tussen 'tactische allianties' en 'strategische allianties'. Bij tactische allianties is alleen sprake van informatiedeling. Organisaties worden hierbij niet afhankelijk van elkaar. Ingeval van strategische allianties wordt er meer gedeeld. Het gaat dan om kennisdeling of een minderheidsdeelneming. De wederzijdse afhankelijkheid van de organisaties is dan ook groter. Een volgende stap na een strategische alliantie is een fusie of acquisitie, die gepaard gaat met volledige afhankelijkheid en brondeling. Bij strategische allianties gaat het dus met name om organisatorische verbondenheid, en in mindere mate om financiële verbondenheid.

Uit onderzoek blijkt dat het belang van strategische allianties in de afgelopen jaren sterk is toegenomen.¹⁹ Boot en Schmeits spreken in dit verband van 'netwerkachtige schakeringen' van ondernemingen, waarbij ondernemingsgrenzen veranderen en vervagen.²⁰ In dezelfde zin merken Nohria en Eccles op:²¹

18. D. Snel, *Minirapportage: Samenwerking loont*, EIM Zoetermeer 2004.

19. De Man en Duysters (2002), Groot en Dekker (2002) en Van Elk en Van Lin (2005).

20. A. Boot en A. Schmeits, 'Onderneming en financiële markt', in: H. Schenk, *Herpositionering van ondernemingen*, Preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde 2001, Utrecht: Uitgeverij LEMMA BV 2001.

21. N. Nohria en R. Eccles, *Networks and Organization: Structure, Form and Action*, Boston: Harvard Business School Press 1992, ontleend aan Applegate (2006).

'If the old model of organization was the large, hierarchical organization, the new model that is considered characteristic of the New Competition is a network of lateral and horizontal interlinkages within and among firms.'

De Man en Duysters (2002) beschrijven dat strategische allianties in de jaren zestig vooral als doel hadden om toegang te verkrijgen tot gereguleerde markten. Sinds de jaren negentig zijn allianties vooral bedoeld om de mogelijkheden tot innovatie te vergroten. Groot en Dekker noemen ook kostenreductie en risicovermindering als doelstellingen van strategische samenwerking. Uit deze doelstellingen leidt af dat strategische allianties een verlengstuk zijn van de betrokken ondernemingen. Blijkbaar worden zij niet als afzonderlijke ondernemingen beschouwd, maar als een noodzakelijke stap buiten de grenzen van de onderneming van de participanten.

2.3 Management accounting

In enkele thema's in de management accounting kunnen aangrijpingspunten worden gevonden voor de omschrijving van 'verbondenheid'. Dit betreft de vaststelling van financiële prestatie maatstaven bij decentrale besturing van een organisatie en het 'transfer pricing'-beleid.

2.3.1 Prestatiemaatstaven bij verschillende vormen van decentrale besturing

In een multidivisionele organisatiestructuur kan de autonomie van de divisies variëren. Op basis hiervan worden verschillende financiële prestatie maatstaven voor de divisieleiding gehanteerd.

Indien een divisie geen invloed kan of mag uitoefenen op de vraag naar haar producten, en bijvoorbeeld alleen mag werken ten behoeve van andere divisies, wordt zij door Kaplan en Atkinson (1989) aangeduid als een 'kostencentrum'. Daarentegen is sprake van een 'winstcentrum' indien een divisie de omvang van haar activiteiten kan beïnvloeden en tevens de voorwaarden kan bepalen waartegen haar afzet plaatsvindt. Daarbij zal de divisie ook verantwoording moeten afleggen over de gemaakte kosten en de behaalde winst. De meest vergaande vorm in termen van autonomie is het 'investeringscentrum'. Daarvan is sprake indien de divisie niet alleen beslist over kosten en winst, maar ook over investeringen in productiemiddelen en werkkapitaal. Een investeringscentrum is eigenlijk als een zelfstandige organisatie te beschouwen.

Williamson (1985) duidt de organisatie waarin de divisies deze vrijheid hebben aan met de 'H-vorm', ofwel 'holding company'. Bij deze vorm speelt het topmanagement alleen een rol als aandeelhouder. Zolang de resultaten van de divisies voldoende zijn, zal het topmanagement niet ingrijpen. Wanneer die resultaten echter achterblijven, zou het topmanagement kunnen besluiten tot vervanging van de divisieleiding of tot verkoop van de divisie. Bij deze H-vorm ontbreekt de organisatorische verbondenheid. In feite vormen deze bedrijven geen 'concern', maar een 'conglomeraat'.

Emmanuel, Otley en Merchant (1990) noemen drie criteria waaraan het administratieve informatiesysteem moet voldoen om ervoor te zorgen dat er binnen een multi-divisionele organisatie uniforme doelen worden nagestreefd. In de eerste plaats dient de divisieleiding betrokken te zijn bij de vaststelling van de interne prestatie-maatstaven. Voorts moet er geen strikt verband bestaan tussen de beloning van de divisieleiding en de financiële prestatie-maatstaf. Ten slotte moeten de prestaties op een flexibele wijze worden geëvalueerd, met inachtneming van een lange termijn-horizon. Indien niet aan deze criteria wordt voldaan, denken Emmanuel, Otley en Merchant dat de leiding geneigd zal zijn alleen in het belang van de eigen divisie te handelen, en niet in het belang van de totale onderneming. Afwezigheid van beleid dat op doelcongruentie is gericht, kan naar mijn mening een teken zijn dat de divisies als zelfstandige, niet-gerelateerde bedrijven moeten worden beschouwd. Van organisatorische verbondenheid lijkt dan geen sprake.

2.3.2 *Transfer pricing*

Eccles (1985) komt op basis van een studie bij een aantal ondernemingen tot de conclusie dat het 'transfer pricing'-beleid van een onderneming onder meer afhankelijk is van de strategie die een onderneming hanteert ten aanzien van de verticale integratie. Indien een onderneming zich richt op verticale integratie van activiteiten, zal dit tot gevolg hebben dat er tussen de verschillende divisies een verplichting bestaat tot het verrichten van interne leveringen ('mandated internal transfers'). Indien er in een onderneming geen verplichting tot interne leveringen bestaat, zullen deze in principe plaatsvinden tegen een prijs die het resultaat is van onderhandelingen tussen de divisies ('exchange autonomy'). Eccles merkt op dat deze laatste situatie zich met name voordoet indien er sprake is van een aantal niet-gerelateerde bedrijven. Verplichtingen tot interne leveringen duiden in feite op organisatorische verbondenheid.

Eccles introduceert een concept voor de analyse van organisatietypen ('the manager's analytical plane', ofwel 'MAP'). Hij doet dit door verticale integratie en diversificatie met elkaar te combineren, waardoor vier standaardtypen van organisaties kunnen worden onderkend. Ten eerste is er de 'collectieve organisatie'. Dit type wordt gekenmerkt door een lage mate van verticale integratie en een lage diversificatie. Het beleid met betrekking tot interne leveringen is niet relevant, omdat die er nauwelijks zijn. Dit organisatietype geldt voor kleine bedrijven waarbij de strategie is vervat in de visie van de ondernemer in eigen persoon. Bij dit collectieve organisatietype lijken de divisies organisatorisch en economisch nauw met elkaar verbonden.

In de tweede plaats kan de 'coöperatieve organisatie' worden onderscheiden. Deze wordt gekenmerkt door een hoge mate van verticale integratie en een lage diversificatie. In dit type bestaat er hiërarchie tussen divisies, en is er sprake van verplichte interne leveringen. De divisies zijn kostencentra. Bij het coöperatieve organisatietype lijken de divisies eveneens nauw met elkaar verbonden in zowel organisatorisch als economisch opzicht.

De derde vorm is de 'competitieve organisatie'. Hierbij geldt een lage mate van verticale integratie en een hoge diversificatie. Bij dit type zijn de divisies autonoom, en zijn er geen verplichte interne leveringen. De divisies worden beschouwd als winstcentra. Bij dit competitieve organisatietype lijkt geen sprake van economische en organisatorische verbondenheid. Het is eerder een verzameling van zelfstandige, niet-gerelateerde bedrijven.

Het vierde en laatste type wordt de 'collaboratieve organisatie' genoemd. Bij dit type is sprake van een hoge mate van verticale integratie en een hoge diversificatie. De organisatie van de interne leveringen is een combinatie van hiërarchie en marktmechanisme. De divisies zijn zelfstandig, maar hun activiteiten hangen wel met elkaar samen, en de interne leveringen zijn gedeeltelijk verplicht. Zij worden beschouwd als kostencentra en winstcentra. Bij het collaboratieve organisatietype is sprake van zelfstandige, maar gerelateerde activiteiten, zodat hier ook sprake kan zijn van verbondenheid.

2.4 Conclusie

In verschillende thema's in de bedrijfseconomie kunnen aangrijpingspunten worden gevonden voor de omschrijving van verbondenheidsbegrippen voor lichamen.

Bij de beschrijving van verbondenheid in de interne-organisatieleer en de management accounting is met name organisatorische verbondenheid relevant. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de literatuur over de agentschaptheorie, waarin door middel van systemen van 'incentives', 'monitoring' en 'bonding' wordt getracht de nadelige gevolgen van het opportunistisch handelen van de principaal en de agent te beheersen. In de economische theorie van de transactiekosten speelt organisatorische verbondenheid ook een belangrijke rol. In dit kader is de typering van Chandler interessant, omdat deze onderstreept dat er – ongeacht de fase waarin een onderneming zich bevindt – belang wordt gehecht aan centrale leiding, coördinatie en beheersing. Om dezelfde reden is het onderscheid tussen U-vormige en M-vormige organisatiestructuren van belang.

Ook de literatuur over de MNO is interessant voor de omschrijving van verbondenheid. Hierin worden concrete concernsituaties behandeld, terwijl in andere bedrijfseconomische thema's veeleer het abstractere begrip 'onderneming' wordt gehanteerd. In deze literatuur neemt de 'eenheid van beleid' een belangrijke plaats in. Deze eenheid van beleid kan worden herkend in de aanwezigheid van centrale processen op het gebied van strategische planning, marketing, productie, logistiek, technologie, management development, financiering en investeringen. Ook dit duidt op organisatorische verbondenheid.

Uit het ontstaan van de zogenoemde 'multi-centre'-structuur en de 'heterarchy' kan voorts worden afgeleid dat organisatorische verbondenheid een dynamisch begrip is. De inhoud van verbondenheid lijkt daarom ook regelmatig te moeten worden herzien om de aansluiting met de maatschappelijke ontwikkelingen niet te verliezen.

Ook economische verbondenheid is belangrijk. Dit blijkt bijvoorbeeld uit Coase's opvattingen dat onderdelen tot een 'concern' kunnen worden gerekend indien zij hun activiteiten tegen lagere kosten kunnen verrichten dan een marktpartij dat zou kunnen doen.

In de economische theorie van de transactiekosten wordt aandacht besteed aan integratie en diversificatie. Integratie zal in de regel leiden tot een verzameling van activiteiten binnen een organisatie die met elkaar verband houden. Dit duidt op het belang van economische verbondenheid voor de begrippen 'concern' en 'verbondenheid'. Bij diversificatie zal er niet in alle gevallen sprake zijn van samenhangende bedrijfsactiviteiten, met name wanneer een onderneming zich richt op het voortbrengen van niet-gerelateerde producten. Economische verbondenheid lijkt daarom van belang om een onderscheid aan te brengen tussen een 'concern', waarin de activiteiten van de verschillende onderdelen samenhangen, en een 'conglomeraat', waarin die samenhang ontbreekt.

Aan financiële verbondenheid wordt in de bedrijfseconomie nauwelijks belang toegekend. In de literatuur over de MNO is de centrale gedachte dat het bezit van een kapitaalbelang in feite niets zegt over de 'eenheid van beleid'. De trend van een afname van 'wholly-owned subsidiaries' ten gunste van joint ventures geeft in dit verband stof tot nadenken. Hieruit kan worden afgeleid dat verbondenheid niet per se samenhangt met een kapitaalbelang.

In de literatuur over strategische allianties wordt verbondenheid tussen ondernemingen afgeleid uit samenwerking op basis van afspraken en onderling vertrouwen, en ook niet zozeer uit een kapitaalbelang. Financiële verbondenheid vervult dus geen hoofdrol; organisatorische verbondenheid is belangrijker.

HOOFDSTUK 3

Ondernemingsrecht

3.1 Inleiding

Het ondernemingsrecht bestaat uit een aantal verschillende rechtsgebieden. Storm en Van Steenberghe (2000) maken in dit verband onderscheid tussen ondernemingsrecht en sociaal-economisch recht. Ondernemingsrecht heeft volgens hen direct te maken met de onderneming als organisatorische eenheid en is in de eerste plaats naar binnen gericht. Sociaal-economisch recht is juist gericht op de onderneming in haar externe betrekkingen. In dit verband rekenen zij het mededingingsrecht en het wettelijk financieel toezicht tot het sociaal-economisch recht. In het kader van deze studie beschouw ik deze rechtsgebieden echter gemakshalve ook als delen van het ondernemingsrecht.

In de ondernemingsrechtelijke literatuur wordt ook wel gesproken over ‘vennootschapsrecht’. Slagter (2005) geeft aan dat het vennootschapsrecht gevoelig is voor veranderingen in maatschappelijke opvattingen en stromingen, en noemt in dit verband een aantal ‘lange golven’. Eén van die lange golven is de ontwikkeling van het vennootschapsrecht tot het ondernemingsrecht, en wel in twee betekenissen. In de eerste plaats zijn de regelingen van het ondernemingsrecht niet alleen gericht op de BV en NV, maar ook op andere rechtsvormen. Ten tweede gaat het niet alleen om de rechtspositie van de vennoten of aandeelhouders, maar om die van alle belanghebbenden bij een onderneming. Dit is de ‘stakeholdersbenadering’, die ook in hoofdstuk 2 is behandeld. Overigens is de relevantie van de stakeholdersbenadering voor het ondernemingsrecht door de Hoge Raad bevestigd in de zaak over de voorgenomen verkoop van dochtervennootschap LaSalle door ABN AMRO aan Bank of America.¹ De benadering was ook één van de uitgangspunten in de uitspraak van de Ondernemingskamer in de zaak Stork.²

1. In HR 13 juli 2007 (*ABN AMRO*), rek.nrs. R07/100HR (OK 135), R07/101HR (OK 136) en R07/102HR (OK 137), www.rechtspraak.nl, is beslist dat het bestuur van ABN AMRO Holding ten volle bevoegd was om te besluiten tot een fusie, zonder hierbij voorafgaand de afa te betrekken. Hierbij overwoog de Hoge Raad in r.o. 4.5: ‘Ook hier geldt dat het bestuur bij de vervulling van zijn bij wet of statuten opgedragen taken het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming behoort voorop te stellen en de belangen van alle betrokkenen, waaronder die van de aandeelhouders, bij zijn besluitvorming in aanmerking behoort te nemen.’
2. In OK 17 januari 2007 (*Stork*), nr. 15/2007 OK, www.rechtspraak.nl, stelde de Ondernemingskamer vast dat het door de directie gevoerde beleid brede steun ondervond van de aandeelhouders, de RvC, de COR, de werknemers, de werknemersorganisaties en de zakelijke relaties, maar ook door de belangenorganisatie VEB.

In dit hoofdstuk onderzoek ik aangrijpingspunten die in het ondernemingsrecht kunnen worden gevonden voor de omschrijving van verbondenheid tussen lichamen en tussen lichamen en natuurlijke personen. Achtereenvolgens komen eenmansondernemingen en personenvennootschappen aan de orde, alsmede het rechtspersonenrecht met de begrippen 'groep', 'dochtermaatschappij' en 'deelneming'. In dit kader wordt tevens ingegaan op de ondernemingsrechtelijke aspecten van 'corporate governance'. Voorts wordt aandacht besteed aan het medezeggenschapsrecht, mededingingsrecht, faillissementsrecht en het financieel toezichtsrecht op ondernemingen. Ik behandel ook de verbondenheid die blijkt uit de literatuur over de vraag of het concernrecht een afzonderlijk rechtsgebied zou moeten zijn. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

3.2 Eenmansondernemingen

In het ondernemingsrecht ontbreekt een wettelijke regeling voor eenmansondernemingen. Bij deze ondernemingsvorm is de ondernemer zelf de rechthebbende tot de onderneming. Raaijmakers (2006) beschrijft dat de ondernemer de onderneming in eigendom heeft, daarover de beheers- en beschikkingsmacht uitoefent, deze financiert, recht heeft op de opbrengsten, het risico draagt en direct of indirect leiding geeft. Zowel de zeggenschap als de leiding berusten dus bij de ondernemer zelf. Er is geen sprake van een interne scheiding tussen 'ownership' en 'control' zoals bij aandelenvennootschappen. De ondernemer vormt in zowel financieel als organisatorisch opzicht een eenheid met zijn onderneming, hetgeen duidt op financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid.

3.3 Personenvennootschappen

In het ondernemingsrecht kunnen verschillende soorten personenvennootschappen worden onderscheiden. Op dit moment betreft dit de maatschap, zoals geregeld in art. 7A:1655 BW, de VOF in de zin van art. 16 WvK, en de CV als bedoeld in art. 19 WvK. Raaijmakers (2006) wijst in dit verband ook op het EESV en de rederij.

Het huidige personenvennootschapsrecht bestaat uit sterk verouderde, onduidelijke, niet geïntegreerde en onvolledige wetgeving.³ De wettelijke bepalingen met betrekking tot de maatschap, VOF en de CV staan te ver verspreid in verschillende wetten, en sluiten niet meer aan bij de dagelijkse praktijk. In dit kader is thans het wetsvoorstel 'Titel 7.13 BW' (28 746) aanhangig, op basis waarvan de maatschap en VOF zullen verdwijnen. Hierbij zullen de huidige Titel 9 Boek 7A BW en Titel 3 WvK worden ver-

3. D.F.M.M. Zaman, 'De stand van zaken van het Wetsvoorstel Personenvennootschappen en het Overgangsrecht', *WFR* 2007, p. 809.

vangen door een nieuw in te voeren Titel 13 Boek 7 BW.⁴ In deze titel zullen personenvennootschappen worden ingedeeld in drie basisvormen, namelijk de SV, OV en CV. Een belangrijke vernieuwing is voorts dat vennoten ervoor kunnen kiezen om de OV of CV rechtspersoonlijkheid te laten verkrijgen. Hierdoor ontstaat een OVR of CVR. Het doel hiervan is dat de OVR en de CVR als rechtssubject worden erkend, zodat goederenrechtelijke aspecten van de samenwerking kunnen worden vereenvoudigd. In art. 7:804 lid 2 (voorstel) BW wordt bepaald dat indien in enigerlei wetgeving wordt gesproken over rechtspersonen, hiermee niet wordt bedoeld op de OVR, tenzij uit de wet anders blijkt. Andere wettelijke gevolgen die rechtens worden verbonden aan het bezit van rechtspersoonlijkheid, gelden dus niet voor de OVR en CVR. Overigens heeft de Minister van Justitie nog de invoering van een 'limited liability company', ofwel LLC, en een 'limited liability partnership', ofwel LLP, overwogen.⁵ Het kabinet leidt echter uit onderzoek af dat er geen aanleiding is om dergelijke nieuwe rechtsvormen te introduceren: met de in gang gezette herziening van de personenvennootschap en de hierna te beschrijven flexibilisering van het BV-recht krijgen ondernemers al veel meer mogelijkheden voor maatwerk bij de inrichting van de rechtsvorm.⁶

Raaijmakers (2006) merkt op dat de vennoten in een personenvennootschap hun gezamenlijke controle over de onderneming en de onderlinge verhoudingen zelf moeten bepalen. Hierbij zijn de partners gezamenlijk gerechtigd tot de onderneming, en oefenen zij gezamenlijk de beheers-, beschikkings- en vertegenwoordigingsmacht uit. Ook ten aanzien van een personenvennootschap geldt dus dat 'ownership' en 'control' in beginsel in handen zijn van dezelfde personen. Hieruit kan worden afgeleid dat de vennoten in financieel en organisatorisch opzicht een eenheid vormen met de onderneming die in de vorm van de vennootschap wordt uitgeoefend. Dit duidt op een gelijktijdige financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid. Echter, onder het nieuwe personenvennootschappenrecht zal een grote mate van contractuele vrijheid bestaan, hetgeen de mogelijkheid biedt om afzonderlijke bestuursorganen in het leven te roepen.⁷ Hierdoor zou ten aanzien van bijvoorbeeld een OV een vergelijkbare scheiding tussen 'ownership' en 'control' kunnen worden bereikt als bij een BV of NV. Als gevolg van de contractuele vrijheid zou die scheiding bij de OV in theorie zelfs groter kunnen zijn dan die bij de BV of NV. De parallelliteit van financiële en organisatorische verbondenheid hoeft dan niet per se aanwezig te zijn.

4. Overigens zullen Titel 9 Boek 7A BW en Titel 3 WvK wetstechnisch vervallen door middel van het wetsvoorstel 'Invoering titel 7.13 BW' (31 065), dat op 11 juni 2007 bij de Tweede Kamer is ingediend. De vaste commissie van Justitie heeft op 15 mei 2007 besloten om de bespreking van het wetsvoorstel 'Titel 7.13 BW' (28 746) aan te houden, totdat het wetsvoorstel 'Invoering titel 7.13 BW' (31 065) naar de Eerste Kamer is gestuurd. Beide wetsvoorstellen zullen dan gezamenlijk worden behandeld. Op het moment dat het manuscript van dit boek werd afgerond, werd gestreefd naar inwerkingtreding op 1 januari 2009.
5. *Kamerstukken I 2006/07*, 28 746, nr. E, p. 5 en 15, en *Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 5.
6. *Kamerstukken II 2007/08*, 29 752, nr. 6, p. 2.
7. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 746, nr. 3, p. 16 en 18.

3.4 Rechtspersonen

Boek 2 BW omvat het rechtspersonenrecht voor de vereniging, stichting, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, BV en NV.⁸ Uit art. 2:8 BW blijkt ten aanzien van rechtspersonen een samenwerkingsgedachte. Op basis van deze bepaling moeten de rechtspersoon en degenen die krachtens wet of statuten bij de organisatie zijn betrokken, zich jegens elkaar gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Dit sluit aan bij de 'stakeholdersbenadering' die in hoofdstuk 2 is beschreven. Tevens biedt dit steun voor het gebruik van open normen. Op deze rechtstheoretische kwestie ben ik in hoofdstuk 1 nader ingegaan.

Vanwege de aangrijpingspunten met de omschrijving van verbondenheidsbegrippen sta ik hierna stil bij enkele bepalingen die gelden voor de BV en NV. Hierbij richt ik mij op de regels voor de BV en ga ik niet afzonderlijk in op de wetsbepalingen voor de NV, omdat deze voor wat betreft de aangrijpingspunten vergelijkbaar zijn.⁹ Vervolgens beschrijf ik de algemene bepalingen met betrekking tot de begrippen 'groep', 'dochtermaatschappij' en 'deelneming'. Ik beschrijf ook kort de structuurregeling en het enquêterecht. Ten slotte ga ik in op de ondernemingsrechtelijke aspecten van 'corporate governance'.

3.4.1 BV en NV

De wettelijke regels met betrekking tot de BV en NV zijn opgenomen in Titel 4 en 5 Boek 2 BW. Specifiek ten aanzien van de BV is op 31 mei 2007 het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058) ingediend bij de Tweede Kamer. Dit wetsvoorstel biedt ruimere mogelijkheden voor aandeelhouders om hun onderlinge verhoudingen te regelen. Een belangrijk element van het voorstel is de bepaling van art. 2:192 lid 1 (voorstel) BW, op grond waarvan aandeelhouders naast de vennootschap aansprakelijk kunnen zijn jegens derden. Voorts is art. 2:228 lid 4 en 5 (voorstel) BW van belang; dit biedt de mogelijkheid om stemrechtloze aandelen of winstrechtloze aandelen te introduceren, of een flexibele verdeling van het stemrecht. Met de flexibilisering van het BV-recht zal een wettelijke regeling ontstaan die meer differentiatie tussen BV's mogelijk maakt, waardoor in de toekomst elke BV op haar eigen merites zal moeten worden beoordeeld. De ene BV zal straks de andere niet zijn, met name indien gebruik zal worden gemaakt van de mogelijkheid van stemrechtloze aandelen. Naar mijn mening betekent dit ook dat verbondenheid van een aandeelhouder met een BV van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld.

Anders dan bij de eenmansonderneming en de personenvennootschap, is er bij een BV of NV in beginsel sprake van een scheiding tussen 'ownership' en 'control'. Dit

8. In het voorontwerp voor een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming van 12 juli 2007, *Ondernemingsrecht* 2007-16, wordt ook rechtspersoonlijkheid toegekend aan de 'maatschappelijke onderneming'.
9. Bij de aanduiding van wetsbepalingen die voor beide rechtsvormen gelden richt ik mij op de BV en vermeld ik het artikelnummer met betrekking tot de NV tussen haakjes. Bijvoorbeeld: art. 2:227 (117) BW. Uiteraard wordt een bepaling die specifiek geldt voor de BV of NV wel afzonderlijk vermeld.

duidt op het belang van financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid als afzonderlijke criteria. Volgens Raaijmakers (2006) is de formele scheiding tussen 'ownership' en 'control' in de praktijk afwezig bij wat hij noemt de eenmans-BV; dit is in feite een eenmansonderneming waarbij de ondernemer zich van de rechtsvorm van de BV bedient. De ondernemer heeft in dat geval de volledige zeggenschap als aandeelhouder en bestuurder. Dat geldt ook voor de 'quasi-OV', waarbij de BV in feite als een personenvennootschap functioneert. De scheiding tussen 'ownership' en 'control' is ook minder groot bij familie-BV's, zodat het verschil tussen financiële en organisatorische verbondenheid bij die BV's niet per se aanwezig is. De afstand tussen bestuur en aandeelhouder is vanzelfsprekend groter bij de beurs-NV. Zij wordt nog groter indien gebruik wordt gemaakt van het structuurregime, waarbij een RvC wordt ingesteld.¹⁰

In het licht van de scheiding tussen 'ownership' en 'control' is het bestuur belast met de 'centrale leiding', zo bepaalt art. 2:239 (129) lid 1 BW. Op basis van art. 2:190 (79) BW vertegenwoordigt de *ava* het kapitaal, ofwel het 'eigenaarsbelang'. Aan de aandelen zijn in dit verband verschillende rechten verbonden, zoals het stemrecht als bedoeld in art. 2:227 (117) BW, en het recht tot benoeming, schorsing, ontslag van bestuurders in de zin van art. 2:244 (134) BW. Het stemrecht onderstreept het belang van financiële verbondenheid. Het wijst naar mijn mening echter niet zonder meer op organisatorische verbondenheid, omdat het niet gaat om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid, maar om zeggenschap in de *ava*. Deze zeggenschap in de *ava* kan de organisatorische verbondenheid wel ondersteunen, maar het vormt geen garantie voor de aanwezigheid daarvan. In hoeverre er daadwerkelijk zeggenschap kan worden uitgeoefend, hangt af van het 'aandeelhoudersactivisme' c.q. het 'aandeelhoudersabsenteïsme'. Indien aandeelhouders niet komen opdagen, kan ook met een klein aandelenpakket doorslaggevende zeggenschap in de *ava* worden uitgeoefend¹¹. Van feitelijke organisatorische verbondenheid zal dan geen sprake zijn.

Op basis van art. 2:12 BW kunnen de statuten bepalen dat het stemrecht over besluiten waarbij de vennootschap aan een aandeelhouder in privé rechten toekent of verplichtingen kwijtscheldt, aan die aandeelhouder wordt ontzegd. Deze ontzegging kan ook gelden voor de echtgenoot van de bestuurder, de geregistreerde partner en bloedverwanten in de rechte lijn; deze personen worden als het ware vereenzelvigd met de bestuurder. Hierin kan een aangrijpingspunt worden gevonden voor de verbondenheid tussen natuurlijke personen. Er is overigens sprake van een beperkte invulling van het begrip 'verbonden persoon', omdat bijvoorbeeld de ongehuwde samenlevingspartner en aanverwanten in de rechte lijn niet meetellen.

10. De afstand tussen bestuur en aandeelhouders zou overigens weer kleiner worden bij de introductie van een gezamenlijke raad van uitvoerende en toezichthoudende bestuurders, de zogenoemde 'one-tier-board', voor de NV en BV. In verband hiermee is in maart 2008 een wetsvoorstel ter consultatie aangeboden door de Minister van Justitie.
11. Overigens zal dit 'aandeelhoudersabsenteïsme' bij familie-BV's niet in dezelfde mate aan de orde zijn als bij beurs-NV's.

3.4.2 Groep, dochtermaatschappij en deelneming

In de algemene bepalingen van het rechtspersonenrecht zijn definities opgenomen van de begrippen 'groep', 'dochtermaatschappij' en 'deelneming'. Hiermee is bedoeld om tot een zekere eenheid in het concernbegrip te komen, maar dit is volgens Van Schilfgaarde/Winter (2006) slechts ten dele bereikt. Het gaat om elkaar overlappende omschrijvingen die moeilijk kunnen worden gehanteerd. Bovendien zijn inbreuken gemaakt op het systeem door in andere rechtsgebieden uit te gaan van een afwijkend verbondenheidsbegrip, zoals de 'afhankelijke maatschappij' in de structuurregeling. Het verschil in begrippen kan overigens worden verklaard op basis van de ontstaansgeschiedenis van de regelingen waarin zij een rol spelen.¹² Voorts is de functie van de begrippen gedeeltelijk verschillend; hierna wordt nader ingegaan op deze functies.

3.4.2.1 Groep

Voor de omschrijving van het begrip 'groep' in art. 2:24b BW gelden twee criteria, namelijk de aanwezigheid van een 'economische eenheid' en 'organisatorische verbondenheid'. De criteria zijn materieel-economisch van aard; de aanwezigheid van een groep kan bijvoorbeeld niet zonder meer worden afgeleid uit formeel-juridische kenmerken zoals een aandelenbezit van een bepaalde omvang.

Van Schilfgaarde/Winter (2006) merkt op dat organisatorische verbondenheid niet tot economische eenheid leidt zonder dat sprake is van een centrale leiding. Daarom wordt 'centrale leiding' in de ondernemingsrechtelijke literatuur vaak als derde en belangrijkste element genoemd. Overigens komt de 'centrale leiding' volgens Bartman en Dorresteyn (2006) wel op indirecte, meer neutrale wijze tot uitdrukking in het element 'organisatorische verbondenheid'. Als gevolg van dit neutrale karakter kan bij bepaalde samenwerkingsvormen, zoals een franchiseovereenkomst of een strategische alliantie, wel sprake zijn van een organisatorisch verband, maar niet van een centrale leiding. Ten aanzien van de omschrijving van verbondenheid duidt de omschrijving van het begrip 'groep' van art. 2:24b BW op het belang van organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid.

In het algemeen wordt aangenomen dat een kapitaalbelang geen doorslaggevend criterium is voor de aanwezigheid van de groepsrelatie. Van Schilfgaarde/Winter is van mening dat vennootschappen ook tot één groep in de zin van art. 2:24b BW kunnen behoren, zonder dat er een kapitaaldeelname is.¹³ Löwensteyn (1994) beschrijft

12. De begrippen 'groep' en 'dochtermaatschappij' zijn geïntroduceerd bij de implementatie van de Zevende EG-richtlijn met betrekking tot de geconsolideerde jaarrekening, terwijl de structuurregeling een Nederlands product is. Voor een uitgebreide analyse van de regelingen wordt verwezen naar Van Achterberg (1989) en naar Bartman en Dorresteyn (2006).
13. Hij noemt hierbij als voorbeeld het Unilever concern dat twee topholdings kent, namelijk het Nederlandse Unilever NV en het Engelse Unilever Plc. Tussen deze vennootschappen bestaat geen kapitaalverband, zo beschrijft hij, maar er is wel sprake van een volledige personele unie tussen de leidinggevende functionarissen, terwijl de band ook door contractuele en statutaire bepalingen is versterkt. Hierdoor staan de Engelse en de Nederlandse tak onder één centrale leiding, zodat alle Unileverbedrijven tot één internationale groep behoren.

in dit verband de situatie dat tussen rechtspersonen overeenkomsten worden aangegaan, op basis waarvan de ene rechtspersoon haar bestuurders of commissaris zal benoemen op voordracht van de andere. Het kan dan volgens Löwensteyn gaan om wederzijdse benoemingen, waardoor de centrale leiding in werkelijkheid komt te liggen bij een gemeenschappelijk college van bestuurders. Löwensteyn denkt voorts aan stemovereenkomsten tussen de aandeelhouders van verschillende vennootschappen, waardoor de centrale leiding komt te liggen in handen van een soort consortium dat zelfs geen rechtspersoon hoeft te zijn.

Bartman en Dorresteyn (2006) menen dat er niet per se een juridische grondslag hoeft te zijn, zoals statutaire voorzieningen, aandelenbezit, lidmaatschap enzovoort, maar dat ook een feitelijke grondslag volstaat, bijvoorbeeld in de vorm van een centrale administratie, personeelsbeleid, financiering, gestructureerd overleg, dubbel-functies, en afhankelijkheid inzake toelevering en/of afzet. In dit verband vindt Van Achterberg (1989) dat de vraag of er sprake is van organisatorische verbondenheid zou moeten worden beantwoord op basis van de aanwezigheid van een hiërarchische organisatiestructuur, een gecentraliseerd planning- en controlesysteem, 'management development'-programma's, interne richtlijnen en procedures en centrale stafdiensten.

Het begrip 'groep' is hiermee een economisch groepsbegrip, zo menen Bartman en Dorresteyn, omdat het uitgaat van daadwerkelijke beheersing, ofwel 'effective control'. Ze merken op dat een groep in de praktijk vaak bestaat uit een moedermaatschappij en een 'dochtermaatschappij' in de zin van art. 2:24a BW. Echter, niet elke dochter zal tot de groep behoren: bij een 'conglomeraat' van autonoom bestuurde vennootschappen met zeer uiteenlopende activiteiten, die slechts het gemeenschappelijke kenmerk hebben dat de meerderheid van hun aandelen wordt gehouden door dezelfde houdstermaatschappij, zal volgens Bartman en Dorresteyn geen sprake zijn van een economische en organisatorische eenheid. Blommaert (1994) merkt in vergelijkbare zin op dat het ook mogelijk is dat een groepsrelatie bestaat met een 'deelneming' die geen 'dochtermaatschappij' is.

Bartman en Dorresteyn onderscheiden twee functies van het economisch groepsbegrip van art. 2:24b BW. In de eerste plaats is er de facilitaire functie. In het ondernemingsrecht geldt een zelfstandige behandeling van rechtspersonen als uitgangspunt. Een 'groep' kan echter gebruikmaken van een aantal vrijstellings- en verlichtingsbepalingen, waardoor de zelfstandige benadering wordt verlaten om de economische eenheid van het concern te erkennen. In dit verband kan worden gedacht aan de bepaling van art. 2:403 BW, op grond waarvan een tot de 'groep' behorende rechtspersoon geen jaarrekening overeenkomstig Titel 9 Boek 2 BW hoeft op te stellen. Bartman en Dorresteyn onderscheiden voorts een obligatoire functie van het groepsbegrip van art. 2:24b BW. Hierbij gaat het om bepalingen ter realisatie van bepaalde beleidsdoelstellingen van de overheid, met het oog op de bescherming van belangen van 'stakeholders' zoals aandeelhouders, werknemers en schuldeisers. Zij wijzen in dit verband bijvoorbeeld op art. 2:406 BW, op grond waarvan de financiële gegevens van groepsmaatschappijen moeten worden opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening. Hierdoor ontstaat een beter beeld van de financiële positie van het desbetreffende concern.

3.4.2.2 *Dochtermaatschappij*

De verbondenheid in het begrip 'dochtermaatschappij' in de zin van art. 2:24a lid 1 BW wordt vastgesteld op basis van zeggenschap in de vorm van een bezit van meer dan 50% van de stemrechten of benoemingsrechten. Beckman en Bindenga (1994) spreken in dit verband van meerderheidszeggenschap, en Blommaert (1994) van 'het kunnen opleggen van de wil aan een andere onderneming'.

Overigens kan op basis van art. 2:24a lid 3 BW ook door middel van het bezit van gecertificeerde aandelen sprake zijn van een dochtermaatschappij. In art. 2:24a lid 4 BW is een vergelijkbare regeling opgenomen voor verpande aandelen.

Bartman en Dorresteyn (2006) noemen het begrip 'dochtermaatschappij' een juridisch groepsbegrip. Anders dan bij het groepsbegrip van art. 2:24b BW geldt een formeel-juridisch criterium, aan de hand waarvan wordt bepaald of er 'power-to-control' bestaat. Het is niet van belang of de centrale leiding daadwerkelijk wordt uitgeoefend. Het gaat ook niet om de feitelijke meerderheid op basis van de uitgeoefende stemrechten, maar om de juridische meerderheid, dat wil zeggen, de meerderheid indien alle stemrechten in de ava zouden worden uitgeoefend.

Blommaert merkt op dat het houden van de meerderheid van het geplaatste kapitaal meestal zal samenvallen met het hebben van de meerderheid van de zeggenschap. Echter, als gevolg van stemrechtbeperkingen kan dit anders zijn. Kapitaalbelang en zeggenschap kunnen voorts uiteenlopen als gevolg van stemovereenkomsten, oligarchische clausules en onderlinge regelingen tot samenwerking. Zoals ik hiervoor heb opgemerkt, kan in de zeggenschap daarom niet zonder meer organisatorische verbondenheid worden herkend, omdat het niet om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid gaat. Er kan slechts op indirecte wijze via de ava invloed worden uitgeoefend, zodat het in feite financiële verbondenheid betreft. De zeggenschap in de ava kan de organisatorische verbondenheid wel ondersteunen, maar biedt geen garantie voor de feitelijke aanwezigheid daarvan.

Het juridisch groepsbegrip van art. 2:24a BW kent twee functies, zo menen Bartman en Dorresteyn. Ten eerste is er de vereenzelvigingsfunctie, op basis waarvan handelingen van een dochtermaatschappij worden toegerekend aan de moeder. Met de bepalingen waarin deze vereenzelvigingsfunctie tot uitdrukking komt, heeft de wetgever willen voorkomen dat een rechtspersoon iets via een andere, verbonden rechtspersoon doet of nalaat wat hemzelf is verboden of juist is geboden. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het verbod om bij een emissie eigen aandelen te nemen, dat op basis van art. 2:207d (98d) lid 1 BW ook geldt voor een dochtermaatschappij. De tweede functie is de operationaliseringsfunctie. Hierbij gaat het er niet om te voorkomen dat wettelijke verplichtingen worden ontgaan, maar om een zo volledig en reëel mogelijk inzicht te geven in de financieel-economische situatie, zo merken Bartman en Dorresteyn op. Deze functie treft men bijvoorbeeld ook aan in de bepaling van art. 2:406 BW, met betrekking tot de geconsolideerde jaarrekening. Ik merk nog op dat beide functies van het begrip 'dochtermaatschappij' ook een obligatoir, en niet een facilitair, karakter hebben.

3.4.2.3 *Deelneming*

In de definitie van het begrip 'deelneming' in de zin van art. 2:24c, eerste lid, BW kunnen drie criteria worden herkend. Een kapitaalbelang dient voor eigen rekening te worden aangehouden, duurzaam en ten dienste van de eigen werkzaamheid. Deze criteria geven blijk van het belang van economische verbondenheid.

Bij een bezit van 20% van het kapitaal bestaat een wettelijk vermoeden dat sprake is van een 'deelneming'. Voor de omschrijving van verbondenheid kan hieruit worden afgeleid dat een dergelijk formeel-juridisch criterium om praktische redenen gerechtvaardigd kan zijn. In dit opzicht biedt het 20%-criterium een aangrijpingspunt voor financiële verbondenheid.

In het kader van de hiervoor genoemde functies van de 'groep' en de 'dochtermaatschappij' ken ik aan het begrip 'deelneming' een obligatoire functie toe, en in het bijzonder een operationaliseringsfunctie. Voor een deelneming gelden immers waarderingsvoorschriften in het jaarrekeningenrecht, welke zijn gericht op een zo volledig en reëel mogelijk inzicht in de financieel-economische situatie.

3.4.3 *Structuurregeling*

De structuurregeling is bedoeld als een vorm van bestuur en toezicht in grote ondernemingen waarin de afa te weinig tegenwicht kan bieden aan het bestuur. Door de regeling verschuift de zeggenschap van de afa naar de RvC. Werknemersmedezeggenschap is een ander belangrijk doel. In art. 2:262 (152) BW en volgende is de regeling voor de BV en NV uitgewerkt. In de regeling spelen verschillende verbondenheidsbegrippen een rol, namelijk de 'afhankelijke maatschappij', 'groepsmaatschappijen' en 'deelnemingen', de joint venture en de eenmans-BV.

Afhankelijke maatschappij

Bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de criteria van art. 2:263 (153) lid 2 BW, wordt het aantal werknemers en de ondernemingsraad van de rechtspersoon zelf in acht genomen, alsmede die van de maatschappijen die van haar afhankelijk zijn. In dit verband heeft het begrip 'afhankelijke maatschappij' naar mijn mening een obligatoire functie, en met name een vereenzelvigingsfunctie.

Er is sprake van een 'afhankelijke maatschappij' in de zin van art. 2:262 (152) onderdeel a BW bij het bezit van ten minste 50% van het geplaatste kapitaal. Er is dus niet gekozen voor aansluiting bij de begrippen 'dochtermaatschappij' of 'groep' in de zin van art. 2:24a en 2:24b BW. Overigens duidt het formeel-juridische 50%-criterium op het belang van financiële verbondenheid voor de omschrijving van verbondenheid.

Op basis van art. 2:263 (153) lid 3 onderdeel a BW geldt voor een afhankelijke maatschappij zelf een vrijstelling van de structuurregeling. Bartman en Dorresteyn (2006) spreken in dit verband van de 'dochternvrijstelling'. Hierin kan naar mijn mening ook een facilitaire functie van het begrip 'afhankelijke maatschappij' worden herkend.

Groepsmaatschappijen en deelnemingen

In art. 2:263 (153) lid 3 onderdeel b BW is een vrijstelling van de structuurregeling opgenomen voor vennootschappen die zich uitsluitend bezighouden met het beheer en financiering van 'groepsmaatschappijen' en 'deelnemingen'. Bartman en Dorrestejn noemen dit de 'holdingvrijstelling'. Dit getuigt eveneens van een facilitaire functie van de begrippen 'groep' en 'deelneming'.

Overigens is opvallend dat voor de toepassing van deze holdingvrijstelling weer wel wordt aangesloten bij de terminologie van art. 2:24b en 2:24c BW.

Joint venture

Voorts geldt op basis van art. 2:263 (153) lid 3 onderdeel d BW een vrijstelling van het structuurregime voor joint ventures; dit is de 'joint venture'-vrijstelling. Van een 'joint venture' is sprake indien een vennootschap ten minste 50% van het geplaatste kapitaal verschaft, op basis van een onderlinge regeling tot samenwerking. Het begrip kent een facilitaire functie.

Eenmans-BV

Op basis van art. 2:265a (155a) lid 1 onderdeel a BW geldt voor de toepassing van de structuurregeling een verplicht regime ten aanzien van een vennootschap waarin een natuurlijk persoon het gehele aandelenkapitaal verschaft. Op basis van dit verlichte regime blijft de ava bevoegd om bestuurders te benoemen en te ontslaan. De uitzondering geldt ook in situaties waarin het gehele kapitaal in het kader van een samenwerkingsovereenkomst wordt verschaft door twee of meer natuurlijke personen. Dit duidt op organisatorische verbondenheid, en op een facilitaire functie.

Op basis van art. 2:265a (155a) lid 2 BW wordt de echtgenoot of geregistreerde partner gelijkgesteld met een aandeelhouder in de zin van art. 2:265a (155a) lid 1 BW. Voorts kunnen de bloedverwanten in de rechte lijn worden gelijkgesteld met een aandeelhouder, mits zij met de aandeelhouder een samenwerkingsovereenkomst zijn aangegaan. Hierin kan ook een aangrijpingspunt worden gevonden voor verbondenheid tussen natuurlijke personen. Tegelijkertijd kan hierin een vereenzelvigingsfunctie van de genoemde verbonden personen worden herkend.

3.4.4 *Enquêterecht*

Het enquêterecht van Titel 8 Boek 2 BW is bedoeld om aandeelhouders en vakorganisaties via de Ondernemingskamer inzage te verstrekken in het ondernemingsbeleid, om dit zondig te kunnen corrigeren. Het enquêterecht geldt op grond van art. 2:344 onderdeel a BW ten aanzien van een NV of BV, een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij.

Op basis van art. 2:351 lid 2 BW heeft de Ondernemingskamer de bevoegdheid om ook informatie van een andere rechtspersoon te raadplegen, die 'nauw verbonden' is met de rechtspersoon waarop de enquête ziet. De term 'nauw verbonden' is niet nader omschreven, maar heeft een obligatoire en met name een operationaliseringsfunctie omdat hij is gericht op een zo volledig mogelijk inzicht in de concernonderneming. Bartman en Dorrestejn (2006) merken op dat de maatschappijen die samen

met het subject van de enquête een 'groep' in de zin van art. 2:24b BW vormen, in elk geval als 'nauw verbonden' moeten worden beschouwd.

Bartman en Dorresteyn beschrijven voorts dat in OK 3 december 1987 (*OGEM*), *WPNR* 5863, ten aanzien van het enquêterecht impliciet een concernbenadering als uitgangspunt is genomen, omdat de Ondernemingskamer in deze zaak het gedeelte uit het onderzoeksverslag over een dochtermaatschappij meenam in haar beoordeling. Nadien is de concernrechtelijke uitleg uitdrukkelijk bevestigd in OK 27 april 2000 (*Bot Bouw Groep*), *JOR* 2000/127. In vergelijkbare zin is in OK 30 juli 2002 (*Janson Holding*), *JOR* 2002/192, een onderzoek bevolen naar alle concernvennootschappen met welke de holding 'als economische en organisatorische eenheid en onder gemeenschappelijke leiding het concern vormt'. Voorts is in HR 4 februari 2005 (*Landis*), *JOR* 2005/58, beslist dat het recht van enquête zich ook uitstrekt over de dochtervennootschappen, omdat de economische werkelijkheid inhield dat Landis en haar drie 100%-dochters samen een 'economische en organisatorische eenheid' waren onder een 'gemeenschappelijke leiding'. Uit deze termen blijkt nogmaals het belang van economische verbondenheid en organisatorische verbondenheid als criteria.

3.4.5 *Corporate governance*

In de ondernemingsrechtelijke literatuur is de laatste jaren veel aandacht besteed aan 'corporate governance', met name bij beursvennootschappen. Van Schilfgaarde/Winter (2006) verstaat hieronder 'het geheel aan regels en praktijken dat binnen een vennootschap de zeggenschapsverhoudingen bepaalt tussen het bestuur, aandeelhouders en commissarissen en de wijze waarop over zeggenschapsuitoefening verantwoording wordt afgelegd'. Overigens merkt Slagter (2005) naar mijn mening terecht op dat corporate governance in de eerste plaats een intern-organisatorisch vraagstuk is, meer dan een juridisch.

Op 1 januari 2004 is de corporate governance code van de Commissie Tabaksblad in werking getreden. De commissie was ingesteld om te komen tot een herijking van de 40 aanbevelingen die de Commissie Peters in 1997 had gedaan. De code heeft geen wettelijk karakter, maar is op basis van art. 2:391 lid 5 BW bij algemene maatregel van bestuur als gedragscode aangewezen. Hoewel de principes van de code op zichzelf niet bindend zijn, kunnen zij indirect wel een bindend effect hebben. Van Schilfgaarde/Winter wijst hierbij op HR 21 februari 2003 (*HBG*), *JOR* 2003/57, waarin de Hoge Raad spreekt van in Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance,

waarop een rechtsregel kan zijn gebaseerd. De indirecte rechtswerking van de Tabaksblat Code is door de Hoge Raad herhaald in zijn oordeel in het arrest ABN AMRO.¹⁴

De Commissie Tabaksblat heeft voorgesteld om een bewakingscommissie in te stellen, die de code regelmatig actualiseert en op deze wijze 'corporate governance' in Nederland op een internationaal aanvaardbaar niveau houdt. In dit verband is de 'Monitoring Commissie Corporate Governance Code' in het leven geroepen, die ook wel Commissie Frijns wordt genoemd. Inmiddels heeft de Monitoring Commissie driemaal gerapporteerd over de naleving van de Tabaksblat Code.¹⁵ In 2005 en 2006 toonde zij zich positief over het nalevingspercentage van de code, dat in 2005 op 88% lag en in 2006 op 96%. In 2007 was echter sprake van een lichte daling naar 95%. De commissie wijst erop dat de naleving op grond van de wettelijke basis van de code 100% dient te zijn. Voorts heeft zij in juni 2008 voorstellen gedaan voor aanpassing van de Tabaksblat Code op het gebied van onder meer beloningen van bestuurders.¹⁶

Bartman (2004) herkent in de Tabaksblat Code een concernbenadering, omdat daarin de term 'onderneming' naast het begrip 'vennootschap' wordt gebruikt. Hij merkt op dat de term 'de vennootschap en de met haar verbonden onderneming' is ontleend aan art. 2:140 lid 2 BW, met betrekking tot de RvC. Deze term was oorspronkelijk bedoeld om aan te geven dat ook het belang van de werknemer bescherming verdient, maar hij heeft gaandeweg een concernrechtelijke dimensie gekregen. Thans is de overwegende opvatting dat hieronder alle groepsmaatschappijen moeten worden begrepen, die gezamenlijk de onderneming of ondernemingen van het concern in stand houden, zo merkt Bartman op. Hoewel hiermee het belang van groepsverhoudingen is bevestigd, wordt in de code niet aangegeven wat precies onder een 'groep' moet worden verstaan.

Overigens bevat de code ook een omschrijving van verbonden personen. In principe 13 is vermeld dat elke vorm en schijn van belangenverstrengeling tussen de vennootschap en bestuurders moet worden vermeden. In dit verband is bijvoorbeeld in de

14. In HR 13 juli 2007 (*ABN AMRO*), rek.nrs. R07/100HR (OK 135), R07/101HR (OK 136) en R07/102HR (OK 137), www.rechtspraak.nl, is beslist dat in een overnamesituatie aan de afa geen goedkeuringsrecht toekomt ten aanzien van de verkoop van een bedrijfsonderdeel, tenzij de wet of de statuten hierin zouden hebben voorzien. In r.o. 4.4 overweegt de Hoge Raad: 'Voor een oordeel in andere zin is onvoldoende steun te vinden in de wet en in de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code (*Stcrt.* 27 december 2004, nr. 250, p. 35, verder: de code-Tabaksblat), in het bijzonder de principes II en IV, welke rechtsovertuiging mede inhoud geeft aan (i) de eisen van redelijkheid en billijkheid naar welke volgens art. 2:8 BW degenen die krachtens de wet of de statuten bij de vennootschap zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen, en aan (ii) de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder ingevolge art. 2:9 BW gehouden is.'
15. Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Rapport over de naleving van de Nederlandse corporate governance code*, december 2005, Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Tweede rapport over de naleving van de Nederlandse corporate governance code*, december 2006, en Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Derde rapport over de naleving van de Nederlandse corporate governance code*, december 2007, www.corpgov.nl.
16. Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Rapport over de evaluatie en actualisering van de Nederlandse corporate governance code*, juni 2008, www.corpgov.nl.

'best practice'-bepalingen I3.1 en I3.2 toegelicht dat er geen besmette transacties mogen plaatsvinden met de echtgenoot van de bestuurder, een geregistreerde partner of een andere levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de tweede graad. Dit verbondenheidsbegrip heeft een obligatoire functie, en met name een vereenzelvingsfunctie, omdat de genoemde gelieerde personen voor de toepassing van de desbetreffende bepaling worden gelijkgesteld met de bestuurder. In het begrip kan een aangrijpingspunt worden gevonden voor de omschrijving van verbondenheid tussen natuurlijke personen.

In vergelijkbare zin is in 'best practice'-bepaling II6.4 bepaald dat alle transacties tussen de vennootschap en natuurlijke of rechtspersonen die ten minste 10% van de aandelen in de vennootschap houden, onder in de branche gebruikelijke condities worden overeengekomen. Ook dit begrip heeft een vereenzelvingsfunctie.

3.5 Medezeggenschapsrecht

Het medezeggenschapsrecht berust grotendeels op de Wet op de ondernemingsraden (WOR), en op de in paragraaf 3.4.3 beschreven structuurregeling. De WOR is van toepassing op de onderneming, en legt verplichtingen op aan de ondernemer die in het overleg met de ondernemingsraad wordt vertegenwoordigd door een bestuurder. Voorts bevat de Wet op de Europese ondernemingsraden (WEOR) regels met betrekking tot grensoverschrijdende medezeggenschap in ondernemingen met een intracommunautaire dimensie.¹⁷ De WEOR kent een eigen begrippenkader, en vormt de implementatie van de Europese ondernemingsradenrichtlijn.¹⁸ Ten aanzien van werknemersmedezeggenschap kan ten slotte worden gewezen op het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 (Fusiegedragsregels 2000). Dit besluit komt voort uit overleg tussen werkgevers- en werknemersorganisaties in de SER, en bevat gedragsregels in situaties van fusie van ondernemingen.

In deze regelingen kunnen aangrijpingspunten worden gevonden voor de omschrijving van fiscale verbondenheidsbegrippen.

In een groep verbonden ondernemingen

In de WOR komt de term 'in een groep verbonden ondernemingen' een aantal malen voor, bijvoorbeeld in art. 3 lid 2 WOR. De term wordt echter niet omschreven. Bartman en Dorresteyn (2006) beschrijven dat onder 'groep' een concern moet worden verstaan, dat wil zeggen, groepen van ondernemers werkzaam in het (commerciële) bedrijfsleven. Zij wijzen op de wetsgeschiedenis, waarin is bepaald dat sprake is van een groep of concern wanneer naar de rechtsvorm zelfstandige ondernemers zijn onderworpen aan een gemeenschappelijke leiding, danwel één van hen die leiding over de andere uitoefent of kan uitoefenen. Het gaat volgens Bartman en Dorresteyn om een juridisch groepsbegrip en dus om potentiële zeggenschap.

17. Specifiek ten aanzien van de SE wijzen Bartman en Dorresteyn (2006) bovendien op de Wet inzake de rol van de werknemers bij de Europese vennootschap.

18. Richtlijn 94/95/EG van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese Ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers, *PbEG* 1994 L 254.

Op basis van art. 3, lid 2, WOR moet voor 'in een groep verbonden ondernemingen' een gemeenschappelijke ondernemingsraad worden ingesteld, indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR in de betrokken ondernemingen. In de publicatie 'Inzicht' is een voorwaarde voor een gemeenschappelijke ondernemingsraad gesteld, namelijk dat een overwegend gemeenschappelijk bedrijfsbeleid wordt gevoerd.¹⁹ Indien geen overwegend gemeenschappelijk bedrijfsbeleid wordt gevoerd terwijl er wel gemeenschappelijke belangen zijn, kan de concernleiding op basis van art. 33, lid 1, WOR een centrale ondernemingsraad instellen. Op basis van art. 33, lid 2, WOR kan desgewenst voor een aantal ondernemingen een gemeenschappelijke ondernemingsraad worden ingesteld. Het vorenstaande onderstreept het belang van organisatorische verbondenheid.

Overigens heeft het begrip 'in een groep verbonden ondernemingen' een obligatoire functie, en met name een operationaliseringsfunctie, vanwege het beoogde inzicht in de concernonderneming.

Vereenzelviging

Indien in concernsituaties de moederonderneming kan worden vereenzelvigd met de dochter, zou de ondernemingsraad zijn adviesrecht ook kunnen uitoefenen met betrekking tot besluiten van de moeder. Bartman en Dorresteyn merken op dat de Hoge Raad dit principe niet snel wenst toe te passen. Uit HR 26 januari 2000 (*Provincie Zuid Holland*), NJ 2000, 223, blijkt dat het feit dat een ander een besluit neemt dat rechtstreeks ingrijpt in de onderneming, onvoldoende is om van een medeondernemer te spreken. De Hoge Raad besliste in deze zaak dat voor vereenzelviging is vereist dat die ander een positie inneemt die hem stelselmatig een zodanige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming verschaft, dat gezegd kan worden dat de onderneming mede door die ander in stand wordt gehouden. Ook dit duidt op organisatorische verbondenheid.

Communautaire groep

De WEOR is van toepassing op in Nederland woonplaats of zetel hebbende communautaire ondernemingen en op communautaire groepen. In art. 1 lid 1 onderdeel d WEOR is het begrip 'communautaire groep' gedefinieerd als het geheel van ondernemingen bestaande uit een moederonderneming en de ondernemingen waarover zij de zeggenschap uitoefent. Deze omschrijving duidt eveneens op het belang van organisatorische verbondenheid.

De term 'moederonderneming' is in art. 2 lid 1 WEOR gedefinieerd als de onderneming die binnen een communautaire groep een overheersende zeggenschap kan uitoefenen op een andere onderneming. Er geldt overigens een wettelijk vermoeden dat sprake is van een 'moederonderneming' indien de onderneming beschikt over meer dan 50% van de benoemingsrechten ten aanzien van het bestuur, de stemrechten in de ava, of het geplaatste kapitaal van een andere onderneming. Hoewel dus in principe de 'zeggenschap' centraal staat, is gekozen voor een praktische invulling

19. F.W.H. Vink, *Inzicht in de ondernemingsraad. Een toelichting bij de Wet op de ondernemingsraden*, zeventiende druk, Den Haag: 2006, ontleend aan Bartman en Dorresteyn (2006).

aan de hand van formeel-juridische criteria. Dit duidt weer op financiële verbondenheid.

Overigens hebben de begrippen 'communautaire groep' en 'moederonderneming' eveneens een operationaliseringsfunctie.

Fusie

In art. 1 lid 1 onderdeel d Fusiegedragsregels 2000, wordt het begrip 'fusie' omschreven als 'de verkrijging of overdracht van de zeggenschap, direct of indirect, over een onderneming of een onderdeel daarvan, alsmede de vorming van een samenstel van ondernemingen'.

De term 'samenstel van ondernemingen' is gedefinieerd in art. 1 lid 1 onderdeel c Fusiegedragsregels 2000, en omvat twee of meer ondernemingen die in stand worden gehouden door dezelfde ondernemer, door twee of meer ondernemers die een 'groep' vormen in de zin art. 2:24b BW, of door twee of meer ondernemers op basis van een onderlinge regeling tot samenwerking. Ook deze term heeft een operationaliseringsfunctie.

3.6 Mededingingsrecht

Het mededingingsrecht is gericht op het voorkomen van afspraken en feitelijke gedragingen die een vrije marktwerking belemmeren. Het bestaat uit de Mededingingswet en de Europese Concentratieverordening.²⁰ Deze verordening bevat een inhoudelijke toets voor concentraties, waarmee deze kunnen worden tegengehouden indien zij 'op een significante wijze een daadwerkelijke mededinging belemmeren, met name als gevolg van in het leven roepen of versterken van een machtspositie'. Daarbij geldt ook de Uitvoeringsverordening 802/2004.²¹

Volgens art. 3 lid 1 Concentratieverordening is sprake van een 'concentratie' indien twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen fuseren, of indien zij rechtstreeks of middellijk zeggenschap verkrijgen over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan. De zeggenschap staat hierbij centraal, hetgeen wijst op het belang van organisatorische verbondenheid.

In art. 3 lid 2 Concentratieverordening is omschreven dat 'zeggenschap' berust op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, met inachtneming van alle feitelijke en juridische omstandigheden, het mogelijk maken een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming. Hierbij gaat het met name om eigendoms- of gebruiksrechten op vermogensbestanddelen, en om rechten of overeenkomsten die een beslissende invloed verschaffen op de samenstelling, het stemgedrag of de besluiten van de ondernemingsorganen. In zoverre lijkt zeggenschap ook te kunnen worden afgeleid uit aandelenbezit, hetgeen weer zou duiden op

20. Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 2004, L 24/1.

21. Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 2004, L 133/1.

financiële verbondenheid. Omdat zeggenschap in deze definitie wordt afgeleid uit de 'feitelijke' omstandigheden, lijkt het door de tendens tot aandeelhoudersabsentisme ook mogelijk dat sprake is van concentratie bij het bezit van een relatief gering aandelenbelang en de daarbij behorende stemrechten. Indien minder dan 60% van de aandeelhouders op de ava verschijnt, zou met een bezit van bijvoorbeeld 30% van de aandelen kennelijk al kunnen worden gesproken van 'zeggenschap'. Het is echter de vraag of met een 30%-belang daadwerkelijk sprake is van beslissende invloed.

Overigens hebben de begrippen 'concentratie' en 'zeggenschap' een obligatoire functie, en geen facilitaire. Omdat de begrippen zijn gericht op het verkrijgen van inzicht in de concernonderneming, gaat het men name om een operationaliseringsfunctie.

Art. 3 lid 5 Concentratieverordening voorziet in een aantal uitzonderingen op het concentratiebegrip. Op basis hiervan is geen sprake van een 'concentratie' bij een tijdelijke deelneming door kredietinstellingen, verzekeringsmaatschappijen of andere financiële instellingen, waarbij de handel in effecten tot de normale activiteiten behoort. Voorts wordt de verkrijging van zeggenschap in verband met liquidatie, faillissement enzovoort, alsmede de verwerving van participaties door participatiemaatschappijen, op grond van deze bepaling niet als een 'concentratie' aangemerkt. Deze uitzonderingen getuigen van het belang van economische verbondenheid.

Slot, Swaak en Mulder (2005) beschrijven voorts dat voor moeder-dochterrelaties moet worden vastgesteld welke afspraken onder het bereik van het kartelverbod vallen. In *Gerecht van Eerste Aanleg* 12 januari 1995, nr. T-102/92 (*Viho*), *Jur.* 1995, p. II-17, is beslist dat een moederonderneming en een dochter die een economische eenheid vormen, waarbinnen de dochter niet over werkelijke autonomie beschikt om haar gedrag op de markt te bepalen, moeten worden aangemerkt als één onderneming. Dit heeft tot gevolg dat afspraken en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen een moederonderneming en een dochter ontsnappen aan het kartelverbod. Dit duidt weer op organisatorische verbondenheid.

In Nederland bestaat er concentratiecontrole door middel van de Mededingingswet (Mw). Hierbij is aansluiting gezocht bij de Concentratieverordening, zo beschrijven Slot, Swaak en Mulder. In art. 27 Mw is het begrip 'concentratie' op vergelijkbare wijze omschreven als in art. 3 lid 1 Concentratieverordening. Voorts bevat art. 26 Mw een definitie van de term 'zeggenschap' die sterk lijkt op die van het gelijknamige begrip in art. 3 lid 2 Concentratieverordening.

Net als EG-verordening 139/2004 bevat art. 28 Mw een aantal uitzonderingen voor bepaalde handelingen van financiële instellingen, participatiemaatschappijen, curatoren en bewindvoerders.

3.7 Faillissementsrecht

Het faillissementsrecht omvat het geheel van regels op grond waarvan het vermogen van een debiteur onder beslag komt te liggen. Door het faillissement wordt de debiteur beschikkingsonbevoegd over zijn vermogen; in zijn plaats wordt een curator bevoegd om hierover te beschikken.

Van Achterberg (1989) beschrijft concernrechtelijke aspecten van de Faillissementswet. Zo kent art. 43 lid 1 onder 6° Fw een weerlegbaar vermoeden dat er wetenschap van benadeling van schuldeisers aanwezig was in gevallen waarin een debiteur rechtshandelingen heeft verricht met of ten opzichte van een 'groepsmaatschappij'. In art. 43 lid 1 onder 4° tot en met 6° Fw wordt dezelfde wetenschap ook toegeschreven indien rechtshandelingen zijn verricht met een aantal nader omschreven verbonden personen. Dit betreft bijvoorbeeld een aandeelhouder die ten minste 50% van het geplaatste kapitaal bezit, en een bestuurder. Dit duidt op organisatorische en financiële verbondenheid. De bepaling heeft een obligatoir karakter, en de daarin gehanteerde begrippen hebben een vereenzelvigingsfunctie.

Overigens valt op dat er ten aanzien van de bedoelde rechtspersonen opnieuw een eigen omschrijving van verbondenheid is opgenomen. Er is in art. 43 lid 1 onder 5° Fw bijvoorbeeld niet aangeknoopt bij het begrip 'dochtermaatschappij' in de zin van art. 2:24a BW, of de term 'groepsmaatschappij' van art. 2:24b BW.

In art. 43 lid 1 onder 4° tot en met 6° Fw kunnen ook aangrijpingspunten worden gevonden voor verbondenheid tussen natuurlijke personen. Hierbij worden de echtgenoot, pleegkind en bloed- of aanverwanten tot in de derde graad als verbonden personen aangemerkt. Op basis van art. 43 lid 2 Fw wordt een geregistreerde partner of andere levensgezel ook als 'echtgenoot' behandeld. Bij deze omschrijving gaat het om een vereenzelvigingsfunctie, omdat handelingen van de verbonden personen voor de toepassing van art. 43 Fw worden toegerekend aan de betrokken debiteur.

3.8 Toezichtsrecht

Sinds 1 januari 2007 is de financiële toezichtregelgeving grotendeels geconcentreerd in de Wet op het financieel toezicht (Wft). In dit verband zijn zeven toezichtwetten vervangen door de Wft.²² De wet bevat toezichtwetgeving voor verschillende financiële activiteiten, en regelt de normen op basis waarop dit toezicht is gebaseerd en de taken en bevoegdheden van de toezichhouders. De wet is als zodanig te beschouwen als een 'raamwet', die als basis dient voor de nodige lagere regelgeving in de vorm van besluiten en uitvoeringsregelingen.²³ Overigens vervangt de Wft niet alle toezichtwetgeving. Onder meer de Wet toezicht accountantsorganisaties en de Wet toezicht financiële verslaggeving blijven van belang.²⁴

In de Wft wordt onderscheid gemaakt tussen twee vormen van toezicht. Op basis van art. 1:24 Wft is het 'prudentieel toezicht' gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector. Dit prudentieel toezicht wordt verricht door DNB. Voorts is het 'gedragtoezicht' op basis van art. 1:25 Wft opgedragen aan de AFM. Deze vorm van toezicht is gericht op or-

22. Het gaat om de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf, de Wet financiële dienstverlening, de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996 en de Wet giraal effectenverkeer.

23. F.M. Schlingmann, 'De Wet op het financieel toezicht: functioneel toezicht van doelgericht wet- telijk kader voorzien', *WPNR* 2007/6718.

24. S.E. Eisma, 'De Wet op het financieel toezicht: een overzicht', *Ondernemingsrecht* 2007-1.

delijke en transparante processen op de financiële markten, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.

In de Wft kan ook een aantal aangrijpingspunten worden gevonden voor de omschrijving van 'verbondenheid'. Hierbij gaat het om uiteenlopende begrippen, waarmee soms dezelfde of een vergelijkbare situatie wordt bedoeld. Er is allerminst sprake van een uniform begrippenkader ten aanzien van verbondenheid. Waarschijnlijk is dit te wijten aan het feit dat de Wft de hiervoor genoemde zeven toezichtwetten heeft vervangen. Bij het codificeren van de bestaande wetten en regelgeving in de Wft gold namelijk als uitgangspunt dat de nieuwe teksten beleidsneutraal zijn, waarmee werd bedoeld dat geen materiële wijzigingen zouden ontstaan.²⁵

Overigens hebben alle hierna te noemen begrippen een obligatoir, en dus niet een facilitair karakter. Meer specifiek gaat het in bijna alle gevallen om een operationaliseringsfunctie, omdat de begrippen zijn gericht op het bedoelde toezicht van DNB en de AFM. In de enkele gevallen waarin het gaat om de vereenzelvigingsfunctie, vermeld ik dit afzonderlijk.

Moedermaatschappij

In art. 1:1 Wft is een 'moedermaatschappij' omschreven als een rechtspersoon die een of meer dochtermaatschappijen heeft als bedoeld in art. 2:24a BW. Hierbij is opvallend dat de term 'moedermaatschappij' niet is omschreven in het rechtspersonenrecht, maar alleen a contrario kan worden afgeleid van de definitie van het begrip 'dochtermaatschappij' in art. 2:24a BW, terwijl de Wft wel een duidelijke omschrijving bevat.

Moederonderneming

Behalve het hiervoor genoemde begrip 'moedermaatschappij', wordt in de Wft ook de term 'moederonderneming' gehanteerd. Uit art. 1.1 Wft blijkt dat het gelijknamige begrip in art. 1 van de Zevende EG-richtlijn met betrekking tot de geconsolideerde jaarrekening is bedoeld. Dat is bijvoorbeeld een onderneming die de meerderheid van de stemrechten bezit in de ava van een onderneming, de meerderheid van de benoemingsrechten ten aanzien van het bestuur kan uitoefenen, of die overheersende invloed kan uitoefenen op een 'dochteronderneming'. Zoals eerder is opgemerkt, betekent zeggenschap die in de ava wordt uitgeoefend naar mijn mening niet dat zonder meer sprake is van organisatorische verbondenheid, omdat het niet om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid gaat. Er kan slechts op indirecte wijze invloed worden uitgeoefend. In feite gaat het daarom om financiële verbondenheid. De zeggenschap in de ava kan de feitelijke organisatorische verbondenheid wel ondersteunen.

Nederlandse moederbeleggingsonderneming en Nederlandse moederkredietinstelling

In verband met het prudentieel toezicht op financiële ondernemingen is in art. 3:275 lid 1 Wft bepaald dat DNB op geconsolideerde basis toezicht houdt op Nederlandse moederbeleggingsondernemingen, Nederlandse moederkredietinstellingen, Neder-

25. S.E. Eisma, a.w.

landse EU-moederbeleggingsondernemingen en Nederlandse EU-moederkredietinstellingen. In art. 1:1 Wft zijn de begrippen 'Nederlandse moederbeleggingsonderneming' en 'Nederlandse moederkredietinstelling' omschreven. Hierbij gaat het om een in Nederland gevestigde beleggingsonderneming of kredietinstelling, die een beleggingsonderneming, kredietinstelling of financiële instelling als 'dochteronderneming' heeft, en die zelf geen 'dochteronderneming' is van een andere Nederlandse beleggingsonderneming, Nederlandse kredietinstelling of financiële holding met zetel in Nederland.

Nederlandse EU-moederbeleggingsonderneming, Nederlandse EU-moederkredietinstelling en Nederlandse financiële EU-moederholding

Art. 1:1 Wft bevat ook definities voor de 'Nederlandse EU-moederbeleggingsonderneming', 'Nederlandse EU-moederkredietinstelling' en 'Nederlandse financiële EU-moederholding'. Het gaat hierbij om een in Nederland gevestigde financiële onderneming die zelf geen 'dochteronderneming' is van een beleggingsonderneming, kredietinstelling of van een financiële holding met zetel in een lidstaat. In art. 3:278 lid 1 en art. 3:278a Wft is deze moeder-dochterverhouding nader omschreven. Hieruit blijkt dat voor het toezicht op geconsolideerde basis de Nederlandse moederbeleggingsonderneming of Nederlandse moederkredietinstelling meer dan 50% van de stemrechten op de aandelen in de dochteronderneming dient te bezitten, of het recht moet hebben om de meerderheid van de personen die het dagelijkse beleid van de 'dochteronderneming' bepalen, te benoemen of te ontslaan.

Overigens wordt het begrip 'Nederlandse financiële EU-moederholding' in het kader van het wetsvoorstel 'Reparatiewet Wft' (31 468) gewijzigd in 'financiële EU-moederholding'. De toevoeging 'Nederlandse' wordt geschrapt om de terminologie in overeenstemming te brengen met de herziene richtlijn banken:²⁶ deze richtlijn vergt namelijk niet dat de financiële EU-moederholding haar zetel in Nederland heeft.²⁷

Financiële Nederlandse moederholding en dochteronderneming

Het toezicht op geconsolideerde basis geldt op basis van art. 3:275 lid 2 Wft ook indien een Nederlandse beleggingsonderneming of kredietinstelling als moederonderneming een financiële Nederlandse moederholding heeft. In art. 1:1 Wft is het begrip 'financiële Nederlandse moederholding' gedefinieerd als een in Nederland gevestigde financiële holding die zelf geen 'dochteronderneming' is van een Nederlandse beleggingsonderneming of Nederlandse kredietinstelling of van een financiële holding met zetel in Nederland. Hierbij is met de term 'dochteronderneming' bedoeld op de definitie van het gelijknamige begrip in art. 1 van de Zevende EG-richtlijn met betrekking tot de geconsolideerde jaarrekening.

In het kader van het wetsvoorstel 'Reparatiewet Wft' wordt ook het begrip 'financiële Nederlandse moederholding' gewijzigd in 'financiële moederholding'.

26. Richtlijn nr. 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 14 juni 2006, *PbEU* 2006, L 177.

27. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 468, nr. 3, p. 27.

Deelneming, deelnemende onderneming en verbonden onderneming

In art. 3:268 lid 1 onderdeel b Wft is met het begrip 'deelneming' bedoeld op het gelijknamige begrip in art. 2:24c BW voor rechtspersonen. Voorts gaat het om een belang van 20% of meer in het geplaatst kapitaal van een 'onderneming', of het rechtstreeks of middellijk kunnen uitoefenen van 20% of meer van de stemrechten in een onderneming. Dit sluit aan bij de definitie van het begrip 'deelneming' in de Vierde richtlijn. Overigens moet dit begrip 'deelneming' worden onderscheiden van de 'gekwalificeerde deelneming' en 'substantiële deelneming', welke hierna worden beschreven.

In het kader van het prudentieel toezicht op financiële ondernemingen is in art. 3:268 lid 1 onderdeel a Wft het begrip 'deelnemende onderneming' gedefinieerd. Dit is in de eerste plaats een 'moederonderneming' als hiervoor is bedoeld, ofwel een onderneming die de meerderheid van de stemrechten of benoemingsrechten bezit, of die overheersende invloed kan uitoefenen op een 'dochteronderneming'. Een onderneming die een 'deelneming' bezit wordt eveneens beschouwd als een 'deelnemende onderneming' in de zin van art. 3:268 lid 1 onderdeel a Wft. Hierbij gaat het dus om de minder vergaande verbondenheid, in de vorm van het duurzaam aanhouden van een kapitaalbelang voor eigen rekening ten dienste van de eigen werkzaamheid. Ten slotte wordt als 'deelnemende onderneming' beschouwd, een onderneming die met een andere onderneming is verbonden door het feit dat zij daarover de centrale leiding uitoefent krachtens een overeenkomst of een statutaire bepaling, of door het feit dat de bestuurs-, leidinggevende, of toezichthoudende organen in meerderheid bestaan uit dezelfde personen. In de laatstgenoemde omschrijving kan met name organisatorische verbondenheid worden herkend. Overigens lijkt het uitoefenen van de centrale leiding als genoemd in de derde categorie van de 'deelnemende onderneming' sterk op het uitoefenen van overheersende invloed als bedoeld in de derde soort.

In art. 3:268, eerste lid, onderdeel i, Wft is een vergelijkbare definitie opgenomen van het begrip 'verbonden onderneming', waarbij de verbondenheid wordt omschreven vanuit het gezichtspunt van de onderneming waarin wordt deelgenomen.

Financieel conglomeraat en groep

In enkele bepalingen van de Wft wordt gesproken van het 'financiële conglomeraat'. Dit begrip is afkomstig uit de Richtlijn financiële conglomeraten.²⁸ Als gevolg van marktontwikkelingen zijn groepen ontstaan, die diensten en producten in verschillende sectoren van de financiële markten aanbieden: de financiële conglomeraten. Op basis van de richtlijn moet het toezicht op het financiële conglomeraat op gecoördineerde basis plaatsvinden. Dat betekent, dat de toezichthoudende instanties van de EU-lidstaten met elkaar moeten samenwerken en informatie moeten uitwisselen over bijvoorbeeld de groepsstructuur, strategie, aandeelhouders en de financiële si-

28. Richtlijn 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2002 betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat en tot wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG en 93/22/EEG van de Raad en van de Richtlijnen 98/78/EG en 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad.

tuatie aan de hand van de kapitaaltoereikendheid, winstgevendheid, risicoconcentratie en intragroeptransacties. Deze voorschriften zijn overgenomen in art. 1:54 en art. 3:293 Wft.

In art. 3:290 Wft is het begrip 'financieel conglomeraat' omschreven als een groep met aan het hoofd een 'moederonderneming' of een houder van een 'deelneming' in de financiële marktsector, of een onderneming die met een andere onderneming is verbonden door een centrale leiding of door het feit dat de bestuurs-, leidinggevende, of toezichthoudende organen in meerderheid bestaan uit dezelfde personen. Ook dit duidt op organisatorische verbondenheid.

De in art. 3:290 Wft gehanteerde term 'groep' is in art. 3:289 onderdeel e Wft gedefinieerd als het geheel van een 'moederonderneming', een 'dochteronderneming', andere ondernemingen waarin één van hen een 'deelneming' heeft, en ondernemingen die met hen zijn verbonden door een centrale leiding op basis van een overeenkomst of statutaire bepaling, dan wel door het feit dat de bestuurs-, leidinggevende, of toezichthoudende organen van deze ondernemingen in meerderheid bestaan uit dezelfde personen. Deze definitie sluit aan bij die van de hiervoor genoemde begrippen 'deelnemende onderneming', 'deelneming' en 'verbonden onderneming' als bedoeld in art. 3:268 lid 1 onderdeel a, b en i Wft.

Gekwalificeerde deelneming

DNB is in het kader van het prudentieel toezicht niet alleen toezichthouder, maar treedt ook op als vergunningverlenende autoriteit. In dit verband dient degene die een gekwalificeerde deelneming in een bank, een beleggingsonderneming, een financiële instelling, of een verzekeraar wil verwerven of vergroten, een verklaring van geen bezwaar in de zin van art. 3:95 Wft aan te vragen bij DNB. Indien het een gekwalificeerde deelneming betreft in één van de vijf grootste Nederlandse banken, dient de verklaring van de Minister van Financiën te worden verkregen.²⁹ Bij het begrip 'gekwalificeerde deelneming' gaat het op basis van art. 1:1 Wft om een belang van ten minste 10% van het geplaatste kapitaal van een onderneming, of de mogelijkheid om ten minste 10% van de stemrechten of zeggenschap in een onderneming uit te oefenen.

In vergelijkbare zin is het op grond van art. 5:32 Wft, in verband met het dragstoezicht van de AFM, verboden om zonder ministeriële verklaring van geen bezwaar een gekwalificeerde deelneming te houden, te verwerven of te vergroten dan wel enige zeggenschap verbonden aan een gekwalificeerde deelneming uit te oefenen in een houder van een gereguleerde markt in Nederland.

Substantiële deelneming

Hoofdstuk 5.3 Wft bevat regels voor het melden van stemmen, kapitaal, zeggenschap en kapitaalbelang in instellingen die effecten uitgeven. Zo moet een persoon

29. In de brief van de Minister van Financiën van 17 september 2007, nr. FM07-2265, is de Tweede Kamer bijvoorbeeld geïnformeerd over de verlening van de verklaringen van geen bezwaar op grond van art. 3:95 jo. 3:97 Wft aan The Royal Bank of Scotland Group Plc., Banco Santander Central Hispano SA, Fortis NV/Fortis SA en het gezamenlijke biedingsvehikel van het consortium van deze drie banken, RFS Holdings BV, in verband met de overname van ABN AMRO.

die beschikt over een substantiële deelneming, dit op basis van art. 5:43 Wft melden bij de AFM. In dit verband wordt in art. 5:33 lid 1 onderdeel g Wft gesproken van een 'substantiële deelneming' bij het bezit van ten minste 5% van het kapitaal of 5% van de stemrechten.

Overigens wordt ook het begrip 'substantiële deelneming' in het kader van het wetsvoorstel 'Reparatiewet Wft' (31 468) enigszins gewijzigd. In de eerste plaats wordt het 5%-criterium in art. 5:33 lid 1 onderdeel g (voorstel) Wft niet langer gerefereerd aan het geplaatste 'kapitaal' maar aan 'aandelen'. Hiermee krijgt het begrip de oorspronkelijk bedoelde reikwijdte terug. Ten tweede moeten bij het aantal stemmen dat iemand kan uitbrengen, ook de stemmen worden meegerekend waarover iemand beschikt of geacht wordt te beschikken op grond van bijvoorbeeld een stemovereenkomst.³⁰ Voorts heeft de Monitoring Commissie Corporate Governance Code voorgesteld om de drempel van 5% voor de meldingsplicht te verlagen naar 3%, met een aanvullende meldingsplicht bij elke latere wijziging van 1%.³¹ Naast het enkele melden van het bezit van een belang zouden aandeelhouders volgens de commissie ook hun intenties moeten openbaren. De commissie denkt hierbij aan een openbaringsplicht bij een belang van bijvoorbeeld 5% of meer.³²

Bezit van aandelen of stemmen waarmee drempelwaarden worden bereikt of overschreden

Op basis van art. 5:38 lid 1 en 2 Wft moeten aandeelhouders eveneens melding maken van wijzigingen in zeggenschap en kapitaalbelang, indien daarmee drempelwaarden worden bereikt of worden overschreden. De drempelwaarden zijn gesteld op 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 40%, 50%, 60%, 75 % en 95%. Deze percentages zijn niet zozeer bedoeld om een bepaalde mate van verbondenheid tot uitdrukking te laten komen. Het gaat hier in feite om een praktisch alternatief om niet elke uitbreiding, ongeacht de omvang, te hoeven melden.

In verband met de meldingsplicht zijn in art. 5:45 Wft regels opgenomen voor de toerekening van stemrechten in een aantal bijzondere situaties. Op basis hiervan wordt bijvoorbeeld het stemrecht op aandelen waarop een vruchtgebruik of pandrecht rust, toegerekend aan de vruchtgebruiker of pandhouder, indien dit ook aan deze personen toekomt op basis van art. 2:88 lid 3 en art. 2:89 lid 3 BW. Voorts worden aandelen van een dochtermaatschappij en de stemmen die een dochter kan uitbrengen, aan de moedermaatschappij toegerekend. Het stemrecht op aandelen die iemand door een derde laat houden, worden toch aan hem toegerekend. Indien een persoon een stemovereenkomst heeft gesloten met een derde, worden aan hem ook de stemmen toegerekend die op basis van deze overeenkomst kunnen worden uitge-

30. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 468, nr. 3, p. 32.

31. Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Advies over de verhouding tussen vennootschap en aandeelhouders en over het toepassingsbereik van de Code*, mei 2007, www.corpgov.nl.

32. In een brief van de Minister van Financiën van 19 juni 2007, nr. FM07-1086, *Kamerstukken II 2006/07*, 31 083, nr.1, is de kabinetsvisie op het rapport van de commissie aan de Tweede Kamer gegeven. Vervolgens is in een brief van 3 januari 2008, nr. FM 2007-03247M, een consultatieversie van een concept wetsvoorstel 'Versterking Nederlands corporate governance systeem' gepubliceerd, dat voorziet in de implementatie van beide voorstellen.

bracht. Dit biedt naar mijn mening wel aangrijpingspunten voor de omschrijving van 'verbondenheid'.

Op basis van art. 5.33 lid 1 onderdeel b onder 4° Wft wordt een optierecht in het kader van de melding van zeggenschap en kapitaalbelang ook als een aandeel beschouwd. Ingevolge art. 5.33 lid 1 onderdeel b onder 2° Wft geldt hetzelfde voor certificaten van aandeel. Ook dit levert aangrijpingspunten op.

Gelieerde uitgevende instelling

Voor bestuurders en commissarissen van effectenuitgevende instellingen geldt op basis van art. 5:48 Wft een meldingsplicht met betrekking tot aandelen en stemmen in de uitgevende instelling zelf, en in een gelieerde uitgevende instelling. Art. 5:48 lid 2 Wft omschrijft in dit verband het begrip 'gelieerde uitgevende instelling' als een andere uitgevende instelling waarmee de uitgevende instelling in een 'groep' is verbonden of waarin deze een 'deelnemings' heeft. Voorts gaat het om een andere uitgevende instelling die rechtstreeks of middellijk meer dan 25% van het kapitaal van de uitgevende instelling verschaft.

Nauw gelieerde personen, rechtspersonen of personenvennootschappen

Op basis van art. 5:60 Wft geldt voorts een meldingsplicht voor transacties van bestuurders en commissarissen van effectenuitgevende instellingen, die op basis van hun positie kunnen beschikken over koersgevoelige informatie. In art. 5:60 lid 1 onderdeel d Wft jo. art. 5 Besluit marktmisbruik Wft geldt deze verplichting ook voor personen die 'nauw gelieerd' zijn met deze bestuurders, zoals echtgenoten, geregistreerde partners of levensgezellen, kinderen en andere bloed- of aanverwanten. Hierin kan een aangrijpingspunt worden gevonden voor verbondenheid tussen natuurlijke personen. Het gaat hierbij bovendien om de genoemde vereenzelvigingsfunctie van begrippen. De meldingsplicht van art. 5:60 Wft geldt eveneens ten aanzien van nauw gelieerde rechtspersonen of personenvennootschappen. In art. 5 onderdeel d Besluit marktmisbruik Wft is omschreven dat dit rechtspersonen of personenvennootschappen betreft, waarvan de leiding, zeggenschap of economische belangen berusten bij een bestuurder of commissaris, of bij de hiervoor genoemde personen die hiermee 'nauw gelieerd' zijn.

Overigens geldt voor het Besluit openbare biedingen Wft van 12 september 2007 een andere, meer beperkte kring van personen die gelieerd zijn met de bestuurders en commissarissen. In dit besluit gaat het om echtgenoten of geregistreerde partners, minderjarige kinderen, en rechtspersonen waarin de zeggenschap berust bij de bestuurders en commissarissen of bij de met hen verbonden personen.

Overwegende zeggenschap

Op basis van art. 1:1 Wft is sprake van 'overwegende zeggenschap' indien ten minste 30% van de stemrechten in de ava van een NV kan worden uitgeoefend. Het criterium van 30% is gekozen omdat een groot aantal vennootschappen in de statuten zou hebben opgenomen dat bepaalde besluiten, bijvoorbeeld die met betrekking tot een statutenwijziging, slechts kunnen worden genomen met een meerderheid van ten

minste tweederde van de stemmen.³³ Indien één partij een derde van de stemmen vertegenwoordigt, kan deze de besluitvorming in de vennootschap normaliter blokkeren.

Personen waarmee in onderling overleg wordt gehandeld

In art. 1:1 Wft wordt gesproken van 'personen waarmee in onderling overleg wordt gehandeld'. Dit zijn natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen waarmee wordt samengewerkt op grond van een overeenkomst met als doel het verwerven van overwegende zeggenschap in een NV of het dwarsbomen van een aangekondigd openbaar bod. In dit verband worden groepsmaatschappijen als bedoeld in art. 2:24b BW in elk geval geacht in onderling overleg te handelen. Dat geldt ook voor rechtspersonen of vennootschappen en hun dochtermaatschappijen. Ook dit begrip heeft, anders dan de meeste verbondenheidsbegrippen in de Wft, een vereenzelvigingsfunctie.

Om te kunnen spreken van 'personen waarmee in onderling overleg wordt gehandeld', moet er een overeenkomst bestaan op basis waarvan wordt samengewerkt met één of meer andere personen, met als doel het verkrijgen van overwegende zeggenschap dan wel het dwarsbomen van een aangekondigd openbaar bod. Aan het element 'overeenkomst' op basis waarvan wordt samengewerkt worden weinig eisen gesteld. Het kan gaan om zowel een uitdrukkelijke als een stilzwijgende overeenkomst, een overeenkomst die mondeling is gesloten of op schrift is gesteld. De samenwerking kan duurzaam zijn, maar ook incidenteel.

3.9 Concernrecht

In de literatuur is veel aandacht besteed aan de vraag of in het Nederlandse rechtstelsel plaats is voor een afzonderlijk 'concernrecht'. Een dergelijk, afzonderlijk rechtsgebied is tot op heden echter niet ingevoerd.

Slagter (1988) heeft in zijn preadvies aan de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking voorgesteld om rechtspersoonlijkheid toe te kennen aan het concern. Naar zijn mening zou het concern niet alleen een economische, maar ook een juridische realiteit moeten zijn. Slagter stelt in dit verband dat ook concerns die een grote mate van decentralisatie in acht nemen, omwille van het groepsbelang vaak zullen ingrijpen in het dagelijkse beleid van de dochtermaatschappijen. Dit ingrijpen vindt niet formeel-juridisch plaats via het uitoefenen van het aan de aandelen verbonden stemrecht in de ava, maar op materiële wijze in de vorm van besluiten van de moedermaatschappij die fungeren als instructies. Het gaat hierbij om gezamenlijke activiteiten op het gebied van marketing, productie, informatievoorziening en financiering.

Ook andere auteurs hebben de gedachte van een wettelijk concernrecht geopperd. Van Olffen (1989) merkt bijvoorbeeld op dat de juridische situatie van een concern niet zou moeten afwijken van de economische, omdat er materieel sprake is van een eenheid. Bartman (1989) acht een uitgebreide en gedetailleerde wettelijke rege-

33. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 419, nr. 3, p. 23.

ling niet zinvol, omdat het begrip 'concern' te diffuus is en de praktische verschijningsvormen te veel verschillen. Hij wil wel een uitbreiding van het traditionele begrippenapparaat, met name door introductie van het begrip 'gekwaliceerd concern'. Van Achterberg (1989) meent dat het begrip 'groep' zoals dat geldt voor het jaarrekeningenrecht, ook kan worden toegepast op andere rechtsgebieden in het ondernemingsrecht. Zij stelt voor om de begrippen 'dochtermaatschappij' en 'afhankelijke maatschappij' te vervangen door het begrip 'groepsmaatschappij', omdat dit volgens haar de economische maatstaf beter weergeeft. Daarentegen betwijfelt Bui-kema (1992) of de begrippen 'dochtermaatschappij', 'groep' en 'deelname' wel zo hanteerbaar zijn buiten het jaarrekeningenrecht, waarvoor ze zijn bedoeld.

Meer recent beschrijft Timmerman (2002) dat concernrecht kennelijk niet meer zo hoog op de agenda van de wetgever staat. Voor zover er sprake is van ontwikkeling in het concernrecht, zal deze zich in de rechtspraak en de doctrine dienen te voltrekken, zo meent hij. Samengevat stelt hij dat de tijd van een groot, systematisch concernrecht voorbij lijkt, en dat concernrecht naar zijn verwachting zal bestaan uit een groot aantal deeloplossingen voor een aantal specifieke vragen.

Centrale leiding en economische eenheid

De belangrijkste elementen van het concernbegrip in de ondernemingsrechtelijke literatuur zijn 'centrale leiding' en 'economische eenheid'. Honée (1981) beschrijft dat met concernverhoudingen de betrekkingen tussen rechtspersonen worden aangeduid, in het bijzonder tussen NV's en BV's, die tot stand komen wanneer het bestuur over de economische activiteiten zodanig wordt gecoördineerd dat er tussen de vennootschappen onderling – meer of minder hecht – een economische, financiële en organisatorische verbondenheid ontstaat.³⁴ Honée vervolgt dat dit korthedshalve wordt aangeduid door te zeggen dat de vennootschappen onder centraal of gemeenschappelijk bestuur zijn gesteld, ofwel dat zij uniform worden geleid.

Slagter (1988) beschrijft dat de meeste definities van het 'concern' ongeveer op het volgende neerkomen:³⁵

'Der Konzern ist die Zusammenfassung von zwei oder mehreren rechtlich selbständigen Unternehmen unter wirtschaftlich einheitlicher Leitung.'

Hij verwijst in dit verband ook naar de definitie van Westbroek:³⁶

'Van een concern is sprake, indien meer dan een, in vermogensrechtelijk opzicht zelfstandig georganiseerde onderneming, met behulp van haar interne structuur aan een gemeenschappelijke leiding is onderworpen.'

34. In vergelijkbare zin: Van Soest (1983).

35. Markus Demmler, 'Durchgriff im Konzern', *Entlebuch* 1984, ontleend aan Slagter (1988).

36. W. Westbroek, 'Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen?', *Vereniging 'Handelsrecht'*, Zwolle 1969, ontleend aan Slagter (1988).

Uit deze definities leidt hij af dat het gaat om twee belangrijke elementen, namelijk enerzijds afhankelijkheid en uniforme leiding, en anderzijds juridische veelheid tegenover economische eenheid, ofwel de juridische zelfstandigheid tegenover economische afhankelijkheid.

Volgens Lievens (1987) zal 'centrale leiding' zich in de praktijk niet uiten in de uitoefening van het werkelijke bestuursmandaat in een dochter door de moedermaatschappij, maar op een meer subtiele wijze. Het gaat niet om de formele, maar om de feitelijke bestuurder. Het bezit van de meerderheid in het kapitaal betekent dan ook niet dat een bestuursactiviteit wordt uitgeoefend. Feitelijke leiding zal veeleer moeten blijken uit zaken zoals het vaststellen van de groepsdoelen, de centralisatie van financieel beheer, productie, research of marketing, of voorafgaande goedkeuring voor deze onderwerpen. Slagter (1988) citeert in dit verband Lutter:³⁷

'... eigentliches Mittel der Konzernführung ist die Psychologie, nicht der Befehl.'

Van Achterberg (1989) sluit hierbij aan. Volgens haar is de uitoefening van de centrale leiding duidelijk meer dan het enkel uitoefenen van de rechten en bevoegdheden van de vader van de dochtervennootschap. Zij meent dat 'centrale leiding' inhoudt dat er een zodanige bestuurlijke invloed wordt uitgeoefend vanuit de top van een concern, dat er een gemeenschappelijke strategie wordt gevoerd en dat mede met het oog daarop, het beleid van de dochters wordt gecoördineerd.

Slagter (1994) merkt eveneens op dat gezag niet zozeer wordt ontleend aan het aandelenbezit, maar veeleer aan samenwerkingsovereenkomsten of een personele unie, waarbij de directie van de moedermaatschappij tevens de directie vormt van de dochters. Hij meent dat het feit dat ter wille van de coördinatie binnen een concern door of vanwege het bestuur van de moeder wordt ingegrepen in het dagelijkse beleid bij de dochter, niet hoeft te betekenen dat de moeder hierdoor optreedt als ware zij bestuurder, en ook niet dat hierdoor het bestuur van de dochter terzijde wordt gesteld.

Bartman en Dorresteyn (2006) beschrijven dat de wijze waarop de centrale leiding tot uitdrukking komt, per concern in sterke mate kan verschillen. Bij een klein concern dat actief is op slechts één markt, kan sprake zijn van een strikte vorm van centrale leiding. Naarmate het concern meer is gediversifieerd, kan de centrale leiding alleen betrekking hebben op de grote, strategische lijnen van concernpolitiek en de financiering daarvan. Dit sluit overigens aan bij het in hoofdstuk 2 beschreven onderscheid in organisatievormen van Chandler (1962). Volgens Bartman en Dorresteyn (2006) zal de aard van de centrale leiding ook worden beïnvloed door de financiële weerstand van de dochter, de marktpositie, vestigingsplaats ten opzichte van die van de moedermaatschappij, en de tijd gedurende welke zij tot het concern behoort.

37. M. Lutter, 'Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa', *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1987, ontleend aan Slagter (1988).

Opvallend is dat in de ondernemingsrechtelijke literatuur organisatorische verbondenheid geacht wordt samen te hangen met economische verbondenheid. Van Achterberg (1989) gaat er bijvoorbeeld vanuit dat indien er geen sprake is van economische verbondenheid, binnen het aldus aanwezige 'conglomeraat' minder organisatorische verbondenheid nodig is. Hierdoor is volgens haar in een conglomeraat een beperkter gecentraliseerd planning- en controlesysteem nodig. Slagter (2005) lijkt nog verder te gaan met zijn opmerking dat er alleen sprake kan zijn van een economische eenheid, als er een uniforme leiding is. De elementen 'economische eenheid' en 'centrale leiding' zijn volgens hem dus met elkaar verbonden. Bartman en Dorresteyn merken in dit verband op dat indien een gestandaardiseerde, periodieke uitwisseling van gegevens geheel ontbreekt, geen sprake is van een concern: er bestaat dan geen onderneming als economische eenheid. Ik vind het opmerkelijk dat voor de beoordeling van de economische verbondenheid geen aandacht wordt besteed aan de complementariteit van activiteiten. In feite wordt dit ontweken door te veronderstellen dat de centrale leiding automatisch met zich brengt dat er een economische eenheid is. Naar mijn mening kan het onderscheid tussen een 'conglomeraat' en een 'concern' in de praktijk echter niet op een dergelijke, eenvoudige wijze worden gemaakt. Hiervoor lijkt mij een complementariteitseis nodig.

Overigens kan de veronderstelling dat er een samenhang bestaat tussen organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid wel worden herkend in het in hoofdstuk 2 beschreven 'coöperatieve organisatietype' van Eccles. Bij dit organisatietype, dat wordt gekenmerkt door lage diversificatie tussen de verschillende afdelingen in combinatie met een hoge verticale integratie, zou de ondernemingsstrategie voornamelijk centraal worden bepaald. De ondernemingsleiding hecht bij dit type aan interne transacties, omdat capaciteiten van de opeenvolgende fasen in de bedrijfskolom binnen de onderneming op elkaar zijn afgestemd. Hieruit kan worden afgeleid dat bij een sterke economische verbondenheid van activiteiten ook een sterke mate van organisatorische verbondenheid nodig is; het bewijst echter niet dat een centrale leiding ook economische verbondenheid impliceert.

Kapitaalbelang

In veel gevallen zullen de centrale leiding en de economische eenheid voortvloeien uit een meerderheidsparticipatie van de moedermaatschappij in het kapitaal van de dochter. Het bezit van de meerderheid van de aandelen schept immers meestal de mogelijkheid om bestuurders te benoemen, en om hen te schorsen en te ontslaan.

In de literatuur is veel aandacht besteed aan de vraag of voor de aanwezigheid van een concernverhouding een formeel-juridisch criterium moet worden gehanteerd, of juist een materieel-economische maatstaf. Volgens Van Soest (1983) betekent een volledig kapitaalbelang niet dat de aandeelhouder ook daadwerkelijk de centrale leiding zal uitoefenen om zodoende richting te geven aan een gezamenlijke ondernemingsactiviteit. De participatie in het kapitaal kan immers ook uit een uitsluitend financiële interesse zijn ontstaan. Er is dan sprake van een conglomeraat, maar niet van een concern. Ook Van Achterberg (1989) toont zich voorstander van een economische benadering.

Volgens Slagter (1988) is een eenvoudig kapitaalscriterium echter te prefereren boven de maatstaf of de moeder gezag kan uitoefenen over de dochter. De begrippen

'uniforme leiding' en 'afhankelijkheid' zijn hiervoor volgens hem te vaag. Hij erkent dat het kapitaalscriterium een eenvoudig criterium is, dat geen recht doet aan de genuanceerde materiële werkelijkheid. Een beleidscriterium zou volgens hem echter tot allerlei moeilijk te beantwoorden vragen leiden.

Financiële kruisverbanden

Met 'financiële kruisverbanden' wordt het geheel van financiële verhoudingen bedoeld die tussen de moedermaatschappij en de dochters, en tussen de dochters onderling, bestaan. Te denken valt aan onderlinge schuldverhoudingen en aansprakelijkheid- en zekerheidstellingen. Maeijer (1987) merkt in dit verband op dat de vennootschappen te kennen geven dat zij als financieel-economische eenheid willen opereren, zodra een concern centraal kasbeheer hanteert. De dochters leveren dan een stuk van de eigen financiële zekerheid in met het oog op het concernbelang. Dit wordt versterkt door aansprakelijkheid- en zekerheidstellingen die een kredietverstrekker zal vragen van de moeder en de dochters. Volgens Maeijer is dan sprake van een dubbele verbondenheid.

Bloemarts (1987) merkt op dat de financiële verbondenheid binnen concerns in zekere mate het normale gevolg is van de bedrijfseconomische samenhang van het concern. Zij vloeit voort uit de transacties tussen de in het concern verbonden ondernemingen en de daarbij gehanteerde interne verrekenprijzen. De financiering krijgt echter volgens Bloemarts een verder strekkende dimensie naarmate het beheer van de geldstromen en de financiering van de concernondernemingen worden gecentraliseerd. Er ontstaat dan volgens hem een financiële verbondenheid met een meer duurzaam en structureel karakter. In dit verband duiden financiële kruisverbanden dus zowel op financiële verbondenheid als organisatorische verbondenheid.

Overeenkomsten

In de ondernemingsrechtelijke literatuur is verdedigd dat centrale leiding ook kan worden uitgeoefend door middel van overeenkomsten, zoals een licentieovereenkomst of een managementovereenkomst.³⁸ In feite sluit dit aan bij de aandacht voor overeenkomsten in de moderne literatuur over de 'multinationale onderneming' in de bedrijfseconomie. Van Achterberg (1989) merkt op dat de meningen van de auteurs op dit punt uiteenlopen. Zo acht Westbroek een afhankelijkheidsrelatie noodzakelijk voor het bestaan van een concern.³⁹ Hij is van mening dat deze relatie bij overeenkomsten niet aanwezig is, omdat een overeenkomst niet alleen door de dominerende rechtspersoon kan worden opgezegd, maar ook door de onderworpen rechtspersoon.

Buikema (1992) merkt op dat de afhankelijkheid uit hoofde van overeenkomsten niet hetzelfde is als een moeder-dochterverhouding, waarbij de dochter sterk financieel afhankelijk is van de moeder. Toch meent hij dat zij in theorie vergelijkbaar is.

38. Bijvoorbeeld door Franken (1976), Raaijmakers (1976) en Honée (1981).

39. W. Westbroek, 'Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen?', *Vereniging 'Handelsrecht'*, Zwolle 1969, ontleend aan Van Achterberg (1989).

Joint ventures

Over de vraag of een joint venture tot een concern kan behoren, lopen de meningen in de literatuur ook uiteen. Van Achterberg beschrijft dat een joint venture in feite een bijzondere combinatie is van een kapitaalbelang en een overeenkomst. Zij denkt dat dit kan leiden tot een concernverhouding indien een van de partners een dominerende invloed kan uitoefenen in de joint venture. Raaijmakers (1976) acht echter een 'wezenlijke invloed' al voldoende, en gaat er daarom vanuit dat de joint venture met beide partners in een concernrelatie staat.

3.10 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn verbondenheidsbegrippen in het ondernemingsrecht geanalyseerd, met het doel te onderzoeken welke aangrijpingspunten hierin kunnen worden gevonden voor de definitie van verbondenheid tussen lichamen en tussen lichamen en natuurlijke personen. Onderstaande schema's bevat een overzicht van de geanalyseerde begrippen. Per begrip is de wettelijke omschrijving summier vermeld, alsmede de functie. Hierbij staat de afkorting 'F' voor: facilitaire functie. Met 'V' is bedoeld: vereenzelvigingsfunctie. Voorts duidt 'Ob' op: obligatoire functie. Met 'O' is ten slotte bedoeld: operationaliseringsfunctie.

Verbondenheid tussen lichamen

| Begrip | Criteria | Verbondenheidstype | Functie |
|---|--|---|----------------|
| 'Groep' in de zin van art. 2:24b BW | Economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden | Organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid | F en Ob |
| 'Dochtermaatschappij' in de zin van art. 2:24a BW | Bezit van meer dan 50% van de stemrechten of benoemingsrechten | Financiële verbondenheid | Ob, V en O |
| 'Deelneming' in de zin van art. 2:24c BW | Kapitaalsverschaffing aan een rechtspersoon teneinde met die rechtspersoon duurzaam verbonden te zijn ten dienste van de eigen werkzaamheid; Wettelijk vermoeden bij bezit van 20% van het geplaatste kapitaal | Economische verbondenheid en financiële verbondenheid | Ob en O |
| 'Afhankelijke maatschappij' in de zin van art. 2:262 (152) onderdeel a BW | Bezit van ten minste 50% van het geplaatste kapitaal | Financiële verbondenheid | Ob en V |
| 'Dochtermaatschappij' in de zin van art. 2:263 (153) lid 3 onderdeel a BW | Bezit van ten minste 50% van het geplaatste kapitaal | Financiële verbondenheid | F |

| Begrip | Criteria | Verbondenheidstype | Functie |
|---|--|--|---------|
| 'Joint venture' in de zin van art. 2:263 (153) lid 3 onderdeel d BW | Deelname voor ten minste 50% van het geplaatste kapitaal volgens een onderlinge regeling tot samenwerking | Financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid | F |
| 'Eenmans-BV' in de zin van art. 2:265a (155a) lid 1 onderdeel a BW | Verschaffing van het gehele geplaatste kapitaal door één natuurlijke persoon, of door twee of meer natuurlijke personen volgens een onderlinge regeling tot samenwerking | Financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid | F |
| 'Nauw verbonden' rechtspersoon in de zin van art. 2:351 lid 2 BW | Nauw verbonden | - | Ob en O |
| 'Verbonden natuurlijke personen of rechtspersonen' in de zin van 'best practice'-bepalingen I3.1 en I3.2 van de Tabaksblat Code | Bezit van ten minste 10% van de aandelen | Financiële verbondenheid | Ob en V |
| 'In een groep verbonden ondernemingen' in de zin van art. 3 lid 2 WOR | Naar de rechtsvorm zelfstandige ondernemers die onderworpen zijn aan een gemeenschappelijke leiding dan wel een van hen die leiding over de andere uitoefent of kan uitoefenen | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Communautaire groep' in de zin van art. 1 lid 1 onderdeel d WEOR | Geheel van ondernemingen bestaande uit een moederonderneming en de ondernemingen waarover zij de zeggenschap uitoefent | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Moederonderneming' in art. 2 lid 1 WEOR | Onderneming die binnen een communautaire groep een overheersende zeggenschap kan uitoefenen op een andere onderneming; Wettelijk vermoeden bij bezit van meer dan 50% van de stemrechten of benoemingsrechten of meer dan 50% van het geplaatste kapitaal | Organisatorische verbondenheid en financiële verbondenheid | Ob en O |
| 'Samenstel van ondernemingen' in de zin van art. 1 lid 1 onderdeel c Fusiegedragsregels 2000 | Twee of meer ondernemingen die in stand worden gehouden door dezelfde ondernemer, door twee of meer ondernemers die een 'groep' vormen in de zin van art. 2:24b BW, of door twee of meer ondernemers op basis van een onderlinge regeling tot samenwerking | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |

| Begrip | Criteria | Verbondenheidstype | Functie |
|--|---|--|---------|
| 'Concentratie' in de zin van art. 3 lid 1 Concentratieverordening en art. 27 Mw | Twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen fuseren, of verkrijgen rechtstreeks of middellijk zeggenschap over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Verbonden natuurlijke personen of rechtspersonen' in de zin van art. 43, lid 1 onder 4° tot en met 6° Fw | Bezit van ten minste 50% van het geplaatste kapitaal, of de functie van bestuurder | Financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid | Ob en V |
| 'Moedermaatschappij' in de zin van art. 1:1 Wft | Rechtspersoon die een of meer dochtermaatschappijen heeft als bedoeld in art. 2:24a BW | Financiële verbondenheid | Ob en O |
| 'Moederonderneming' in de zin van art. 1.1 Wft | Bezit van meer dan 50% van de stemrechten of benoemingsrechten, of uitoefening van overheersende invloed op een 'dochteronderneming' | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Nederlandse moederbeleggingsonderneming' en 'Nederlandse moederkredietinstelling' in de zin van art. 1.1 Wft | In Nederland gevestigde beleggingsonderneming of kredietinstelling, die een beleggingsonderneming, kredietinstelling of financiële instelling als 'dochteronderneming' heeft, en die zelf geen 'dochteronderneming' is van een andere Nederlandse beleggingsonderneming, Nederlandse kredietinstelling of financiële holding met zetel in Nederland | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Nederlandse EU-moederbeleggingsonderneming', 'Nederlandse EU-moederkredietinstelling' en 'Nederlandse financiële EU-moederholding' in de zin van art. 1.1 Wft | In Nederland gevestigde financiële onderneming die zelf geen 'dochteronderneming' is van een beleggingsonderneming, kredietinstelling of van een financiële holding met zetel in een lidstaat | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Financiële Nederlandse moederholding' in de zin van art. 1:1 Wft | In Nederland gevestigde financiële holding die zelf geen 'dochteronderneming' is van een Nederlandse beleggingsonderneming of Nederlandse kredietinstelling of van een financiële holding met zetel in Nederland | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Deelneming' in de zin van art. 3:268 lid 1 onderdeel b Wft | Deelneming in een rechtspersoon in de zin van art. 2:24c BW, of het bezit van 20% van het geplaatste kapitaal of de stemrechten in een onderneming | Economische verbondenheid en financiële verbondenheid | Ob en O |

| Begrip | Criteria | Verbondenheidstype | Functie |
|--|--|--|---------|
| 'Deelnemende onderneming' in de zin van art. 3:268 lid 1 onderdeel a Wft | 'Moederonderneming', een onderneming die een 'deelneming' bezit, of een onderneming die met een andere onderneming verbonden is door het feit dat zij daarover de centrale leiding uitoefent krachtens een overeenkomst of een statutaire bepaling, of door het feit dat de bestuurs-, leidinggevende, of toezichthoudende organen in meerderheid bestaan uit dezelfde personen | Financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Verbonden onderneming' in de zin van art. 3:268 lid 1 onderdeel i Wft | 'Dochteronderneming', een andere onderneming waarin een 'deelneming' bestaat, of een onderneming die met een andere onderneming verbonden is door een door die andere onderneming uitgeoefende centrale leiding krachtens een door deze ondernemingen gesloten overeenkomst of een bepaling in de statuten van een of meer van deze ondernemingen, of door het feit dat de bestuurs-, leidinggevende, of toezichthoudende organen in meerderheid bestaan uit dezelfde personen | Financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Financieel conglomeraat' in de zin van art. 3:290 Wft | Groep met aan het hoofd een 'moederonderneming' of een houder van een 'deelneming' in de financiële marktsector, of een onderneming die met een andere onderneming is verbonden door een centrale leiding of door het feit dat de bestuurs-, leidinggevende, of toezichthoudende organen in meerderheid bestaan uit dezelfde personen | Financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Groep' in de zin van art. 3:290 Wft | Geheel van een 'moederonderneming', een 'dochteronderneming', andere ondernemingen waarin één van hen een 'deelneming' heeft, en ondernemingen die met hen zijn verbonden door een centrale leiding op basis van een overeenkomst of statutaire bepaling, dan wel door het feit dat de bestuurs-, leidinggevende, of toezichthoudende organen van deze ondernemingen in meerderheid bestaan uit dezelfde personen | Financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid | Ob en O |

| Begrip | Criteria | Verbondenheidstype | Functie |
|--|---|---|---------|
| 'Gekwalificeerde deelneming' in de zin van art. 1:1 Wft | Belang van ten minste 10% van het geplaatste kapitaal van een onderneming, of de mogelijkheid om ten minste 10% van de stemrechten of zeggenschap in een onderneming uit te oefenen | Financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Substantiële deelneming' in de zin van art. 5:33 lid 1 onderdeel c Wft | Bezit van ten minste 5% van het kapitaal of 5% van de stemrechten | Financiële verbondenheid | Ob en O |
| 'Gelieerde uitgevende instelling' in de zin van art. 5:48 lid 2 Wft | Andere uitgevende instelling waarmee de uitgevende instelling in een 'groep' is verbonden, waarin deze een 'deelneming' heeft, of die rechtstreeks of middellijk meer dan 25% van het kapitaal van de uitgevende instelling verschaft | Organisatorische verbondenheid en financiële verbondenheid | Ob en O |
| 'Nauw gelieerde' rechtspersonen of personenvennootschappen in de zin van art. 5:60 lid 1 onderdeel d Wft jo. art. 5 Besluit marktmissbruik Wft | Rechtspersonen of personenvennootschappen waarvan de leiding, zeggenschap of economische belangen berusten bij een bestuurder of commissaris, of bij de hiervoor genoemde personen die hiermee 'nauw gelieerd' zijn | Organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid | V |
| Verbonden rechtspersonen in de zin van het Besluit openbare biedingen Wft | Rechtspersonen waarin de zeggenschap berust bij de bestuurders en commissarissen of bij de met hen verbonden personen | Organisatorische verbondenheid | V |
| 'Overwegende zeggenschap' in de zin van art. 1:1 Wft | Het kunnen uitoefenen van 30% van de stemrechten in de ava van een NV | Financiële verbondenheid | Ob en O |
| 'Personen waarmee in onderling overleg wordt gehandeld' in de zin van art. 1:1 Wft | Natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen waarmee wordt samengewerkt op grond van een overeenkomst met als doel het verwerven van overwegende zeggenschap in een NV of het dwarsbomen van een aangekondigd openbaar bod | Organisatorische verbondenheid | V |

Verbondenheid tussen natuurlijke personen

| Begrip | Criteria | Functie |
|--|---|---------|
| Verbonden personen in de zin van art. 2:12 BW | Echtgenoot, geregistreeerde partner en bloedverwanten in de rechte lijn | V |
| Verbonden personen in de zin van art. 2:265a (155a) lid 2 BW | Echtgenoot, geregistreeerde partner en bloedverwanten in de rechte lijn | V |

| Begrip | Criteria | Functie |
|---|--|---------|
| Verbonden personen in de zin van 'best practice'-bepalingen I3.1 en I3.2 van de Tabaksblat Code | Echtgenoot, geregistreerde partner of een andere levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de tweede graad | V |
| Verbonden personen in de zin van art. 43 lid 1 onder 4° tot en met 6° Fw | Echtgenoot, pleegkind en bloed- of aanverwanten tot in de derde graad | V |
| 'Nauw gelieerde' personen in de zin van art. 5:60 lid 1 onderdeel d Wft jo. art. 5 Besluit marktmissbruik Wft | Echtgenoten, geregistreerde partners of levensgezellen, kinderen en andere bloed- of aanverwanten | V |
| Verbonden personen in de zin van het Besluit openbare biedingen Wft | Echtgenoten, geregistreerde partners en minderjarige kinderen | V |

Geconcludeerd wordt dat 'control' ofwel zeggenschap in het ondernemingsrecht niet zozeer is gebaseerd op het bezit van een kapitaalbelang, maar dat het veeleer gaat om materieel-economische criteria gericht op feitelijke zeggenschap. Uit de literatuur over het concernrecht als afzonderlijk rechtsgebied blijkt dat ten aanzien van het 'concern' sprake moet zijn van een gemeenschappelijke, 'centrale leiding'. Deze wordt niet ontleend aan een aandelenparticipatie, maar moet bijvoorbeeld blijken uit gezamenlijke doelstellingen en de centralisatie van bepaalde kernprocessen van een onderneming, zoals productie, research, marketing en financieel beheer. In wettelijke begrippen wordt uitgegaan van een overheersende invloed van de ene onderneming op de andere. Deze feitelijke zeggenschap duidt op het belang van organisatorische verbondenheid. In hoofdstuk 2 heb ik geconcludeerd dat in de bedrijfseconomie eveneens weinig belang wordt toegekend aan financiële verbondenheid. In zoverre sluit de omschrijving van verbondenheid in het ondernemingsrecht aan bij de bedrijfseconomie.

De 'economische eenheid' welke in de definitie van het begrip 'groep' van art. 2:24b BW is vereist, duidt ook op economische verbondenheid als relevant criterium. Dat geldt eveneens voor de term 'duurzaam verbonden ten dienste van de eigen werkzaamheden' in de omschrijving van het begrip 'deelneming' in de zin van art. 2:24c BW. In de literatuur over het concernrecht wordt overigens nauwelijks aandacht besteed aan economische verbondenheid. Er lijkt te worden verondersteld dat economische verbondenheid voortvloeit uit organisatorische verbondenheid.

Ten aanzien van de meeste verbondenheidsbegrippen in het ondernemingsrecht acht ik het materieel-economische karakter van de criteria verklaarbaar op basis van de achtergrond van de desbetreffende regelingen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de begrippen in de Wft, die op basis van de terminologie van Bartman en Dorresteyn (2006) een obligatoire functie hebben en meer specifiek een operationaliseringsfunctie. Dat wil zeggen, dat deze begrippen er vanwege het toezicht van DNB en de AFM op zijn gericht een zo volledig en reëel mogelijk inzicht te verschaffen in de financieel-economische situatie van een concernonderneming. Dit toezicht moet

plaatsvinden ongeacht de rechtsvorm van ondernemingen. Voor zover hierbij de relatie met gelieerde ondernemingen een rol speelt, zal men geïnteresseerd zijn in feitelijke verbondenheid en niet in schijnbare verbondenheid op basis van bijvoorbeeld een kapitaalbelang. Deze feitelijke verbondenheid kan beter tot uitdrukking worden gebracht met materieel-economische criteria. Dezelfde redenering kan worden gevolgd bij de verklaring van het gebruik van materieel-economische criteria in het medezeggenschapsrecht. Werknemersmedezeggenschap kan niet goed tot haar recht komen zonder inzicht in de feitelijke concernsituatie. Dit geldt ook ten aanzien van het begrip 'concentratie' in het mededingingsrecht, en voor het begrip 'groep' in art. 2:24b BW dat met name een rol vervult in het jaarrekeningenrecht. Op de functie van dit groepsbegrip, en die van de begrippen 'dochtermaatschappij' en 'deelneming', wordt nader ingegaan in hoofdstuk 4.

Overigens kent het ondernemingsrecht ook begrippen waarin de aanwezigheid van zeggenschap wordt beoordeeld op basis van formeel-juridische criteria. Het gaat dan bijvoorbeeld om het kunnen uitoefenen van meer dan de helft van de stemrechten, het benoemen of ontslaan van meer dan de helft van de ondernemingsleiding, of het verschaffen van meer dan de helft van het kapitaal. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de begrippen 'dochtermaatschappij', 'deelneming' en de 'afhankelijke maatschappij', 'joint venture' en de eenmans-BV in de structuurregeling. Naar mijn mening duiden deze begrippen niet zozeer op organisatorische verbondenheid. In elk geval gaat het niet om rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid. Er kan slechts op indirecte wijze invloed worden uitgeoefend, omdat het gaat om de zeggenschap in de *ava*. Zeggenschap in de *ava* kan organisatorische verbondenheid wel ondersteunen, maar zij vormt geen garantie voor de aanwezigheid daarvan. Of in de *ava* effectief zeggenschap kan worden uitgeoefend, hangt ook af van het 'aandeelhoudersactivisme' c.q. het 'aandeelhoudersabsenteïsme'.⁴⁰ Indien aandeelhouders niet komen opdagen, kan ook met een klein aandelenpakket doorslaggevende zeggenschap in de *ava* worden uitgeoefend. Van organisatorische verbondenheid zal dan geen sprake zijn. Ik beschouw de genoemde begrippen daarom vooral als een uiting van financiële verbondenheid.

Het gebruik van formeel-juridische criteria kan ik niet in alle gevallen verklaren vanuit de functie van deze begrippen. Voor de 'afhankelijke maatschappij', 'joint venture' en de eenmans-BV gelden bijvoorbeeld vrijstellingen c.q. verlichtingen van het structuurregime; zij hebben in dit opzicht een facilitaire functie. Hoewel zij daarom niet zijn gericht op het verschaffen van inzicht in de concernsituatie, komt het mij voor dat materieel-economische criteria toch zouden passen om te voorkomen dat de faciliteiten onbedoeld worden benut. Bovendien heeft het begrip 'afhankelijke maatschappij' ook een vereenzelvigingsfunctie. Om recht te doen aan deze vereenzelviging, lijkt mij nodig dat entiteiten waarin een belang van minder dan 50% wordt gehouden, maar waarin een moedermaatschappij wel feitelijk het beleid bepaalt,

40. Overigens zal dit 'aandeelhoudersabsenteïsme' bij familie-BV's waarschijnlijk niet in dezelfde mate aan de orde zijn als bij beurs-NV's.

ook als 'afhankelijke maatschappij' worden beschouwd.⁴¹ In de verbondenheidsbegrippen in 'best practice'-bepalingen I3.1 en I3.2 van de Tabaksblat Code en art. 43 lid 1, onder 4° tot en met 6° Fw is eveneens een formeel-juridisch criterium in de vorm van een aandelenbelang gehanteerd. Deze begrippen hebben een vereenzelvigingsfunctie, dat wil zeggen, dat de gedragingen van de verbonden rechtspersonen en natuurlijke personen aan de vennootschap worden toegerekend. Naar mijn mening zou deze functie ook gediend kunnen zijn met het gebruik van materieel-economische criteria. Ik houd het er dan ook op dat in deze regelingen vooral uit praktische overwegingen is gekozen voor een eenvoudig formeel-juridisch criterium, in plaats van de meer zuivere, materieel-economische maatstaf van feitelijke zeggenschap.

In het ondernemingsrecht kunnen ook enkele aangrijpingspunten worden gevonden voor de definitie van verbondenheid tussen natuurlijke personen. In de verschillende regelingen geldt echter telkens een andere kring van verbonden personen. Een zeer beperkte invulling kan worden gevonden in art. 2:12 BW ten aanzien van de ontzegging van stemrecht aan een aandeelhouder, waarbij uitsluitend de echtgenoot en bloedverwanten in de rechte lijn als verbonden personen worden aangemerkt. Daarentegen kent art. 5:60 Wft jo. art. 5 Besluit marktmisbruik Wft een ruime kring van personen die 'nauw gelieerd' zijn met bestuurders of commissarissen. Hiertoe worden onder meer echtgenoten, geregistreerde partners of levensgezellen, andere personen die op daarmee vergelijkbare wijze samenleven, kinderen en andere bloed- of aanverwanten gerekend. De verschillende begrippen 'verbonden persoon' hebben elk ook een vereenzelvigingsfunctie, op grond waarvan hun gedrag of hun aandelenbezit wordt toegerekend aan de betrokken natuurlijke persoon.

41. De reden dat is gekozen voor een formeel-juridisch criterium is ook een andere, zo beschrijven Bartman en Dorresteijn (2006), namelijk het voorkomen van onzekerheid over de toepasselijkheid van de structuurregeling.

HOOFDSTUK 4

Jaarrekeningenrecht

4.1 Inleiding

Het jaarrekeningenrecht heeft een nauwe relatie met de 'financial accounting' als deeldiscipline van de bedrijfseconomie, maar kan worden beschouwd als een onderdeel van het ondernemingsrecht.

Sinds 2005 zijn in Nederland twee sets van regelgeving voor de jaarrekening van kracht, namelijk de 'International Financial Reporting Standards' (IFRS) voor de geconsolideerde jaarrekening van beursgenoteerde ondernemingen, en de bepalingen van Titel 9 Boek 2 BW voor niet-beursgenoteerde bedrijven. De IAS-verordening biedt lidstaten de mogelijkheid om toepassing van IFRS ook toe te staan of te verplichten voor niet-beursgenoteerde ondernemingen. In dit verband bestaat in Nederland op basis van art. 2:362 lid 8 BW de mogelijkheid om IFRS op vrijwillige basis toe te passen.

De regels van IFRS zijn vastgesteld door de International Accounting Standards Board (IASB), en goedgekeurd door de Europese Commissie. Hierbij richt het International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC) zich op de interpretatie van de IFRS-regels. In dit verband blijven de bekende International Accounting Standards (IAS) van kracht, totdat zij door de IASB worden aangepast. Nieuwe standaarden worden aangeduid met IFRS. De wettelijke voorschriften van Titel 9 Boek 2 BW zijn van een toelichting voorzien in de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (RJ). Hierbij heeft de Raad voor de Jaarverslaggeving als beleid om IFRS in zijn richtlijnen te verwerken, zo merkt Vergoossen (2007) op. Daarom zijn veel IFRS-bepalingen vrijwel woordelijk vertaald in de RJ.

Overigens kunnen Nederlandse ondernemingen met internationale vertakkingen ook zijn onderworpen aan regels die voortvloeien uit een buitenlands verslaggevingsstelsel, zoals US GAAP.

In dit hoofdstuk analyseer ik verbondenheidsbegrippen in het jaarrekeningenrecht. Als zodanig maakt dit hoofdstuk deel uit van het privaatrechtelijke toetsingskader van mijn studie. Hierna onderzoek ik eerst verbondenheidsbegrippen in Titel 9 Boek 2 BW die zien op de verwerking van fusies en overnames in de jaarrekening, de consolidatie en de waardering en informatievervalsing van belangen in gelieerde entiteiten. Vervolgens analyseer ik de verbondenheidsbegrippen die ten aanzien van deze onderwerpen worden gehanteerd onder IFRS. Voorts besteed ik summier aan-

dacht aan enkele verschillen die ten aanzien van deze begrippen bestaan tussen IFRS en de regels van US GAAP. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

In het kader van Titel 9 Boek 2 BW sta ik ook stil bij de aandacht die in het jaarverslag moet worden besteed aan maatschappelijk verantwoord ondernemen en 'corporate governance'. Beide verschijnselen zijn ook in hoofdstuk 2 en 3 aan de orde gekomen.

4.2 Titel 9 Boek 2 BW

In Titel 9 Boek 2 BW kunnen verschillende aangrijpingspunten worden gevonden voor de omschrijving van verbondenheid. Achtereenvolgens ga ik in op verbondenheidsbegrippen ten aanzien van fusies en overnames, consolidatie en de begrippen 'dochtermaatschappij', 'joint venture', 'deelneming', 'minderheidsbelang' en 'verbonden partij' voor de waardering en informatieverschaffing van belangen in gelieerde entiteiten. Op basis van de terminologie van Bartman en Dorresteijn (2006), zoals ook gehanteerd in hoofdstuk 3, heeft elk van deze begrippen in beginsel een obligatoire functie, en met name een operationaliseringsfunctie. Zij dienen immers om te bewerkstelligen dat de jaarrekening een zo volledig en reëel mogelijk inzicht geeft in de financieel-economische situatie van een concernonderneming. In een enkel geval vervullen de begrippen ook een facilitaire functie, waarbij dat afzonderlijk zal worden genoemd.

4.2.1 Fusies en overnames

In RJ 216 zijn richtlijnen opgenomen met betrekking tot de verwerking van fusies en overnames in de jaarrekening. In dit verband wordt in RJ 216.105 onderscheid gemaakt tussen 'overnames' en 'samensmelting van belangen'.

Overname en samensmelting van belangen

Een 'overname' is een transactie waarbij de verkrijgende partij de beschikkingsmacht verkrijgt over het vermogen (de activa en passiva) en de activiteiten van de overgenomen partij. Van een 'samensmelting van belangen' is sprake indien ondernemingen worden samengevoegd, waarbij de aandeelhouders van de betrokken partijen de beschikkingsmacht over het vermogen en exploitatie samenvoegen met het oog op een duurzame verdeling van risico's en baten van de gevoegde entiteit, zonder dat één van de partijen als verkrijgende partij kan worden aangemerkt.

In beide definities speelt het begrip 'beschikkingsmacht' een belangrijke rol. Dit is in RJ 216.105 omschreven als de mogelijkheid doorslaggevende invloed uit te oefenen op het zakelijk en financieel beleid van een entiteit, met het oogmerk economische voordelen te verkrijgen uit haar activiteiten. Voor de omschrijving van 'verbondenheid' duidt dit op het belang van organisatorische en economische verbondenheid. Ten aanzien van 'overnames' wordt op basis van RJ 216.107 verondersteld dat de 'beschikkingsmacht' wordt verkregen indien een partij de zeggenschap in een andere partij verkrijgt. Hierbij geldt echter een tegenbewijsmogelijkheid.

Overigens kan de 'beschikkingsmacht' ook worden verkregen zonder dat een partij een meerderheidsbelang heeft. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien meer

dan de helft van de stemrechten kan worden uitgeoefend op basis van een aandeelhoudersovereenkomst of een statutaire bepaling, of indien een partij het recht verkrijgt om de meerderheid van de bestuurders of toezichthouders van de andere partij te ontslaan. Hieruit kan worden afgeleid dat financiële verbondenheid van minder groot belang is.

4.2.2 Consolidatie

Ten aanzien van consolidatie kan in de eerste plaats de vraag worden gesteld wanneer er een verplichting bestaat om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen. Dit is de vraag naar de consolidatieplicht. In dit verband kunnen vrijstellingen van toepassing zijn. Indien vaststaat dat een geconsolideerde jaarrekening moet worden opgesteld, rijst de vraag welke rechtspersonen of vennootschappen tot de consolidatiekring behoren.

Het uitgangspunt in Titel 9 Boek 2 BW is dat elke rechtspersoon een eigen jaarrekening opstelt. Op basis van art. 2:406, lid 1, BW geldt echter voor de rechtspersoon die aan het hoofd staat van zijn 'groep', de verplichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen. In deze geconsolideerde jaarrekening moeten zijn eigen financiële gegevens worden opgenomen en die van zijn 'dochtermaatschappijen' in de groep, 'andere groepsmaatschappijen' en 'andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft'. In RJ 217.201 e.v. is deze consolidatieplicht nader toegelicht.

Ten aanzien van het 'groepsdeelhoofd' is de consolidatieplicht opgenomen in art. 2:406, lid 2, BW. Hierbij kan worden gedacht aan een tussenhoudstermaatschappij met dochters. De bepaling van art. 2:406 lid 2 BW is van een nadere toelichting voorzien in RJ 217.212.

In de Nederlandse wet zijn enkele vrijstellingen van de consolidatieplicht opgenomen. De begrippen die in de desbetreffende bepalingen worden gehanteerd, hebben een facilitaire functie. In de eerste plaats geldt op basis van art. 2:407 lid 2 BW een vrijstelling voor 'kleine groepen', waarbij geen van de maatschappijen een beursnotering heeft. Of een groep 'klein' is, moet worden getoetst aan de criteria die gelden voor het jaarrekeningregime voor kleine rechtspersonen van art. 2:396 BW.

De tweede belangrijke vrijstelling geldt voor een tussenhoudstermaatschappij, waarbij de financiële gegevens van de maatschappijen die zouden moeten worden geconsolideerd, zijn opgenomen in een meer omvattende geconsolideerde jaarrekening. Deze vrijstelling is opgenomen in art. 2:408 BW.

Art. 2:407 lid 3 BW bevat een derde vrijstelling, namelijk ten aanzien van nevengeschikte moedermaatschappijen. Bartman en Dorresteijn (2006) spreken in dit verband van de 'Shell-vrijstelling'. De financiële positie van deze maatschappijen hoeft niet te worden opgenomen in de consolidatie. De geconsolideerde jaarrekening omvat dan de groep, met uitzondering van de rechtspersonen die aan het hoofd staan van die groep.

RJ 217.209 ORL bevat een uitzondering van de consolidatieplicht voor een 'personal holding'. Ook dit betreft een facilitaire functie. Hoewel een personal holding vaak wel de meerderheid van de aandelen in een andere vennootschap bezit, betekent dit nog niet dat zij aan het hoofd van de groep staat. De vennootschap waarin de personal holding aandelen houdt, is niet zonder meer een van de holding beleidsafhankelijke maatschappij.

De 'personal holding' is in RJ 217.103 ORL omschreven als een rechtspersoon waarvan de aandelen volledig en direct in handen zijn van een natuurlijke persoon (en eventueel andere natuurlijke personen die met deze natuurlijke persoon nauw in (familie)relatie staan), die de belangen van deze natuurlijke persoon waarborgt en structureert. In deze definitie kan een aangrijpingspunt worden gevonden voor de omschrijving van 'verbondenheid' tussen natuurlijke personen. Overigens hebben de begrippen die in dit verband worden gehanteerd een vereenzelvigingsfunctie, omdat voor de beoordeling of sprake is van een 'personal holding' het aandelenbezit van de verbonden personen wordt toegerekend aan de betrokken natuurlijke persoon.

Met betrekking tot de consolidatiekring zijn verschillende concepten denkbaar. Van Achterberg (1989) beschrijft het 'belangenconcept' en het 'eenheidsconcept'.¹ Bij het belangenconcept of 'financial unit concept' wordt ter bepaling van de consolidatiekring een formele, juridische maatstaf gehanteerd. Consolidatie is daarbij gebaseerd op de 'power to control'. Daarentegen gaat het eenheidsconcept of 'operational unit concept' uit van een materiële, economische maatstaf. Op basis hiervan bestaat een consolidatieplicht indien de moedervennootschap dominerende invloed uitoefent op maatschappijen waarvan de activiteiten een zekere economische verwantschap hebben.

Beckman (1995) bespreekt vijf verschillende concepten, die variëren van een financiële benadering tot een zeggenschapsbenadering. Op basis van de 'financial majority'-conceptie worden maatschappijen geconsolideerd, indien de moedermaatschappij daarin de meerderheid van het kapitaal houdt met het oogmerk duurzaam ten behoeve van de eigen werkzaamheid te zijn verbonden. Bij de 'power-to-control'-conceptie behoort een entiteit tot de consolidatiekring, indien de moedermaatschappij daarin de meerderheidsmacht kan uitoefenen. In de 'control'-conceptie moet de moedermaatschappij het beleid van de dochter zelfstandig op doorslaggevende wijze bepalen. Een variant hierop is de 'control- en joint-control'-conceptie, waarbij maatschappijen ook worden geconsolideerd, indien het beleid wordt bepaald op basis van een onderlinge samenwerkingsovereenkomst. Ten slotte noemt Beckman de 'group'-conceptie, waarbij maatschappijen worden geconsolideerd, indien zij organisatorisch zijn verbonden met de moedermaatschappij.

1. Burgert, Timmermans en Joosten (1990) maken min of meer hetzelfde onderscheid, maar spreken van het zogenoemde 'parent company extension concept' dat uitgaat van de verhouding tussen de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappijen, en het 'entity concept' waarbij de nadruk wordt gelegd op de groep als economische eenheid. In dezelfde zin maakt Blommaert (1994) onderscheid tussen een financieel criterium en een zeggenschaps criterium.

Op basis van art. 2:406 lid 1 BW omvat de kring van te consolideren ondernemingen 'dochtermaatschappijen' in de groep, 'andere groepsmaatschappijen' en 'andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft'. Zoals is opgemerkt in hoofdstuk 3, hebben deze begrippen een obligatoire functie, en in het bijzonder een operationaliseringsfunctie, vanwege het bedoelde inzicht.

Van Achterberg merkt op dat in art. 2:406 BW expliciet is gekozen voor een geconsolideerde jaarrekening op basis van het eenheidsconcept. Beckman noemt dit op basis van zijn indeling de 'group'-conceptie, met een uitbreidingsmogelijkheid tot de 'control- en joint-control'-conceptie. In 2005 is Titel 9 Boek 2 BW aangepast aan IFRS, waarbij de consolidatiekring van art. 2:406, eerste lid, BW is uitgebreid tot 'andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft'. Sindsdien geldt naar mijn mening nog steeds de 'group'-conceptie, maar nu met uitbreidingsmogelijkheden tot de 'control- en joint-control'-conceptie en de 'power-to-control'-conceptie.

Op basis van art. 2:407 BW zijn bepaalde maatschappijen uitgezonderd van de consolidatie. De begrippen die hierbij worden gehanteerd, hebben een facilitaire functie. In art. 2:407 lid 1 onderdeel a BW is bepaald dat geen consolidatie hoeft plaats te vinden van maatschappijen waarvan de gezamenlijke betekenis op het geheel te verwaarlozen is. Op basis van art. 2:407 lid 1 onderdeel b BW geldt ook een uitzondering van consolidatie voor groepsmaatschappijen waarvan de nodige gegevens alleen tegen onevenredig hoge kosten of met vertraging kunnen worden verkregen.

In art. 2:407 lid 1 onderdeel c BW is een uitzondering opgenomen met betrekking tot maatschappijen waarvan het besluit is genomen dat zij zullen worden afgestoten. RJ 217.305 ORL noemt enkele indicatoren voor een dergelijk besluit, zoals het feit dat een maatschappij geschikt is voor onmiddellijke vervreemding, een genomen verkoopbesluit en een opgesteld verkoopplan waarvan met de uitvoering een begin is gemaakt.

Bij de aanpassing van Titel 9 Boek 2 BW aan IFRS in 2005 is een belangrijke beperking van de consolidatiekring verdwenen. Dit betreft rechtspersonen met afwijkende activiteiten, die voorheen buiten de consolidatie konden worden gelaten, omdat dit anders niet zou leiden tot het wettelijk vereiste inzicht. Deze bepaling was opgenomen in art. 2:406 lid 3 BW.

Groepsmaatschappij

Het begrip 'groep' in de zin van art. 2:24b BW is in hoofdstuk 3 al aan bod gekomen. Daarbij is ook gewezen op de facilitaire en obligatoire functie die dit begrip heeft. In RJ 217.201 is beschreven dat de definitie van het begrip 'groep' twee criteria bevat, namelijk 'economische eenheid' en 'organisatorische verbondenheid'. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat voorts het element 'centrale leiding' essentieel is. Volgens RJ 217.201 bestaat tussen deze drie criteria verband: een economische eenheid veronderstelt een organisatorische verbondenheid en/of een centrale leiding. Voor de omschrijving van verbondenheid duidt dit op het belang van organisatorische en economische verbondenheid.

Uit RJ 217.202 blijkt dat de feitelijke situatie bepalend is voor de vraag of sprake is van een groepsrelatie. Het gaat erom of een maatschappij daadwerkelijk beleidsbepalend is in een andere, beleidsafhankelijke maatschappij. Een beleidsbepalende invloed wordt op basis van RJ 217.202 vaak uitgeoefend op basis van de mogelijkheid een meerderheid van de stemrechten te kunnen uitoefenen in de ava, of de mogelijkheid de meerderheid van bestuurders te kunnen benoemen of ontslaan. Tussen een moedermaatschappij en een dochter bestaat daarom vaak een groepsrelatie, maar dat is niet altijd het geval. Ondanks het feit dat de meerderheid van de stemrechten kan worden uitgeoefend in de ava, zal bijvoorbeeld geen beleidsbepalende invloed kunnen worden uitgeoefend, indien de financiële en operationele activiteiten op basis van een statutaire of contractuele regeling worden beheerst door een derde. Er is volgens RJ 217.202 ook geen groepsrelatie, indien een rechtspersoon wel de meerderheid van de stemrechten kan uitoefenen in de ava, maar een derde het recht heeft om de meerderheid van de bestuurders of de leden van een ander beleidsbepalend orgaan te benoemen of te ontslaan.

In RJ 217.203 is voorts bepaald dat financiële instrumenten die potentiële stemrechten bevatten, zoals opties op aandelen en converteerbare instrumenten, en die direct kunnen worden uitgeoefend waardoor zij de rechtspersoon meer of minder invloed verschaffen, ook in acht moeten worden genomen bij de beoordeling of sprake is van een groepsrelatie. Hierbij is de intentie van het management om het instrument al dan niet uit te oefenen, niet relevant. Ook de financiële mogelijkheid van de rechtspersoon om het instrument uit te oefenen, wordt niet in aanmerking genomen.

Dochtermaatschappij

Van een 'dochtermaatschappij' in de zin van art. 2:24a lid 1 BW is sprake, indien een rechtspersoon in een andere rechtspersoon meer dan 50% van de stemrechten kan uitoefenen, dan wel waarvan zij meer dan 50% van de bestuurders of commissarissen kan benoemen of ontslaan. Zoals is beschreven in hoofdstuk 3, heeft dit begrip een vereenzelvigingsfunctie en een operationaliseringsfunctie. In hoofdstuk 3 heb ik ook opgemerkt dat de zeggenschap in de vorm van stemrechten of benoemingsrechten die in de ava kan worden uitgeoefend, niet zonder meer duidt op organisatorische verbondenheid. Het gaat namelijk niet om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid, maar om de uitoefening van invloed op indirecte wijze. In hoeverre er in de ava effectief zeggenschap kan worden uitgeoefend, hangt ook af van het 'aandeelhoudersactivisme' c.q. het 'aandeelhoudersabsenteïsme'. Indien aandeelhouders niet komen opdagen, kan ook met een relatief klein aandelenpakket doorslaggevend zeggenschap in de ava worden uitgeoefend. Van organisatorische verbondenheid zal dan geen sprake zijn.

Op basis van art. 2:24a lid 3 en 4 BW worden de stemrechten verbonden aan gecertificeerde en verpande aandelen voor de beoordeling of sprake is van een 'dochtermaatschappij', toegerekend aan de certificaathouder respectievelijk pandhouder. In RJ 214.209 is hieraan toegevoegd dat de aandelen niet worden toegerekend aan het administratiekantoor, en dat toerekening aan de certificaathouder plaatsvindt, indien sprake is van volledig royeerbare certificaten. Uit RJ 214.210 volgt dat in situ-

aties waarin de pandhouder een kredietinstelling is, de stemrechten alleen aan hem worden toegerekend, indien hij deze in eigen belang heeft uitgeoefend.

Kleindochters en achterkleindochters worden ook aangemerkt als een 'dochtermaatschappij', zo blijkt uit RJ 214.208.

Zustermaatschappij

In RJ 217.206 en 211 is beschreven dat in bijzondere gevallen sprake kan zijn van de uitoefening van overheersende zeggenschap door de ene zustermaatschappij in de andere. Hoewel tussen zustermaatschappijen meestal geen onderlinge aandelenverhoudingen bestaan, kan dan toch sprake zijn van een 'beleidsafhankelijke zustermaatschappij' die tot de consolidatiekring behoort van de beleidsbepalende zuster.

Rechtspersonen waarop een rechtspersoon overheersende zeggenschap kan uitoefenen, of waarover hij de centrale leiding heeft

Met de term 'andere rechtspersonen waarop een rechtspersoon overheersende zeggenschap kan uitoefenen, of waarover hij de centrale leiding heeft' in art. 2:406 lid 1 BW is onder meer bedoeld om ook een 'Special Purpose Entity' (SPE) tot de consolidatiekring te rekenen. Ook dit betreft de operationaliseringsfunctie, welke is gericht op het verschaffen van een zo volledig en reëel mogelijk inzicht in de financiële situatie van een concern als geheel.

Böhmer c.s. (2006) beschrijft dat bij een SPE organisatorische verbondenheid of economische eenheid kan ontbreken, omdat zij vaak worden opgericht met behulp van contracten die beperkingen stellen aan de besluitvormingsmogelijkheden van het besturend orgaan. De afspraken komen er vaak op neer dat de organisatie en de activiteiten van een SPE vooraf zijn bepaald, en dat daarin niet zonder meer een verandering kan worden gebracht. Dit wordt het 'automatische piloot'-mechanisme genoemd. In RJ 217.204 en 205 zijn aanvullende omstandigheden genoemd voor de beoordeling of een SPE moet worden geconsolideerd. Overigens merken Bartman en Dorresteyn (2006) naar mijn mening terecht op dat de toevoeging van de term 'centrale leiding' in art. 2:406 lid 1 BW overbodig is, omdat dit element al is verdisconteerd in het begrip 'groepsmaatschappij' dat in dezelfde bepaling wordt genoemd.

Participatiemaatschappijen kunnen ook een meerderheidsbelang hebben in de rechtspersonen waarin zij deelnemen. In RJ 217.210 wordt opgemerkt dat deze participaties vaak niet als 'groepsmaatschappij' kwalificeren. Omdat vaak wel de meerderheid van de aandelen en de stemrechten wordt gehouden, kunnen participatiemaatschappijen wel 'overheersende zeggenschap' uitoefenen in de rechtspersoon waarin wordt geparticipeerd. Op grond van art. 2:406, lid 1, BW geldt dan toch een consolidatieplicht. In RJ 217.308 is echter bepaald dat in dergelijke situaties een beroep kan worden gedaan op de vrijstelling van art. 2:407 lid 1 onderdeel c BW ten aanzien van participaties die slechts worden gehouden om ze te vervreemden.

4.2.3 **Waardering en aanvullende informatie met betrekking tot dochtermaatschappijen, joint ventures, deelneming, minderheidsbelang en verbonden partijen**

Verschiedende bepalingen in Titel 9 Boek 2 BW bevatten voorschriften voor de waardering van dochtermaatschappijen, joint ventures, deelnemingen, minderheidsbelang en verbonden partijen, alsmede voor de informatieverschaffing hierover. Aangezien het verschaffen van inzicht in de financiële situatie van het concern voorop staat, hebben de begrippen die in dit verband worden gehanteerd een operationaliseringsfunctie met een obligatoir karakter.

Dochtermaatschappij

Het begrip 'dochtermaatschappij' is in paragraaf 4.2.2 toegelicht.

Joint venture

Het begrip 'joint venture' is niet wettelijk gedefinieerd. Op basis van RJ 215.103 is hiervan sprake, indien op basis van een overeenkomst tot samenwerking tussen een beperkt aantal deelnemers gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend op activiteiten. Uit RJ 215.202 blijkt dat voor de beoordeling of sprake is van een 'joint venture', de relatieve zeggenschap doorslaggevend is, en niet het relatieve eigendomsbelang. In principe duidt dit op het belang van organisatorische verbondenheid.

Indien daadwerkelijk sprake is van de gezamenlijke uitoefening van zeggenschap, zal geen sprake zijn van organisatorische verbondenheid tussen de joint venture en één van haar deelnemers. In RJ 215.203 is daarom verduidelijkt dat een joint venture in beginsel geen 'groepsmaatschappij' is. Echter, in de praktijk wordt het begrip 'joint venture' ook vaak gebruikt voor samenwerkingsvormen die niet voldoen aan de definitie van RJ 215.103. Indien één van de deelnemers bijvoorbeeld beleidsbeslissingen in de joint venture kan afdwingen, zal er wel sprake zijn van een groepsrelatie, zo blijkt uit RJ 215.204.

Deelneming

Van een 'deelneming' in de zin van art. 2:24c lid 1 BW is sprake, indien kapitaal wordt verschaft aan een rechtspersoon, met het oogmerk om met deze rechtspersoon duurzaam verbonden te zijn ten dienste van de eigen werkzaamheid. Dit duidt op de relevantie van economische verbondenheid.

Bij het bezit van een belang van 20% in het kapitaal wordt een 'deelneming' vermoed. In RJ 214.202 is echter toegelicht dat het wettelijk vermoeden van 'deelneming' bij een kapitaalbelang van 20% weerlegbaar is. Indien aantoonbaar niet wordt voldaan aan de criteria van kapitaalverschaffing voor eigen rekening en duurzame verbondenheid ten dienste van de eigen werkzaamheid, is geen sprake van een 'deelneming'. Voorts is verduidelijkt dat een kapitaalbelang van minder dan 20% toch een 'deelneming' is, indien aan deze criteria wordt voldaan. Zoals in hoofdstuk 3 is opgemerkt, kan hieruit worden afgeleid dat een dergelijk formeel-juridisch criterium om praktische redenen gerechtvaardigd kan zijn. In dit opzicht duidt het 20%-criterium op financiële verbondenheid. Het vermoeden kan echter worden weerlegd, indien geen sprake is van duurzame verbondenheid of dienstbaarheid ten behoeve

van de eigen werkzaamheden van de aandeelhouder. Dit geeft juist blijk van het belang van economische verbondenheid.

In art. 2:389 BW zijn voorschriften opgenomen met betrekking tot de verwerking in de jaarrekening van deelnemingen in maatschappijen waarin 'invloed van betekenis wordt uitgeoefend op het zakelijke en financiële beleid'. Dit is de 'beleidsafhankelijke deelneming', zo merken Bartman en Dorresteyn (2006) op. Zij beschrijven voorts dat indien een dergelijke deelneming niet tevens tot de groep van de deelnemende rechtspersoon behoort, sprake is van een 'geassocieerde deelneming'. Op basis van art. 2:389 lid 1 BW bestaat bij het bezit van een 20%-belang een vermoeden dat invloed van betekenis wordt uitgeoefend. Anders dan in art. 2:24c lid 1 BW, is het 20%-criterium in art. 2:389 lid 1 BW voor deelnemingen waarin 'invloed van betekenis wordt uitgeoefend', niet gekoppeld aan het geplaatste kapitaal, maar aan het stemrecht. Waarschijnlijk kan dit definitieverschil worden verklaard op basis van de operationaliseringsfunctie: de 'invloed van betekenis' komt beter tot uitdrukking in stemrechten dan in een kapitaalbelang.

Minderheidsbelang

In RJ 217.501 is toegelicht dat er twee methoden van consolidatie worden onderscheiden, namelijk de integrale en de proportionele methode. Bij de proportionele methode vindt de consolidatie van de activa en passiva plaats naar evenredigheid van het kapitaalbelang. Bij de integrale methode worden de activa en passiva voor 100% opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening van de rechtspersoon. Indien het belang minder is dan 100%, dient het aandeel van derden als 'minderheidsbelang' te worden opgenomen in het eigen vermogen van de geconsolideerde balans.

Uit RJ 217.502 blijkt dat bij de verwerking van een 'minderheidsbelang' geen rekening dient te worden gehouden met instrumenten die potentiële stemrechten in de deelneming bevatten, maar uitsluitend met de op de balansdatum aanwezige rechten op economische voordelen. Anders dan bij de beoordeling of sprake is van een groepsrelatie, tellen optierechten enzovoort dus niet mee bij de bepaling van het minderheidsbelang.

Verbonden partij

RJ 330 bevat voorschriften voor de toelichting in de jaarrekening op het bestaan van 'verbonden partijen', en transacties met deze partijen. Een relatie met een verbonden partij kan namelijk van invloed zijn op het resultaat en de financiële positie van de rechtspersoon, zo is omschreven in RJ 330.108 en 109. Op basis van RJ 330.105 is sprake van 'verbonden partijen', indien een partij beleidsbepalende invloed kan uitoefenen in een andere partij, of indien invloed van betekenis kan worden uitgeoefend op het zakelijke en financiële beleid van die andere partij. Blijkens RJ 330.105 dient 'beleidsbepalende invloed' hierbij te worden opgevat conform het gelijknamige begrip in RJ 217.202 met betrekking tot de consolidatie. Zoals in paragraaf 4.2.2 is beschreven, gaat het er hierbij om dat een maatschappij feitelijk beleidsbepalend is in een andere, beleidsafhankelijke maatschappij. In de regel zal hiervan sprake zijn op basis van de mogelijkheid een meerderheid van de stemrechten te kunnen uitoefenen in de ava, of de mogelijkheid de meerderheid van bestuurders te kunnen benoemen of ontslaan. Echter, indien bijvoorbeeld de financiële en operationele activi-

teiten op basis van een statutaire of contractuele regeling worden beheerst door een derde, zal geen feitelijke beleidsbepalende invloed kunnen worden uitgeoefend, ook indien de meerderheid van de stemrechten kan worden uitgeoefend. Ook deze omschrijving getuigt van het belang van organisatorische verbondenheid.

Er kan op verschillende manieren sprake zijn van 'invloed van betekenis' op het zakelijke en financiële beleid van een andere partij, bijvoorbeeld op grond van een bestuursfunctie of betrokkenheid bij de bepaling van het beleid, onderlinge uitwisseling van managers, onderlinge transacties en informatieverschaffing. Uit RJ 330.102 blijkt dat met name de economische realiteit van de relatie van belang is en niet alleen de formele, juridische relatie. Op basis van RJ 330.105 geldt bij een bezit van 20% van de aan de aandelen verbonden stemrechten wel een vermoeden van 'invloed van betekenis', mits de deelnemende rechtspersoon naar eigen inzicht kan beschikken over deze stemrechten. Dit duidt eveneens op organisatorische verbondenheid, maar ook op financiële verbondenheid.

Volgens RJ 330.101 kunnen natuurlijke personen ook als 'verbonden personen' worden beschouwd, namelijk indien zij stemrecht in de afa kunnen uitoefenen waardoor zij invloed van betekenis hebben op het zakelijke en financiële beleid van de rechtspersoon. Hierbij worden ook de personen die nauw in (familie)relatie staan tot de personen met invloed van betekenis, als 'verbonden' beschouwd. Deze terminologie is ook gehanteerd in de definitie van het begrip 'personal holding' in RJ 217.103 OR. Hierin kan daarom ook een aangrijpingspunt worden gevonden voor verbondenheid tussen natuurlijke personen. Voorts geldt opnieuw dat de begrippen een vereenzelvigingsfunctie hebben.

4.2.4 *Jaarverslag*

In de voorgaande paragrafen is met name stilgestaan bij verbondenheidsbegrippen in de jaarrekening. Naast de jaarrekening dient het bestuur van de BV en NV ook een jaarverslag op te stellen, zo volgt uit art. 2:210 (101) BW. Eenzelfde verplichting geldt op basis van art. 2:58 BW voor een coöperatie en een onderlinge waarborgmaatschappij. De jaarrekening en het jaarverslag vormen samen het financiële verslag.

De inhoud van het jaarverslag is voorgeschreven in art. 2:391 BW. In hoofdstuk 2 en 3 is ingegaan op de toegenomen belangstelling voor maatschappelijk verantwoord ondernemen en 'corporate governance'. In het jaarverslag wordt aan beide aspecten aandacht besteed.

4.2.4.1 *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*

RJ 400.117 en volgende hebben betrekking op informatie over maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) in het jaarverslag. In dit verband wordt in RJ 400.121 aanbevolen om bij de verslaggeving over MVO onder meer aandacht te besteden aan algemene aspecten zoals de belangrijkste problemen en uitdagingen voor de rechtspersoon en de rol die stakeholders hierbij vervullen, het milieu, sociale aspecten zoals werkgelegenheid, arbeidsvoorwaarden enzovoort, alsmede economische aspecten in de vorm van financiële bijdragen van de rechtspersoon aan de maatschappij,

zoals belastingen. Een en ander kan worden beschouwd als een uitvloeisel van de in hoofdstuk 2 beschreven 'stakeholdersbenadering'.

4.2.4.2 *Corporate governance*

In hoofdstuk 3 is de Tabaksblad Code aan de orde gekomen. De naleving van de code zal moeten blijken uit jaarverslagen van de desbetreffende ondernemingen. Art. 2:391 lid 5 BW bevat in dit verband een delegatiebepaling. Beursgenoteerde ondernemingen moeten de 'best-practice'-bepalingen toepassen, of in hun jaarverslag toelichten waarom hiervan is afgeweken. Dit 'comply or explain'-principe van de Tabaksblad Code is overgenomen in RJ 400.124 ORL.

4.3 **IFRS**

Ook in de regelgeving van IFRS kunnen verschillende aangrijpingspunten worden gevonden voor de omschrijving van 'verbondenheid' in het belastingrecht. Hierna behandel ik het begrip 'bedrijfscombinaties', begrippen ten aanzien van de consolidatie en de begrippen 'dochtermaatschappij', 'joint venture', 'geassocieerde of minderheidsdeelneming' en 'verbonden partijen' met betrekking tot de voorschriften omtrent waardering en aanvullende informatieverschaffing. Evenals in paragraaf 4.2 is opgemerkt met betrekking tot Titel 9 Boek 2 BW, hebben deze verbondenheidsbegrippen een operationaliseringsfunctie en een obligatoir karakter. De begrippen ten aanzien van de consolidatie vervullen bovendien een facilitaire functie.

4.3.1 *Bedrijfscombinaties*

In IFRS 3 zijn regels opgenomen met betrekking tot de verwerking van bedrijfscombinaties ('business combinations') in de jaarrekening.

'Business combinations'

Het begrip 'business combination' is in IFRS 3, Appendix A als volgt gedefinieerd:

'A transaction or other event in which an acquirer obtains control of one or more businesses. Transactions sometimes referred to as "true mergers" or "mergers of equals" are also business combinations as that term is used in this IFRS.'

Het gaat dus om zeggenschap, ofwel 'control', hetgeen duidt op organisatorische verbondenheid. De term 'control' is in Appendix A bij IFRS 3 omschreven als:

'The power to govern the financial and operating policies of an entity or business so as to obtain benefits from its activities.'

De definitie van 'control' in IFRS 3 bestaat uit twee elementen. Het gaat ten eerste om de macht om het financiële en operationele beleid te bepalen. Die macht moet er in de tweede plaats op zijn gericht om voordelen van de desbetreffende activiteiten te

genieten. Croucher, Ipatova en Santoro (2007) beschrijven situaties waarin een maatschappij de zeggenschap heeft verkregen over een entiteit, maar de stijging van de 'fair value' op basis van een 'earn-out'-bepaling tot een bepaalde datum moet afstaan aan de verkoper. Pas nadat deze datum is verstreken, is sprake van 'control'.

In IFRS 3, paragraaf 7 is bepaald dat de toelichting op IAS 27 met betrekking tot consolidatie als uitgangspunt moet worden genomen bij de beoordeling of sprake is van 'control'. Zoals ook hierna in paragraaf 4.3.2 zal worden beschreven, geldt op basis van IAS 27 alinea 13 een weerlegbaar vermoeden van zeggenschap in de vorm van een formeel-juridisch criterium bij het bezit van meer dan 50% van de stemrechten. Dit duidt op financiële verbondenheid. Ten aanzien van dit zeggenschapsvermoeden geldt echter een tweezijdige mogelijkheid om tegenbewijs te leveren. Dat wil zeggen, indien een onderneming meer dan 50% van de stemrechten van een andere onderneming bezit, kan worden aangetoond dat in feite geen sprake is van 'control'. Voorts kan er bij een bezit van 50% of minder worden bewezen dat er feitelijk wél zeggenschap wordt uitgeoefend.

4.3.2 Consolidatie van dochtermaatschappijen

IAS 27 behandelt de geconsolideerde en enkelvoudige jaarrekening. Daarbij gaat het om een groep van entiteiten waarover een moedermaatschappij de zeggenschap heeft, zo bepaalt IAS 27 alinea 1. Dit duidt op het belang van organisatorische verbondenheid voor de omschrijving van 'verbondenheid'.

In de 'IAS-verordening' worden geen nadere regels voor de consolidatieplicht gesteld. Op basis van IAS 27 alinea 9 dient een moedermaatschappij een geconsolideerde jaarrekening te publiceren, waarin de investeringen in dochtermaatschappijen worden opgenomen. Uit IAS 27 alinea 10 blijkt dat deze consolidatieplicht niet geldt, indien de moedermaatschappij op haar beurt een 100%-meerderheidsdeelneming is van een andere onderneming, en haar financiële positie en resultaat als zodanig is opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening van die andere onderneming. Deze regeling is vergelijkbaar met de in paragraaf 4.2.2 genoemde vrijstelling van art. 2:408 BW voor de tussenhoudstermaatschappij. Ik merk echter op dat ten aanzien van art. 2:408 BW minder strikte voorwaarden gelden, omdat tegen de toepassing van die bepaling alleen bezwaar kan worden gemaakt door aandeelhouders die ten minste 10% van het geplaatste aandelenkapitaal bezitten. Aandeelhouders met een belang van minder dan 10% kunnen dus wel bezwaar maken tegen de toepassing van de vrijstelling van IAS 27 alinea 10, maar niet tegen die van art. 2:408 BW.

Op basis van IFRS geldt in principe geen vrijstelling voor kleine groepen. Krol meent echter dat deze vrijstelling van art. 2:407 lid 2 BW ook van toepassing kan zijn, indien de geconsolideerde jaarrekening op basis van IFRS wordt opgesteld.² Zij leidt dit af uit een rapport van de Europese Commissie, waarin is opgemerkt dat de vraag of een rechtspersoon een geconsolideerde jaarrekening moet opstellen, moet

2. N. Krol, 'Consolidatie onder geldend en komend recht (IAS en Titel 9 Boek 2 BW)', *Ondernemingsrecht* 2004, 16.

worden beantwoord aan de hand van het recht van het land waarin de rechtspersoon zijn zetel heeft.³ Op basis van deze opmerking meent Krol dat onder IFRS ook een beroep zou kunnen worden gedaan op de vrijstelling van art. 2:408 BW voor tussenhoudstermaatschappijen.

Volgens IAS 27 alinea 12 omvat de consolidatiekring alle dochtermaatschappijen ('subsidiaries') van de moeder. In termen van Beckman's (1995) consolidatieconcepten geldt hierbij de 'power-to-control'-conceptie als uitgangspunt, met uitbreidingsmogelijkheden naar de 'control- en joint-control'-conceptie en de 'group'-conceptie. Het consolidatieconcept van IFRS is hierdoor vergelijkbaar met dat van Titel 9 Boek 2 BW, zij het dat daarin de 'group'-conceptie als uitgangspunt wordt genomen, met uitbreidingsmogelijkheden tot de 'control- en joint-control'-conceptie en de 'power-to-control'-conceptie.

'Group' en 'subsidiary'

IAS 27 alinea 4 omschrijft de 'group' als volgt:

'... a parent and all its subsidiaries.'

Hierbij is de moedermaatschappij ('parent') te beschouwen als een entiteit die één of meer dochtermaatschappijen heeft. In dit verband wordt onder een dochtermaatschappij verstaan:

'... an entity, included an unincorporated entity such as a partnership, that is controlled by another entity (known as the parent).'

Bij 'control' gaat het om de mogelijkheid om zeggenschap uit te oefenen ('power-to-control'), en niet zozeer om de feitelijke zeggenschap:

'... the power to govern the financial and operating policies of an entity so as to obtain benefits from its activities.'

In IAS 27 alinea 13 is het eerder genoemde zeggenschapsvermoeden opgenomen, indien een moedermaatschappij meer dan 50% van de stemrechten bezit in een dochter. In dit opzicht is sprake van financiële verbondenheid. Er geldt een tweezijdige tegenbewijsmogelijkheid, waardoor de feitelijke zeggenschap uiteindelijk bepalend is. Enerzijds kan namelijk het vermoeden van 'control' op basis van de feitelijke situatie worden weerlegd, terwijl anderzijds kan worden aangetoond dat daarvan juist wel sprake is bij een belang van minder dan 50%.

Bij het bepalen van de omvang van de stemrechten moeten ook potentiële stemrechten worden meegeteld, zo bepaalt IAS 27 alinea 14. Dit zijn stemrechten die kun-

3. Rapport 'Comments concerning certain Articles of the Regulation (EC) No. 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002 on the application of international accounting standards and the Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978 and the Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 on accounting', ontleend aan N. Krol, a.w.

nen worden verkregen uit warrants, optierechten en vergelijkbare financiële instrumenten. Op basis van alinea 15 wegen de intentie van het management en de financiële mogelijkheden om de bedoelde stemrechten daadwerkelijk uit te oefenen of te verkrijgen, niet mee.

'Special Purpose Entity'

SIC-12 bevat de interpretatie van IAS 27 ten aanzien van entiteiten die zijn opgericht voor een bijzonder doel ('Special Purpose Entity'; SPE). In dit verband is een SPE in SIC-12 alinea 1 omschreven als een onderneming die is opgericht om een beperkt en nauw omschreven doel te bereiken, bijvoorbeeld de effectuering van een leasetransactie, speur- en ontwikkelingswerkzaamheden of een securitisatie van financiële activa. De contractuele regelingen bevatten volgens SIC-12 alinea 1 vaak beperkingen ten aanzien van de macht van de leiding van een SPE. Veelal is bepaald dat het beleid ten aanzien van de activiteiten niet kan worden gewijzigd door de leiding ('autopilot').

Op basis van SIC-12 alinea 8 moet een entiteit een SPE consolideren, indien zij hierover zeggenschap ('control') uitoefent. Böhmer e.a. (2006) merken op dat de consolidatieregels van IAS 27 hierbij niet zonder meer kunnen worden toegepast, omdat op basis van het 'autopilot'-mechanisme niet altijd sprake is van zeggenschap zoals is beschreven in IAS 27 alinea 13. Daarom zijn in SIC-12 alinea 10 aanvullende omstandigheden genoemd die kunnen duiden op de aanwezigheid van zeggenschap.⁴ Het valt op dat deze aanvullende omstandigheden met betrekking tot de zeggenschap in feite duiden op een economische verbondenheid van de activiteiten van de SPE en de desbetreffende onderneming. Een kapitaalbelang is niet zozeer van belang, zo blijkt uit SIC-12 alinea 9.

4.3.3 Waardering en aanvullende informatie met betrekking tot dochtermaatschappijen, joint ventures, geassocieerde of minderheidsdeelnemingen en verbonden partijen

Ten aanzien van de enkelvoudige jaarrekening schrijft IFRS waarderingsgrondslagen voor, alsmede informatieverschaffing met betrekking tot dochtermaatschappijen, joint ventures, geassocieerde deelnemingen of minderheidsdeelnemingen en verbonden partijen. Zoals hiervoor is opgemerkt, hebben deze begrippen een obligatoire functie, en met name een operationaliseringsfunctie.

'Subsidiary'

De omschrijving van het begrip 'subsidiary' in IAS 27 is in paragraaf 4.3.2 besproken.

'Joint venture'

Ook ten aanzien van de waardering en verwerking in de jaarrekening van joint ventures omvat IFRS specifieke richtlijnen. In IAS 31 alinea 3 is het begrip 'joint venture' als volgt gedefinieerd:

4. Deze omstandigheden zijn nader omschreven in de appendix bij SIC-12.

'... a contractual arrangement whereby two or more parties undertake an economic activity that is subject to joint control.'

Het begrip 'control' ten aanzien van IAS 31 moet in lijn met het gelijknamige begrip in IAS 27 worden uitgelegd. Hierbij gaat het om de macht het financiële en zakelijke beleid te bepalen, met het oogmerk om economische voordelen te verkrijgen. Dit duidt op het belang van organisatorische verbondenheid.

De aanwezigheid van een contractuele verbintenis is essentieel voor de aanwezigheid van een joint venture. Uit IAS 31 alinea 9 blijkt dat de contractuele relatie het verschil bepaalt tussen een 'joint venture' en geassocieerde deelnemingen of minderheidsdeelnemingen ('associates'), waarin een invloed van betekenis wordt uitgeoefend ('significant influence') als bedoeld in IAS 28.

'Associate'

Ten aanzien van geassocieerde deelnemingen of minderheidsdeelnemingen ('associates') bestaan voorschriften voor de waardering in de jaarrekening. IAS 28 alinea 2 bevat de volgende omschrijving van het begrip 'associate':

'... an entity, including an unincorporated entity such as a partnership, over which the investor has significant influence and that is neither a subsidiary nor an interest in a joint venture.'

In dit verband is het begrip 'subsidiary' gedefinieerd conform IAS 27 alinea 4, zoals beschreven in paragraaf 4.3.2. De term 'significant influence' getuigt van organisatorische verbondenheid. Hieronder wordt verstaan:

'... the power to participate in the financial and operating policy decisions of the investee ...'

Op basis van IAS 28 alinea 6 bestaat een vermoeden van 'significant influence' bij een bezit van ten minste 20% van de stemrechten in de desbetreffende onderneming. Dit duidt op financiële verbondenheid. In dit verband geldt ook een tweezijdige tegenbewijsmogelijkheid. Indien ondanks het 20%-belang geen sprake is van invloed van betekenis, kan dit aannemelijk worden gemaakt. Voorts kan 'significant influence' feitelijk ook aan de orde zijn bij een bezit van minder dan 20%.

In IAS 28 alinea 8 is bepaald dat bij het bepalen van de omvang van de stemrechten ook potentiële stemrechten worden meegeteld, die kunnen worden verkregen uit warrants, optierechten enzovoort. Op basis van IAS 28 alinea 9 wegen de intentie van het management en de financiële mogelijkheden om de bedoelde stemrechten daadwerkelijk uit te oefenen of te verkrijgen, opnieuw niet mee.

'Related party'

IAS 24 bevat voorschriften met betrekking tot de informatieverschaffing over verbonden partijen ('related parties'). In IAS 24 alinea 9 is de term 'related party' omschreven. Op basis hiervan kan de verbondenheid bijvoorbeeld aanwezig zijn, indien de ene partij onder 'control' staat van een andere, of juist een ander partij beheerst.

Voorts betreft dit de relaties tussen 'associates' en de participanten in een 'joint venture'.

Indien een natuurlijk persoon als een 'related party' wordt beschouwd, worden zijn naaste familieleden ook als zodanig aangemerkt. Het gaat hierbij om een relatief ruime kring van verbonden personen, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen de gehuwde of ongehuwde partner, eigen kinderen of stiefkinderen, en personen ten laste van de betrokken persoon of van zijn partner. De genoemde begrippen hebben een vereenzelvigingsfunctie.

4.4 US GAAP

Zoals in paragraaf 1.1 is opgemerkt, kunnen Nederlandse ondernemingen met internationale vertakkingen ook zijn onderworpen aan buitenlandse verslaggevingsregels. In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan enkele verschillen tussen de verbondenheidsbegrippen in IFRS en de regels van US GAAP, waarbij ik mij heb gebaseerd op algemene informatie van enkele accountantskantoren.⁵ Er wordt niet ingegaan op verschillen in de voorgeschreven wijze van waardering en presentatie in de jaarrekening, zoals die bijvoorbeeld bestaan ten aanzien van 'business combinations' en transacties met 'related parties', maar uitsluitend op verschillende omschrijvingen van de verbondenheidsbegrippen zelf.

Overigens hebben de US Financial Accounting Standards Board (FASB) en de IASB zich in de zogenoemde 'Norwalk agreement' gecommitteerd aan de convergentie van US GAAP en IFRS. In verband met dit convergentieproject wordt verwacht dat sommige verschillen op termijn zullen verdwijnen.

Consolidatie

In de eerste plaats zijn er verschillen in de grondslagen voor de consolidatie. Ten aanzien van de consolidatie onder IFRS is feitelijke 'control' het uitgangspunt. In paragraaf 4.3.2 is beschreven dat 'governance', 'risk' en 'benefits' hierbij belangrijke criteria zijn, en dat een weerlegbaar zeggenschapsvermoeden geldt indien een moedermaatschappij meer dan 50% van de stemrechten bezit in een dochter. Onder US GAAP is de te kiezen benadering afhankelijk van de rechtsvorm van de onderneming. Bij entiteiten waarin zeggenschap kan worden uitgeoefend ('voting interests') is voor de consolidatie bepalend of er sprake is van meerderheidszeggenschap ('majority voting rights'). Ten aanzien van entiteiten waarin het aandeel in de verliezen of opbrengsten voorop staat ('variable interest entities'), wordt daarentegen een 'risk and rewards'-model in acht genomen. Deze entiteiten moeten worden geconsolideerd, indien een partij de meerderheid van de te verwachten verliezen draagt, of gerechtigd is tot de meerderheid van de opbrengsten, of beide. In beide gevallen wordt onder US GAAP dus een formeel-juridisch criterium gehanteerd. Situaties waarin op basis van de feitelijke omstandigheden sprake is van 'control' zijn onder US GAAP

5. Deloitte, 'IFRSs and US GAAP, A pocket comparison', March 2007, www.deloitte.com en Price-WaterhouseCoopers, 'Similarities en differences, A comparison of IFRS and US GAAP', October 2007, www.pwc.com.

zeer schaars zo niet onbekend.⁶ Hierdoor is het mogelijk dat een entiteit op basis van feitelijke 'control' moet worden geconsolideerd onder IFRS, terwijl er in dezelfde situatie voor de toepassing van US GAAP geen consolidatieverplichting bestaat omdat de meerderheidszeggenschap of een meerderheidsbelang ontbreekt.

In het kader van het hiervoor genoemde convergentieproject van de IASB en FASB wordt ook beoogd dit verschil in consolidatiegrondslagen weg te nemen. Het begrip 'control' in IAS 27 en IFRS 3 zal in dit verband anders worden omschreven. Uit de toelichting van IASB lijkt de aanwezigheid van feitelijke 'control' hierbij het gemeenschappelijke uitgangspunt te worden.⁷ Overigens is dit dossier van IASB in april 2008 in een stroomversnelling geraakt: in verband met de kredietcrisis op de financiële markten is bij toezichthouders de vraag gerezen of de huidige consolidatieregels van IAS 27, en met name de regels van SIC-12 voor SPE's, leiden tot voldoende inzicht in securitisatietransacties en de bijbehorende vehikels. Om die reden wordt de komende maanden een compleet voorstel voor het gewijzigde 'control'-model verwacht.⁸

Een ander verschil tussen de consolidatieregels van IFRS en US GAAP betreft de toepassing van een vrijstelling voor dochtermaatschappijen waarvan de cijfers al zijn opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening van een andere maatschappij. Onder IFRS geldt een dergelijke vrijstelling, maar in het kader van US GAAP niet.

'Special Purpose Entity'

Er zijn ook verschillen ten aanzien van de vraag of een 'Special Purpose Entity' (SPE) in de consolidatie moet worden betrokken. Onder IFRS gelden hierbij in beginsel dezelfde criteria als voor commerciële entiteiten: een SPE dient te worden geconsolideerd indien sprake is van 'control'. Wel zijn er aanvullende omstandigheden beschreven die kunnen duiden op de aanwezigheid van zeggenschap. In het kader van US GAAP geldt voor een 'qualifying SPE' (QSPE) een specifieke uitzondering van de consolidatie. Er moet dus eerst worden bepaald of er sprake is van een QSPE. Indien dit niet het geval is, moet worden beoordeeld of de entiteit voldoet aan de hiervoor genoemde criteria voor de consolidatie. Voor 'voting interests' gaat het dan om de meerderheidszeggenschap, terwijl op 'variable interest entities' het genoemde 'risk and rewards'-model wordt toegepast.

'Joint venture'

Er bestaat voorts een verschil in de omschrijving van het begrip 'joint venture'. Onder IFRS gaat het hierbij om een contractueel overeengekomen verdeling van de zeggenschap over een economische activiteit, waarbij unanimititeit in de besluitvorming van de joint venture partners is vereist. Hierbij zijn drie vormen mogelijk, namelijk 'jointly controlled entities', 'jointly controlled operations' en 'jointly controlled assets'. Het begrip is dus neutraal ten aanzien van de rechtsvorm.

In het kader van US GAAP gaat het bij een 'joint venture' uitsluitend om een afzonderlijke rechtspersoon ('corporation'). Hierdoor zien de regels met betrekking tot de

6. PriceWaterhouseCoopers, a.w.

7. IASB, Project Update 'Consolidation', December 2007, www.iasb.org.

8. IASB, Information for Observers: Board Meeting 17 April 2008 on Project 'Consolidation', www.iasb.org.

waardering en presentatie van belangen in een 'joint venture' uitsluitend op 'jointly controlled entities'. In zoverre is er geen rechtsvormneutrale behandeling.

'Associate'

Een laatste verschil betreft de 'associate'. In de definitie van het begrip 'associate' in IFRS speelt de 'significant influence' een centrale rol. Daarbij geldt een zeggenschapsvermoeden bij een belang van 20% of meer. Onder US GAAP geldt dezelfde benadering, maar er wordt in dit verband gesproken van een 'equity investment'.

4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht welke aangrijpingspunten het jaarrekeningenrecht biedt voor de omschrijving van verbondenheid tussen lichamen en tussen lichamen en natuurlijke personen. In dit verband is een aantal verschillende verbondenheidsbegrippen in het jaarrekeningenrecht geanalyseerd. Ter bevordering van het overzicht zijn de belangrijkste begrippen uit Titel 9 Boek 2 BW, de RJ en IFRS opgenomen in onderstaande schema's.

Verbondenheid tussen lichamen op basis van Titel 9 Boek 2 BW en RJ

| Begrip | Criteria | Verbondenheidstype | Functie |
|---|---|---|---------|
| 'Overnames' in de zin van RJ 216.105 | Transactie waarbij de verkrijgende partij de beschikkingsmacht verkrijgt over het vermogen (de activa en passiva) en de activiteiten van de overgenomen partij | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Samensmelting van belangen' in de zin van RJ 216.105 | Situatie waarin ondernemingen worden samengevoegd, waarbij de aandeelhouders van de betrokken partijen de beschikkingsmacht over het vermogen en exploitatie samenvoegen met het oog op een duurzame verdeling van risico's en baten van de gevoegde entiteit, zonder dat één van de partijen als verkrijgende partij kan worden aangemerkt | Organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid | Ob en O |
| 'Beschikkingsmacht' in de zin van RJ 216.105 | Mogelijkheid doorslaggevende invloed uit te oefenen op het zakelijk en financieel beleid van een entiteit, met het oogmerk economische voordelen te verkrijgen uit haar activiteiten | Organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid | Ob en O |

| Begrip | Criteria | Verbondenheidstype | Functie |
|---|--|---|------------|
| 'Consolidatie' in de zin van art. 2:406 lid 1 BW | Geconsolideerde jaarrekening waarin de eigen financiële gegevens van de rechtspersoon worden opgenomen en die van zijn 'dochtermaatschappijen' in de groep, 'andere groepsmaatschappijen' en 'andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft' | Organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid | Ob en O |
| 'Personal holding' in de zin van RJ 217.103 ORL | Rechtspersoon waarvan de aandelen volledig en direct in handen zijn van een natuurlijk persoon (en eventueel andere natuurlijke personen die met deze natuurlijke persoon nauw in (familie)relatie staan), die de belangen van deze natuurlijke persoon waarborgt en structureert | Financiële verbondenheid | F |
| 'Groep' in de zin van art. 2:24b BW en RJ 217.201 | Economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden, waarbij ook het element 'centrale leiding' essentieel is | Organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid | F en Ob |
| 'Groepsrelatie' in de zin van RJ 217.202 | Situatie waarin een maatschappij feitelijk beleidsbepalend is in een andere, beleidsafhankelijke maatschappij | Organisatorische verbondenheid | F en Ob |
| 'Beleidsbepalende invloed' in de zin van RJ 217.202 | Bezit van meer dan 50% van de stemrechten of benoemingsrechten, tenzij geen feitelijke beleidsbepalende invloed kan worden uitgeoefend | Financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid | F en Ob |
| 'Dochtermaatschappij' in de zin van art. 2:24a BW en RJ 214.208 | Bezit van meer dan 50% van de stemrechten of benoemingsrechten | Financiële verbondenheid | Ob, V of O |
| 'Joint venture' in de zin van RJ 215.103 | Overeenkomst tot samenwerking tussen een beperkt aantal deelnemers, waarbij gezamenlijk de zeggenschap wordt uitgeoefend op activiteiten | Organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid | Ob en O |

| Begrip | Criteria | Verbondenheidstype | Functie |
|--|--|--|---------|
| 'Deelneming' in de zin van art. 2:24c BW en RJ 214.202 | Kapitaalverschaffing aan een rechtspersoon teneinde met die rechtspersoon duurzaam verbonden te zijn ten dienste van de eigen werkzaamheid; Wettelijk vermoeden bij bezit van 20% van het geplaatste kapitaal, dat weerlegbaar is indien aantoonbaar niet wordt voldaan aan de criteria van kapitaalverschaffing voor eigen rekening en duurzame verbondenheid | Economische verbondenheid en financiële verbondenheid | Ob en O |
| 'Beleidsafhankelijke deelneming' in de zin van art. 2:389 BW | Deelneming in een maatschappij waarin 'invloed van betekenis wordt uitgeoefend op het zakelijke en financiële beleid'; Wettelijk vermoeden bij bezit van 20% van de stemrechten | Organisatorische verbondenheid en financiële verbondenheid | Ob en O |
| 'Verbonden partijen' in de zin van RJ 330.105 | Situatie waarin indien een partij beleidsbepalende invloed kan uitoefenen in een andere partij, dan wel invloed van betekenis kan uitoefenen op het zakelijke en financiële beleid van die andere partij | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Beleidsbepalende invloed' in de zin van RJ 330.105 | Bezit van meer dan 50% van de stemrechten of benoemingsrechten, tenzij geen feitelijke beleidsbepalende invloed kan worden uitgeoefend | Financiële verbondenheid en organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Invloed van betekenis' in de zin van RJ 330.105 | Bestuursfunctie of betrokkenheid bij de bepaling van het beleid, onderlinge uitwisseling van managers, onderlinge transacties en informatieverstopping, voortvloeiend uit aandelenbezit, een statutaire regeling of door middel van een overeenkomst; Vermoeden van 'invloed van betekenis' bij een bezit van 20% van de aan de aandelen verbonden stemrechten, mits de deelnemende rechtspersoon naar eigen inzicht kan beschikken over deze stemrechten | Organisatorische verbondenheid en financiële verbondenheid | Ob en O |

Verbondenheid tussen natuurlijke personen op basis van Titel 9 Boek 2 BW en RJ

| Begrip | Criteria | Functie |
|---|---|----------------|
| 'Personal holding' in de zin van RJ 217.103 ORL | Rechtspersoon waarvan de aandelen volledig en direct in handen zijn van een natuurlijk persoon (en eventueel andere natuurlijke personen die met deze natuurlijke persoon nauw in (familie)relatie staan), die de belangen van deze natuurlijke persoon waarborgt en structureert | V |
| 'Verbonden personen' in de zin van RJ 330.101 | Natuurlijke personen die nauw in (familie)relatie staan tot de personen met invloed van betekenis | V |

Verbondenheid tussen lichamen op basis van IFRS

| Begrip | Criteria | Verbondenheidstype | Functie |
|---|---|---|----------------|
| 'Business combinations' in de zin van IFRS 3 | 'A transaction or other event in which an acquirer obtains control of one or more businesses.' | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Control' in de zin van IFRS 3 paragraaf 7 jo. IAS 27 alinea 13 | 'The power to govern the financial and operating policies of an entity or business so as to obtain benefits from its activities.'; Tweezijdig weerlegbaar vermoeden van zeggenschap in de vorm van een formeel-juridisch criterium bij het bezit van meer dan 50% van de stemrechten | Organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid | Ob en O |
| 'Consolidatie' in de zin van IAS 27 alinea 1 | '... consolidated financial statements for a group of entities under common control of a parent.' | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Group' in de zin van IAS 27 alinea 4 | '... a parent and all its subsidiaries.' | - | Ob en O |
| 'Subsidiary' in de zin van IAS 27 alinea 4 | '... an entity, included an unincorporated entity such as a partnership, that is controlled by another entity (known as the parent).'; Tweezijdig weerlegbaar vermoeden van zeggenschap in de vorm van een formeel-juridisch criterium bij het bezit van meer dan 50% van de stemrechten | Organisatorische verbondenheid en financiële verbondenheid | Ob en O |
| 'Joint venture' in de zin van IAS 31 alinea 3 | '... a contractual arrangement whereby two or more parties undertake an economic activity that is subject to joint control.' | Organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid | Ob en O |

| Begrip | Criteria | Verbondenheidstype | Functie |
|---|---|--|---------|
| 'Associate' in de zin van IAS 28 alinea 2 | '... an entity, including an unincorporated entity such as a partnership, over which the investor has significant influence and that is neither a subsidiary nor an interest in a joint venture.' | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |
| 'Significant influence' in de zin van IAS 28 alinea 2 | '... the power to participate in the financial and operating policy decisions of the investee ...'; Wettelijk vermoeden bij bezit van 20% van de stemrechten | Organisatorische verbondenheid en financiële verbondenheid | Ob en O |
| 'Related party' in de zin van IAS 24 alinea 9 | '... controls, is controlled by, or is under common control with, the entity (this includes parents, subsidiaries and fellow subsidiaries) ... has an interest in the entity that gives it significant influence (as defined in IAS 28) over the entity has joint control over the entity is an associate ... of the entity is a joint venture in which the entity is a venturer is a member of the key management personnel of the entity or its parent ...' | Organisatorische verbondenheid | Ob en O |

Verbondenheid tussen natuurlijke personen op basis van IFRS

| Begrip | Criteria | Functie |
|--|--|---------|
| 'Close members of the family of an individual' in de zin van IAS 24 alinea 9 | '... the individual's domestic partner and children children of the domestic partner dependants of the individual or the individual's domestic partner.' | V |

De verbondenheidsbegrippen in het jaarrekeningenrecht hebben veelal een materieel-economisch karakter, waarin organisatorische verbondenheid en economische verbondenheid een belangrijke rol spelen. In RJ 216, met betrekking tot de verwerking van fusies en overnames, gaat het bijvoorbeeld om 'beschikkingsmacht'. Dat wil zeggen, de uitoefening van doorslaggevende invloed op het zakelijk en financieel beleid van een entiteit teneinde economische voordelen te verkrijgen uit haar activiteiten. In de definitie van het vergelijkbare begrip 'business combinations' in IFRS 3 wordt gesproken van 'control', dat wil zeggen, de macht om het financiële en operationele beleid te bepalen.

Ook bij de consolidatie volgens Titel 9 Boek 2 BW staan termen als 'overheersende zeggenschap' en 'beleidsbepalende invloed' centraal. Onder IFRS wordt in dit ver-

band opnieuw gesproken van 'control'. In vergelijkbare zin is volgens de RJ het uitoefenen van 'invloed van betekenis' van belang in de voorschriften ten aanzien van waardering van, en de informatieverschaffing over dochtermaatschappijen, joint ventures, deelnemingen, minderheidsbelangen en verbonden partijen. Onder IFRS gaat het hierbij om 'control', 'joint control' en 'significant influence'.

De materieel-economische criteria van deze begrippen kunnen naar mijn mening worden verklaard vanuit de operationaliseringsfunctie die zij vervullen. Aangezien de jaarrekening een getrouw beeld, ofwel een 'true and fair view', dient te geven van de activa, passiva, de financiële positie en het resultaat van een onderneming, moeten de gehanteerde begrippen bijdragen aan een zo volledig en reëel mogelijk inzicht in de financieel-economische situatie van de concernonderneming. Dit kan worden bereikt door ten aanzien van 'verbondenheid' materieel-economische criteria te hanteren, die ongeacht rechtsvorm van de betrokken entiteiten van toepassing zijn.

Naar mijn mening is het in dit verband ook begrijpelijk dat financiële verbondenheid in de vorm van een aandelenbelang minder relevant is. De bepalingen zijn gericht op situaties van feitelijke, organisatorische en economische verbondenheid, en niet op de ogenschijnlijke machtsverhoudingen die men zou kunnen afleiden uit aandelenbelangen. Ten aanzien van sommige begrippen wordt wel een formeel-juridisch criterium gehanteerd, dat is gebaseerd op het bezit van stemrechten. Voor bijvoorbeeld de term 'control' in IFRS 3 en IAS 27 is de feitelijke situatie in beginsel bepalend, maar er is een zeggenschapsvermoeden dat uitgaat van het bezit van meer dan 50% van de stemrechten. Hierbij geldt bovendien een tweezijdige tegenbewijsmogelijkheid. Indien een onderneming meer dan 50% van de stemrechten van een andere onderneming bezit, kan worden aangetoond dat in feite toch geen sprake is van 'control'. Voorts kan bij een bezit van 50% of minder worden aangetoond dat er in feite wel zeggenschap wordt uitgeoefend. Hoewel bij deze begrippen de financiële verbondenheid als uitgangspunt wordt gehanteerd, staat per saldo toch de organisatorische verbondenheid voorop.

Overigens is dit een belangrijk verschil tussen IFRS en US GAAP: voor de beoordeling of sprake is van 'control' geldt onder US GAAP namelijk een formeel-juridisch criterium in de vorm van meerderheidszeggenschap of een meerderheidsbelang.

In dit verband neemt het begrip 'dochtermaatschappij' in de zin van art. 2:24a BW een bijzondere plaats in. De verbondenheid in dit begrip wordt geheel vastgesteld op basis van zeggenschap in de vorm van stemrechten of benoemingsrechten, die in de ava kunnen worden uitgeoefend. Zoals in hoofdstuk 3 is opgemerkt, duidt deze zeggenschap naar mijn mening niet zonder meer op organisatorische verbondenheid. Het gaat niet om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid, maar om een indirecte wijze van beïnvloeden in de ava. De vereiste zeggenschap in de ava kan de organisatorische verbondenheid wel ondersteunen, maar de daadwerkelijke aanwezigheid daarvan hangt af van het 'aandeelhoudersactivisme' c.q. het 'aandeelhoudersabsenteïsme'.

De formeel-juridische criteria van het begrip 'dochtermaatschappij' zijn niet slechts bedoeld als wettelijk vermoeden: er geldt geen tegenbewijsmogelijkheid voor situaties waarin feitelijk geen sprake is van zeggenschap. Op dit punt wijkt het

begrip 'dochtermaatschappij' van art. 2:24a BW overigens af van het vergelijkbare begrip 'subsidiary' als bedoeld in IAS 27. Ten aanzien van laatstgenoemd begrip geldt ook een formeel-juridisch criterium in de vorm van het bezit van meer dan 50% van de stemrechten, maar dat is wel bedoeld als een tweezijdig weerlegbaar vermoeden.⁹

In het jaarrekeningenrecht kunnen ook enkele aangrijpingspunten worden gevonden voor de omschrijving van verbondenheid tussen natuurlijke personen. In RJ 330.101 en IAS 24 worden ook 'natuurlijke personen die een nauwe (familie)relatie hebben' gerekend tot het begrip 'verbonden partijen' ('related parties'). Dezelfde omschrijving van verbonden personen kan worden gevonden in de definitie van het begrip 'personal holding' in RJ 217.103 ORL. Elk van deze begrippen heeft een vereenzelvigingsfunctie. Dat wil zeggen, dat de aandelen en de daaraan verbonden stemrechten die in het bezit zijn van de genoemde verbonden personen, worden toegerekend aan de betrokken natuurlijke persoon.

9. Overigens wil ik hiermee niet zeggen dat een 'dochtermaatschappij' ook tot de consolidatiekring zou kunnen behoren indien zij niet als een groepsmaatschappij kan worden beschouwd; op basis van art. 2:406 lid 1 BW gaat het immers om 'dochtermaatschappijen' *in de groep* (cursivering RZ). De aanwezigheid van een groepsverband is dus een vereiste voor de consolidatie.

HOOFDSTUK 5

Personen- en familierecht

5.1 Inleiding

Bij 'personenrecht' kan worden gedacht aan de onderwerpen die het functioneren van personen in de samenleving mogelijk maken of bevorderen, zo beschrijft Asser/De Boer (2002). Hierbij gaat het bijvoorbeeld om regels met betrekking tot rechtsbevoegdheid, handelingsbekwaamheid en de geslachtsnaam. Het 'familierecht' is van oorsprong alleen gericht op de levensverbintenissen tussen een vrouw en een man. Hierbij zijn het huwelijk, afstamming uit het huwelijk en bloed- en aanverwantschap belangrijke onderwerpen. Tussen het personenrecht en het familierecht bestaan overigens geen scherpe grenzen, zo merkt Asser/De Boer op. In vergelijkbare zin omschrijven Van Mourik en Nuytinck (2006) het personen- en familierecht als het geheel van regels dat betrekking heeft op de status van natuurlijke personen.

Het merendeel van de regels over het personen- en familierecht is te vinden in Boek 1 BW. In dit hoofdstuk onderzoek ik aangrijpingspunten die voor de omschrijving van 'verbondenheid' tussen natuurlijke personen kunnen worden gevonden in de regels voor het huwelijk en het geregistreerd partnerschap en in de bepalingen over bloed- en aanverwantschap en familierechtelijke betrekkingen (afstamming). Deze onderwerpen hebben een sociaal-maatschappelijke lading. Daarom begint dit hoofdstuk met enkele gezinssociologische beschouwingen over samenlevingsvormen en gezinsvorming. Het geheel wordt afgesloten met een conclusie.

5.2 Enkele gezinssociologische beschouwingen

Vanaf ongeveer 1970 hebben grote verschuivingen plaatsgevonden ten aanzien van het huwelijk en gezinsvorming.¹ Spruijt beschrijft dat het huwelijk en het gezin in de jaren vijftig werden gezien als de stabiele factor in de samenleving.² In die tijd had het individu een ondergeschikte plaats ten opzichte van de groep: het ging niet om de gezinsleden, maar om het gezin als geheel. Als gevolg van de verhoging van het welvaartsniveau, de opkomst van de verzorgingsstaat, de emancipatie, het toegenomen opleidingsniveau, de toename van de medische kennis, en een verdergaande individualisering zijn het gezin, huwelijk en relaties in de jaren negentig van de vorige

1. R. de Moor, *Huwelijk en gezin*, Baarn: Ambo 1985.

2. Ed Spruijt, *Psychologie van het gezin*, Utrecht: Stichting Teleac 1991.

eeuw wezenlijk anders, zo beschrijft Spruijt. Huwelijk, gezin en relatie zijn niet meer vooral nuttig en functioneel, maar hebben meer betekenis vanuit zichzelf gekregen. Het huwelijk heeft zich in dit verband ontwikkeld van een institutioneel naar een relationeel fenomeen, waarin zuiver interpersoonlijke elementen zijn gaan overheersen. Volgens Spruijt moet daarom ook echtscheiding in een ander perspectief worden gezien: door sommigen wordt scheiden acceptabel geacht wanneer een huwelijksrelatie niet meer aan de individuele persoonlijke behoeften kan voldoen. De afgelopen decennia is het aantal echtscheidingen ook drastisch toegenomen.³

Naast het huwelijk heeft ongehuwd samenwonen inmiddels een volwaardige plaats gekregen in de samenleving. Ook andere alternatieve relaties, zoals lat-relaties en homoparen, hebben maatschappelijke erkenning verworven. Tot de jaren zestig ging men in de regel pas na het huwelijk samenwonen. Ongehuwd samenwonen kwam slechts voor onder een kleine groep hoogopgeleide, progressieve en niet-religieuze jongeren.⁴ Sinds de jaren zestig is het huwelijk echter niet langer een sociaal-maatschappelijke voorwaarde voor liefde en seksualiteit. Huwelijk en voortplanting liggen niet langer in elkaars verlengde en zijn in zekere zin ontkoppeld. Deze tendens, en de beschikbaarheid van betrouwbare anticonceptiemiddelen, bevordert ongehuwd samenwonen en lat-relaties. Tegenwoordig is ongehuwd samenwonen dan ook niet meer weg te denken uit onze maatschappij. Op basis van het Onderzoek Gezinsvorming 2003 van het CBS is het totaal aantal gehuwde paren in de periode 1995-2005 vrijwel stabiel gebleven, maar het aantal samenwonende, niet-gehuwde paren is in dezelfde periode toegenomen met bijna 45%.⁵ Inmiddels maken de niet-gehuwde paren 18% uit van alle paren.

Garssen c.s. merkt op dat relatievorming tegenwoordig ook geleidelijker plaatsvindt.⁶ Als jongeren het ouderlijk huis verlaten gaan zij eerst alleen wonen, of met een partner. Waar men vroeger meteen in het diepe sprong door te trouwen, volgt tegenwoordig eerst een periode van 'watervrij maken' in de vorm van ongehuwd samenwonen. Van der Meulen en De Graaf beschrijven in dit verband dat tegenwoordig nog maar één op de tien vrouwen trouwt zonder vooraf te hebben samengewoond. Omstreeks 1970 had slechts één van elke tien vrouwen in de leeftijd van 20 tot 24 jaar die gingen trouwen, ooit ongehuwd samengewoond. Zij beschrijven ook dat van de paren die eind jaren negentig ongehuwd zijn gaan samenwonen, bijna de helft niet de intentie heeft om (ooit) te trouwen. Driekwart van de respondenten in het Onderzoek Gezinsvorming 2003 antwoordt dat trouwen niets toevoegt aan de relatie. In iets minder dan één op de tien gevallen wordt als antwoord gegeven dat de respondent principieel tegen het huwelijk is. Van der Meulen en De Graaf leiden hieruit af dat ongehuwd samenwonen tegenwoordig meer en meer wordt beschouwd als een manier om vorm te geven aan een 'volwaardige' relatie en dat het

3. CBS, *Bevolkingstrends*, 3e kwartaal 2007.

4. Anouschka van der Meulen en Arie de Graaf, 'Samenwoonrelaties stabiel', CBS, *Bevolkingstrends*, 1e kwartaal 2006.

5. Anouschka van der Meulen en Arie de Graaf, a.w.

6. J. Garssen, J. de Beer, P. Cuyvers en A. de Jong, *Samenleven. Nieuwe feiten over relaties en gezinnen*, Voorburg/Heerlen: CBS 2001.

de rol van het huwelijk (deels) vervangt. Volgens Garssen c.s. is samenwonen echter wel vrijblijvender dan trouwen, omdat jongeren na een relatiebreuk vrij snel een nieuwe partner vinden waarmee zij gaan samenwonen. In dit verband merkt Van Duin op dat uit demografisch onderzoek in de periode 1995-2005 is gebleken dat het relatieontbindingsrisico voor ongehuwde stellen met kinderen twee tot drie maal hoger dan voor gehuwden.⁷

Spruijt beschrijft dat voor kinderen tegenwoordig wordt 'gekozen', of dat men bewust kiest voor kinderloosheid. Zowel mannen als vrouwen volgen steeds langer onderwijs, en zoeken eerst een goede uitgangspositie op de arbeidsmarkt. Pas daarna breekt een geschikt moment aan voor kinderen. Het huwelijk is dan voor sommigen een logische stap, omdat het de eenvoudigste manier is om zaken juridisch goed te regelen, zeker met betrekking tot kinderen. Van der Meulen en De Graaf merken echter op dat niet-gehuwde paren steeds minder vaak trouwen wanneer er kinderen komen.

Als gevolg van de gewijzigde samenlevingsvormen zijn ook alternatieve ouderschapsvormen ontstaan. In toenemende mate moet rekening worden gehouden met het 'onvolledige gezin'.⁸ Te denken valt aan eenoudergezinnen, gezinnen met een inwonende ouder, pleeg- en stiefgezinnen, homoparen met kinderen en gezinnen van ongehuwd samenwonende ouders.⁹ Kinderen zijn niet alleen de 'eigen' kinderen, maar ook de kinderen van de partner, ofwel stiefkinderen, adoptiekinderen en pleegkinderen.¹⁰ Het aantal adoptieplaatsen in Nederland neemt sinds de jaren negentig toe, en heeft steeds meer de betekenis gekregen van adoptie van buitenlandse kinderen.¹¹ Door het toegenomen aantal echtscheidingen komt het ook vaker voor dat kinderen worden opgevoed door de nieuwe partner van hun ouders: dit betreft stiefkinderen.

5.3 Wettelijke erkenning van samenlevingsvormen

Asser/De Boer merkt op dat de in paragraaf 5.2 beschreven verschuivingen in de sociaal-maatschappelijke visie op relaties, huwelijk en gezin ook heeft geleid tot grotere openheid in het familierechtelijke systeem, en tot meer elasticiteit ten aanzien van de daarin gebruikte begrippen. In dit verband is in de notitie 'Leefvormen' beschreven dat zich sinds het eind van de jaren zeventig op het terrein van het familierecht belangrijke ontwikkelingen hebben voltrokken.¹² In plaats van een sterke oriëntatie op het huwelijk, is het familierecht de afgelopen jaren steeds meer gericht

7. Coen van Duin, 'Huishoudensprognose 2006-2050: veronderstellingen over burgerlijke staat en huishoudenspositie', CBS, *Bevolkingstrends*, 2e kwartaal 2007.
8. M.H.P. Meijdam-Slappendel, *De adoptie in Nederland* (diss.), Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1996.
9. Arie de Graaf, 'Een terugblik op het ouderlijk gezin', CBS, *Bevolkingstrends*, 3e kwartaal 2007.
10. Pleegzorg is het tijdelijk opvangen van een kind van een ander, omdat de ouders niet voor het kind kunnen zorgen. Pleegzorg is er in principe op gericht dat het kind weer naar huis gaat. Dit tijdelijke karakter onderscheidt pleegzorg van adoptie.
11. Femmie Juffer, 'Adoptie: een optie voor kind en gezin?' (oratie), Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 2002.
12. *Kamerstukken II 1994//95*, 22 700, nr. 5, p. 2.

op het familie- en gezinsleven zoals dat feitelijk voorkomt in de maatschappij. Zo is op 1 januari 1998 het geregistreerd partnerschap geïntroduceerd als wettelijk erkende samenlevingsvorm. Voorts is het vanaf 1 april 2001 mogelijk dat personen van hetzelfde geslacht een huwelijk sluiten, en een kind adopteren. Het personen- en familierecht is de afgelopen jaren dus ingrijpend gewijzigd en aangepast aan de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van relaties, huwelijk en gezin.

De aanpassing van het wettelijk familierecht aan de sociaal-maatschappelijke ontwikkeling van relaties, huwelijk en gezin is mede beïnvloed door enkele baanbrekende beslissingen van het EHRM over de uitleg van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Met name art. 8 en art. 14 EVRM zijn van belang voor het Nederlandse personen- en familierecht.

Art. 8 EVRM omvat het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven ('family-life'), en luidt als volgt:

- '1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé-leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

In art. 14 EVRM is bepaald:

'Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.'

In een aantal beslissingen van het EHRM is met name een verstrekkende betekenis toegekend aan het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven ('family-life') in de zin van het hiervoor genoemde art. 8 EVRM.¹³ In EHRM 13 juni 1979 (*Marckx*), NJ 1980, 462, is bijvoorbeeld beslist dat er 'family life' bestaat tussen een moeder en haar kind, louter door de geboorte, ongeacht of dit een wettig of onwettig kind betreft. Voorts is op basis van EHRM 18 december 1986 (*Johnston*), NJ 1989, 97, sprake van 'family life' tussen een langdurig ongehuwd samenwonende man en vrouw en hun kind. Uit EHRM 26 mei 1994 (*Keegan*), NJ 1995, 247, blijkt dat ook sprake is van 'family life' tussen de biologische vader en zijn kind, mits de biologische

13. *Kamerstukken II* 1994/95, 22 700, nr. 5, p. 2 en 8.

vader een relatie met de moeder heeft die in voldoende mate op één lijn valt te stellen met die van een huwelijk. Hierbij is niet van belang dat de geboorte plaatsvindt nadat de samenleving tussen de ouders is verbroken of hun relatie is geëindigd.

Specifiek voor het Nederlandse personen- en familierecht geldt op basis van HR 6 november 1987, *NJ* 1988, 829, dat ook tussen pleegouders en hun pleegkind een betrekking kan bestaan die 'family life' impliceert. In dezelfde zin is beslist in HR 10 maart 1989, *NJ* 1990, 24, en in HR 23 maart 1990, *NJ* 1991, 149 en 150.

5.3.1 *Huwelijk*

De regels met betrekking tot het aangaan van een huwelijk zijn opgenomen in Titel 5 Boek 1 BW. In art. 1:30 BW is bepaald dat een huwelijk wordt aangegaan door twee personen van het verschillende geslacht, of van hetzelfde geslacht.¹⁴ Voorts schrijft art. 1:33 BW voor dat een persoon slechts met één andere persoon tegelijkertijd gehuwd kan zijn. Op basis van art. 1:42 BW mag ook niet een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan met een andere persoon. Voor het aangaan van een huwelijk gelden materiële ofwel inwendige vereisten, en formele ofwel uitwendige eisen. De uitwendige eisen hebben betrekking op de voltrekking van het huwelijk en de formaliteiten die daaraan voorafgaan. De inwendige vereisten houden verband met de kring van personen tussen wie een huwelijk kan worden gesloten en met de kenmerken van die personen. Zo kan op grond van art. 1:41 lid 1 BW bijvoorbeeld geen huwelijk worden aangegaan tussen personen tussen wie een te nauwe bloedverwantschap bestaat. Voorts geldt op basis van art. 1:31 BW een minimumleeftijd, en schrijft art. 1:32 BW voor dat de geestvermogens van de personen niet zodanig gestoord zijn dat ze niet in staat zijn om hun wil te bepalen. Zoals hiervoor is opgemerkt, moeten de aanstaande echtgenoten op basis van art. 1:33 BW ongehuwd zijn, en mogen zij op basis van art. 1:42 BW niet reeds een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan. Op basis van art. 1:80g BW kan een bestaand geregistreerd partnerschap wel worden omgezet in een huwelijk. In dezelfde zin kan een huwelijk worden omgezet in een geregistreerd partnerschap, zo is bepaald in art. 1:77a BW.

In het kader van het huwelijksvermogensrecht zijn in Titel 6 Boek 1 BW de rechten en verplichtingen van echtgenoten beschreven. Deze regels gelden ongeacht het door de echtgenoten gekozen huwelijksgoederenregime. Op basis van art. 1:81 BW zijn echtgenoten elkaar bijvoorbeeld getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd, en moeten zij elkaar het 'nodige' verschaffen. Op grond van art. 1:82 BW geldt een wederzijdse verplichting ten aanzien van de verzorging en opvoeding van minderjarige kinderen, en het dragen van de kosten daarvan. In dezelfde zin is in art. 1:84, lid 1, BW voorgeschreven dat de kosten van de huishouding, waaronder de kosten van de verzorging en opvoeding van de kinderen, ten laste van het gemeenschappelijke inkomen komen.

14. In HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992, 129, was beslist dat het huwelijk moest worden beschouwd als een duurzame levensverbintenis die was voorbehouden aan een man en een vrouw, en niet openstond voor personen van hetzelfde geslacht. Sinds 1 april 2001 kan een huwelijk echter ook worden aangegaan door twee personen van verschillend of gelijk geslacht.

In art. 1:93 BW wordt uitgegaan van een wettelijke gemeenschap van goederen, tenzij hiervan door middel van huwelijksvoorwaarden is afgeweken. Het uitgangspunt ten aanzien van de wettelijke gemeenschap van goederen van Titel 7 Boek 1 BW is dat echtgenoten beide voor het geheel zijn gerechtigd in het gemeenschappelijke vermogen, en dat beide dezelfde bevoegdheden hebben ten aanzien van die goederen. Op basis van art. 1:97 BW gelden echter enkele wettelijke beperkingen. Het bestuur van beroeps- of bedrijfsgoederen berust bijvoorbeeld bij de echtgenoot die deze goederen in zijn beroep of bedrijf gebruikt.

Ook 'verknochte goederen' vallen buiten de wettelijke gemeenschap, zo blijkt uit art. 1:94, derde lid, BW. Volgens Asser/De Boer (2002) zijn dit goederen die een zodanige binding aan een echtgenoot vertonen, dat bepaalde gevolgen die zijn verbonden aan het feit dat een goed in de gemeenschap valt, niet kunnen intreden. In dit verband merken Kleijn en Van Duijvendijk-Brand (1992) op dat de verknochtheid voortvloeit uit de aard van het goed, en dat deze niets te maken heeft met de persoonlijke 'verknochtheid' van één van de echtgenoten. In HR 6 januari 1960, NJ 1962, 48, is beslist dat een aandeel in een VOF als een 'verknocht goed' moet worden aangemerkt. Volgens Asser/De Boer zijn aandelen in een NV of BV niet als 'verknochte goederen' aan te merken, en deze vallen dus steeds in de wettelijke gemeenschap. In vergelijkbare zin behoren vruchtgebruik en contractuele rechten tot de wettelijke gemeenschap.

Op basis van art. 1:149 BW eindigt het huwelijk onder meer door de dood van één van de echtgenoten, door echtscheiding, door ontbinding na scheiding van tafel en bed, en door omzetting in een geregistreerd partnerschap. Van Mourik en Nuytinck (2006) wijzen in dit verband op de bestaande praktijk van 'flitscheidingen'. Een huwelijk kan in principe niet worden ontbonden zonder tussenkomst van de rechter. Indien echtgenoten eerst hun huwelijk omzetten in een geregistreerd partnerschap, is dat via deze omweg wel mogelijk. Op basis van art. 1:80c lid 1 onderdeel c BW kunnen de partners het geregistreerd partnerschap beëindigen waarbij slechts de ambtenaar van de burgerlijke stand en één of meer advocaten of notarissen zijn betrokken. In een thans aanhangig wetsvoorstel 'Beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst' (29 676) wordt de mogelijkheid van beëindiging van het huwelijk met wederzijds goedvinden geïntroduceerd, de zogenoemde administratieve echtscheiding.

5.3.2 *Geregistreerd partnerschap*

In Titel 5A Boek 1 BW zijn de bepalingen ten aanzien het geregistreerd partnerschap opgenomen, dat hiermee eveneens een wettelijk erkende samenlevingsvorm is. In de notitie 'Leefvormen' is als uitgangspunt gehanteerd dat een ieder de mogelijkheid moet hebben om zijn of haar lotsverbondenheid met een ander juridisch vast te leggen en publiekelijk erkend te zien.¹⁵ Op basis van art. 1:80a BW lid 1 BW staat het geregistreerd partnerschap daarom open voor personen van hetzelfde, of van het andere geslacht.

15. *Kamerstukken II 1994/95, 22 700, nr. 5, p. 12.*

Voor het aangaan van een geregistreerd partnerschap gelden op basis van art. 1:80a BW uitwendige, formele vereisten die vergelijkbaar zijn met die welke gelden voor het huwelijk. Op basis van art. 80a lid 6 BW gelden bovendien dezelfde inwendige vereisten als voor het huwelijk. Naar analogie van art. 1:41 lid 1 BW kan bijvoorbeeld geen geregistreerd partnerschap worden aangegaan tussen personen tussen wie een te nauwe bloedverwantschap bestaat. In art. 1:80a lid 1 BW is voorts bepaald dat een persoon slechts met één andere persoon tegelijkertijd een geregistreerd partnerschap kan aangaan. Op basis van art. 1:80a lid 2 BW kan een geregistreerd partner ook niet tegelijkertijd gehuwd zijn. Ingevolge art. 1:77a BW kan een huwelijk wel worden omgezet in een geregistreerd partnerschap.

Op basis van art. 1:80b BW zijn de rechten en verplichtingen van echtgenoten die voortvloeien uit Titel 6 Boek 1 BW, alsmede de in paragraaf 5.3.2. genoemde regels ten aanzien van het huwelijksvermogensrecht, ook van toepassing op geregistreeerde partners.

Art. 1:80c BW beschrijft op welke wijze het geregistreerd partnerschap wordt beëindigd. Dit is onder meer het geval bij de dood van een van de partners, met wederzijds goedvinden door inschrijving van een door de partners en één of meer advocaten of notarissen ondertekende en gedateerde beëindigingverklaring door de ambtenaar van de burgerlijke stand, door ontbinding op verzoek van één van de partners, of door omzetting van het geregistreerd partnerschap in een huwelijk.

5.3.3 *Andere samenlevingsvormen*

Samenlevingsvormen anders dan het huwelijk en het geregistreerd partnerschap zijn niet wettelijk erkend. Tussen ongehuwde, niet-geregistreeerde partners kunnen uiteraard wel vermogensrechtelijke verhoudingen bestaan, bijvoorbeeld in de vorm van een financiële bijdrage in de kosten van het levensonderhoud, de verdeling van de kosten van de huishouding, het gebruik van elkaars bankrekeningen, de verdeling van de bezittingen bij beëindiging van de relatie en afspraken over alles wat met de woning te maken heeft. Deze verhoudingen kunnen worden geregeld in een samenlevingscontract.

Ten aanzien van de privaatrechtelijke behandeling van andere samenlevingsvormen kan nog worden gewezen op de zogenoemde 'Aanwijzingen voor de regelgeving'.¹⁶ Hierin zijn aanwijzingen opgenomen met betrekking tot onder meer regelingen die onder ministeriële verantwoordelijkheid tot stand komen. De circulaire bevat een aantal modelbepalingen met betrekking tot andere samenlevingsvormen.

In Aanwijzing 72a lid 1 is in dit verband de term 'levensgezel' gereserveerd voor die gevallen, waarin rechten of verplichtingen van niet-financiële aard voortvloeien voor twee niet-gehuwde meerderjarigen die met elkaar een nauwe persoonlijke betrekking onderhouden:

16. Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 27 april 2005, nr. 05M474365, *Stcrt.* 2005, 87.

'Indien uit een regeling rechten of verplichtingen van niet-financiële aard voortvloeien voor twee meerderjarigen die, anders dan als elkaars echtgenoot of geregistreerde partner, met elkaar een nauwe persoonlijke betrekking onderhouden, worden zij aangeduid als: levensgezel'

Op een aantal plaatsen in Boek 1 BW komt ook de term 'levensgezel' voor, bijvoorbeeld in art. 1:379 BW, bij de aanduiding van de personen die kunnen verzoeken om een curatele van een meerderjarige. In vergelijkbare zin kan een 'levensgezel', evenals een echtgenoot of geregistreerde partner, verzoeken om onderbewindstelling van een persoon, zo blijkt uit art. 1:432 lid 1 BW.

Op basis van Aanwijzing 72a lid 2 is sprake van een 'ongetrouwd samenlevende' indien de personen bovendien een gezamenlijke huishouding voeren:

'Indien uit een regeling rechten of verplichtingen van financiële aard voortvloeien voor twee meerderjarigen die, anders dan als elkaars echtgenoot of geregistreerde partner, een gezamenlijke huishouding voeren, worden zij aangeduid als: ongetrouwd samenlevende'

De 'ongetrouwd samenlevende' wordt op basis van Aanwijzing 72a lid 3 onder 1° omschreven als:

'de ongetrouwde meerderjarige die met een andere ongetrouwde meerderjarige een gezamenlijke huishouding voert (met uitzondering van bloedverwanten in de eerste graad)'

Hierbij moet onder 'ongetrouwd' ook worden verstaan: zonder geregistreerd partner.

In Aanwijzing 72a lid 3 onder 3° is met de term 'gezamenlijke huishouding' bedoeld:

'... de situatie waarin de betrokkenen hun hoofdverblijf hebben in dezelfde woning, en

- a zij blijf geven zorg te dragen voor elkaar door middel van het leveren van een bijdrage in de kosten van de huishouding dan wel anderszins;
- b zij met elkaar getrouwd zijn geweest;
- c zij elkaars geregistreerde partner zijn geweest;
- d zij eerder met elkaar ongetrouwd samenlevend zijn geweest, of
- e de man het kind van de vrouw heeft erkend.'

De begrippen 'ongetrouwd samenlevende' en 'gezamenlijke huishouding' komen als zodanig niet voor in Boek 1 BW. In art. 1:160 BW wordt wel bedoeld op een situatie van ongetrouwd samenleven. Op basis van deze bepaling eindigt de alimentatieverplichting van de ene echtgenoot, zodra de andere echtgenoot opnieuw in het huwelijk treedt, een geregistreerd partnerschap aangaat, of is gaan 'samenleven met een ander als waren zij getrouwd of als hadden zij hun partnerschap laten registreren'. In vergelijkbare zin is in art. 1:227 lid 2 BW bepaald dat een 'levensgezel' ten minste

drie jaar moet hebben samengeleefd met de ouder van het kind dat hij wenst te adopteren.

5.4 **Familierechtelijke betrekkingen**

In art. 1:3 BW wordt aandacht besteed aan bloed- en aanverwantschap. Voor verschillende rechtsgebieden is van belang om te weten of er sprake is van bloed- en aanverwantschap. Op grond van art. 1:41 lid 1 BW kan bijvoorbeeld geen huwelijk worden aangegaan tussen personen tussen wie een te nauwe bloedverwantschap bestaat. Bloed- en aanverwantschap is voorts van belang voor de vaststelling of een onderhoudsverplichting bestaat ten opzichte van bepaalde personen.

In art. 1:3 lid 1 BW is bepaald hoe de graad van bloed- en aanverwantschap wordt berekend. De graad van bloedverwantschap is gelijk aan het aantal geboorten dat tot de verwantschap heeft geleid. De eerste graad van de rechte opgaande lijn betreft dus de ouders, en de tweede graad van die lijn de grootouders. In de neergaande lijn zijn kinderen eerstegraads bloedverwanten, terwijl kleinkinderen tot de tweede graad behoren. Ten aanzien van de zijlijn omvat de tweede graad de broers en zusters, en de derde graad de ooms en tantes, of neven en nichten.

5.4.1 **Bloedverwantschap**

Op basis van art. 1:197 BW staan een kind, zijn ouders en hun bloedverwanten in een familierechtelijke betrekking tot elkaar. De aanwezigheid van familierechtelijke betrekkingen is onder meer van belang voor de onderhoudsverplichting van kinderen, het erfrecht en de geslachtsnaam. Asser/De Boer (2002) spreekt van 'afstamming', waarmee hij de door geboorte ontstane familierechtelijke betrekking tussen een ouder en een kind bedoelt.

Kinderen die binnen een huwelijk worden geboren, staan in een familierechtelijke betrekking tot zowel de moeder als de vader. In art. 1:200 BW zijn regels opgenomen voor de ontkenning van het vaderschap dat door het huwelijk is ontstaan. Ontkenning is mogelijk door de moeder, de vader en door het kind zelf.

Uit art. 1:198 BW volgt dat de familierechtelijke betrekking tussen een kind en de moeder onafhankelijk is van het huwelijk: ook de moeder en haar buitenechtelijk kind staan dus in een familierechtelijke betrekking tot elkaar. Tussen de vader en een buiten het huwelijk geboren kind ontstaat deze betrekking pas na erkenning, of na gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, zo volgt uit art. 1:199 BW. Op basis van deze bepaling is er bijvoorbeeld ook niet zonder meer sprake van een familierechtelijke betrekking tussen de vader en een kind dat binnen een geregistreerd partnerschap wordt geboren. Ook dan is de mannelijke geregistreerde partner pas als 'vader' aan te merken na de erkenning, gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, of adoptie.

Door de Emancipatieraad is in dit verband onderscheid gemaakt tussen 'biologisch' en 'juridisch' ouderschap.¹⁷ Met biologisch ouderschap wordt de feitelijke, natuurlijke relatie tussen een kind en zijn ouders bedoeld. Juridisch ouderschap wordt aangeduid met de hiervoor genoemde term 'familierechtelijke betrekking'. Het uitgangs-

punt van het afstammingsrecht is dat het zoveel mogelijk aansluit bij de natuurlijke, biologische afstamming. Vaak zal biologisch ouderschap dan ook samenvallen met juridisch ouderschap. Er kunnen echter verschillen zijn als gevolg van adoptie, erkenning van een kind, of een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. In deze gevallen is de familierechtelijke betrekking gefingeerd door het recht.

Naast het biologisch en juridisch ouderschap noemt de Emancipatieraad nog het 'sociaal ouderschap'. Hiermee doelt hij op de positie van volwassenen die zorgdragen voor de opvoeding en verzorging van kinderen, terwijl zij niet de biologische ouders zijn. De opvatting dat een volwaardig ouderschap niet op de eerste plaats wordt bepaald door het huwelijk en de aanwezigheid van een 'bloedband', maar door de feitelijke gezinssituatie die is gebaseerd op dagelijkse zorg, opvoeding en een onderlinge affectieve relatie, wint steeds meer terrein.¹⁷ In dit verband kan een man die niet de biologische vader is van een kind, wel de sociale vader zijn. Door erkenning of adoptie kan deze man ook de juridische vader worden. Indien het kind binnen een huwelijk wordt geboren, wordt de man zelfs automatisch de juridische vader. De Emancipatieraad wijst erop dat de positie van sociale moeders niet gelijkwaardig is aan die van sociale vaders, omdat vrouwen hiervoor alleen de mogelijkheid van adoptie hebben, en niet de mogelijkheid van erkenning. De raad heeft daarom voorgesteld om de mogelijkheid van erkenning af te schaffen, en dit te vervangen door een recht van aanvaarding van het ouderschap voor zowel mannen als vrouwen. Inmiddels lijkt de ongelijkwaardigheid overigens minder groot, nu in art. 1:227 BW voor de adoptie niet langer is vereist dat de adoptiefouders moeten zijn gehuwd, en personen van hetzelfde geslacht ook een kind kunnen adopteren. Voorts is één-ouderadoptie inmiddels mogelijk.

In verband met het onderscheid tussen biologisch en juridisch bloedverwantschap beschrijven van Mourik en Nuytink (2006) dat een draagmoeder op basis van art. 1:198 BW als juridische moeder wordt aangemerkt. Dat geldt ook indien het genetisch materiaal waaruit het kind is ontstaan, niet afkomstig is van de draagmoeder, maar van de wensmoeder. Van Mourik en Nuytink beschrijven dat de praktijk is dat de draagmoeder na de geboorte van het kind op basis van art. 1:266 BW wordt ontheven van het gezag over het kind, op de – oneigenlijke – grond dat zij ongeschikt of onmachtig is haar plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen. De wensouders worden dan met het gezag over het kind belast, en starten vervolgens een adoptieprocedure om ook de juridische ouders van het kind te worden.

Ten aanzien van adoptie kan onderscheid worden gemaakt tussen 'sterke adoptie' en 'zwakke adoptie'. Bij sterke adoptie komen de geadopteerde, de adoptiefouder of adoptiefouders en zijn of hun bloedverwanten in een familierechtelijke betrekking tot elkaar te staan, en houdt de familierechtelijke betrekking tussen de geadopteerde, zijn oorspronkelijke ouders en hun bloedverwanten op te bestaan. Bij zwakke adoptie worden de juridische banden met de oorspronkelijke familie niet of niet ge-

17. Emancipatieraad, 'Het afstammingsrecht en sociale ouders', Advies nr. 111/17/91, Den Haag: juni 1991.

18. M.H.P. Meijdam-Slappendel, *De adoptie in Nederland* (diss.), Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1996.

heel verbroken. In het Nederlandse familierecht wordt 'sterke adoptie' als uitgangspunt genomen, zo blijkt uit art. 1:229 BW.

Ook een stiefkind kan worden geadopteerd, zo blijkt uit art. 1:227 lid 2 BW. Hierdoor wordt de stiefouder ook de juridische ouder.

5.4.2 *Aanverwantschap*

Aanverwantschap ontstaat op basis van art. 1:3 lid 2 BW door het huwelijk of het geregistreerd partnerschap. Dat wil zeggen, dat de bloedverwanten van de ene echtgenoot of partner dan aanverwanten worden van de andere. Bloedverwanten van andere ongehuwde samenwoners worden door het samenwonen geen aanverwanten van de andere partner.

Op basis van art. 1:3 lid 3 BW eindigt aanverwantschap niet door ontbinding van het huwelijk. Volgens de wettekst eindigt dat wel bij beëindiging van het geregistreerd partnerschap. Volgens Van Mourik en Nuytinck (2006) is het waarschijnlijk de bedoeling dat de aanverwantschap ook in dat geval blijft bestaan. Daarentegen gaat Asser/De Boer (2002) ervan uit dat het aanverwantschap wel wordt opgeheven bij de beëindiging van het geregistreerd partnerschap.

5.5 **Conclusie**

In de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht, en met name in de regels voor het huwelijk, geregistreerd partnerschap, bloed- en aanverwantschap en familierechtelijke betrekkingen, is een aantal aangrijpingspunten te vinden voor de definitie van relaties van natuurlijke personen. Deze zijn in dit hoofdstuk onderzocht. In onderstaand schema zijn de relevante verbondenheidsbegrippen vermeld.

| Begrip | Criteria | Functie |
|--|---|----------------|
| Echtgenoot | Criteria als omschreven in Titel 5 Boek 1 BW | Ob en F |
| Geregistreerd partner | Criteria als omschreven in Titel 5A Boek 1 BW | Ob en F |
| 'Levensgezel' in de zin van Aanwijzing 72a lid 1 | Twee niet-gehuwde meerderjarigen die met elkaar een nauwe persoonlijke betrekking onderhouden | Ob en F |
| 'Ongehuwd samenlevende' in de zin van Aanwijzing 72a lid 2 | Twee meerderjarigen die, anders dan als elkaars echtgenoot of geregistreerde partner, een gezamenlijke huishouding voeren | Ob en F |
| 'Gezamenlijke huishouding' in de zin van Aanwijzing 72a lid 3 onder 3° | Situatie waarin de betrokkenen hun hoofdverblijf hebben in dezelfde woning, en zij blijf geven zorg te dragen voor elkaar door middel van het leveren van een bijdrage in de kosten van de huishouding dan wel anderszins, zij met elkaar gehuwd zijn geweest, zij elkaars geregistreerde partner zijn geweest, zij eerder met elkaar ongehuwd samenlevend zijn geweest, of de man het kind van de vrouw heeft erkend | Ob en F |

De onderwerpen in het personen- en familierecht hebben een sociaal-maatschappelijke lading. Er moet worden bedacht dat de sociaal-maatschappelijke betekenis van het huwelijk en het gezin de afgelopen decennia aanzienlijk is gewijzigd. Ongehuwd samenwonen heeft een volwaardige plaats verworven naast het huwelijk, en is niet meer weg te denken. De tendens is dat paren eerst ongehuwd samenwonen, om eventueel pas daarna te trouwen. Echter, veel ongehuwd samenwonende paren hebben kennelijk niet eens de intentie om ooit te trouwen. Ongehuwd samenwonen kan daarom meer en meer worden beschouwd als een manier om vorm te geven aan een volwaardige relatie. Uit demografisch onderzoek blijkt wel dat relaties van ongehuwde samenwoners minder stabiel zijn dan die van gehuwden.

Een ander feit is dat hét gezin niet meer bestaat: er zijn ook eenoudergezinnen, gezinnen met een inwonende ouder, pleeg- en stiefgezinnen, homoparen met kinderen en gezinnen van ongehuwd samenwonende ouders. Het personen- en familierecht is de afgelopen jaren ingrijpend gewijzigd en aangepast aan deze ontwikkelingen. De feitelijke situatie staat hierbij voorop. Bij de omschrijving van 'verbondenheid' lijkt daarom rekening te moeten worden gehouden met een dynamische benadering van samenlevingsvormen.

In het huwelijksvermogensrecht wordt voor gehuwden en geregistreerde partners uitgegaan van een wettelijke gemeenschap van goederen, tenzij hiervan is afgeweken door middel van huwelijksvoorwaarden. Bij een wettelijke gemeenschap van goederen zijn beide echtgenoten voor het geheel gerechtigd tot het gemeenschappelijke vermogen, waarbij zij ten aanzien van die goederen dezelfde bevoegdheden hebben. Dit is slechts anders indien sprake is van 'verknochte goederen'. Aandelen in een NV of BV lijken in dit verband ook tot het vermogen van een belastingplichtige te behoren, indien hij of zij zelf geen aandeelhouder is in een NV of BV, maar zijn of haar echtgenoot wel.

Familierechtelijke betrekkingen ontstaan door bloed- en aanverwantschap. In dit verband bestaat onderscheid tussen biologisch, juridisch en sociaal ouderschap of bloedverwantschap. Vaak zullen deze verschillende vormen samenvallen, maar als gevolg van adoptie, erkenning van een kind, of een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap geldt voor het familierecht een fictieve familierechtelijke betrekking, waardoor het juridisch bloedverwantschap afwijkt van het biologische. Bij de beschrijving van relaties tussen ouders en kinderen zal dit onderscheid in acht moeten worden genomen.

Indien overeenkomstig het onderzoek op het gebied van het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht in hoofdstuk 3 en 4 de functie van verbondenheidsbegrippen in het personen- en familierecht wordt omschreven, kan de obligatoire functie worden genoemd. Echter, omdat op grond van het personen- en familierecht aan individuen niet alleen verplichtingen worden opgelegd, maar ook rechten worden toegekend, kan tot op zekere hoogte ook van een facilitaire functie worden gesproken.

HOOFDSTUK 6

Inkomstenbelasting

6.1 Inleiding

De inkomstenbelasting wordt geheven van natuurlijke personen. Het inkomensbegrip van de belasting gaat uit van het bronnenstelsel. Kort gezegd is sprake van een bron van inkomen indien in verband met het verdienen van dat inkomen wordt deelgenomen aan het maatschappelijke verkeer, waarbij een geldelijk voordeel wordt beoogd, terwijl dat voordeel in redelijkheid ook kan worden verwacht.

In economische zin is de inkomstenbelasting een directe belasting. Het uitgangspunt van de heffing is namelijk dat deze wordt gedragen door de persoon van wie de belasting wordt geheven. De inkomstenbelasting wordt voorts getypeerd als een draagkrachtbelasting: als gevolg van de gedeeltelijk progressieve tariefstructuur leidt de belasting in zekere zin tot inkomensherverdeling. Stevens (2001) beschrijft dat behalve het draagkrachtmotief, ook de instrumentele functie een belangrijke rol is gaan spelen in de inkomstenbelasting. Overigens heeft het draagkrachtbeginsel sinds de invoering van de boxenstructuur vanaf 1 januari 2001 aan belang moeten inboeten. Heithuis, Kavelaars en Schuver (2007) merken in dit verband op dat het draagkrachtbeginsel inmiddels vooral een symbolische plaats inneemt en dat de instrumentele functie leidend is geworden.

In dit hoofdstuk onderzoek ik waarom 'verbondenheid' relevant is voor de heffing van inkomstenbelasting, en op welke plaats en welke wijze hiermee rekening wordt gehouden in de Wet IB 2001. Zoals is beschreven in hoofdstuk 1, analyseer ik hoe de verschillende fiscale begrippen zich verhouden tot de wijze waarop verbondenheid tot uitdrukking komt in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht, het jaarrekeningenrecht en het personen- en familierecht. Voorts worden de begrippen beoordeeld op enkele rechtstheoretische aspecten, namelijk neutraliteit, het gebruik van een open norm dan wel een scherpe norm en de uniformiteit van definities. Na de beoordeling van elk verbondenheidsbegrip worden waar nodig aanbevelingen gedaan tot optimalisatie van de omschrijving. Bij deze analyse wordt steeds rekening gehouden met de aard en functie van de begrippen.

In de voorgaande hoofdstukken is onderscheid gemaakt tussen begrippen waarin de verbondenheid met een lichaam wordt omschreven en definities voor de relatie tussen natuurlijke personen. Ten aanzien van de verbondenheidsbegrippen in de inkomstenbelasting kan in beginsel een zelfde onderscheid worden gehanteerd. Echter, in sommige regelingen in de Wet IB 2001 komen begrippen uit beide categorieën

voor. Voor een goed overzicht en ter voorkoming van doublures is ervoor gekozen om de begrippen uit deze twee categorieën niet in afzonderlijke paragrafen te behandelen. Voordat ik deze verbondenheidsbegrippen onderzoek, ga ik in op enkele thema's en regelingen waarin 'verbondenheid' wel een rol speelt, maar geen wettelijke vorm heeft gekregen in de Wet IB 2001.

6.2 **Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving**

Ten aanzien van het 'grootkoopmanschap', de regeling van art. 3.63 Wet IB 2001 voor bedrijfsoverdrachten aan een medeondernemer of werknemer en de 'uiteindelijk gerechtigde' tot dividenden is verbondenheid wel relevant, maar niet expliciet omschreven in de Wet IB 2001. Ik behandel deze thema's hierna.

Het onderscheid tussen transparante en non-transparante samenwerkingsverbanden en de behandeling van een 'vaste inrichting' zijn eveneens onderwerpen in de inkomstenbelasting waarbij verbondenheid geen wettelijke omschrijving kent. Deze thema's spelen echter ook een rol voor de vennootschapsbelasting. Ter voorkoming van doublures worden zij in hoofdstuk 7 behandeld.

6.2.1 **Grootkoopmanschap**

Op basis van de boxenstructuur van de Wet IB 2001 worden aandelen in een vennootschap, die niet tot het ondernemingsvermogen behoren, tot het privévermogen van de belastingplichtige gerekend. Afhankelijk van de omvang van het aandelenbezit geldt dan de aanmerkelijkbelangregeling van box 2 of de vermogensrendementsheffing van box 3. Op basis van oudere jurisprudentie wordt onder bijzondere omstandigheden inbreuk gemaakt op dit uitgangspunt, namelijk indien er sprake is van 'grootkoopmanschap'. In dat geval vormt het aandelenbezit een afzonderlijke onderneming, naast de ondernemingen van de vennootschappen waarin de aandelen worden gehouden. In feite gaat het hierbij om aandeelhoudersactiviteiten met betrekking tot een aantal verbonden ondernemingen die als zodanig toch ondernemerschap doen ontstaan, ter zake waarvan de belastingheffing plaatsvindt in box 1 als winst uit onderneming.

Het principe van grootkoopmanschap vindt zijn oorsprong in HR 11 oktober 1933, nr. 21 310, *B* 5480. Hierbij is het als volgt omschreven:

'... de situatie waarin een belastingplichtige zich met gebruikmaking van de invloed die hij met zijn macht als enig aandeelhouder in de vennootschappen kan uitoefenen, frequent, intensief en in detail met de bedrijfsvoering van die vennootschappen had ingelaten, en deze als het ware als zijn ondernemingen behandelt.'

Grootkoopmanschap is ook aan de orde geweest in HR 19 december 1962, nr. 14 908, *BNB* 1963/71, en in HR 9 oktober 1963, nr. 15 090, *BNB* 1964/29. In HR 16 januari 1974, nr. 17 181, *BNB* 1974/44, stelde de inspecteur zich ook op het standpunt dat de belastingplichtige als een 'grootkoopman' moest worden beschouwd, omdat volgens hem

sprake was van het hiervoor omschreven 'inlaten' met de bedrijfsvoering. Daarbij bestond volgens hem een overkoepeling met financiële en organisatorische beheersing van de onderdelen, terwijl administratieve beheersing van de onderdelen deze overkoepeling compleet maakte.

Uit onder meer HR 11 oktober 1933, nr. 21 310, B 5480, en HR 19 december 1962, nr. 14 908, BNB 1963/71, blijkt dat de 'grootkoopman' niet met de door hem beheerste vennootschappen moet worden vereenzelvigd. Er geldt geen fiscale transparantie van de vennootschappen, maar de aandelen behoren tot het ondernemingsvermogen van de belastingplichtige en vormen als zodanig een onderneming.

In de parlementaire geschiedenis is bepaald dat grootkoopmanschap slechts aan de orde is, indien de diverse belangen een zodanige economische eenheid vormen, dat er sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, waarmee wordt beoogd winst te behalen.¹ Deze omschrijving vertoont kenmerken van het verbondenheidsbegrip in de bedrijfseconomie en het ondernemingsrecht. Het lijkt immers te gaan om feitelijke organisatorische en economische verbondenheid.

Een andere overeenkomst met de bedrijfseconomie en het ondernemingsrecht is dat bij het 'grootkoopmanschap' het onderscheid tussen 'ownership' en 'control' eveneens wordt genegeerd, indien deze scheiding in feite niet bestaat. De aandeelhouder wordt immers zelf ook als ondernemer aangemerkt.

6.2.2 *Bedrijfsoverdracht aan medeondernemer of werknemer*

De overdracht van een IB-onderneming vormt bij de overdragende ondernemer een staking, die in beginsel leidt tot heffing van inkomstenbelasting over de stille reserves en goodwill. In art. 3.63 Wet IB 2001 is echter een faciliteit opgenomen voor bedrijfsoverdrachten aan bepaalde personen. Dit betreft enerzijds de ondernemer met wie de belastingplichtige de onderneming in de vorm van een 'samenwerkingsverband' heeft gedreven. Anderzijds gaat het om de overdracht aan een werknemer. In die zin is de regeling neutraal ten aanzien van de door partijen gekozen vorm van de samenwerking. Het samenwerkingsverband of het dienstverband met de stakende ondernemer moet op het moment van de overdracht ten minste 36 maanden hebben geduurd, om in aanmerking te komen voor de faciliteit. De stakende ondernemer en de overnemer moeten dus al langere tijd met elkaar 'verbonden' zijn, tenzij sprake is van één van de in art. 13a Uitv.reg. IB 2001 beschreven noodlottige situaties waarin de driejaarstermijn kan worden bekort.²

Overigens herken ik in de regeling van art. 3.63 Wet IB 2001 sporen van de zogenoemde 'stakeholdersbenadering', waarin de onderneming wordt gezien als samen-

1. *Aanhangsel Handelingen II* 1979/80, nr. 264, p. 513.

2. Ten aanzien van de doorschuifregeling van art. 3.62 Wet IB 2001, met betrekking tot een onderneming die als gevolg van het overlijden van de ondernemer wordt gestaakt, geldt overigens niet de voorwaarde dat de erfgenamen die de onderneming voortzetten al enige tijd met de erfflater hebben samengewerkt.

werkingsverband van verschillende partijen. De doorschuiffaciliteit geldt immers niet alleen voor medeondernemers, maar ook voor werknemers.

6.2.3 *'Uiteindelijk gerechtigde' tot dividenden*

Het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' speelt een rol in het internationaal belastingrecht, en met name bij de verdeling van de heffingsbevoegdheid met betrekking tot dividenden. Op basis van art. 10 lid 1 OESO (NSV) mag dividend worden belast in de woonstaat van de genietter. Volgens het tweede lid heeft de staat waar de uitkerende vennootschap is gevestigd een beperkt heffingsrecht. Die beperking geldt echter alleen indien de 'uiteindelijk gerechtigde' tot het dividend in de andere verdragssluitende staat woont. In dit verband is het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' niet gedefinieerd. Wel is in het commentaar op het OESO-modelverdrag vermeld dat de bronstaat geen belastingvermindering of -vrijstelling hoeft te verlenen aan iemand die slechts als 'doorgeefluik' fungeert voor degene die in feite het voordeel van het dividend ontvangt. In dit verband kunnen 'doorstroomvennootschappen' in principe niet als 'uiteindelijk gerechtigde' worden beschouwd, zo vermeldt het commentaar.

In het Nederlandse belastingrecht wordt het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' op verschillende plaatsen gehanteerd, bijvoorbeeld in art. 9.2 lid 2 Wet IB 2001. Op basis hiervan wordt ingehouden dividendbelasting niet als voorheffing op de inkomstenbelasting beschouwd, indien de belastingplichtige ten laste van wie de belasting is ingehouden niet de 'uiteindelijk gerechtigde' is. Deze maatregel is gericht op het tegengaan van 'dividendstripping'. Na HR 6 april 1994, nr. 28 638, *BNB* 1994/217, en HR 21 februari 2001, nr. 35 415, *BNB* 2001/196, zouden dit soort transacties namelijk een grote vlucht hebben kunnen nemen, zo merken Kavelaars, De Graaf en Stevens (2007) op.

Overigens hangt de bepaling van art. 9.2 lid 2 Wet IB 2001 samen met een aantal andere antiontgaansbepalingen gericht op dividendstripping, zoals art. 25 lid 2 Wet VPB 1969, art. 4, lid 3 en 7 Wet DB 1965 en art. 16 BvdB 2001.

6.3 **Wettelijke begrippen van verbondenheid**

Hierna worden de volgende, wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen voor de inkomstenbelasting onderzocht:

- 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001;
- 'kind' in de zin van art. 1.4 Wet IB 2001;
- 'samenwerkingsverband' in de zin van art. 3.6 lid 2 Wet IB 2001;
- 'verbonden personen' in de zin van art. 3.6 lid 3 Wet IB 2001;
- 'personen die behoren tot het huishouden van de belastingplichtige' in de zin van art. 3.15 lid 7 Wet IB 2001;
- 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.30a lid 9 en 10 Wet IB 2001;
- 'verbonden lichaam' in de zin van art. 3.30a lid 11 Wet IB 2001;
- 'verbonden personen' in de zin van art. 3.46 lid 1 Wet IB 2001;
- 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001;
- 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.92b lid 5 (voorstel) Wet IB 2001;

- ‘verbonden personen’ in de zin van art. 3.101, art. 6.3 en 6.4 Wet IB 2001;
- ‘aanmerkelijk belang’ in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001;
- ‘familieleden’ in de zin van art. 6.16 Wet IB 2001.

6.3.1 **‘Partner’ in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001**

In art. 1.2 Wet IB 2001 is een partnerregeling opgenomen, op grond waarvan voor een groot aantal regelingen in de inkomstenbelasting wordt uitgegaan van een uniform begrip ‘partner’ voor de relatie tussen twee natuurlijke personen. Uit de parlementaire toelichting blijkt dat met de introductie van het partnerbegrip een meer consistente behandeling van met name ongehuwde samenwoners is bedoeld.

In sommige regelingen heeft het begrip ‘partner’ een vereenzelvigingsfunctie en met name een antiontgaansfunctie. Handelingen of bezittingen van de partner worden dan toegerekend aan de belastingplichtige om te voorkomen dat belastingheffing wordt ontgaan. Dit is bijvoorbeeld het geval in de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Ten aanzien van andere regelingen is sprake van een facilitaire functie. Dat geldt bijvoorbeeld voor de keuzemogelijkheid van art. 2.17 Wet IB 2001 met betrekking tot de verhouding waarin inkomens- en vermogensbestanddelen worden toegerekend aan de belastingplichtige en zijn partner.

6.3.1.1 *Wettelijke omschrijving*

Het begrip ‘partner’ in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 is ruimer dan het partnerbegrip van de AWR. In art. 2 lid 6 AWR wordt het geregistreerde partnerschap gelijkgesteld met het huwelijk, maar dat geldt niet voor andere, lossere samenlevingsvormen. Voor de Wet IB 2001 kunnen ongehuwde samenwoners wel ‘partner’ zijn.

Als ‘partner’ wordt in de eerste plaats aangemerkt de niet duurzaam gescheiden levende echtgenoot, zo bepaalt art. 1.2 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001. Op basis van art. 2 lid 6 AWR worden hiertoe ook geregistreerde partners gerekend. Om te kwalificeren als ‘partner’ hoeven de echtgenoten of geregistreerde partners niet aan nadere voorwaarden te voldoen. In dit verband is in de parlementaire geschiedenis de vraag aan de orde geweest of de echtgenoten ook een gezamenlijke huishouding moeten voeren en of zij moeten zijn ingeschreven op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie. Volgens de Staatssecretaris van Financiën hoeft dit niet, omdat gehuwden en geregistreerde partners ten opzichte van elkaar een juridisch afdwingbare zorgverplichting hebben op grond van Boek 1 BW.³ In feite is er zonder dergelijke voorwaarden al sprake van een maatschappelijke en economische eenheid. Overigens acht ik het vanuit de vereenzelvigingsfunctie begrijpelijk dat geen nadere voorwaarden worden gesteld: indien er voorwaarden zouden gelden, zouden gehuwden en geregistreerde partners kunnen trachten hieraan niet te voldoen met het oogmerk om belastingheffing zou kunnen worden ontgaan.

3. *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. A, p. 9.*

In art. 1.2 lid 4 Wet IB 2001 is benadrukt dat een persoon die duurzaam gescheiden leeft van zijn echtgenoot of geregistreerd partner, niet als 'partner' wordt beschouwd, maar als een ongehuwde.

Ongehuwde samenwoners kunnen als 'partner' worden aangemerkt, indien zij daarvoor op grond van art. 1.2 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 kiezen. Er moet dan wel aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. De samenwoners moeten meerderjarig zijn en gedurende ten minste zes maanden in het kalenderjaar een gezamenlijke huishouding hebben gevoerd. Gedurende die tijd moeten zij ook in de gemeentelijke basisadministratie staan ingeschreven op hetzelfde woonadres. Naar mijn mening zijn deze voorwaarden wel verklaarbaar vanuit de facilitaire functie van het begrip 'partner', maar niet vanuit de vereenzelvigingsfunctie. Hetzelfde geldt voor het keuzerecht: dit past wel bij een faciliteit maar niet in situaties waarin handelingen of bezittingen in het kader van een antiontgaansbepaling moeten worden toegerekend van de ene partner aan de andere.

Volgens de parlementaire geschiedenis is het begrip 'gezamenlijke huishouding' in art. 1.2 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 bewust niet nader omschreven.⁴ De term is wel ingevuld in de jurisprudentie. In dit verband is in HR 11 maart 1998, nr. 33 086, *BNB* 1998/121, beslist dat het voeren van een gezamenlijke huishouding alleen kan worden bewezen aan de hand van de inschrijving in het bevolkingsregister. Ik vind dit wel een heel beperkte invulling. In art. 26, paragraaf 2 lid 3 Leidraad INV 1990 is bijvoorbeeld een veel ruimere omschrijving opgenomen van hetzelfde begrip:

'Van een gezamenlijke huishouding is sprake als twee personen hun hoofdverblijf in dezelfde woning hebben en zij blijk geven zorg te dragen voor elkaar door middel van het leveren van een bijdrage in de kosten van de huishouding dan wel anderszins.

Een gezamenlijke huishouding wordt in ieder geval aanwezig geacht als de belanghebbenden hun hoofdverblijf hebben in dezelfde woning en:

- zij met elkaar gehuwd zijn geweest of eerder voor de verlening van bijstand als gehuwden zijn aangemerkt;
- uit hun relatie een kind is geboren of erkenning heeft plaatsgevonden van een kind van de één door de ander;
- zij zich wederzijds verplicht hebben tot een bijdrage aan de huishouding op grond van een geldend samenlevingscontract, of
- zij op grond van een registratie worden aangemerkt als een gezamenlijke huishouding die naar aard en strekking overeenkomt met de gezamenlijke huishouding als hiervoor bedoeld.'

Gelet op de vereenzelvigingsfunctie en de facilitaire functie van het partnerbegrip zou het naar mijn mening niet bezwaarlijk zijn om deze ruimere omschrijving van de 'gezamenlijke huishouding' ook te hanteren voor de Wet IB 2001. Dit zou leiden tot verduidelijking en meer uniformiteit.

4. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. A, p. 11.

Ten aanzien van het keuzerecht bevat art. 1.2 lid 2 Wet IB 2001 nog een bijzondere regeling op grond waarvan in het jaar van overlijden toch voor het fiscaal partnerschap kan worden gekozen, indien de ongehuwde samenwoners als gevolg van het overlijden niet gedurende ten minste zes maanden een gezamenlijke huishouding hebben kunnen voeren. Die keuze is echter alleen mogelijk, indien zij in het voorafgaande jaar ook al de keuze voor het fiscaal partnerschap hadden gemaakt. Indien samenwonenden gedurende het kalenderjaar trouwen of zich als partner laten registreren, kan de keuze voor het fiscaal partnerschap eveneens voor het gehele jaar worden gemaakt.⁵

De kwalificatie als 'partner' werkt bij wijze van fictie door in het aanverwantschap, zo bepaalt art. 1.2 lid 5 Wet IB 2001. De bloedverwanten van de ongehuwde partner worden als aanverwanten van de belastingplichtige beschouwd.⁶ Ook de ongehuwde partner van een bloedverwant van de belastingplichtige is een aanverwant.

Indien eenmaal is gekozen voor het fiscaal partnerschap van art. 1.2 Wet IB 2001, blijft de betrokken persoon ook na de beëindiging van de relatie de 'gewezen partner' van de belastingplichtige.⁷ Dit is bijvoorbeeld van belang voor de toepassing van de eigenwoningregeling nadat het partnerschap is geëindigd, zo blijkt uit art. 3.111 lid 4 Wet IB 2001.

Hoewel art. 1:33 BW voorschrijft dat een persoon slechts met één andere persoon tegelijkertijd gehuwd kan zijn, is in art. 1.2 lid 6 Wet IB 2001 ten aanzien van de partnerregeling voor de inkomstenbelasting toch een maatregel getroffen voor het geval een persoon meer dan één echtgenoot heeft. In dergelijke gevallen wordt alleen de echtgenoot uit de oudste huwelijksverbintenis als fiscale 'partner' beschouwd. Stevens (2001) licht deze bepaling toe vanuit de toenemende culturele en etnische pluriformiteit met bijbehorende diversiteit in de samenlevingsvormen. In verband met de hiervoor genoemde facilitaire functie van het partnerbegrip is deze beperking op zich begrijpelijk, hoewel het naar mijn mening ook niet bezwaarlijk zou zijn indien op dit punt zou worden aangesloten bij de realiteit. Als gevolg hiervan zouden bijvoorbeeld inkomens- en vermogensbestanddelen kunnen worden toegerekend aan alle echtgenoten. Met het oog op de vereenzelvigingsfunctie en de antiontgaansfunctie lijkt het mij zelfs noodzakelijk dat de echtgenoten uit alle huwelijksverbintenissen worden meegeteld: dit verkleint de mogelijkheden om belastingheffing te ontgaan.

5. *Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 79, p. 6.*

6. *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 75.*

7. Volgens het besluit van 12 december 2007, nr. CPP2007/2793M, V-N 2008/3.7, geldt een eenvoudige regel: indien is gekozen voor het partnerschap, wordt men na de beëindiging van de relatie altijd een 'gewezen partner'; indien niet is gekozen voor het partnerschap, zal er geen sprake zijn van een 'gewezen partner'.

6.3.1.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Het partnerbegrip van art. 1.2 Wet IB 2001 lijkt compleet, indien dit wordt vergeleken met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht. Het omvat zowel gehuwden, geregistreerde partners als ongehuwde samenwoners.

De invulling van het begrip 'gezamenlijke huishouding' in de jurisprudentie is naar mijn mening echter te beperkt en hierdoor niet in overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid. In dit verband vind ik de omschrijving die in art. 26, paragraaf 2 lid 3 Leidraad INV 1990 aan dit begrip wordt gegeven realistischer en duidelijker. Overigens lijkt die omschrijving van de 'gezamenlijke huishouding' veel op die van hetzelfde begrip in de in hoofdstuk 5 genoemde 'Aanwijzingen voor de regelgeving'.⁸

In hoofdstuk 5 is opgemerkt dat relaties van ongehuwde samenwoners op basis van demografisch onderzoek minder stabiel zijn dan die van gehuwden. In dit verband sluit het optionele karakter van het partnerschap van ongehuwde samenwoners wel aan bij de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid.

6.3.1.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Op het eerste gezicht is het begrip 'partner' neutraal ten aanzien van de samenlevingsvorm. Als gevolg van het keuzerecht en de nadere voorwaarden van art. 1.2 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001, waaraan ongehuwde samenwoners moeten voldoen om als 'partner' te worden beschouwd, is echter geen sprake van volledige neutraliteit.

Stevens (2004) merkt op dat er ten aanzien van de nadere voorwaarde van de 'gezamenlijke huishouding' voor ongehuwde samenwoners nog een merkwaardig verschil in behandeling met gehuwden en geregistreerde partners bestaat. Laatstgenoemden zijn namelijk voor het gehele jaar elkaars 'partner', ook indien de gezamenlijke huishouding aanvangt in de tweede helft van een kalenderjaar. Ongehuwde samenwoners kwalificeren in een dergelijke situatie niet als 'partner'. Dit biedt voor gehuwde en geregistreerde partners voordelen ten aanzien van de toerekening van inkomensbestanddelen. In een brief van 30 juni 2006 heeft de Staatssecretaris van Financiën opgemerkt dat hij zich realiseert dat de keuzevrijheid voor samenwoners kan leiden tot een ongelijke behandeling van gehuwden en ongehuwden, waarbij ongehuwde samenwoners ook in het voordeel kunnen zijn omdat gehuwden geen keuzemogelijkheid hebben.⁹ Hij erkent dat dit zou kunnen leiden tot 'partnerarbitrage', bijvoorbeeld om een aanmerkelijkbelangpositie te vermijden.¹⁰ Bij de be-

8. Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 27 april 2005, nr. 05M474365, *Stcrt.* 2005, 87.

9. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 337, nr. 17.

10. Een andere mogelijkheid van 'partnerarbitrage' is de toepassing van de alleenstaandeouderkorting en de aanvullende alleenstaandeouderkorting als bedoeld in art. 8.15 en 8.16 Wet IB 2001. Deze niet onaanzienlijke kortingen gelden voor de belastingplichtige zonder fiscale 'partner', en komen voor ongehuwde samenwoners binnen handbereik door niet te kiezen voor het fiscaal partnerschap.

oordeling van de aanmerkelijkbelangregeling in paragraaf 6.3.9 wordt dit aspect nader uitgewerkt.

Bij het partnerbegrip van art. 1.2 Wet IB 2001 is sprake van een scherpe norm. Er wordt precies omschreven welke samenlevingsvormen kwalificeren als 'partner'. Bezien vanuit de facilitaire functie acht ik dit bevredigend; het is nu duidelijk voor wie de faciliteiten gelden. Op basis van de vereenzelvigingsfunctie en de antiontgaansfunctie van het partnerbegrip ligt het naar mijn mening echter meer voor de hand om een open norm te hanteren. De beoogde toerekening van handelingen en bezittingen van de partner aan de belastingplichtige zou dan in meer situaties kunnen worden gerealiseerd.

Hoewel het partnerbegrip van art. 1.2 Wet IB 2001 een rol speelt in verschillende bepalingen in de inkomstenbelasting, is geenszins sprake van een uniform begrip. Gubbels beschrijft dat de inkomstenbelasting naast het algemene begrip 'partner' in art. 1.2 Wet IB 2001 nog andere partnerbegrippen kent. In de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 is bijvoorbeeld gekozen voor een andere omschrijving van ongehuwde samenwoners.¹¹ Ik merk overigens op dat het partnerbegrip in deze regelingen een vereenzelvigingsfunctie en een antiontgaansfunctie vervult, en geen facilitaire functie.

Weer een ander partnerbegrip ligt besloten in de term 'personen die tot het huishouden van de belastingplichtige behoren'. Dit begrip komt onder meer terug in art. 3.6 Wet IB 2001 ten aanzien van het 'urencriterium', in art. 3.15 lid 7, art. 3.16 lid 11 en art. 3.17 lid 4 Wet IB 2001 voor de aftrekbeperking van kosten, in art. 3.46 lid 1 onderdelen a en b Wet IB 2001 voor de uitgesloten verplichtingen voor de investeringsaftrek en in art. 3.120 lid 4 onderdeel c Wet IB 2001 voor de aftrekbare kosten in verband met de eigen woning. In deze bepalingen vervult het begrip ook een vereenzelvigingsfunctie en een antiontgaansfunctie. De term 'personen die tot het huishouden van de belastingplichtige behoren' wordt ook gehanteerd in art. 3.58 lid 3 Wet IB 2001 voor de waardering van de woning bij staking als gevolg van overlijden, maar in deze bepaling heeft hij een facilitaire functie. Dat geldt ook voor het gebruik van deze term in art. 5.3 lid 2 onderdeel c Wet IB 2001 voor de uitzondering van persoonlijke bezittingen van de grondslag voor de vermogensrendementsheffing van box 3.

Vanwege het bestaan van deze andere partnerbegrippen meent Gubbels dat het algemene partnerbegrip van art. 1.2 Wet IB 2001 al bij de parlementaire behandeling was achterhaald. Zij heeft een voorkeur voor één partnerbegrip voor de gehele inkomstenbelasting, waarvan slechts gemotiveerd kan worden afgeweken, en dat tevens is afgestemd met andere belastingwetten. Naar mijn mening zou hierbij nog wel onderscheid moeten worden gemaakt naar de functie van de begrippen: zoals ik hiervoor heb toegelicht vind ik dat bij de vereenzelvigingsfunctie en antiontgaansfunctie van het partnerbegrip een ruimere definitie past dan bij de facilitaire functie.

11. N.C.G. Gubbels, 'Het partnerbegrip', in: A.C. Rijkers en H. Vording, *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006.

Overigens is de pluriformiteit van de partnerbegrippen ook door de wetgever onderkend. Reeds in 2000 is een studie aangekondigd naar de definiëring van familiegroepen in de fiscale wetgeving en de stroomlijning daarvan.¹² In het rapport 'Breder, lager, eenvoudiger? Een evaluatie van de belastingherziening 2001' is herhaald dat een discussie over uniformering van het partnerbegrip nuttig is.¹³ Gezien de ontwikkeling dat de Belastingdienst steeds vaker is betrokken bij de uitvoering van inkomensafhankelijke regelingen, dient die discussie volgens het rapport in een breder verband te worden beschouwd. Daarbij wordt gedacht aan het partnerbegrip in andere heffingswetten, zoals de SW 1956, maar ook dat in de AWIR. In dit verband is de Minister van Financiën in een brief van 15 februari 2007, nr. DB2006-00632M, V-N 2007/11.8, nader ingegaan op de verschillende partnerbegrippen in met name de AOW en de AWIR. Hierbij is echter niet duidelijk beargumenteerd waarom de begrippen afwijken.

Ten aanzien van het begrippenkader kan nog worden gewezen op de in hoofdstuk 5 genoemde 'Aanwijzingen voor de regelgeving', waarin een aantal modelbepalingen met betrekking tot andere samenlevingsvormen zijn opgenomen.¹⁴ In dit verband wordt in Aanwijzing 72a lid 1 de term 'levensgezel' gebruikt voor ongehuwde samenwoners. Deze term wordt ook gebruikt in de in hoofdstuk 3 beschreven Tabaksblat Code en de Wft. Indien een persoon met een levensgezel een gezamenlijke huishouding voert, is op basis van Aanwijzing 72a lid 2 sprake van een 'ongehuwd samenlevende'. In principe zouden deze termen ook kunnen worden gehanteerd in het belastingrecht.

6.3.1.4 Aanbevelingen

Stevens (2004) meent dat het aanbeveling verdient om het fiscale partnerschap te beperken tot gehuwden en geregistreerde partners, omdat alleen voor die twee categorieën sprake is van 'zorgverbonden partnerschap'. Naar zijn mening past het bij een draagkrachtheffing om het begrip 'partner' te beperken tot situaties waarin een dergelijke duurzame zorgrelatie bestaat. Alleen in deze situaties zouden partners in de gelegenheid moeten worden gesteld om inkomens- en vermogensbestanddelen aan elkaar toe te rekenen. Naast het begrip 'zorgverbonden partner' zou volgens Stevens een afzonderlijk, materieel ingevuld begrip 'gelieerde samenwoner' moeten worden ontwikkeld. Dit begrip is nodig om bepaalde transacties en situaties andere fiscale gevolgen te geven, indien sprake is van gelieerde verhoudingen. Het begrip 'gelieerde samenwoner' zou kunnen gelden ter vervanging van het begrip 'verbonden persoon' in art. 3.6 en 3.46 Wet IB 2001, en voor de meetregel van het 'aanmerkelijk belang' van art. 4.10 Wet IB 2001.

12. Kamerstukken II 2000/01, 27 466, nr. 6, p. 58, 59 en 96.

13. Kamerstukken II 2005/06, 30 375, nr. 1-2, p. 121 en 122.

14. Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 27 april 2005, nr. 05M474365, *Stcrt.* 2005, 87.

Ik onderschrijf het nut van dit onderscheid tussen de 'partner' en de 'gelieerde samenwoner'. Het eerdergenoemde verschil tussen de facilitaire functie en de vereenzelvigingsfunctie van het partnerbegrip komt hierin namelijk treffend tot uitdrukking. Op basis van dit onderscheid zouden faciliteiten alleen voor een beperkte kring van partners kunnen gelden. Voorts zouden in regelingen met een antimisbruikkarakter de handelingen of bezittingen van een ruimere kring van verbonden personen kunnen worden toegerekend aan de belastingplichtige.

In dit verband meen ik dat ongehuwde samenwoners ook als 'partner' moeten kunnen worden aangemerkt. Zoals in hoofdstuk 5 is beschreven, is de sociaal-maatschappelijke betekenis van het huwelijk de afgelopen decennia aanzienlijk gewijzigd. Ongehuwd samenwonen heeft een volwaardige plaats verworven naast het huwelijk, en laat ten opzichte van trouwen nog steeds een flinke toename zien. Het fenomeen is dan ook niet meer weg te denken uit onze maatschappij. Uit onderzoek blijkt een tendens dat paren veelal eerst ongehuwd samenwonen, om eventueel pas daarna te trouwen. Veel ongehuwd samenwonende paren hebben echter kennelijk niet de intentie om ooit te trouwen. Ongehuwd samenwonen kan daarom meer en meer worden beschouwd als een manier om vorm te geven aan een volwaardige relatie. Deze trend moet naar mijn mening ook fiscaal worden gevolgd. Uit demografisch onderzoek blijkt echter dat relaties van ongehuwde samenwoners minder stabiel zijn dan die van gehuwden: het risico van relatieontbinding is hoger bij ongehuwde samenwoners. In dit verband lijkt het optionele karakter van hun partnerschap daarom nog niet zo slecht. Bezien vanuit de facilitaire functie acht ik een dergelijke keuzemogelijkheid voor samenwoners ook niet bezwaarlijk. Echter, op basis van de huidige regeling van art. 1.2 Wet IB 2001 kunnen ongehuwde samenwoners hun keuze voor het partnerschap elk jaar herzien. Net als Stevens vind ik dat deze jaarlijkse keuzemogelijkheid te vrijblijvend is. Naar mijn mening zou sprake moeten zijn van een eenmalige keuze, waarop slechts kan worden teruggekomen bij beëindiging van de relatie.

Op basis van het vorenstaande zou ik de contouren van het begrip 'partner' voor de inkomstenbelasting als volgt willen schetsen:

- De echtgenoot, geregistreerde partner en de 'ongehuwd samenlevende', ofwel de 'levensgezel' met wie de belastingplichtige een 'gezamenlijke huishouding' voert, worden als 'partner' aangemerkt.
- De keuzemogelijkheid voor ongehuwde partners is eenmalig: herziening van de keuze is slechts mogelijk bij beëindiging van de relatie.
- De keuzemogelijkheid is bovendien afhankelijk van nadere voorwaarden, zoals meerderjarigheid, het voeren van een 'gezamenlijke huishouding' in de zin van art. 26 paragraaf 2 lid 3 Leidraad INV 1990 en inschrijving op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie.

Dit partnerbegrip heeft slechts een facilitaire functie; de vereenzelvigingsfunctie en antiontgaansfunctie wordt in de door mij voorgestelde benadering overgenomen door het begrip 'verbonden persoon'. In laatstgenoemd begrip is naar mijn mening geen plaats voor een keuzemogelijkheid voor partners. Dit past niet bij de antiont-

gaansfunctie die dit begrip heeft. Bij de analyse van de verschillende begrippen 'verbonden persoon' in paragraaf 6.3.4 tot en met 6.3.6 wordt dit nader uitgewerkt.

6.3.2 *'Kind' in de zin van art. 1.4 Wet IB 2001*

In verschillende bepalingen van de Wet IB 2001 speelt de relatie tussen een ouder en een kind een rol. Dit geldt bijvoorbeeld voor de toerekening van bepaalde inkomensbestanddelen van een minderjarig kind aan de ouder op basis van art. 2.15 Wet IB 2001, waarbij het begrip in zekere zin een vereenzelvigingsfunctie heeft. Met betrekking tot de aftrekbaarheid van uitgaven voor levensonderhoud heeft het begrip 'kind' in art. 6.13 Wet IB 2001 echter een facilitaire functie. De functie van het begrip is daarom naar mijn mening niet eenduidig.

6.3.2.1 *Wettelijke omschrijving*

Op basis van art. 1.4 Wet IB 2001 wordt een pleegkind voor de toepassing van de Wet IB 2001 als een 'kind' beschouwd. Ingevolge art. 2 lid 3 onderdeel i AWR omvat dit begrip 'kind' echter nog meer soorten kinderen, omdat in deze bepaling de eerstegraads bloedverwant en de aanverwant in de neergaande lijn als 'kind' wordt aangemerkt. Het gaat om 'eigen' kinderen van de belastingplichtige, adoptiekinderen, erkende kinderen, en om stiefkinderen. Ingevolge art. 2 lid 6 AWR tellen de kinderen van de geregistreerde partner van de belastingplichtige ook mee.

Ik ga ervan uit dat een kind van een 'partner' met wie de belastingplichtige ongehuwd samenwoont, voor de inkomstenbelasting ook als een 'kind' wordt beschouwd. Dit vloeit voort uit de bepaling van art. 1.2 lid 5 Wet IB 2001, waarin is bepaald dat de kwalificatie als 'partner' in de Wet IB 2001 ten aanzien van het aanverwantschap dezelfde gevolgen heeft als het huwelijk. Dat wil zeggen, dat bloedverwanten van de ene partner als aanverwanten van de andere worden beschouwd.¹⁵

6.3.2.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Op het eerste gezicht roept het gebruik van het begrip 'kind' in de Wet IB 2001 de vraag op of hiermee wordt bedoeld op biologisch, juridisch of sociaal bloedverwantschap, zoals deze termen in hoofdstuk 5 zijn beschreven. Uit de algemene definitiebepaling van art. 2 lid 3 onderdeel i AWR kan echter worden afgeleid dat juridisch bloedverwantschap is bedoeld, en niet het biologische. In deze bepaling wordt immers gesproken van de 'eerstegraads bloedverwant en de aanverwant in de neergaande lijn', conform de terminologie van art. 1:3 BW.

Omdat juridisch bloedverwantschap is bedoeld, kent het begrip 'kind' een ruime invulling. Hierdoor is de bepaling naar mijn mening in grote lijnen in overeenstem-

15. Voor de toepassing van de Wet IB 1964 werden in Hof 's-Hertogenbosch 1 augustus 1996, nr. 0109/94, V-N 1997/1644, de kinderen van de ongehuwde samenlevingspartner van de belastingplichtige als zijn 'pleegkinderen' aangemerkt.

ming met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van samenlevingsvormen en gezinssituaties, en met het personen- en familierecht.

6.3.2.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Als gevolg van de hiervoor geschetste, ruime invulling van het begrip 'kind' is naar mijn mening sprake van neutraliteit ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm. Een kind van een 'partner' met wie de belastingplichtige ongehuwd samenwoont, moet op basis van art. 1.2 lid 5 Wet IB 2001 ook als 'kind' worden beschouwd. In dit verband ontstaat dezelfde situatie als bij gehuwden of geregistreerde partners.

6.3.2.4 *Aanbevelingen*

Art. 4 lid 1 AWIR bevat eveneens een omschrijving van het begrip 'kind', die naar mijn mening duidelijker en vollediger is dan de omschrijving van art. 2 lid 3 onderdeel i AWR in combinatie met art. 1.4 Wet IB 2001:

'Kind is de bloedverwant of aanverwant in de neergaande lijn van de belanghebbende of zijn partner, die in belangrijke mate wordt onderhouden door de belanghebbende of zijn partner en op hetzelfde woonadres als de belanghebbende staat ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens. Met een bloedverwant of aanverwant in de neergaande lijn wordt gelijkgesteld een pleegkind.'

Uit deze definitie blijkt duidelijker dat het kind van de partner met wie men ongehuwd samenwoont, ook als een 'kind' wordt beschouwd. Hoewel niet strikt noodzakelijk, zou om die reden kunnen worden overwogen om deze omschrijving ook voor de inkomstenbelasting te hanteren.

6.3.3 *'Samenwerkingsverband' en 'verbonden personen' in de zin van art. 3.6 lid 2 Wet IB 2001*

Om toegang te krijgen tot de ondernemingsfaciliteiten moet in de eerste plaats worden voldaan aan het ondernemerscriterium van art. 3.4 Wet IB 2001. Op basis hiervan is voor het ondernemerschap vereist dat de belastingplichtige rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming. In situaties waarin een reële onderneming wordt gedreven, geldt bovendien dat de werkzaamheden die zijn verricht in het kader van een ongebruikelijk 'samenwerkingsverband' met 'verbonden personen' niet meetellen voor het zogenoemde urencriterium van art. 3.6 Wet IB 2001. Hiermee wordt voorkomen dat belastingplichtigen onbedoeld toegang krijgen tot de ondernemingsfaciliteiten, door werkzaamheden te verrichten voor een onderneming van een 'verbonden persoon'. Hierbij is met name gedacht aan een man-vrouwsamenwerkingsverband waarbij één van de partners slechts ondersteunende werkzaamheden verricht. Ik zou aan de desbetreffende begrippen ook een vereenzelvingsfunctie en een antiontgaansfunctie willen toekennen: de

werkzaamheden van de belastingplichtige worden immers geacht niet zelfstandig te zijn verricht.

6.3.3.1 Wettelijke omschrijving

Het begrip 'samenwerkingsverband' in de zin van art. 3.6, lid 2, Wet IB 2001 is niet nader omschreven. In de parlementaire geschiedenis is gesproken van situaties waarin een onderneming voor rekening van meer dan één persoon of lichaam wordt gedreven. Het omvat ook de ondermaatschap en de onder-VOF.¹⁶ Voorts is gewezen op de situatie waarin een onderneming wordt verhuurd, of is overgedragen tegen een winstrecht of een lijfrente. De verhuurder c.q. winstrecht- of lijfrentegenieter behoren ook tot een 'samenwerkingsverband' en de werkzaamheden die zij in dit verband verrichten, tellen niet mee voor de beoordeling of wordt voldaan aan het urencriterium.¹⁷ In het kader van wetsvoorstel 'Invoering Titel 7.13 BW' (31 065) is opgemerkt dat de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 ook van toepassing zijn, indien het samenwerkingsverband tussen echtgenoten een OV of OVR is.¹⁸

In art. 3.6 lid 4 Wet IB 2001 is voorts verduidelijkt dat een samenwerkingsverband met een rechtspersoon waarin de belastingplichtige een 'aanmerkelijk belang' bezit, ook als een 'samenwerkingsverband' wordt beschouwd. Heithuis, Kavelaars en Schuvers (2007) merken op dat als gevolg hiervan de uren die een ondernemer besteedt aan een samenwerkingsverband met zijn BV niet meetellen bij het urencriterium.

Het begrip 'verbonden personen' is wel omschreven. Op basis van art. 3.6 lid 3 onderdeel a Wet IB 2001 zijn dit in de eerste plaats de in paragraaf 6.2.1 genoemde 'personen die behoren tot het huishouden van de belastingplichtige'. Dit betreft de echtgenoot of geregistreerde partner, de persoon met wie de belastingplichtige ongehuwd samenwoont, inwonende 'eigen' kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, stiefkinderen en pleegkinderen, en eventueel inwonende ouders. Essers beschrijft echter dat ten aanzien van deze personen geen sprake hoeft te zijn van een familieband.¹⁹

Volgens art. 3.6 lid 3 onderdeel b Wet IB 2001 zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige, en personen die behoren tot het huishouden van die bloed- of aanverwanten, ook 'verbonden personen'. Dit zijn bijvoorbeeld de ouders, grootouders, 'eigen' kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, stiefkinderen, pleegkinderen en kleinkinderen van de belastingplichtige die niet bij hem inwonen. Het betreft ook de partner waarmee deze bloed- of aanverwanten ongehuwd samenwonen, en de inwonende kinderen van die partner.

16. *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 7, p. 133.

17. *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 17, p. 62.

18. *Kamerstukken II 2006/07*, 31 065, nr. 5, p. 3 en 7.

19. P.H.J. Essers, 'Het verbondenheids criterium en het urencriterium', in: A.C. Rijkers en H. Vording, *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006.

6.3.3.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Omdat de inhoud en reikwijdte van het begrip 'samenwerkingsverband' niet duidelijk is, kan geen uitspraak worden gedaan over de mate waarin dit begrip overeenkomt met de inhoud die daaraan wordt gegeven in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht.

Voor het begrip 'verbonden personen' in art. 3.6 lid 3 Wet IB 2001 geldt een ruime omschrijving. Wat betreft de samenlevingspartner van de belastingplichtige omvat het de echtgenoot, de geregistreerde partner en de persoon met wie men ongehuwd samenwoont. De meeste soorten kinderen zijn ook 'verbonden'. Door deze ruime invulling is de bepaling naar mijn mening grotendeels in overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van samenlevingsvormen en gezinssituaties en met het personen- en familierecht.

6.3.3.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Ten aanzien van het begrip 'samenwerkingsverband' is sprake van een zeer open norm, waardoor het begrip in elk geval rechtsvormneutraal lijkt. Voor het begrip 'verbonden personen' in art. 3.6 lid 3 Wet IB 2001 geldt eveneens een ruime omschrijving, hoewel de gehanteerde norm minder open is. Overigens acht ik de open norm in de omschrijving van deze begrippen wel begrijpelijk op basis van de achtergrond van de regeling waarin dit begrip een rol speelt: de vereenzelvigingsfunctie en de antiontgaansfunctie komt beter tot zijn recht bij een minder scherp afgebakend begrip.

Het begrip 'verbonden personen' lijkt neutraal ten aanzien van de samenlevingsvorm. Essers leidt echter uit de omschrijving van art. 3.6 lid 3 onderdeel a Wet IB 2001 af dat de bloed- of aanverwanten van de 'tot het huishouden van de belastingplichtige behorende personen' niet als 'verbonden persoon' worden beschouwd. Hierdoor wordt bijvoorbeeld een kind van de partner met wie de belastingplichtige ongehuwd samenwoont, dat niet tot zijn huishouden hoort, niet als een 'verbonden persoon' beschouwd. Indien de belastingplichtige en zijn partner zouden zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zouden zijn aangegaan, zou dit kind als 'aanverwant' in de zin van art. 3.6 lid 3 onderdeel b Wet IB 2001 wel tot de 'verbonden personen' worden gerekend. Er is dus geen sprake van volledige neutraliteit.

In dit opzicht is er ook een verschil met art. 3.91 lid 2 onderdeel b onder 6° Wet IB 2001, op basis waarvan een minderjarig kind van de partner in alle gevallen als 'verbonden persoon' wordt beschouwd.

Ten aanzien van de neutraliteit geldt nog het volgende. In hoofdstuk 5 is beschreven dat aanverwantschap op basis van art. 1:3 lid 3 BW niet eindigt bij beëindiging van een huwelijk. Hierdoor blijven de bloedverwanten van de echtgenoot van de belastingplichtige na een echtscheiding ook zijn aanverwanten, en daarom ook 'verbonden personen'. Indien geregistreerde partners hun wettelijk erkende relatie verbreken, lijkt het aanverwantschap wel te eindigen. Die aanverwanten zijn dan niet lan-

ger te beschouwen als 'verbonden personen' in de zin van art. 3.6 lid 3 Wet IB 2001. Van een neutrale behandeling is ook in dit opzicht geen sprake.

Overigens is in art. 4.2 Wet IB 2001 bepaald dat het aanverwantschap, in afwijking van art. 1:3 lid 3 BW, voor de toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling wel eindigt na een echtscheiding. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt echter ten aanzien van art. 3.6 Wet IB 2001.

6.3.3.4 Aanbevelingen

Stevens (2001) merkt op dat het begrip 'samenwerkingsverband' een wettelijke omschrijving verdient, temeer omdat dit begrip niet alleen een rol speelt in art. 3.6 lid 2 Wet IB 2001, maar ook in andere fiscale regelingen. Te denken valt aan art. 3.41 Wet IB 2001 voor de kleinschaligheidsinvesteringsaftrek, art. 3.42 lid 4 Wet IB 2001 ten aanzien van de energie-investeringsaftrek, art. 3.63 lid 4 Wet IB 2001 voor de geruisloze overdracht van een onderneming aan een medeondernemer, de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 en art. 10d lid 5 Wet VPB 1969 voor de toepassing van de thin-capmaatregel. In vergelijkbare zin vindt de commissie 'Terbeschikkingstellingsregeling' van de Vereniging van Belastingwetenschap (2005) het opvallend dat het gelijknamige begrip 'samenwerkingsverbanden' in art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 niet is gedefinieerd.

Naar mijn mening is het op basis van de vereenzelvigingsfunctie en de antiontgaansfunctie op zich begrijpelijk dat voor het begrip 'samenwerkingsverband' een open normering geldt, die niet volstrekt duidelijk is. Echter, enige invulling van het begrip op basis van de ervaringen die tot op heden zijn opgedaan, lijkt mij wel mogelijk. In dit verband zou bijvoorbeeld kunnen worden verduidelijkt dat dit in elk geval de maatschap, VOF en CV betreft, en na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' (31 065), de SV, OV, OVR, CV en CVR. Voorts zou kunnen worden vastgelegd dat de ondermaatschap en onder-VOF en variaties hierop, als een 'samenwerkingsverband' worden beschouwd. Tevens zou kunnen worden verduidelijkt welke vormen er in elk geval niet onder vallen, zoals de BV of NV en andere non-transparante entiteiten. Dit zou naar mijn mening de kenbaarheid van de bepaling kunnen vergroten zonder afbreuk te doen aan haar ruime strekking. Deze nadere invulling zou ook kunnen gelden voor het gelijknamige begrip 'samenwerkingsverband' in de bepalingen van art. 3.41 en 3.42 lid 4, art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001, omdat het begrip daar ook een vereenzelvigingsfunctie heeft. In art. 3.63 lid 4 Wet IB 2001 en art. 10d lid 5 Wet VPB 1969 heeft het begrip weliswaar een facilitaire functie, en geen vereenzelvigingsfunctie, maar ik meen dat de genoemde invulling in deze bepalingen ook niet bezwaarlijk zou zijn.

Behalve het begrip 'verbonden personen' in art. 3.6 lid 3 Wet IB 2001 bestaan er voor de inkomstenbelasting nog vier vergelijkbare begrippen die uitgaan van een 'verbonden persoon'. Deze andere begrippen hebben eveneens een vereenzelvigingsfunctie en een antiontgaansfunctie en zij kunnen daarom naar mijn mening worden geüniformeerd. Ik werk dit nader uit in paragraaf 6.3.6 bij de analyse van het begrip 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.91 Wet IB 2001.

6.3.4 'Verbonden persoon' en 'verbonden lichaam' in de zin van art. 3.30a lid 9 tot en met 11 Wet IB 2001

In art. 3.30a Wet IB 2001 is een beperking ten aanzien van de afschrijving op vastgoed opgenomen. De begrenzing houdt in dat op een gebouw kan worden afgeschreven tot de zogenoemde WOZ-waarde.²⁰ Hierbij speelt verbondenheid in twee opzichten een rol. Ten eerste geldt op basis van art. 3.30a lid 3 onderdeel b Wet IB 2001 een lagere bodemwaarde, namelijk 50% van de WOZ-waarde, indien een gebouw ter beschikking wordt gesteld aan een 'verbonden persoon' of 'verbonden lichaam'. Ter zake van dit soort gebouwen in eigen gebruik of in gebruik in de 'eigen kring' kan een groter bedrag worden afgeschreven. In dit verband hebben de genoemde begrippen een facilitaire functie. In de tweede plaats geldt de afschrijvingsbeperking, in situaties waarin een gebouw gezamenlijk eigendom is van de belastingplichtige en een met hem 'verbonden persoon' of een 'verbonden lichaam', alsof sprake is van een investering door één persoon. Deze bepaling, die is opgenomen in art. 3.30a lid 7 Wet IB 2001, is gericht op het ontgaan van de afschrijvingsbeperking. De begrippen 'verbonden persoon' of 'verbonden lichaam' hebben in dit verband dus een vereenzelvingsfunctie en met name een antiontgaansfunctie.

6.3.4.1 Wettelijke omschrijving

Het begrip 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.30a lid 9 Wet IB 2001 omvat in de eerste plaats de 'partner' van de belastingplichtige. Voorts betreft het ongehuwde samenwoners die ervoor zouden kunnen kiezen om als 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 te worden aangemerkt, maar dat niet hebben gedaan. Dit zijn bijvoorbeeld personen die een notarieel samenlevingscontract zijn aangegaan, personen die voor de toepassing van een pensioenregeling als partner zijn aangemeld, of personen die een woning gezamenlijk hebben gefinancierd. Indien de belastingplichtige minderjarig is, worden de ouders en de partners van de ouders op basis van art. 3.30a lid 10 Wet IB 2001 ook als 'verbonden persoon' beschouwd. Overigens wordt in deze bepaling voor de omschrijving van de partners van de ouders per abuis verwezen naar in art. 3.30a lid 8 Wet IB 2001; bedoeld zal zijn lid 9.

In art. 3.30a lid 11 Wet IB 2001 is voor het afschrijvingsregime het begrip 'verbonden lichaam' gedefinieerd. Dit is een vennootschap waarin de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden persoon, een 'aanmerkelijk belang' heeft als bedoeld in hoofdstuk 4 Wet IB 2001. Hierbij is een aanmerkelijk belang in de zin van art. 4.10 of 4.11 Wet IB 2001 uitgesloten.

Hoewel dit begrip 'verbonden lichaam' afzonderlijk is gedefinieerd, komt het inhoudelijk geheel overeen met het begrip dat wordt gehanteerd in de terbeschikkingstellersregeling van art. 3.92 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

20. Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 25.

6.3.4.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

De omschrijving van het begrip 'verbonden persoon' in art. 3.30a lid 9 en 10 Wet IB 2001 is ruim. Het omvat de echtgenoot, de geregistreerde partner, en de persoon met wie men ongehuwd samenwoont, en ook de minderjarige 'eigen' kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, stiefkinderen, pleegkinderen en de kinderen van de partner. Door deze ruime invulling is de bepaling naar mijn mening in overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van samenlevingsvormen en gezinssituaties, en met het personen- en familierecht. Zij is hierdoor ook neutraal ten aanzien van de samenlevingsvorm.

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, eindigt aanverwantschap op basis van art. 1:3 lid 3 BW niet bij beëindiging van het huwelijk. Hierdoor blijven de bloedverwanten van de echtgenoot van de belastingplichtige na een echtscheiding ook zijn aanverwanten, en daarom ook 'verbonden persoon'. Hoewel dit wellicht een uitzonderlijke situatie betreft, kan hierdoor na ontbinding van het huwelijk nog steeds tot een lagere bodemwaarde worden afgeschreven, indien een onroerende zaak wordt verhuurd aan een bloedverwant van de ex-echtgenoot. Ik kan mij voorstellen dat de toepassing van de faciliteit in dit geval niet is bedoeld. Overigens zou dit kunnen worden opgelost door invoering van een bepaling analoog aan die van art. 4.2 Wet IB 2001, waarin het aanverwantschap bij wijze van fictie eindigt voor de toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling.

6.3.4.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

De inhoud van het verbondenheidsbegrip in art. 3.30a lid 9 en 10 Wet IB 2001 is min of meer gelijk aan het gelijknamige begrip 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.91 lid 2 onderdeel b en c Wet IB 2001, dat in paragraaf 6.3.6 wordt geanalyseerd. Een belangrijk verschil is echter, dat voor de toepassing van art. 3.30a Wet IB 2001 alleen wordt aangeknoopt bij de kring van directe familieleden, en niet bij de ruimere kring. Vanuit de facilitaire functie van het begrip 'verbonden persoon' in art. 3.30a Wet IB 2001 acht ik dit begrijpelijk: in zoverre is de bepaling niet bedoeld om misbruik tegen te gaan, maar om een groter afschrijvingspotentieel te bieden. Voor de antiontgaansfunctie zou het naar mijn mening logischer zijn om wel aan te sluiten bij de ruimere kring. Ik vind daarom dat de regeling van art. 3.30a Wet IB 2001 twee verbondenheidsbegrippen voor de relaties tussen natuurlijke personen dient te bevatten: een facilitair begrip met een enigszins beperkte reikwijdte en een ruimer begrip met een antiontgaansfunctie.

In art. 3.30a lid 11 Wet IB 2001 is het begrip 'verbonden lichaam' gedefinieerd als de vennootschap waarin de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden persoon, een 'aanmerkelijk belang' heeft als bedoeld in hoofdstuk 4 Wet IB 2001. In de literatuur is opgemerkt dat het aanmerkelijkbelangcriterium en de bijbehorende grens van 5% misschien wel bruikbaar is voor het onderscheid tussen 'beleggen' en 'ondernemen', zoals ook is bedoeld in de aanmerkelijkbelangregeling, maar dat het geen goed criterium is om de beleidsinvloed van een aandeelhouder uit te druk-

ken.²¹ Heithuis, Kavelaars en Schuver (2007) merken in dit verband op dat het 'machtselement' in de huidige aanmerkelijkbelangregeling is verlaten. Naar mijn mening dient dit machtselement voor de toepassing van art. 3.30a Wet IB 2001 juist centraal te staan. In dit verband wijs ik erop dat voor de toepassing van de aansprakelijkheidsregeling van art. 40 INV 1990 uitdrukkelijk is aangeknoopt bij een 33 $\frac{1}{3}$ %-criterium, en niet bij de 5%-grens.²² Hierdoor worden alleen aandeelhouders die in het algemeen een belangrijke zeggenschap hebben in een lege vennootschap, onder de aansprakelijkheid gebracht. Voor zover het de antiontgaansfunctie van het begrip 'verbonden lichaam' betreft, vind ik een 33 $\frac{1}{3}$ %-criterium ook beter passen in de regeling van art. 3.30a Wet IB 2001.

Ten aanzien van de facilitaire functie van het begrip 'verbonden lichaam' vind ik dat de door de wetgever bedoelde afbakening van de eigen kring hiermee beter tot uitdrukking komt door in beginsel een hogere grens te hanteren van bijvoorbeeld 50% van de stemrechten die zijn verbonden aan de aandelen in het geplaatste kapitaal. Daarom dient dit verbondenheidsbegrip naar mijn mening ook te worden gesplitst in twee afzonderlijke begrippen.

6.3.4.4 Aanbevelingen

Ik zou de hiervoor bedoelde splitsing van de verbondenheidsbegrippen in art. 3.30a Wet IB 2001 als volgt willen vormgeven.

In verband met de facilitaire functie stel ik voor om de 'eigen kring' van natuurlijke personen die nauw zijn verbonden met de belastingplichtige, af te bakenen tot de 'partner' als bedoeld in art. 1.2 Wet IB 2001 en een minderjarig 'kind'. Dit partnerbegrip is minder ruim dan het begrip dat thans wordt gehanteerd in art. 3.30a Wet IB 2001, omdat het alleen de ongehuwde samenwoners omvat die uitdrukkelijk hebben gekozen om fiscaalrechtelijk als 'partner' te worden aangemerkt en in dit verband ook aan bepaalde voorwaarden voldoen. De ruimere, alternatieve samenwoonsituaties als bedoeld in art. 3.30a lid 9 Wet IB 2001 passen naar mijn mening wel bij een antiontgaansbepaling, maar niet bij een faciliteit zoals de afzwakking van de afschrijvingsbeperking.

Voorts zou ik op basis van de facilitaire functie een hogere grens willen stellen voor de lichamen waaraan onroerende zaken ter beschikking worden gesteld, en die kunnen worden gerekend tot de eigen kring ofwel het 'concern' van de belastingplichtige. In dit verband stel ik de volgende materieel-economische benadering van dit verbondenheidsbegrip voor:

21. G.T.K. Meussen, 'De fictiefloonregeling in art. 12a Wet LB 1964', *FED* 1997/870, pleit er bijvoorbeeld voor om de ondergrens voor de toepassing van de gebruikelijkloonregeling te stellen op 'ten minste een derde gedeelte belang' in het geplaatste kapitaal van een vennootschap. Voorts heeft de commissie 'Terbeschikkingstellingsregeling' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (2005) opgemerkt dat de aanmerkelijkbelanggrens van 5% geen geschikt criterium is voor de terbeschikkingstellingsregeling. Volgens haar zou beter kunnen worden aangesloten bij een criterium van 'doorslaggevende zeggenschap' van 33 $\frac{1}{3}$ %.
22. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 209, nr. 6, p. 86.

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van meer dan 50% van de stemrechten in een aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 50%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van meer dan 50% van de stemrechten.
- Ten aanzien van de verbondenheid van een natuurlijke persoon met een lichaam worden de belangen gehouden door diens 'partner' en kinderen meegeteld bij de beoordeling van het bedoelde vermoeden.

In hoofdstuk 7 werk ik dit begrip 'concern' nader uit, waarbij ik ook inga op de wijze waarop in dit verband moet worden omgegaan met alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals certificaten van aandeel en optierechten.

Met het oog op de antiontgaansfunctie van de verbondenheidsbegrippen in art. 3.30a lid 6 en 7 Wet IB 2001 kan worden aangesloten bij de begrippen 'verbonden persoon' en verbonden lichaam als bedoeld in art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Ten opzichte van de huidige regeling van art. 3.30a Wet IB 2001 zal het begrip 'verbonden persoon' dan een grotere reikwijdte hebben, omdat dan ook de ruimere kring van verbonden personen in acht wordt genomen. Voorts geldt ten aanzien van dit begrip geen keuzemogelijkheid voor de kwalificatie als partners. Beide aspecten doen naar mijn mening recht aan de antiontgaansfunctie.

Wat betreft de antiontgaansfunctie van het begrip 'verbonden lichaam' stel ik voor om hiervoor een 33 $\frac{1}{3}$ %-criterium te hanteren. Hierdoor worden alleen aandeelhouders met belangrijke zeggenschap in de vennootschap onder reikwijdte van de maatregel gebracht, hetgeen naar mijn mening resulteert in een meer evenwichtige benadering. Ik werk de contouren van dit aangepaste begrip 'verbonden lichaam' nader uit in paragraaf 6.3.6.

6.3.5 *Verbonden personen in de zin van art. 3.46, lid 1, Wet IB 2001*

In art. 3.46 lid 1 Wet IB 2001 is ter voorkoming van onbedoeld gebruik een aantal uitgesloten verplichtingen voor de investeringsaftrek opgenomen. Dit zijn verplichtingen die zijn aangegaan met een aantal categorieën verbonden personen. De verbondenheidsbegrippen hebben in dit verband een vereenzelvigingsfunctie en met name een antimisbruikfunctie.

Overigens gelden de uitsluitingen van de verplichtingen voor de investeringsaf- trek niet indien sprake is van reële verplichtingen.²³

6.3.5.1 *Wettelijke omschrijving*

Er wordt in art. 3.46 lid 1 Wet IB 2001 onderscheid gemaakt tussen vier groepen verbonden personen. Bij de eerste categorie gaat het om de personen die tot het huishouden van de belastingplichtige behoren. De tweede groep betreft bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige, of personen die tot hun huishouden behoren. De personen in deze twee groepen worden ook genoemd in het verbondenheidsbegrip van art. 3.6 Wet IB 2001. Voor de vergelijking met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht, en de beoordeling van de neutraliteit ten aanzien van de samenlevingsvorm, wordt in dit verband verwezen naar paragraaf 6.3.3.

Gerechtigden tot een nalatenschap vormen de derde groep van 'verbonden' personen.

De vierde en laatste groep betreft personen die een 'belang' van ten minste 33 $\frac{1}{3}$ % hebben in een lichaam. Hoewel hierbij niet met zoveel woorden wordt gesproken over een 'verbonden persoon', is deze omschrijving bijna woordelijk gelijk aan die van het begrip 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 5 onderdeel a Wet VPB 1969, dat in hoofdstuk 7 is beschreven. Voor een vergelijking van dit begrip met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht, en met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht, wordt daarom verwezen naar hoofdstuk 7. Dat geldt ook voor de beoordeling van de rechtsvormneutraliteit en de neutraliteit ten aanzien van de samenlevingsvorm.

6.3.5.2 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

In hoofdstuk 7 wordt nader toegelicht dat er voor het begrip 'verbonden natuurlijk persoon' geen neutraliteit bestaat ten aanzien van het door de echtgenoten of geregistreerde partners gekozen huwelijksgoederenregime. Dat geldt ook voor het verbondenheidsbegrip van art. 3.46 Wet IB 2001. Bij een huwelijk of geregistreerd partnerschap buiten gemeenschap van goederen is een echtgenoot of geregistreerd partner die zelf geen 'belang' heeft in een lichaam, maar de andere echtgenoot of partner wel, niet in de zin van art. 3.46 Wet IB 2001 'verbonden' met dat lichaam. Ingeval van een wettelijke gemeenschap van goederen lijkt de echtgenoot of partner die zelf geen 'belang' heeft, toch als 'verbonden natuurlijk persoon' te moeten wor-

23. Op basis van het besluit van 29 november 2000, nr. CPP2000/2151M, *Infobulletin* 2001/95, het besluit van 29 november 2000, nr. CPP2000/2159M, *Infobulletin* 2001/99, het besluit van 29 november 2000, nr. CPP2000/2140M, *Infobulletin* 2001/98, en het besluit van 8 maart 2006, nr. CPP2005/1463M, V-N 2006/16.7, kan onder voorwaarden ontheffing worden verkregen voor de uitsluiting van verplichtingen die zijn aangegaan met de in art. 3.46 lid 1 Wet IB 2001 genoemde verbonden personen.

den aangemerkt. In dat geval zijn de echtgenoten of partners immers beide voor het geheel gerechtigd tot de huwelijksgoederengemeenschap. Er lijkt dan dus sprake van een 'belang' dat tot het vermogen van een persoon behoort, ook indien deze echtgenoot of partner zelf niet de houder is van dat belang. Verplichtingen die door deze echtgenoot of partner zijn aangegaan met de vennootschap, lijken dan eveneens uitgesloten van investeringsaftrek. Bij huwelijksvoorwaarden is deze problematiek niet aan de orde.

Het begrip 'belang', dat ook wordt gehanteerd in art. 3.46 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001, is een onduidelijke, open norm. In hoofdstuk 7 zal ik dit nader toelichten en de contouren schetsen voor een duidelijkere definitie.

Er kan een meer uniforme regeling ontstaan indien voor de verbondenheidsbegrippen in art. 3.46 lid 1 Wet IB 2001 wordt aangesloten bij de begrippen 'verbonden persoon' en 'verbonden lichaam' als bedoeld in art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. De begrippen in art. 3.46 Wet IB 2001 hebben net als deze verbondenheidsbegrippen een antimisbruikfunctie.

6.3.5.3 *Aanbevelingen*

Ik stel voor om voor de verbondenheidsbegrippen in art. 3.46 lid 1 Wet IB 2001 aan te sluiten bij de begrippen 'verbonden persoon' en verbonden lichaam als bedoeld in art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Een dergelijke uniforme benadering is naar mijn mening mogelijk omdat de begrippen in art. 3.46 Wet IB 2001 net als de verbondenheidsbegrippen voor de terbeschikkingstellingsregelingen een antimisbruikfunctie hebben.

6.3.6 **'Verbonden persoon' en verbonden lichaam in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001**

Ingevolge art. 3.91 Wet IB 2001 wordt de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen aan een onderneming of werkzaamheid van een 'verbonden persoon' tot het resultaat uit overige werkzaamheden gerekend. Daarbij kan het gaan om een onderneming van de verbonden persoon zelf, of van een 'samenwerkingsverband' waarin hij participeert. Art. 3.92 Wet IB 2001 bevat een vergelijkbare regeling voor de terbeschikkingstelling aan een vennootschap waarin een 'aanmerkelijk belang' wordt gehouden. Het kan dan gaan om een aanmerkelijkbelangpositie van de belastingplichtige zelf, of van een verbonden persoon. Beide verbondenheidsbegrippen hebben een vereenzelvigingsfunctie en met name een antiontgaansfunctie.

6.3.6.1 *Wettelijke omschrijving*

Voor de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 zijn twee verschillende groepen van verbonden personen van belang. Er is een kleine kring van directe familieleden die zo nauw verbonden zijn met de ondernemer, resultaatgenieter of aanmerkelijkbelanghouder, en waarvan de financiële belangen zozeer zijn verweven met zijn belangen, dat zij een fiscale behandeling moeten krij-

gen die aansluit bij de behandeling van het winstinkomen van de ondernemer.²⁴ Dat wil zeggen, dat nu het winstinkomen in box 1 wordt belast, het resultaat dat de personen in deze kring met de terbeschikkingstelling behalen, ook in box 1 moet worden belast. Voorts is er een ruimere kring van personen waarvoor geldt dat de persoonlijke band met de ondernemer minder hecht is. Voor deze groep geldt dat er in principe geen aanleiding is voor een inbreuk op het boxenstelsel. Daarom wordt de opbrengst uit de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen in principe belast volgens de regels van box 3. Dit is echter anders indien sprake is van in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke terbeschikkingstellingen.

De kleine kring van directe familieleden is omschreven in art. 3.91 lid 2 onderdeel b en c Wet IB 2001. Deze kring geldt in principe voor situaties waarin vermogensbestanddelen ter beschikking worden gesteld aan een onderneming of werkzaamheid van een 'verbonden persoon'. Echter, omdat in art. 3.92 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 naar de bepalingen van art. 3.91 lid 2 onderdeel b en c Wet IB 2001 wordt verwezen, geldt de kleine kring ook voor terbeschikkingstellingen aan een vennootschap waarin een 'verbonden persoon' een aanmerkelijkbelangpositie heeft.

In de eerste plaats wordt de 'partner' van de belastingplichtige als 'verbonden persoon' beschouwd. Voorts is een aantal situaties omschreven, waarin personen niet als 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 kunnen worden beschouwd, maar voor de toepassing van de terbeschikkingstellingsregelingen wel als gelieerd worden aangemerkt. Zo worden ongehuwde samenwoners die een notarieel samenlevingscontract zijn aangegaan, als 'verbonden persoon' aangemerkt. Dat geldt ook voor samenwoners die elkaar hebben aangemeld als partner voor een pensioenregeling, of die gezamenlijk aansprakelijk zijn voor een hypotheekschuld. In deze situaties is sprake van een vervlechting van de financiële belangen van twee individuen die het rechtvaardigt om hen als 'verbonden personen' te beschouwen. Er is ook sprake van verbondenheid tussen samenwoners die er niet voor hebben gekozen om te worden aangemerkt als 'partner', maar dat wel kunnen doen. Deze bepaling bevat wel een mogelijkheid van tegenbewijs. De belastingplichtige kan het verbondenheidsvermoeden weerleggen door aannemelijk te maken dat hij geen duurzame gemeenschappelijke huishouding voert.

Minderjarige kinderen worden ook als 'verbonden persoon' beschouwd, omdat zij in de regel financieel afhankelijk zijn van de ouders. In dit verband is de tekst van art. 3.91 lid 2 onderdeel b onder 6° Wet IB 2001 overigens gedeeltelijk overbodig. In deze bepaling wordt het minderjarige kind van de 'partner' afzonderlijk genoemd als 'verbonden persoon'. Ervan uitgaande dat het minderjarige kind van de partner op basis van art. 1.2 lid 5 Wet IB 2001 al als een 'kind' van de belastingplichtige zou moeten worden beschouwd, is dit niet nodig. Het tekstdeel ', van zijn partner' kan daarom vervallen.

Ook de bepaling van art. 3.91 lid 2 onderdeel c Wet IB 2001 verdient de aandacht. Hierin is bepaald dat indien sprake is van een minderjarige belastingplichtige, de ouders en de eventuele partners van de ouders eveneens tot de kleine kring worden gerekend. Dit betreft de 'eigen' ouders, maar ook de adoptiefouders, stiefouders, en

24. Kamerstukken II 2000/01, 27 466, nr. 3, p. 48 en 49.

de partner met wie één van de ouders ongehuwd samenwoont. Voor de toepassing van de terbeschikkingstellingsregelingen worden zij ook als ‘verbonden persoon’ van een minderjarig kind beschouwd.

In art. 3.91 lid 3 Wet IB 2001 is een ruimere kring van verbonden personen gedefinieerd die, zoals gezegd, alleen geldt voor ongebruikelijke terbeschikkingstellingen. Dit betreft andere bloed- en aanverwanten in de rechte lijn. Op basis van de wetsgeschiedenis geldt voor de gebruikelijkheidstoets van art. 3.91 lid 3 Wet IB 2001 meer dan één invalshoek. Er moet niet alleen worden getoetst of een bepaalde contractuele verhouding in het algemeen gebruikelijk is, of onder de desbetreffende voorwaarden. Het is ook van belang of de overeenkomst maatschappelijk gebruikelijk is in de gegeven relatie in de ruimere kring.²⁵

In het besluit van 24 mei 2006, *V-N 2006/34.15* is een aantal concrete situaties genoemd van maatschappelijk ongebruikelijke terbeschikkingstellingen. Inmiddels is over deze problematiek ook een aantal rechterlijke uitspraken gepubliceerd.²⁶

In het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2004, nr. CPP2003/2360M, *V-N 2004/23.6* is het begrip ‘verbonden persoon’ nader toegelicht. In het besluit is onder meer opgemerkt dat in gevallen waarin de ene vorm van verbondenheid wordt vervangen door een andere, voor de toepassing van de terbeschikkingstellingsregelingen vanzelfsprekend geen fiscaal relevante wijziging optreedt in de status van de ‘verbonden persoon’.

6.3.6.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Zoals in paragraaf 6.3.4 reeds is beschreven ten aanzien van art. 3.30a lid 9 en 10 Wet IB 2001, is de omschrijving van het begrip ‘verbonden persoon’ in art. 3.91 lid 2 onderdeel b en c Wet IB 2001 ruim. Het omvat: de echtgenoot, de geregistreerde partner, de persoon met wie men ongehuwd samenwoont, minderjarige ‘eigen’ kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, stiefkinderen, pleegkinderen, en kinderen van de partner. Door deze ruime invulling is de bepaling naar mijn mening in overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van samenlevingsvormen en gezinssituaties, en met het personen- en familierecht.

Ook voor art. 3.92 lid 2 onderdeel b en c Wet IB 2001 geldt dat de ‘verbondenheid’ van aanverwanten niet eindigt na de ontbinding van het huwelijk waardoor de aanverwantschap is ontstaan. De terbeschikkingstellingsregelingen kunnen hierdoor nog steeds van toepassing zijn, terwijl er niet langer sprake is van een familieband.

Bij terbeschikkingstellingen aan een ‘samenwerkingsverband’ in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 is geen minimum vereist ten aanzien van de financiële verbon-

25. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 466, nr. 3, p. 50.

26. Voor een overzicht van deze jurisprudentie verwijs ik naar E.J.W. Heithuis, ‘Eerste jurisprudentie met betrekking tot de tbs-regelingen in de inkomstenbelasting’, *WFR* 2008, p. 543, en J. Ganzeveld, ‘Terbeschikkingstelling: enkele uitspraken van rechtbanken en hoven’, *NIFR Beschouwingen* 2008/29.

denheid van de 'verbonden persoon' met dat samenwerkingsverband. Op dit punt wijkt de bepaling af van veel andere regelingen waarin 'verbondenheid' een rol speelt. Net als Stevens (2004), ben ik van mening dat het in de strekking van de regeling past, indien wordt aangesloten bij het bezit van een belang van ten minste 33 $\frac{1}{3}$ %.

In het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2004, nr. CPP2003/2360M, V-N 2004/23.6 lijkt bevestigd dat financiële verbondenheid geen vereiste is. Op basis van dit besluit is de terbeschikkingstellingsregeling ook van toepassing gedurende de 'voorperiode' van een BV in oprichting. Het feit dat er dan nog geen aandeelhoudersrelatie bestaat, is volgens het besluit van ondergeschikt belang.

Er zijn ook geen voorwaarden gesteld ten aanzien van de organisatorische verbondenheid, zoals het kunnen uitoefenen van beleidsbepalende invloed. Indien een dergelijke eis wel zou worden gesteld, zou er een betere aansluiting met de bedrijfs-economie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht zijn. Nu het in deze regeling gaat om terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen die in het kader van een onderneming worden gebruikt, kan wel een bepaalde vorm van economische verbondenheid worden herkend.

6.3.6.3 Neutraliteit

Als gevolg van de ruime invulling lijkt het begrip 'verbonden persoon' van art. 3.91 lid 2 onderdeel b en c Wet IB 2001 neutraal ten aanzien van de samenlevingsvorm. In de regeling van art. 3.91 Wet IB 2001 bestaat echter geen neutraliteit ten aanzien van het door de echtgenoten gekozen huwelijksgoederenregime. Heithuis leidt uit de wetsgeschiedenis af dat de centrale gedachte is geweest dat echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, geen vermogensbestanddelen ter beschikking kunnen stellen aan elkaar.²⁷ Dit past volgens hem ook in de bestuursregeling van art. 1:97 lid 2 BW, op grond waarvan een echtgenoot te allen tijde het bestuur heeft over een vermogensbestanddeel dat tot de huwelijksgemeenschap behoort, indien dat wordt gebruikt in zijn of haar onderneming. In afwijking van de hoofdregel van art. 1:97 lid 1 BW, is in die situatie niet van belang van wiens zijde het vermogensbestanddeel in de huwelijksgemeenschap is gevallen. Indien de echtgenoten op basis van huwelijksvoorwaarden zijn gehuwd, kan echter wel sprake zijn van terbeschikkingstelling van een vermogensbestanddeel door de ene echtgenoot aan de andere.

Overigens is niet de uitzondering van art. 1:97, lid 2, BW, maar de hoofdregel van lid 1 als uitgangspunt genomen in HR 9 mei 2003, nr. 37 549, *BNB* 2003/288. In dit arrest had de belanghebbende op eigen naam een pand gekocht, dat hij vervolgens had ingebracht in een man-vrouwsamenwerkingsverband dat hij was aangegaan met zijn echtgenote. Hoewel het pand tot de huwelijksgemeenschap behoorde, besliste de Hoge Raad dat dit volledig tot het ondernemingsvermogen van de belanghebbende mocht worden gerekend; het pand hoefde dus niet voor de helft te worden toegerekend aan de echtgenote. Uit dit arrest volgt dat echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd toch vermogensbestanddelen ter beschikking kunnen stellen

27. E.J.W. Heithuis, 'Steeds weer misverstanden over de tbs-regeling in de inkomstenbelasting', *WFR* 2008, p. 273.

aan elkaar, waardoor art. 3.91 Wet IB 2001 in beginsel van toepassing is.²⁸ In onderdeel 6.3 van het besluit van 24 mei 2006, nr. CPP2006/76M, V-N 2006/34.15, is echter goedgekeurd dat de terbeschikkingstellingsregeling in een dergelijke situatie geen toepassing vindt. Stevens merkt op dat in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten hierdoor kunnen kiezen tussen toepassing van het regime van box 1 en dat van box 3, ten aanzien van de vermogensbestanddelen die in een onderneming van één van de echtgenoten worden gebruikt en die tot het keuzevermogen behoren.²⁹ Indien ervoor wordt gekozen om de zaken tot het privévermogen te rekenen, is art. 3.91 Wet IB 2001 niet van toepassing en vallen zij niet onder het winstregime van box 1, maar onder de vermogensrendementsheffing van box 3. Bij huwelijksvoorwaarden ontbreekt deze keuzemogelijkheid: de vermogensbestanddelen worden dan steeds in box 1 belast, ook indien gekozen wordt voor etikettering tot het privévermogen. Van neutraliteit is dus geen sprake.

In het rapport 'Breder, lager, eenvoudiger? Een evaluatie van de belastingherziening 2001' is aangekondigd dat de invloed van het huwelijksvermogensrecht op de regeling van art. 3.91 Wet IB 2001 nog zal worden verhelderd, bijvoorbeeld aan de hand van een beleidsbesluit.³⁰ Wellicht wordt hierin ook aandacht besteed aan het gebrek aan neutraliteit. Tot op heden is het besluit echter nog niet verschenen.

Ten aanzien van de regeling van art. 3.92 Wet IB 2001 is in onderdeel 6.2 van het besluit van 24 mei 2006, nr. CPP2006/76M, V-N 2006/34.15, ingegaan op de situatie waarin een pand wordt verhuurd aan een BV waarin één van de echtgenoten een 'aanmerkelijk belang' heeft. Indien de aandeelhouder in gemeenschap van goederen huwt, gaan de aandelen en het pand behoren tot de wettelijke gemeenschap. In paragraaf 6.3.9 is beschreven dat de echtgenoot van de aandeelhouder hierdoor voor de onverdeelde helft een aanmerkelijkbelangpositie krijgt. Volgens de Staatssecretaris van Financiën moet in een dergelijke situatie ook het pand voor de onverdeelde helft worden toegerekend aan de echtgenoot. Als gevolg hiervan zouden de voordelen uit de terbeschikkingstelling – in afwijking van de civielrechtelijke bestuursbevoegdheid – conform ieders gerechtigdheid tot de onroerende zaak moeten worden aangemerkt als resultaat uit overige werkzaamheden.

Dit standpunt van de staatssecretaris is echter niet gevolgd in HR 10 maart 2006, nr. 38 044, BNB 2007/15. In dit arrest achtte de Hoge Raad de civielrechtelijke bestuursbevoegdheid relevant bij de toerekening van winst uit aanmerkelijk belang en inkomsten uit vermogen voor de toepassing van de Wet IB 1964. In vergelijkbare zin is in Rechtbank Haarlem 27 september 2007, nr. 06/10632, V-N 2008/8.1.3, beslist dat het huwelijksgoederenregime niet van invloed is op de uitwerking van de regeling van art. 3.92 Wet IB 2001. In de casus van deze uitspraak bezat één van de echtgenoten de aandelen in een BV, terwijl zij beiden een rekening-courantvordering op deze vennootschap hadden. De echtgenoten waren in gemeenschap van goederen ge-

28. P.H.J. Essers in zijn noot bij HR 9 mei 2003, nr. 37 549, BNB 2003/288.

29. L.G.M. Stevens, 'Voluit vooruit voor het mkb! MKB-pakket voor de middellange termijn. Zestig maatregelen om het ondernemersklimaat en de arbeidsmarkt te bevorderen', Scheveningen: november 2005.

30. *Kamerstukken II 2005/2006*, 30 375, nr. 1-2, p. 261.

huwd. In verband hiermee had de inspecteur het standpunt ingenomen dat de aandelen en beide rekening-courantvorderingen tot de wettelijke gemeenschap van goederen behoorden, en dat de inkomsten aan ieder van de echtgenoten voor de helft moesten worden toegerekend. Volgens de rechtbank was echter de bestuursbevoegdheid bepalend, zodat de rentebaten op basis van de feitelijke verhouding moesten worden toegerekend aan de echtgenoten.³¹ Hierbij was niet van belang dat beide vorderingen en de rente tot de wettelijke gemeenschap van goederen behoorden, en dat de echtgenoten daartoe beiden gerechtigd waren. Heithuis ziet in beide uitspraken bevestiging van zijn stelling dat voor echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, de bestuursregeling van art. 1:97 BW doorslaggevend is voor de toepassing van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001.

In de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 kan een element van rechtsvormneutraliteit worden herkend. Immers, deze regelingen leiden ertoe dat buitenvennootschappelijk vermogen bij een ondernemer of aandeelhouder, of bij personen met wie de belastingplichtige nauw is verbonden, wordt belast conform de regels van box 1. Bepaalde elementen zijn echter niet rechtsvormneutraal. De terbeschikkingsteller kan niet van dezelfde faciliteiten gebruikmaken als een echte 'ondernemer'. In dit verband acht Jansen het moeilijk verklaarbaar dat er in art. 3.63 Wet IB 2001 wel een doorschuiffaciliteit bestaat voor de overdracht van een IB-onderneming, maar dat een vergelijkbare faciliteit ontbreekt voor de terbeschikkingstellingsregelingen.³² Ook door De Beer is gewezen op het feit dat de belastingplichtige die vermogensbestanddelen ter beschikking stelt, niet in aanmerking komt voor ondernemingsgerelateerde faciliteiten.³³

Ook de ondergrens in het verbondenheidscriterium kan tot een niet-neutrale behandeling leiden. In art. 3.92 Wet IB 2001 gaat het om de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen aan een aandelenvennootschap waarin een 'aanmerkelijk belang' wordt gehouden. De belastingheffing conform de regels van box 1 treedt dan dus alleen op, indien er ten minste een belang van 5% in het geplaatste aandelenkapitaal wordt gehouden. In art. 3.91 Wet IB 2001 ontbreekt een vergelijkbare ondergrens voor terbeschikkingstellingen aan personenvennootschappen en andere samenwerkingsverbanden.

6.3.6.4 *Open norm of scherpe norm*

De ruim omschreven kring van verbonden personen in art. 3.91 Wet IB 2001 kan naar mijn mening als een open norm worden beschouwd. Met name ten aanzien van de alternatieve samenwoonsituaties is niet strikt omschreven welke gevallen worden bedoeld. Naar mijn mening is dit ook logisch op basis van de antiontgaansfunctie van het begrip.

31. J. Ganzeveld, 'Toerekening van resultaat uit terbeschikkingstelling tussen gehuwden?', *NTRF* 2007/2276, merkt op dat de Staatssecretaris van Financiën in deze zaak sprongcassatie heeft in gesteld. De uiteindelijke beslissing is daarom aan de Hoge Raad.
32. J.J.M. Jansen, 'De nieuwe doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting', *WFR* 2000, p. 1171.
33. A.M.A. de Beer, 'De terbeschikkingstellingsregeling verloochent haar afkomst', *WFR* 2006, p. 1009.

In dit verband acht ik de duidelijke, scherp omschreven norm van het 'aanmerkelijk belang' voor de verbondenheid tussen een natuurlijke persoon en een lichaam niet logisch. Gezien de antiontgaansfunctie van het begrip 'verbonden lichaam' vind ik dat hier ook een open norm moet worden gehanteerd.

6.3.6.5 Uniformiteit

Zoals hiervoor is opgemerkt, meen ik dat de begrippen 'verbonden persoon' en 'verbonden lichaam' niet alleen kunnen gelden voor de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001, maar ook voor de vergelijkbare begrippen in art. 3.6, art. 3.30a en art. 3.46 Wet IB 2001. In deze bepalingen zijn steeds verbondenheidsbegrippen met een antiontgaansfunctie of antimisbruikfunctie bedoeld.

Overigens vertonen de verschillende definities nu al enige gelijkenis. Zij kunnen naar mijn mening echter nog meer worden geüniformeerd. Dit is al eerder opgemerkt door Stevens (2004), die meent dat er een uniform begrip 'gelieerde samenwoner' zou kunnen gelden ter vervanging van het begrip 'verbonden persoon' in art. 3.6 en 3.46 Wet IB 2001 en voor de meetrekregeling van het 'aanmerkelijk belang' van art. 4.10 Wet IB 2001. Voor dit begrip zou volgens hem kunnen worden aangesloten bij de omschrijvingen die zijn gehanteerd in art. 3.91 lid 2 onderdeel b Wet IB 2001. In een latere publicatie heeft Stevens (2006) het begrip 'gelieerde samenlever' verder uitgewerkt. Daarbij stelt hij voor om de afbakening met het begrip 'zorgverbonden partner' tot stand te brengen op basis van art. 3 AWIR. Volgens deze bepaling wordt als 'partner' aangemerkt:

1. De partner van de belanghebbende is degene die hierna als eerste wordt genoemd:
 - a. de niet duurzaam gescheiden levende echtgenoot of geregistreerde partner;
 - b. degene die op hetzelfde woonadres als de belanghebbende staat ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens en:
 - 1°. voor de toepassing van de Wet inkomstenbelasting 2001 voor het berekeningsjaar kiest voor kwalificatie als partner van de belanghebbende;
 - 2°. ten overstaan van een notaris een samenlevingscontract heeft gesloten met de belanghebbende;
 - 3°. uit wiens relatie met de belanghebbende een kind is geboren;
 - 4°. een kind van de belanghebbende heeft erkend dan wel van wie een kind door de belanghebbende is erkend;
 - 5°. in een aan het berekeningsjaar voorafgaand kalenderjaar partner van de belanghebbende was;
 - 6°. voor de toepassing van een pensioenregeling als partner van de belanghebbende is aangemeld, of
 - 7°. samen met de belanghebbende een woning bewoont die voor hen een eigen woning is in de zin van artikel 3.111 van de Wet inkomstenbelasting 2001, en aansprakelijk is of mede aansprakelijk is voor een schuld waarbij die woning als onderpand dient;

c. de meerderjarige die in het berekeningsjaar gedurende meer dan zes maanden onafgebroken een gezamenlijke huishouding voert met de meerderjarige belanghebbende en gedurende die tijd op hetzelfde woonadres als de belanghebbende staat ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens, met uitzondering van:

- 1°. de bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belanghebbende;
- 2°. de bloed- of aanverwant in de tweede graad van de zijlijn van de belanghebbende gedurende de periode dat de belanghebbende op hetzelfde woonadres als zijn ouder staat ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens.'

De personen als bedoeld in art. 3 lid 1 onderdeel a AWIR zouden volgens Stevens als 'zorgverbonden partner' moeten worden beschouwd. De partners als bedoeld in onderdeel b en c zouden tot het begrip 'gelieerde samenlever' moeten worden gerekend. Ik sluit mij hierbij aan, maar omdat de relaties van ongehuwde samenwoners minder stabiel blijken, pleit ik wel voor de introductie van een tegenbewijsmogelijkheid op basis waarvan hun verbondenheid kan worden weerlegd. Hierna licht ik dit nader toe.

In paragraaf 6.3.4 heb ik beargumenteerd dat het niet logisch is om voor het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 3.30a lid 11 Wet IB 2001 aan te sluiten bij een aanmerkelijkbelangpositie. Het aanmerkelijkbelangcriterium en de bijbehorende grens van 5% is geen goed criterium om de beleidsinvloed van een aandeelhouder uit te drukken, omdat in de huidige regeling van Hoofdstuk 4 Wet IB 2001 niet meer wordt uitgegaan van het 'machtselement'. Naar mijn mening dient dit machtselement ook centraal te staan voor de toepassing van art. 3.92 Wet IB 2001. Gelet op de antiontgaansfunctie van het begrip 'verbonden lichaam', meen ik daarom dat een 33½%-criterium beter zou passen in de regeling van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Op deze wijze geldt de terbeschikkingstellingsregeling alleen voor aandeelhouders die in het algemeen een belangrijke zeggenschap hebben in een lichaam.

6.3.6.6 Aanbevelingen

Ik zou het begrip 'verbonden persoon' voor de toepassing van art. 3.6, 3.30a, 3.46, 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 willen schetsen aan de hand van de contouren:

- Er geldt een sociaal-maatschappelijke benadering, waarbij de echtgenoot van de belastingplichtige, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel' als 'verbonden persoon' worden beschouwd. De tekst van art. 3 AWIR kan hierbij als uitgangspunt worden genomen.
- Voor ongehuwde samenwoners geldt in dit verband een weerlegbaar vermoeden van 'verbondenheid'. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan de belastingplichtige aantonen dat de partner niet als 'verbonden persoon' kan worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat de personen niet samenwonen en voor de toepassing van een pensioenregeling niet als partner zijn aangemeld.
- Voorts wordt een minderjarig 'kind' van de belastingplichtige of van zijn 'levensgezel' tot de kring van verbonden personen gerekend. In situaties waarin de be-

- lastingsplichtige een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke transactie pleegt met een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van hemzelf of van zijn 'levensgezel', wordt dit familielid eveneens als 'verbonden persoon' aangemerkt.
- Indien de belastingplichtige minderjarig is, wordt ook een bloed- of aanverwant in de opgaande lijn, en diens echtgenoot, geregistreerde partner of 'levensgezel' als een 'verbonden persoon' beschouwd.
 - In afwijking van art. 1:3 lid 3 BW worden de duurzaam gescheiden levende echtgenoot en de ex-schoonfamilie voor de toepassing van de Wet IB 2001 niet tot de kring van verbonden personen gerekend. Anders dan geldt in het personen- en familierecht, eindigt aanverwantschap dus wel voor de inkomstenbelasting.

In dit verband is er een verschil met mijn voorstel voor de omschrijving van het begrip 'partner', omdat hiervoor slechts de 'ongehuwd samenlevende' kwalificeert, ofwel de 'levensgezel' met wie de belastingplichtige een gezamenlijke huishouding voert. In de situatie waarin een belastingplichtige meer dan één echtgenoot heeft, past het naar mijn mening in de antiontgaansfunctie van het begrip 'verbonden persoon' om de echtgenoten uit alle huwelijksverbintenissen als verbonden personen te beschouwen. Dit is ook een verschil met het partnerbegrip.

Hiervoor is opgemerkt dat voor de verbondenheid bij terbeschikkingstellingen aan een samenwerkingsverband in art. 3.91 Wet IB 2001 geen ondergrens geldt voor het belang van de 'verbonden persoon'. In principe is een belang van 1% al voldoende om voor een terbeschikkingstelling het reguliere boxenstelsel opzij te zetten. Net als Stevens (2004) ben ik van mening dat het in de strekking van de regeling past, indien wordt aangesloten bij het 33 $\frac{1}{3}$ %-criterium dat ook geldt voor het begrip 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 5 Wet VPB 1969.

In plaats van het huidige aanmerkelijkbelangcriterium kan deze 33 $\frac{1}{3}$ %-grens ook worden gehanteerd in de regeling van art. 3.92 Wet IB 2001. Hierdoor worden alleen aandeelhouders met belangrijke zeggenschap in een lichaam onder reikwijdte van de maatregel gebracht, hetgeen naar mijn mening resulteert in een evenwichtige benadering. De contouren van dit begrip 'verbonden natuurlijk persoon' zou ik willen vormgeven aan de hand van het bezit van een 'belang', een term die in hoofdstuk 7 nader wordt onderzocht:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat overheersende zeggenschap en een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam. Niet alleen een aandelenbelang vormt een 'belang', maar ook andere rechten, zoals zeggenschapsrechten en schuldeisersbelangen, en deelname aan de leiding.
- Ten aanzien van een aandelenvennootschap wordt een 'belang' aanwezig geacht bij het bezit van 33 $\frac{1}{3}$ % van de aandelen in het geplaatste kapitaal en de daaraan verbonden stemrechten.
- De belangen gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel', kinderen en kinderen van de levensgezel worden meegeteld bij de beoordeling van het verbondenheidsvermoeden.

- Bovengenoemde veronderstelling van de aanwezigheid van een 'belang' op basis van een aandelenbezit dient om duidelijkheid te bieden in 'standaardsituaties' ten aanzien van aandelenvennootschappen, waarin bijvoorbeeld geen sprake is van zeggenschap op basis van overeenkomsten en alleen een aandelenband bestaat. In verband met de antiontgaansfunctie staat de feitelijke, materieel-economische benadering echter voorop. In gevallen die afwijken van de standaard-situaties, bijvoorbeeld omdat sprake is van een vennootschap zonder een in aandelen verdeeld kapitaal of omdat er krachtens een managementovereenkomst feitelijke zeggenschap en beleidsbepalende invloed kan worden uitgeoefend zonder dat er een aandelenband is, kan ook een 'belang' bestaan.
- Belastingplichtigen krijgen de mogelijkheid om de fiscus vooraf zekerheid te vragen over de aanwezigheid van een 'belang' en verbondenheid.

Ook door de commissie 'Terbeschikkingstellingsregeling' van de Vereniging van Belastingwetenschap (2005) is opgemerkt dat de aanmerkelijkbelanggrens niet geschikt is voor de terbeschikkingstellingsregeling. Zij zou ook willen aansluiten bij een criterium van 'doorslaggevende zeggenschap' van 33⅓%. De wetgever heeft dit afgewezen, omdat een kwantitatief criterium lastig te hanteren zou zijn.³⁴ Ik ben het eens met de commissie dat dit argument geen hout snijdt, omdat voor het 5%-criterium van de aanmerkelijkbelangregeling hetzelfde zou kunnen worden gezegd.

In het rapport 'Breder, lager, eenvoudiger? Een evaluatie van de belastingherziening 2001' is de grens van 33⅓% opnieuw afgewezen, nu met als reden dat anders een optioneel stelsel zou ontstaan.³⁵ Een belastingplichtige met een belang van 20%, die onder de regeling wil vallen, zou er dan voor kunnen kiezen om zijn belang onder te brengen in een 'personal holding', zodat hij een 100%-belang zou hebben. Ik vind dit voorbeeld niet erg overtuigend. In de situatie van het voorbeeld zou de holding middellijk nog steeds slechts een 20%-belang houden in de partij waaraan het vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld. Indien de holdingstructuur als een ongewenste vorm van 'verbondenheidsarbitrage' zou moeten worden beschouwd, kan dit eenvoudig worden tegengegaan door in de wettekst uit te gaan van het 'uiteindelijke belang' in de vennootschap waarin het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel per saldo wordt gebruikt. Een dergelijke doorkijkbenadering geldt ook voor de in hoofdstuk 7 beschreven regeling van art. 20a lid 1 Wet VPB 1969.

6.3.7 'Verbonden persoon' in de zin van art. 3.92b lid 5 (voorstel) Wet IB 2001

In het wetsvoorstel 'Belastingheffing op excessieve beloningsbestanddelen' (31 459) is een heffing geïntroduceerd op 'carried interest'-beloningen en daarmee vergelijkbare voordelen. Op basis van art 3.92b (voorstel) Wet IB 2001 wordt een dergelijk 'lucratief belang' geacht een beloning te zijn voor werkzaamheden van de belastingplichtige. Het resultaat op dergelijke lucratieve belangen wordt in beginsel belast in box 1 als resultaat uit overige werkzaamheden. Indien het belang echter middellijk wordt gehouden, bijvoorbeeld via een afzonderlijke BV, wordt de belastingheffing in

34. Kamerstukken II 2000/01, 27 466, nr. 3, p. 38.

35. Kamerstukken II 2005/06, 30 375, nr. 1-2, p. 259.

box 1 onder voorwaarden verruild voor een heffing in box 2. De beoogde datum van inwerkingtreding is 1 januari 2009.

De heffing geldt ook indien het lucratief belang als een beloning moet worden beschouwd van een met de belastingplichtige 'verbonden persoon'. Hiermee wordt voorkomen dat de heffing kan worden ontgaan door de lucratieve belangen onder te brengen bij familieleden.³⁶ Voor het begrip 'verbonden persoon' geldt een afzonderlijke definitie, welke is opgenomen in art. 3.92b lid 5 (voorstel) Wet IB 2001. Net als het gelijknamige begrip dat geldt voor de toepassing van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 heeft dit begrip 'verbonden persoon' een vereenzelvigingsfunctie en met name een antiontgaansfunctie.

6.3.7.1 *Wettelijke omschrijving*

Een 'lucratief belang' betreft in de eerste plaats soortaandelen in een aandelenvennootschap, die zijn achtergesteld bij andere soorten aandelen van de vennootschap en een preferentie van ten minste 15% dividend per jaar kennen. Hierbij moet de term 'soortaandelen' worden opgevat overeenkomstig art. 4.7 Wet IB 2001 en worden certificaten van aandeel gelijkgesteld met aandelen.³⁷ Bovendien moet worden aangenomen dat de aandelen een beloning vormen voor werkzaamheden van de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon. Ten tweede gaat het om vorderingen waarvan het rendement in enigszins belangrijke mate afhankelijk is van managementdoeleinden of aandeelhoudersdoeleinden zoals winst, omzet, kostenvermindering, aantrekken van financieringsbronnen, bedrijfsovernames enzovoort. In de derde plaats kan een 'lucratief belang' aan de orde zijn op basis van rechten die in economisch opzicht overeenkomen of vergelijkbaar zijn met de hiervoor bedoelde aandelen en vorderingen. Deze derde categorie kan als 'vangnet' worden beschouwd voor allerlei nieuwe structuren.³⁸

Overigens beschouw ik de term 'lucratief belang' in het kader van deze studie niet als een te onderzoeken verbondenheidsbegrip. De mate van verbondenheid is namelijk niet wettelijk omschreven. Voorts is de regeling niet gebaseerd op invloed die de lucratiefbelanghouder kan uitoefenen op het beleid van het desbetreffende lichaam, maar op het zeer hoge rendement en de waardeinstijgingen die optreden indien de management- en/of aandeelhoudersdoeleinden van de belastingplichtige worden behaald.³⁹

De wetgever heeft ervoor gekozen om het begrip 'verbonden persoon' voor de toepassing van de lucratiefbelangregeling van art 3.92b (voorstel) Wet IB 2001 afzonderlijk te omschrijven. Voor de definitie wordt wel verwezen naar het gelijknamige begrip in art. 3.91 lid 2 onderdeel b en lid 3 Wet IB 2001, maar de precieze invulling wijkt enigszins af. Dit vind ik overigens opmerkelijk, omdat de begrippen in beide regelingen exact dezelfde functie hebben.

36. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 459, nr. 3, p. 16.

37. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 459, nr. 9, p. 21.

38. In dezelfde zin: Redactie Vakstudie Nieuws in haar aantekening in *V-N 2008/24.5*.

39. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 459, nr. 3, p. 7.

De eerste categorie verbonden personen voor de toepassing van art 3.92b (voorstel) Wet IB 2001 betreft de partner als bedoeld in art. 3.91 lid 2 onderdeel b onder 1° tot en met 5° Wet IB 2001 van degene voor wie het lucratief belang als een beloning moet worden beschouwd. In zoverre bestaat geen verschil met de inhoud van het verbondenheidsbegrip voor de terbeschikkingstellingsregelingen.

De verschillen houden dan ook verband met de tweede categorie personen. Voor art 3.92b (voorstel) Wet IB 2001 gaat het hierbij om een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige, of van zijn partner als bedoeld in art. 3.91 lid 2 onderdeel b onder 1° tot en met 5° Wet IB 2001. Deze tweede categorie verbonden personen is enerzijds ruimer dan de kring van personen die relevant zijn voor de toepassing van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Het gaat immers niet alleen om bloed- en aanverwanten in de eerste graad van de opgaande lijn, zoals het geval is in art. 3.91 lid 2 onderdeel c Wet IB 2001, maar om alle bloed- en aanverwanten in zowel de opgaande als de neergaande lijn. In dit verband ontbreekt de eis van een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke transactie als bedoeld in art. 3.91 lid 3 Wet IB 2001. In feite wordt voor de toepassing van art. 3.92b (voorstel) Wet IB 2001 verondersteld dat het bezit van een lucratief belang door een bloed- of aanverwant van de belastingplichtige per definitie 'ongebruikelijk' is. Anderzijds is de kring van deze tweede categorie verbonden personen juist kleiner. Indien de belastingplichtige minderjarig is, worden op basis van art. 3.91 lid 2 onderdeel c Wet IB 2001 ook de personen die zijn verbonden met zijn bloed- en aanverwanten in de eerste graad van de opgaande lijn als 'verbonden persoon' beschouwd. Hierbij kan worden gedacht aan de partner met wie de vader of moeder van de belastingplichtige ongehuwd samenwoont. Om voor mij onduidelijke redenen wordt deze partner niet tot de familiekring gerekend voor de toepassing van de lucratiefbelangregeling van art. 3.92b (voorstel) Wet IB 2001.

Voor de vergelijking met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht, en de beoordeling van de neutraliteit ten aanzien van de samenlevingsvorm, wordt voor het begrip 'verbonden persoon' verwezen naar paragraaf 6.3.6.

6.3.7.2 *Aanbevelingen*

Zoals hiervoor is opgemerkt, vind ik het opmerkelijk dat het begrip 'verbonden persoon' voor de toepassing van art. 3.92b (voorstel) Wet IB 2001 enigszins afwijkt van het gelijknamige begrip dat geldt voor de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Op basis van de antiontgaansfunctie die de begrippen in beide regelingen hebben, zou ik een identieke invulling verwachten. In dit verband stel ik voor om voor de lucratiefbelangregeling hetzelfde begrip 'verbonden persoon' te hanteren als voor de toepassing van art. 3.6, 3.30a, 3.46, 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. De contouren van dit begrip heb ik geschetst in paragraaf 6.3.6.

6.3.8 *Verbonden personen in de zin van art. 3.101, 6.3 en 6.4 Wet IB 2001*

Op basis van art. 3.100 en 3.101 Wet IB 2001 worden bepaalde, aangewezen periodieke uitkeringen en verstrekkingen belast bij de belastingplichtige die ze ontvangt. Het

gaat onder meer om uitkeringen en verstrekkingen die rechtstreeks voortvloeien uit het familierecht, zoals alimentatie-uitkeringen na echtscheiding. Voorts betreft het uitkeringen die niet rechtstreeks voortvloeien uit het familierecht, maar die op basis van een wettelijke of dringende morele onderhoudsverplichting wel in rechte vorderbaar zijn.

Bij de partij die de periodieke uitkeringen betaalt, zijn deze in beginsel aftrekbaar op basis van art. 6.3 lid 1 onderdeel a, e of f Wet IB 2001. Hierbij wordt hetzelfde onderscheid gehanteerd, namelijk tussen uitkeringen en verstrekkingen die rechtstreeks voortvloeien uit het familierecht, en uitkeringen op basis van een wettelijke of dringende morele onderhoudsverplichting.

De achtergrond van deze behandeling van periodieke uitkeringen, dat wil zeggen, belastbaar bij de ontvangende partij en aftrekbaar bij de betalende partij, berust op de gedachte dat sprake is van inkomenoverheveling. Indien de betalingen echter worden verricht aan kinderen, zijn zij niet aftrekbaar bij de betalende ouder en niet belast bij het kind. In verband met deze afwijkende behandeling van kinderalimentatie wordt een aantal verbondenheidsbegrippen gehanteerd waaraan ik een operationaliseringsfunctie toeken; zij dienen om de beoogde fiscale behandeling mogelijk te maken.

6.3.8.1 *Wettelijke omschrijving*

Art. 6.3 Wet IB 2001 voorziet alleen in de aftrekbaarheid van afkoopsommen voor alimentatie aan de ex-echtgenoot. Op basis van art. 2 lid 6 AWR geldt dit ook voor betalingen aan een voormalige geregistreerde partner. Vergelijkbare afkoopsommen die worden betaald aan een ex-partner met wie de belastingplichtige ongehuwd heeft samengewoond, komen echter niet in aanmerking voor aftrek. In dit verband heeft A-G Niessen in zijn conclusie van 1 april 2008, nr. 41 537, *V-N 2008/22.12*, geconcludeerd dat dit effect onder de Wet IB 1964 niet in strijd moet worden geacht met het gelijkheidsbeginsel. In de jaren tot en met 2000 was er volgens hem sprake van een ontwikkeling in de wetgeving waarbij de fiscale regels voor gehuwden en die voor ongehuwd samenwonenden gelijk werden getrokken, waardoor het in die periode niet aan de rechter was om daarin in te grijpen. Voor de Wet IB 2001 acht de A-G echter geen reden aanwezig om gehuwden en ongehuwden ongelijk te behandelen ten aanzien van de afkoopsom voor een onderhoudsverplichting.

De hiervoor beschreven afwijkende fiscale behandeling van kinderalimentatie vloeit voort uit art. 6.4 lid 1 Wet IB 2001. Ingevolge deze bepaling worden onderhoudsverplichtingen betaald aan 'bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn' en 'personen die behoren tot het huishouden van de belastingplichtige' niet tot de periodieke uitkeringen en verstrekkingen gerekend. Dit betreft 'eigen' kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, stiefkinderen, pleegkinderen en kleinkinderen van de belastingplichtige, maar ook neven en nichten.

Anders dan in art. 6.4 Wet IB 2001, wordt in de parallelbepaling van art. 3.101 lid 1 onderdeel b en art. 6.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 alleen gesproken over uit het familierecht voortvloeiende onderhoudsverplichtingen aan 'bloed- of aanverwanten

in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn'. Op basis van de wettekst zou de bepaling daarom niet gelden voor familierechtelijke uitkeringen aan 'personen die behoren tot het huishouden van de belastingplichtige'. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat ook in die situatie geen aftrekrecht bestaat voor de betalende partij. De wetgever achtte het echter niet nodig om dit uitdrukkelijk te bepalen.⁴⁰

Overigens worden ten aanzien van de uitkeringen op basis van een wettelijke of dringende morele onderhoudsverplichting in art. 6.3 lid 1 onderdeel e en f jo. art. 6.4 Wet IB 2001 en art. 3.101 lid 1 onderdeel c Wet IB 2001 wel beide verbondenheidsbegrippen gebruikt.

In vergelijking tot de in de paragrafen 6.3.3 en 6.3.5 genoemde begrippen valt nog op dat in art. 3.6 en 3.46 Wet IB 2001 alleen de 'bloed- of aanverwanten in de rechte lijn' als gelieerd worden beschouwd. Voor de toepassing van art. 3.101, 6.3 en 6.4 Wet IB 2001 gaat het ook om 'bloed- of aanverwanten in de tweede graad van de zijlijn', dus om neven en nichten van de belastingplichtige.

Overigens is de term 'personen die behoren tot het huishouden van de belastingplichtige' ook gehanteerd in art. 3.6 en 3.46 Wet IB 2001.

6.3.8.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Het verbondenheidsbegrip voor de toepassing van art. 3.101, 6.3 en 6.4 Wet IB 2001 omvat vrijwel alle soorten kinderen. Door deze ruime invulling, en vanwege de aansluiting met de familierechtelijke onderhoudsverplichtingen, is de bepaling in overeenstemming met het personen- en familierecht.

Ten opzichte van de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van samenlevingsvormen en gezinssituaties zijn er echter wel verschillen. Deze beschrijf ik hierna.

6.3.8.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Aangezien art. 6.3 Wet IB 2001 niet voorziet in de aftrekbaarheid voor afkoopsommen voor onderhoudsverplichtingen aan een ex-partner waarmee de belastingplichtige ongehuwd heeft samengewoond, en wel voor vergelijkbare betalingen aan de voormalige echtgenoot of geregistreerde partner, is uiteraard geen sprake van een regeling die neutraal is ten aanzien van de samenlevingsvorm.

Hoewel het verbondenheidsbegrip van art. 3.101, 6.3 en 6.4 Wet IB 2001 vrijwel alle soorten kinderen omvat, is het niet neutraal ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm. Dit hangt samen met de in hoofdstuk 5 beschreven bepaling van art. 1:3 lid 3 BW, op basis waarvan het aanverwantschap niet eindigt bij beëindiging van het huwelijk. Hierdoor blijven de bloedverwanten van de echtgenoot, zoals stiefkinderen, na een echtscheiding ook aanverwanten van de belastingplichtige. Na ontbinding van het huwelijk zijn betalingen van alimentatie aan een stiefkind daarom niet aftrekbaar bij de stiefouder, en niet belast bij het kind. Zoals in hoofdstuk 5 is beschreven, zou uit art. 1:3 lid 3 BW kunnen worden afgeleid dat het aanverwantschap

40. *Kamerstukken II 1983/84*, 16 787, nr. 11, p. 26.

wel stopt bij beëindiging van het geregistreerd partnerschap. Hierdoor is een stiefkind na de beëindiging van een geregistreerd partnerschap niet langer een aanverwant. Omdat in art. 3.101, 6.3 en 6.4 Wet IB 2001 wordt aangesloten bij aanverwantschap, zouden de alimentatiebetalingen aan een stiefkind in dat geval wel aftrekbaar zijn bij de stiefouder, en belastbaar bij het kind. Naar mijn mening is dit verschil in fiscale behandeling onbedoeld, maar ook ongewenst.

Overigens stemt de behandeling van kinderalimentatie van ex-geregistreerde partners wel overeen met die van onderhoudsverplichtingen ten opzichte van een kind van een partner met wie men ongehuwd heeft samengewoond. Na de ontbinding van de relatie zullen de samenwoners niet langer elkaars fiscale 'partner' zijn, zodat ook het fictief aanverwantschap van art. 1.2, lid 5 Wet IB 2001 zal eindigen. Hierdoor wordt een kind van de partner niet langer als een aanverwant beschouwd, zodat de onderhoudsbetalingen aftrekbaar zijn bij de betaler, en belast bij het kind.

6.3.8.4 Aanbevelingen

Nu art. 6.3 Wet IB 2001 nog niet voorziet in de aftrekbaarheid voor afkoopsommen voor onderhoudsverplichtingen aan een ex-partner met wie de belastingplichtige ongehuwd heeft samengewoond, terwijl ongehuwd samenwonen inmiddels een volwaardige plaats heeft verworven in de samenleving, verdient het mijns inziens aanbeveling om de wettekst aan te passen en te spreken van afkoopsommen die worden gedaan aan de gewezen 'partner'.

Hiervoor is beschreven dat in art. 3.101 lid 1 onderdeel b en art. 6.3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 alleen wordt gesproken over uit het familierecht voortvloeiende onderhoudsverplichtingen aan 'bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn'. Op basis van de wetsgeschiedenis geldt de bepaling echter ook voor familierechtelijke uitkeringen aan 'personen die behoren tot het huishouden van de belastingplichtige'. Het zou de duidelijkheid en kenbaarheid van de wetgeving ten goede komen, indien dit alsnog in de wettekst zou worden opgenomen.

De fiscale behandeling van alimentatiebetalingen aan stiefkinderen, na beëindiging van een huwelijk of een geregistreerd partnerschap, is niet gelijk. Dit lijkt onbedoeld en ongewenst. De oorzaak hiervan is een onduidelijkheid in de wettekst van art. 1:3 lid 3 BW. Bij voorkeur zou in deze bepaling in het personen- en familierecht moeten worden verduidelijkt dat het aanverwantschap evenmin eindigt bij beëindiging van het geregistreerd partnerschap. Er ontstaat dan automatisch een gelijke fiscale behandeling van gehuwden en geregistreerde partners. Een andere, fiscaalrechtelijke oplossing is om een vergelijkbare bepaling als die van art. 4.2 Wet IB 2001 op te nemen, op basis waarvan het aanverwantschap vanuit fiscaal oogpunt wel eindigt bij ontbinding van het huwelijk. Ongeacht de keuze voor het huwelijk, geregistreerd partnerschap of ongehuwd samenwonen, zou dan dezelfde fiscale behandeling gelden van alimentatiebetalingen aan kinderen van de voormalige partner.

6.3.9 'Aanmerkelijk belang' in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001

Inkomen uit aanmerkelijk belang vormt een afzonderlijke bron van inkomen. Natuurlijke personen die aandelenpakketten bezitten, kunnen ter zake van deze aandelen in box 1, box 2 of box 3 worden belast. Vanwege de verschillen in tariefstructuur en heffingsgrondslag tussen de boxen is het voor de belastingheffing van belang tot welke box een aandelenpakket wordt gerekend. Indien de aandelen tot het ondernemingsvermogen behoren, of indien sprake is van het hiervoor genoemde 'grootkoopmanschap', vindt de heffing plaats op basis van de regels van box 1. In andere gevallen moet onderscheid worden gemaakt op basis van de omvang van de aandelenpakketten. Indien het pakket – kort gezegd – minder dan 5% van het geplaatste kapitaal omvat, wordt het in de vermogensrendementsheffing van box 3 betrokken. Bij een bezit van ten minste 5% van het geplaatste kapitaal is sprake van een 'aanmerkelijk belang'. In dat geval zijn de regels van box 2 van toepassing. Ook aan dit begrip 'aanmerkelijk belang' ken ik in dit verband een operationaliseringsfunctie toe.

De wetgever heeft met de aanmerkelijkbelangregeling onderscheid willen maken tussen een aandeelhouder/belegger en een aandeelhouder/ondernemer.⁴¹ Daarbij is de grens tussen beiden gelegd bij een bezit van 5% van het geplaatste kapitaal. De aandeelhouder/belegger is vaak alleen geïnteresseerd in de beleggingsopbrengsten, maar een aandeelhouder/ondernemer heeft in verband met de interesse voor de onderneming zelf ook kenmerken van een 'ondernemer'. Dit rechtvaardigt volgens de wetgever een afzonderlijke behandeling voor de inkomstenbelasting. Die behandeling komt erop neer dat de aanmerkelijkbelanghouder die zijn onderneming in de vorm van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal drijft, met een min of meer vergelijkbare belastingdruk wordt geconfronteerd als de ondernemer die zijn onderneming in de vorm van een eenmanszaak drijft.

6.3.9.1 *Wettelijke omschrijving*

Op grond van art. 4.6 Wet IB 2001 heeft een belastingplichtige onder meer een aanmerkelijk belang, indien hij aandeelhouder is van ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal van een vennootschap. Voor de vraag of wordt voldaan aan het 5%-criterium, moet het aandelenbezit van de 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 worden meegeteld. In dit verband is het opmerkelijk dat de belangen van personen die ervoor kunnen kiezen om als 'partner' te worden aangemerkt, maar dat niet hebben gedaan, niet worden samengeteld voor de aanmerkelijkbelangregeling. Ongehuwde samenwoners hebben het vanwege het optionele karakter van hun fiscaal partnerschap hierdoor zelf in de hand of hun aandelenbezit wordt samengeteld voor de vaststelling van een aanmerkelijkbelangpositie. In dit verband spreekt Stevens (2001) van een ongerechtvaardigde begunstiging van ongehuwde samenwoners die voortvloeit uit de keuzemogelijkheid die gehuwde en geregistreerde partners niet hebben. Heithuis, Kavelaars en Schuver (2007) zetten eveneens vraagtekens bij dit effect van het keuze-element in de partnerregeling.

41. *Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 11 en 12.*

In art. 4.5 Wet IB 2001 zijn bewijzen van deelgerechtigdheid in een zogenoemd open FGR gelijkgesteld met aandelen. Een open FGR is onderworpen aan vennootschapsbelasting. Het past in dit verband dan ook om de deelgerechtigden in het fonds als aandeelhouders te beschouwen. Een lidmaatschapsrecht of bewijs van deelgerechtigdheid in een coöperatie dat betrekking heeft op ten minste 5% van de jaarwinst dan wel op ten minste 5% van hetgeen bij liquidatie wordt uitgekeerd, is eveneens een 'aanmerkelijk belang'. Dit vloeit voort uit art. 4.5a Wet IB 2001.

In min of meer vergelijkbare zin heeft de Staatssecretaris van Financiën in het besluit van 21 juli 1994, nr. DB94/2414M, V-N 1994/3023, het standpunt ingenomen dat een participatie van een commanditaire vennoot van ten minste 5% in een open CV ook een aanmerkelijk belang vormt.⁴² Peeters merkt op dat dit standpunt niet in duidelijkheid uitblinkt, omdat het is gebaseerd op hardheidsclausulebeleid voor de vennootschapsbelasting.⁴³ Hij stelt daarom voor om in de Wet IB 2001 en in de Wet VPB 1969 een 'alternatief grenscriterium' op te nemen voor de aanmerkelijkbelangregeling en de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van participaties in een open CV.

Overigens bepaalt art. 13 lid 2 onderdeel d Wet VPB 1969 sinds 2007 dat een 5%-belang in een open CV een 'deelneming' vormt. Voor de aanmerkelijkbelangregeling is echter nog geen vergelijkbare maatregel ingevoerd.

Meesleepregeling

Op basis van art. 4.9 Wet IB 2001 behoren alle aandelen tot het aanmerkelijk belang, indien er ten aanzien van één soort aandelen een aanmerkelijkbelangpositie bestaat. Dit wordt de meesleepregeling genoemd. Ten aanzien van een vennootschap die verschillende soorten aandelen heeft uitgereikt, is sprake van een aanmerkelijk belang indien de belastingplichtige ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een soort aandelen bezit, of optierechten bezit om een dergelijk bezit te verwerven. Een en ander is bepaald in art. 4.7 lid 1 Wet IB 2001. Op grond van art. 4.7 lid 2 Wet IB 2001 worden aandelen die zich uitsluitend onderscheiden van gewone aandelen omdat er een benoemingsrecht of iets dergelijks aan is verbonden, niet als een afzonderlijke soort beschouwd.

In het besluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, V-N 2006/65.14, is beschreven in welke situaties de omvorming van gewone aandelen in preferente aandelen en de verlettering van aandelen als een vervreemding van het 'aanmerkelijk belang' wordt beschouwd. Op basis van dit besluit is sprake van een vervreemding indien de economische betekenis van de aandelen vóór en na de statutenwijziging niet gelijk is.

Meetrekregeling

De meesleepregeling moet worden onderscheiden van de meetrekregeling van art. 4.10 Wet IB 2001. Laatstgenoemde regeling houdt in dat indien de belastingplichtige zelf geen aanmerkelijk belang heeft, maar zijn partner of één van zijn bloed- of aan-

42. In verband met de invoering van de Wet IB 2001 is dit bevestigd in het besluit van 1 december 2000, nr. CPP2000/2667M, V-N 2001/3.1.

43. P.J.J.M. Peeters, 'Laat open CV als vreemde eend in de bijt vervallen', *WFR* 2004, p. 481.

verwanten in de rechte lijn van hemzelf of van zijn partner wel, zijn aandelen toch tot een aanmerkelijk belang worden gerekend.

Certificaten van aandeel

In HR 18 maart 1987, nr. 23 674, *BNB* 1987/229, is beslist dat een certificaathouder als middellijk aandeelhouder is aan te merken, indien hij het economische belang bezit bij de aandelen. Sillevius, Lugt en Van Kempen wijzen erop dat de certificaathouder in latere jurisprudentie, zoals in HR 6 maart 1996, nr. 30 870, *BNB* 1996/164, als onmiddellijk aandeelhouder wordt beschouwd.⁴⁴

Op basis van het besluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, *V-N* 2006/65.14, wordt certificering van aandelen die tot een 'aanmerkelijk belang' behoren, onder voorwaarden niet als een vervreemding aangemerkt. Hiervoor moeten de certificaten met de aandelen kunnen worden vereenzelvigd. Dat is het geval indien aan een aantal voorwaarden is voldaan, bijvoorbeeld dat de aandelen en de certificaten dezelfde nominale waarde kennen, en dat het administratiekantoor de aandelen niet kan verpanden of vervreemden. Ik vraag mij af of deze voorwaarden per se nodig zijn. Van Schilfgaarde/Winter (2006) merkt namelijk op dat de verhouding tussen het administratiekantoor en de certificaathouders kan worden getypeerd als een 'fiduciare verhouding'. De betekenis hiervan is onder meer dat het administratiekantoor bij de uitoefening van het stemrecht en andere zeggenschapsrechten primair de belangen van de certificaathouders in het oog moet houden. Dit vloeit ook voort uit 'best practice'-bepaling I2.5 van de Tabaksblat Code:

'Bij de uitoefening van zijn stemrechten richt het administratiekantoor zich primair naar het belang van de certificaathouders, en houdt het rekening met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.'

Certificaathouders hebben dus niet alleen rechten jegens het administratiekantoor, maar ook jegens de vennootschap. Deze versterkte wettelijke positie geldt althans voor certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven.⁴⁵ In geval van royeerbare certificaten, die te allen tijde kunnen worden omgewisseld in aandelen, zou er in elk geval geen verschil in behandeling moeten zijn.⁴⁶

44. L.W. Sillevius, F.H. Lugt en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht, Inkomstenbelasting*, onderdeel 4.3.1.B.c.
45. Op grond van art. 2:346 BW kunnen certificaathouders die 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen bijvoorbeeld een verzoekschrift indienen tot het instellen van een enquête. Voorts kunnen zij op grond van art. 2:15 BW de vernietiging vorderen van een besluit van de BV of NV, voor zover zij een redelijk belang hebben bij de naleving van wettelijke of statutaire bepalingen of bij de inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.
46. Dat geldt ook voor het uitzonderlijke geval dat de certificaten van aandeel beursgenoteerd zijn. Op basis van art. 2:118a lid 1 BW kunnen de certificaathouders dan om stemvolmachten vragen bij het administratiekantoor, op grond waarvan zij de aan de aandelen verbonden stemrechten kunnen uitoefenen in de ava. De certificaten zijn dan in feite te vereenzelvigen met de aandelen.

Vruchtgebruik

Op grond van art. 4.3 Wet IB 2001 is een vruchtgebruiker ook als aanmerkelijkbelanghouder te beschouwen. Op basis van het besluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, V-N 2006/65.14, kan voorts de blote eigendom van aandelen een aanmerkelijk belang vormen, of als een vorm van soort aandelen tot een aanmerkelijk belang behoren. Dit sluit in beginsel aan bij het ondernemingsrecht, waarin de wetgever ervoor heeft gekozen om het stemrecht op de aandelen in beginsel te laten toekomen aan de bloot eigenaar. Echter, bij de vestiging van het vruchtgebruik kan op basis van art. 2:197 (88) lid 2 en 3 BW ook worden bepaald dat het stemrecht toekomt aan de vruchtgebruiker. In dergelijke situaties kan de bloot eigenaar naar mijn mening niet als aanmerkelijkbelanghouder worden beschouwd.

Het bezit van de economische eigendom van ten minste 5% van het geplaatste kapitaal leidt ook tot een aanmerkelijk belang in de zin van art. 4.6 Wet IB 2001. Dit volgt bijvoorbeeld uit Hof 's-Gravenhage 16 februari 1976, nr. 1/76, *BNB* 1976/251. In HR 18 december 1991, nr. 27 423, *BNB* 1992/112 is beslist dat de aandelen die door een stroman werden gehouden, die daarvan louter de juridische eigendom bezat, niet meetelden voor de vraag of was voldaan aan de kwantitatieve eisen van de aanmerkelijkbelangregeling.

Optierechten

In art. 4.4 Wet IB 2001 worden optierechten gelijkgesteld met aandelen. Hierdoor is ook sprake van een aanmerkelijk belang, indien een belastingplichtige een optie-recht bezit op grond waarvan hij direct of indirect een aandelenbelang van 5% van het geplaatste kapitaal van een vennootschap kan verwerven.⁴⁷ Indien een belastingplichtige echter 3% van de aandelen in een vennootschap houdt, en daarnaast koopopties op 4% van de aandelen bezit, is er op basis van art. 4.4, 4.6 en 4.9 Wet IB 2001 geen sprake van een 'aanmerkelijk belang'. Heithuis, Kavelaars en Schuver (2007) menen dat dit niet past in de ratio van de regeling, omdat de belastingplichtige in economische zin een belang van 7% heeft. Nu voor het 'aanmerkelijk belang' een harde grens van 5% wordt gehanteerd, is hiervoor naar mijn mening inderdaad geen goede reden te noemen.

Overigens geldt de gelijkstelling van optierechten niet ten aanzien van winstbewijzen, lidmaatschapsrechten of bewijzen van deelgerechtigdheid in een coöperatie.

Fictief aanmerkelijk belang

Op basis van art. 4.11 Wet IB 2001 kan sprake zijn van een 'fictief aanmerkelijk belang'. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien een belastingplichtige in verband met een juridische fusie aandelen in de verkrijgende vennootschap heeft, die minder dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal vormen. Volgens art. 4.16 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001 is dan sprake van een fictieve vervreemding van de aanmerkelijkbelangaandelen in de vennootschap die in het kader van de fusie verdwijnt. Echter, op grond van art. 4.41 lid 3 Wet IB 2001 wordt het vervreemdingsvoordeel waarop een fiscale claim rust, doorgeschoven naar de aandelen in de verkrijgende vennootschap

47. In HR 11 juli 2008, nr. 41 949, V-N 2008/34.10, is beslist dat opties op nieuw uit te geven aandelen ook een aanmerkelijk belang kunnen vormen.

die de aandeelhouder ter gelegenheid van de juridische fusie ontvangt. In gevallen waarin de aandelen in de verkrijgende vennootschappen geen 5% pakket vormen, is het 'fictief aanmerkelijk belang' nodig om deze claim te behouden.

6.3.9.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Zoals in hoofdstuk 5 is beschreven, wordt aanverwantschap bij beëindiging van het huwelijk niet opgeheven. Dit vloeit voort uit art. 1:3 lid 3 BW. Dit betekent dat bloedverwanten van de echtgenoot van de belastingplichtige, die door het huwelijk 'aanverwanten' zijn geworden, dat ook blijven na een echtscheiding. In art. 4.2 Wet IB 2001 is echter bepaald dat het aanverwantschap, in afwijking van art. 1:3 lid 3 BW, voor de toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling wel eindigt na een echtscheiding.

In hoofdstuk 2 tot en met 4 is gebleken dat met name organisatorische en economische verbondenheid belangrijk zijn in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. Financiële verbondenheid op basis van kapitaalbelang speelt in deze disciplines slechts een beperkte rol. Voor het 'aanmerkelijk belang' in de zin van art. 4.6 Wet IB 2001 wordt echter uitsluitend aangeknoopt bij een financieel belang; aan economische en organisatorische verbondenheid wordt geen aandacht besteed. In dit verband heb ik in hoofdstuk 3 opgemerkt dat de zeggenschap die is verbonden aan een aandelenbelang, niet zonder meer duidt op organisatorische verbondenheid, omdat het niet gaat om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid. De zeggenschap in de ava kan de organisatorische verbondenheid wel ondersteunen, maar of daar effectief sprake van is, hangt in grote mate af van het 'aandeelhoudersactivisme' c.q. het 'aandeelhoudersabsenteïsme'.⁴⁸ Nu de aanmerkelijkbelangregeling erop is gericht om de grootaandeelhouder te behandelen als 'ondernemer', zouden economische en organisatorische verbondenheid naar mijn mening ook van belang moeten zijn.

6.3.9.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

De aanmerkelijkbelangregeling draagt bij aan de rechtsvormneutraliteit. Immers, de effectieve belastingdruk op de winst die wordt behaald door een ondernemer/aanmerkelijkbelanghouder, is als gevolg van deze regeling min of meer gelijk aan de belastingdruk voor een IB-ondernemer. Er bestaat in principe ook neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm van het lichaam waarin de onderneming wordt gedreven. Immers, participaties in een open FGR kunnen op grond van art. 4.5 Wet IB 2001 ook tot een aanmerkelijkbelangpakket behoren. Dat geldt op basis van art. 4.5a Wet IB 2001 ook voor de lidmaatschapsrechten in een coöperatie.

Deze rechtsvormneutraliteit is echter niet compleet, omdat de aanmerkelijkbelangregeling niet zonder meer geldt ten aanzien van een participatie in een open CV. In een besluit van 1 december 2000, nr. CPP2000/2667M, V-N 2001/3.1, is goedge-

48. Overigens zal dit 'aandeelhoudersabsenteïsme' bij familie-BV's niet in dezelfde mate aan de orde zijn als bij beurs-NV's.

keurd dat een dergelijke participatie van ten minste 5% in een open CV ook een aanmerkelijk belang vormt. Echter, het lijkt erop dat zolang de participant niet om toepassing van deze goedkeuring verzoekt, de participatie volgens de regels van box 3 wordt belast.

Hiervoor is al opgemerkt dat voor de beoordeling of sprake is van een 'aanmerkelijk belang', het aandelenbezit van partners moet worden samengeteld. Het gaat hierbij om aandelen die worden gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner, en de persoon met wie men ongehuwd samenwoont en met wie men heeft geopteerd voor het partnerschap in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001. Ik vind het opmerkelijk dat de belangen van personen die ervoor kunnen kiezen om als 'partner' te worden aangemerkt, maar dat niet hebben gedaan, voor de aanmerkelijkbelangregeling niet worden samengeteld. De regeling is hierdoor niet neutraal ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm. De neutraliteit ontbreekt ook omdat geen rekening wordt gehouden met alternatieve samenlevingssituaties.

Overigens is de Staatssecretaris van Financiën zich bewust van deze tekortkoming in de aanmerkelijkbelangregeling. In een brief van 30 juni 2006 merkt hij op dat hij zich realiseert dat de keuzevrijheid voor samenwoners leidt tot fiscaal ongelijke behandeling van gehuwden en ongehuwden, waarbij ongehuwde samenwoners ook in het voordeel kunnen zijn omdat gehuwden geen keuzemogelijkheid hebben.⁴⁹ Hij erkent dat dit zou kunnen leiden tot 'partnerarbitrage', bijvoorbeeld om een aanmerkelijkbelangpositie te vermijden. Ik begrijp niet waarom de wetgever deze arbitragemogelijkheid ongemoeid laat. De heffing over inkomen uit aanmerkelijk belang kan nu door ongehuwde samenwoners eenvoudig worden ontgaan. Dit kan worden tegengegaan door voor de aanmerkelijkbelangregeling niet alleen het aandelenbezit van een gekwalificeerde 'partner' mee te tellen, maar ook dat van een partner die als 'verbonden persoon' wordt beschouwd. Zoals ik in paragraaf 6.3.6 heb beschreven, betreft dit in mijn visie de echtgenoot van de belastingplichtige, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel'. Ik meen dat de 'verbonden persoon' in dit verband een antiontgaansfunctie kan vervullen binnen de aanmerkelijkbelangregeling.

Overigens is het door de echtgenoten gekozen huwelijksgoederenregime van invloed op de vraag of een echtgenoot die zelf geen aandelen bezit, toch een 'aanmerkelijk belang' heeft.⁵⁰ In onder meer HR 10 maart 2006, nr. 38 044, *BNB* 2007/15, is beslist dat indien aanmerkelijkbelangaandelen in een huwelijksgemeenschap vallen, het belang steeds beide echtgenoten aangaat. In geval van een wettelijke gemeenschap van goederen wordt daarom de echtgenoot of geregistreerde partner die niet over de aandelen kan beschikken, geacht voor de onverdeelde helft aanmerkelijkbelanghouder te zijn. Bijvoorbeeld in HR 20 juni 1963, nr. 15 057, *BNB* 1963/313, HR 21 april 1971, nr. 16 535, *BNB* 1971/158 en HR 25 november 1992, nr. 28 322, *BNB* 1993/103, was de Hoge Raad al tot vergelijkbaar oordeel gekomen. Indien men buiten gemeenschap van goederen is gehuwd, heeft een echtgenoot zonder aandelen

49. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 337, nr. 17.

50. J. Ganzeveld, 'Toerekening van resultaat uit terbeschikkingstelling tussen gehuwden?', *NTFR* 2007/2276.

geen 'aanmerkelijk belang' indien de andere echtgenoot dat wel heeft. Dit verschil in behandeling draagt er ook aan bij dat de regeling niet neutraal is ten aanzien van de samenlevingsvorm.

Heithuis stelt zich de vraag of de wettelijke definitie van het begrip 'aanmerkelijk belang' wel deugt.⁵¹ Hij beschrijft dat de 5%-grens bij de wijziging van het aanmerkelijkbelangregime in 1997 is overgenomen van de deelnemingsvrijstelling. Volgens Heithuis is de deelnemingsvrijstelling echter sterker dan de aanmerkelijkbelangregeling gebaseerd op het 'ne-bis-in-idem'-beginsel, en is deze dus vooral gericht op het voorkomen van economische dubbele belastingheffing. De aanmerkelijkbelangregeling is daarentegen gebaseerd op de verlengstukgedachte, op basis waarvan de aanmerkelijkbelanghouder als een ondernemer wordt beschouwd. Dat blijkt onder meer uit de hoogte van het tarief van 25%. De deelnemingsvrijstelling is ook gebaseerd op de verlengstukgedachte, maar volgens Heithuis is het ne-bis-in-idembeginsel voor deze vrijstelling doorslaggevend. Op basis van dit verschil in achtergrond meent hij dat de keuze voor de 5%-grens niet logisch is. Bij een zuivere toepassing van de verlengstukgedachte zou men moeten uitkomen op een hoger belang, bijvoorbeeld een belang van 20% of 25%. Ik kan me echter ook voorstellen dat nu het begrip 'belang van ten minste een derde gedeelte' een grote rol speelt in de verschillende verbondenheidsbegrippen, opnieuw wordt aangesloten bij het oude criterium van 33⅓%. Daarbij komt dat het vaststellen van dit soort grenzen naar mijn mening soms gepaard gaat met opportunisme. In het wetsvoorstel 'Invoering titel 7.13 BW' (31 065) was ten aanzien van een vrijstelling voor de heffing van overdrachtsbelasting voor kleine belangen in Wft-fondsen oorspronkelijk gekozen voor een 5%-criterium. Volgens de wetsgeschiedenis werd met deze grens van 5% aangesloten bij het aanmerkelijkbelangcriterium van de inkomstenbelasting.⁵² Uiteindelijk is voor de kleine belangen in Wft-fondsen een 33⅓%-grens gehanteerd, om buitenlandse vastgoedfondsen tegemoet te komen.⁵³ Begrijp ik het dus goed dat een 5%-pakket 'aanmerkelijk' is, en een 33⅓%-belang 'klein'?

In aansluiting hierop vind ik dat op basis van de verlengstukgedachte ook naar economische en organisatorische verbondenheid zou moeten worden gekeken. In dit verband is door Stevens (2001) een materieel criterium voor het begrip 'aanmerkelijk belang' voorgesteld. Hij pleit ervoor om naast de formele 5%-toets, een materiele toets aan te leggen. Op basis hiervan zou in gevallen waarin een aandeelhouder minder dan 5% van de aandelen houdt, toch sprake zijn van een aanmerkelijk belang indien dat wordt aangehouden vanwege de werkzaamheden in die vennootschap. Immers, deze personen zijn ook niet slechts als aandeelhouder/belegger aan te mer-

51. E.J.W. Heithuis, 'Evaluatie Wet IB 2001; het aanmerkelijk belangregime van box 2', *WFR* 2006, p. 291.

52. Deze argumentatie was al opmerkelijk, omdat voor het aanmerkelijkbelangcriterium van art. 4 lid 3 WBR nog altijd een 33⅓%-grens geldt. In het verleden is wel voorgesteld om deze grens ook te verlagen naar 5%. Dit voorstel is destijds echter ingetrokken met het argument dat men de bepaling van art. 4 WBR als geheel in heroverweging wenste te nemen, zo blijkt uit *Kamerstukken II* 1997/98, 25 692, nr. 6, p. 5 en 6. Bij de daaropvolgende wetwijziging van 28 december 2000 werd het 33⅓%-criterium echter toch gehandhaafd.

53. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 065, nr. 8, p. 3.

ken, maar hebben een meer dan normaal belang bij de winst van die vennootschap. Tot op zekere hoogte kan deze gedacht ook worden herkend in de lucratiefbelangregeling van art 3.92b (voorstel) Wet IB 2001, die in het wetsvoorstel 'Belastingheffing op excessieve beloningsbestanddelen' wordt geïntroduceerd. Zoals ik in paragraaf 6.3.7 heb opgemerkt, gaat het in deze regeling echter met name om de belastingheffing op het zeer hoge rendement en de waardestijgingen die optreden indien de management- en/of aandeelhoudersdoeleinden van de belastingplichtige worden behaald.

6.3.9.4 Aanbevelingen

Voor het begrip 'aanmerkelijk belang' zou ik willen uitgaan van een materieel belang van 33⅓%. Zoals door Heithuis is beschreven, doet dit meer recht aan de verlengstukgedachte op basis waarvan de aanmerkelijkbelanghouder als een ondernemer wordt beschouwd. In dit verband zou voor een materieel criterium kunnen worden aangesloten bij het begrip 'belang', dat een rol speelt in verschillende verbondenheidsbegrippen in de Wet VPB 1969. Zoals ik hiervoor in paragraaf 6.3.6 heb verdedigd, zouden hierbij de volgende contouren kunnen gelden:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat overheersende zeggenschap en een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam. Niet alleen een aandelenbelang vormt een 'belang', maar ook andere rechten, zoals zeggenschapsrechten en schuldeisersbelangen, en deelname aan de leiding.
- Ten aanzien van een aandelenvennootschap wordt een 'belang' aanwezig geacht bij het bezit van 33⅓% van de aandelen in het geplaatste kapitaal en de daaraan verbonden stemrechten.
- De belangen gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel', kinderen en kinderen van de levensgezel worden meegeteld bij de beoordeling van het verbondenheidsvermoeden;
- Bovengenoemde veronderstelling van de aanwezigheid van een 'belang' op basis van een aandelenbezit dient om duidelijkheid te bieden in 'standaardsituaties' ten aanzien van aandelenvennootschappen, waarin bijvoorbeeld geen sprake is van zeggenschap op basis van overeenkomsten en alleen een aandelenband bestaat. In verband met de antiontgaansfunctie staat de feitelijke, materieel-economische benadering echter voorop. In gevallen die afwijken van de standaardsituaties, bijvoorbeeld omdat sprake is van een vennootschap zonder een in aandelen verdeeld kapitaal of omdat er krachtens een managementovereenkomst feitelijke zeggenschap en beleidsbepalende invloed kan worden uitgeoefend zonder dat er een aandelenband is, kan ook een 'belang' bestaan.
- Belastingplichtigen krijgen de mogelijkheid om de fiscus vooraf zekerheid te vragen over de aanwezigheid van een 'belang' en verbondenheid.

In de huidige wetgeving is het begrip 'belang' een zeer onduidelijk begrip. In hoofdstuk 7 worden daarom de contouren geschetst van de door mij voorgestane invulling van dit begrip.

6.3.10 *Familieleden in de zin van art. 6.16 Wet IB 2001*

Voor de bepaling van de buitengewone uitgaven als onderdeel van de persoonsgebonden aftrek van Hoofdstuk 6 Wet IB 2001 bevat art. 6.16 Wet IB 2001 een beschrijving van de familiegroep. Op basis hiervan komen bijvoorbeeld niet alleen de ziektekosten van de belastingplichtige zelf in aanmerking voor aftrek, maar ook die van zijn 'partner', zijn kinderen die jonger zijn dan 27 jaar en ernstig gehandicapte personen van 27 jaar of ouder. Voorts zijn bijvoorbeeld ziektekosten met betrekking tot zorgafhankelijke ouders, broers of zusters aftrekbaar, indien zij bij de belastingplichtige inwonen. Het familiebegrip dat hierbij is gehanteerd, kent een facilitaire functie.

Het familiebegrip in art. 6.16 Wet IB 2001 omvat kinderen, pleegkinderen, ouders, broers en zusters. De echtgenoot of geregistreerde partner van deze personen, of de partner met wie zij ongehuwd samenwonen, behoort niet tot de familiekring. Overigens wordt hetzelfde begrip ook gehanteerd in art. 6.25 Wet IB 2001.

Ingevolge art. 2 lid 3 onderdeel i AWR omvat het begrip 'kind' verschillende soorten kinderen, omdat in deze bepaling de eerstegraads bloedverwant en de aanverwant in de neergaande lijn als 'kind' wordt aangemerkt. Het gaat in art. 6.16 Wet IB 2001 dus om 'eigen' kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, maar ook om stiefkinderen, ofwel kinderen van de echtgenoot. Op basis van art. 2 lid 6 AWR geldt dit ook voor kinderen van de geregistreerde partner van de overdrager. Voor een nadere analyse van het begrip 'kind' verwijs ik naar paragraaf 6.3.2.

De kring van familieleden in art. 6.16 Wet IB 2001 is scherp omschreven, hetgeen naar mijn mening kan worden verklaard op basis van de facilitaire functie. Een open norm zou de suggestie kunnen wekken dat de aftrekbeperking ook geldt in situaties waarvoor zij niet is bedoeld.

De familiekring van art. 6.16 Wet IB 2001 wijkt af van de kring van verbonden personen in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Dat vind ik ook begrijpelijk, omdat de familiekring hier een facilitaire functie heeft, en geen vereenzelvigingsfunctie c.q. antiontgaansfunctie.

6.4 **Conclusie**

In dit hoofdstuk is onderzocht waarom 'verbondenheid' relevant is voor de heffing van inkomstenbelasting, en op welke plaats en welke wijze hier in de Wet IB 2001 rekening mee wordt gehouden. Ten aanzien van een aantal thema's in de inkomstenbelasting geldt dat gelieerdheid wel een rol speelt, maar dat dit niet wettelijk is omschreven. Dit is het geval bij het 'grootkoopmanschap', de regeling van art. 3.63 Wet IB 2001 voor bedrijfsoverdrachten aan een medeondernemer of werknemer en de 'uiteindelijk gerechtigde' tot dividenden. Voorts zijn er ruim tien verschillende, wettelijk gedefinieerde verbondenheidsbegrippen te vinden in de Wet IB 2001. Deze begrippen kunnen niet zonder meer met elkaar worden vergeleken. Zo moet rekening worden gehouden met begrippen die duiden op de relatie tussen natuurlijke personen en begrippen waarbij de verbondenheid met een lichaam wordt bedoeld. Voorts

is de gelieerdheid die bijvoorbeeld ligt besloten in het begrip 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001, van een andere orde dan die in het begrip 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001: het begrip 'partner' heeft een beperktere reikwijdte dan de term 'verbonden persoon'. Bovendien verschilt de functie van de begrippen.

In onderstaand schema zijn de conclusies opgenomen die uit de analyse van de wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen in de Wet IB 2001 kunnen worden getrokken. Per begrip is de wettelijke omschrijving summier vermeld, alsmede de functie. Hierbij staat de afkorting 'F' voor: facilitaire functie. Met 'AO' is bedoeld: antiontgaansfunctie. Voorts betekent 'AM': antimisbruikfunctie. De afkorting 'V' betekent: vereenzelvigingsfunctie. Met 'O' is ten slotte bedoeld: operationaliseringsfunctie.

Het schema bevat ook een gesimplificeerde weergave van de beoordeling van elk begrip aan de hand van de gehanteerde toetsingscriteria, namelijk de vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden, de beoordeling van de neutraliteit van de gekozen rechtsvorm of samenlevingsvorm, het gebruik van een open norm dan wel een gesloten norm en de mate van uniformiteit. Met de tekens '+', '+/-' en '-' is een bevestigende respectievelijk twijfelachtige en ontkennende uitkomst van de toets bedoeld. Ten slotte is per begrip kort beschreven welke aanbevelingen ik doe.

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| 'Partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 | Echtgenoot, geregistreerde partner, ongehuwde samenwoners | F en AO | + | + | +/- | - | <p>Onderscheid tussen begrip 'partner' met een facilitaire functie en partnerbegrip in begrip 'verbonden persoon' met een antiontgaansfunctie</p> <p>Facilitair begrip 'partner':</p> <ul style="list-style-type: none"> - Echtgenoot, geregistreerde partner en de 'ongehuwd samenlevende', ofwel de 'levensgezel' met wie de belastingplichtige een 'gezamenlijke huishouding' voert; - Eenmalige keuzemogelijkheid voor ongehuwde partners, die bovendien afhankelijk is van nadere voorwaarden |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| | | | | | | | Partnerbegrip in begrip 'verbonden persoon' met antiontgaansfunctie: <ul style="list-style-type: none"> - Echtgenoot, geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel'; - Weerlegbaar vermoeden van verbondenheid voor ongehuwde samenwoners |
| 'Kind' in de zin van art. 1.4 Wet IB 2001 | 'Eigen' kinderen van de belastingplichtige, adoptiekinderen, erkende kinderen, en stiefkinderen; Kinderen van de partner met wie men ongehuwd samenwoont | F | + | + | + | + | Verduidelijking dat kinderen van de partner met wie de belastingplichtige ongehuwd samenwoont ook als 'kind' wordt aangemerkt |
| 'Samenwerkingsverband' in de zin van art. 3.6 lid 2 Wet IB 2001 | | AO | | + | + | - | Verduidelijking begrip 'samenwerkingsverband': wel personenvennootschappen maar niet aandelenvennootschappen |
| 'Verbonden personen' in de zin van art. 3.6 lid 2 Wet IB 2001 | Personen die behoren tot het huishouden van de belastingplichtige; Bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige, en personen die behoren tot het huishouden van die bloed- of aanverwanten | AO | + | + | + | - | Aansluiting bij begrip 'verbonden persoon' als bedoeld in art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| 'Verbonden persoon' in de zin van art. 3.30a lid 9 Wet IB 2001 | 'Partner' van de belastingplichtige, alsmede ongehuwde samenwoners die ervoor zouden kunnen kiezen om als 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 te worden aangemerkt | AO | + | + | +/- | - | Onderscheid tussen begrippen 'partner' en 'kind' met een facilitaire functie en begrip 'verbonden persoon' met een antiontgaansfunctie |
| 'Verbonden lichaam' in de zin van art. 3.30a lid 11 Wet IB 2001 | Vennootschap waarin de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden persoon een 'aanmerkelijk belang' heeft | AO | - | + | +/- | - | Onderscheid tussen begrippen 'verbonden lichaam' met een antiontgaansfunctie en begrip 'concern' met een facilitaire functie: <ul style="list-style-type: none"> - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 50% van de stemrechten in een aandelenvennootschap; - Stemrechten verbonden aan aandelen waarop alternatieve bezitsvormen rusten (certificaten van aandeel, pandrecht, vruchtgebruik, financiële instrumenten) tellen mee bij beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de aandeelhouder; - Deze alternatieve bezitsvormen tellen niet mee bij de houder ervan |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| Verbonden personen in de zin van art. 3.46 lid 1 Wet IB 2001 | Personen die tot het huishouden van de belastingplichtige behoren; Bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige, of personen die tot hun huishouden behoren; Gerechtigden tot een nalatenschap; Personen die een 'belang' van ten minste 33⅓% hebben in een lichaam | AM | + | + | + | - | Aansluiting bij de begrippen 'verbonden persoon' en verbonden lichaam als bedoeld in art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 |
| 'Verbonden persoon' in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 | 'Partner' van de belastingplichtige; Partner in alternatieve samenwoonsituaties; Minderjarige kinderen; Indien de belastingplichtige minderjarig is: ouders en hun partners; Indien ongebruikelijke terbeschikkingstellingen: andere bloed- en aanverwanten in de rechte lijn | AO | + | +/- | + | - | Uniform begrip 'verbonden persoon': - Echtgenoot, geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel'; - Weerlegbaar vermoeden van verbondenheid voor ongehuwde samenwoners; - Minderjarig 'kind' van de belastingplichtige of van zijn 'levensgezel'; - Indien de belastingplichtige minderjarig is: bloed- of aanverwant in de opgaande lijn, en diens echtgenoot, geregistreerde partner of 'levensgezel'; - De duurzaam gescheiden levende echtgenoot en de ex-schoonfamilie worden niet tot de kring van verbonden personen gerekend Aansluiting bij begrip 'verbonden natuurlijke persoon' voor relatie met verbonden lichaam |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| Verbonden lichaam in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 | Vennootschap waarin de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden persoon, een 'aanmerkelijk belang' heeft | AO | - | + | +/- | - | Aansluiting bij begrip 'verbonden natuurlijk persoon' als bedoeld in art. 10a lid 5 Wet VPB 1969 voor relatie met verbonden lichaam (hoofdstuk 7) |
| 'Verbonden persoon' in de zin van art. 3.92b lid 5 (voorstel) Wet IB 2001 | 'Partner' van de belastingplichtige; Partner in alternatieve samenwoonsituaties; Bloed- en aanverwanten in de rechte lijn | AO | + | +/- | + | - | Aansluiting bij de begrippen 'verbonden persoon' en verbonden lichaam als bedoeld in art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 |
| Verbonden personen in de zin van art. 3.101, art. 6.3 en 6.4 Wet IB 2001 | Voormalige echtgenoot en geregistreerde partner; Bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn; Personen die behoren tot het huishouden van de belastingplichtige | O | + | - | + | - | Aansluiting bij begrip 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001; Afwijking van art. 1:3 lid 3 BW zodat de duurzaam gescheiden levende echtgenoot en diens kinderen niet tot de kring van verbonden personen worden gerekend |
| 'Aanmerkelijk belang' in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001 | Bezit van 5% van het geplaatste kapitaal in een aandelenvennootschap | O | - | +/- | - | - | Aansluiting bij bezit van 33⅓%- 'belang' (hoofdstuk 7): <ul style="list-style-type: none"> - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 33⅓% van de stemrechten in een aandelenvennootschap; |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| | | | | | | | <ul style="list-style-type: none"> - Belangen gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel', kinderen en kinderen van de levensgezel worden meegeteld; - Mogelijkheid van zekerheid vooraf |
| Familieleden in de zin van art. 6.16 Wet IB 2001 | Kinderen, pleegkinderen, ouders, broers en zusters | F | + | + | + | + | |

HOOFDSTUK 7

Vennootschapsbelasting

7.1 Inleiding

Vennootschapsbelasting wordt geheven van lichamen, zo is bepaald in art. 1 Wet VPB 1969. In art. 2 en 3 Wet VPB 1969 zijn de belastingplichtige lichamen nader omschreven.

In juridische zin is de vennootschapsbelasting een directe belasting. In economische zin lijkt echter sprake van een indirecte belasting; de aandeelhouders hoeven waarschijnlijk niet in economische zin de last van de vennootschapsbelasting te betalen, omdat deze wordt afgewenteld op werknemers.¹

Volgens Verburg (1984) vindt de vennootschapsbelasting haar rechtvaardiging in de inkomstenbelasting. Van Lindonk (1990) beschrijft in dit verband dat de vennootschapsbelasting complementair is aan de heffing van inkomstenbelasting: de Wet VPB 1969 heft over ondernemingswinsten die niet door natuurlijke personen zijn behaald.

Overigens ontbreekt een duidelijke rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting. De Vries en De Vries verwijzen naar de parlementaire behandeling van de Wet VPB 1969, waarin de bewindslieden opmerkten dat de vennootschapsbelasting budgettair gesproken niet meer viel weg te denken.² Van der Geld noemt naast dit budgettaire argument, de zogenoemde antropomorfe visie, de leer van het globale evenwicht, de compensatietheorie, het profijtbeginsel en het buitenkansbeginsel als rechtvaardigingsgronden.³

In EU-verband is nog geen sprake van een harmonisatie van de vennootschapsbelasting die in de verschillende lidstaten wordt geheven. In het verleden zijn wel enkele principiële kwesties geüniformeerd door middel van richtlijnen, zoals de Moeder-

1. R.A. de Mooij, *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?* (oratie), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2003.
2. *Kamerstukken II 1968/69*, 6000, nr. 25, vraag 3, ontleend aan N.H. de Vries en R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, onderdeel 0.0.1.
3. J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling*, Deventer: Kluwer 1990.

dochterraichtlijn⁴ en de Interest- en royaltyrichtlijn.⁵ Voorts heeft de jurisprudentie van het HvJ EG de afgelopen jaren bijgedragen tot enige uniformering. De Vries en De Vries noemen ook het toezicht op staatssteun door de Europese Commissie als harmoniserende factor, alsmede de zogenoemde 'code of conduct' van 1 december 1997 van de Ecofin-Raad.⁶ Hoewel dit geen volledige harmonisatie betreft, wijs ik in dit verband nog op het project dat de Europese Commissie in 2001 heeft geïnitieerd om te komen tot een 'Common Consolidated Corporate Tax Base' (CCCTB). Dit biedt moedervenootschappen van multinationale ondernemingen de mogelijkheid om voor hun EU-activiteiten één geconsolideerd belastbaar bedrag vast te stellen.

In de Wet VPB 1969 kan een groot aantal verschillende verbondenheidsbegrippen worden gevonden. Evenals in de Wet IB 2001 betreft dit enerzijds begrippen waarin in de relatie tussen natuurlijke personen wordt gedefinieerd en anderzijds verbondenheidsbegrippen voor lichamen. Voorts zijn er enkele onderwerpen waarin 'verbondenheid' een rol speelt, zonder dat deze nader is omschreven in de wet. Hierna worden eerst deze onderwerpen behandeld. Vervolgens worden de wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen onderzocht, waarbij de begrippen worden vergeleken met het geschetste bedrijfseconomische en privaatrechtelijke toetsingskader. Voorts worden de begrippen beoordeeld op rechtstheoretische aspecten, zoals neutraliteit, het gebruik van een open norm dan wel een scherpe norm en de uniformiteit van definities. Op basis van deze analyse worden per begrip aanbevelingen gedaan, rekening houdend met de aard en functie van de begrippen.

7.2 **Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving**

In hoofdstuk 6 is al gewezen op de fiscale behandeling van de 'vaste inrichting' en het onderscheid tussen transparante en non-transparante samenwerkingsverbanden. Dit zijn thema's van 'verbondenheid' zonder een wettelijke omschrijving die ook van belang zijn voor de vennootschapsbelasting. In de rechtspraak over de belastingplicht van stichtingen en verenigingen, alsmede het voorstel om in de EU te komen tot een 'Common Consolidated Corporate Tax Base', speelt verbondenheid ook een rol. Hierna behandel ik deze thema's.

7.2.1 **Vaste inrichting**

Ten aanzien van buitenlandse belastingplichtigen voor de vennootschapsbelasting is op basis van art. 17 lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969 de winst belast die een buitenlands lichaam behaalt door middel van een in Nederland gevestigde 'vaste inrichting'

4. Richtlijn van de Raad van 23 juli 1990, *PbEG* 1990, L 225 (Rectificatie *PbEG* 1997, L 16), betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, laatstelijk gewijzigd 22 december 2003, *PbEU* 2004, L 7.
5. Richtlijn van de Raad van 3 juni 2003, *PbEG* 2003, L 157, betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten, laatstelijk gewijzigd 29 april 2004, *PbEU* 2004, L 157 (Rectificatie *PbEU* L 195).
6. Gedragscode ter voorkoming van schadelijke belastingconcurrentie, *PbEG* 1998, C2/01.

of een vaste vertegenwoordiger. In dezelfde zin is dit voor de inkomstenbelasting bepaald in art. 7.2 lid 2 onderdeel a Wet IB 2001.

Op basis van art. 5 lid 1 OESO wordt onder een vaste inrichting verstaan:

‘... a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.’

Kavelaars, De Graaf en Stevens (2007) merken op dat dit begrip ‘vaste inrichting’ niet alleen betrekking heeft op de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen verdragsluitende staten en de winsttoerekening van art. 7 OESO, maar op het gehele verdrag. In dit verband geldt het begrip ook voor de toerekening van arbeidsinkomsten in geval van detachering als bedoeld in art. 15 OESO. Overigens is de begripsomschrijving in art. 5 lid 1 OESO min of meer gelijk aan de definitie van de ‘vaste inrichting’ in art. 5 lid 1 NSV en art. 2 lid 1 BvdB 2001.

In art. 5 lid 2 tot en met 4 OESO (NSV) is nader gepreciseerd wat onder het begrip ‘vaste inrichting’ dient te worden verstaan. In vergelijkbare zin zijn in art. 7.4 Wet IB 2001 en art. 17a Wet VPB 1969 vormen van een fictieve vaste inrichting genoemd. Voorts is in art. 5 lid 5 en 6 OESO (NSV) de ‘vaste vertegenwoordiger’ bedoeld.

Om te bepalen welk gedeelte van de winst kan worden toegerekend aan een vaste inrichting, bestaan twee basismethoden. In de eerste plaats is er de ‘directe methode’, ook wel de methode van ondernemingssplitsing genoemd. Op basis hiervan wordt de vaste inrichting als een zelfstandige onderneming behandeld. Dat wil zeggen, dat alle vermogensbestanddelen van de onderneming moeten worden toegerekend aan de vaste inrichting of aan het hoofdhuis. De opbrengsten en kosten die verband houden met de aan de vaste inrichting toegerekende bestanddelen bepalen de winst van de vaste inrichting. Deze directe methode wordt ook als uitgangspunt gehanteerd in het BvdB 2001.

Ten tweede is er de indirecte methode, ook bekend als de methode van winst-splitsing. Hierbij wordt de totale winst van de onderneming gesplitst op basis van bepaalde verdeelsleutels, bijvoorbeeld op basis van het aantal werkzame personen bij de vaste inrichting en het hoofdhuis, of op basis van omzetverhoudingen of kostenstructuur.

In verband met de winsttoerekening kan nog worden gewezen op een OESO-project, waarin de zelfstandigheidsfictie nader wordt onderzocht.⁷ In dit verband is in vier deelrapporten een nieuwe methode van winstallocatie uiteengezet, waarin de vaste inrichting als een geheel zelfstandige entiteit wordt behandeld. Bedrijfsmiddelen, risico's en vermogen worden eerst toegerekend aan de vaste inrichting op basis van een functionele analyse; vervolgens wordt op basis van art. 9 OESO een ‘at arm’s

7. Voor een overzichtelijke beschrijving van dit OESO-project en de nieuwe winstallocatiemethode wordt verwezen naar Kavelaars, De Graaf en Stevens (2007).

length'-winst toegerekend aan de vaste inrichting. Deze nieuwe methode van winst-allocatie zal uitmonden in een aanpassing van art. 7 OESO.⁸

7.2.2 *Samenwerkingsverbanden*

Een samenwerkingsverband creëert verbondenheid tussen de participanten onderling en tussen de participanten en het samenwerkingsverband. Die verbondenheid komt ook tot uitdrukking in de fiscale transparantie van samenwerkingsverbanden voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting. In zuiver Nederlandse verhoudingen is het onderscheid tussen fiscale transparantie en non-transparantie van belang voor de vraag op welk niveau de winst van een samenwerkingsverband moet worden belast. Ingeval van fiscale transparantie vindt heffing van inkomsten- of vennootschapsbelasting plaats bij de participanten; bij non-transparantie is het samenwerkingsverband zelfstandig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.

Overigens kan in de in hoofdstuk 2 beschreven doelstellingen van 'strategische allianties' een argument voor fiscale transparantie van samenwerkingsverbanden worden gevonden. Naar mijn mening kan met name uit de beoogde kostenreductie en risicovermindering worden afgeleid dat zij een verlengstuk zijn van de betrokken ondernemingen. Blijkbaar worden strategische allianties niet als afzonderlijke ondernemingen beschouwd, maar als een noodzakelijke stap buiten de grenzen van de onderneming van de participanten.

De basis van het onderscheid tussen fiscale transparantie en non-transparantie kan worden gevonden in art. 2 lid 1 onderdeel a tot en met d Wet VPB 1969, waarin de lichamen worden opgesomd die zelfstandig belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting. Hieruit blijkt dat het bezit van rechtspersoonlijkheid in beginsel bepalend is voor de zelfstandige belastingplicht. In dit verband neemt de CV een bijzondere positie in, omdat de behandeling van deze rechtsvorm afhankelijk is van de vrije verhandelbaarheid van de participaties. Indien de toetreding of vervanging van de commanditaire vennoten mogelijk is zonder voorafgaande toestemming van alle zittende participanten, wordt de CV op basis van art. 2 lid 3 onderdeel c AWR als 'open' aangemerkt. In dat geval wordt de CV gelijkgesteld met een aandelenvennootschap, en is zij op basis van art. 2 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 zelfstandig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Wanneer wel voorafgaande toestemming is vereist, is de CV niet 'open' en wordt zij als fiscaal transparant beschouwd.

Op basis van art. 2 lid 1 onderdeel e Wet VPB 1969 wordt een FGR in beginsel als belastingplichtige aangemerkt. Uit art. 2 lid 2 Wet VPB 1969 blijkt echter dat hierbij eveneens van belang is of de toetreding of vervanging van deelgerechtigden kan plaatsvinden met of zonder voorafgaande toestemming van de zittende participanten. Indien geen voorafgaande toestemming is vereist, is het FGR 'open'. Het wordt echter toch als transparant beschouwd, indien vervreemding van participaties uitsluitend kan plaatsvinden aan het fonds zelf of aan bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de deelgerechtigden.

8. In dit verband is op 21 april 2008 een concepttekst van het aangepaste OESO-modelverdrag gepubliceerd.

Kavelaars, De Graaf en Stevens (2007) merken op dat het onderscheid tussen fiscale transparantie en non-transparantie ook relevant is in het internationaal belastingrecht, en met name voor de vraag waar het samenwerkingsverband is gevestigd. Aan de hand van de vestigingsplaats kan immers het heffingsrecht van een staat worden bepaald. Indien een samenwerkingsverband fiscaal transparant is, wordt de vestigingsplaats bepaald op basis van de plaats waar de participanten wonen of gevestigd zijn. Voor een non-transparant samenwerkingsverband is echter doorslaggevend in welke staat de feitelijke leiding zich bevindt.

Meer specifiek is het onderscheid tussen fiscale transparantie en non-transparantie in de eerste plaats van belang in een situatie waarin een buitenlands samenwerkingsverband in Nederland is gevestigd; het is dan de vraag of het samenwerkingsverband binnenlands belastingplichtige is in de zin van art. 2 Wet VPB 1969. De tweede situatie waarin dit onderscheid relevant is, betreft een buitenlands samenwerkingsverband dat niet in Nederland is gevestigd maar wel Nederlands broninkomen geniet; in dit geval rijst de vraag of sprake is van buitenlandse belastingplicht in de zin van art. 3 Wet VPB 1969. Het derde geval betreft een in Nederland woonachtige of gevestigde participant in een samenwerkingsverband met een vestigingsplaats in het buitenland; in dit geval rijst de vraag of de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969 van toepassing is op het resultaat uit het samenwerkingsverband en of op basis van een verdrag of het BvdB 2001 een vrijstelling ter voorkoming van internationaal dubbele belastingheffing moet worden geboden.

Kavelaars, De Graaf en Stevens beschrijven dat de classificatie van samenwerkingsverbanden in de jurisprudentie in twee stappen plaatsvindt. Eerst wordt aan de hand van het buitenlandse civiele recht vastgesteld wat de relevante juridische kenmerken zijn van het desbetreffende samenwerkingsverband. Vervolgens wordt bij deze kenmerken een vergelijkbare Nederlandse entiteit gezocht en op basis hiervan wordt de fiscale behandeling vastgesteld. In het besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, V-N 2005/5.12, zijn hiervoor toetsingscriteria genoemd. Ik behandel deze criteria hierna, nadat ik ben ingegaan op het onderscheid tussen transparantie en non-transparantie in Nederlandse verhoudingen.

Bezit van rechtspersoonlijkheid als criterium

Van Kempen (1999) beschrijft drie uitgangspunten die ten grondslag hebben gelegen aan het onderscheid tussen transparantie en non-transparantie op basis van het criterium van rechtspersoonlijkheid. In de eerste plaats zou de wetgever hebben gemeend dat de aandeelhouder in een kapitaalvennootschap niet direct recht heeft op het resultaat, terwijl de participant in een personenvennootschap daarover wel rechtstreekse beschikkingsmacht heeft. Ten tweede zou de wetgever ervan zijn uitgegaan dat een kapitaalvennootschap, anders dan een personenvennootschap, haar bestaan leidt los van de aandeelhouder. Dat wil zeggen, dat de kapitaalvennootschap de verschijningsvorm is van een zelfstandige onderneming, die juridisch en economisch losstaat van de aandeelhouder. Het derde uitgangspunt houdt verband met het al dan niet samenvallen van de positie van kapitaalverschaffer en ondernemer. Hierbij wordt verondersteld dat bij een kapitaalvennootschap sprake is van een scheiding tussen onderneming en aandeelhouder. Van Kempen beargumenteert echter dat deze drie uitgangspunten het onderscheid tussen transparantie en non-

transparantie niet goed verklaren c.q. rechtvaardigen. Om die reden pleit ze voor een zelfstandige belastingplicht van alle samenwerkingsverbanden. Voorts zou volgens haar een ondernemingswinstbelasting moeten worden ingevoerd, waarbij de heffing van inkomstenbelasting van de participant wordt geïntegreerd in de vennootschapsbelasting die wordt geheven op het niveau van het samenwerkingsverband.⁹ Op deze wijze zouden aandelenvennootschappen en personenvennootschappen gelijk worden behandeld.¹⁰

Uit de fiscale behandeling van het EESV kan overigens worden afgeleid dat het bezit van rechtspersoonlijkheid geen goede rechtvaardigingsgrond is voor het onderscheid tussen transparantie en non-transparantie. Hoewel het EESV rechtspersoonlijkheid heeft, wordt het op basis van een besluit van de Staatssecretaris van Financien van 1 maart 1990, nr. WDB 90/63, V-N 1990/815, toch als fiscaal transparant aangemerkt. De achtergrond hiervan zou zijn dat de leden onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijk zijn. Op basis van de verordening waarbij het EESV als rechtsvorm is geïntroduceerd, wordt de winst dan ook beschouwd als winst van de leden.¹¹ Naar mijn mening kan de aansprakelijkheid echter ook niet worden aangevoerd als grondslag voor het onderscheid tussen transparantie en non-transparantie: de commanditaire vennoot in een besloten CV is ook slechts aansprakelijk tot het bedrag van zijn inbreng, terwijl deze CV fiscaal toch transparant is.

Heithuis heeft net als Van Kempen voorgesteld om alle ondernemingen in de heffing van vennootschapsbelasting te betrekken.¹² Hij merkt op dat een rechtsvormneutrale belastingheffing van ondernemingswinst zich in twee extreme richtingen zou kunnen ontwikkelen. In de eerste plaats zou de reikwijdte van de vennootschapsbelasting kunnen worden beperkt door de fiscale transparantiegedachte ook toe te passen op lichamen die op dit moment belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting. Een nadeel van deze richting is echter dat deze in internationaal perspectief tot dubbele belastingheffing zou kunnen leiden. Een andere richting is de uitbreiding van de reikwijdte van de vennootschapsbelasting tot fiscaal transparante entiteiten; dit is dus een beperking van de fiscale transparantiegedachte. Ten opzichte van het alternatief van de uitbreiding van de transparantiegedachte is dit beter inpasbaar in de relatie met het buitenland.¹³ Met de uitbreiding van de reikwijdte van

9. Zie ook: M.L.M. van Kempen, 'Het wetsvoorstel 7.13 BW en de fiscale transparantie van personenvennootschappen', *WFR* 2003, p. 285.

10. Zoals is beschreven in hoofdstuk 1, zijn de eerste gedachten over een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting uitgewerkt door Van Dijck (1984).

11. Verordening nr. 2137/85 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1985 tot instelling van de Europese economische samenwerkingsverbanden, *PbEG* 1985, L 199/1.

12. E.J.W. Heithuis, 'Hoe de vennootschapsbelasting zich kan ontwikkelen tot een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting', *MBB* 2004, nr. 4 en E.J.W. Heithuis, 'Fiscale aspecten wetsvoorstel 31 065 (Invoeringswet titel 7.13 BW): Huiswerk overdoen!', *NIFR* 2007/1535.

13. Inperking van de fiscale transparantiegedachte zal niet leiden tot een materiële wijziging van de buitenlandse belastingplicht in Nederland van een buitenlands samenwerkingsverband. Op basis van het voorstel is de vaste inrichting van het samenwerkingsverband in Nederland dan zelfstandig belast met vennootschapsbelasting. Wellicht worden in het buitenland de participanten als belastingplichtigen beschouwd. Dit hoeft echter geen probleem te zijn, indien deze in het buitenland nog steeds een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting krijgen. In de →

de vennootschapsbelasting tot fiscaal transparante entiteiten zouden volgens Heithuis ook allerlei ingewikkelde fiscale regelingen, zoals die van de geruisloze inbreng van een onderneming in een BV en de geruisloze terugkeer uit de BV, kunnen verdwijnen.

Vrije verhandelbaarheid van de participaties als criterium

De Jong (2001) en Stevens (2002) gaan uitvoerig in op het criterium van de vrije verhandelbaarheid van de participaties, dat bepalend is voor het onderscheid tussen 'open' en 'besloten' CV's. Zij beschrijven dat de achterliggende gedachte van de wetgever is geweest dat de participanten in een open CV in hoofdzaak kapitaal verschaffen. Bij de besloten CV zou de op onderlinge samenwerking gerichte persoonlijke relatie tussen de commanditaire vennoten het kenmerkende element zijn. Stevens meent dat de wetgever er niet in is geslaagd dit onderscheid in de praktijk te maken. Immers, scheepvaart-CV's en film-CV's worden ook als fiscaal transparant beschouwd, terwijl het hierbij niet gaat om participanten/ondernemer. Volgens Stevens zou het criterium van de vrije verhandelbaarheid moeten verdwijnen. In plaats daarvan zou een ondernemingswinstbelasting moeten worden ingevoerd, of een optiemodel dat vergelijkbaar is met de Amerikaanse 'check-the-box'-regels. Daarentegen wil De Jong het criterium van vrije verhandelbaarheid handhaven, maar wel aanpassen om de praktische bruikbaarheid ervan te vergroten. Zij denkt bijvoorbeeld aan een versoepeling, waardoor slechts de toestemming van 70% van de deelgerechtigden is vereist.

De commissie 'Samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (2004) zou voor de fiscale transparantie willen aansluiten bij het bezit van rechtspersoonlijkheid. Zij zou dit criterium willen combineren met de vraag naar de aansprakelijkheid van de vennoten. Het criterium van vrije verhandelbaarheid zou volgens de commissie moeten vervallen. Rechtspersonen zouden dan non-transparant zijn, tenzij er uitdrukkelijk voor wordt gekozen om deze als transparant te beschouwen. In de visie van de commissie zouden samenwerkingsverbanden zonder rechtspersoonlijkheid steeds transparant zijn.¹⁴

In het besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M, V-N 2007/8.15, heeft de Minister van Financiën invulling gegeven aan het toestemmingsvereiste bij de open CV van art. 2 lid 3 onderdeel c AWR. Hierin is onder meer verduidelijkt dat de vestiging van een recht van vruchtgebruik op een participatie eveneens de toestemming van alle vennoten vereist. Dit vind ik overigens opmerkelijk, omdat voor de wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen de vestiging van een recht van vruchtge-

→ spiegelbeeldsituatie, waarin een binnenlandse belastingplichtige in het buitenland inkomstenbelasting heeft betaald over de winst behaald met een buitenlandse vaste inrichting, zou echter in theorie wel dubbele belastingheffing kunnen resulteren. Dit zal het geval zijn indien bij uitkering van de in het buitenland belaste winst een Nederlandse aanmerkelijkbelangheffing zou worden geheven. Deze dubbele belastingdruk zou echter niet aan de orde zijn indien de ondernemer in Nederland een verrekening voor 'underlying tax' zou worden geboden.

14. Overigens is M.L.M. van Kempen het als lid van de commissie niet eens met dit voorstel. In een zogeheten 'dissenting opinion' stelt zij voor om een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting in te voeren.

bruik niet altijd is te beschouwen als een wijziging van het belang. Voor het onderscheid tussen transparantie en non-transparantie beschouwt de staatssecretaris het blijkbaar wel als een belangenwijziging.

Volgens het besluit is ook toestemming vereist bij de overdracht van een participatie aan een vervangende of toetredende vennoot die tot dezelfde 'groep' behoort. De overdrager verliest zijn invloed op de participatie bij een overdracht aan een 'geleerde partij', ondanks het feit dat zowel overdrager als overnemer tot hetzelfde 'concern' behoren. Dit standpunt lijkt mij onjuist, omdat de invloed op de participatie binnen de groep blijft. Dat is naar mijn mening alleen anders indien geen sprake is van een concern, maar van een conglomeraat. Overigens past de vereiste toestemming bij overdrachten binnen de groep naar mijn mening ook niet bij de achterliggende gedachte van de wetgever ten aanzien van het criterium van vrije overdraagbaarheid. Deze gedachte is dat de participanten in een open CV in hoofdzaak kapitaal verschaffen, terwijl bij de besloten CV de op onderlinge samenwerking gerichte persoonlijke relatie tussen de commanditaire vennoten het kenmerkende element is. Ik kan mij voorstellen dat het wat betreft die persoonlijke relatie voor de participanten in een besloten CV geen verschil maakt of dochtermaatschappij A of B van een bepaald concern participeert. Het concern is nu eenmaal een bouwwerk van verschillende juridische entiteiten met activiteiten waarvan ook had kunnen worden besloten om deze in één rechtsvorm onder te brengen.

In het besluit van de Minister van Financiën van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1870M, V-N 2007/8.16, is de regeling van art. 2 lid 1 onderdeel e Wet VPB 1969 voor het FGR op vergelijkbare wijze uitgewerkt.

Criteria voor buitenlandse samenwerkingsverbanden

Ten aanzien van buitenlandse samenwerkingsverbanden is in een besluit van 19 december 2004, nr. CPP2004/2730M, V-N 2005/5.12, aangegeven op basis van welke criteria moet worden vastgesteld of zij transparant of non-transparant zijn. De toets houdt in dat een aantal vragen wordt gesteld ten aanzien van het karakter van de buitenlandse rechtsvorm, namelijk:

- a. Kan het samenwerkingsverband de juridische eigendom hebben van de vermogensbestanddelen waarmee de activiteiten van het samenwerkingsverband worden uitgeoefend?
- b. Is er ten minste één participant onbeperkt aansprakelijk voor de schulden en de andere verplichtingen van het samenwerkingsverband?
- c. Heeft het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal?
- d. Kan er, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten plaatsvinden zonder dat er toestemming nodig is van de participanten?

Indien vraag a. met 'ja' wordt beantwoord, en vraag b. met 'nee', is sprake van een non-transparante rechtsvorm. Luidt het antwoord op vraag b. 'ja', dan moeten ook c. en d. worden beoordeeld. Indien deze vragen beide met 'ja' worden beantwoord, is eveneens sprake van non-transparantie. Indien vraag c. of d. echter met 'nee' worden beantwoord, is volgens het besluit sprake van een transparant lichaam.

Voor de fiscale behandeling van buitenlandse rechtsvormen die vergelijkbaar zijn met een CV kunnen ook aanknopingspunten worden gevonden in het hiervoor genoemde besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M, V-N 2007/8.15.

Er moet worden bedacht dat de hiervoor genoemde criteria uitsluitend betrekking hebben op de wijze waarop het onderscheid tussen een transparant en een non-transparant buitenlands samenwerkingsverband worden gemaakt voor de Nederlandse belastingheffing. In de staat waar het buitenlandse samenwerkingsverband is gevestigd kan het fiscaal op een andere wijze worden geduid; er is dan sprake van een 'hybride entiteit'.¹⁵

Criterium in wetsvoorstel 'Invoering titel 7.13 BW' (31 065)

In hoofdstuk 3 is het wetsvoorstel 'Titel 7.13 BW' (28 746) beschreven, op grond waarvan personenvennootschappen onder meer rechtspersoonlijkheid kunnen verkrijgen. Nadien is in het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' (31 065) bevestigd dat de transparantie voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting zal blijven gelden, ook indien ervoor is gekozen om de personenvennootschap rechtspersoonlijkheid te laten verschaffen in de vorm van de OVR of CVR. In dit verband wordt de invoering van art. 3.7 (voorstel) Wet IB 2001 voorgesteld. Op grond van deze bepaling worden de bezittingen en schulden, en opbrengsten en uitgaven, van een OVR en een CVR op dezelfde wijze toegerekend aan de vennoten als bij een OV en een CV die geen rechtspersoonlijkheid hebben. De bepaling werkt op basis van een wijziging van art. 8 lid 3 (voorstel) Wet VPB 1969 door naar de vennootschapsbelasting. Hierdoor is verduidelijkt dat de besloten CV of CVR fiscaal transparant is.¹⁶ De open CV of CVR zal niet transparant zijn.¹⁷ De verwachte datum van inwerkingtreding van beide wetsvoorstellen is 1 januari 2009.¹⁸

In feite wordt de rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting genegeerd, waardoor zij ook als transparant worden beschouwd.¹⁹ Volgens de wetgever is dit geoorloofd, omdat de rechtspersoonlijkheid het goederenrecht betreft en de mogelijkheid dat de vennootschap zelf partij kan zijn bij overeenkomsten en verbintenissen. Het belangrijkste kenmerk van de personenvennootschap is volgens de wetgever de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten, die onverminderd blijft gelden.²⁰ In het kader van het project 'Modernisering van het ondernemingsrecht' is dit argument van de aansprakelijkheid nog zwaarder aangezet, waarbij is beweerd dat het onderscheid tussen non-transparantie en transparantie parallel loopt aan het onderscheid tussen entiteiten en samenwerkingsvormen die voor de deelnemers een beperkte aansprakelijkheid kennen en

15. Voor een nadere beschrijving van deze problematiek verwijs ik naar Kavelaars, De Graaf en Stevens (2007).

16. A.J.A. Stevens, 'Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW: enige vennootschapsbelastingaspecten', *WFR* 2007, p. 819.

17. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, p. 40.

18. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 065, nr. 10, p. 5.

19. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 5, p. 3.

20. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, p. 35.

die waarbij de deelnemers hoofdelijk aansprakelijk zijn.²¹ Dit aansprakelijkheidsargument is hiervoor al genoemd ten aanzien van de transparantie van het EESV. Daarbij heb ik opgemerkt dat de aansprakelijkheid naar mijn mening niet kan worden aangevoerd als grondslag voor het onderscheid tussen transparantie en non-transparantie.²² In verband met het moderniseringsproject is het aansprakelijkheidsargument bovendien niet sterk, omdat in het kader van een ander projectonderdeel, namelijk het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058), in art. 2:192, lid 1 (voorstel), BW de mogelijkheid wordt geïntroduceerd dat aandeelhouders naast de vennootschap aansprakelijk zijn jegens derden. Het zou mij verbazen indien de BV dan ook als fiscaal transparant zou worden aangemerkt.

Ik houd het er dan ook op dat aan de fiscale transparantie van de OVR en de CVR geen echt criterium ten grondslag ligt. In dit kader vind ik het ook opvallend dat de door Van Kempen (1999) beschreven, kennelijke uitgangspunten voor het huidige onderscheid tussen transparantie en non-transparantie helemaal niet zijn genoemd. Door de Raad van State is opgemerkt dat de BV en de personenvennootschap als gevolg van de flexibilisering van het BV-recht en de introductie van de OVR en de CVR naar elkaar toegroeien.²³ In verband met deze ontwikkelingen zou het fiscale ondernemingsrecht moeten worden heroverwogen, waarbij de rechtsvorm van de onderneming niet langer bepalend is voor de heffing van inkomsten- of vennootschapsbelasting. In de literatuur is ook veelvuldig gepleit voor een dergelijke heroverweging.²⁴ De wetgever heeft dit echter afgedaan met de opmerking dat de keuze voor een OVR of CVR geen gevolgen heeft voor de behandeling voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Daarom werpt de invoering van deze nieuwe rechtsvormen volgens de wetgever geen nieuw licht op de discussie over de wenselijkheid van een rechtsvormneutrale winstbelasting.²⁵ Het komt mij voor dat de wetgever hierbij een doelredenering volgt. Het gewenste resultaat – handhaving van de fiscale transparantie – staat voorop, en niet de fiscaal-technische argumentatie.²⁶

Criterium voor een principieel onderscheid tussen transparantie en non-transparantie

Zwemmer heeft al langer geleden voorgesteld om voor het onderscheid tussen transparantie en non-transparantie een materiële grens tussen 'ondernemen' en

21. *Kamerstukken II 2007/08*, 29 752, nr. 6, p. 10.

22. In dezelfde zin: A.J.A. Stevens, 'Ooh LLP, gij schoonste aller vrouwen?!?', *NTFR 2008/337*.

23. *Kamerstukken II 2006/07*, 31 065, nr. 5, p. 2.

24. Onder meer door M.L.M. van Kempen, als lid van de commissie 'Samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (2004), en in M.L.M. van Kempen, 'Het wetsvoorstel Titel 7.13 BW en de fiscale transparantie van personenvennootschappen', *WFR 2003*, p. 6517. Zie ook A.W.G. Lamers en A.J.A. Stevens, 'Overige fiscale aspecten van het wetsvoorstel ter vaststelling van Titel 7.13 (vennootschap) BW', *WFR 2003*, p. 6517, J.J.M. Jansen, 'Personenvennootschapsrecht ingrijpend in beweging', *WFR 2007*, p. 807, J.J.M. Jansen, 'Invoeringswet personenvennootschappen en inkomstenbelasting', *WFR 2007*, p. 815, A.J.A. Stevens, 'Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW: enige vennootschapsbelastingaspecten', *WFR 2007*, p. 819, en E.J.W. Heithuis, 'Fiscale aspecten wetsvoorstel 31 065 (Invoeringswet titel 7.13 BW): Huiswerk overdoen!', *NTFR 2007/1535*.

25. *Kamerstukken II 2006/07*, 31 065, nr. 3, p. 36.

26. G.J.W. Kinnegim, 'De flex-BV fiscaal getoetst', *Ondernemingsrecht 2007*, 10/11, spreekt van een 'zelfgecreëerde cirkelredenering'.

‘beleggen’ te trekken.²⁷ Hij acht het bezit van rechtspersoonlijkheid en de vrije verhandelbaarheid van de participaties als criteria onbevredigend, en zou de vennootschapsbelasting willen zien als een heffing over winst van een objectieve onderneming die niet aan ondernemers persoonlijk kan worden toegerekend. Op basis hiervan zou een samenwerkingsverband transparant moeten zijn voor zover de winst toekomt aan een ondernemer, ongeacht de rechtsvorm. Voor het gedeelte van de winst dat toekomt aan beleggers zou non-transparantie moeten gelden, omdat het volgens Zwemmer niet redelijk lijkt een kleine belegger voor een evenredig gedeelte van de winst te belasten, terwijl die winst niet altijd integraal tot uitdrukking komt in de koers. Op basis van dit voorstel zal met name bij een NV of BV een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de beleggende aandeelhouder en de ondernemende aandeelhouder. In dit verband zal de fiscale behandeling van de winst die aan beide kan worden toegerekend uiteenlopen. Zwemmer baseert dit onderscheid op de invloed die kan worden uitgeoefend op het ondernemingsbeleid. In zijn ogen zou de combinatie van aandeelhouderszeggenschap en de positie van bestuurder moeten leiden tot de kwalificatie als ‘ondernemende aandeelhouder’.

Dit voorstel spreekt mij aan vanwege de materieel-economische zuiverheid. De gedachte om een samenwerkingsverband als fiscaal transparant te beschouwen voor zover de winst toekomt aan een participant/ondernemer sluit aan bij de doelstellingen van de in hoofdstuk 2 beschreven ‘strategische allianties’. Deze vormen een verlengstuk van de ondernemingen van de betrokken participanten/ondernemer. Er is voorts een parallel met de in hoofdstuk 3 beschreven scheiding tussen ‘ownership’ en ‘control’. Voor participanten/ondernemer in een personenvennootschap, een ‘eenmans-BV’ en een BV die als ‘quasi-OV’ dient, ontbreekt deze scheiding. Naar mijn mening is dit een argument om het samenwerkingsverband in deze gevallen als transparant te beschouwen. Daarentegen zal voor participanten/belegger wel sprake zijn van een scheiding tussen ‘ownership’ en ‘control’. Dit lijkt mij een argument voor een zelfstandige belastingplicht van samenwerkingsverbanden voor zover de winst toekomt aan participanten/belegger.

Echter, het voorstel lijkt niet eenvoudig toepasbaar in de praktijk, hetgeen Zwemmer zelf overigens ook als een nadeel noemt. In het algemeen leidt het onderscheid tussen ondernemen en beleggen tot uitvoeringstechnische kwalificatieproblemen, zo merkt Stevens op.²⁸ Bij een heroverweging van het principiële onderscheid tussen fiscale transparantie en non-transparantie zou mijn voorkeur daarom uitgaan naar een vennootschapsbelastingplicht van alle personenvennootschappen, ongeacht de vraag of zij rechtspersoonlijkheid bezitten of vrij verhandelbare participaties kennen. Dit komt in feite overeen met de hiervoor genoemde voorstellen van Van Kempen en Heithuis. Op basis hiervan zouden de OV, OVR, CV en CVR in het wetsvoorstel ‘Titel 7.13 BW’ zelfstandig belastingplichtig zijn. Zoals door Heithuis is geschetst, zou dit voorstel in principe goed inpasbaar zijn in de fiscale relatie met het buitenland en zou een aantal huidige, complexe regelingen kunnen verdwijnen.

27. J.W. Zwemmer, ‘De fiscale positie van de aandeelhouder’, *WFR* 1978, p. 1037.

28. L.G.M. Stevens, *Fiscale fascinatie*, Deventer: Kluwer 2006.

7.2.3 *Belastingplicht van verenigingen en stichtingen*

In art. 2 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 is bepaald dat lichamen zoals verenigingen en stichtingen alleen belastingplichtig zijn voor zover zij een onderneming drijven. Ingevolge art. 4 onderdeel a Wet VPB 1969 wordt het in concurrentie treden met andere ondernemingen ook als het drijven van een onderneming aangemerkt. In verband met deze bepalingen is in de jurisprudentie aandacht besteed aan de belastingplicht van een 'houdsterstichting', waarbij ook is ingegaan op de financiële, organisatorische en economische verbondenheid van de stichting met de groep. Dit getuigt ook van het belang van verbondenheid.

In HR 1 maart 1989, nr. 25 329, *BNB* 1989/156, was sprake van een stichting die prioriteitsaandelen en de meerderheid van de gewone aandelen in een vennootschap hield. Voorts had zij een rekening-courantvordering op de vennootschap, en trad zij op als commissaris. Ondanks deze financiële, organisatorische en economische verbondenheid werd beslist dat de stichting geen onderneming dreef, en dus niet belastingplichtig was. In vergelijkbare zin is in Hof Arnhem 8 mei 2007, nr. 05/00357, *V-N* 2007/40.20, beslist dat een houdsterstichting niet belastingplichtig was. De omstandigheid dat de stichting een sturende en beleidsbepalende functie vervulde en een rentedragende vordering had op één van de groepsleden, leidde volgens het hof niet tot ondernemerschap.

Overigens lijkt deze problematiek veel op die van het ondernemerschap van houdstervennootschappen voor de omzetbelasting. Zoals ik in hoofdstuk 8 uiteen zal zetten, is voor de omzetbelasting wel sprake van ondernemerschap indien een holding zich 'moeit' in de deelnemingen, dat wil zeggen, een sturende en beleidsbepalende functie heeft. Voor de vennootschapsbelasting is het blijkbaar niet voldoende dat sprake is van een 'moeiende' houdsterstichting. Naar mijn mening moet deze afwijkende behandeling worden verklaard vanuit de verschillende rechtskarakters van beide belastingen. Zoals is beschreven door Van Lindonk (1990), geldt voor lichamen als bedoeld in art. 2 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 een materieel ondernemingsbegrip. Hiermee is het ondernemersbegrip enigszins beperkt. Bij het rechtskarakter van de omzetbelasting past daarentegen een ruime interpretatie van het ondernemersbegrip, zo merken Van Hilten en Van Kesteren (2007) op.

7.2.4 *'Common Consolidated Corporate Tax Base'*

Hoewel dit nog geen positief recht betreft, en ook geen Nederlandse fiscale regeling, wil ik toch kort ingaan op het initiatief van de Europese Commissie om te komen tot een 'Common Consolidated Corporate Tax Base' (CCCTB). Dit concept is in 2001 geïntroduceerd, en betreft een gemeenschappelijke grondslag als basis voor de geconsolideerde winstberekening van concernvennootschappen binnen de EU.²⁹ CCCTB biedt moedervennootschappen van multinationale ondernemingen de mogelijkheid om voor hun EU-activiteiten één geconsolideerd belastbaar bedrag vast te stellen, en gaat in die zin ook uit van 'verbondenheid'.

29. P.H.J. Essers, 'CCCTB dreigt aan vlijt ten onder te gaan', *WFR* 2007, p. 741.

Ten aanzien van CCCTB is een aantal voordelen voor multinationale ondernemingen te verwachten. Er hoeft nog maar één aangifte te worden gedaan, op basis van slechts één winstbelastingstelsel. Praktische problemen met betrekking tot 'transfer pricing' en winsallocatie over de verschillende landen, en verliesverdamping, behoren dan tot het verleden.³⁰ Er zal echter ook een aantal vraagstukken ontstaan. Zo zal bijvoorbeeld een verdeelsleutel moeten worden bepaald voor de verdeling van de belastingopbrengst over de EU-lidstaten. Voorts zullen criteria moeten worden vastgesteld ten aanzien van de 'groep' van vennootschappen die tot de consolidatie behoren. Kavelaars meent dat alleen in geval van 100%-belangen een geconsolideerde winstgrondslag juist is, en vermoedelijk ook alleen haalbaar.³¹ Hij acht het wel wenselijk om, net als voor de regeling voor de fiscale eenheid in de Wet VPB 1969 het geval is, een marge toe te passen voor kleine belangen die de moedermaatschappij niet bezit. Kavelaars denkt hierbij bijvoorbeeld aan een 10%-grens.

7.3 Wettelijke begrippen van verbondenheid

In hoofdstuk 1 is beschreven dat in de parlementaire geschiedenis van de wet 'Werken aan winst' is gevraagd naar een overzicht van de begrippen 'verbonden persoon' en 'verbonden lichaam' in de fiscale wetgeving.³² Bij de beantwoording van deze vraag is ten onrechte de indruk gewekt dat het slechts om zes à zeven verschillende begrippen gaat, namelijk de begrippen die zijn gedefinieerd in art. 10a en 12c Wet VPB 1969, art. 3.6 en 3.91 Wet IB 2001, art. 7 Wet LB 1964, art. 4 WBR en 2:24b BW. Dit overzicht is echter verre van compleet. Alleen al in de Wet VPB 1969 bestaan tientallen begrippen waarin verbondenheid een rol speelt:

- 'aandeelhouders', 'deelnemers' of 'leden' en 'bestuurders' in de zin van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969;
- lichamen waarin een 'belang' wordt gehouden, en 'groep' in de zin van art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969;
- directiepensioenfondsen in de zin van art. 5 lid 2 Wet VPB 1969;
- 'verbonden lichaam' in de zin van art. 8 lid 6a Wet VPB 1969;
- 'aandeelhouder voor ten minste een derde gedeelte van het nominaal gestorte kapitaal' in de zin van art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969;
- 'deelname aan de leiding, het toezicht, of het kapitaal' in de zin van art. 8b lid 1 en 2 Wet VPB 1969;
- 'concern' in de zin van art. 8c lid 4 Wet VPB 1969;
- 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969;
- 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 5 Wet VPB 1969;
- 'verbonden vennootschap' in de zin van art. 10c lid 1 en 2 Wet VPB 1969;
- 'groep' in de zin van art. 10d lid 2 en 6 Wet VPB 1969;
- 'verbonden lichaam' in de zin van art. 12c lid 5 Wet VPB 1969;
- 'deelneming' in de zin van art. 13 lid 2 Wet VPB 1969;

30. R. Russo, 'CCCTB: een tussenstand mede naar aanleiding van de conferentie van 15 en 16 mei 2007 in Berlijn', *WFR* 2007, p. 743.

31. P. Kavelaars, 'Naar een Europese vennootschapsbelasting?', *NtFR Beschouwingen* 2007/32.

32. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 83.

- ‘normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding’ in de zin van art. 2a, Uitv.besch. VPB 1971;
- ‘belang van 5% of meer’ in de zin van art. 13b lid 5 Wet VPB 1969;
- ‘fiscale eenheid’ in de zin van art. 15 Wet VPB 1969;
- centrale leiding, complementaire werkzaamheden en onderlinge aansprakelijkheid in de zin van art. 15a Wet VPB 1969;
- ‘uiteindelijke belang’ in de zin van art. 20a Wet VPB 1969;
- 45%-aandeelhouderseis van art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969;
- 75%-aandeelhouderseis van art. 28 lid 2 onderdeel d onder 2° Wet VPB 1969;
- ‘belang van 25% of meer’ in de zin van art. 13a lid 1 en art. 28 lid 2 onderdeel c onder 1° en onderdeel e Wet VPB 1969;
- bestuurders- en commissarissentoets van art. 28 lid 2 onderdeel f Wet VPB 1969.

7.3.1 *Verbondenheidsbegrippen in art. 2 lid 7 Wet VPB 1969*

In art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 is de belastingplicht van ‘indirecte’ overheidsbedrijven geregeld. De hierbij genoemde lichamen zijn slechts belastingplichtig voor zover zij een bedrijf uitoefenen als bedoeld in art. 2 lid 3 Wet VPB 1969.³³ In dit verband bevat art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 een verbondenheidsbegrip dat uitgaat van een volledig aandeelhouderschap, lidmaatschap of bestuurslidmaatschap van de overheid. Ik ken aan dit begrip een facilitaire functie toe.

Voorts zijn bepaalde overheidsbedrijven, ondanks het feit dat zij geen onderneming drijven als bedoeld in art. 2 lid 3 Wet VPB 1969, toch belastingplichtig. Dit geldt onder meer voor energiedistributiebedrijven als bedoeld in art. 2 lid 7 onderdeel e, Wet VPB 1969. In deze bepaling kunnen twee afzonderlijke verbondenheidsbegrippen worden onderscheiden. De belastingplicht geldt in de eerste plaats voor lichamen waarin het energiedistributiebedrijf een ‘belang’ houdt. Een ander verbondenheidsbegrip heeft betrekking op lichamen die met een energiedistributiebedrijf in een ‘groep’ zijn verbonden in de zin van art. 2:24b BW. Ik zou de functie van deze begrippen willen typeren als een vereenzelvigingsfunctie; de verbonden lichamen worden ten aanzien van de belastingplicht immers vereenzelvigd met het energiedistributiebedrijf. Tot op zekere hoogte vervullen beide begrippen ook een antiontgaansfunctie; zij voorkomen ook dat de belastingplicht kan worden ontgaan door onderdelen van het energiedistributiebedrijf onder te brengen in lichamen die met dat bedrijf verbonden zijn.

7.3.1.1 *Wettelijke omschrijving*

Als ‘indirecte overheidsbedrijven’ worden op basis van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 alleen bedrijven aangemerkt, waarvan de aandeelhouders, deelnemers of leden uit-

33. In de notitie ‘Belastingplicht overheidsbedrijven’ van 25 september 2007, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 213, nr. 1, heeft de Staatssecretaris van Financiën een aantal mogelijke varianten geschetst met betrekking tot de belastingplicht van overheidsbedrijven. Op basis van enkele van deze varianten zou de vrijstelling voor indirecte overheidsbedrijven van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 komen te vervallen. Deze varianten moeten nog nader worden uitgewerkt.

sluitend bestaan uit Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen. Voorts gaat het hierbij om lichamen waarvan de bestuurders uitsluitend door Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen worden benoemd en ontslagen, en waarvan het vermogen bij liquidatie uitsluitend ter beschikking van Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen komt. Stevens (2003) beschrijft in dit verband dat art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 uit twee delen bestaat. In de eerste plaats is er een regeling voor NV's, BV's en verenigingen, waarin participaties kunnen worden gehouden. Voor deze categorie lichamen geldt een 'participatie-eis'. Ten tweede is er een regeling voor stichtingen, waarin geen participatie kan worden gehouden. Om die reden geldt voor deze categorie een 'bestuurderseis'.

In HR 18 februari 1998, nr. 33 346, *BNB* 1998/178, nam de Staatssecretaris van Financiën het standpunt in dat het volledige belang bij de aandelen in een niet belastingplichtig 'indirect overheidsbedrijf', bij publiekrechtelijke rechtspersonen dient te liggen. Dit volledige belang moest volgens de staatssecretaris zowel het economische belang als de zeggenschap over het bedrijf omvatten. Dit standpunt werd echter afgewezen. In casu waren de aandelen van een overheidsbedrijf gecertificeerd, maar dit was volgens de Hoge Raad geen belemmering om te kunnen spreken van een 'indirect overheidsbedrijf'. Uit de wetsgeschiedenis kon niet worden afgeleid dat er naast de voorwaarde van aandeelhouderschap, de eis van volledige zeggenschap door de overheid werd gesteld.

Naar mijn mening valt er wel iets te zeggen voor het standpunt van de staatssecretaris. Zijn argument dat het volledige belang bij het 'indirecte overheidsbedrijf' zowel de juridische eigendom, de economische eigendom als de zeggenschap moest omvatten, kwam voort uit de vergelijking die de wetgever heeft willen maken met het 'directe overheidsbedrijf'. Bij een 'direct overheidsbedrijf' heeft de overheid ook het economische belang en de zeggenschap. Een min of meer vergelijkbaar argument wordt aangevoerd voor de stringente bezitseeis van ten minste 95% van de aandelen in de regeling van de fiscale eenheid van art. 15 Wet VPB 1969. In dit verband is door Kok (2005) verdedigd dat deze stringente eis gerechtvaardigd is, omdat de faciliteit van de fiscale eenheid daarmee is voorbehouden aan maatschappijen die ook hadden kunnen worden samengebracht in één lichaam. Daarbij is certificering van aandelen ook een grond voor de ontbinding van een fiscale eenheid. Toch denk ik dat het een juiste beslissing is geweest om certificering van aandelen buiten beschouwing te laten voor de toepassing van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969. In hoofdstuk 6 heb ik namelijk gewezen op de 'fiduciare verhouding' tussen het administratiekantoor en de certificaathouders. De betekenis hiervan is onder meer dat het administratiekantoor bij de uitoefening van het stemrecht en andere zeggenschapsrechten primair de belangen van de certificaathouders in het oog moet houden. Certificaathouders hebben dus niet alleen rechten jegens het administratiekantoor, maar ook jegens de

vennootschap. Deze versterkte wettelijke positie geldt in elk geval voor certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven.³⁴

Stevens (2003) leidt uit HR 18 februari 1998, nr. 33 346, *BNB* 1998/178, af dat het voldoende is indien een publiekrechtelijke rechtspersoon de juridische eigendom van de aandelen bezit, en ook economisch risico ten aanzien van die aandelen loopt. Indien de juridische eigendom niet in handen is, dient de publiekrechtelijke rechtspersoon naar zijn mening de volledige economische eigendom te bezitten om te kunnen spreken van een 'indirect overheidsbedrijf'.³⁵ Stevens meent voorts dat het verlenen van een koopoptie de uitzondering van de belastingplicht van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 niet in gevaar brengt, tenzij dit plaatsvindt onder zodanige voorwaarden dat de economische eigendom overgaat. Ook is hij van mening dat de uitgifte van een converteerbare obligatielening of warrantlening geen invloed zou moeten hebben. Dat geldt volgens hem eveneens voor het vestigen van een tijdelijk vruchtgebruik op de aandelen, en het verlenen van een tijdelijk winstrecht dat de tegenprestatie vormt voor de overdracht van een vermogensbestanddeel.

Ten aanzien van het begrip 'belang' in de zin van art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969 valt op dat er geen minimumbezitseis wordt gesteld. In de literatuur is dit een punt van discussie geweest. Barmantlo en Keereweer zijn van mening dat een minimaal belang van een energiedistributiebedrijf in een afvalverwerkingscentrale bijvoorbeeld niet direct zal leiden tot belastingplicht.³⁶ Volgens Brouwer en Rouwenhorst kan echter uit de tekst van art. 2 lid 7 tweede volzin Wet VPB 1969, en met name uit het gebruik van het woord 'alsmede', worden afgeleid dat de belastingplicht niet alleen geldt voor groepsmaatschappijen, maar ook voor andere lichamen waarin een 'belang' wordt gehouden.³⁷

Overigens wordt dit begrip 'belang' ook gehanteerd in art. 10 lid 1 onderdeel h Wet VPB 1969 met betrekking tot de aftrekbeperking van lokale belastingen voor geprivatiseerde overheidsbedrijven. In paragraaf 7.3.7 ga ik voorts in op de gelijknamige term 'belang' die wordt gehanteerd voor de omschrijving van het begrip 'verbonden lichaam' in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.

Het derde verbondenheidsbegrip in art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969 heeft betrekking op lichamen die met een energiedistributiebedrijf zijn verbonden in een 'groep' in de zin van art. 2:24b BW. Zoals in hoofdstuk 3 en 4 is beschreven, is een

34. Op grond van art. 2:346 BW kunnen certificaathouders die 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen bijvoorbeeld een verzoekschrift indienen tot het instellen van een enquête. Voorts kunnen zij op grond van art. 2:15 BW de vernietiging vorderen van een besluit van de BV of NV, voor zover zij een redelijk belang hebben bij de naleving van wettelijke of statutaire bepalingen of bij de inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.

35. P.G.H. Albert in zijn aantekening bij HR 18 februari 1998, nr. 33 346, *FED* 1998/188, is dezelfde mening toegeedaan.

36. D.G. Barmantlo en R. Keereweer, 'Nogmaals: Fiscale gevolgen Wet energiedistributie', *WFR* 1997, p. 281, met naschrift van R. Brouwer en W.A. Rouwenhorst.

37. In dezelfde zin: S. Stevens, 'De subjectieve belastingplicht van overheidslichamen en -bedrijven', *WFR* 1999, p. 79.

groep een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat in plaats van het begrip 'groep' nog is overwogen om aan te sluiten bij het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 13b lid 6 (oud) Wet VPB 1969 (thans: art. 10a lid 4 Wet VPB 1969).³⁸ Dit begrip 'verbonden lichaam' kon in dit geval echter niet worden gebruikt, omdat het volgens de Staatssecretaris van Financiën beperkter is dan het begrip 'groepsmaatschappij'.

7.3.1.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

In hoofdstuk 2 tot en met 4 is beschreven dat gelieerdheid in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht met name wordt uitgelegd aan de hand van organisatorische en economische verbondenheid. De aanwezigheid van een kapitaalbelang, hetgeen duidt op financiële verbondenheid, speelt in deze disciplines slechts een beperkte rol. In dit verband valt op dat het verbondenheidsbegrip van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 voor de NV en BV uitgaat van een formeel-juridisch criterium in de vorm van de 'participatie-eis'. Er wordt dus geen belang gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid, maar alleen aan financiële verbondenheid. In feite duidt dit op de toepassing van het in hoofdstuk 2 beschreven 'holistic concept', waarbij geen rekening wordt gehouden met het gedrag van de participanten binnen de onderneming. Immers, er wordt alleen aandacht besteed aan financiële verbondenheid.

Zoals ik in hoofdstuk 3 heb opgemerkt, duidt de zeggenschap die is verbonden aan een aandelenbelang of lidmaatschap niet zonder meer op organisatorische verbondenheid, omdat het niet gaat om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid. Zeggenschap in de avo of ledenvergadering kan de organisatorische verbondenheid wel ondersteunen, maar of daar effectief sprake van is hangt in grote mate af van het 'aandeelhoudersactivisme' c.q. het 'aandeelhoudersabsenteïsme'. In dit verband sluit het verbondenheidsbegrip voor stichtingen van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 naar mijn mening beter aan bij de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht, omdat hiervoor een 'bestuurderseis' geldt in plaats van een 'participatie-eis'. Door middel van een bestuurslidmaatschap zal een 'eenheid van beleid' kunnen worden gevormd.

Ten aanzien van het begrip 'belang' in art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969 kan voor de vergelijking met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht geen duidelijke conclusie worden getrokken. Ik verwijs in dit verband naar paragraaf 7.3.7, waarin ik het begrip 'belang' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 onderzoek.

Het begrip 'groep' in de zin van art. 2:24b BW in art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969 sluit goed aan bij de materieel-economische omschrijving van 'verbondenheid' in de bedrijfseconomie, en uiteraard ook bij het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht.

38. *Kamerstukken II 1996/97, 25 052, nr. 3, p. 30.*

7.3.1.3 Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten

De regeling van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 lijkt rechtsvormneutraal, omdat zij geldt voor zowel lichamen waarin kan worden geparticipeerd, als lichamen waarin geen participatie mogelijk is. Uit de parlementaire toelichting blijkt dat deze neutraliteit uitdrukkelijk is bedoeld:³⁹

'Het kan niet als redelijk worden gezien, dat een direct Overheidsbedrijf van belasting zou worden vrijgesteld, terwijl een gelijksoortig indirect Overheidsbedrijf aan de belasting zou worden onderworpen, louter omdat het – veelal noodgedwongen – de gestalte van een afzonderlijke rechtspersoon heeft aangenomen.'

Ervan uitgaande dat met het begrip 'belang' in art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969 hetzelfde is bedoeld als met 'belang' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB, lijkt het voldoende rechtsvormneutraal. Ik licht dit in paragraaf 7.3.7 nader toe.

Naar mijn mening is het verbondenheidsbegrip 'groep' in de zin van art. 24b Boek 2 BW, waarnaar in art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969 wordt verwezen, ook voldoende rechtsvormneutraal. Dit betreft zowel rechtspersonen als personenvennootschappen die in een economische eenheid, organisatorisch met elkaar zijn verbonden.

In de literatuur is de koppeling van de belastingplicht aan het begrip 'groep' bekritiseerd. Brouwer en Rouwenhorst merken op dat het begrip 'groepsmaatschappij' niet duidelijk is gedefinieerd, en dat er in de praktijk grote onzekerheid bestaat over de vraag wanneer een maatschappij als 'groepsmaatschappij' wordt aangemerkt.⁴⁰ Dit is volgens hen met name het geval bij die vennootschappen waarin geen sprake is van een kapitaaldeelname, maar wel van enige vorm van centrale leiding. Brouwer en Rouwenhorst menen dat de koppeling van een ingrijpende maatregel als de subjectieve belastingplicht aan het begrip 'groepsmaatschappij' alleen redelijk is, indien van dit begrip een haarscherpe definitie wordt gegeven. In vergelijkbare zin merkt Louwinger op dat de definitie van 'groep' niet uitblinkt door duidelijkheid.⁴¹ Ook hij vindt het ongewenst dat subjectieve belastingplicht wordt gekoppeld aan een vaag begrip als 'groepsmaatschappij'. In beginsel deel ik deze kritiek en ik merk op dat die onduidelijkheid ook geldt voor het begrip 'belang'. Echter, zoals hiervoor is opgemerkt, ken ik aan beide begrippen ook een antiontgaansfunctie toe. Op basis hiervan vind ik een open norm in de begripsomschrijving niet onbegrijpelijk. De begrippen behoeven naar mijn mening wel enige toelichting en verduidelijking.

In zekere zin lijkt de regeling van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 op de fiscale eenheid van art. 15 Wet VPB 1969. Het gaat in beide regelingen immers om situaties die een grote mate van verbondenheid vergen. De faciliteit van de fiscale eenheid is slechts toe-

39. *Kamerstukken II* 1954/55, 3816, nr. 3, p. 3, rechterkolom.

40. R. Brouwer en W.A. Rouwenhorst, 'Fiscale gevolgen Wet energiedistributie', *WFR* 1996, p. 1502.

41. A.J.J. Louwinger, 'Omvang subjectieve vrijstelling van publieke energiedistributiebedrijven ingeperkt', *WFR* 1997, p. 91.

gankelijk voor groepen maatschappijen die ook hadden kunnen worden samengebracht in één lichaam, en dat wordt als verklaring aangedragen voor de relatief hoge bezitsei van 95% van zowel de juridische als de economische eigendom van de aandelen. Blijkbaar wil de wetgever de uitzondering van de vennootschapsbelasting ook slechts toepassen op indirecte overheidslichamen waarvan de activiteiten ook in de vorm van een direct overheidsbedrijf hadden kunnen worden gedreven. In dit opzicht zie ik mogelijkheden tot uniformering van beide begrippen.

In dit kader zou de benadering kunnen worden gehanteerd die geldt voor de omschrijving van het begrip 'groep' in art. 2:24b BW en de regels voor de consolidatie in RJ 217 en IAS 27. Dat wil zeggen, dat voor aandelenvennootschappen zou kunnen worden uitgegaan van een weerlegbaar vermoeden van verbondenheid bij het bezit van bijvoorbeeld alle stemrechten. Dit verbondenheidsvermoeden zou kunnen worden weerlegd indien in feite geen sprake is van financiële, organisatorische en economische verbondenheid. Dit betekent in feite dat toch een eenvoudig criterium wordt gehanteerd, waarbij de inspecteur echter de mogelijkheid heeft om tegenbevis te leveren op basis van de feitelijke situatie.

Ten aanzien van de begrippen 'belang' en 'groep' in art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969 acht ik het ook mogelijk om meer uniformiteit te bereiken door aan te sluiten bij het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.

7.3.1.4 Aanbevelingen

Naar mijn mening kan het verbondenheidsbegrip van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 op basis van de volgende contouren meer in overeenstemming worden gebracht met de economische werkelijkheid, zonder afbreuk te doen aan de huidige invulling:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van 100% van de stemrechten in een aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 100%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van 100% van de stemrechten.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten, tenzij aan deze instrumenten zodanige voorwaarden zijn verbonden dat moet worden aangenomen dat de aandeelhouder het stemrecht reeds heeft overgedragen.

- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, tellen niet mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In verband met de genoemde tegenbewijsmogelijkheid kunnen zij echter wel een rol spelen om aan te tonen dat er ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 100%-criterium, in feite toch een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend.

Overigens komen deze contouren in grote lijnen overeen met die welke ik in paragraaf 7.3.15 zal schetsen ten aanzien van de fiscale eenheid.

Ten aanzien van de begrippen 'belang' en 'groep' in art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969 stel ik voor om aan te sluiten bij het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Hierdoor komt de beoogde antiontgaansfunctie beter tot haar recht, zo meen ik. In paragraaf 7.3.7. zal ik deze begrippen uitgebreid analyseren, waarbij ik aanbevelingen zal doen voor verduidelijking.

7.3.2 Directiepensioenlichamen in de zin van art. 5 lid 2 Wet VPB 1969

In art. 5 lid 1 onderdeel b Wet VPB 1969 is een subjectieve vrijstelling opgenomen voor pensioenfondsen. Deze vrijstelling geldt echter niet voor directiepensioenlichamen, zo is bepaald in art. 5 lid 2 Wet VPB 1969. De verbondenheidsbegrippen die hierbij gelden, hebben naar mijn mening een antiontgaansfunctie.

7.3.2.1 Wettelijke omschrijving

De uitsluiting van de vrijstelling geldt voor NV's, BV's en andere aandelenvennootschappen waarvan ten minste 10% van de aandelen in handen is van een (voormalig) werknemer, zijn echtgenoot of partner, hun bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn. In de 10%-grens van art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 kan verbondenheid op basis van een bezitscriterium worden herkend. Deze grens sluit aan bij de definitie van de directeur-grotaandeelhouder (dga) in de Pensioenwet (PW). Uit de omschrijving van de familiegroep blijkt bovendien de gelieerdheid tussen natuurlijke personen.

Per saldo is de kring van verbonden natuurlijke personen voor art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 redelijk ruim. Wat betreft de 'partner' wordt rekening gehouden met een echtgenoot, geregistreerde partner, en de partner met wie ongehuwd wordt samenleefd. Bij de gelijkstelling van ongehuwde samenwoners met echtgenoten ontbreekt echter een bepaling in de zin van art. 3.91 lid 2 onderdeel b onder 5° Wet IB 2001. De verbondenheid van ongehuwde samenwoners kan dus niet buiten beschouwing worden gelaten door aan te tonen dat geen sprake is van een duurzaam gevoerde gemeenschappelijke huishouding.

Omdat wordt gesproken van 'bloed- of aanverwanten' van de werknemer zelf, de echtgenoot of partner, wordt zowel het aandelenbelang van een 'eigen' kind, een adoptiekind, een stiefkind en een kind van de ongehuwde samenlevingspartner

meegemeld. Voorts wordt een pleegkind ook als 'verbonden' aangemerkt. De echtgenoot van een pleegkind en de pleegouder worden echter niet als verbonden persoon aangemerkt. Laatstgenoemde personen behoren wel tot de familiekring van art. 10a lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969.

De echtgenoot van de verschillende soorten kinderen, of hun geregistreerde partner, worden wel als 'verbonden' beschouwd. Aandelen die worden gehouden door de ongehuwde samenlevingspartner van één van de kinderen tellen echter niet mee, zo lijkt het.

7.3.2.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

De 10%-grens van art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 sluit niet goed aan bij de omschrijving van 'verbondenheid' in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht, omdat uitsluitend aandacht bestaat voor kapitaalbelangen en niet voor feitelijke organisatorische verbondenheid. De zeggenschap verbonden aan een aandelenbelang duidt niet zonder meer op organisatorische verbondenheid.

Inhoudelijk komt de kring van verbonden natuurlijke personen in art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 grotendeels overeen met vergelijkbare begrippen in het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. In hoofdstuk 3 is onder meer ingegaan op de kring van verbonden personen voor 'best practice'-bepalingen I3.1 en I3.2 van de Tabaksblat Code, en art. 43 lid 1 onder 5° Fw en art. 5:60 Wft jo. art. 5 Besluit marktmisbruik Wft. Ten aanzien van deze bepalingen worden eveneens de echtgenoot, geregistreerde partner of een andere levensgezel, een pleegkind en bloed- en aanverwanten als 'verbonden' beschouwd.

Aangezien de kring van verbonden natuurlijke personen relatief ruim is, is de bepaling naar mijn mening ook in overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van samenlevingsvormen en gezinssituaties, en met het personen- en familierecht. Ongehuwde samenwoners zouden echter met enige reserve moeten worden gelijkgesteld met gehuwden. Uit demografisch onderzoek blijkt dat relaties van ongehuwde samenwoners minder stabiel kunnen zijn dan die van gehuwden. In lijn met art. 3.91 lid 2 onderdeel b onder 3° Wet IB 2001 zou kunnen worden overwogen om in dit verband alleen degene die voor de toepassing van een pensioenregeling als 'partner' is aangemeld, als 'verbonden' te beschouwen. Dit zou ook aansluiten bij het partnerbegrip in de PW.

7.3.2.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Op basis van art. 5 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969 kunnen NV's, BV's en andere aandelenvennootschappen worden beschouwd als belastingplichtige pensioenfondsen. Voorts zijn ingevolge art. 5 lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 stichtingen en andere lichamen belastingplichtig, indien de uitvoering van pensioen- of VUT-regelingen voor de in onderdeel a genoemde lichamen hun belangrijkste bezigheid is. Hierdoor lijkt de regeling voldoende rechtsvormneutraal.

Als gevolg van de relatief ruime kring van verbonden personen, lijkt art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 ook neutraal ten aanzien van de samenlevingsvorm. Er zou nog kunnen worden verduidelijkt dat de pleegouder en de ongehuwde samenlevingspartner van één van de kinderen ook als 'verbonden persoon' wordt beschouwd.

Het valt op dat het verbondenheidsbegrip in art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 scherp is geformuleerd, terwijl het een antiontgaansfunctie heeft. Op basis van deze functie vind ik een open norm beter op zijn plaats. In dit verband zou uniformering kunnen plaatsvinden door aan te sluiten bij het begrip 'belang' in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969. Dit begrip vervult eveneens een antiontgaansfunctie c.q. een antimisbruikfunctie, en kent een vergelijkbare omschrijving van de familiekring van de aandeelhouder.

7.3.2.4 Aanbevelingen

De antiontgaansfunctie van de verbondenheidsbegrippen in art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 zou kunnen worden benadrukt door aan te sluiten bij het begrip 'belang' in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969. In plaats van 10% van het nominaal gestorte kapitaal zou dan een 10%-belang voldoende zijn om uitgezonderd te zijn van de subjectieve vrijstelling van art. 5 lid 1 onderdeel b Wet VPB 1969. Hierdoor zou de bepaling ook van toepassing zijn in gevallen waarin belastingplichtigen juridisch beschouwd geen 10%-belang hebben, maar economisch wel.

Voorts zou kunnen worden overwogen om de familiekring op dezelfde wijze te omschrijven als in art. 10a lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969. Laatstgenoemd begrip gaat uit van een vergelijkbare familiekring, waartoe eveneens ongehuwde samenwoners behoren. Dit begrip is enigszins ruimer, omdat de echtgenoot van een pleegkind en de pleegouder hierbij ook als verbonden personen worden beschouwd. Een dergelijke verruiming en uniformering zou naar mijn mening passen bij de antiontgaansfunctie van de verbondenheidsbegrippen in art. 5 lid 2 Wet VPB 1969.

Ten slotte pleit ik ervoor om voor ongehuwde samenwoners, die voor de toepassing van art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 worden gelijkgesteld met gehuwden, een tegenbewijsmogelijkheid ten aanzien van hun verbondenheid te introduceren, omdat hun relaties minder stabiel kunnen zijn. Een en ander zal in paragraaf 7.3.7 en 7.3.8 nader worden uitgewerkt.

7.3.3 **'Verbonden persoon' en 'verbonden lichaam' in de zin van art. 8 lid 6a onderdeel a en b Wet VPB 1969**

In hoofdstuk 6 is de afschrijvingsbeperking voor onroerende zaken van art. 3.30a Wet IB 2001 beschreven. Op basis van art. 3.30a lid 3 onderdeel b Wet IB 2001 geldt voor de terbeschikkingstelling van een gebouw aan een 'verbonden persoon' of 'verbonden lichaam' een lagere bodemwaarde, namelijk 50% van de WOZ-waarde. Ten opzichte van de terbeschikkingstelling aan een niet-verbonden persoon of lichaam kan in concernsituaties daarom meer worden afgeschreven. Via art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 geldt dit ook voor de vennootschapsbelasting. De verbondenheidsbegrippen vervullen hierbij een facilitaire functie. Zoals in hoofdstuk 6 is betoogd, hebben de

begrippen ook een vereenzelvigingsfunctie en met name een antiontgaansfunctie: voor de toepassing van de afschrijvingsbeperking worden de investeringen van een 'verbonden persoon' of een 'verbonden lichaam' in een gebouw samengeteld om te voorkomen dat de maatregel wordt ontgaan.

7.3.3.1 *Wettelijke omschrijving*

Voor het begrip 'verbonden lichaam' in art. 8 lid 6a onderdeel a Wet VPB 1969 wordt aangesloten bij de inhoud van dat begrip in art. 10a lid 4 en 6 Wet VPB 1969. Voor de vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden en de beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten verwijs ik daarom naar paragraaf 7.3.7, waarin dit begrip is beschreven.

Het valt op dat het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 voor de toepassing van art. 8 lid 6a onderdeel a Wet VPB 1969 gedeeltelijk wordt gehanteerd voor een faciliteit. Ik vind dit vreemd, omdat de term 'belang' die hierin een rol speelt, zeer onduidelijk is. Het gebruik van een dergelijke open norm past naar mijn mening niet goed bij de facilitaire functie van het begrip 'verbonden lichaam'. Voor zover het de antiontgaansfunctie betreft, is de open norm wel op zijn plaats, zo meen ik.

De 'verbonden persoon' in de zin van art. 8 lid 6a onderdeel b Wet VPB 1969 is een natuurlijke persoon voor wie de belastingplichtige een 'verbonden lichaam' is als bedoeld in art. 3.30a lid 11 Wet IB 2001.⁴² Dat wil zeggen, een vennootschap waarin de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon een 'aanmerkelijk belang' heeft. Naar mijn mening is deze omschrijving als gevolg van de spiegelbeeldige verwijzing in de wettekst onnodig ingewikkeld. Overigens verwijs ik voor de nadere analyse van dit begrip 'verbonden lichaam' naar hoofdstuk 6.

7.3.3.2 *Aanbevelingen*

Zoals hiervoor is opgemerkt, past het onduidelijke begrip 'belang' als onderdeel van het begrip 'verbonden lichaam' niet goed bij een faciliteit als die van art. 8 lid 6a onderdeel a Wet VPB 1969. Ik vind daarom dat de regeling twee verbondenheidsbegrippen dient te bevatten: een facilitair begrip met een enigszins beperkte reikwijdte en een ruimer begrip met een antiontgaansfunctie. Voor de antiontgaansfunctie kan de thans geldende verwijzing naar het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 worden gehandhaafd. Voorts pleit ik ervoor om voor het begrip 'verbonden persoon' in art. 8 lid 6a onderdeel b Wet VPB 1969 aansluiting te zoeken bij het begrip 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 5 Wet VPB 1969. In hoofdstuk 6 heb ik verdedigd dat in deze relatie beter een bezitscriterium van 33⅓% kan gelden. Dit kan meteen worden bereikt door in art. 8 lid 6a onderdeel b Wet VPB 1969 aan te sluiten bij het begrip 'verbonden natuurlijk persoon'. Bovendien eindigt dan de opmerkelijke situatie dat voor de verbondenheid in art. 8 lid 6a onderdeel b Wet VPB 1969 een 5%-belang voldoende is, terwijl voor onderdeel

42. Overigens wordt in de wettekst abusievelijk verwezen naar art. 3.30a lid 10 Wet IB 2001.

a een bezitscriterium van 33⅓% geldt. Naar mijn mening zou voor natuurlijke personen en lichamen hetzelfde bezitscriterium moeten worden gehanteerd.

Ten aanzien van het facilitaire verbondenheidsbegrip in art. 8 lid 6a Wet VPB 1969 pleit ik ervoor om uit te gaan van een scherpere norm, zonder afbreuk te willen doen aan de thans geldende materieel-economische benadering van de verbondenheid. Dit zou als volgt kunnen plaatsvinden:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van meer dan 50% van de stemrechten in een aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 50%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van meer dan 50% van de stemrechten.
- Bij dit verbondenheidsvermoeden geldt een neerwaartse, opwaartse en zijwaartse benadering. Dat wil zeggen, dat het belang van meer dan 50% kan zien op verbondenheid met een dochtervennootschap, een moedervennootschap en een zustervennootschap.
- Ten aanzien van de verbondenheid van een natuurlijk persoon met een lichaam worden de belangen gehouden door de ‘partner’ en kinderen meegeteld bij de beoordeling van het bedoelde vermoeden.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten, tenzij aan deze instrumenten zodanige voorwaarden zijn verbonden dat moet worden aangenomen dat de aandeelhouder het stemrecht reeds heeft overgedragen.
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, tellen niet mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In verband met de genoemde tegenbewijsmogelijkheid kunnen zij echter wel een rol spelen om aan te tonen dat er ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 50%-criterium, in feite toch een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend.

In afwijking van het huidige criterium van 33⅓%, kies ik voor dit fiscale concernbegrip voor een 50%-grens. Naar mijn mening komt de concernbenadering hiermee beter tot uitdrukking. Dat voor begrippen met een antiontgaansfunctie wordt gekozen voor de lagere bezitsgrens van 33⅓%, acht ik begrijpelijk: hierdoor wordt het bereik van de antiontgaansbepaling vergroot. Om onbedoeld gebruik te voorkomen vind ik het echter logischer om bij een facilititeit uit te gaan van het hogere 50%-crite-

rium. Overigens staat de materieel-economische benadering nog steeds voorop: bij een 30%-bezit kan in mijn voorstel ook sprake zijn van een concernsituatie, maar dan moeten de feitelijke omstandigheden daar wel op duiden.

Voor de omschrijving van dit begrip 'concern' met een facilitaire functie kies ik ten aanzien van de samentelling van belangen die worden gehouden door verbonden personen voor aansluiting bij het begrip 'partner'. In hoofdstuk 6 heb ik beargumenteerd waarom dit naar mijn mening echtgenoten, geregistreerde partners en ongehuwde samenwoners die voor het fiscale partnerschap hebben gekozen, dient te omvatten. Dit partnerbegrip is, zoals in hoofdstuk 6 is verdedigd, minder ruim dan het begrip 'verbonden persoon' met een antiontgaansfunctie. Laatstgenoemd begrip dient naar mijn mening ook alternatieve samenwoonsituaties te omvatten, waarbij de partners niet voor het fiscale partnerschap hebben gekozen. Deze ruimere invulling past bij een begrip met een antiontgaansfunctie c.q. antimisbruikfunctie. Bij een faciliteit, zoals het hiervoor bedoelde concernbegrip, vind ik een minder ruime invulling logischer. Het begrip 'partner' is hier beter op zijn plaats, zo meen ik.

Om duidelijk te maken dat de belangen van zowel 'eigen' kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, stiefkinderen, pleegkinderen en de kinderen van de 'partner' worden meegeteld bij de beoordeling van de verbondenheid, zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de omschrijving van het begrip 'kind' in art. 4 lid 1 AWIR.

7.3.4 'Aandeelhouder voor ten minste een derde gedeelte van het nominaal gestorte kapitaal' in de zin van art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969

Op basis van art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969 zijn bepaalde verplichtingen uitgesloten voor de investeringsaftrek. Hiermee wordt voorkomen dat er aanspraak op investeringsaftrek ontstaat, indien geen sprake is van een daadwerkelijke investering. De bepaling is vergelijkbaar met die van art. 3.46 Wet IB 2001 voor de inkomstenbelasting en heeft ook een vereenzelvigingsfunctie en in het bijzonder een antimisbruikfunctie. Overigens bevat art. 8 lid 11 Wet VPB 1969 een ontheffingsbevoegdheid voor de uitsluiting. Op basis van het besluit van 8 maart 2006, nr. CPP2005/1463M, V-N 2006/16.7, kan hierdoor in een aantal situaties waarin sprake is van reële investeringen, toch investeringsaftrek worden genoten.

Hoewel de termen niet als zodanig worden genoemd, worden in art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969 in feite definities gegeven voor de begrippen 'verbonden persoon' en 'verbonden lichaam'.

7.3.4.1 Wettelijke omschrijving

Op grond van art. 8 lid 8 onderdeel b Wet VPB 1969 zijn verplichtingen uitgesloten, indien zij zijn aangegaan tegenover een aandeelhouder die onmiddellijk of middellijk ten minste 33⅓% van het nominaal gestorte kapitaal bezit. Voorts bepaalt art. 8 lid 8 onderdeel c Wet VPB 1969 dat verplichtingen tegenover een andere vennootschap zijn uitgesloten, indien de belastingplichtige in die vennootschap voor ten minste 33⅓% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is. De uitsluiting

geldt ook indien een derde voor ten minste 33 $\frac{1}{3}$ % van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van zowel de belastingplichtige als die vennootschap.

In HR 13 november 1985, nr. 23 077, *BNB* 1986/4, is beslist dat de uitsluiting van art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969 ook geldt, indien de aandelen van een vennootschap zijn gecertificeerd. Verplichtingen tussen de vennootschap en de certificaathouder zijn dan uitgesloten, indien deze het volledige belang heeft bij de gecertificeerde aandelen. Dit sluit aan bij de hiervoor genoemde 'fiduciare verhouding' tussen het administratiekantoor en de certificaathouders.

In paragraaf 7.3.7 wordt beschreven dat bij de beoordeling of sprake is van een 'verbonden lichaam' of een 'verbonden persoon' in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969 ook rekening wordt gehouden met aandelenbelangen gehouden door personen die behoren tot de familiekring van de aandeelhouder. Een dergelijke toerekening geldt echter niet voor de toepassing van art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969. Er is dan ook geen omschrijving opgenomen van de familiekring van de aandeelhouder.

7.3.4.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

In vergelijking met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht valt op dat het verbondenheidsbegrip van art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969 uitgaat van een formeel-juridisch criterium. Er wordt geen belang toegekend aan de organisatorische en economische verbondenheid die in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht zo belangrijk zijn.

7.3.4.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

De uitsluiting van investeringsaftrek op basis van art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969 geldt alleen voor vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal. De bepaling lijkt niet van toepassing op verplichtingen die zijn aangegaan tussen een coöperatie en haar leden, of tussen een coöperatie en een daarmee verbonden lichaam. Hiermee is de regeling niet neutraal ten opzichte van de rechtsvorm.

Het valt voorts op dat de relatie tussen de belastingplichtige en een lichaam in art. 8 lid 8 onderdeel b Wet VPB 1969 wordt omschreven met een scherpe norm, namelijk het bezit van ten minste 33 $\frac{1}{3}$ % van het nominaal gestorte kapitaal, terwijl in art. 3.46 Wet IB 2001 het ruimere begrip 'belang' wordt gebruikt. Op basis van de antimisbruikfunctie vind ik het gebruik van het begrip 'belang' overigens logischer.

Ten aanzien van art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969 geldt geen soort aandelenbenadering. Na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058) zouden aandelen zonder stemrecht of winstrecht, of aandelen met beperkt stemrecht of winstrecht, aan een andere persoon kunnen worden gegeven. Hierdoor zou een aandeelhouder in feite nog steeds de volledige zeggenschap of winstgerechtigdheid in een BV kunnen hebben, zonder dat sprake is van het bezit van 'ten minste een derde gedeelte van het nominaal gestorte kapi-

taal'.⁴³ In juridisch opzicht zou de aandeelhouder dan niet 'verbonden' zijn, maar economisch beschouwd wel. Verplichtingen die de BV aangaat met deze aandeelhouder zijn niet uitgesloten van investeringsaftrek. De andere personen die de aandelen zonder stemrecht of winstrecht houden, zouden zelfs naaste familieleden kunnen zijn. Immers, in art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969 ontbreekt een toerekening van aandelenbelangen die worden gehouden door personen die behoren tot de familiekring van de aandeelhouder.

Om dergelijke onbedoelde effecten te voorkomen, zou voor de uitsluiting van art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969 kunnen worden aangesloten bij de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969. Bovendien zou dan een meer uniform geheel ontstaan. Voorts zou de bepaling dan beter aansluiten bij art. 3.46 Wet IB 2001.

7.3.4.4 Aanbevelingen

Naar mijn mening dient voor het verbondenheidsbegrip van art. 8 lid 8 onderdeel b en c Wet VPB 1969 te worden aangesloten bij het bezit van een 'belang' van ten minste 33⅓%. Dit zou beter aansluiten bij de economische werkelijkheid. Bovendien zou de regeling dan neutraal zijn ten aanzien van de rechtsvorm, hetgeen naar mijn mening past bij de antimisbruikfunctie van het begrip.

Meer specifiek zou in deze bepaling kunnen worden gesproken over verplichtingen aangegaan tegenover een 'verbonden lichaam' en een 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969. De belangen die worden gehouden door personen die nauw zijn verbonden met de aandeelhouder, zouden dan ook meetellen voor de beoordeling van de verbondenheid van die aandeelhouder en het lichaam.

7.3.5 **'Deelname aan de leiding, het toezicht, of het kapitaal' in de zin van art. 8b lid 1 en 2 Wet VPB 1969**

In art. 8b Wet VPB 1969 is een verplichting opgenomen tot het gebruik en documentatie van 'at arm's length'-verrekenprijzen binnen concernverband. Op basis van deze bepaling kunnen voordelen die om onzakelijke redenen buiten de winst van een lichaam zijn gebleven, alsnog in aanmerking worden genomen. In art. 8b lid 1 en 2 Wet VPB 1969 zijn, hoewel de termen niet uitdrukkelijk worden gehanteerd, opnieuw afzonderlijke definities van het begrip 'verbonden lichaam' gegeven. Ook dit begrip heeft een vereenzelvigingsfunctie en met name een antimisbruikfunctie.

Kavelaars, De Graaf en Stevens (2007) merken op dat moet worden aangenomen dat de bepaling niet alleen ziet op lichamen, zoals de wettekst doet vermoeden, maar ook op de verhouding tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting.

43. R.N.F. Zuidgeest, 'Flexibel BV-recht en 'verbondenheid' in het belastingrecht: buigen of barsten?', *WFR* 2007, p. 1162.

7.3.5.1 *Wettelijke omschrijving*

Op basis van art. 8b lid 1 Wet VPB 1969 is sprake van verbondenheid, indien een lichaam onmiddellijk of middellijk deelneemt aan de leiding van of het toezicht op dan wel in het kapitaal van een ander lichaam. Dit betreft situaties van 'verticale gelieerdheid'. Art. 8b lid 2 Wet VPB 1969 regelt vervolgens de 'horizontale gelieerdheid'. Hiervan is sprake indien eenzelfde persoon, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op dan wel in het kapitaal van het ene en het andere lichaam. De deelnemende persoon kan zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon zijn.

In de parlementaire behandeling is aangegeven dat bewust is aangesloten bij de omschrijving van het begrip gelieerdheid in art. 9 OESO.⁴⁴ Daarbij is aangeknoopt bij de deelname in de leiding of het toezicht op een ander lichaam, en niet uitsluitend bij een kapitaalbelang, omdat in de praktijk was gebleken dat concerns steeds vaker gebruikmaken van lichamen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal, zoals stichtingen, en van buitenlandse rechtsvormen, zoals trusts. Voorts is bewust niet aangegeven welke omvang van het aandelenbezit tot gelieerdheid leidt, omdat dat tot manipulatie zou kunnen leiden. Voor het constateren van gelieerdheid gaat het er dus om dat de aandeelhouder, toezichthouder of bestuurder voldoende zeggenschap heeft om invloed te kunnen uitoefenen op de vaststelling van de verrekenprijzen. Ook de mate van gelieerdheid is in navolging van art. 9 OESO niet ingevuld. Per situatie zal moeten worden beoordeeld of materieel sprake is van een dergelijke zeggenschap. Overigens is tijdens de parlementaire behandeling wel toegezegd dat bij de Belastingdienst zekerheid vooraf kan worden gevraagd in situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of twee of meerdere lichamen gelieerd zijn.⁴⁵ Deze toezegging is uitgewerkt in het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/124M, V-N 2004/43.3.

Het verbondenheidsbegrip van art. 8b Wet VPB 1969 sluit aan bij de visie van De Hosson. Hij stelt dat de redenering dat winst alleen kan worden gecorrigeerd bij een gezamenlijke aandeelhoudersband, berust op een verouderde opvatting ten aanzien van de relatie tussen de vennootschap en de aandeelhouder.⁴⁶ Volgens De Hosson ligt de macht om de 'transfer pricing' te beïnvloeden bij het management en niet bij de aandeelhouders. De Commissie 'Internationale winstallocatie' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (1987) pleit er daarentegen voor alleen aandeelhoudersverhoudingen in acht te nemen bij de winstcorrecties. De reden die zij hiervoor aanvoert is dat bevoordelingen in de prijs alleen aan de orde zullen zijn indien er op enige wijze een tegenprestatie zal bestaan, en zij meent dat dit alleen het geval zal zijn bij aandeelhoudersrelaties. Net als De Hosson denk ik echter dat dit niet overeenstemt met de maatschappelijke werkelijkheid, waarin het management ook belang heeft bij de hoogte van de belastingdruk van een onderneming.

44. *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 20.*

45. *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 34.*

46. F.C. de Hosson, 'Het begrip 'gelieerde ondernemingen' in het nationale en internationale recht (II)', *WFR* 1987, p. 1453.

Het verbondenheidsbegrip van art. 8b Wet VPB 1969 is ook van belang voor de toepassing van art. 10b Wet VPB 1969. Op basis van deze bepaling kan een renteloze of laagrentende lening met een lange looptijd als een 'hybride geldlening' worden aangemerkt, indien deze is verstrekt door een lichaam waarmee de schuldenaar is gelieerd in de zin van art. 8b Wet VPB 1969. In de literatuur is deze bepaling fel bekritiseerd, omdat zij ook volstrekt bonafide situaties treft, en er geen mogelijkheid bestaat om tegenbewijs te leveren.⁴⁷

7.3.5.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Met het criterium 'deelname aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal' wordt in art. 8b Wet VPB 1969 zowel bedoeld op organisatorische als financiële verbondenheid. In dit opzicht sluit het verbondenheidsbegrip aan bij de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht.

7.3.5.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

De criteria voor 'verbondenheid' in art. 8b Wet VPB 1969 geven ook blijk van rechtsvormneutraliteit. De bepaling is immers gericht op lichamen met en zonder een in aandelen verdeeld kapitaal.

De reikwijdte van het verbondenheidsbegrip in art. 8b Wet VPB 1969 is bewust niet nader ingevuld. Hoewel ik het gebruik van een open norm begrijpelijk acht in verband met de antiontgaansfunctie van het begrip, kan ik mij voorstellen dat de praktijk is gebaat bij enig houvast. In dit verband zou het mogelijk zijn om te verwijzen naar het verbondenheidsbegrip van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Beide begrippen hebben immers dezelfde functie. De vraag rijst echter of Nederland in dat geval internationaal gezien uit de pas zou lopen.

Naar mijn mening is dat niet het geval. In de winsttoerekeningsregels van art. 9 OESO wordt voor de 'gelieerdheid' aangeknoopt bij het direct of indirect deelnemen aan de leiding, toezicht of het kapitaal van een onderneming:

'...participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise ...'

Door Verdoner (1988) is beschreven dat de criteria die aan de mate van gelieerdheid van ondernemingen worden gesteld, van land tot land verschillen. De Hosson merkt eveneens op dat het begrip 'control' in de diverse OESO-landen op verschillende wijze wordt uitgelegd.⁴⁸ Visser (2005) geeft hierbij aan dat de gelieerdheid als bedoeld in art. 9 OESO in de praktijk meestal bestaat, omdat er sprake is van deelname in het

47. Bijvoorbeeld door A.G. Geesink, 'Art. 10, vierde lid, onderdeel a, Wet VPB 1969: afschaffen!', *WFR* 2002, p. 1011, en door P.C. van der Vegt, 'De voortgaande bastaardisering van de vennootschapsbelasting', *WFR* 2002, p. 1280.

48. F.C. de Hosson, 'Het begrip 'gelieerde ondernemingen' in het nationale en internationale recht (I)', *WFR* 1987, p. 1421.

kapitaal, en er dus toch een aandelenverhouding is. Op basis hiervan denk ik dat Nederland internationaal gezien geen afwijkend standpunt zou hanteren, indien in art. 8b Wet VPB 1969 zou worden aangeknoopt bij het verbondenheidsbegrip van art. 10a Wet VPB 1969.

Aansluiting bij art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 zou ook een onduidelijkheid wegnemen ten aanzien van de reikwijdte van de term 'een zelfde persoon' als bedoeld in art. 8b lid 2 Wet VPB 1969. Visser merkt op dat in de wetsgeschiedenis niet is ingegaan op de vraag of familieleden ook kunnen worden beschouwd als 'een zelfde persoon'. Hij acht het echter verdedigbaar om dit begrip ruim uit te leggen, en ook te concluderen tot gelieerdheid indien bijvoorbeeld een vader alle aandelen bezit in vennootschap X, terwijl zijn zesjarige zoon alle aandelen in de vennootschap Y houdt. Naar mijn mening kan voor deze uitleg geen steun worden gevonden in de wettekst. Zij lijkt mij echter wel gerechtvaardigd indien zou worden aangesloten bij het verbondenheidsbegrip van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.

Overigens is het mij ook niet duidelijk waarom voor de bepaling van art. 10b Wet VPB 1969 aansluiting is gezocht bij de 'verbondenheid' zoals is omschreven in art. 8b Wet VPB 1969, en niet bij het begrip 'verbonden lichaam' van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Art. 8b en 10 lid 4 (thans: art. 10b) Wet VPB 1969 zijn op basis van hetzelfde wetsvoorstel geïntroduceerd, en dit lijkt het enige argument.

7.3.5.4 *Aanbevelingen*

Op basis van het vorenstaande pleit ik ervoor om in art. 8b Wet VPB 1969 aan te sluiten bij het verbondenheidsbegrip van art. 10a Wet VPB 1969. Dit is destijds ook gesuggereerd door de Raad van State. Die suggestie is toen niet overgenomen met als argument dat de mate van gelieerdheid waarbij partijen geneigd zullen zijn op onzakelijke voorwaarden met elkaar te handelen, van geval tot geval kan verschillen.⁴⁹ Ook vreesde men dat het vastleggen van een omslagpunt zou leiden tot manipulatie. Ik vraag mij echter af of deze angst wel zo reëel is indien zou worden uitgegaan van een 'belang van ten minste een derde gedeelte', zoals in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Een dergelijke ondergrens zou duiden op een 'economisch' nauwe relatie. Bovendien is het begrip 'belang' zo vaag, dat dit moeiteloos elk geval van manipulatie kan omvatten. De enige reden waarom ik mij zou kunnen voorstellen dat het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 minder geschikt is, is dat in de parlementaire toelichting bij dit begrip is opmerkt dat 'deelname aan de leiding' geen criterium is.⁵⁰ Bij art. 8b Wet VPB 1969 hecht men juist wel veel waarde aan de deelname aan de leiding. Zoals ik in paragraaf 7.3.7 zal beschrijven, denk ik echter dat deelname aan de leiding juist heel goed zou passen in de uitleg van het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.

49. *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. A, p. 7.*

50. *Kamerstukken II 1988/89, 20 603, nr. 6, p. 13.*

7.3.6 *'Concern' in de zin van art. 8c lid 4 Wet VPB 1969*

In art. 8c lid 1 Wet VPB 1969 worden interest- en royaltyontvangsten ter zake van samenhangende geldleningen of rechtsverhoudingen, waarover per saldo geen reële risico's worden gelopen, uitgesloten van de belastbare winst. De bepaling is bedoeld voor rente en royalty's die binnen een concern worden ontvangen door 'doorstroomvennootschappen'. Per saldo wordt hierdoor alleen de vergoeding voor de door deze vennootschappen uitgeoefende functies tot de winst gerekend. Alleen de interest- en royaltyontvangsten van tot het 'concern' behorende lichamen en natuurlijke personen blijven bij het bepalen van de winst buiten aanmerking. Dit concernbegrip vervult een facilitaire functie.

7.3.6.1 *Wettelijke omschrijving*

In art. 8c lid 4 Wet VPB 1969 wordt voor het begrip 'concern' verwezen naar de definities van de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' zoals bedoeld in art. 10a lid 4 tot en met 6 Wet VPB 1969. Voor de vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden en de beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten verwijs ik naar paragraaf 7.3.7 en 7.3.8, waarin deze begrippen zijn beschreven.

7.3.6.2 *Aanbevelingen*

Vanwege de verwijzing naar de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 4 tot en met 6 Wet VPB 1969 geldt de onduidelijke term 'belang' ook voor het concernbegrip in art. 8c lid 1 Wet VPB 1969. De open norm in deze term past naar mijn mening bij een begrip met een antiontgaansfunctie, maar niet bij begrippen met een facilitaire functie. Mijn voorstel is daarom om voor het concernbegrip in art. 8c lid 1 Wet VPB 1969 een scherpere norm te hanteren in de vorm van het begrip 'concern'. De contouren van dit begrip heb ik in paragraaf 7.3.3 geschetst voor de afschrijvingsfaciliteit van art. 8 lid 6a onderdeel a Wet VPB 1969.

Zoals ik in paragraaf 7.3.3 heb toegelicht, kies ik voor dit fiscale concernbegrip voor een 50%-grens in plaats van een 33 $\frac{1}{3}$ %-criterium, omdat de concernbenadering hiermee beter tot uitdrukking komt. Bovendien heeft het begrip een facilitaire functie. Om onbedoeld gebruik te voorkomen, vind ik het gepast om uit te gaan van het hogere 50%-criterium.

7.3.7 *'Verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969*

In art. 10a Wet VPB 1969 is een aantal renteaftrekbeperkingen opgenomen ter zake van geldleningen aan partijen die met de belastingplichtige gelieerd zijn. Met het oog op deze bepaling, en een groot aantal andere maatregelen, is in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 een definitie opgenomen voor het begrip 'verbonden lichaam'. Ik ken aan dit verbondenheidsbegrip een vereenzelvigingsfunctie toe, omdat de schuldverhoudingen tussen de gelieerde partijen in feite worden genegeerd waardoor zij in feite als één entiteit worden beschouwd. Meer specifiek heeft het begrip een antiontgaansfunctie.

7.3.7.1 Wettelijke omschrijving

Het begrip 'verbonden lichaam' in art. 10a lid 4 Wet VPB is omschreven als een lichaam:

- a. waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;
- b. dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige;
- c. waarin een derde en enkele met hem verbonden personen voor ten minste een derde gedeelte belang hebben, terwijl deze derde en de verbonden personen tevens voor ten minste een derde gedeelte belang hebben in de belastingplichtige;
- d. dat met de belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid als bedoeld in art. 15 en 15a Wet VPB 1969, tenzij het de toepassing betreft van art. 10d Wet VPB 1969.

Belang

De term 'belang' is niet nader toegelicht in de wet, waardoor het verbondenheidsbegrip van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 onduidelijk is. In de parlementaire toelichting zijn wel enkele richtlijnen voor de uitleg gegeven, maar deze hebben de onduidelijkheid naar mijn mening niet weggenomen. Door de term 'belang' vallen niet alleen vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal onder de regeling.⁵¹ Bij vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal speelt daarom niet uitsluitend het aandeel in het gestorte kapitaal, maar ook het aandeel in het geplaatste kapitaal een rol. Het laatste impliceert volgens de Staatssecretaris van Financiën dat niet alleen het financiële belang doorslaggevend hoeft te zijn. Het stemrecht wordt volgens hem vooral bepaald door het aandeel in het geplaatste kapitaal en door de aard van de aandelen, terwijl het financiële belang vooral wordt bepaald door het aandeel in het gestorte kapitaal. De term 'belang' omvat zowel directe als indirecte relaties.⁵² Volgens de staatssecretaris is de deelname in de leiding geen criterium voor de vraag of sprake is van een 'verbonden lichaam'.⁵³

Een eerste onduidelijkheid over de reikwijdte van het begrip 'belang' is of dit begrip formeel of materieel moet worden uitgelegd. Bij een formele benadering zou uitsluitend een aandelenbelang relevant zijn, maar bij een materiële benadering zouden ook andersoortige rechten, zoals zeggenschapsrechten en schuldeisersbelangen, in aanmerking moeten worden genomen. In het verleden is door de Staatssecretaris van Financiën bevestigd dat bij het bepalen van de omvang van het 'belang', naast deelname in het kapitaal, ook een schuldverhouding in aanmerking kan worden genomen, indien deze schuldverhouding fiscaalrechtelijk als kapitaal wordt behandeld.⁵⁴ In een brief van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2001, nr. AFP2001/920, V-N 2001/66.2, is voorts aangegeven dat hybride geldleningen in de zin van art. 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 meetellen als 'belang'. Dit duidt op een materiële toets, hetgeen ook is bevestigd in de toelichting op het begrip 'uiteindelijk-

51. *Kamerstukken II* 1986/87, 19 968, nr. 3, p. 11.

52. *Kamerstukken I* 1989/90, 19 968, nr. 41c, p. 10, en *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 5, p. 35.

53. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 603, nr. 6, p. 13.

54. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 603, nr. 6, p. 13.

ke belang' in de zin van art. 20a Wet VPB 1969.⁵⁵ In Hof Arnhem 17 juni 1998, nr. 96/1455, V-N 1998/57.14, is beslist dat een kapitaalbelang van 32% onvoldoende was voor de aanwezigheid van 'verbondenheid'. Hierbij is door het hof ook aangenomen dat een materieel criterium is bedoeld.

In de literatuur bestaat echter geen eenduidige visie over een formele dan wel materiële opvatting. De Vries en De Vries gaan uit van een materiële invulling.⁵⁶ Zij menen dat de wetgever de stap heeft genomen om niet alleen het aandeelhouderschap als criterium te hanteren. Volgens hen kan een 'belang' daarom ook via achtergestelde leningen, warrantleningen, belangrijke winstrechten, exclusieve leverings- of afnamecontracten, stemrechten en managementcontracten bestaan. Ook Brandsma (2004) acht een materiële uitleg van het begrip 'belang' passend. Hij denkt dat hiervoor ook steun kan worden gevonden in de introductie van art. 8b Wet VPB 1969, waarin ook is benadrukt dat niet uitsluitend aandeelhoudersbanden van belang zijn. Ik acht een materiële interpretatie ook het meest logisch op basis van de antiontgaansfunctie van het begrip 'verbonden lichaam'.

Van der Geld merkt op dat het 'belang' taalkundig gezien ook zou kunnen bestaan uit een grote lening.⁵⁷ Toch neemt hij aan dat voor aandelenvennootschappen is bedoeld op louter het belang bij de aandelen. Nielke meent op basis van een uitgebreide analyse van literatuur en parlementaire geschiedenis eveneens dat het begrip 'belang' formeel moet worden uitgelegd, en dus uitsluitend ziet op een kapitaalbelang en niet op zeggenschap.⁵⁸ Ook De Hosson leidt uit de parlementaire toelichting af dat voor vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal niet wordt bedoeld op verbondenheid buiten de normale aandeelhoudersbanden.⁵⁹ Van Strien (2007) wil de term 'belang' eveneens beperken tot (informele) kapitaalbelangen. Weliswaar is opgemerkt dat niet-financiële rechten zoals stemrechten een rol spelen, maar Van Strien merkt op dat de invloed van stemrechten hierbij direct is gekoppeld aan de aandelen.⁶⁰ Hij betwijfelt overigens de juistheid van het standpunt van de wetgever, dat ook hybride leningen tot het 'belang' moeten worden gerekend, omdat een hybride lening niet als kapitaal kwalificeert. In dit verband is Van Kuijk van mening dat hybride leningen sinds 1 januari 2007 niet meer kunnen leiden tot een 'belang'.⁶¹ Met ingang van 2007 is art. 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 namelijk vervallen. Van Kuijk vindt dat alleen leningen die fiscaalrechtelijk als kapitaal worden geherkwalificeerd, nog kunnen leiden tot een belang. Ook Van Strien meent dat deze 'deelnemerschapsleningen' meetellen.

55. *Kamerstukken II 2000/01, 27 209, nr. 7, p. 16.*

56. N.H. de Vries en R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, onderdeel 2.2.3.H.b.

57. J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling* (FM nr. 20), Deventer: Kluwer 1990.

58. S.F.M. Nielke, 'Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen', *WFR* 1998, p. 557.

59. F.C. de Hosson, 'Het begrip 'gelieerde ondernemingen' in het nationale en internationale recht (II)', *WFR* 1987, p. 1453.

60. *Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 5, p. 35.*

61. F.N.P.F. van Kuijk, 'De wijzigingen in artikel 10a Wet VpB 1969', *MBB* 2007, nr. 3.

De tweede onduidelijkheid betreft de wijze waarop de omvang van het 'belang' moet worden bepaald. In geval van bijzondere winstrechten of contractuele zeggenschapsrechten kan het moeilijk zijn om deze te kwantificeren. Voorts is de vraag opgeworpen of in navolging van de zogenoemde Falcons-arresten, HR 22 november 2002, nr. 36 272, *BNB* 2003/34, en HR 20 mei 2005, nr. 40 038, *BNB* 2005/260, ook opties tot een 'belang' moeten worden gerekend.⁶² Marres (2005) gaat ervan uit dat gedeeltelijke belangen bij bestaande of nieuw uit te geven aandelen, zoals vruchtgebruik, opties, warrants, conversierechten enzovoort ook meetellen voor de bepaling van het 'belang'. Van Strien (2007) denkt echter dat opties niet onder het bereik van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 vallen. Op basis van de antiontgaansfunctie van de term 'belang' vind ik het logisch indien dit soort bezitsvormen toch zouden meetellen.

Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058) krijgt de onduidelijkheid ten aanzien van de term 'belang van een derde gedeelte of meer' een extra dimensie.⁶³ Het is dan de vraag of aandelen zonder stemrecht of winstrecht, en aandelen met beperkt stemrecht en winstrecht, ook in aanmerking dienen te worden genomen bij de beoordeling of sprake is van een 33 $\frac{1}{3}$ %-belang. Indien conform de wetsgeschiedenis alleen zou moeten worden uitgegaan van het aandeel in het geplaatste kapitaal, zou de status van 'verbonden lichaam' en 'verbonden persoon' voor art. 10a Wet VPB 1969 naar mijn mening eenvoudig kunnen worden ontgaan door de plaatsing van stemrechtloze of winstrechtloze aandelen bij een andere aandeelhouder. Er zou dan geen sprake zijn van een 'belang', waardoor verschillende antimisbruikbepalingen die zijn gebaseerd op het begrip 'verbonden lichaam' of 'verbonden persoon' hun toepassing zouden missen.⁶⁴ Bovendien zouden verschillende fiscale regelingen waarin het begrip 'belang' ook wordt gehanteerd, niet meer adequaat functioneren.⁶⁵

Overigens is in de wetsgeschiedenis van art. 4 lid 3 en 4 WBR vermeld dat het aandeel in het geplaatste aandelenkapitaal niet langer doorslaggevend is bij de uitleg van de term 'belang' voor de heffing van overdrachtsbelasting.⁶⁶ Volgens de wetgever moet voor de toepassing van art. 4 WBR bij de verkrijging van soortaandelen

62. Bijvoorbeeld door J. Gooijer, 'Een aanzet tot aanpassing van het verbondenheids criterium in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2006, p. 560, en M.J. van Dieren en C.L. van Lindonk, 'Het begrip 'belang' in de deelnemingsvrijstelling', *WFR* 2006, p. 457.

63. R.N.F. Zuidgeest, 'Flexibel BV-recht en 'verbondenheid' in het belastingrecht: buigen of barsten?', *WFR* 2007, p. 1162.

64. In dit verband valt te denken aan de hiervoor genoemde bepaling voor 'doorstroomvennootschappen' in art. 8c Wet VPB 1969, de antiwinstdrainagebepalingen van art. 10a Wet VPB 1969 zelf en de regelingen waarnaar wordt verwezen in de aanhef van lid 4, de 45%-toets ten aanzien van fiscale beleggingsinstellingen in art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969, evenals de bepaling van de diensttijd voor pensioenopbouw in art. 10ab Uitv.besl. LB 1965.

65. Hierbij kan worden gedacht aan de termen 'ten minste een derde gedeelte belang' in art. 3.46 Wet IB 2001, 'verbonden vennootschap' in de zin van art. 10c lid 1 en 2 Wet VPB 1969 jo. art. 10a lid 7 Wet LB 1964, 'verbonden lichaam' in art. 12c lid 5 Wet VPB 1969, 'belang van minder dan 5%' in art. 13 lid 12 Wet VPB 1969, 'belang van ten minste 25%' in art. 13a lid 1 Wet VPB 1969, 'belang van 5% of meer' in art. 13b lid 5, art. 13c lid 4 en art. 23c lid 4 Wet VPB 1969 en 'uiteindelijke belang' in art. 20a Wet VPB 1969. Deze bepalingen komen alle aan bod in deze studie.

66. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 43.

sprake zijn van het daadwerkelijke 'belang' in het lichaam. Er is bijvoorbeeld geen sprake van een daadwerkelijk 'belang' bij een aandelenbezit dat economisch kan worden gelijkgesteld met een geldlening. Daarentegen lijkt een aandelenbezit van minder dan een derde gedeelte van het geplaatste aandelenkapitaal toch een daadwerkelijk 'belang' in de zin van art. 4 lid 3 en 4 WBR, indien aan deze aandelen ten minste een derde gedeelte van de zeggenschap is verbonden. Indien dit standpunt ook zou gelden voor de term 'belang' in art. 10a Wet VPB 1969, zou de uitgifte van soortaandelen zoals aandelen zonder stemrecht of winstrecht geen wijziging brengen in de status van 'verbonden lichaam' en 'verbonden persoon'.⁶⁷ Het is echter niet duidelijk of deze materiële interpretatie ook geldt voor art. 10a Wet VPB 1969.

Belang van gelieerde natuurlijke personen

Sinds 1 januari 2007 worden voor de toepassing van art. 10a lid 4 onderdeel c Wet VPB 1969 de belangen gehouden door de met 'een derde' verbonden personen, aan die derde toegerekend. Het gaat hierbij om belangen die worden gehouden door de echtgenoot en geregistreerde partner, of een minderjarig kind.

Voor ongehuwde samenwoners geldt in dit verband een vermoeden van verbondenheid, indien zij kunnen kwalificeren als 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001. Hierbij valt op dat een bepaling in de zin van art. 3.91 lid 2 onderdeel b onder 5° Wet IB 2001, op basis waarvan de partners kunnen aantonen dat er geen sprake is van een duurzaam gevoerde gemeenschappelijke huishouding, ontbreekt. Ongehuwde samenwoners hebben dus niet de mogelijkheid om het verbondenheidsvermoeden te weerleggen. Ik vind het ook opmerkelijk dat in art. 10a lid 4 onderdeel c Wet VPB 1969 niet is aangesloten bij de verschillende situaties van ongehuwde samenwoners zoals omschreven in art. 3.91 lid 2 onderdeel b Wet IB 2001. Hierdoor omvat de antimisbruikbepaling lang niet alle samenwoonsituaties.

Voor de toepassing van art. 10a lid 4 onderdeel c Wet VPB 1969 wordt onder een 'kind' ook een kind van de echtgenoot, of een pleegkind begrepen. Dit is naar mijn mening overbodig ten aanzien van de kinderen van de echtgenoot, omdat op basis van de algemene definitie in art. 2 lid 3 onderdeel i AWR een 'aanverwant' in de neergaande lijn ook al als kind van de belastingplichtige wordt beschouwd. En een kind van de echtgenoot is een 'aanverwant', zo volgt uit art. 1:3 lid 2 BW.

Omdat onder 'echtgenoot' ook de ongehuwde samenlevingspartner wordt verstaan, ga ik ervan uit dat een kind van deze partner ook als een 'kind' van de belastingplichtige wordt beschouwd. Dit zou overigens ook voortvloeien uit de bepaling van art. 1.2 lid 5 Wet IB 2001, waarin is bepaald dat de kwalificatie als 'partner' in de Wet IB 2001 ten aanzien van het aanverwantschap dezelfde gevolgen heeft als het huwelijk. Dat wil zeggen, dat bloedverwanten van de ene partner als aanverwanten van de andere worden beschouwd. Uit de wettekst leid ik af dat deze fiscale uitbreiding van het aanverwantschap voor partners niet alleen geldt voor de Wet IB 2001

67. G.J.W. Kinnegim, 'De flex-BV fiscaal getoetst', *Ondernemingsrecht* 2007, 10/11, meent dat alleen sprake zou mogen zijn van verbondenheid, indien een persoon ten minste een derde gedeelte van het totale geplaatste kapitaal bezit, en niet bij een bezit van een derde gedeelte van een bepaalde aandelensoort.

zelf, maar ook voor andere bepalingen die hierop zijn gebaseerd, zoals art. 10a lid 4 onderdeel c Wet VPB 1969.

Fiscale eenheid

Art. 10a lid 4 onderdeel d Wet VPB 1969 bepaalt dat onderdelen van een fiscale eenheid ook als ‘verbonden lichaam’ worden beschouwd. Dit is van belang voor het geval dat de fiscale eenheid wordt verbroken.

Voorts is in art. 10a lid 6 Wet VPB 1969 geregeld dat indien een lichaam ten aanzien van een bepaalde belastingplichtige een ‘verbonden lichaam’ is, dat lichaam ook verbonden is met alle tot de fiscale eenheid gevoegde maatschappijen. Hiermee wordt voorkomen dat een lichaam wel is verbonden met een dochtermaatschappij van de fiscale eenheid, maar niet met andere maatschappijen. In de wetsgeschiedenis is bij wijze van voorbeeld de situatie genoemd van een fiscale eenheid waarbij de moedermaatschappij 95% van de aandelen in de dochter bezit. Indien de dochter een ‘belang’ van 35% houdt in een andere vennootschap, is er in die relatie wel sprake van een ‘verbonden lichaam’. Echter, als gevolg van het 95%-bezit in de dochter is het middellijke belang van de moedermaatschappij in die vennootschap kleiner dan 33⅓%, zodat er in die relatie geen sprake is van gelieerdheid. Op basis van de fictie van art. 10a lid 6 Wet VPB 1969 worden de moeder en de andere vennootschap toch geacht met elkaar te zijn verbonden.⁶⁸

Fusie en splitsing

In de wettelijke bepalingen van de faciliteiten voor juridische fusie en splitsing is een aantal verbondenheidsficties opgenomen. Deze ficties zijn bedoeld om te voorkomen dat maatregelen waarbij ‘verbondenheid’ een rol speelt, worden ontgaan via de fusie- en splitsingsfaciliteiten. In dit verband is in art. 14a lid 7 Wet VPB 1969 bepaald dat de verkrijgende rechtspersoon ten tijde van de splitsing wordt aangemerkt als met de splitsende rechtspersoon ‘verbonden lichaam’. In art. 14b lid 6 Wet VPB 1969 is een vergelijkbare bepaling opgenomen voor de juridische fusie.

Verbondenheid op verzoek

Aan het slot van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 wordt de mogelijkheid geboden om lichamen die in principe niet voldoen aan de verbondenheidscriteria, toch als ‘verbonden lichaam’ aan te merken. De achtergrond hiervan is de toepassing van het voormalige regime voor concernfinancieringsmaatschappijen (CFM). Tijdens de parlementaire behandeling is toegelicht dat hierbij is gedacht aan de situatie van een concern dat in verschillende landen een afzonderlijke topholding heeft, maar dat op grond van bestuurlijke verbondenheid als één concern kan worden beschouwd.⁶⁹ Er is ook gedacht aan lichamen waarbij sprake is van een sterke onderlinge verbondenheid in de bedrijfsvoering, en situaties waarin een familie als een samenwerkende groep optreedt. Hierbij is door de Staatssecretaris van Financiën opgemerkt dat het verzoek om als ‘verbonden lichaam’ te worden aangemerkt niet alleen geldt voor de

68. *Kamerstukken II 1999/00*, 26 854, nr. 3, p. 6 en 29.

69. *Kamerstukken I 1996/97*, 24 696, nr. 52b, p. 5.

toepassing van het CFM-regime, maar ook voor de overige wettelijke bepalingen waarop de definitie van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 van toepassing is.

Tijdens de parlementaire behandeling is gevraagd om voor de spiegelbeeldsituatie toe te staan dat een 'verbonden lichaam' op verzoek niet als zodanig worden beschouwd. De staatssecretaris merkte hierover op dat dit hem te ver zou gaan, omdat art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 een antimisbruikbepaling is.⁷⁰ Echter, nadien is in het besluit van 15 december 1997, nr. DB97/4084M, BNB 1998/122, alsnog de mogelijkheid geïntroduceerd om op verzoek van een belastingplichtige niet als 'verbonden lichaam' te worden aangemerkt. Hierbij is gedacht aan situaties waarin een internationaal werkzaam concern is opgebouwd uit twee of meer onderdelen die zelfstandig ten opzichte van elkaar opereren, waarbij de aandeelhoudersband de enige binding is tussen deze onderdelen. Voor deze situaties is onder voorwaarden goedgekeurd dat de verbonden lichamen die deel uitmaken van vorenbedoelde zelfstandige onderdelen van het concern, voor de toepassing van het CFM-regime als niet-verbonden worden aangemerkt.

Fictief verbonden lichaam en fictief verbonden persoon

Art. 13b Wet VPB 1969 bevat een antimisbruikmaatregel die voorkomt dat belastingplichtigen die een fiscaal verlies hebben genomen ter zake van een schuldvordering op een deelneming, door bepaalde handelingen de fiscale claim dienaangaande ontkomen. In dit verband wordt bij vervreemding van de vordering aan een 'verbonden lichaam' of een 'verbonden natuurlijk persoon' de afwaardering teruggenomen. De maatregel is ook van toepassing indien niet de belastingplichtige zelf, maar een 'verbonden lichaam' de vordering heeft afgewaardeerd. De begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in art. 13b Wet VPB 1969 worden opgevat conform art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969.

Behalve de verwijzing naar art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 bevat art. 13b lid 4 Wet VPB 1969 een additionele 'verbondenheidsfictie' voor situaties waarin de vordering wordt vervreemd aan een niet in Nederland gevestigd lichaam of een niet in Nederland wonend natuurlijk persoon. Hierbij is van belang dat de vestigingsplaatsfictie van art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 niet geldt voor de toepassing van art. 13b Wet VPB 1969. De fictie is in de parlementaire geschiedenis beargumenteerd op basis van de moeilijkheden die de Belastingdienst in de praktijk zou kunnen ondervinden bij de beoordeling of een buitenlands lichaam of natuurlijke persoon als 'verbonden' kan worden beschouwd.⁷¹ In feite is met art. 13b lid 4 Wet VPB 1969 dus de bewijslast omgedraaid, omdat de belastingplichtige in dergelijke situaties zal moeten aantonen dat er geen sprake is van 'verbondenheid'. De regeling omvat daarom ook een tegenbewijsmogelijkheid.

7.3.7.2 Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden

De uitkomst van een vergelijking van de term 'belang' met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht is mede afhankelijk van de vraag of

70. Kamerstukken II 1996/97, 24 696, nr. 52b, p. 5.

71. Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 8, p. 7.

deze term formeel of materieel moet worden ingevuld. Indien men kiest voor een formele invulling, en alleen waarde hecht aan een aandelenbelang maar niet aan zeggenschap, moet worden geconcludeerd dat dit niet overeenstemt met de omschrijving van verbondenheid in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. Wordt echter voor een materiële interpretatie gekozen waarbij zeggenschap ook een rol speelt, bestaat er misschien iets meer overeenstemming. In dit verband vind ik het echter vreemd dat deelname in de leiding volgens de wetsgeschiedenis geen criterium is voor de vraag of sprake is van een 'verbonden lichaam'. Hiermee lijkt uiteindelijk geen grote rol toebedeeld aan organisatorische verbondenheid. Aan economische verbondenheid wordt in het geheel geen aandacht besteed. Zelfs bij een materiële interpretatie lijkt het begrip 'belang' daarom te moeten worden beschouwd als een criterium dat vooral uitgaat van financiële verbondenheid. Zoals eerder is opgemerkt, duidt de zeggenschap die is verbonden aan een aandelenbelang of lidmaatschap, niet zonder meer op organisatorische verbondenheid, omdat het niet gaat om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid. Om die reden sluit het begrip 'belang' niet goed aan bij de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht.

In de voorwaarden van het besluit van 15 december 1997, nr. DB97/4084M, *BNB* 1998/122, herken ik daarentegen wel het onderscheid tussen een concern en een conglomeraat. Immers, er wordt waarde gehecht aan het feit dat er wel een aandelenband bestaat, terwijl centrale leiding en economische eenheid ontbreken. Naar mijn mening wordt in het besluit de keuze voor niet-verbondenheid op een juiste wijze benaderd. Het valt mij echter wel op dat de organisatorische en economische verbondenheid op basis van de elementen 'centrale leiding' en 'economische eenheid' nu via een omweg in de regeling zijn geïncorporeerd.

De begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden persoon' in art. 10a Wet VPB 1969 roepen associaties op met de term 'verbonden partij' in de zin van RJ 330. Zoals in hoofdstuk 3 is beschreven, wordt de verbondenheid tussen partijen in het jaarrekeningenrecht aanwezig geacht op basis van 'overheersende zeggenschap' en 'beleidsbepalende invloed'. Hierbij speelt feitelijke organisatorische verbondenheid een belangrijke rol. Naar mijn mening zijn deze criteria veelzeggender dan de term 'belang'.

Voor de toepassing van art. 10a lid 4 onderdeel c Wet VPB 1969 worden belangen van de echtgenoot, geregistreerde partner en de ongehuwde samenwoner kan kwalificeren als 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 toegerekend aan de 'derde', om te beoordelen of sprake is van verbondenheid. De belangen van ongehuwde samenwoners die niet voldoen aan de voorwaarden van art. 1.2 Wet IB 2001 worden echter niet samengeteld. Dit sluit naar mijn mening niet aan bij de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid. Overigens zou vanwege het eerdergenoemde, hogere relatieontbindingsrisico van ongehuwde samenwoners kunnen worden overwogen om hen met enige reserve aan te merken als 'verbonden persoon'. Hiertoe zou bijvoorbeeld een tegenbewijsmogelijkheid kunnen worden geïntroduceerd.

Evenals in hoofdstuk 4 is opgemerkt ten aanzien van het begrip 'kind' in art. 1.4 Wet IB 2001, roept het gebruik van dit begrip de vraag op of hiermee wordt bedoeld op

biologisch, juridisch of sociaal bloedverwantschap. Uit de algemene definitie van art. 2 lid 3 onderdeel i AWR kan echter worden afgeleid dat bij de term 'kind' is bedoeld op juridisch bloedverwantschap. In deze bepaling wordt immers gesproken van de 'eerstegraads bloedverwant en de aanverwant in de neergaande lijn', hetgeen aansluit bij de terminologie van art. 1:3 BW. Op basis hiervan kent het begrip 'kind' in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 een ruime invulling. Het omvat zowel 'eigen' kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, stiefkinderen als pleegkinderen. Voorts lijkt ook een kind van de partner met wie de belastingplichtige ongehuwd samenwoont als 'kind' te worden beschouwd. Door deze ruime invulling is de bepaling naar mijn mening in overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van samenlevingsvormen en gezinssituaties, en met het personen- en familierecht.

7.3.7.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Naar mijn mening heeft de term 'belang' een rechtsvormneutrale betekenis. Dit blijkt ook uit de hiervoor aangehaalde passages uit de parlementaire geschiedenis, waarin is bevestigd dat het niet alleen gaat om vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal. Het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 lijkt daarom ook rechtsvormneutraal.

Vanwege de gelijkstellingen van ongehuwde samenwoners met gehuwden en geregistreerde partners, en van stief- en pleegkinderen met 'eigen' kinderen, lijkt art. 10a lid 4 onderdeel c Wet VPB 1969 ook neutraal ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm. Deze neutraliteit zou echter kunnen worden verbeterd door ongehuwde samenwoners die niet hebben gekozen voor het partnerschap, ook tot de kring van verbonden personen te rekenen. Voorts zou voor ongehuwde samenwoners een tegenbewijsmogelijkheid moeten worden geïntroduceerd.

Het begrip 'belang' in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 heeft het karakter van een open norm, waarvan de inhoud en de reikwijdte onduidelijk is. Hoewel ik dit in beginsel gerechtvaardigd vind op basis van de antiontgaansfunctie, vind ik het begrip thans te onduidelijk. In de wetsgeschiedenis is zo nu en dan een fragmentarische toelichting gegeven op het begrip, maar een compleet beeld van hetgeen in elk geval als een 'belang' moet worden beschouwd, ontbreekt. Daarbij komt dat de verschillende toelichtingen niet op elkaar aansluiten. Hiervoor is gewezen op de mening van de Staatssecretaris van Financiën dat bij het bepalen van de omvang van het 'belang', naast deelname in het kapitaal ook een schuldverhouding die fiscaalrechtelijk als kapitaal wordt behandeld in aanmerking kan worden genomen. Dit geldt ook voor een hybride geldlening. Ik vind het dan ook verbazingwekkend dat in de toelichting op art. 4 lid 3 en 4 WBR is gezegd dat het gelijknamige begrip 'belang' voor de overdrachtsbelasting uitsluitend betrekking heeft op een belang in het aandelenkapitaal, en in beginsel niet ziet op opties of converteerbare obligatieleningen.⁷² Bij een letterlijke lezing zijn deze verschillende toelichtingen niet per se tegenstrijdig, maar zij sluiten ook niet op elkaar aan. Dit vind ik onnodig verwarrend. Het wordt nog complexer in-

72. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 206, nr. 6, p. 14.

dien men bedenkt dat hetzelfde begrip 'belang' in art. 40 lid 4 INV 1990 op weer een andere wijze is omschreven, namelijk als de gerechtigdheid tot het vermogen of het resultaat. Gelet op de antiontgaansfunctie van het begrip 'belang' is enige onduidelijkheid en flexibiliteit gerechtvaardigd en zelfs noodzakelijk. Echter, zonder afbreuk te doen aan deze vereiste flexibiliteit acht ik het mogelijk dat de contouren van het 'belang' duidelijk worden. Hierbij speelt ook een rol dat dit begrip in andere belastingen exact dezelfde functie heeft, zodat een eenduidige interpretatie naar mijn mening voor de hand ligt. Voorts is het naar mijn mening gepast om belastingplichtigen niet aan hun lot over te laten met betrekking tot de vraag of zij 'verbonden' zijn met een lichaam. De antiontgaansfunctie komt nog steeds tot haar recht indien zij de mogelijkheid krijgen om hierover vooraf zekerheid te verkrijgen, zoals dat thans ook mogelijk is ten aanzien van het antimisbruikbegrip in art. 8b Wet VPB 1969.

7.3.7.4 *Aanbevelingen*

Gelet op het vorenstaande, zou ik de contouren van het begrip 'belang' als volgt willen omschrijven, waarbij het open karakter van dit antiontgaansbegrip wordt gerespecteerd:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat overheersende zeggenschap en een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam. Niet alleen een aandelenbelang vormt een 'belang', maar ook andere rechten, zoals zeggenschapsrechten en schuldeisersbelangen, en deelname aan de leiding.
- Ten aanzien van een aandelenvennootschap wordt een 'belang' aanwezig geacht bij het bezit van 33 $\frac{1}{3}$ % van de aandelen in het geplaatste kapitaal en de daaraan verbonden stemrechten.
- Hierbij gaat het om het daadwerkelijke 'belang' zoals is toegelicht met betrekking tot art. 4 lid 3 WBR. Dat wil zeggen, dat een aandelenbezit dat economisch kan worden gelijkgesteld met een geldlening, zoals preferente aandelen of aandelen zonder stemrecht, geen 'belang' vormt. Een aandelenbezit van minder dan 33 $\frac{1}{3}$ % kan echter toch een 'belang' zijn, indien aan deze aandelen ten minste een derde gedeelte van de zeggenschap is verbonden.
- De belangen gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel', kinderen en kinderen van de levensgezel worden meegeteld bij de beoordeling van het verbondenheidsvermoeden.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten.
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, kunnen zelf ook een 'belang' vormen en tellen als zodanig eveneens mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit opzicht wijkt dit verbondenheidsbegrip af van

het fiscale begrip 'concern' waarvan ik in paragraaf 7.3.3 de contouren heb geschetst, maar dit past naar mijn mening bij de antiontgaansfunctie.

- Bovengenoemde veronderstelling van de aanwezigheid van een 'belang' op basis van een aandelenbezit dient om duidelijkheid te bieden in 'standaardsituaties' ten aanzien van aandelenvennootschappen, waarin bijvoorbeeld geen sprake is van zeggenschap op basis van overeenkomsten en alleen een aandelenband bestaat. In verband met de antiontgaansfunctie staat de feitelijke, materieel-economische benadering echter voorop. In gevallen die afwijken van de standardsituaties, bijvoorbeeld omdat sprake is van een vennootschap zonder een in aandelen verdeeld kapitaal of omdat er krachtens een managementovereenkomst feitelijke zeggenschap en beleidsbepalende invloed kan worden uitgeoefend zonder dat er een aandelenband is, kan ook een 'belang' bestaan.
- Belastingplichtigen krijgen de mogelijkheid om de fiscus vooraf zekerheid te vragen over de aanwezigheid van een 'belang' en verbondenheid.

In het kader van deze verduidelijking van de term 'belang' dient de omschrijving van de verbonden personen in art. 10a lid 4 onderdeel c Wet VPB 1969 te worden verscherpt. Naar mijn mening moeten ongehuwde samenwoners die niet voldoen aan de voorwaarden van het partnerschap, ook tot de kring van verbonden personen worden gerekend. Deze uitbreiding past in de antiontgaansfunctie, en kan worden gerealiseerd door het begrip 'levensgezel' te hanteren. In dit verband wijs ik op de in hoofdstuk 5 genoemde 'Aanwijzingen voor de regelgeving', waarin in Aanwijzing 72a lid 1 eveneens de term 'levensgezel' wordt gebruikt voor ongehuwde partners⁷³.

7.3.8 'Verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 5 Wet VPB 1969

In art. 10a lid 5 Wet VPB 1969 zijn twee definities opgenomen voor het begrip 'verbonden natuurlijk persoon'. Eén van deze definities geldt voor de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 zelf, en de andere heeft betrekking op art. 13b en 13ba Wet VPB 1969. Evenals het begrip 'verbonden lichaam' vervullen beide begrippen een antiontgaansfunctie.

7.3.8.1 Wettelijke omschrijving

Voor de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 is een 'verbonden natuurlijk persoon' een persoon die voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in het belastingplichtige lichaam, of een met hem 'verbonden lichaam', zo bepaalt art. 10a lid 5 onderdeel a Wet VPB 1969. Hierbij is de inhoud van het begrip 'belang' gelijk aan die van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969, dat hiervoor is geanalyseerd.

Op basis van art. 10a lid 5 onderdeel a Wet VPB 1969 vindt geen toerekening plaats van het 'belang' dat wordt gehouden door bijvoorbeeld de echtgenoot of kinderen van de 'verbonden natuurlijk persoon'.

73. Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 27 april 2005, nr. 05M474365, *Stcrt.* 2005, 87.

In verband met art. 13b en 13ba Wet VPB 1969 geldt op basis van art. 10a lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969 een grotere kring van verbonden natuurlijke personen. Het 'belang van een derde gedeelte of meer' hoeft dan niet per se door de betrokken persoon zelf te worden gehouden. Ook indien die persoon samen met zijn echtgenoot een dergelijk belang houdt, is voor die bepalingen sprake van een 'verbonden natuurlijk persoon'. In dit verband wordt de ongehuwd samenwonende die kan kwalificeren als 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001, eveneens als een echtgenoot aangemerkt.

Voorts worden, indien een persoon eenmaal gelieerd is, ook zijn echtgenoot, en bloed- of aanverwanten in de rechte lijn meegetrokken in de 'verbondenheid'. Ook hierbij geldt dat de ongehuwd samenwonende die kan kwalificeren als 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001, wordt gelijkgesteld met een echtgenoot. Voor de toepassing van art. 10a lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969 wordt een pleegkind, een echtgenoot van een pleegkind en een pleegouder tot de bloed- of aanverwanten gerekend. Al met al lijkt de familiegroep in art. 10a lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969 op die voor de belastingplicht van directiepensioenfondsen als bedoeld in art. 5 lid 2 Wet VPB 1969. Deze regeling is in paragraaf 7.3.2 beschreven.

Met betrekking tot de juridische splitsing is in art. 3.56 lid 5 onderdeel d Wet IB 2001 bepaald dat indien een aandeelhouder een 'verbonden natuurlijk persoon' is in de zin van art. 10a lid 5 Wet VPB van een splitsende rechtspersoon, hij ook als zodanig wordt beschouwd voor de verkrijgende rechtspersoon. In art. 3.57 lid 5 onderdeel c Wet IB 2001 is een vergelijkbare bepaling opgenomen voor juridische fusies. Met deze bepalingen wordt voorkomen dat claims ten aanzien van de heffing van vennootschapsbelasting, die zijn ontstaan als gevolg van transacties tussen de verbonden lichamen en verbonden natuurlijke personen, verloren zouden gaan bij een fusie of splitsing.

7.3.8.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

De kring van verbonden natuurlijke personen voor art. 10a lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969 is ruim. Wat betreft de partner wordt rekening gehouden met een echtgenoot, geregistreerd partner, en de partner met wie ongehuwd wordt samengeleefd. In paragraaf 7.3.7 is opgemerkt dat bij de gelijkstelling van ongehuwde samenwoners met echtgenoten een bepaling in de zin van art. 3.91 lid 2 onderdeel b onder 5° Wet IB 2001 ontbreekt. Het vermoeden van 'verbondenheid' ten aanzien van ongehuwde samenwoners kan dus niet worden weerlegd door aan te tonen dat er geen sprake is van een duurzaam gevoerde gemeenschappelijke huishouding. Dit sluit niet aan bij de sociaal-maatschappelijke realiteit; uit demografisch onderzoek blijkt immers dat relaties van ongehuwde samenwoners minder stabiel kunnen zijn dan die van gehuwden. Voorts is opmerkelijk dat ook in art. 10a lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969 niet is aangesloten bij andere situaties van verbondenheid, zoals omschreven in art. 3.91 lid 2 onderdeel b Wet IB 2001. De reikwijdte van de antimisbruikbepaling is nu minder groot.

Omdat in art. 10a lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969 wordt gesproken van 'bloed- of aanverwanten', wordt zowel het 'eigen' kind, het adoptiekind als het stiefkind meegeteld. Daarbij wordt een pleegkind ook als 'verbonden' aangemerkt. Op basis van art. 1.2 lid 5 Wet IB 2001 lijkt ook het kind van de ongehuwde samenlevingspartner als 'aanverwant' te moeten worden beschouwd, nu voor de toepassing van art. 10a lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969 eveneens is aangesloten bij het begrip 'partner' in de zin van de Wet IB 2001. Voorts wordt de echtgenoot van deze verschillende soorten kinderen, hun geregistreerde partner of de partner met wie zij ongehuwd samenleven, als 'verbonden' beschouwd. Vanuit de positie van de kinderen bezien, zijn hun ouders, pleegouders en stiefouders met hen verbonden. Als gevolg van deze ruime invulling is de bepaling naar mijn mening in overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van samenlevingsvormen en gezinssituaties, en met het personen- en familierecht.

7.3.8.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Vanwege de gelijkstellingen van ongehuwde samenwoners met gehuwden en geregistreerde partners, en van adoptie-, stief- en pleegkinderen met 'eigen' kinderen, lijkt art. 10a lid 5 Wet VPB 1969 neutraal ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm. De neutraliteit zou kunnen worden verbeterd door ongehuwde samenwoners die niet voldoen aan de voorwaarden voor het partnerschap, ook tot de kring van verbonden personen te rekenen. Voor de gelieerdheid van ongehuwde samenwoners zou voorts een tegenbewijsmogelijkheid moeten worden geïntroduceerd.

Specifiek voor art. 10a lid 5 onderdeel a Wet VPB 1969 geldt nog dat er geen neutraliteit bestaat ten aanzien van het door de echtgenoten of geregistreerde partners gekozen huwelijksgoederenregime. Bij een huwelijk of geregistreerd partnerschap buiten gemeenschap van goederen is een echtgenoot of geregistreerd partner die zelf geen 'belang' heeft in een lichaam niet aan te merken als een 'verbonden natuurlijk persoon' ten opzichte van dat lichaam, ook niet indien de andere echtgenoot of partner wel een 'belang' heeft. Voor de toepassing van art. 10a lid 5 onderdeel a Wet VPB 1969 wordt namelijk alleen gekeken naar het 'belang' dat een persoon zelf houdt, en niet naar een belang dat zijn echtgenoot of partner bezit. Ingeval van een wettelijke gemeenschap van goederen lijkt de echtgenoot of partner die zelf geen 'belang' heeft, wel als 'verbonden natuurlijk persoon' te moeten worden aangemerkt. Bij een wettelijke gemeenschap van goederen zijn de echtgenoten of partners immers beide voor het geheel gerechtigd tot de huwelijksgoederengemeenschap. Er lijkt dan dus sprake van een 'belang' dat tot het vermogen van een persoon behoort, ook indien deze echtgenoot of partner zelf niet de houder is van dat belang. Dit 'belang' is niet aanwezig in geval van huwelijksvoorwaarden.

Deze inbreuk op de neutraliteit is niet aan de orde bij het begrip van art. 10a lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969, omdat de echtgenoot of geregistreerd partner van de houder van een 'belang' voor deze bepaling, ongeacht het huwelijksgoederenregime, als een 'verbonden natuurlijk persoon' wordt beschouwd. Overigens vind ik deze ruimere definitie ook logisch in verband met de antimisbruikfunctie van het verbondenheidsbegrip. Op basis van deze functie acht ik het ook niet bezwaarlijk om in art.

10a lid 5 Wet VPB 1969 uit te gaan van slechts één begrip ‘verbonden natuurlijk persoon’, dat is gebaseerd op de definitie die thans is opgenomen in onderdeel b.

7.3.8.4 *Aanbevelingen*

De aanbevelingen die in paragraaf 7.3.7 zijn gedaan voor de verbetering van de omschrijving van de familiekring in art. 10a lid 5 onderdeel c Wet VPB 1969, gelden eveneens voor de definitie van de begrippen ‘verbonden natuurlijk persoon’ in art. 10a lid 5 Wet VPB 1969. Ongehuwde samenwoners die niet kwalificeren voor het partnerschap moeten ook tot de kring van verbonden personen worden gerekend. Dit past bij de antiontgaansfunctie. Voorts zou voor ongehuwde en niet-geregistreerde partners een tegenbewijsmogelijkheid moeten worden geïntroduceerd, zodat zij kunnen aantonen dat zij feitelijk niet gelieerd zijn. Bovendien zou voor de samentelling van belangen van kinderen kunnen worden aangesloten bij het begrip ‘kind’ in de zin van art. 4 AWIR, dat naar mijn mening duidelijker is.

Ook zouden de twee huidige begrippen ‘verbonden natuurlijk persoon’ in art. 10a lid 5 Wet VPB 1969 worden vervangen door één begrip. Hierbij zou de ruimere definitie die is opgenomen in art. 10a lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969 als uitgangspunt moeten worden genomen.

7.3.9 **‘Verbonden vennootschap’ in de zin van art. 10c lid 1 en 2 Wet VPB 1969**

Op grond van art. 10c Wet VPB 1969 behoort het resultaat behaald op aandelen die zijn ingekocht ter tijdelijke belegging, niet tot de winst. Art. 10c lid 1 Wet VPB 1969 bevat een generieke regeling voor ter tijdelijke belegging ingekochte aandelen in het algemeen, dat wil zeggen, ongeacht het oogmerk van de inkoop.⁷⁴ In dit kader is een afzonderlijk begrip ‘verbonden vennootschap’ omschreven. Naar mijn mening kan aan dit begrip eveneens een vereenzelvigingsfunctie worden toegekend, en met name een operationaliseringsfunctie. De bepaling waarin het begrip een rol speelt is immers niet gericht op het tegengaan van oneigenlijk gebruik. Met de bepaling wordt beoogd het resultaat op de ingekochte aandelen buiten de winstsfeer te houden, ongeacht of dit resultaat positief of negatief is.

In art. 10c lid 2 Wet VPB 1969 is bovendien een specifieke regeling getroffen voor de inkoop van aandelen ter afdekking van verplichtingen uit hoofde van werknemersopties. De specifieke regeling geldt voor aandelen in de belastingplichtige zelf, maar ook voor ingekochte aandelen in een ‘verbonden vennootschap’ als bedoeld in art. 10a lid 7 Wet LB 1964. Dit begrip, dat in hoofdstuk 9 aan een nadere analyse wordt onderworpen, heeft voor de loonbelasting een antiontgaansfunctie. In art. 10c lid 2 Wet VPB 1969 vervult het naar mijn mening echter een operationaliseringsfunctie.

74. *Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 3, p. 9.*

7.3.9.1 *Wettelijke omschrijving*

Voor de generieke regeling van art. 10c lid 1 Wet VPB 1969 is een afzonderlijk begrip 'verbonden vennootschap' omschreven, hoewel dit begrip niet met zoveel woorden wordt genoemd. De verbonden vennootschap is aangeduid als een vennootschap die een belang van ten minste 33 $\frac{1}{3}$ % heeft in de belastingplichtige. Hierdoor geldt de generieke regeling niet alleen voor de inkoop van eigen aandelen, maar bijvoorbeeld ook voor ingekochte aandelen in de moedermaatschappij. Anders dan in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969, geldt voor de 'verbondenheid' geen neerwaartse en zijwaartse benadering. De inkoop van aandelen in een dochtervennootschap of een zustervennootschap valt dus niet onder het bereik van de bepaling.

Ten aanzien van de specifieke regeling van art. 10c lid 2 Wet VPB 1969 is voor de geïsoleerdheid aansluiting gezocht bij het begrip 'verbonden vennootschap' als bedoeld in art. 10a lid 7 Wet LB 1964. De inhoud van dit begrip 'verbonden vennootschap' komt vrijwel geheel overeen met het begrip 'verbonden lichaam' in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Het gaat namelijk ook uit van een criterium van 'ten minste een derde gedeelte belang', waarbij zowel een opwaartse, neerwaartse als zijwaartse benadering geldt. Een verschil met art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 is dat in art. 10a lid 7 Wet LB 1964 wordt gesproken van een 'verbonden vennootschap', en niet van een 'verbonden lichaam'. Wellicht is de reden dat de bepaling betrekking heeft op een regeling voor werknemersopties op aandelen, en dat daarom vooral is gedacht aan een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.⁷⁵

Een ander verschil met de geïsoleerdheid in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 is dat art. 10a lid 7 Wet LB 1964 geen bepaling bevat op basis waarvan de belangen gehouden door de met een 'derde' verbonden personen, namelijk de echtgenoot of een minderjarig kind, aan die derde worden toegerekend.

7.3.9.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Voor de vergelijking van het begrip 'belang' in art. 10c lid 1 Wet VPB 1969 met andere disciplines en rechtsgebieden wordt verwezen naar paragraaf 7.3.7.

Het begrip 'verbonden vennootschap' in de zin van art. 10a lid 7 Wet LB 1964 wordt nader omschreven in hoofdstuk 9. Voor de vergelijking van dit begrip wordt daarom verwezen naar dat hoofdstuk.

7.3.9.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

In paragraaf 7.3.7 heb ik uitgelegd dat het begrip 'belang' als bedoeld in art. 10c lid 1 Wet VPB 1969 rechtsvormneutraal is. Ten aanzien van de bepaling in lid 1 kan nog worden opgemerkt dat zij geen neutrale uitwerking heeft, omdat de inkoop van aandelen in een dochtervennootschap of een zustervennootschap niet onder het bereik van de bepaling valt.

75. N.H. de Vries en R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, onderdeel 2.2.5.b3.c.

Voor de beoordeling van de neutraliteit van het begrip 'verbonden vennootschap' in de zin van art. 10a lid 7 Wet LB 1964 verwijs ik naar de analyse in hoofdstuk 9.

Zoals hiervoor is opgemerkt, vervullen de begrippen 'belang' en 'verbonden vennootschap' in art. 10c Wet VPB 1969 een operationaliseringsfunctie, terwijl deze begrippen oorspronkelijk een antiontgaansfunctie hebben. Met name ten aanzien van de bepaling van art. 10c lid 1 Wet VPB 1969 vind ik dat niet logisch. Het open karakter van de norm die in het begrip 'belang' wordt gehanteerd is wel gerechtvaardigd op basis van een antimisbruikfunctie, maar bij een operationaliseringsfunctie is zoveel onduidelijkheid niet nodig. Er zou naar mijn mening een scherpere norm kunnen worden gehanteerd, bijvoorbeeld door aansluiting bij het concernbegrip dat ik in paragraaf 7.3.3 heb geschetst voor de afschrijvingsfaciliteit van art. 8 lid 6a onderdeel a Wet VPB 1969. Dit zou tevens leiden tot meer uniformiteit.

Voor het begrip 'verbonden vennootschap' in art. 10c lid 2 Wet VPB 1969 acht ik het niet bezwaarlijk dat dit eigenlijk een antiontgaansfunctie heeft en een operationeel karakter krijgt. De specifieke inkoopregeling voor de vennootschapsbelasting beoogt aan te sluiten bij hetgeen voor de loonbelasting als een aandelenoptierecht wordt beschouwd. Nu in art. 10a lid 6 Wet LB 1964 is bepaald dat een optierecht met betrekking tot aandelen in een 'verbonden vennootschap' ook als een aandelenoptierecht kwalificeert, vind ik het niet onlogisch dat dit verbondenheidsbegrip ook wordt gehanteerd in de regeling voor de inkoop van aandelen ter afdekking van de daarmee verband houdende optieverplichting. Echter, zoals ik in hoofdstuk 9 nader zal toelichten, acht ik het ter verbetering van de rechtsvormneutraliteit en uniformiteit beter om in art. 10a lid 7 Wet LB 1964 aan te sluiten bij het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Hieruit volgt dat dit begrip ook in art. 10c lid 2 Wet VPB 1969 zou moeten worden gehanteerd.

Overigens wijs ik erop dat de aftrekbeperking van kosten van werknemersoptieën en aandelenplannen van art. 10 lid 1 onderdeel j Wet VPB 1969 eveneens aanknoopt bij het begrip 'verbonden lichaam'. Tijdens de parlementaire behandeling van deze bepaling is erkend dat het begrip 'verbonden vennootschap' onduidelijkheid kan opleveren, omdat het niet is gedefinieerd.⁷⁶ Juist om die reden is in art. 10 lid 1 onderdeel j Wet VPB 1969 het begrip 'verbonden lichaam' gebruikt.

7.3.9.4 *Aanbevelingen*

Voor het concernbegrip in de generieke inkoopbepaling van art. 10c lid 1 Wet VPB 1969 wil ik uitgaan van hetzelfde begrip 'concern' als in paragraaf 7.3.3 is verdedigd ten aanzien van de afschrijvingsfaciliteit van art. 8 lid 6a onderdeel a Wet VPB 1969.

Ten aanzien van de specifieke inkoopregeling van art. 10c lid 2 Wet VPB 1969 acht ik de koppeling met het begrip 'verbonden vennootschap' in de zin van art. 10a lid 7 Wet LB 1964 in beginsel correct. Ik meen echter dat in de regeling voor aandelenoptierechten voor de loonbelasting beter zou kunnen worden gesproken van het be-

76. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 4, p. 35 en 36.

grip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Hieruit volgt dat dit begrip ook in art. 10c lid 2 Wet VPB 1969 zou moeten worden gehanteerd. In hoofdstuk 9 ga ik nader in op deze aanbeveling.

7.3.10 'Groep' in de zin van art. 10d lid 2 en 6 Wet VPB 1969

Het begrip 'groep' dat in paragraaf 7.3.1 is beschreven voor de regeling van art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969, is ook als uitgangspunt gehanteerd in de zogenoemde 'thincap-maatregel' van art. 10d Wet VPB 1969. Deze maatregel houdt in dat rente die een belastingplichtige is verschuldigd aan een 'verbonden lichaam', niet aftrekbaar is indien er sprake is van te veel vreemd vermogen.

De thincap-maatregel is gericht tegen grondslagverschuiving en grondslaguitholling binnen een concern. Volgens art. 10d lid 2 Wet VPB 1969 is de regeling daarom alleen van toepassing indien de belastingplichtige deel uitmaakt van een 'groep' in de zin van art. 2:24b BW. In dit kader ken ik aan het groepsbegrip een operationaliseringsfunctie toe, maar ook een antimisbruikfunctie. Het groepsbegrip vervult bovendien een rol bij de beoordeling of sprake is van te veel vreemd vermogen. Of er sprake is van bovenmatige financiering met vreemd vermogen, wordt bepaald aan de hand van de zogenoemde 'vasteratiotoets' en de 'concernratiotoets'. Op basis van de vasteratiotoets is sprake van te veel vreemd vermogen voor zover het gemiddeld vreemd vermogen meer bedraagt dan driemaal het gemiddeld eigen vermogen en dit meerdere tevens een franchise van € 500.000 te boven gaat. Indien er op basis van de vasteratiotoets sprake is van te veel vreemd vermogen, kan de renteaftrekbeperking toch buiten toepassing blijven voor zover de concernratiotoets meer ruimte biedt tot schuldfinanciering. Hierbij dient de belastingplichtige de verhouding tussen het eigen vermogen en het vreemd vermogen volgens haar eigen vennootschappelijke balans te toetsen aan de verhouding op basis van de geconsolideerde balans van de 'groep'. In dit verband heeft het groepsbegrip dus geen antimisbruikfunctie, maar een facilitaire functie.

7.3.10.1 Wettelijke omschrijving

In art. 10d Wet VPB 1969 wordt op drie plaatsen naar een concernbegrip verwezen. In de eerste plaats betreft dit het begrip 'verbonden lichaam' als bedoeld in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Op grond van art. 10d lid 1 en 3 Wet VPB 1969 beperkt de thincap-maatregel alleen de aftrek van rente verschuldigd aan een 'verbonden lichaam'. Brandsma (2004) merkt hierbij op dat de thincap-maatregel niet van toepassing is indien de leningen zijn verstrekt door een met de concernmaatschappij 'verbonden natuurlijk persoon'. Ik ben het met hem eens dat niet valt in te zien waarom hiervoor is gekozen.

De tweede concernsituatie wordt genoemd in art. 10d lid 2 Wet VPB 1969: de thincapmaatregel is alleen van toepassing indien de belastingplichtige deel uitmaakt van een 'groep' in de zin van art. 2:24b BW. Tijdens de parlementaire behandeling is gevraagd waarom in dit verband is aangesloten bij een onduidelijk nieuw begrip, terwijl de fiscale praktijk al een alternatief groepsbegrip kent in de vorm van de term

'verbonden lichaam' van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.⁷⁷ Hierop is door de Staatssecretaris van Financiën geantwoord dat het groepsbegrip niet als een 'onduidelijk nieuw begrip' kan worden gekwalificeerd.⁷⁸ In verband met de onduidelijkheid is tijdens de parlementaire behandeling nog wel toegezegd dat over de vraag of sprake is van een 'groep', vooraf zekerheid kan worden verkregen.⁷⁹ Voor zover ik kan nagaan, is dit echter niet uitgewerkt.

Ik deel dan ook de mening van Kavelaars en Smittenberg, die het groepsbegrip vaag vinden.⁸⁰ Zij wijzen erop dat ten aanzien van dit begrip verschillende visies mogelijk zijn, waardoor de accountant en de belastingadviseur met elkaar zouden kunnen discussiëren over de vraag of er sprake is van een 'groep'. Zij kunnen daarbij een tegenstrijdig belang hebben: de belastingadviseur zou in bepaalde omstandigheden geen 'groep' aanwezig wensen, terwijl de accountant dat juist wel zou willen. Overigens komt het mij voor mij dat de beoordeling of sprake is van een 'groep' de uitkomst is van een feitelijke situatie. Daarom kan de fiscalist naar mijn mening – nu dit verbondenheidsbegrip eenmaal is gekozen – het oordeel van de accountant niet negeren.

In art. 10d lid 6 Wet VPB 1969 is voor de concernratioets de derde verwijzing naar een concernbegrip opgenomen. Volgens de staatssecretaris is hierbij voor het begrip 'groep' gekozen, omdat dit bekend is uit het jaarrekeningenrecht. Voor de concernratioets van art. 10d lid 5 Wet VPB 1969 kan daarom aan de hand van de feitelijk beschikbare geconsolideerde jaarrekening worden beoordeeld of is voldaan aan het groepsvereiste.⁸¹ Dit is als een tegemoetkoming bedoeld: er hoeft nu geen aparte fiscale consolidatie van het vermogen van de verbonden lichamen te worden gemaakt.⁸² Overigens heeft de Staatssecretaris van Financiën deze tegemoetkoming afgezwakt in een besluit van 5 juli 2007, nr. CPP2006/2514M, V-N 2007/34.20. De wetgever zou alleen hebben gedoeld op situaties waarin uit het achterwege blijven van consolidatie kan worden afgeleid dat de accountant geen groepsrelatie achterwege acht. Het is echter ook mogelijk dat de accountant de consolidatie achterwege laat om een andere reden dan de afwezigheid van een 'groep'. Ik denk hierbij aan de vrijstellingen van de consolidatieplicht zoals opgenomen in art. 2:407 BW. Voor een dergelijke situatie is de uitlating niet bedoeld, zo blijkt uit het besluit, en dan is art. 10d Wet VPB 1969 onverminderd van toepassing. Hoewel ik vind dat de antimis-

77. Ik merk op dat het in elk geval geen nieuw begrip was, omdat het begrip 'groep' in de zin van art. 2:24b BW reeds sinds 1996 als uitgangspunt geldt voor energiedistributiebedrijven in art. 2 lid 7 onderdeel e Wet VPB 1969.

78. *Kamerstukken I 2003/04*, 29 210, nr. C, p. 26.

79. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 210, nr. 93, p. 23, linkerkolom.

80. P. Kavelaars en R.A.H. Smittenberg, 'Het groepsbegrip in de thincapregeling', *WFR* 2004, p. 165.

81. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 210, nr. 25, p. 14.

82. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 210, nr. 25, p. 13, en *Kamerstukken I 2003/04*, 29 210, nr. C, p. 26.

bruikfunctie beter tot haar recht komt met dit voortschrijdende inzicht, ben ik met Doornebal van mening dat het de rechtszekerheid niet bevordert.⁸³

Brandsma en Kampschöer merken op dat de aansluiting bij het groepsbegrip niet in alle gevallen leidt tot administratieve lastenverlichting, omdat de 'groep' niet altijd overeenkomt met de consolidatiekring in de zin van art. 2:406 lid 1 BW.⁸⁴ Dit is ook gesignaleerd door Kavelaars en Smittenberg. Zij wijzen er ook op dat in het geval dat buitenlandse regels inzake jaarverslaggeving van toepassing zijn, lang niet altijd dezelfde consolidatieregels zullen gelden als in Nederland. Ik voeg hier aan toe dat sinds 2005 in Nederland twee sets van regelgeving van kracht zijn voor de jaarrekening, namelijk IAS/IFRS en Titel 9 Boek 2 BW. In hoofdstuk 4 heb ik de beschreven op welke punten de grondslagen voor de consolidatie van Titel 9 Boek 2 BW en IFRS verschillen. Ik meen dat de 'groep' en de consolidatiekring hiermee nog verder uit elkaar zijn gegroeid. Bovendien blijkt naar mijn mening uit de Ahold-zaak dat het begrip 'groep' en de daarmee samenhangende bepalingen inzake de consolidatie niet volstrekt duidelijk zijn.⁸⁵

Overigens kan uit de eerste uitspraken over de thincap-maatregel worden afgeleid dat de fiscale rechters wel uit de voeten kunnen met de materiële toetsing aan het groepsbegrip. In Rechtbank Haarlem 7 februari 2008, nr. 07/4201, *FutD* 2008-0370, werd beslist dat een belang van bijna 7% in de vorm van gewone aandelen, in combinatie met een personele unie van directiefuncties, tot een groepsverband leidt. Voorts is in Rechtbank Arnhem 1 april 2008, nr. AWB07/2355, *Fida* 20081604, beslist dat het aandeel van derden/aandeelhouders in de geconsolideerde jaarrekening niet tot het 'eigen vermogen' als bedoeld in art. 10d lid 6 Wet VPB 1969 behoort. Opmerkelijk hierbij is dat in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat het belang van derden juist wel in acht moet worden genomen voor de concernratio-toets als bedoeld in artikel 10d lid 5 Wet VPB 1969.⁸⁶ De rechtbank achtte het echter niet haar taak om een wettekst die op zich duidelijk is, op basis van de wetsgeschiedenis uit te leggen in het nadeel van de belastingplichtige. Volgens haar had de wetgever eenvoudig de woorden 'eigen vermogen' kunnen vervangen door 'groepsvermogen'. Nu

83. J. Doornebal, 'De aanwezigheid van een groep voor de thincapregeling van art. 10d Wet VPB 1959', *NtFR* 2008/239, bekritiseert dit besluit, en meent dat de huidige Staatssecretaris van Financiën zich in zijn hoedanigheid van *uitvoerder* van de wet moet neerleggen bij de invulling die zijn ambtsvoorganger als *medewetgever* aan het groepsbegrip heeft gegeven (cursivering RZ). Op basis hiervan zou volgens hem toch de feitelijk aanwezige geconsolideerde jaarrekening bepalend zijn voor de fiscale invulling van het groepsbegrip.

84. R.P.C.W.M. Brandsma en G.W.J.M. Kampschöer, 'De gevolgen van de onderkapitalisatieregeling voor binnenlandse belastingplichtigen die uitsluitend in Nederland actief zijn', *TFO* 2004, p. 73.

85. Ahold wenste bijvoorbeeld voor de toepassing van Titel 9 Boek 2 BW de methode van integrale consolidatie toe te passen op joint ventures waarop zij op basis van 'Control Letters' een beleidsbepalende invloed meende te hebben. Uit 'Side Letters' die voor de externe accountant werden verzwegen, bleek echter dat die beleidsbepalende invloed in feite ontbrak. In Rechtbank Amsterdam, 22 mei 2006, nrs. 13/993039-04, 13/993016-03, en 13/993222-04, www.rechtspraak.nl, werd uiteindelijk geoordeeld dat de Ahold-top in redelijkheid mocht menen dat het Nederlandse recht haar toestond dat zij haar joint ventures consolideerde en dat er daarom geen sprake was van een 'Ahold-boekhoudschandaal'.

86. *Kamerstukken I* 2003/04, 29210, nr. C, p. 20.

de bedoeling van de wetgever zo duidelijk is, had de rechtbank naar mijn mening de wetshistorische of teleologische interpretatiemethode moeten hanteren, en het aandeel van derden wel moeten meenemen. Ik acht de beslissing van de rechtbank dan ook niet juist. Echter, zij getuigt wel van de noodzaak van een duidelijke wettekst.

Volgens de parlementaire toelichting blijft een renteaftrekbeperking uit hoofde van art. 10d Wet VPB 1969 achterwege indien de belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid die samenvalt met de 'groep' als bedoeld in art. 2:24b BW.⁸⁷ Hoewel de fiscale eenheid en de 'groep' inderdaad kunnen samenvallen, moet naar mijn mening niet uit het oog worden verloren dat tussen beide concernbegrippen verschillen bestaan. Voor de aanwezigheid van een 'groep' is 'economische eenheid', 'organisatorische verbondenheid' en 'centrale leiding' vereist. Hierdoor zal een conglomeraat, dat in feite een bonte verzameling is van verschillende, onafhankelijke bedrijven gedreven in de vorm van vennootschappen, geen 'groep' in de zin van art. 2:24b BW kunnen vormen. Daarentegen zal dit conglomeraat wel als een fiscale eenheid worden aangemerkt, omdat art. 15 Wet VPB 1969 uitsluitend het kapitaalbelang in ogenschouw neemt. De fiscale eenheid en de 'groep' vallen dus niet per definitie samen.

7.3.10.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Het begrip 'groep' in de zin van art. 2:24b BW in art. 10d Wet VPB 1969 sluit goed aan bij de materieel-economische omschrijving van 'verbondenheid' in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningsrecht.

7.3.10.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Zoals ik in paragraaf 7.3.1 heb beschreven, is het begrip 'groep' in de zin van art. 2:24b BW naar mijn mening voldoende rechtsvormneutraal, omdat het hierbij gaat om rechtspersonen en vennootschappen die in een economische eenheid organisatorisch met elkaar zijn verbonden.

Naar mijn mening is er echter geen noodzaak om voor de thin-capmaatregel uit te gaan van het groepsbegrip. Zoals door Kavelaars en Smittenberg is opgemerkt, meen ik dat beter het begrip 'verbonden lichaam' van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 kan worden gehanteerd. Dit begrip is juist ontworpen om te dienen in een antimisbruikbepaling zoals bedoeld in art. 10d Wet VPB 1969.

De keuze voor het begrip 'groep' in art. 10d lid 5 Wet VPB 1969 is blijkbaar als een gunst van de wetgever bedoeld, namelijk voor het gebruik van de commerciële cijfers bij de concernratioets. In zoverre begrijp ik het gebruik van het groepsbegrip. Echter, zoals ik hiervoor heb aangetoond, voorkomt het groepsbegrip hierbij niet alle uitvoeringsproblemen. Aangezien het bovendien een onduidelijk begrip is, past het niet goed bij de bedoelde facilitaire functie. Naar mijn mening zou daarom voor de concernratioets beter kunnen worden aangesloten bij het concernbegrip dat ik in

87. *Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 16.*

paragraaf 7.3.3 heb geschetst ten aanzien van de afschrijvingsfaciliteit van art. 8 lid 6a onderdeel a Wet VPB 1969.

7.3.10.4 Aanbevelingen

Zoals ik hiervoor heb uitgelegd, is er geen noodzaak om voor de thin-capmaatregel uit te gaan van het groepsbegrip. Ik stel daarom voor om de concernsituaties in deze regeling in beginsel te omschrijven aan de hand van het begrip ‘verbonden lichaam’, dat nu al wordt gehanteerd in art. 10d lid 3 Wet VPB 1969. Dit betekent overigens dat lid 2, waarin alleen is vermeld dat de thin-capmaatregel niet van toepassing is indien de belastingplichtige geen onderdeel is van een ‘groep’, geheel kan vervallen. Het heeft naar mijn mening geen zin om deze bepaling zodanig aan te passen, dat de regeling niet geldt indien de belastingplichtige niet met andere lichamen is verbonden. Dat vloeit namelijk al voort uit art. 10d lid 3 Wet VPB 1969.

Zoals door Brandsma is gesignaleerd, zou de thincap-maatregel ook van toepassing moeten zijn indien de leningen zijn verstrekt door een met de concernmaatschappij ‘verbonden natuurlijk persoon’.

Met het oog op de concernratio-toets dient het groepsbegrip in art. 10d lid 6 Wet VPB 1969 naar mijn mening niet te worden vervangen door het begrip ‘verbonden lichaam’. Aangezien hier een tegemoetkoming is bedoeld, pleit ik ervoor om hetzelfde concernbegrip te hanteren als ik heb verdedigd in paragraaf 7.3.3. Ik beschouw dit als een autonoom fiscaal begrip met een facilitaire functie, dat in vergelijking tot het begrip ‘verbonden lichaam’ een scherpere norm kent.

7.3.11 ‘Verbonden lichaam’ in de zin van art. 12c lid 5 Wet VPB 1969

In art. 12c Wet VPB 1969 is de regeling van de zogenoemde ‘rentebox’ opgenomen. Dit is de opvolger van het CFM-regime, dat vanwege haar karakter van verboden staatssteun moest worden afgeschaft. De regeling komt op het volgende neer: indien alle in Nederland belastingplichtige groepsmaatschappijen daar gezamenlijk om verzoeken, wordt bij elke maatschappij het groepsrentesaldo van die maatschappij voor circa 80% buiten de heffingsgrondslag gelaten. Op basis van het tarief van de vennootschapsbelasting van 25,5% (in 2008) is de effectieve belastingdruk over het groepsrentesaldo slechts 5%. Het groepsbegrip vervult hierbij een facilitaire functie.

Overigens wordt de grondslagkorting toegepast op het saldo van ontvangen en betaalde groepsrente. Hierdoor zal de rentebox alleen aantrekkelijk zijn voor een internationaal opererend concern, dat de betaalde rente in het buitenland tegen een hoger tarief kan aftrekken, en de rente in Nederland laagbelast kan ontvangen. In dit verband is de regeling nog niet in werking getreden; de Europese Commissie doet nog een formeel onderzoek in het kader van de staatssteunregeling.⁸⁸

88. Persbericht Europese Commissie van 7 februari 2007, nr. IP/07/154, V-N 2007/12.14, en de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 1 oktober 2007, nr. AFP2007/703, V-N 2007/48.8.

7.3.11.1 *Wettelijke omschrijving*

Voor de regeling van de rentebox omvat een 'groep' de belastingplichtige en alle met hem verbonden lichamen. In art. 12c lid 5 Wet VPB 1969 is het begrip 'verbonden lichaam' in feite op dezelfde wijze omschreven als in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969, met dien verstande dat niet wordt uitgegaan van een 33 $\frac{1}{3}$ %-belang, maar van een 'belang' van meer dan 50%. Met een afzonderlijk 50%-criterium wordt volgens de Staatssecretaris van Financiën voorkomen dat de toepassing van de rentebox zich ook tot minderheidsbelangen uitstrekt. In joint-venture-situaties zouden volgens hem namelijk complicaties kunnen ontstaan, omdat sprake zou kunnen zijn van tegengestelde belangen waarbij de renteontvanger wel, en de rentebetalder niet van de box gebruik wil maken.⁸⁹ Ik vraag mij af of dit in de praktijk daadwerkelijk tot problemen zou leiden. Ik kan mij namelijk voorstellen dat de joint-venture-partners hierover afspraken maken. Voorts lijken de hierna te noemen 'opt-in'-regeling en 'opt-out'-regeling in dit verband uitkomst te bieden. Zoals eerder is opgemerkt, vind ik het hogere criterium van 50% wel beter passen bij de facilitaire functie van het groepsbegrip.

In de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat het voor de definitie van groepsmaatschappij in art. 12c Wet VPB 1969 de voorkeur zou verdienen om aan te sluiten bij een bestaande definitie.⁹⁰ Hierbij is door de Staatssecretaris van Financiën gezegd dat niet is aangesloten bij het groepsbegrip van art. 2:24b BW, omdat dit 'minder scherp afgebakend' is.⁹¹ Dit vind ik nogal opportunistisch, omdat (door een vorige staatssecretaris) tijdens de parlementaire behandeling van art. 10d Wet VPB 1969 juist werd opgemerkt dat het begrip 'groep' niet als een onduidelijk begrip kan worden gekwalificeerd, en dat dit juist werd gekozen omdat het bekend is uit het jaarrekeningsrecht.⁹²

Belang

Tijdens de parlementaire behandeling van de rentebox is bevestigd dat het begrip 'belang' zowel het financiële belang als de zeggenschap omvat.⁹³ Het financiële belang is meestal belichaamd in een aandeel in het gestorte kapitaal, maar voor de mate van zeggenschap speelt het stemrecht een belangrijke rol. Het stemrecht kan dus bepalend zijn voor de beoordeling van de omvang van het in een rechtspersoon gehouden belang. Op basis hiervan zou de uitgifte van stemrechtloze aandelen als bedoeld in het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058) wellicht toch niet in aanmerking dienen te worden genomen bij de beoordeling of sprake is van een belang van 50% of meer.

Belang van gelieerde natuurlijke personen

Ter bepaling van de zijwaartse verbondenheid in art. 12c lid 5 Wet VPB 1969, ofwel de gelieerdheid van zustervenootschappen via een derde, worden de belangen ge-

89. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 53.

90. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 572, nr. 6, p. 40 en 41.

91. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 87.

92. *Kamerstukken I* 2003/04, 29 210, nr. C, p. 26.

93. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 572, nr. C, p. 7.

houden door de met 'een derde' verbonden personen, ook aan die derde toegerekend. Net als in art. 10a lid 4 onderdeel c Wet VPB 1969 gaat het hierbij om belangen die worden gehouden door de echtgenoot, geregistreerde partner, ongehuwde samenlevingspartner of een minderjarig kind. Voor een verdere beschrijving verwijs ik naar paragraaf 7.3.7.

Fiscale eenheid

Hoewel is bedoeld het begrip 'belang' op dezelfde leest te schoeien als de gelijknamige term in 10a lid 4 Wet VPB 1969, bevat art. 12c Wet VPB 1969 geen bepaling over de relatie van een 'verbonden lichaam' tot de fiscale eenheid. Toen het nieuwe fiscale eenheidsregime werd ingevoerd, waarbij de 'opgaan-in'-benadering werd gewijzigd in de 'gedeeltelijke opgaan-in'-benadering, is in art. 10a lid 6 Wet VPB 1969 wel een dergelijke bepaling opgenomen. Deze bepaling komt er kort gezegd op neer dat indien een belastingplichtige onderdeel is van een fiscale eenheid, een met die belastingplichtige verbonden lichaam tevens is 'verbonden' met de andere onderdelen van die fiscale eenheid. Zoals is toegelicht in paragraaf 7.3.7, wordt hiermee voorkomen dat een lichaam wel is verbonden met een dochtermaatschappij van de fiscale eenheid, maar niet met andere maatschappijen. Het komt mij voor dat voor een goede werking van de rentebox een vergelijkbare bepaling zou moeten worden opgenomen in art. 12c Wet VPB 1969.

Verbondenheid en niet-verbondenheid op verzoek

In art. 12c lid 7 Wet VPB 1969 is een zogenoemde 'opt-in'-regeling opgenomen, op grond waarvan een samenwerkende groep van niet-verbonden lichamen kan verzoeken om voor de toepassing van art. 12c Wet VPB 1969 wel als 'verbonden' te worden aangemerkt. Uit de parlementaire toelichting blijkt niet duidelijk wat onder een 'samenwerkende groep' moet worden verstaan. Blijkbaar moet worden gedacht aan lichamen die niet zijn verbonden via aandeelhouderschap, maar wel via de eenheid van management.⁹⁴ Zoals in paragraaf 7.3.7 is beschreven, lijkt het begrip 'belang' met name een formeel-juridisch criterium, dat uitgaat van financiële verbondenheid. Met de 'opt-in'-regeling wordt in feite via een omweg alsnog rekening gehouden met feitelijke, organisatorische verbondenheid.

In dezelfde zin is in art. 12 lid 8 Wet VPB 1969 een 'opt-out'-regeling opgenomen. Op basis hiervan kunnen lichamen die tot een zelfstandig onderdeel van de groep behoren, op verzoek en onder nader te stellen voorwaarden, als niet-verbonden lichamen worden aangemerkt. Volgens de toelichting op art. 12 lid 8 Wet VPB 1969 moet hierbij worden gedacht aan onderdelen van een concern die zelfstandig opereren, en waarbij aandelenbezit in feite de enige relatie vormt met de rest van de groep.⁹⁵ Uit de parlementaire toelichting komt overigens niet duidelijk naar voren waarom de mogelijkheid uitsluitend is geboden voor lichamen die tot een 'zelfstandig onderdeel' van de groep behoren. Naar mijn mening zou het ook mogelijk moeten zijn dat een individuele vennootschap wordt uitgesloten van de rentebox, indien

94. *Kamerstukken II 2006/07, 30 572, nr. 12, p. 13.*

95. *Kamerstukken II 2006/07, 30 572, nr. 12, p. 13 en 14.*

deze niet tot de groep behoort omdat zij niet tot de economische eenheid kan worden gerekend of omdat daarover geen centrale leiding wordt uitgeoefend.⁹⁶

Voor de toepassing van het CFM-regime was in het besluit van 15 december 1997, nr. DB97/4084M, BNB 1998/122, de mogelijkheid gecreëerd om niet als 'verbonden lichaam' te worden aangemerkt. Het lijkt erop dat dit besluit model heeft gestaan voor de 'opt-out'-regeling. Eén van de voorwaarden van het besluit is namelijk dat het aandeelhouderschap de enige relatie is tussen de zelfstandige onderdelen van het concern. Andere voorwaarden zijn:

- het beleid van de raden van bestuur van de zelfstandige onderdelen van het concern wordt direct noch indirect bepaald door de gemeenschappelijke aandeelhouder;
- de leden van de raden van bestuur of directies van de zelfstandige onderdelen van het concern hebben geen zitting in elkaars raad van bestuur of directie;
- de financieringsactiviteiten van de zelfstandige onderdelen van het concern waarop het verzoek ziet, vinden volkomen zelfstandig per onderdeel plaats.

7.3.11.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Omdat het verbondenheidsbegrip van art. 12c Wet VPB 1969 vrijwel gelijk is aan dat van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969, wordt voor een vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden verwezen naar paragraaf 7.3.7.

7.3.11.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

In paragraaf 7.3.3 heb ik in verband met de afschrijvingsbepaling van art. 8 lid 6a onderdeel a Wet VPB 1969 verdedigd dat het onduidelijke begrip 'belang' als onderdeel van het begrip 'verbonden lichaam' niet goed past bij een faciliteit. Dit geldt naar mijn mening eveneens voor het 'belang' in het groepsbegrip voor de renteboxregeling. Een duidelijk begrip lijkt mij ook niet bezwaarlijk vanuit de ratio van de faciliteit.⁹⁷

7.3.11.4 *Aanbevelingen*

Het huidige groepsbegrip van art. 12c lid 5 Wet VPB 1969 komt in grote lijnen overeen met het concernbegrip dat ik voor een aantal andere fiscale regelingen zou willen hanteren. In paragraaf 7.3.3 heb ik de contouren van dit begrip met een facilitaire functie als volgt geschetst:

96. Indien de vennootschap is uitgezonderd, tellen leningen van of aan deze entiteit ook niet mee bij de vaststelling van de grondslagvermindering die art. 12c Wet VPB 1969 biedt. Met de uitsluiting van individuele vennootschappen lijkt daarom geen misbruik mogelijk.

97. Immers, indien een vennootschap niet als 'groepsmaatschappij' wordt beschouwd, wordt ook de marge op de door die maatschappij betaalde groepsrente bij de ontvangende groepsmaatschappij niet gefaciliteerd, zo blijkt uit art. 12c lid 3 Wet VPB 1969.

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van meer dan 50% van de stemrechten in een aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 50%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van meer dan 50% van de stemrechten.
- Bij dit verbondenheidsvermoeden geldt een neerwaartse, opwaartse en zijwaartse benadering. Dat wil zeggen, dat het belang van meer dan 50% kan zien op verbondenheid met een dochtervennootschap, een moedervennootschap en een zustervennootschap.
- Ten aanzien van de verbondenheid van een natuurlijk persoon met een lichaam worden de belangen gehouden door de 'partner' en kinderen meegeteld bij de beoordeling van het bedoelde vermoeden.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten, tenzij aan deze instrumenten zodanige voorwaarden zijn verbonden dat moet worden aangenomen dat de aandeelhouder het stemrecht reeds heeft overgedragen.
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, tellen niet mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In verband met de genoemde tegenbewijsmogelijkheid kunnen zij echter wel een rol spelen om aan te tonen dat er ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 50%-criterium, in feite toch een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend.

Dit fiscale concernbegrip wijkt in twee opzichten af van het huidige groepsbegrip in art. 12c Wet VPB 1969. In de eerste plaats wil ik niet alleen de belastingplichtigen, maar ook de fiscus de mogelijkheid bieden om aan te tonen dat er in afwijking van het 50%-criterium wel of geen feitelijke verbondenheid bestaat. De 'opt-in'-regeling en 'opt-out'-regeling van art. 12c lid 7 en 8 Wet VPB 1969 gelden in hun huidige vorm alleen voor de belastingplichtige. Voorts zou ik de toepassing van deze regelingen niet alleen willen beperken tot lichamen die tot een 'zelfstandig onderdeel' van de groep behoren, zoals is aangekondigd in de wetsgeschiedenis. In mijn voorstel is het bijvoorbeeld ook mogelijk dat een individuele vennootschap wordt uitgesloten van de renteboxregeling.

Overigens heeft Gooijer een vergelijkbare suggestie gedaan voor de invulling van het groepsbegrip voor de rentebox.⁹⁸ Hij stelt ook voor om aan te knopen bij het bezit van meer dan 50% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal of meer dan 50% van de stemrechten. Mijn voorstel wijkt af van zijn suggestie op het punt van de tweezijdige weerlegbaarheid van het verbondenheidsvermoeden. Deze is nodig om de materieel-economische werkelijkheid te laten prevaleren. Overigens erkent Gooijer deze noodzaak ook; hij wil in dit verband een 'samenwerkende groep' van aandeelhouders in ogenschouw nemen. Naar mijn mening heeft dit echter als nadeel dat discussie kan bestaan over de vraag of in de praktijk sprake is van een samenwerkende groep. Bovendien kan bij een belang van 50% of minder ook feitelijke verbondenheid bestaan, zonder dat sprake is van een samenwerkende groep. Ik meen dat een aandeelhouder met bijvoorbeeld een belang van 40% toch een beleidsbepalende invloed kan hebben indien de andere aandelen zijn verspreid over een grote groep kleine aandeelhouders. In dit verband biedt de tweezijdige weerlegbaarheid naar mijn mening meer ruimte om de economische realiteit tot uitdrukking te laten komen. Voorts wil Gooijer het 50%-criterium ook hanteren voor het verbondenheidsbegrip van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969, terwijl ik meen dat de antiontgaansfunctie van dit begrip juist pleit voor de toepassing van de lagere 33 $\frac{1}{3}$ %-grens.

Zoals ik hiervoor heb opgemerkt, zou werking van de renteboxregeling nog kunnen worden verbeterd door een bepaling op te nemen zoals die van art. 10a lid 6 Wet VPB 1969. Op basis hiervan worden lichamen die verbonden zijn met een dochtermaatschappij die onderdeel is van de fiscale eenheid, geacht een 'verbonden lichaam' te zijn van alle onderdelen van die fiscale eenheid.

7.3.12 *'Deelneming' in de zin van art. 13 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969*

De deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969 is bedoeld om te voorkomen dat over dezelfde winst binnen een concern tweemaal belasting wordt geheven. Het deelnemingsbegrip heeft dus een facilitaire functie.

Het is overigens de vraag of de 'deelneming' als een verbondenheidsbegrip moet worden beschouwd. Volgens de heersende leer vormt de 'ne bis in idem'-gedachte de grondslag van de deelnemingsvrijstelling. Op basis van een zuivere toepassing van deze gedachte zou elk aandelenbezit, ongeacht de omvang, tot toepassing van de vrijstelling moeten leiden. In dit verband meent Kok (2005) dat de deelnemingsvrijstelling geen onderdeel is van het fiscale concernrecht. Volgens de Commissie 'Fiscale eenheid VPB' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (1995) kon de deelnemingsvrijstelling onder het Besluit VPB 1942 nog wel als een concernregeling worden beschouwd. De vrijstelling was toen een faciliteit voor aandelenbezittingen vanaf 25%, op grond van de gedachte dat de dochtermaatschappij een verlengstuk was van de moedermaatschappij. Bij de invoering van de Wet VPB 1969 is de grens van 25% verlegd naar 5%. De commissie beschrijft dat hierbij de dragende gedachte van de vrijstelling is verschoven naar de 'ne bis in idem'-gedachte.

98. J. Gooijer, 'Een aanzet tot aanpassing van het verbondenheids criterium in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2006, p. 560.

De wetgever lijkt de deelnemingsvrijstelling wel als een concernregeling te beschouwen. Tijdens de parlementaire geschiedenis is de vrijstelling als een concernfaciliteit aangeduid, die beoogt te voorkomen dat dezelfde ondernemingswinst binnen één concern dubbel wordt belast.⁹⁹ Daarbij is opgemerkt dat de deelnemingsvrijstelling geen ongeclausuleerde uitwerking van het 'ne bis in idem'-beginsel is.¹⁰⁰ In het kader van deze studie beschouw ik het begrip 'deelneming' niet als een verbondenheidsbegrip, omdat ik denk dat de 'ne bis in idem'-gedachte op zijn minst leidend is. De andere begrippen die ik in het kader van deze studie beschrijf, zijn veel eerder gebaseerd op de verlengstukgedachte. Toch biedt het begrip 'deelneming' een aantal interessante aangrijpingspunten voor mijn betoog.

7.3.12.1 Wettelijke omschrijving

Op grond van art. 13 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969 is sprake van een 'deelneming' indien een lichaam aandeelhouder is van ten minste 5% van nominaal gestorte kapitaal van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. De wetgever heeft overwogen om de 5% grens te relateren aan het geplaatste aandelenkapitaal, en niet aan het nominaal gestorte kapitaal zodat op dit punt overeenstemming ontstaat met de aanmerkelijkbelangregeling.¹⁰¹ Er is uiteindelijk toch niet gekozen voor het 'geplaatste kapitaal', omdat dit een verstrakking van de regeling van de deelnemingsvrijstelling zou betekenen.

Art. 13 lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 zegt dat ook het bezit van ten minste 5% van de in omloop zijnde bewijzen van deelgerechtigdheid in een FGR, als een deelneming wordt beschouwd. Onderdeel c merkt ook een lidmaatschap in een coöperatie als 'deelneming' aan. Op basis van het besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, V-N 2008/13.9, geldt dit eveneens voor een belang in een onderlinge waarborgmaatschappij. Een 5%-belang in een vereniging is hierbij ook als een 'deelneming' aan te merken. Ten slotte vormt de commanditaire deelname in een open CV, waardoor voor ten minste 5% wordt gedeeld in het door die vennootschap behaalde voordeel, op basis van art. 13 lid 2 onderdeel d Wet VPB 1969 een 'deelneming'.

5%-grens

Sinds 2007 is sprake van een harde ondergrens van 5%. Indien de omvang van het belang in een lichaam daalt beneden deze grens van 5%, kan op basis van art. 13 lid 14 Wet VPB 1969 nog wel gedurende drie jaar sprake zijn van een 'aflopende deelneming'. De mogelijkheid van een gelijkgestelde deelneming op basis van een lager bezitspercentage is echter verdwenen, afgezien van de overgangsmaatregel van art. VIIIId.¹⁰²

Heithuis merkt op dat de vraag of er een harde ondergrens van 5% nodig is, mede afhankelijk is van de vraag welke visie men heeft op de deelnemingsvrijstelling.¹⁰³

99. Kamerstukken II 2005/06, 30 107, nr. 4, p. 16.

100. Kamerstukken II 2005/06, 30 107, nr. 5, p. 22.

101. Kamerstukken I 2006/07, 30 572, nr. C, p. 8.

102. Wet wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota 'Werken aan winst', Stb. 2006, 631.

103. E.J.W. Heithuis, 'Werken aan winst: een gemiste kans?!', *Vakblad voor de CB-adviseur*, 2006, nr. 9.

Indien het 'ne bis in idem'-beginsel het uitgangspunt is, dient dubbele belastingheffing te worden voorkomen, en moet de vrijstelling gelden bij elk aandelenbezit. Er is dan geen plaats voor een ondergrens. Indien men echter uitgaat van de verlengstukgedachte, op grond waarvan de moeder vennootschap haar onderneming uitoefent door middel van de deelneming, dan past het wel om een kwantitatief criterium te stellen dat een onderscheid aanbrengt tussen ondernemen en beleggen.

Meesleepregeling

Op grond van art. 13 lid 4 Wet VPB 1969 wordt een met de deelneming verband houdend bezit aan winstbewijzen ook tot de 'deelneming' gerekend. Dat geldt ook voor een hybride schuldvordering die feitelijk functioneert als eigen vermogen. Hierbij is volgens de parlementaire toelichting met name gedacht aan zogenoemde 'deelnemerschapsleningen'.¹⁰⁴ Strik vindt het in dit verband opmerkelijk dat de uitbreiding van de deelnemingsvrijstelling niet tevens van toepassing is op 'bodemlozeputleningen' en 'schijnleningen'.¹⁰⁵ Hij meent dat deze leningen dezelfde behandeling zouden moeten krijgen als deelnemerschapsleningen. Ik ben dit met hem eens.

Meetrekregeling

Sinds 2007 bevat art. 13 lid 5 Wet VPB 1969 een meetrekregeling. Op basis hiervan wordt een aandelenbelang van minder dan 5% toch als een 'deelneming' aangemerkt, indien het lichaam waarin het belang wordt gehouden, een met de belastingplichtige 'verbonden lichaam' is in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. De verbondenheid kan hierbij tot stand komen via een lichaam of een natuurlijk persoon, zo is bevestigd in het besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, V-N 2008/13.9.

De meetrekregeling geldt ook indien een met de belastingplichtige 'verbonden lichaam' een deelneming heeft in een lichaam, waarin de belastingplichtige zelf een belang van minder dan 5% houdt. In dit verband meent Van de Streek dat de meetrekregeling ook zou moeten gelden indien een met de belastingplichtige 'verbonden persoon' een aanmerkelijk belang houdt in het lichaam waarin het aandelenbelang van minder dan 5% wordt gehouden.¹⁰⁶ Hierbij pleit hij voor een uitbreiding van het verbondenheidsbegrip in de meetrekregeling tot natuurlijke personen die een familiegroep vormen, en die 'een derde gedeelte van het belang' houden in lichamen. Ik ben het hiermee eens, maar naar mijn mening zou het bedoelde 33⅓%-belang geen vereiste hoeven te zijn. Naar analogie met het in paragraaf 7.3.3 geschetste groepsbegrip zou volgens mij kunnen worden volstaan met het samentellen van de belangen gehouden door de 'partner' en kinderen. Er zou dan sprake zijn van een meegetrokken deelneming indien samen met deze familiekring een aandelenbelang van ten minste 5% wordt gehouden.

104. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 3, p. 55.

105. S.A.W.J. Strik, 'Stroomlijning antimisbruikbepalingen renteaftrek en groepsrentebox', *MBB* 2006, nr. 7-8.

106. J.L. van de Streek, 'Wijzigingen deelnemingsvrijstelling en renteaftrekregels liegen er ook niet om', *Vakblad voor de CB-adviseur*, 2006, nr. 9.

Soort aandelen

De deelnemingsvrijstelling kent geen soort aandelenbenadering, omdat dit volgens de parlementaire toelichting niet strookt met het uitgangspunt van de regeling. Een criterium op basis van soort aandelen zegt, volgens de Staatssecretaris van Financiën, niets over het relatieve aandelenbelang in een dochtermaatschappij en daarom ook niets over de vraag of de dochter onderdeel is van het 'concern' of als belegging wordt aangehouden.¹⁰⁷ Nu de wetgever de deelnemingsvrijstelling als een concern-regeling beschouwt, vind ik dit antwoord verassend. Immers, aan de ene soort aandelen kan meer zeggenschap zijn verbonden, waardoor verhoudingen binnen een concern wel degelijk kunnen wijzigen. Uitgaande van de 'ne bis in idem'-gedachte begrijp ik het antwoord beter: soort aandelen zeggen niets over de dubbele belastingheffing die moet worden voorkomen.

Het invoeren van een soort aandelenbenadering in de deelnemingsvrijstelling zou volgens de staatssecretaris inhouden dat sprake is van een deelneming indien een moedermaatschappij ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal van een soort aandelen houdt. Hierdoor zou de vrijstelling zeer eenvoudig kunnen worden verkregen, terwijl feitelijk geen sprake is van een deelnemingsverhouding.¹⁰⁸ Na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058) lijkt in dit opzicht een paradoxale situatie te ontstaan. Juist omdat de deelnemingsvrijstelling geen soort aandelenbenadering kent, zou door uitgifte van aandelen zonder stemrecht of winstrecht een 'deelneming' kunnen worden gecreëerd zonder dat het feitelijke belang bij de desbetreffende BV wijzigt.¹⁰⁹ Dit blijkt ook uit het besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, V-N 2008/13.9, waarin is bevestigd dat een belang in de vorm van preferente aandelen zonder stemrecht een 'deelneming' kan vormen. Blijkbaar heeft de staatssecretaris in zijn toelichting gedacht aan een soort aandelenbenadering die vergelijkbaar is met die van art. 4.7 Wet IB 2001 voor de aanmerkelijkbelangregeling. Er zou natuurlijk ook kunnen worden uitgegaan van een regeling gebaseerd op art. 2 Besluit fiscale eenheid 2003. Bij een analoge toepassing van die bepaling zouden de soort aandelen recht dienen te geven op ten minste 5% van de winst en het vermogen, om te kunnen spreken van een 'deelneming'. Indien ook als voorwaarde zou worden gesteld dat de soort aandelen recht geven op ten minste 5% van de stemrechten, zou naar mijn mening een volledig evenwichtige regeling ontstaan.

Certificaten van aandeel

In HR 16 oktober 1985, nr. 23 033, *BNB* 1986/118 is beslist dat onder de term 'aandeelhouder' in art. 13 Wet VPB 1969 ook moet worden verstaan, degene die tot de eigenaar van de aandelen in een zodanige rechtsverhouding staat dat het gehele belang bij de aandelen hem en niet de aandeelhouder toekomt. In een mededeling van

107. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 572, nr. C, p. 8.

108. *Kamerstukken II* 2005/06, nr. 30 572, nr. 8, p. 31.

109. G.J.W. Kinnegim, 'De flex-BV fiscaal getoetst', *Ondernemingsrecht* 2007, 10/11, schetst de situatie waarin een lichaam gewone aandelen bezit die 3% van het nominaal gestorte kapitaal in een BV vertegenwoordigen. Indien dit lichaam een belang van 2% in de vorm van aandelen zonder stemrecht of winstrecht verkrijgt in deze BV, is de deelnemingsvrijstelling van toepassing terwijl het economische belang in feite niet is gewijzigd.

de Staatssecretaris van Financiën, *Infobulletin* 86/224, V-N 1986/1369, is opgemerkt dat een certificaathouder op basis van het genoemde arrest ook als een 'aandeelhouder' moet worden aangemerkt.

Pandrecht

In het inmiddels ingetrokken besluit van 1 februari 2006, nr. CPP2005/2702M, V-N 2006/11.19, heeft de Staatssecretaris van Financiën goedgekeurd dat de verpanding van aandelen onder omstandigheden geen belemmering is voor de kwalificatie als 'deelneming'.¹¹⁰ In het voorgelegde geval was sprake van een pandrecht dat het stemrecht of het recht tot dividenden niet beperkte, en slechts als zekerheid diende voor leningen die zijn aangegaan door een concernvennootschap. Dit lijkt op de benadering die wordt gekozen voor de regeling van de fiscale eenheid, waarop ik in paragraaf 7.3.15 inga.

Optierechten

Om in aanmerking te komen voor de deelnemingsvrijstelling, hoeft niet zowel de juridische als de economische eigendom te worden gehouden. Op basis van HR 22 november 2002, nr. 36 272, *BNB* 2003/34, het zogenoemde Falcons-arrest, is de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing op voordelen die worden gerealiseerd met callopties op aandelen in een vennootschap waarin een deelneming wordt gehouden, dan wel waarin na de uitoefening van de callopties een dergelijke deelneming wordt gehouden. Een optiehouder wordt dus gelijkgesteld met een aandeelhouder, waarbij het niet uitmaakt of de opties worden uitgeoefend.¹¹¹ Van Sonderen leidt bovendien uit HR 16 november 2007, nr. 42 970, *BNB* 2008/26, het Optiehedge-arrest, af dat het vestigen van de opties geen gedeeltelijke vervreemding is van de onderliggende aandelen, omdat volgens de Hoge Raad zowel de aandelen als de optieverplichting tot het ondernemingsvermogen behoren.¹¹²

De Falcons-gedachte is ook van toepassing op een recht om nieuw uit te geven aandelen te verkrijgen, zo blijkt uit HR 22 april 2005, nr. 40 562, *BNB* 2005/254. Voorts is in lijn met deze gedachte in HR 14 oktober 2005, nr. 41 275, *BNB* 2006/7, beslist dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is op resultaten uit hoofde van een 'earn-out'-regeling met betrekking tot een verkochte deelneming.¹¹³ De hiervoor genoemde arresten hebben betrekking op de deelnemingsvrijstelling zoals die gold vóór 1 januari 2007. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat de 'Falcons-leer' ook na die datum geldt.¹¹⁴

Overigens zijn De Vries en De Vries van mening dat een vruchtgebruiker ook een 'deelneming' kan bezitten waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.¹¹⁵ Zij leiden dit af uit de Falcons-leer.

110. In het besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, V-N 2008/13.9, is dit standpunt niet meer opgenomen vanwege het casuïstische karakter.

111. J.J.M. Janssen, 'De fiscale eigenaar van een FALCONS', *WFR* 2003, p. 1112 en E. van der Stok, 'FALCONS: duidelijkheid over fiscale behandeling opties?', *WFR* 2003, p. 3.

112. J.C.M. van Sonderen, 'Hedge accounting bij aandelen en aandelenopties', *WFR* 2008, p. 225.

113. J.J.M. Janssen, 'Het uitdijende FALCONS-universum', *WFR* 2006, p. 344.

114. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 572, C, p. 10.

115. N.H. de Vries en R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, onderdeel 2.4.1.C.b4.

7.3.12.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Omdat de deelnemingsvrijstelling uitgaat van een formeel-juridisch criterium in de vorm van het bezit van ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten van een coöperatie of een commanditaire deelname in een open CV, is er geen goede aansluiting met het verbondenheidsbegrip in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. In feite wordt het in hoofdstuk 2 beschreven 'holistic concept' toegepast, waarbij geen rekening wordt gehouden met het gedrag van de participanten binnen de onderneming, omdat uitsluitend aandacht bestaat voor financiële verbondenheid. De zeggenschap die is verbonden aan een aandelenbelang of lidmaatschap duidt niet zonder meer op organisatorische verbondenheid, omdat het niet gaat om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid. De zeggenschap in de avo of ledenvergadering kan de organisatorische verbondenheid wel ondersteunen, maar of daar daadwerkelijk sprake van is hangt in grote mate af van het 'aandeelhoudersactivisme' c.q. het 'aandeelhoudersabsenteïsme'. Ik acht dit overigens minder bezwaarlijk, omdat ik de 'deelneming' niet als een verbondenheidsbegrip beschouw.

7.3.12.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

De rechtsvormneutraliteit van de deelnemingsvrijstelling is relatief groot. De regeling is niet alleen van toepassing op aandelenvennootschappen, maar ook op een FGR, een coöperatie en een open CV. Ook het alternatieve deelnemingsbegrip van art. 13 lid 3 Wet VPB 1969, dat uitgaat van een stemrecht criterium in plaats van een kapitaal criterium, getuigt van rechtsvormneutraliteit.

De neutraliteit zou naar mijn mening kunnen worden vergroot door de vrijstelling om te vormen tot een 'belangenvrijstelling', zoals is bepleit door Ligthart en Plat.¹¹⁶ Zij menen dat de vrijstelling niet alleen zou moeten gelden voor lichamen die zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting, maar ook voor IB-ondernemers. In vergelijkbare zin wil Koudijs (1993) voor haar voorstel voor een ondernemingswinstbelasting de deelnemingsvrijstelling wijzigen in een 'participatievrijstelling'.

De harde ondergrens van 5% kan worden beschouwd als een scherpe norm. Dit past naar mijn mening ook bij de facilitaire functie van het deelnemingsbegrip.

7.3.12.4 *Aanbevelingen*

Zoals is opgemerkt, beschouw ik het deelnemingsbegrip niet als een verbondenheidsbegrip, omdat ik denk dat de 'ne bis in idem'-gedachte op zijn minst leidend is. Vanuit deze opvatting heb ik geen aanbevelingen ten aanzien van dit begrip.

Indien het begrip 'deelneming' op basis van de verlengstukgedachte als een concernbegrip, en daarom toch als een verbondenheidsbegrip, zou moeten worden beschouwd, zou naar mijn mening kunnen worden aangesloten bij het in paragraaf

116. N.M. Ligthart en E.T.N.P. Plat, 'Enkele gedachten omtrent de invoering van een belangenvrijstelling', *WFR* 2003, p. 516.

7.3.3 beschreven groepsbegrip. In dat geval acht ik de 5%-grens overigens te laag om de concernbenadering tot uitdrukking te laten komen. De eerdergenoemde 50%-grens past dan beter, zo meen ik.

7.3.13 *'Belang van 5% of meer' in de zin van art. 13b lid 5 Wet VPB 1969*

In art. 13b lid 5 en art. 13c lid 4 Wet VPB 1969 speelt het begrip 'belang van 5% of meer' een rol. Ogenschijnlijk betreft dit een apart wettelijk verbondenheidsbegrip, maar zoals ik hierna zal beschrijven gaat het om een formulering van het begrip 'deelneming'.

In vergelijkbare zin wordt in art. 13 lid 12 Wet VPB 1969 de term 'belangen van minder dan 5%' gehanteerd, en wordt in art. 13 lid 13 en art. 23c lid 4 Wet VPB 1969 uitgegaan van belangen van ten minste 5%. Ook deze begrippen duiden niet zozeer op 'verbondenheid', maar op het onderscheid tussen een 'deelneming' en een 'belegging'.

7.3.13.1 *Wettelijke omschrijving*

Art. 13b Wet VPB 1969 omvat een maatregel tegen een fiscaal geïnitieerde omzetting van een afgewaardeerde vordering in kapitaal, waardoor onbedoeld zou kunnen worden geprofiteerd van de deelnemingsvrijstelling. In voorkomende gevallen vindt een belaste herwaardering van de vordering plaats. Op basis van art. 13b lid 5 Wet VPB 1969 is deze herwaardering ook aan de orde indien de belastingplichtige, of een met hem verbonden lichaam, via een deelneming middellijk een 'belang van 5% of meer' heeft in de schuldenaar. Hierdoor is de maatregel van art. 13b Wet VPB 1969 ook van toepassing in situaties waarin middellijk een belang in de schuldenaar wordt gehouden. Het betreft dus een doorkijkbepaling.

Een vergelijkbare doorkijkbepaling is opgenomen in art. 13c lid 4 Wet VPB 1969. Om te voorkomen dat belastingplichtigen op onevenwichtige wijze gebruik kunnen maken van de keuze tussen een vaste inrichting en een dochtermaatschappij, bevat art. 13c Wet VPB 1969 een antimisbruikmaatregel. Deze houdt in dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op een deelneming die is ontstaan uit de omzetting van een vaste inrichting, voor zover buitenlandse verliezen van de vaste inrichting in mindering zijn gebracht op de in Nederland belastbare winst van de belastingplichtige en nog niet zijn ingehaald. In art. 13c lid 4 Wet VPB 1969 is een maatregel opgenomen op grond waarvan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling ook is uitgesloten indien een vaste inrichting wordt omgezet in een deelneming die de belastingplichtige niet rechtstreeks, maar via tussenschakeling van een buitenlandse vennootschap houdt. Er moet worden doorgekeken indien de belastingplichtige via één of meer tussenhoudsters een 'belang van ten minste 5%' heeft in het lichaam dat de onderneming van de voorheen verlieslijdende vaste inrichting voortzet.

De termen 'belang van 5% of meer' en 'belang van ten minste 5%' duiden op het onderscheid tussen een 'deelneming' en een 'belegging', en niet zozeer op verbonden-

heid. Dat geldt ook voor vergelijkbare begrippen in de regeling van de deelnemingsverrekening.

Met ingang van 2007 zijn de 'onderworpenheidseis' en de 'niet-ter-beleggingseis' ten aanzien van buitenlandse deelnemingen vervallen. In plaats hiervan geldt op grond van art. 13aa en art. 23c Wet VPB 1969 een verrekeningsstelsel voor laagbelaste beleggingsdeelnemingen. De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op deze beleggingsdeelnemingen, zo bepaalt art. 13 lid 9 Wet VPB 1969.

Het begrip 'laagbelaste beleggingsdeelneming' is omschreven in art. 13 lid 10 Wet VPB 1969. De criteria zijn dat het lichaam waarin een belang wordt gehouden – onmiddellijk of middellijk – voor meer dan 50% (vrije) beleggingen bezit, en dat de effectieve belastingdruk van dit lichaam bij een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst minder dan 10% bedraagt. In dit verband is in art. 13 lid 12 Wet VPB 1969 bepaald dat 'belangen van minder dan 5%' in een lichaam in elk geval als een belegging worden aangemerkt. Hierbij gaat het om 'belangen van minder dan 5%' in het nominaal gestorte kapitaal, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten van een coöperatie of een commanditaire deelname in een open CV. Vanwege de koppeling met de grootheden die ook als uitgangspunt worden genomen bij de definitie van het begrip 'deelneming' in art. 13 lid 2 Wet VPB 1969, ga ik ervan uit dat de term 'belangen van minder dan 5%' opnieuw niet op verbondenheid duidt, maar op het onderscheid tussen een 'deelneming' en een 'belegging'.

Het verrekeningsstelsel is niet van toepassing op een 'vastgoeddeelneming': hiervoor geldt de deelnemingsvrijstelling. In dit kader is sprake van een 'vastgoeddeelneming' in de zin van art. 13 lid 13 Wet VPB 1969 indien de bezittingen van het lichaam geconsolideerd beschouwd voor ten minste 90% uit onroerende zaken bestaan. Deze 'vastgoedtoets' geschiedt op basis van een volledige consolidatie, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis. Een belang van 5% of minder valt echter niet onder de consolidatie. Hoewel dit niet met zoveel woorden is gezegd, leid ik hieruit af dat de term 'belangen van ten minste 5%' eveneens duidt op het onderscheid tussen een 'deelneming' en een 'belegging', en niet zozeer op verbondenheid.

In art. 23c Wet VPB 1969 is de deelnemingsverrekening nader uitgewerkt. In principe wordt het te verrekenen belastingbedrag gesteld op 5% van de gezamenlijke gebruteerde voordelen uit hoofde van laagbelaste beleggingsdeelnemingen. Echter, indien dit lager is, is het bedrag van de verrekening gelijk aan de vennootschapsbelasting die op basis van de zogenoemde evenredigheidsbreuk kan worden toegerekend aan de beleggingsdeelnemingen. Art. 23c lid 4 Wet VPB 1969 bevat in dit verband de mogelijkheid om te verzoeken om een zogenoemde 'credit for underlying tax' in plaats van het bedrag van de verrekening op basis van art. 23c lid 1 Wet VPB 1969. Het moet gaan om belasting die toerekenbaar is aan de winstuitkering van het lichaam waarin een laagbelaste beleggingsdeelneming wordt gehouden, of aan de winstuitkering van lichamen waarin de beleggingsdeelneming zelf een belang heeft. Daarbij geldt onder meer de voorwaarde dat het 'belang in elke schakel ten minste 5%' bedraagt. Ook dit begrip duidt naar mijn mening op het onderscheid tussen een 'deelneming' en een 'belegging', en niet op verbondenheid.

7.3.13.2 Aanbevelingen

Bij de definitie van het begrip 'deelneming' is het 5%-belang gekoppeld aan een duidelijke grootheid, namelijk het nominaal gestorte kapitaal, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten van een coöperatie of een commanditaire deelname in een open CV. De keuze voor het begrip 'belang van 5% of meer' in art. 13b lid 5 en art. 13c lid 4 Wet VPB 1969 is in dit verband onduidelijk. Het roept de vraag op waarvan 5% moet worden gehouden. De term 'belang' komt overeen met de terminologie in de definitie van het begrip 'verbonden lichaam' in artikel 10a lid 4 Wet VPB 1969, en kan daarom veel meer situaties omvatten dan die waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. De doorkijkbepalingen in de genoemde artikelen kunnen nu een grotere reikwijdte hebben dan met de eigenlijke maatregelen is bedoeld. In verband hiermee vind ik het logischer om aan te knopen bij een 5%-belang van het nominaal gestorte kapitaal, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten van een coöperatie of een commanditaire deelname in een open CV.

Naar mijn mening zou de maatregel van art. 13c lid 4 Wet VPB 1969 op een meer logische en duidelijke wijze kunnen worden omschreven, indien de tekst van art. 13g lid 3 (oud) Wet VPB 1969 voor indirect gehouden EU-beleggingsdochters zou worden gebruikt.¹¹⁷ Deze tekst komt erop neer dat een maatregel van overeenkomstige toepassing is op een deelneming, indien de bezittingen van die deelneming onmiddellijk of middellijk bestaan uit belangen in lichamen waarop de maatregel van toepassing zou zijn geweest, indien de belastingplichtige deze rechtstreeks zou hebben gehouden. Dat is tenslotte wat de wetgever wil bereiken. In art. 13g lid 3 (oud) Wet VPB 1969 had de wetgever dit duidelijk en logisch verwoord. Naar mijn mening zou dezelfde benadering kunnen worden gehanteerd voor art. 13b lid 5 Wet VPB 1969.

Ten aanzien van het begrip 'belang' dat is gehanteerd in art. 13 lid 13 en art. 23c lid 4 Wet VPB 1969 zou kunnen worden verduidelijkt dat dit duidt op het onderscheid tussen een 'deelneming' en een 'belegging', en niet moet worden aangemerkt als apart wettelijk verbondenheidsbegrip. Hiermee kunnen onbedoelde associaties met het gelijknamige, maar veel ruimere begrip 'belang' in bijvoorbeeld art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 worden vermeden. Voor art. 13 lid 12 Wet VPB 1969 is dit duidelijker, omdat de term 'belangen van minder dan 5%' in deze bepaling wordt gekoppeld aan het nominaal gestorte kapitaal, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten van een coöperatie of een commanditaire deelname in een open CV. Dezelfde koppeling zou kunnen worden gehanteerd in art. 13 lid 13 en art. 23c lid 4 Wet VPB 1969.

7.3.14 *'Normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding' in de zin van art. 2a Uitv.besch. VPB 1971*

Op basis van art. 13 lid 11 Wet VPB 1969 worden groepsvorderingen ook meegeteld als 'vrije beleggingen' voor de bezittingentoets van de laagbelaste beleggingsdeelneming. Bij deze groepsvorderingen gaat het om de financiering van de belasting-

117. R.N.F. Zuidgeest, 'Het begrip 'belang' in het voorstel tot wijziging van art. 13c Wet VPB 1969', *WFR* 2005, p. 1193.

plichtige, of van met de belastingplichtige 'verbonden personen'. De vorderingen worden echter niet meegeteld indien sprake is van 'actieve financieringswerkzaamheden'.

7.3.14.1 *Wettelijke omschrijving*

De voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om financieringswerkzaamheden als actief aan te merken, zijn opgenomen in art. 2a lid 1 Uitv.besch. VPB 1971. In dit verband wordt in onderdeel d van dit artikellid ook bedoeld op 'verbondenheid'. Voor de kwalificatie als 'actieve financieringswerkzaamheden' is namelijk vereist dat het financieringslichaam ten aanzien van haar bestuur en de dagelijkse bedrijfsvoering zelfstandig is. Hierbij blijft de normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding buiten beschouwing. Dergelijke normale bemoeienis leidt dus niet meteen tot de kwalificatie 'passieve financieringswerkzaamheden'. Ik ken aan de term 'normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding' een operationaliseringsfunctie toe, en ook een facilitaire functie.

In art. 2a Uitv.besch. VPB 1971 komt ook de term 'concern' een aantal keren voor. Op basis van art. 2a lid 3 Uitv.besch. VPB 1971 worden de belastingplichtige en de met hem 'verbonden lichamen' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 als het 'concern' beschouwd. Ook dit begrip heeft een operationaliseringsfunctie. Het dient immers om voor de invulling van de term 'actieve financieringswerkzaamheden'.

7.3.14.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Het verbondenheidsbegrip van art. 2a lid 1 onderdeel d Uitv.besch. VPB 1971 dat uitgaat van het bestuur en de dagelijkse bedrijfsvoering, sluit met haar materieel-economische benadering aan bij de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht.

Het afzonderlijke begrip 'concern' in art. 2a lid 3 Uitv.besch. VPB 1971 dat via de verwijzing naar het 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 is gebaseerd op het begrip 'belang', sluit echter minder goed aan bij deze disciplines. In paragraaf 7.3.7 is dit al uitvoerig beschreven.

7.3.14.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

De termen 'bestuur' en 'dagelijkse leiding' in art. 2a lid 1 onderdeel d Uitv.besch. VPB 1971 lijken rechtsvormneutraal.

Zoals in paragraaf 7.3.7 is beschreven, is de term 'verbonden lichaam' als bedoeld in het begrip 'concern' ook voldoende neutraal ten aanzien van de rechtsvorm. Echter, als gevolg van de verwijzing naar het begrip 'verbonden lichaam' geldt de onduidelijke term 'belang' ook voor het concernbegrip in art. 2a lid 1 onderdeel d Uitv.besch. VPB 1971. Het is naar mijn mening niet nodig om een dergelijke open norm te hanteren voor het hier bedoelde concernbegrip. Dit begrip heeft immers

geen antimisbruikfunctie of een antiontgaansfunctie, maar een operationaliseringsfunctie.

7.3.14.4 Aanbevelingen

Naar mijn mening zou het concernbegrip dat ik in paragraaf 7.3.3 heb geschetst voor de afschrijvingsfaciliteit van art. 8 lid 6a onderdeel a Wet VPB 1969, eveneens kunnen worden gehanteerd ter vervanging van het begrip 'concern' in art. 2a lid 1 onderdeel d Uitv.besch. VPB 1971. Er zou dan een scherpere norm worden gehanteerd die voor belastingplichtigen meer duidelijkheid biedt, terwijl de materieel-economische benadering zou worden gehandhaafd.

7.3.15 'Fiscale eenheid' in de zin van art. 15 Wet VPB 1969

In de Wet VPB 1969 geldt als uitgangspunt dat lichamen zelfstandig belastingplichtig zijn. In beginsel wordt bij de belastingheffing dus geen rekening gehouden met het feit dat een lichaam onderdeel is van een concern. De regeling van de fiscale eenheid van art. 15 Wet VPB 1969, die nader is uitgewerkt in het Besluit fiscale eenheid 2003, maakt een inbreuk op dit uitgangspunt. Het begrip 'fiscale eenheid' heeft in dit verband een facilitaire functie.

7.3.15.1 Wettelijke omschrijving

Voor de vorming van een fiscale eenheid moet een moedermaatschappij ten minste 95% van de 'aandelen in het nominaal gestorte kapitaal' van een dochtermaatschappij bezitten. De resterende 5% is bedoeld als marge voor bijvoorbeeld de uitgifte van aandelen in het kader van werknemersparticipaties. Het biedt ook een oplossing voor problemen die een maatschappij kan ondervinden om bij een overname de laatste aandelen te bemachtigen.¹¹⁸ In dit verband is met de 95%-grens aangesloten bij de 'uitkoopregeling' van art. 201a (92a) BW.¹¹⁹ De grens is gekozen om zo goed mogelijk recht te doen aan twee tegengestelde wensen, namelijk enerzijds de wens om het uitgangspunt te handhaven dat alle aandelen van de dochtermaatschappij in handen moeten zijn van de moedermaatschappij, en anderzijds de wens om aan een in de praktijk levend knelpunt tegemoet te komen.¹²⁰

Overigens werd in HR 13 januari 2006, nr. 41 799, V-N 2006/6.20, een fiscale eenheid niet verbroken in een situatie waarin één aandeel van de dochtermaatschappij, dat correspondeerde met meer dan 1% van het nominaal gestorte kapitaal, kortstondig werd geplaatst bij de buitenlandse concernleiding. Volgens de Hoge Raad was de juridische en economische eigendom van de moedermaatschappij ten aanzien van het belang in de dochter niet wezenlijk veranderd. Het zou dan in strijd zijn met doel en strekking van de regeling van de fiscale eenheid om tot een verbreking te conclu-

118. Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3, p. 3.

119. Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3, p. 8.

120. Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 11.

deren. Net als Kok denk ik dat dit arrest onder het nieuwe regime zijn geldingskracht heeft behouden.¹²¹

Juridische en economische eigendom

De moedermaatschappij moet zowel de juridische als de economische eigendom van de aandelen bezitten, zo bepaalt art. 15 lid 1 Wet VPB 1969. In de parlementaire toelichting is hiervoor als reden aangevoerd dat de fiscale eenheid een fiscale integratie van twee of meer belastingplichtigen mogelijk maakt. Het ligt volgens de Staatssecretaris van Financiën voor de hand om dit slechts toe te staan als de ene belastingplichtige de volledige zeggenschap heeft over de andere, zodat niet kan worden volstaan met de economische eigendom.¹²² In principe moeten de juridische en economische eigendom op hetzelfde moment worden verkregen. Indien hiertussen enige tijd is gelegen, kan de fiscale eenheid nog niet tot stand komen. Art. 4 lid 1 Besluit fiscale eenheid 2003 biedt in dit verband echter een tegemoetkoming.

Met Van Arendonk c.s. (2007) ben ik van mening dat gezien de strekking van de regeling, het bezit van enkel economische eigendom voldoende zou moeten zijn. Van Lemel is het hier niet mee eens.¹²³ Hij vindt het op basis van de in paragraaf 7.3.12 genoemde 'Falcons-leer' begrijpelijk dat de verkrijging van enkel een economisch belang voldoende is voor de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling is immers bedoeld om dubbele belastingheffing over dezelfde winst te voorkomen. Volgens Van Lemel ligt dit echter anders bij de facilititeit van de fiscale eenheid, omdat daarmee wordt bedoeld een fiscale consolidatie tot stand te brengen. Hij vindt het daarom nodig dat er meer is dan alleen een economisch belang. Eerlijk gezegd ben ik hierdoor nog niet overtuigd. Zoals is beschreven in hoofdstuk 4, kan bijvoorbeeld voor de toepassing van Titel 9 Boek 2 BW bij economische belangen ook een verplichting tot consolidatie bestaan. Waarom zou dit voor de fiscaliteit anders moeten zijn?

Soort aandelen

Indien een dochtermaatschappij verschillende soorten aandelen heeft, moeten de aandelen die de moedermaatschappij bezit op basis van art. 2 Besluit fiscale eenheid 2003 altijd recht geven op ten minste 95% van de winst en het vermogen.¹²⁴ De uitgifte van aandelen waaraan slechts afwijkende zeggenschapsrechten of benoemingsrechten zijn verbonden, zal hierdoor niet leiden tot een verbreking van de fiscale eenheid. Kok (2005) merkt op dat in deze gelijkstelling een inconsistentie schuilt. De concerngedachte gaat immers uit van zeggenschap. Als die zeggenschap, bijvoorbeeld via prioriteitsaandelen, bij een ander komt te liggen, wordt het uitoefenen van de centrale leiding moeilijker. Voorts is de gelijkstelling volgens hem niet

121. Q.W.J.C.H. Kok, 'Kroniek van het herziene regime van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *MBB* 2006, nr. 4.

122. *Kamerstukken II* 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 14.

123. F.J. van Lemel, 'Wanneer heeft een moedermaatschappij voldoende bezit om een fiscale eenheid te vormen?', *WFR* 2005, p. 1702.

124. Tot 16 januari 2007 vereiste art. 2 Besluit fiscale eenheid 2003 dat de moedermaatschappij 95% van elke soort aandelen bezat. De gelijkstelling van soort aandelen was toen gebaseerd op een goedkeuring in het besluit van 23 december 2004, nr. CPP2004/1801M, *BNB* 2005/99.

goed te rijmen met de hierna te bespreken, strikte voorwaarden die zijn gesteld aan de verpanding van aandelen.

In dit verband meen ik dat na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058) de fiscale eenheid zal worden verbroken, indien aandelen zonder stemrecht worden uitgegeven aan een andere aandeelhouder, terwijl de aandelen die de moedermaatschappij bezit geen recht geven op ten minste 95% van de winst en het vermogen. Daarentegen zal geen sprake zijn van een verbreking bij de uitgifte van aandelen zonder winstrecht, maar met stemrecht, aan een derde. Het stemrecht kan in theorie zelfs volledig bij de andere aandeelhouder berusten, zonder dat de regeling van de fiscale eenheid wordt verbroken.¹²⁵ De aandelen die de moedermaatschappij bezit, kunnen dan immers nog steeds recht geven op ten minste 95% van de winst en het vermogen. Ik vind dit niet in overeenstemming met de concerngedachte waarop de regeling van de fiscale eenheid is gebaseerd. In elk geval ontstaat een niet te rechtvaardigen verschil met de situatie waarin de aandelen in de dochtermaatschappij zijn gecertificeerd. Op basis van art. 4 lid 1 Besluit fiscale eenheid 2003 kan in die situatie alleen een fiscale eenheid worden gevormd, indien de certificaten in de dochter binnen drie maanden na het voegingstijdstip zijn ingewisseld voor aandelen. Om te komen tot een meer evenwichtige regeling zou naar mijn mening in art. 2 Besluit fiscale eenheid 2003 moeten worden bepaald dat de aandelen die de moeder bezit, tevens recht geven op ten minste 95% van het stemrecht.

Certificaten van aandeel

Indien de fiscale eenheid niet zou worden verbroken bij de hiervoor beschreven uitgifte van aandelen zonder stemrecht, zou ook een merkwaardig verschil ontstaan met de situatie waarin de aandelen in de dochtermaatschappij zijn gecertificeerd. Op basis van art. 4 lid 1 Besluit fiscale eenheid 2003 kan in die situatie alleen een fiscale eenheid worden gevormd, indien de certificaten in de dochter binnen drie maanden na het voegingstijdstip zijn ingewisseld voor aandelen.¹²⁶

Kok (2005) meent overigens dat er in geval van certificering terecht sprake is van een verbreking van de fiscale eenheid, omdat de moedermaatschappij dan niet meer de volledige zeggenschap heeft. Ik vraag mij echter af of dit overeenstemt met de materiële werkelijkheid. In paragraaf 7.3.1 heb ik gewezen op de 'fiduciare verhouding' die bestaat tussen het administratiekantoor en de certificaathouders: het administratiekantoor moet bij de uitoefening van het stemrecht en andere zeggenschapsrechten primair de belangen van de certificaathouders in het oog houden. Voorts geldt dat certificaathouders niet alleen rechten hebben jegens het administratiekantoor, maar ook jegens de vennootschap. Ingeval van royeerbare certificaten, die te allen tijde kunnen worden omgewisseld in aandelen, zou er in elk geval

125. In dezelfde zin: G.J.W. Kinnegim, 'De flex-BV fiscaal getoetst', *Ondernemingsrecht* 2007, 10/11.

126. *Kamerstukken I* 2001/02, 26 854, nr. 45d, p. 8.

geen verschil in behandeling met aandelen moeten zijn.¹²⁷ In zoverre zou de fiscale eenheid naar mijn mening ook niet moeten worden verbroken bij certificering.

Pandrecht

Verpanding van de aandelen in de dochtermaatschappij kan eveneens leiden tot verbreking van de fiscale eenheid, omdat niet langer aan de bezitseis wordt voldaan. Op basis van art. 2:198 (89) lid 2 BW blijft bij verpanding van aandelen het stemrecht in beginsel achter bij de aandeelhouder, ofwel de pandgever. Op basis van art. 2:198 (89) lid 3 BW kan echter worden overeengekomen dat de pandhouder het stemrecht krijgt. In de praktijk gaat het stemrecht bij verpanding onder ontbindende voorwaarde of onder opschortende voorwaarde over op de pandhouder. Met een 'ontbindende voorwaarde' wordt bedoeld dat het stemrecht overgaat op bijvoorbeeld de bank, maar dat de vennootschap het stemrecht mag uitoefenen als zich een bepaald onderwerp van stemming voordoet. Volgens de Staatssecretaris van Financiën wordt in dat geval vanaf het moment van de verpanding niet meer voldaan aan de bezitseis.¹²⁸ Bij een 'opschortende voorwaarde' behoudt de moedermaatschappij in eerste instantie het stemrecht, maar dit gaat alsnog over op de bank zodra een bepaald onderwerp van stemming aan de orde is. In die situatie wordt volgens de staatssecretaris aan de bezitseis voldaan zolang de opschortende voorwaarde nog niet is ingetreden.

Met Van Lemel vraag ik mij af of de gevolgen die de staatssecretaris aan het verlies van het stemrecht bij verpanding verbindt, valide zijn.¹²⁹ In art. 2 Besluit fiscale eenheid 2003 wordt immers ook geen belang toegekend aan het bezit van stemrecht: aandelen waaraan slechts zeggenschapsrechten zijn verbonden, worden op basis van deze bepaling gelijkgesteld met gewone aandelen. Bovendien meent Van Schilfgaarde/Winter (2006) dat de pandhouder die het stemrecht heeft, bij de uitoefening hiervan mede rekening dient te houden met de belangen van de aandeelhouder. Dit vloeit volgens hem voort uit de aard van de verhouding tussen de pandhouder en de aandeelhouder. Op basis hiervan kan ook worden beargumenteerd dat verpanding niet tot een verbreking van de fiscale eenheid zou moeten leiden, zelfs niet indien het stemrecht overgaat naar de pandhouder.

Optierechten

Bij het verstrekken van optierechten die recht geven op meer dan 5% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal, wordt de fiscale eenheid in beginsel ook verbroken. Dit volgt uit het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 23 oktober 2003, nr. CPP2003/1917M, V-N 2003/56.14. Van Lemel komt op basis van de Falconsleer tot de conclusie dat dit juist is, indien het gaat om een situatie waarin het gehele waarderisico komt te liggen bij een ander dan de moedermaatschappij.¹³⁰

127. Dat geldt ook voor het uitzonderlijke geval dat de certificaten van aandeel beursgenoteerd zijn.

Op basis van art. 2:118a lid 1 BW kunnen de certificaathouders dan om stemvolmachten vragen bij het administratiekantoor, op grond waarvan zij de aan de aandelen verbonden stemrechten kunnen uitoefenen in de ava. De certificaten zijn dan in feite te vereenzelvigen met de aandelen.

128. *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 854, nr. 3, p. 31, en *Kamerstukken II 2000/01*, 26 854, nr. 6, p. 36.

129. F.J. van Lemel, 'Enkele aspecten van het definitieve Besluit fiscale eenheid 2003', *WFR* 2003, p. 218.

130. F.J. van Lemel, 'Wanneer heeft een moedermaatschappij voldoende bezit om een fiscale eenheid te vormen?', *WFR* 2005, p. 1702.

In het genoemde besluit is goedgekeurd dat de optieverlening onder voorwaarden niet leidt tot een verbreking van de fiscale eenheid. De eerste voorwaarde is dat het een optie op nieuw uit te geven aandelen betreft, of een aan een werknemer verleende optie. Voorts moet de optieverlening voortvloeien uit de bedrijfsuitoefening. In de derde plaats mag niet bij voorbaat vaststaan dat de optie zal worden uitgeoefend. Ten slotte moet de moedermaatschappij na de optieverlening haar aandeelhoudersrechten blijven uitoefenen.

Coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen

In art. 15a Wet VPB 1969 is een afzonderlijke regeling opgenomen voor de vorming van een fiscale eenheid tussen coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Bij de rechtsvorm van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen past niet een bezitscriterium zoals dat geldt voor de regeling van art. 15 Wet VPB 1969. Kenmerkend voor een coöperatieve of onderlinge groep is namelijk dat de 'topcoöperatie' of 'topmaatschappij' in feite de gezamenlijke dochter is van de ledencoöperaties of ledenmaatschappijen. Zij bezit dus niet het vermogen van de ledencoöperaties of ledenmaatschappijen.

In verband met deze bijzondere kenmerken zijn voor de fiscale eenheid criteria gehanteerd die uitgaan van feitelijke juridische en economische verbondenheid.¹³¹ Het juridische criterium blijkt uit art. 15a lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969, op basis waarvan de werkzaamheden van de ledenmaatschappijen moeten plaatsvinden onder leiding van de centrale maatschappij. Onderdeel b van deze bepaling bevat een criterium dat duidt op economische verbondenheid. De werkzaamheden van de maatschappijen moeten elkaar namelijk over en weer aangaan. In art. 15a lid 2 onderdeel c Wet VPB 1969 kan ook economische verbondenheid worden herkend in de eis dat de winstuitdelingen aan de leden van de ledencoöperaties of ledenmaatschappijen moeten plaatsvinden op basis van een gelijke maatstaf. Het slot van art. 15a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969, waarin is vereist dat de maatschappijen onderling instaan voor elkaars schulden, kan naar mijn mening ook als een uiting van financiële verbondenheid worden beschouwd.

7.3.15.2 Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden

Voor de regeling van de fiscale eenheid is het verbondenheidsbegrip volledig gebaseerd op financiële verbondenheid in de vorm van een kapitaalbelang. Er geldt een formeel-juridische benadering, waarbij feitelijke economische en organisatorische verbondenheid geen aandacht krijgen. In dit opzicht is er geen goede aansluiting met de materieel-economische benadering in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. In die disciplines ligt de nadruk juist op de feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Overigens vraagt Dijstelbloem (1984) zich af of het concernbegrip alleen via aandelenbezit zou moeten worden geconstateerd. Het zou volgens hem ook op contractuele basis kunnen zijn gestoeld, maar hij wenst hierop niet verder in te gaan, omdat er in de praktijk te veel verschillende verschijningsvormen zijn.

131. *Kamerstukken II 1988/89, 20 521, nr. 3, p. 3.*

In de bedrijfseconomie en het ondernemingsrecht blijkt financiële verbondenheid bovendien niet alleen uit een kapitaalbelang, maar ook uit financiële kruisverbanden in de vorm van geldleningen en aansprakelijkstellingen. Een hybride geldlening die op grond van art. 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 als eigen vermogen wordt beschouwd, wordt voor de beoordeling van de bezitsei van de fiscale eenheid echter niet aangemerkt als een deelname in het nominaal gestorte kapitaal.¹³² Kok (2005) is het op basis van de door hem voorgestane formeel-juridische benadering van de fiscale eenheid eens met dit standpunt van de Staatssecretaris van Financiën. Naar mijn mening zouden hybride geldleningen bij een materieel-economische benadering juist wel moeten meetellen.

Dochtervennootschappen die als 'voorraad' worden aangehouden, kunnen geen onderdeel zijn van een fiscale eenheid. Met Kok ben ik van mening dat dit logisch is, omdat er ten aanzien van voorraaddochters geen sprake is van een concernrelatie. Het valt echter wel op dat op dit punt juist voor een materieel-economische invalshoek is gekozen. Bij een strikte toepassing van een formeel-juridisch criterium zou de uitzondering van voorraaddochters niet op haar plaats zijn.

Overigens bestaat in dit verband een parallel met art. 2:407 lid 1 BW, op basis waarvan vennootschappen worden uitgesloten van de consolidatie indien ten aanzien van hen is besloten dat zij zullen worden afgestoten.

7.3.15.3 *Rechtsvormneutraliteit*

De regeling van de fiscale eenheid staat slechts open voor een beperkt aantal rechtsvormen. Op basis van art. 15 lid 3 onderdeel d Wet VPB 1969 moet een 'moedermaatschappij' de rechtsvorm van NV, BV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij bezitten. De in het kader van het wetsvoorstel 'Titel 7.13 BW' (28 746) te introduceren rechtsvormen OVR en CVR kunnen geen onderdeel zijn van een fiscale eenheid. Bij omzetting van een gevoegde dochtermaatschappij met de rechtsvorm van BV in een OVR of CVR zal bijvoorbeeld sprake zijn van een ontvoeging.¹³³ Een dochtermaatschappij waarvan de aandelen voor ten minste 95% via een tussengeschakelde OVR of CVR worden gehouden, kan wel deel uitmaken van een fiscale eenheid.

Vanaf 2008 kunnen ook de belastingplichtigen als bedoeld in art. 2 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 onderdeel zijn van de fiscale eenheid. Dit houdt verband met het feit dat woningcorporaties die vrijwel in alle gevallen de rechtsvorm van een stichting of vereniging hebben, vanaf 1 januari 2008 integraal belastingplichtig worden.¹³⁴

De Vries en De Vries menen dat ook de SE als moeder- of dochtermaatschappij onderdeel kan zijn van een fiscale eenheid.¹³⁵ Zij leiden dit af uit de SE-Verordening,

132. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 487, nr. 7, p. 25 en 26.

133. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 065, nr. 8, p. 8.

134. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 205, nr. 10, p. 7.

135. N.H. de Vries en R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, onderdeel 2.9.2.B.e.

waarin in art. 10 is bepaald dat een SE moet worden behandeld als een NV, die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waarin de SE is gevestigd.¹³⁶

Om een fiscale eenheid te kunnen vormen, moeten de desbetreffende maatschappijen volgens art. 15 lid 3 onderdeel c Wet VPB 1969 feitelijk in Nederland zijn gevestigd. Indien een naar buitenlands recht opgericht lichaam feitelijk in Nederland is gevestigd, kan het als moedermaatschappij optreden, mits dit lichaam vergelijkbaar is met een naar Nederlands recht opgerichte moedermaatschappij. Bovendien moet Nederland dan met het desbetreffende land van oprichting een belastingverdrag hebben gesloten, dat een non-discriminatiebepaling naar nationaliteit bevat.

Op basis van art. 15 lid 4 Wet VPB 1969 kan een in Nederland gevestigde vaste inrichting van een buitenlands lichaam eveneens onderdeel zijn van de fiscale eenheid. In verband met het recht op vrijheid van vestiging ingevolge art. 43 en 48 EG-Verdrag is de vraag gerezen of in het buitenland gevestigde dochters, ook indien zij niet beschikken over een vaste inrichting in Nederland, zouden moeten worden toegelaten tot een fiscale eenheid.¹³⁷

In HvJ EG 13 december 2005, nr. C-466/03 (*Marks & Spencer*), BNB 2006/72, is beslist dat art. 43 en 48 EG-Verdrag het toestaan om het verlies van een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij niet in aanmerking te nemen, tenzij de verliezen van de buitenlandse dochter in haar vestigingstaat niet meer kunnen worden verrekend. Het is de vraag of de territoriale begrenzing van de fiscale eenheid na het Marks & Spencer-arrest nog een belemmering kan zijn van het recht op vrijheid van vestiging.¹³⁸ In Rechtbank Arnhem 7 juli 2006, nr. 05/4260, V-N 2006/38.13, was onder verwijzing naar het Marks & Spencer-arrest geoordeeld dat het systeem van de fiscale eenheid, voor zover het gaat om het feit dat verliezen van een buitenlandse vennootschap niet verrekenbaar zijn, niet in strijd is met het recht op vrijheid van vestiging. In de cassatieprocedure van deze zaak, HR 11 juli 2008, nr. 43 484, V-N 2008/34.14, is echter besloten om prejudiciële vragen te stellen over deze kwestie. In haar aantekening bij de conclusie in deze zaak van A-G Wattel van 4 juli 2007, nr.

136. EG-Verordening nr. 2157/2001 van 8 oktober 2001 betreffende de Europese vennootschap (SE), PbEG 2001, L 294/1.

137. In oudere literatuur is ook gepleit voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid, maar zonder een beroep te doen op het recht op vrijheid van vestiging. Ik verwijs in dit verband naar B.A. van Tuijl in zijn discussiebijdrage voor de 24^e Belastingconsulentendag van de NFB, in: J. Verburg, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Fed 1977 en naar J.M. Diebels, 'Fiscale eenheid over de grenzen', in: J. Renes, H.M.N. Schonis, F.E. Sprey en J.W. Zwemmer, *Fiscale miniaturen*, Deventer: Fed 1978.

138. E.C.C.M. Kemmeren, 'Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening', *WFR* 2006, p. 209, denkt dat Nederland op basis van het Marks & Spencer arrest niet verplicht is een grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan, omdat art. 13d Wet VPB 1969 voor onverrekenbare verliezen een faciliteit biedt in de vorm van de liquidatieverliesregeling. J.C.M. van Sonderen en Q.W.J.C.H. Kok, 'Over verliesverrekening in de tijd, grensoverschrijdende fiscale eenheden, de liquidatieverliesregeling en een aftrekbeperking voor aandelen en opties', *MBB* 2006, 7-8, vragen zich echter af of de regeling voor liquidatieverliezen wel ver genoeg gaat. De regeling biedt immers alleen een tegemoetkoming ingeval van een liquidatie, maar bijvoorbeeld niet bij het verstrijken van de termijnen voor verliesverrekening in het algemeen.

43 484, V-N 2007/47.16, merkt de redactie Vakstudie Nieuws op dat er geen steekhoudende argumenten zijn om de Nederlandse regeling van de fiscale eenheid niet grensoverschrijdend te laten werken. Anders dan de Britse 'group relief'-regeling die in het Marks & Spencer-arrest aan de orde was, lijkt de Nederlandse regeling in beginsel waterdicht door de inhaalregeling van art. 35 BvdB 2001 en de antimisbruikbepaling van art. 13c Wet VPB 1969. De regeling van de fiscale eenheid lijkt hierdoor constructiebestendiger. Kok meent echter dat het terecht is dat grensoverschrijdende verliesverrekening niet mogelijk is.¹³⁹ Indien uit het oordeel van het Hof van Justitie EG zou volgen dat de territoriale beperking niet is toegestaan, kan ik mij voorstellen dat de grensoverschrijdende fiscale eenheid zodanig wordt vormgegeven dat buitenlandse verliezen pas ten laste van de Nederlandse winst kunnen worden gebracht indien kan worden aangetoond dat deze verliezen in het buitenland nooit meer verrekenbaar zullen zijn. De fiscus zou de bewijzen die de belastingplichtige in dit verband dient aan te voeren, kunnen controleren op basis van informatie die uit internationale inlichtingenuitwisseling is verkregen.

Overigens is in andere rechterlijke uitspraken al een genuanceerder oordeel gegeven over de vraag of een buitenlandse dochter tot een fiscale eenheid gevoegd zou moeten kunnen worden. In Hof 's-Gravenhage 31 oktober 2006, nr. BK-05/00354, *Viditax* 13 november 2006, werd geoordeeld dat het ontbreken van een mogelijkheid tot verliescompensatie voor de moedermaatschappij leidt tot een nadeel dat voldoende concreet is om daarin een beperking te zien van het recht op vrijheid van vestiging. Echter, op basis van HvJ EG 15 mei 1997, nr. C-250/95 (*Futura*), V-N 1997/4242, vond het hof dat het territorialiteitsbeginsel in casu wel een rechtvaardigingsgrond opleverde voor deze beperking. Voorts oordeelde Hof 's-Gravenhage dat de wettelijke maatregelen ten aanzien van de territoriale begrenzing van de fiscale eenheid proportioneel waren, omdat ze niet verder gingen dan nodig was om de belastingsovereïniteit van Nederland te bewaren. In Rechtbank Haarlem 17 januari 2008, nr. AWB06/6717, *Viditax* 22 februari 2008, is ook beslist dat het onderscheid tussen wel en niet in Nederland gevestigde belastingplichtigen leidt tot een belemmering van het recht van vestiging, waarvoor echter een rechtvaardigingsgrond bestaat. Uit de antwoorden van het Hof van Justitie EG op de prejudiciële vragen die zijn gesteld in HR 11 juli 2008, nr. 43 484, V-N 2008/34.14, zal moeten blijken of deze uitspraken juist zijn.

7.3.15.4 *Open norm of scherpe norm*

Het verbondenheidsbegrip voor de fiscale eenheid kan worden getypeerd als een zeer scherpe norm. Op basis van de facilitaire functie acht ik dat op zich begrijpelijk. Echter, de strikt juridische benadering, namelijk het bezit van 95% van de aandelen, past eigenlijk niet goed bij een economische heffing als de vennootschapsbelasting. Het risico bestaat dat een conglomeraat nu ook als fiscale eenheid wordt aangemerkt. Voorts kan de situatie ontstaan dat een echt concern geen fiscale eenheid kan vormen, omdat niet aan de 95%-bezitseis wordt voldaan. Een aantal auteurs heeft

139. Q.W.J.C.H. Kok, 'De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2008, p. 795.

zich in dit verband afgevraagd of voor de regeling van de fiscale eenheid zou moeten worden aangesloten bij het materieel-economische begrip 'concern', zoals dat wordt gehanteerd in het ondernemingsrecht.

Dijstelbloem (1984) wil echter geen materiële toets, maar alleen een formeel-juridische toets. Naar zijn mening berust de uiteindelijke zeggenschap en het belang ten aanzien van deelnemingen op basis van de aandelenrelatie bij de centrale leiding. De centrale leiding heeft het dus in haar macht om de materiële eenheid tot stand te brengen. In dezelfde zin meent Van Lindonk (1990) dat met het juridische criterium aansluiting wordt gezocht bij het economische belang dat voortvloeit uit de volledige gerechtigdheid van de moeder tot het vermogen en de winst van de dochtermaatschappij. Dit juridische criterium is volgens haar een voldoende benadering van de gewenste economische maatstaf die men zou verwachten. Naar mijn mening wordt hiermee echter miskend dat geen sprake is van een concern, zolang niet daadwerkelijk wordt gekozen voor de totstandbrenging van een materiële eenheid. Daarbij komt dat deze 'power-to-control'-gedachte wel iets zegt over de organisatorische verbondenheid die op basis van een aandelenbezit tot stand kan worden gebracht, maar hiermee staat nog niet vast dat er ook sprake is van economische verbondenheid. Uit de bedrijfseconomie blijkt dat ook dit element essentieel is. Als er in werkelijkheid geen sprake is van een economische eenheid, waarom zou een cluster van entiteiten dan fiscaalrechtelijk wel als één onderneming worden beschouwd?

In dit verband schaar ik mij achter Van Sonderen (1995), die pleit voor een materieel-economisch concernbegrip voor de fiscale eenheid. Naar zijn mening moeten maatschappijen een fiscale eenheid kunnen vormen indien zij in het maatschappelijke verkeer als één concern kunnen worden beschouwd. Om dit te realiseren zou volgens hem aansluiting kunnen worden gezocht bij het begrip 'groep' in art. 2:24b BW. Ook de Commissie 'Fiscale eenheid VPB' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (1995) denkt dat een economische benadering meer voor de hand ligt, naarmate het belang van de moedervernootschap in de dochtervernootschap groter is, of naarmate de activiteiten van de dochter meer in lijn liggen met die van de moeder. De dochter is dan te beschouwen als een verlengstuk van de moeder. Kok (2005) denkt ook dat een materiële concerntoets op zijn plaats zou zijn, maar meent dat het aanleggen van een formele bezitseis belangrijke voordelen biedt voor de rechtszekerheid en de uitvoeringspraktijk.

Van Soest (1983) wil voor de fiscale eenheid vasthouden aan een juridische benadering boven een strikt economische benadering. Maar, deze juridische benadering moet volgens hem wel worden bijgesteld in economische richting. Van Soest zou het systeem zo willen inrichten, dat een aandelenparticipatie het wettelijke vermoeden oplevert dat sprake is van een concern. Dit vermoeden zou echter moeten kunnen worden weerlegd, als er in werkelijkheid geen economische eenheid aanwezig is. Ik zou dit systeem zodanig willen uitbreiden, dat een eenvoudig, formeel-juridisch criterium in de vorm van een minimumbezitseis ten aanzien van de aandelen wordt gehanteerd, waarbij concerns die niet aan deze eis voldoen, tevens de mogelijkheid krijgen om hun concernverband op basis van de organisatorische en economische verwevenheden aan te tonen.

7.3.15.5 Uniformiteit

In paragraaf 7.3.3 heb ik de contouren geschetst van een fiscaal concernbegrip, dat naar mijn mening voor verschillende regelingen in de Wet VPB 1969 dienst kan doen. Hierbij gaat het om een materieel-economische benadering, waarbij een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid geldt bij het bezit van meer dan 50% van de aandelen en de daaraan verbonden stemrechten in een aandelenvennootschap. De contouren van dit concernbegrip kunnen naar mijn mening ook als vertrekpunt dienen voor de fiscale eenheid.

Men kan zich voorts afvragen of de regelingen van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting en omzetbelasting meer op elkaar zouden kunnen gaan lijken. Hierop wordt in hoofdstuk 8 nader ingegaan, nadat de regeling van de fiscale eenheid voor de omzetbelasting is geanalyseerd.

7.3.15.6 Aanbevelingen

Zoals hiervoor is opgemerkt, ben ik voorstander van een materieel-economische benadering van het verbondenheidsbegrip in de regeling van de fiscale eenheid. De suggestie die Van Soest (1983) in dit verband heeft gedaan, spreekt mij het meest aan. Op basis hiervan wordt voor de fiscale eenheid vastgehouden aan een juridische benadering, maar deze wordt bijgesteld in economische richting. Een aandelenparticipatie levert het wettelijke vermoeden op dat sprake is van een concern. Dit vermoeden zou echter moeten kunnen worden weerlegd, als er in werkelijkheid geen economische eenheid aanwezig is. Ik zou in dit verband, evenals in IAS 27 met betrekking tot consolidatie onder IFRS, willen uitgaan van een vermoeden van een concernrelatie bij het bezit van een bepaald percentage van de stemrechten in een vennootschap. Dit vermoeden zou kunnen worden weerlegd, indien in feite geen sprake is van financiële, organisatorische en economische verbondenheid. Tevens zou moeten kunnen worden aangetoond dat er feitelijk wel sprake is van verbondenheid, ook indien niet aan het formele bezitsvereiste wordt voldaan. In feite komt dit neer op het hanteren van een eenvoudig kapitaalscriterium met de mogelijkheid van tegenbewijs voor zowel de inspecteur als de belastingplichtige.

Het is vervolgens de vraag welke hoogte de bezitseis dient te hebben. In het verleden zijn diverse voorstellen zijn gedaan voor een verlaging van de bezitseis voor de fiscale eenheid.¹⁴⁰ Van Soest (1983) wil de fiscale eenheid uitbreiden tot meerderheidsparticipaties. Hij stelt in dit verband wel voor om dan niet langer uit te gaan van 'vermogensconsolidatie', maar van 'resultatenconsolidatie'. Daarentegen wil Dijkstra (1984) de fiscale eenheid als internereorganisatiefaciliteit voorbehouden aan situaties waarin sprake is van een volledige verbondenheid van de vennootschappen.

140. Bijvoorbeeld door M.J. van Rooyen, 'De deelnemingsvrijstelling in de Nederlandse vennootschapsbelasting', *MBB* augustus 1969, en door D. Juch, *Deelnemingsvrijstelling*, Deventer: FED 1974.

De Commissie 'Fiscale eenheid VPB' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (1995) maakt ten aanzien van de gewenste hoogte van de bezitseis onderscheid tussen de verschillende faciliteiten die de fiscale eenheid biedt. Zij is van mening dat de internereorganisatiefaciliteit een stringente eis van verbondenheid vereist. Een geringe deelname van derden is hierbij geen probleem, maar een grotere deelname wel. De commissie denkt dat een grotere deelname door derden geen probleem is voor de faciliteit van de horizontale verliescompensatie. Om die reden stelt zij een afzonderlijke regeling voor 'resultatenpooling' voor, met een lagere bezitseis van bijvoorbeeld 33⅓% of 50%.¹⁴¹

Tijdens de parlementaire behandeling van de huidige regeling van de fiscale eenheid is overwogen om aan te sluiten bij de 75%-bezitseis die was voorgesteld in de inmiddels ingetrokken concept EG-richtlijn voor grensoverschrijdende verliezen.¹⁴² Uiteindelijk is hier toch niet voor gekozen, met als argument dat een hoge bezitseis gerechtvaardigd zou zijn vanuit de doelstelling van de fiscale eenheid: onderlinge resultatensaldering, ofwel horizontale verliescompensatie, en het buiten de heffing houden van resultaten op onderlinge transacties.¹⁴³ Volgens Kok (2005) is ook het neutraliteitsbeginsel een argument om vast te houden aan een hoge bezitseis. De belastingplichtigen hadden alleen bij een bezit van een 100%-belang hun onderneming kunnen concentreren in de moedermaatschappij, zonder dat het aandeelhoudersbestand op het niveau van de moedermaatschappij wijzigt.

Overigens is de hoogte van de bezitseis minder belangrijk, indien wordt uitgegaan van een materieel-economische benadering waarin deze eis slechts dient als weerlegbaar vermoeden van verbondenheid.

Op basis van het vorenstaande zou ik de contouren van de regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting als volgt willen schetsen:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van 95% van de stemrechten in een aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 95%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van 95% van de stemrechten.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit ver-

141. In dezelfde zin: M.L.M. van Kempen (1999) en S.A. Stevens, 'Naar een evenwichtige behandeling van verliezen', *WFR* 2005, p. 1503.

142. Concept EG-richtlijn (COM(90)595 def.) van 6 december 1990 inzake grensoverschrijdende verliesverrekening, *PbEG* 1991, C 53.

143. *Kamerstukken II* 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 14.

band tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten, tenzij aan deze instrumenten zodanige voorwaarden zijn verbonden dat moet worden aangenomen dat de aandeelhouder het stemrecht reeds heeft overgedragen.

- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, tellen niet mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In verband met de genoemde tegenbewijsmogelijkheid kunnen zij echter wel een rol spelen om aan te tonen dat er ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 95%-criterium, in feite toch een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend.

Op basis van bovenstaande materieel-economische benadering kan naar mijn mening beter worden gewaarborgd dat de regeling van de fiscale eenheid alleen van toepassing is in situaties waarin er in economisch opzicht sprake is van een concern. De hiervoor genoemde situaties die zich zouden kunnen voordoen na inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058), zouden dan fiscaal op een meer realistische wijze kunnen worden behandeld. Indien dan bijvoorbeeld aandelen zonder winstrecht, maar met stemrecht, zouden worden uitgegeven aan een derde, zou dit leiden tot verbreking van de fiscale eenheid. Onder het huidige regime zou de fiscale eenheid in een dergelijke situatie intact blijven, hetgeen naar mijn mening niet in overeenstemming is met de concerngedachte.

Afhankelijk van het oordeel van het Hof van Justitie EG dat zal volgen op de prejudiciële vragen van HR 11 juli 2008, nr. 43 484, *V-N* 2008/34.14, zou de fiscale eenheid een grensoverschrijdende werking kunnen krijgen. Naar mijn mening zouden buitenlandse verliezen dan echter pas ten laste van de Nederlandse winst moeten kunnen worden gebracht, indien vaststaat dat deze verliezen in het buitenland nooit meer verrekenbaar zullen zijn. De belastingplichtige zou in dit verband de bewijzen moeten aanvoeren, welke door de fiscus zouden moeten worden gecontroleerd op basis van informatie verkregen uit internationale inlichtingenuitwisseling.

7.3.16 'Uiteindelijke belang' in de zin van art. 20a lid 1 en 2 Wet VPB 1969

In art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 is een regeling opgenomen op grond waarvan verliezen van lichamen waarvan de bezittingen in belangrijke mate bestaan uit beleggingen, niet langer verrekenbaar zijn indien het 'uiteindelijke belang' in de belastingplichtige is gewijzigd. De regeling is niet van toepassing bij elke aandeelhouderswisseling, maar alleen in geval van een wisseling waardoor de uiteindelijke zeggenschap of gerechtigdheid in belangrijke mate, dat wil zeggen 30% of meer, wijzigt. Het begrip 'uiteindelijk belang' heeft in dit verband een antimisbruikfunctie c.q. een antiontgaansfunctie.

De bepaling van art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 is in principe ook van toepassing indien het 'uiteindelijke belang' voor 30% of meer wijzigt als gevolg van een interne aandeelhouderswisseling. In art. 20a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 is echter een disculpatiemogelijkheid opgenomen voor natuurlijke personen of rechtspersonen

die voorafgaand aan de aandeelhouderswisseling reeds een 'uiteindelijk belang' van ten minste 33⅓% in de belastingplichtige hadden. In dit kader vervult het begrip 'uiteindelijk belang' in feite een facilitaire functie.

Overigens is in art. 12a lid 1 Wet VPB 1969 een regeling opgenomen die de handel in vennootschappen met een herinvesteringsreserve tegengaat. Deze regeling is op dezelfde leest geschoeid als die van art. 20a lid 1 Wet VPB 1969. Dat wil zeggen, dat de herinvesteringsreserve ook verloren gaat indien het 'uiteindelijke belang' in de vennootschap voor 30% of meer wijzigt. Ook in deze bepaling heeft dit begrip een anti-misbruikfunctie c.q. een antiontgaansfunctie.

7.3.16.1 Wettelijke omschrijving

Art. 20a Wet VPB 1969 bedoelt dezelfde situaties te treffen als art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969.¹⁴⁴ Omdat met de introductie van art. 20a Wet VPB 1969 geen inhoudelijke wijziging is beoogd, is voor de wijziging van het uiteindelijke belang aangeknoopt bij het 30%-criterium. Art. 20 lid 5 Wet VPB 1969 was namelijk van toepassing in situaties waarin de winsten van de belastingplichtige niet meer 'hoofdzakelijk', dus voor ten minste 70%, ten goede komen aan de natuurlijke personen die aandeelhouder waren op het moment dat de onderneming van de belastingplichtige werd gestaakt.¹⁴⁵

Uiteindelijk belang

In het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de introductie van art. 20a Wet VPB 1969 werd niet gesproken over een wijziging van het 'uiteindelijke belang', maar van de 'uiteindelijke zeggenschap' en de 'uiteindelijke gerechtigdheid'. Men is overgestapt op de term 'belang', omdat de begrippen 'zeggenschap' en 'gerechtigdheid' in de praktijk voor onduidelijkheid zouden zorgen.¹⁴⁶ Kok merkt in dit verband op dat hiermee ten onrechte de indruk wordt gewekt dat het begrip 'belang' in de praktijk wel helder is.¹⁴⁷

Voor de uitleg van het begrip 'belang' moet volgens de Staatssecretaris van Financiën worden aangesloten bij andere bepalingen, zoals art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Ook is opgemerkt dat het begrip materieel moet worden getoetst.¹⁴⁸ Door het gebruik van de term 'belang' wordt voorkomen dat figuren worden gehanteerd die weliswaar in de vorm, maar niet in het resultaat afwijken van de situaties die in de

144. De regeling van art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 schoot tekort, omdat deze in de jurisprudentie niet van toepassing werd verklaard in alle situaties die de wetgever voor ogen had gehad.

145. In dit verband wijst E.J.W. Heithuis (2002) nog op een minuscuul verschil tussen de oude en de nieuwe regeling: een wijziging van precies 30% leidde onder art. 20 lid 5 (oud) Wet VPB 1969 nog niet tot niet-verrekenbaarheid van de verliezen, maar op basis van art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 wel. Uiteraard moeten hierbij ook de andere voorwaarden in acht worden genomen, zoals de activiteitentoets en de beleggingentoets.

146. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 209, nr. 7, p. 16.

147. Q.W.J.C.H. Kok, 'De beperking van verliesverrekening in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2001, p. 729.

148. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 209, nr. 7, p. 16.

wet zijn beschreven.¹⁴⁹ Met de toevoeging 'uiteindelijke' is bedoeld dat moet worden beoordeeld of het belang bij de achterliggende aandeelhouders is gewijzigd. Er moet daarom door tussengeschakelde vennootschappen worden heengekeken. Een overdracht van aandelen binnen concernverband leidt niet tot het vervallen van de compensabele verliezen, omdat het belang uiteindelijk niet zal zijn gewijzigd.

In het besluit van 6 mei 2008, nr. CPP2008/984M, V-N 2008/27.16, zijn de situaties waarin art. 20a Wet VPB 1969 van toepassing is, nader toegelicht. Volgens dit besluit zijn voor de vraag of sprake is van een wijziging van het uiteindelijke belang vooral zaken als zeggenschap, winstgerechtigdheid en winstverdeling relevant. In het besluit is onder meer bepaald dat bij omzetting van gewone aandelen in cumulatief preferente aandelen sprake kan zijn van een dergelijke wijziging. De omzetting van gewone aandelen in cumulatief preferente aandelen heeft immers gevolgen voor de winstgerechtigdheid en de winstverdeling, omdat de winst niet meer gelijkelijk wordt verdeeld over alle aandelen. Op basis hiervan zou de uitgifte van stemrechtloze aandelen als bedoeld in het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058) aan een derde waarschijnlijk ook moeten worden beschouwd als een wijziging van het uiteindelijke belang.

Overigens kan de belastingplichtige op basis van art. 20a lid 10 Wet VPB 1969 vooraf zekerheid krijgen over onder meer de vraag of er sprake is van een situatie waarin het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate wijzigt, of is gewijzigd.

Soort aandelen

Heithuis (2002) beschrijft dat niet duidelijk is hoe voor het begrip 'uiteindelijke belang' moet worden omgegaan met cumulatief preferente aandelen en prioriteitsaandelen. Hij meent dat het 'uiteindelijke belang' niet wijzigt indien een aandeelhouder zijn cumulatief preferente aandelen overdraagt aan de houder van gewone aandelen, maar merkt op dat dit niet zeker is.¹⁵⁰ Ik deel deze mening, omdat aan de cumulatief preferente aandelen geen extra zeggenschap is verbonden.

Een situatie waarin sprake is van converteerbare obligaties, waarbij de zeggenschap via prioriteitsaandelen geheel aan de obligatiehouder toekomt, zou volgens de Staatssecretaris van Financiën wel onder de reikwijdte van art. 20a Wet VPB 1969 vallen.¹⁵¹

Certificaten van aandeel

Volgens de staatssecretaris wordt de certificering van aandelen door middel van een stichting administratiekantoor niet als wijziging van het uiteindelijke belang aangemerkt.¹⁵² Deze behandeling wijkt af van die voor de fiscale eenheid, waarbij certificering wel tot een verlies van het belang leidt. In lijn hiermee merkt Heithuis op dat

149. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 209, nr. 6, p. 39.

150. In dezelfde zin: N.H. de Vries en R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, onderdeel 4.0.1.B.b3.

151. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 209, nr. 6, p. 39.

152. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 209, nr. 6, p. 39.

niet van belang is of de certificaten kunnen worden vereenzelvigd met de aandelen, zoals dat bijvoorbeeld is vereist voor de aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 2001. Omdat het begrip 'uiteindelijke belang' moet worden uitgelegd overeenkomstig de term 'belang' in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969, is het aannemelijk dat de overdracht van 30% of meer van de certificaten van aandeel ook tot niet-verrekenbaarheid van de verliezen leidt.¹⁵³ Deze benadering sluit aan bij de eerder genoemde 'fiduciare verhouding' tussen het administratiekantoor en de certificaathouders.

Economische eigendom

Zwemmer (1995) meent dat de overdracht van de economische eigendom van het belang reeds voldoende zal zijn om de verliezen te laten vervallen.

Optierechten

Heithuis acht het verdedigbaar dat bij het verlenen van een optie het 'uiteindelijke belang' overgaat, en dat dan de verliezen van de vennootschappen vervallen indien ook is voldaan aan de activiteitentoets en de beleggingentoets. Ten aanzien van art. 20a lid 5 (oud) Wet VPB 1969 is dit ook bevestigd in HR 28 november 1984, nr. 22 523, *BNB* 1985/113. Zwemmer (1995) meent echter dat ten aanzien van opties een onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie waarin het optierecht daadwerkelijk wordt uitgeoefend, en gevallen waarin geen gebruik wordt gemaakt van het recht. In de laatstgenoemde gevallen is er volgens hem geen sprake van de overgang van een belang. De visie van Zwemmer lijkt overigens bevestigd in de parlementaire geschiedenis, waarin is opgemerkt:¹⁵⁴

'Ook door een emissie of vervreemding van (certificaten van) aandelen aan het personeel in het kader van een personeelsoptieregeling kan de zeggenschap (eventueel via het stichting administratiekantoor) of de gerechtigdheid wijzigen.'

Bouwman en De Jong (2003) merken op dat hiermee wordt gesuggereerd dat de wijziging van het uiteindelijke belang pas optreedt op het moment dat de opties worden uitgeoefend. In het zogenoemde Falcons-arrest, HR 22 november 2002, nr. 36 272, *BNB* 2003/34, zijn echter aangrijpingspunten te vinden voor de stelling dat de optieverlening zelf al leidt tot een wijziging van het uiteindelijke belang.¹⁵⁵

Uiteindelijk belang bij interne aandeelhouderswisselingen

Art. 20a Wet VPB 1969 is in principe ook van toepassing indien het 'uiteindelijke belang' voor 30% of meer wijzigt als gevolg van een interne aandeelhouderswisseling.¹⁵⁶ In art. 20a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 is echter een disculpatiemogelijkheid opgenomen voor natuurlijke personen of rechtspersonen die voorafgaand aan de aandeelhouderswisseling al een 'uiteindelijk belang' van ten minste 33⅓% in de

153. N.H. de Vries en R.J. de Vries, a.w., onderdeel 4.0.1.B.b1.

154. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 209, nr. 6, p. 40.

155. In dezelfde zin: N.H. de Vries en R.J. de Vries, a.w., onderdeel 4.0.1.B.b4.

156. *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209, nr. 3, p. 12.

belastingplichtige hadden. Uit de parlementaire toelichting blijkt dat de grens is gelegd bij een 'ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang', dus conform art. 10a lid 4 Wet VPB 1969, om aan te geven dat de uitzondering alleen geldt voor een natuurlijk persoon of rechtspersoon die reeds zozeer bij de vennootschap is betrokken, dat het hem bij de uitbreiding van zijn deel meer zal gaan om de vergroting van zijn betrokkenheid dan om de vergroting van zijn mogelijkheden om te profiteren van de nog openstaande verliezen.¹⁵⁷ Naar mijn mening spreken Spanjersberg en Rambhadjan in dit verband terecht van een 'grove' uitwerking; volgens hen komen reële minderheidsparticipaties van minder dan een derde gedeelte ook vaak voor.¹⁵⁸

Hoewel in art. 20a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 dezelfde term 'uiteindelijk belang' wordt gehanteerd, moet deze op een andere wijze worden opgevat dan in art. 20a lid 1 Wet VPB 1969. In HR 22 september 2006, nr. 42 444, V-N 2006/49.16 is bevestigd dat voor de regeling van art. 20a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 niet hoeft te worden doorgekeken naar de achterliggende aandeelhouders. Bij de regeling voor interne aandeelhouderswisselingen gaat het volgens de wettekst namelijk om het uiteindelijke belang dat wordt gehouden door een natuurlijk persoon of een rechtspersoon. Art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 is hierdoor niet van toepassing in situaties waarin een vennootschap een belang van ten minste een derde gedeelte in de belastingplichtige hield, en dat belang uitbreidt.¹⁵⁹

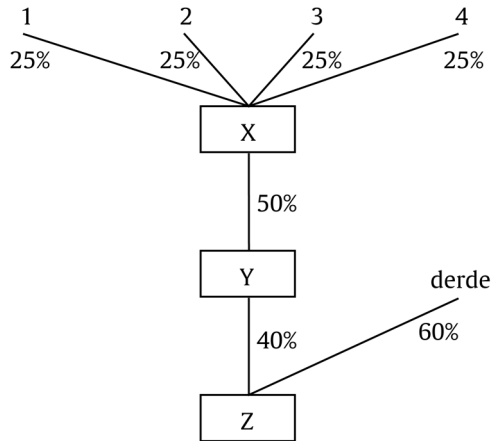
Gooijer merkt op dat HR 22 september 2006, nr. 42 444, V-N 2006/49.16, tot een zekere willekeur leidt.¹⁶⁰ Immers, indien de uiteindelijk belanghebbenden voorafgaand aan de uitbreiding van het belang ieder zelfstandig geen 33⅓%-belang hebben, zou de uitbreiding tot toepassing van art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 leiden. Door een vennootschap tussen te schuiven, zou nu kunnen worden bereikt dat gezamenlijk wel een 'uiteindelijk belang van ten minste een derde gedeelte' wordt gehouden, zodat de uitbreiding niet wordt geraakt door de toepassing van art. 20a lid 1 Wet VPB 1969. In de visie van de Staatssecretaris van Financiën zal een dergelijke structurering echter niet het gewenste resultaat hebben. In het besluit van 6 mei 2008, nr. CPP2008/984M, V-N 2008/27.16, stelt hij zich op het standpunt dat de disculpatiemogelijkheid van art. 20a lid 2 Wet VPB 1969 alleen van toepassing is indien in een keten van rechtspersonen de tophoudster een 'uiteindelijk belang' in de belastingplichtige heeft gehad. Dit wordt in het besluit onder meer toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld:

157. *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209, nr. 7, p. 16.

158. Chr. Spanjersberg en A.P.J.D. Rambhadjan, 'De nieuwe verliescompensatie: een toetsing van nieuwe toetsen', *WFR* 2001, p. 738.

159. Een dergelijke uitleg van art. 20a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 werd al verdedigd door E.J.W. Heithuis (2002).

160. J. Gooijer, 'Interne verhangingen onder art. 20a Wet VPB 1969: een ruime benadering', *WFR* 2006, p. 1203.



Vennootschap Y bezit 40% van de aandelen in verlieslichaam Z, en neemt de overige 60% over. Volgens de staatssecretaris is de disculpatiemogelijkheid in dit geval niet van toepassing, omdat de tophoudster X voorafgaand aan de aandeelhouderswisseling slechts een 'uiteindelijk belang' van 20% had. Weliswaar had Y wel een 40%-belang, maar die kan volgens het besluit niet als de 'uiteindelijke rechtspersoon' worden beschouwd.

Naar mijn mening is deze interpretatie in strijd met de wetsgeschiedenis en met het hiervoor genoemde arrest HR 22 september 2006, nr. 42 444, *V-N* 2006/49.16. De bepaling van art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 luidde namelijk oorspronkelijk als volgt:

'Een wijziging van de directe zeggenschap over dan wel de directe gerechtigdheid tot het vermogen van een dochtermaatschappij die behoort tot een concern in de zin van artikel 15b, eerste lid, onderdeel c, leidt niet tot toepassing van het eerste lid ingeval de dochtermaatschappij blijft behoren tot het concern waarvan zij deel uitmaakte voor die wijziging.'

Toen het begrip 'uiteindelijke belang' in art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 is geïntroduceerd ter vervanging van de termen 'uiteindelijke zeggenschap' en de 'uiteindelijke gerechtigdheid', is ook de tekst van lid 2 aangepast. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat hiermee geen beperking van de disculpatiemogelijkheid werd bedoeld: deze betreft nog steeds de hiervoor bedoelde interne aandeelhouderswisselingen.¹⁶¹ In dit verband merkt de Hoge Raad op:

'Deze passage moet kennelijk aldus worden begrepen dat niet werd beoogd een beperking aan te brengen ten opzichte van de met het oorspronkelijke tweede lid beoogde uitzondering. Het moet er daarom voor worden

161. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 209, nr. 7, p. 16.

gehouden dat ook bij de uitbreiding van het belang van een verbonden lichaam in een verliesvennootschap de uitzondering van artikel 20a, lid 2, aanhef en letter b, van de Wet van toepassing is, ook al heeft geen van de uiteindelijke aandeelhouders een belang van ten minste een derde in die verliesvennootschap. In een zodanig geval moet derhalve vanuit dat verbonden lichaam worden beoordeeld of artikel 20a, lid 2, aanhef en letter b, van de Wet van toepassing is.'

De vraag of de disculpatiemogelijkheid van toepassing is, moet dus volgens de Hoge Raad worden beoordeeld vanuit het verbonden lichaam dat haar belang in het verlieslichaam uitbreidt. In het geschetste voorbeeld is dit vennootschap Y, die voorafgaand reeds een belang hield van 40%. Naar mijn mening zou de bepaling van art. 20a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 dus wel van toepassing moeten zijn.

Overigens merkt de Hoge Raad ook op dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om recht te doen aan situaties waarin een verbonden lichaam haar belang uitbreidt, waarbij zij reeds zodanig is betrokken bij het verlieslichaam dat het haar meer zal gaan om de vergroting van de betrokkenheid dan om te profiteren van de nog openstaande verliezen. De opvatting dat vennootschap Y in het voorbeeld niet kwalificeert voor de disculpatiemogelijkheid omdat zij niet de tophoudster is, is ook in strijd met deze bedoeling.

7.3.16.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Omdat met het begrip 'belang' in het verbondenheidsbegrip van art. 20a Wet VPB 1969 de gelijknamige term in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 is bedoeld, wordt voor een vergelijking met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht verwezen naar paragraaf 7.3.7.

Op basis van de wettekst van art. 20a Wet VPB 1969 wordt voor de aanwezigheid van het 'uiteindelijke belang' in beginsel geen rekening gehouden met belangen die worden gehouden door nauw verbonden personen. Een vergelijking met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht is daarom niet mogelijk.

7.3.16.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Voor de beoordeling van de rechtsvormneutraliteit van het begrip 'uiteindelijk belang' wordt eveneens verwezen naar paragraaf 7.3.7.

Wat betreft de neutraliteit ten aanzien van de samenlevingsvorm geldt een bijzondere goedkeuring voor de toepassing van de disculpatiemogelijkheid van art. 20a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969. In verband met deze bepaling is in het besluit van 6 mei 2008, nr. CPP2008/984M, V-N 2008/27.16, goedgekeurd dat aandelen die behoren tot een huwelijksgemeenschap, tot hetzelfde 'uiteindelijke belang' worden gerekend. Dat wil zeggen, dat in deze situaties niet naar het 'uiteindelijke belang' van iedere aandeelhouder afzonderlijk wordt gekeken.

De goedkeuring geldt niet indien de echtgenoten buiten gemeenschap van goederen zijn getrouwd. In de redenering van de staatssecretaris kiezen zij er dan voor om hun vermogen zowel juridisch als economisch niet als een eenheid te behandelen. Naar mijn mening is er in dit opzicht geen sprake van neutraliteit.

Hoewel dit niet met zoveel woorden is genoemd, ga ik ervan uit dat de goedkeuring wel geldt voor geregistreerde partners, indien zij ook hebben gekozen voor een wettelijke gemeenschap van goederen.

Aangezien de disculpatiemogelijkheid van art. 20a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 een faciliteit is, past het naar mijn mening niet om hierbij het onduidelijke begrip 'belang' te hanteren. Een dergelijke open norm hoort naar mijn mening bij een begrip met een antimisbruikfunctie of een antiontgangsfunctie. In verband met de facilitaire functie kan naar mijn mening een scherpere norm worden gehanteerd, waarbij uiteraard wel moet worden bewaakt dat de disculpatiemogelijkheid alleen geldt in situaties waarin materieel-economisch sprake is van een concern.

7.3.16.4 *Aanbevelingen*

Naar mijn mening kan in de regeling van art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 uit een oogpunt van uniformiteit evengoed de grens van een 33 $\frac{1}{3}$ %-belang van art. 10a lid 4 Wet VPB worden gebruikt. Vooral nu met het begrip 'belang' precies hetzelfde wordt bedoeld. De term 'belang' zou nog wel moeten worden verduidelijkt aan de hand van de contouren, zoals geschetst in paragraaf 7.3.7. Hieraan zou ik nog willen toevoegen dat het gaat om het 'uiteindelijke belang'. De volledige contourenschets van het begrip 'belang' zou dan als volgt luiden:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat overheersende zeggenschap en een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam. Niet alleen een aandelenbelang vormt een 'belang', maar ook andere rechten, zoals zeggenschapsrechten en schuldeisersbelangen, en deelname aan de leiding.
- Ten aanzien van een aandelenvennootschap wordt een 'belang' aanwezig geacht bij het bezit van 33 $\frac{1}{3}$ % van de aandelen in het geplaatste kapitaal en de daaraan verbonden stemrechten.
- Hierbij gaat het om het daadwerkelijke 'belang', zoals is toegelicht met betrekking tot art. 4 lid 3 WBR. Dat wil zeggen, dat een aandelenbezit dat economisch kan worden gelijkgesteld met een geldlening, zoals preferente aandelen of aandelen zonder stemrecht, geen 'belang' vormt. Een aandelenbezit van minder dan 33 $\frac{1}{3}$ % kan echter toch een 'belang' zijn, indien aan deze aandelen ten minste een derde gedeelte van de zeggenschap is verbonden.
- Voorts gaat het om het 'uiteindelijke belang', ofwel het belang dat op proportionele basis wordt gehouden door een natuurlijk persoon of lichaam.
- De belangen gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel', kinderen en kinderen van de levensgezel worden meegeteld bij de beoordeling van het verbondenheidsvermoeden.

- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten.
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, kunnen zelf ook een ‘belang’ vormen en tellen als zodanig eveneens mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden.
- Bovengenoemde veronderstelling van de aanwezigheid van een ‘belang’ op basis van een aandelenbezit dient om duidelijkheid te bieden in ‘standaardsituaties’ ten aanzien van aandelenvennootschappen, waarin bijvoorbeeld geen sprake is van zeggenschap op basis van overeenkomsten en alleen een aandelenband bestaat. In verband met de antiontgaansfunctie staat de feitelijke, materieel-economische benadering echter voorop. In gevallen die afwijken van de standaard situaties, bijvoorbeeld omdat sprake is van een vennootschap zonder een in aandelen verdeeld kapitaal, of omdat er krachtens een managementovereenkomst feitelijke zeggenschap en beleidsbepalende invloed kan worden uitgeoefend zonder dat er een aandelenband is, kan ook een ‘belang’ bestaan.
- Belastingplichtigen krijgen de mogelijkheid om de fiscus vooraf zekerheid te vragen over de aanwezigheid van een ‘belang’ en verbondenheid.

Voor de disculpatiemogelijkheid van art. 20a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 zou ik aansluiting willen zoeken bij het eerder genoemde concernbegrip dat ik in paragraaf 7.3.3 heb geschetst voor de afschrijvingsfaciliteit van art. 8 lid 6a onderdeel a Wet VPB 1969.

Er zou dan een scherpere norm worden gehanteerd die voor belastingplichtigen meer duidelijkheid biedt, terwijl de materieel-economische benadering zou worden gehandhaafd.

7.3.17 Aandeelhouderseisen en andere verbondenheidsbegrippen in art. 28 Wet VPB 1969

Art. 28 Wet VPB 1969 bevat een bijzondere regeling voor de ‘fiscale beleggingsinstelling’ (fbi), op grond waarvan deze onder voorwaarden is onderworpen aan een belastingtarief van 0%. Deze voorwaarden zijn opgenomen in art. 28 lid 2 Wet VPB 1969. De verkrijging en het behoud van de status van fbi is onder meer afhankelijk van de samenstelling van de groep van aandeelhouders in het lichaam. Hierbij gelden verschillende regels voor beleggingsinstellingen met een vergunning als bedoeld in de Wft, en instellingen zonder een Wft-vergunning.

Een aantal verbondenheidsbegrippen in de regeling van art. 28 Wet VPB 1969 hangt samen met het tegengaan van de ‘concern-fbi’. In de eerste plaats is dat de bepaling van art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969 op grond waarvan bij ‘Wft-fbi’s’ maximaal 45% van de aandelen mag berusten bij ‘winstgenietende aandeelhou-

ders'.¹⁶² Een tweede verbondenheidsbegrip kan worden gevonden in art. 28 lid 2 onderdeel d onder 2° Wet VPB 1969. Hierin is ten aanzien van fbi's zonder Wft-vergunning bepaald, dat ten minste 75% van de aandelen moet worden gehouden door natuurlijke personen of lichamen die niet zijn onderworpen aan de heffing aan een winstbelasting. Deze begrippen hebben een antiontgaansfunctie c.q. een antimisbruikfunctie.

Artikel 13a lid 1 Wet VPB 1969 bevat een derde verbondenheidsbegrip, op basis waarvan een belang van 25% of meer in een fbi moet worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Tot 1 januari 2007 was deze bepaling opgenomen in art. 28 lid 4 Wet VPB 1969 en in art. 28b lid 1 Wet VPB 1969. Ook het verbondenheidsbegrip van 13a lid 1 Wet VPB 1969 heeft een antiontgaansfunctie c.q. een antimisbruikfunctie.

7.3.17.1 *Wettelijke omschrijving*

Hierna wordt nader ingegaan op de hiervoor genoemde verbondenheidsbegrippen in de regeling van art. 28 Wet VPB 1969, alsmede op een aantal andere begrippen.

45%-toets van art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969

Voor een fbi met een Wft-vergunning geldt op grond van art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969 dat de aandelen niet voor 45% of meer in handen zijn van een ander zodanig lichaam, 'dan wel bij twee of meer zodanige lichamen welke met elkaar zijn verbonden ... waarbij mede in aanmerking worden genomen de aandelen of de bewijzen van deelgerechtigdheid op grond waarvan vorenbedoelde lichamen al dan niet krachtens overeenkomst met andere stemgerechtigden in de algemene vergadering van aandeelhouders stemrechten kunnen uitoefenen'.

Met de 45% aandeelhouderstoets is bedoeld dat een 'Wft-fbi' onafhankelijk moet zijn van het beleid van de moedermaatschappij. Het gaat hier dus om een concernbegrip. In de wettekst wordt gesproken over 45% van het totaal aantal aandelen. Dit moet worden opgevat als 45% van het totaal gestort nominaal kapitaal.¹⁶³ Onder 'aandelen' moeten ook certificaten van aandeel worden verstaan. Voorts geldt dat de 45%-toets van toepassing blijft indien een tijdelijk vruchtgebruik wordt gevestigd op de aandelen.

Art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969 bepaalt niet dat de 45%-toets ziet op elke soort aandelen. Er geldt dus geen soortaandelenbenadering zoals in de aanmerkelijkbelangregeling en de regeling van de fiscale eenheid. De Staatssecretaris van Financiën heeft tijdens de parlementaire behandeling wel gesproken over een situatie waarin soortaandelen ertoe kunnen leiden dat geen sprake meer is van een gelijke verdeling van de winst over de verschillende soorten aandelen, maar een soortaandelenbenadering werd niet nodig geacht.

Behalve de 45%-toets, kunnen in art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969 nog twee verbondenheidsbegrippen worden herkend. In de eerste plaats wordt voor de

162. N.H. de Vries en R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, onderdeel 7.0.1.B.b6.II.

163. *Kamerstukken I 1989/90*, 20 701, nr. 78f, p. 2 en 3.

45%-toets ook gekeken naar aandelen die worden gehouden door een verbonden lichaam, waarbij dat begrip als zodanig overigens niet wordt gebruikt. Dat is opmerkelijk, omdat de definitie van 'verbonden lichaam' op basis van de tekst van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 ook geldt voor art. 28 Wet VPB 1969. In art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969 wordt gesproken over 'twee of meer lichamen die met elkaar zijn verbonden'. In de oorspronkelijke wettekst was hieraan toegevoegd 'als bedoeld in artikel 13b'. Aangenomen mag worden dat in art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969 het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 is bedoeld.¹⁶⁴

Het tweede begrip staat in het slot van art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969, en gaat uit van een 45%-belang dat is gebaseerd op de aanwezigheid van een stemovereenkomst.

75%-toets van art. 28 lid 2 onderdeel d onder 2° Wet VPB 1969

In art. 28 lid 2 onderdeel d onder 2° Wet VPB 1969 is bepaald dat van fbi's zonder Wft-vergunning, ten minste 75% van de aandelen moet worden gehouden door natuurlijke personen of lichamen die niet zijn onderworpen aan de heffing van een winstbelasting. Ook deze maatregel is bedoeld om 'concern-bi's' tegen te gaan.

Bongaarts en Essers (1993) beschrijven dat de wetgever eigenlijk voor ogen had dat 100% van de aandelen in handen zou moeten zijn van belastingplichtigen die onder de heffing van inkomstenbelasting vallen. Echter, een 100%-eis had als nadeel dat het feit dat er één aandeel bij een rechtspersoon zou worden geplaatst, reeds tot verlies van de fbi-status zou leiden. Om die reden is de grens op 75% gesteld. De uitwerking doet hiermee enigszins af aan het groepsbegrip dat in art. 28 lid 2 onderdeel d onder 2° Wet VPB 1969 is bedoeld. Echter, dit neemt naar mijn mening niet weg, dat de achtergrond van de bepaling wel duidelijk wijst in het uitsluiten van de 'concern-fbi', en dat ook hier sprake is van een verbondenheidsbegrip.

25%-toets van art. 13a lid 1 Wet VPB 1969

Vanaf 2007 is in art. 13a lid 1 Wet VPB 1969 een algemene herwaarderingsverplichting voor laagbelaste beleggingsdeelnemingen opgenomen. Tegelijkertijd zijn de bepalingen van art. 28 lid 4 tot en met 6 (oud) en art. 28b (oud) Wet VPB 1969 vervallen.

In art. 28 lid 4 (oud) Wet VPB 1969 was een waarderingsvoorschrift opgenomen voor 25%-aandelenpakketten in een beursgenoteerde fbi. Deze pakketten moesten bij een lichaam-aandeelhouder worden gewaardeerd op de marktwaarde. Hierbij ging het om 'een vierde gedeelte of meer van de aandelen'. De bepaling was bedoeld om te voorkomen dat ondernemingen, door hun beleggingen indirect te houden door middel van een beursgenoteerde fbi, er een herbeleggingsreserve op nahouden.¹⁶⁵ Hierdoor zou onbedoeld van de mogelijkheid kunnen worden geprofiteerd om de belastingheffing over koerswinsten uit te stellen. Voor de 25%-grens telden ook de aandelen mee die in het bezit waren van een met de belastingplichtige 'verbonden lichaam'.

164. In dezelfde zin: N.H. de Vries en R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, onderdeel 7.0.1.B.b6.II(a).

165. *Kamerstukken II 1989/90*, 20 701, nr. 10, p. 4 en 6.

Art. 28b lid 1 (oud) Wet VPB 1969 kende ten aanzien van belangen in buitenlandse beleggingsinstellingen een vergelijkbaar waarderingsvoorschrift als art. 28 lid 4 (oud) Wet VPB 1969. De strekking van deze bepaling was om belangen in een buitenlandse beleggingsmaatschappij die vergelijkbaar zijn met de belangen in een Nederlandse beursgenoteerde fbi als bedoeld in art. 28 lid 4 (oud) Wet VPB 1969, zoveel mogelijk gelijk te behandelen.¹⁶⁶ In dit verband was het opmerkelijk dat in art. 28b lid 1 (oud) Wet VPB 1969 niet werd gesproken over 'een vierde gedeelte of meer van de aandelen' zoals in art. 28 lid 4 (oud) Wet VPB 1969, maar bij de term 'een vierde gedeelte of meer van het belang' (cursivering RZ). Het verschil was echter niet toegelicht. Omdat in het huidige art. 13a lid 1 Wet VPB 1969 eveneens wordt aangeknoopt bij een 'belang van 25% of meer in een lichaam', is de reikwijdte van het waarderingsvoorschrift voor belangen in fbi's in feite vergroot. Immers, in art. 28 lid 4 tot en met 6 (oud) en art. 28b (oud) Wet VPB 1969 ging het alleen om 'een vierde gedeelte of meer van de aandelen'.

In art. 13a lid 3 Wet VPB 1969 is een vergelijkbare bepaling als art. 28 lid 6 (oud) en art. 28b lid 3 (oud) Wet VPB 1969 opgenomen, op grond waarvan preferente aandelen niet meetellen bij de beoordeling van de 25%-belangtoets.

25%-toetsen van art. 28 lid 2 onderdeel c onder 1° en onderdeel e Wet VPB 1969

Naast de hiervoor genoemde 25%-toets van art. 13a lid 1 Wet VPB 1969, zijn in art. 28 lid 2 onderdeel c onder 1° en onderdeel e Wet VPB 1969 eveneens bepalingen opgenomen die uitgaan van het bezit van 'een vierde gedeelte of meer van het belang'.

In art. 28 lid 2 onderdeel c onder 1° Wet VPB 1969 is bepaald dat een natuurlijk persoon, ongeacht de vraag of deze in Nederland woont of in het buitenland, geen belang van 25% of meer in een fbi mag houden. Uit de parlementaire toelichting blijkt dat het 25%-criterium is gekozen, omdat voor beursgenoteerde fbi's met een veranderlijk kapitaal bij een participatie van ten minste 25% een meldingsplicht bestond ingevolge de Wet melding zeggenschap, welke is opgegaan in de Wft.¹⁶⁷

Het bezit van 'een vierde gedeelte of meer van het belang' is in art. 28 lid 2 onderdeel e Wet VPB 1969 gebruikt om te voorkomen dat door het tussenschuiven van een buitenlandse holdingmaatschappij, de doorgeschoven fiscale claim op de uitgedeelde winst van de fbi wordt gefrustreerd. Daarbij is met name gedacht aan een tussengeschoven lichaam in een laagbelastend land.¹⁶⁸ Indien het belang bij de fbi, via buitenlandse aandelenvennootschappen, voor een kwart of meer berust bij in Nederland gevestigde lichamen, gaat de fbi status verloren. Het gaat hierbij niet om een 25% belang dat door één persoon wordt gehouden, maar ook om een gezamenlijk belang van 25% dat wordt gehouden door verschillende personen. Ten aanzien van deze toets moet daarom worden geconcludeerd, dat deze niet duidt op verbondenheid.

166. Verslag Vaste Commissie voor Financiën van 4 december 1989, UCV 4, p. 4-20.

167. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3, p. 35.

168. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3, p. 35.

In het verzamelbesluit beleggingsinstellingen van 30 januari 2006, nr. CPP2005/1675M, V-N 2006/11.20 is beleid opgenomen met betrekking tot het begrip 'belang' zoals bedoeld in art. 28 lid 2 onderdeel d, e en g (thans: art. 28 lid 2 onderdeel c onder 1° en onderdeel e) Wet VPB 1969. Daarbij is onder meer verduidelijkt dat het om een direct belang dient te gaan. Volgens de Staatssecretaris van Financiën is ook dit begrip 'belang' ruimer dan alleen de aandeelhoudersrelatie. Volgens hem heeft ook een vruchtgebruiker direct belang bij een lichaam, omdat aan hem de inkomsten uit de aandelen waarop het recht van vruchtgebruik rust, toekomen. Voorts blijkt uit de parlementaire behandeling dat aan een participatie door middel van certificaten dezelfde consequenties verbonden moeten zijn als aan een participatie door aandelen.¹⁶⁹

Aanmerkelijkbelangtoets van art. 28 lid 2 onderdeel d onder 1° Wet VPB 1969

Ten aanzien van een aandeelhouder/natuurlijk persoon bepaalt art. 28 lid 2 onderdeel d onder 1° Wet VPB 1969 dat er bij een fbi zonder Wft-vergunning geen aanmerkelijkbelanghouder mag zijn. Dit kan worden beschouwd als een afzonderlijk verbondenheidsbegrip binnen de regeling van art. 28 Wet VPB 1969. Hiermee wordt arbitrage tussen box 2 en box 3 van de Wet IB 2001, door middel van een fbi, voorkomen. Het regime voor fbi's is bedoeld voor kleine, particuliere beleggers, zodat zij door middel van schaalvergroting samen met andere beleggers een beter rendement kunnen behalen. Volgens de Staatssecretaris van Financiën is het regime niet bedoeld om particulieren in staat te stellen om als grootaandeelhouder zelf op bedrijfsmatige wijze vermogen te beleggen. Het element van schaalvergroting is in dat geval niet aan de orde.¹⁷⁰ Indien de fbi beschikt over een Wft-vergunning geldt het aanmerkelijkbelangverbod niet, maar geldt de 25% belangeis van art. 28 lid 2 onderdeel c onder 1° Wet VPB 1969.

Bestuurders- en commissarissentoets van art. 28 lid 2 onderdeel f Wet VPB 1969

Verbondenheid speelt ook een rol in art. 28 lid 2 onderdeel f Wet VPB 1969. Het gaat hierbij om de voorwaarde dat er geen personele unie mag bestaan tussen de directie of de RvC van de fbi en een aandeelhouder/lichaam bij wie al dan niet samen met een verbonden lichaam, ten minste één vierde gedeelte of meer van de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in het lichaam berust. Het bestuur en de RvC van beide lichamen moeten dus onafhankelijk zijn. Over de achtergrond van de bepaling is alleen bekend dat zij moet voorkomen dat een bestuurder of een commissaris van de beleggingsinstelling banden onderhoudt met lichamen die 25% of meer van de aandelen in de beleggingsinstelling houden.

Ik merk nog op dat in art. 28 lid 2 onderdeel f Wet VPB 1969 een afzonderlijk verbondenheidsbegrip is opgenomen. Tot 1 januari 2007 werd in deze bepaling verwezen naar art. 28 lid 4 (oud) Wet VPB 1969. Omdat laatstgenoemde bepaling met ingang van 2007 is vervallen, wordt in art. 28 lid 2 onderdeel f Wet VPB 1969 uitgegaan van 'een ander lichaam bij wie al dan niet samen met een verbonden lichaam ten minste één vierde gedeelte of meer berust van de aandelen of bewijzen van deel-

169. Kamerstukken II 1989/90, 20 701, nr. 9, p. 18.

170. Kamerstukken II 2000/01, 27 466, nr. A, punt 9, en Kamerstukken II 2000/01, 27 466, nr. 3, p. 4.

gerechtigheid in het lichaam'. Naar mijn mening had hier evengoed kunnen worden verwezen naar een lichaam als bedoeld in art. 13a lid 1 Wet VPB 1969. Deze bepaling is immers in de plaats gekomen van onder meer art. 28 lid 4 (oud) Wet VPB 1969, en gaat ook uit van een 'belang van 25% of meer'.

Vrijgestelde beleggingsinstelling

Op 1 augustus 2007 is de wet 'Vrijgestelde beleggingsinstellingen' in werking getreden.¹⁷¹ Op basis hiervan is naast het huidige regime voor fbi's een subjectieve vrijstelling voor beleggingsinstellingen geïntroduceerd in art. 6a Wet VPB 1969. De 'vrijgestelde beleggingsinstelling' (vbi) is bedoeld om de internationale concurrentiepositie van Nederlandse beleggingsinstellingen te versterken. In de regeling van de vbi wordt eveneens aangeknoopt bij de voorwaarden van de Wft.

Anders dan bij de regeling voor de fbi, worden ten aanzien van de vbi geen eisen gesteld ten aanzien van de hoedanigheid van de aandeelhouders. In art. 6a Wet VPB 1969 ontbreken daarom verbondenheidsbegrippen zoals in art. 28 Wet VPB 1969. De Staatssecretaris van Financiën heeft wel opgemerkt dat een NV met één aandeelhouder niet in aanmerking komt voor het regime van vbi, omdat er geen sprake is van het ter collectieve belegging bijeenbrengen van vermogen.¹⁷² Daarbij is volgens hem de verdeling van het aandelenkapitaal in de vbi niet relevant. De staatssecretaris acht het zelfs niet uitgesloten dat een NV met twee aandeelhouders waarvan er één 99% bezit, en de andere 1%, als vbi kan worden aangemerkt.¹⁷³ Ik vraag mij echter af of de vbi-status nog steeds zou moeten worden verleend indien de aandelen die onderdeel zijn van het 1%-pakket, preferente aandelen zijn of certificaten van aandeel.¹⁷⁴ Voor de uitvoeringspraktijk was het duidelijker geweest indien dergelijke aspecten meer aandacht zouden hebben gekregen. Waarschijnlijk moet de verklaring hiervan worden gevonden in de bekentenis van de Minister van Financiën tijdens de parlementaire behandeling, dat aan het wetsvoorstel geen diepgravende studie ten grondslag heeft gelegen, omdat snel moest worden gereageerd op het dreigende vertrek van beleggingsfondsen uit Nederland.¹⁷⁵ Overigens is nadien in het besluit van 10 maart 2008, nr. CPP2008/291M, V-N 2008/14.16, verduidelijkt dat de vbi-status niet zonder meer zal worden verleend aan beleggingsvennootschappen van individuele beleggers, waarin enkele andere aandeelhouders, bijvoorbeeld vanuit de familiekring, toetreden. Vanuit het perspectief van de overheersende aandeelhouder is dan wellicht geen sprake van collectief, maar van individueel vermogensbeheer.

Bartel acht het een gemis dat bij het wetsvoorstel 'Vrijgestelde beleggingsinstellingen' niet de gelegenheid te baat is genomen om het regime voor fbi's te herijken,

171. Wet van 21 juli 2007, houdende wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enkele andere belastingwetten in verband met de introductie van een regeling voor vrijgestelde beleggingsinstellingen en een aanpassing van de eisen voor beleggingsinstellingen met uitdelingsverplichtingen, *Stb.* 2007, 269.

172. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 533, nr. D, p. 1, en *Kamerstukken I* 2006/07, 30 533, nr. E, p. 1.

173. *Handelingen I* 2006/07, nr. 38, p. 1245.

174. In dezelfde zin: B.S.R. Kuijper, 'De vrijgestelde beleggingsinstelling', *FED* 2007/64.

175. *Handelingen II* 2006/07, nr. 42, p. 2472.

zodat voor beide regimes zoveel mogelijk gelijkkluidende voorwaarden zouden bestaan.¹⁷⁶ Hij concludeert dat het mogelijk is om een belastingstelsel te ontwikkelen met vbi's en fbi's waarbij gelijke voorwaarden gelden voor onder meer het aandeelhouderschap en de positie van aanmerkelijkbelanghouders. De Staatssecretaris van Financiën heeft dit echter afgedaan met de opmerking dat het wetsvoorstel niet is beoogd om de bestaande regeling voor fbi's te herzien, maar om het Nederlandse vestigingsklimaat voor de sector te verbeteren.¹⁷⁷

7.3.17.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Voor zover de verbondenheidsbegrippen in art. 28 Wet VPB 1969 zijn gebaseerd op het begrip 'belang', verwijs ik naar paragraaf 7.3.7 voor de vergelijking van deze term met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht.

In tegenstelling tot veel andere fiscale verbondenheidsbegrippen speelt organisatorische verbondenheid een sleutelrol bij de bestuurders- en commissarissentoets in art. 28 lid 2 onderdeel f Wet VPB 1969. Dit sluit goed aan bij de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht.

7.3.17.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

In paragraaf 7.3.7 heb ik opgemerkt dat de term 'belang' een rechtsvormneutrale betekenis heeft. Voor zover de 'verbondenheid' in art. 28 Wet VPB 1969 is gebaseerd op het bezit van aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid, is geen sprake van volledige neutraliteit: het fbi regime staat op basis van art. 28 lid 2 aanhef Wet VPB 1969 immers open voor een in Nederland gevestigde NV, BV of FGR, maar niet voor een open CV. De bestuurders- en commissarissentoets lijkt eveneens rechtsvormneutraal.

Op basis van de antiontgaansfunctie c.q. de antimisbruikfunctie van de begrippen in art. 28 Wet VPB 1969 zijn open normen naar mijn mening gepast. De thans gehanteerde begrippen lijken echter wel te kunnen worden geüniformeerd met vergelijkbare begrippen die dezelfde functies hebben.

7.3.17.4 *Aanbevelingen*

Art. 28 Wet VPB 1969 zou naar mijn mening op een aantal punten kunnen worden verduidelijkt. In de eerste plaats zou in art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969 in plaats van de tekst 'twee of meer lichamen die met elkaar zijn verbonden', kunnen worden verwezen naar het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Voorts zou de 25%-toets van art. 28 lid 2 onderdeel c onder 1° Wet VPB 1969, op grond waarvan een natuurlijke persoon geen belang van 25% of meer in de fbi mag houden, kunnen worden vervangen door een verwijzing naar het

176. J.C.K.W. Bartel, 'Beleggingsinstellingen', *NtFR* 2006/990.

177. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 533, nr. C, p. 6.

begrip 'verbonden natuurlijk persoon' zoals omschreven in art. 10a lid 5 Wet VPB 1969. Voor het 25%-criterium dat geldt voor de bestuurders- en commissarissentoets van art. 28 lid 2 onderdeel f Wet VPB 1969 zou ook het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 als uitgangspunt kunnen dienen.

Wellicht zouden ook de 45%-toets en de 75%-toets van art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° en onderdeel d onder 2° Wet VPB 1969 kunnen worden vervangen door een meer algemeen verbondenheidscriterium dat bijvoorbeeld is gebaseerd op een 'belang' van 33⅓%. De 25%-toetsen in art. 28 lid 2 onderdeel c ten eerste en onderdeel e Wet VPB 1969 zouden dan ook door een dergelijk criterium kunnen worden vervangen. Voor het verbondenheidsbegrip van art. 13a lid 1 Wet VPB 1969 zou dan ook kunnen worden aangesloten bij het begrip 'een derde gedeelte belang' van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.

Daarbij zou de bestuurders- en commissarissentoets van art. 28 lid 2 onderdeel f Wet VPB 1969 overbodig zijn, mits onder 'belang' voortaan ook de deelname in de leiding zou worden verstaan.

7.4 **Conclusie**

In de Wet VPB 1969 zijn enkele tientallen verschillende, wettelijk omschreven begrippen van verbondenheid opgenomen. Net als voor de inkomstenbelasting geldt dat deze begrippen niet zonder meer met elkaar kunnen worden vergeleken, omdat de functie verschilt en omdat bepaalde begrippen zien op de relatie tussen natuurlijke personen, terwijl andere zijn gericht op de gelieerdheid met een lichaam. Naast de definities van verbondenheidsbegrippen in de Wet VPB 1969 is voor de vennootschapsbelasting nog een aantal thema's en regelingen relevant, waarin de gelieerdheid niet wettelijk is omschreven. Te denken valt aan het onderscheid tussen transparante en non-transparante samenwerkingsverbanden en de behandeling van de 'vaste inrichting'.

In dit hoofdstuk zijn de wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen in de Wet VPB 1969 geanalyseerd. De conclusies die uit deze analyse kunnen worden getrokken, zijn samengevat in het volgende schema:

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| 'Aandeelhouders', 'deelnemers' of 'leden' en 'bestuurders' in de zin van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 | Bedrijven, waarvan de aandeelhouders, deelnemers of leden uitsluitend bestaan uit Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen; Lichamen waarvan de bestuurders uitsluitend door Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen worden benoemd en ontslagen, en waarvan het vermogen bij liquidatie uitsluitend ter beschikking van Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen | F | +/- | + | + | - | Verduidelijking eenheidgedachte: <ul style="list-style-type: none"> - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 100% van de stemrechten in een aandelenvennootschap; - Stemrechten verbonden aan aandelen waarop alternatieve bezitsvormen rusten (certificaten van aandeel, pandrecht, vruchtgebruik, financiële instrumenten) tellen mee bij beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de aandeelhouder; - Deze alternatieve bezitsvormen tellen niet mee bij de houder ervan |
| 'Belang' in de zin van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 | | V en AO | | + | +/- | - | Aansluiting bij het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| 'Groep' in de zin van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 | 'Groep' in de zin van art. 2:24b BW | V en AO | + | + | +/- | - | Aansluiting bij het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 |
| 'Directiepersoneel' in de zin van art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 | Bezit van ten minste 10% van de aandelen in een aandelenvennootschap door een directeur-groootaandeelhouder, zijn echtgenoot, geregistreerd partner, en de partner met wie ongehuwd wordt samengeleefd, alsmede bloed- of aanverwanten | AO | - | + | - | - | Aansluiting bij het begrip 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 5 Wet VPB 1969 |
| 'Verbonden lichaam' in de zin van art. 8 lid 6a onderdeel a Wet VPB 1969 | 'Verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 en 6 Wet VPB | F | - | + | - | - | <p>Onderscheid tussen begrip 'verbonden lichaam' met een antiontgaansfunctie als bedoeld in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 en begrip 'concern' met een facilitaire functie:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 50% van de stemrechten in een aandelenvennootschap; |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|---|----------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| | | | | | | | <ul style="list-style-type: none"> - Belangen gehouden door de 'partner' en kinderen tellen mee bij de beoordeling van het bedoelde vermoeden; - Stemrechten verbonden aan aandelen waarop alternatieve bezitsvormen rusten (certificaten van aandeel, pandrecht, vruchtgebruik, financiële instrumenten) tellen mee bij beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de aandeelhouder; - Deze alternatieve bezitsvormen tellen niet mee bij de houder ervan |
| <p>'Verbonden persoon' in de zin van art. 8 lid 6a onderdeel b Wet VPB 1969</p> | <p>Vennootschap waarin de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon een 'aanmerkelijk belang' heeft</p> | <p>F</p> | <p>-</p> | <p>+/-</p> | <p>-</p> | <p>-</p> | <p>Onderscheid tussen begrip 'verbonden natuurlijk persoon' met een antiontgaansfunctie als bedoeld in art. 10a lid 5 Wet VPB 1969 en begrip 'concern' met een facilitaire functie</p> |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| 'Aandeelhouder voor ten minste een derde gedeelte van het nominaal gestorte kapitaal' in de zin van art. 8 lid 8 onderdelen b en c Wet VPB 1969 | Bezit van ten minste 33⅓% van het nominaal gestorte kapitaal in een aandelenvennootschap | AM | - | - | - | - | Aansluiting bij begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969 |
| 'Deelname aan de leiding, het toezicht, of het kapitaal' in de zin van art. 8b lid 1 en 2 Wet VPB 1969 | Deelname aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam | AM | + | + | + | - | Aansluiting bij begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 |
| 'Concern' in de zin van art. 8c lid 4 Wet VPB 1969 | Belastingplichtige samen met 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' zoals bedoeld in art. 10a lid 4 tot en met 6 Wet VPB 1969 | F | - | + | - | - | Aansluiting bij begrip 'concern' |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|---|-----------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| <p>'Verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969</p> | <p>Bezit van ten minste een derde gedeelte 'belang' in een lichaam; Belang van echtgenoot en geregistreerd partner en ongehuwde en niet-geregistreerde partner telt mee; Neerwaartse, opwaartse en zijwaartse verbondenheid</p> | <p>AO</p> | <p>-</p> | <p>+</p> | <p>-</p> | <p>-</p> | <p>Uniforme uitleg 'belang':</p> <ul style="list-style-type: none"> - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 33⅓% van de stemrechten in een aandelenvennootschap; - Daadwerkelijke 'belang'; - Belangen gehouden door de echtgenoot, de geregistreerd partner en iedere andere 'levensgezel', kinderen en kinderen van de levensgezel worden meegeteld; - Stemrechten verbonden aan aandelen waarop alternatieve bezitsvormen rusten (certificaten van aandeel, pandrecht, vruchtgebruik, financiële instrumenten) tellen mee bij beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de aandeelhouder; - Deze alternatieve bezitsvormen tellen ook mee bij de beoordeling van het |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| | | | | | | | verbondenheidsvermoeden van de houder ervan; - Mogelijkheid van zekerheid |
| 'Verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 5 Wet VPB 1969 | Bezit van ten minste een derde gedeelte 'belang' in een lichaam; Belang van echtgenoot en geregistreerde partner en ongehuwde en niet-geregistreerde partner telt mee | AO | - | + | - | - | Uniforme uitleg 'belang' |
| 'Verbonden vennootschap' in de zin van art. 10c lid 1 Wet VPB 1969 | Bezit van ten minste een derde gedeelte belang in een vennootschap | O | - | - | - | - | Aansluiting bij begrip 'concern' |
| 'Verbonden vennootschap' in de zin van art. 10c lid 2 Wet VPB 1969 | Bezit van ten minste een derde gedeelte belang in een vennootschap; Neerwaartse, opwaartse en zijwaartse verbondenheid | O | -- | -- | - | - | Aansluiting bij begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 |
| 'Groep' in de zin van art. 10d lid 2 en 6 Wet VPB 1969 | 'Groep' in de zin van art. 2:24b BW | AO en F | + | + | +/- | - | Aansluiting bij begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969; Aansluiting bij begrip 'concern' voor de concernratioets |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| 'Verbonden lichaam' in de zin van art. 12c lid 5 Wet VPB 1969 | Bezit van meer dan 50% 'belang' in een lichaam; Belang van echtgenoot en geregistreerde partner en ongehuwde en niet-geregistreerde partner telt mee; Neerwaartse, opwaartse en zijwaartse verbondenheid | F | - | + | - | - | Aansluiting bij begrip 'concern' |
| 'Deelneming' in de zin van art. 13 lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969 | Bezit van ten minste 5% van nominaal gestorte kapitaal van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal | | | | | | |
| 'Belang van 5% of meer' in de zin van art. 13b lid 5 Wet VPB 1969 | Bezit van een belang van 5% of meer | | | | | | Verduidelijking dat dit duidt op het onderscheid tussen een 'deelneming' en een 'belegging', en niet moet worden aangemerkt als apart verbondenheidsbegrip |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| 'Normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding' in de zin van art. 2a Uitv. besch. VPB 1971 | Normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding | O | + | + | +/- | - | Aansluiting bij begrip 'concern' |
| 'Fiscale eenheid' in de zin van art. 15 Wet VPB 1969 | Bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een dochtermaatschappij | F | - | - | + | - | Meer aandacht voor materieel- economische criteria: <ul style="list-style-type: none"> - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 95% van de stemrechten in een aandelenvenootschap; - Stemrechten verbonden aan aandelen waarop alternatieve bezitsvormen rusten (certificaten van aandeel, pandrecht, vruchtgebruik, financiële instrumenten) tellen mee bij beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de aandeelhouder; |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|--|----------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| | | F | - | - | + | - | - Deze alternatieve bezitsvormen tellen niet mee bij de houder ervan |
| 'Uiteindelijke belang' in de zin van art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 | 'Belang' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 | AO en AM | - | + | - | - | Aansluiting bij een 'belang' van ten minste 33½%, evenals in begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 |
| 'Uiteindelijke belang' in de zin van art. 20a lid 2 Wet VPB 1969 | 'Belang' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 | F | - | + | - | - | Aansluiting bij begrip 'concern' |
| 45%-toets van art. 28 lid 2 onderdeel c onder 2° Wet VPB 1969 | Bezit van minder dan 45% van de aandelen door een ander lichaam, of verbonden lichamen | AO | - | - | - | - | Aansluiting bij een 'belang' van ten minste 33½%, evenals in begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 |
| 75%-toets van art. 28 lid 2 onderdeel d onder 2° Wet VPB 1969 | Bezit van ten minste 75% van de aandelen door natuurlijke personen of lichamen die niet zijn onderworpen aan de heffing van een winstbelasting | AO | - | - | - | - | Aansluiting bij een 'belang' van ten minste 33½%, evenals in begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 |
| 25%-toets van art. 13a lid 1 Wet VPB 1969 | Bezit van een vierde gedeelte of meer van het 'belang' | AO | - | + | + | - | Aansluiting bij een 'belang' van ten minste 33½%, evenals in begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| 25%-toets van art. 28 lid 2 onderdeel c onder 1° Wet VPB 1969 | Bezit van een vierde gedeelte of meer van het 'belang' | AO | - | + | + | - | Aansluiting bij begrip 'verbonden natuurlijk persoon' zoals omschreven in art. 10a lid 5 Wet VPB 1969 |

In hoofdstuk 2 en 3 is stilgestaan bij de 'stakeholdersbenadering' in de bedrijfseconomie en het ondernemingsrecht. De verbondenheid die hierin kan worden herkend, ontbreekt in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969. Voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting is de aandacht met name gericht op de relatie tussen de vennootschap en de aandeelhouder, en niet op relaties met bijvoorbeeld werknemers en andere belanghebbenden. In dit verband concludeert Van Huijgevoort uit de rechtspraak dat de Wet VPB 1969 geen mogelijkheden lijkt te bieden voor een beperking van de aftrekbaarheid van een excessieve beloning van een bestuurder, maar alleen van bevoordelingen van een aandeelhouder.¹⁷⁸

In dit verband wordt nog opgemerkt dat in de bedrijfseconomische agentschaptheorie niet alleen een 'agency'-probleem kan bestaan in de relatie tussen een aandeelhouder en het management, maar bijvoorbeeld ook in de relaties tussen een eigenaar van een onroerende zaak en diens zaakwaarnemer, een manager en een werknemer, en een financier en het management. In de bedrijfseconomie geldt daarom een ruimer begrip van 'verbondenheid'. Overigens zou het 'agency'-probleem een reden kunnen zijn om in het belastingrecht de transacties tussen verbonden personen niet zonder meer als 'onzakelijk' te bestempelen. Ogenscheinlijke onzakelijkheid van een transactie zou ook door informatieasymmetrie kunnen zijn veroorzaakt, hetgeen zou pleiten voor tegenbewijsmogelijkheden in de antimisbruikbepalingen die uitgaan van 'verbondenheid'.

178. B.F.A. van Huijgevoort, 'Excessief beloningsgedeelte aftrekbaar?', *WFR* 2008, p. 133.

HOOFDSTUK 8

Omzetbelasting

8.1 Inleiding

De Nederlandse omzetbelasting wordt geheven ter zake van de levering van goederen en diensten door ondernemers.¹ Het systeem gaat uit van een heffing over de omzet met aftrek van voorbelasting. Hierbij wordt de beperking van de heffing tot de toegevoegde waarde bereikt door ondernemers een aftrekrecht te geven voor de omzetbelasting die zij ter zake van hun inkopen verschuldigd zijn.

In economische zin wordt de omzetbelasting een 'indirecte belasting' genoemd. Dat wil zeggen, dat de belastingplichtige en degene van wie de belasting wordt geheven, niet dezelfde persoon zijn. Het rechtskarakter van de omzetbelasting is dat van een algemene verbruiksbelasting. Dat wil zeggen, dat de omzetbelasting is bedoeld als een heffing op alle consumptieve bestedingen van particulieren en daarmee gelijkgestelde partijen. Van Hilten en Van Kesteren (2007) beschrijven het als volgt:

'Een omzetbelasting belast, kort gezegd, goederen op hun weg van producent naar consument.'

Binnen de EU is de heffing van omzetbelasting in grote mate geharmoniseerd. Volgens de Eerste richtlijn, vastgesteld op 11 april 1967, zijn alle lidstaten verplicht een omzetbelasting te heffen volgens het stelsel van de aftrek van voorbelasting. In de Tweede richtlijn, eveneens vastgesteld op 11 april 1967, zijn nadere bepalingen opgenomen over bijvoorbeeld de toepassing van vrijstellingen. In 1977 is deze Tweede richtlijn vervangen door de Zesde richtlijn, welke op haar beurt op 28 november 2006 is vervangen door de thans geldende BTW-richtlijn 2006.

In de omzetbelasting kunnen slechts twee wettelijk gedefinieerde verbondenheidsbegrippen worden herkend. In dit hoofdstuk worden zij geanalyseerd en vergeleken met het bedrijfseconomische en privaatrechtelijke toetsingskader, rekening houdend met de aard en functie van de begrippen. Hierna volgt eerst een beschouwing van een groot aantal thema's in de omzetbelasting waarin 'verbondenheid' wel een

1. Of door een bepaalde rechtspersoon/niet-ondernemer of particulier, in geval van intracommunautaire verwervingen.

rol speelt, maar waarbij de relatie tussen de betreffende natuurlijke personen en lichamen niet wettelijk is omschreven.

8.2 Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving

De meeste thema's in de omzetbelasting waarin verbondenheid een rol speelt zonder een wettelijke omschrijving, zijn terug te voeren op het begrip 'belastingplichtige' in de zin van art. 9 lid 1 BTW-richtlijn 2006. Dat geldt voor de belastingplicht van de directeur-groootaandeelhouder en houdstervennootschappen, de vaste inrichting, de principes van 'vereenzelviging' of onzelfstandigheid, de 'entiteit', 'partage' en transacties voor gemene rekening, de behandeling van samenwerkingsverbanden en de leerstukken van de 'eigen kring' en 'kosten voor gemene rekening'. Deze thema's hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat de inhoud ervan met name voortvloeit uit de jurisprudentie. Verbondenheid kan ook worden herkend in de regeling van de zogenoemde koepelvrijstelling van art. 11 lid 1 onderdeel u Wet OB 1968.

8.2.1 Directeur-groootaandeelhouder

In HvJ EG 18 oktober 2007, nr. C-355/06 (*J.A. van der Steen*), *V-N* 2007/48.19, is beslist dat de diensten die een directeur-groootaandeelhouder (dga) op grond van een arbeidsovereenkomst verricht voor 'zijn' vennootschap, niet kunnen worden beschouwd als diensten voor de omzetbelasting.² In dit opzicht is de dga niet te beschouwen als een ondernemer. Het arrest HR 26 april 2002, nr. 35 775, *BNB* 2002/275, waarin was beslist dat een dga zelfstandig is voor de omzetbelasting, moet hierdoor als achterhaald worden beschouwd. In de conclusie van 14 juni 2007 in de zaak Van der Steen heeft A-G Sharpston er overigens aan herinnerd dat een dga wel als een belastingplichtige kan worden beschouwd, indien deze andere economische activiteiten verricht die buiten de arbeidsovereenkomst vallen.

In hoofdstuk 3 is gewezen op de scheiding tussen 'ownership' en 'control' bij een BV of NV in het ondernemingsrecht. Daarbij is toegelicht dat deze scheiding in de praktijk afwezig is bij de eenmans-BV. Ik concludeer uit het arrest Van der Steen dat er voor de omzetbelasting toch wordt aangenomen dat een dergelijke scheiding tussen 'ownership' en 'control' bestaat, ook indien in feite sprake is van een eenmansonderneming in de vorm van een BV. Naar mijn mening is dit niet in overeenstemming met de economische realiteit: in feite kunnen de dga en de vennootschap als één geheel worden beschouwd. Echter, ik vind de beslissing wel logisch op basis van het rechtskarakter van de omzetbelasting. Ten aanzien van de werkzaamheden van een 'zuivere dga' ten behoeve van zijn vennootschap is naar mijn mening namelijk geen sprake van voortstuwing van goederen en diensten op weg naar de consument.

2. Vooruitlopend op het Van der Steen-arrest was in Rechtbank Arnhem 10 augustus 2007, nr. AWB06/2390, *V-N* 2008/3.25, al beslist dat een dga geen belastingplichtige was, omdat hij niet zelfstandig economische activiteiten verricht.

8.2.2 Houdstervenootschappen

Houdstervenootschappen kwalificeren niet zonder meer als ondernemer voor de omzetbelasting. Kort gezegd wordt een holding alleen als ondernemer beschouwd, indien zij zich 'moeit' in het beheer van de deelnemingen waarin zij aandelen houdt. Voorts is er sprake van ondernemerschap indien de deelneming wordt aangehouden in het kader van de handelsactiviteit van een effectenmakelaar, of indien de deelneming kan worden beschouwd als een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteiten van een onderneming. Dit vloeit voort uit de arresten HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (*Polysar Investments Netherlands BV*), V-N 1991/2140, HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (*Wellcome Trust Ltd*), V-N 1997/1034, en HvJ EG van 11 juli 1996, nr. C-306/94 (*Régie Dauphinoise*), BNB 1997/38.

Hoewel in de arresten *Polysar* en *Wellcome Trust* het begrip 'moeien' wordt gebruikt, is niet toegelicht wat hieronder precies dient te worden verstaan. In HR 26 augustus 1998, nr. 33 662, BNB 1999/51, is dit begrip ingevuld als:

'... het zich bezighouden met het beleid van de ondernemingen dat door de vennootschappen waarin wordt deelgenomen, wordt uitgevoerd.'

Volgens de Hoge Raad valt het vervullen van een financieel en fiscaal coördinerende rol hier buiten. Finkensieper gaat ervan uit dat de situatie is bedoeld waarin sprake is van bemoeienis met het commerciële beleid alsof de deelnemingen onzelfstandige business units zijn.³ In dit verband kan de holding overigens, indien zij als beleidsbepalend en sturend orgaan binnen het concern optreedt, toch onderdeel zijn van een fiscale eenheid op basis van de holdingresolutie van 18 februari 1991, nr. VB 91/347, FED 1991/266.⁴ In arresten van latere datum heeft het Hof van Justitie de situaties waarin sprake is van ondernemerschap van een holding nader omschreven en verduidelijkt. Uit HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (*Floridienne SA/Berginvest SA*), V-N 2000/53.17, en HvJ EG 12 juli 2001, C-102/00 (*Welthgrove BV*), V-N 2001/42.14, kan onder meer worden afgeleid dat een holding die zich actief bemoeit met haar deelnemingen, hiervoor een afzonderlijke vergoeding dient te ontvangen om als belastingplichtige te worden beschouwd.

De eis van 'moeien' duidt naar mijn mening overigens op organisatorische verbondenheid. Het verwerven en houden van aandelen in andere ondernemingen, zonder dat de deelnemende onderneming zich direct of indirect moet in het beheer van de ondernemingen waarin wordt deelgenomen, leidt niet tot ondernemerschap. Enkel financiële verbondenheid is dus niet voldoende. In zoverre sluit de eis van het

3. J.M.F. Finkensieper in zijn noot bij HR 26 augustus 1998, nr. 33 662, BNB 1999/51.

4. A. van Dongen, 'Much ado about nothing. Beschikking in de zaak Welthgrove'. *BtwBrief* 2001, nr. 10, merkt op dat de Staatssecretaris van Financiën het Welthgrove-arrest zou kunnen aangrijpen om de zogenoemde holdingresolutie te wijzigen, in die zin dat voor de opname van de moeiende holding in de fiscale eenheid als voorwaarde zou kunnen worden gesteld dat voor het 'moeien' een afzonderlijke vergoeding wordt gevraagd. Overigens is in het besluit van 3 augustus 2004, nr. CPP2004/1709M, V-N 2004/47.13, ook aangekondigd dat de holdingresolutie opnieuw zal worden bezien in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

'moeien' aan bij hetgeen in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht wordt verstaan onder 'verbondenheid'.

Als ik de rechtspraak over het ondernemerschap van houdstervenootschappen overzie, betwijfel ik echter of de lijn die hieruit kan worden getrokken in overeenstemming is met de economische werkelijkheid. Ik heb de indruk dat te krampachtig wordt vastgehouden aan het daadwerkelijk verrichten van economische activiteiten, terwijl dat niet de praktijk is. Naar mijn mening zou een holding niet op zichzelf moeten worden beschouwd, maar in samenhang met het concern waarvan zij onderdeel is. In dit verband merkt Van Vliet op dat het maatschappelijk gezien merkwaardig is dat de holding en de dga geen ondernemer zijn voor de omzetbelasting, omdat de dga, de holding en de werkmaatschappij in feite samen de onderneming vormen.⁵ De combinatie is erop gericht om de bedrijfsactiviteiten van de werkmaatschappij zo goed mogelijk te kunnen uitoefenen.

Denie (1987) leidt uit art. 4 lid 1 Zesde richtlijn (thans: art. 9 lid 1 BTW-richtlijn 2006) af dat bij één persoon, één bedrijf hoort. Alle economische handelingen behoren tot één bedrijf, en de persoon bepaalt de eenheid van de bedrijven. Denie noemt dit de 'eenheid in bedrijf en beroep', ofwel juridische eenheid (persoon van de ondernemer) en economische eenheid (de bedrijven). Deze eenheid wordt wel aanwezig geacht bij een onderneming die door één natuurlijke persoon wordt gedreven, maar niet bij een groep rechtspersonen. Naar mijn mening zou de 'eenheid in bedrijf en beroep' ook moeten gelden voor een groep van verschillende rechtspersonen met aan het hoofd een moeiende holding. Dit zou leiden tot een rechtsvormneutrale behandeling van bedrijfsactiviteiten.

Met de Commissie 'Samenwerkingsverbanden in de omzetbelasting' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (2000) ben ik dan ook van mening dat het 'moeien' als zodanig voldoende zou moeten zijn om de holding als ondernemer te beschouwen. De ontvangst van een beheervergoeding of een administratieve vergoeding lijkt mij niet nodig. Een bedrijf waarvan de activiteiten zijn onderverdeeld in verschillende rechtspersonen, zou vanuit de neutraliteitsgedachte van de omzetbelasting toch niet anders moeten worden behandeld dan een bedrijf met dezelfde activiteiten, maar dan ondergebracht in één rechtspersoon? Ik ben het in dit verband ook eens met Van Norden (2007), die in afwijking van de jurisprudentie van het HvJ EG meent dat de holding die een wezenlijke economische functie vervult, steeds als ondernemer moet worden aangemerkt. Op basis van de feitelijke, economische benadering van de omzetbelasting mag volgens Van Norden geen onderscheid worden gemaakt naar de juridische structuur van degene die de goederen richting de consument stuwt. Een omzetbelasting op basis van het BTW-stelsel behoort immers niet te drukken in de productieve schakels.

In de behandeling van de 'moeiende holding' zie ik overigens ook raakvlakken met de in hoofdstuk 3 genoemde scheiding tussen 'ownership' en 'control'. Ten aanzien

5. D.G. van Vliet, 'Holding niet in de fiscale eenheid?', *BTWbulletin* 1999, nr. 9.

van een holding die zich moeit in het beleid van haar dochtervennootschappen is die scheiding niet aanwezig. Zij kunnen dan in feite als één geheel worden beschouwd.

8.2.3 *Vaste inrichting*

In de rechtspraak is de 'vaste inrichting' een aantal keren gebruikt om in het kader van een fiscaal rationele oplossing te komen tot belastingplicht van een ondernemer in een andere lidstaat dan het land waarin diens hoofdvestiging zich bevond. Dit was bijvoorbeeld het geval in HvJ EG 4 juli 1985, nr. 168/84 (*Günther Berkholz*), *Jur.* 1985, p. 2251, HvJ EG 12 mei 1996, nr. C-231/94 (*Faaborg-Gelting-Linien A/S*), *V-N* 1996/2120, en in de conclusie van A-G Poirares Maduro die voorafging aan HvJ EG van 12 mei 2005, nr. C-452/03 (*RAL (Channel Islands)*), *V-N* 2005/32.26. Vanuit de neutraliteitsgedachte van de omzetbelasting vind ik deze uitspraken logisch.

Overigens werd in HvJ EG van 20 februari 1997, nr. C-260/95 (*DFDS*), *V-N* 1997/1662, een dochtervennootschap als vaste inrichting beschouwd van een andere rechtspersoon, omdat zij slechts als 'assistent' optrad. Hieruit kan worden afgeleid dat het Hof van Justitie het mogelijk acht dat een rechtspersoon onder omstandigheden 'onzelfstandig' kan zijn.

In het besluit van 21 november 2003, nr. DGB2003/6237M, *V-N* 2003/63.12, heeft de Staatssecretaris van Financiën het begrip 'vaste inrichting' voor de Nederlandse omzetbelasting gedefinieerd. Hieronder dient volgens hem te worden verstaan:

'... een met zekere duurzaamheid geëxploiteerde bedrijfsinrichting van een ondernemer wiens zetel van de bedrijfsuitoefening in het buitenland is gevestigd, vanuit welke inrichting leveringen van goederen en/of diensten jegens derden plegen te worden verricht. Dit betekent dat een tot een buitenlandse onderneming behorende inrichting als een vaste inrichting heeft te gelden, indien deze inrichting haar activiteiten ontplooit als ware zij een zelfstandig ondernemer in de zin van de omzetbelasting. In het algemeen zal een hier gelegen fabriek, werkplaats, verkoopruimte of soortgelijke vestiging van een buitenlandse onderneming als een in Nederland gevestigde vaste inrichting dienen te worden aangemerkt.'

Naar mijn mening is dit een juiste omschrijving. In dit verband wordt de vaste inrichting als zelfstandig belastingplichtige aangemerkt en is haar behandeling voor de omzetbelasting vergelijkbaar met die voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting. In feite gaat het in beide gevallen om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen landen. De definitie van het begrip 'vaste inrichting' voor de omzetbelasting lijkt ook op de omschrijving van het gelijknamige begrip in art. 5 lid 1 OESO, dat geldt voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting:

'... a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.'

Het vorenstaande kan naar mijn mening worden aangeduid als de externe werking van de vaste inrichting, waarbij zij zelfstandig is.

Voor de omzetbelasting kan voorts een interne werking van de inrichting worden onderkend. Hierbij gaat het om de vraag of prestaties tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting belastbaar zijn met omzetbelasting. Na HvJ EG 23 maart 2006, nr. C-210/04 (*FCE Bank plc*), *V-N* 2006/18.24, bestaat hierover meer duidelijkheid. In de casus van dit arrest beschikte de vaste inrichting als bijkantoor niet over een eigen dotatiekapitaal, en hierdoor berustte het bedrijfsrisico volledig bij het hoofdhuis. Volgens het hof was de vaste inrichting daarom volledig afhankelijk van het hoofdhuis; zij vormden één belastingplichtige. De vaste inrichting moest daarom als onzelfstandig worden beschouwd voor de kosten die haar voor diensten van het hoofdhuis in rekening waren gebracht.

In het hiervoor genoemde besluit van 21 november 2003, nr. DGB2003/6237M, *V-N* 2003/63.12, heeft de Staatssecretaris van Financiën eveneens het standpunt ingenomen dat tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting onderling geen prestaties in het economisch verkeer worden verricht. Voor de omzetbelasting is sprake van één ondernemer, zodat interne prestaties in het algemeen niet aan heffing van omzetbelasting zijn onderworpen. Schrauwen wijst erop dat het besluit op dit punt ruimer is dan het *FCE Bank*-arrest.⁶ In dit arrest baseerde het hof zijn oordeel vooral op het feit dat de vaste inrichting in casu geen economisch bedrijfsrisico liep. Hiermee lijkt het hof de belastingplicht ter zake van interne prestaties niet uit te sluiten in situaties waarin de vaste inrichting zelfstandig een economisch risico loopt voor haar activiteiten. Deze nuance ontbreekt echter in het besluit. Dit leidt naar mijn mening tot een verschil in behandeling van een dochtervennootschap en een vaste inrichting, dat niet in alle gevallen verklaarbaar is. Prestaties tussen een buitenlandse moeder en haar dochtervennootschap in Nederland zijn immers steeds belastbaar. Op dit punt ontbreekt dus rechtsvormneutraliteit, hetgeen ik nader uiteen zal zetten in paragraaf 8.3.1 bij de analyse van de regeling voor de fiscale eenheid.

8.2.4 Vereenzelviging of onzelfstandigheid

Het leerstuk van 'vereenzelviging' of onzelfstandigheid komt voort uit de jurisprudentie. Hiermee wordt bedoeld dat de handelingen van een partij voor de heffing van omzetbelasting worden toegerekend aan een andere partij. De eerste partij wordt hierdoor vereenzelvigd met de tweede partij, en in feite als onzelfstandig beschouwd. In TC 12 april 1965, nr. 9722 0, *BNB* 1965/229, werd bijvoorbeeld een NV die als enige activiteit de verhuur van een kousenbreimachine aan een zustervennootschap had, onzelfstandig geacht. Meer recentelijk werd in Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2006, nr. 02/02029, www.rechtspraak.nl, een VOF vereenzelvigd met één van haar vennoten die de rechtsvorm van BV had. In deze zaak is A-G Van Hilten in haar conclusie van 5 november 2007, nr. 43 742, *V-N* 2008/12.21, echter tot de slot-

6. Michel Schrauwen, 'De *FCE*-zaak: de vaste inrichting a contrario BTW-belast', *BTW*brief 2006, nr. 4.

som gekomen dat de VOF niet onzelfstandig was. Het wachten is nu op het arrest van de Hoge Raad in deze zaak.

In de rechtspraak van de Hoge Raad lijkt de vereenzelviging van een rechtspersoon overigens steeds te worden verworpen. Uit onder meer HR 31 oktober 1990, nr. 26 018, *BNB* 1990/345, HR 27 november 1991, nr. 26 156, *FED* 1992/70 en HR 16 september 1992, nr. 27 162, *BNB* 1993/223, volgt dat een rechtspersoon steeds zelfstandig een bedrijf of beroep uitoefent, afgezien van de situatie dat zij tot een fiscale eenheid behoort. In de uitspraak die voorafging aan HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-472/03 (*Arthur Andersen*), *V-N* 2005/15.9, besloot Hof 's-Gravenhage in haar uitspraak van 23 oktober 2001, nr. 00/1106, *V-N* 2002/4.27, tot vereenzelviging van enkele rechtspersonen. Het hof achtte de samenwerking tussen de partijen zo omvangrijk, hecht en duurzaam dat er volgens hem sprake was van één verzekeringsbedrijf. De vereenzelvigingsgedachte werd echter in de cassatieprocedure weer verworpen door de Hoge Raad.

In het principe van vereenzelviging kan een vorm van economische verbondenheid worden herkend, omdat het situaties betreft waarin de activiteiten van een persoon worden toegerekend aan een andere persoon. In de literatuur wordt de juistheid van het leerstuk echter in twijfel getrokken.⁷ Er is echter ook opgemerkt dat de zelfstandigheid van rechtspersonen niet meer zo vanzelfsprekend is, nu in HvJ EG 20 februari 1997, nr. C-260/95 (*DFDS*), *V-N* 1997/1652, een rechtspersoon als vaste inrichting van een andere rechtspersoon werd beschouwd, omdat zij slechts als 'assistent' optrad.⁸

In paragraaf 8.2.2 heb ik verdedigd dat 'moeien' voldoende zou moeten zijn om een holding als ondernemer te beschouwen. In deze zin zou de vereenzelvigingsgedachte naar mijn mening goede diensten kunnen bewijzen. De holding zou op basis hiervan kunnen worden vereenzelvigd met de dochters.

Overigens vertoont de vereenzelvigingsgedachte raakvlakken met het onderscheid tussen transparantie en non-transparantie van rechtsvormen voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting. In hoofdstuk 7 heb ik beschreven dat voor dit onderscheid door Zwemmer is gepleit voor een materieel-economische benadering.⁹ Op basis hiervan zou een kapitaalvennootschap net als een personenvennootschap transparant kunnen zijn voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting, indien zij in feite een verlengstuk is van de participanten. In de vereenzelviging voor de omzetbelasting kan deze verlengstukgedachte ook worden herkend.

7. Bijvoorbeeld door Reugebrink en Van Hilten (1993), de Commissie 'Samenwerkingsverbanden in de omzetbelasting' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (2000), en Bijl, Van Hilten en Van Vliet (2001).

8. B.G. van Zadelhoff in zijn noot bij HvJ EG 20 februari 1997, nr. C-260/95 (*DFDS*), *BNB* 2000/298.

9. J.W. Zwemmer, 'De fiscale positie van de aandeelhouder', *WFR* 1978, p. 1037.

8.2.5 *Entiteit*

Een combinatie van personen die een 'entiteit' vormt, kan als één ondernemer in de zin van art. 7 lid 1 Wet OB 1968 worden aangemerkt. In TC 28 november 1977, nr. 11 177, *BNB* 1978/89, werd een groep loonslagers als één ondernemer beschouwd, omdat zij gezamenlijk facturen uitreikten en ook gezamenlijk facturen ontvingen. Uit HR 4 juli 1984, nr. 22 272, *BNB* 1984/257 en HR 6 november 1985, nr. 23 026, *BNB* 1986/45, volgt dat sprake is van een entiteit indien de samenstellende delen organisatorisch een eenheid vormen, en zich ook naar buiten toe als eenheid presenteren. In de recentere jurisprudentie lijkt de toepassing van de entiteitgedachte op rechtspersonen overigens steeds te worden verworpen. Dat was onder meer het geval in HR 7 november 2003, nr. 37 800, *BNB* 2004/66, de uitspraak die voorafging aan het Arthur Andersen-arrest van het HvJ EG. In de in paragraaf 8.2.4 genoemde conclusie van 5 november 2007, nr. 43 742, *V-N* 2008/12.21, besluit A-G Van Hilten eveneens dat de daar bedoelde VOF en de BV zich niet als een eenheid presenteert, die gezamenlijk economische activiteiten verricht. In deze zaak is daarom volgens haar geen sprake van een entiteit.

In de entiteitgedachte kan zowel organisatorische als economische verbondenheid worden herkend. In de literatuur bestaat overigens geen eensluidende mening over de juistheid van de entiteitgedachte.¹⁰ Ook is niet duidelijk of het leerstuk alleen openstaat voor combinaties van natuurlijke personen, of dat rechtspersonen eveneens een 'entiteit' kunnen vormen.¹¹

8.2.6 *Partage en transacties voor gemene rekening*

Onder omstandigheden kan de samenwerking tussen twee ondernemers worden beschouwd als 'partage', zo blijkt uit de jurisprudentie. Ieder van de ondernemers kan dan aanspraak maken op een deel van de van afnemers ontvangen vergoedin-

10. F. den Hollander, 'Ballotage voor de fiscale eenheid in de omzetbelasting', *WFR* 1987, p. 1201, merkt op dat de entiteitgedachte al door J. Reugebrink werd bestreden. Kritisch is ook C.P. Tuk in zijn noot bij het arrest van HvJ EG van 12 juni 1979, in de gevoegde zaken 181/78 en 229/78, *BNB* 1980/44. Van Hilten en Van Kesteren (2007) denken echter dat het mogelijk is dat een combinatie van verschillende natuurlijke personen als een entiteit en dus als een ondernemer wordt aangemerkt, indien de samenwerking tussen deze personen enige duurzaamheid bezit.
11. R.R.J.M. Keijsers concludeert in zijn noot bij HR 6 november 1985, nr. 23 026, *FED* 1986/844, dat de entiteit uitsluitend ziet op groeperingen van natuurlijke personen. D.G. van Vliet, 'Samen één ondernemer voor de omzetbelasting', *WFR* 1986, p. 609, beschrijft echter dat in oudere jurisprudentie is bevestigd dat rechtspersonen die een fiscale eenheid vormen, ook als een combinatie op grond van art. 7, eerste lid, Wet OB 1968 hadden kunnen worden beschouwd. Ook G.J. van Norden (2007) meent dat zowel natuurlijke als rechtspersonen onderdeel zouden moeten kunnen zijn van een entiteit, die als één belastingplichtige voor de omzetbelasting moet worden aangemerkt. De onderdelen van een entiteit zouden daarentegen afzonderlijk belastingplichtig moeten zijn voor economische activiteiten die zij los van de entiteit verrichten. Een en ander vloeit volgens hem voort uit HvJ EG van 27 januari 2000, nr. C-23/98 (Heerma), *BNB* 2000/297. In de conclusie A-G Van Hilten van 5 november 2007, nr. 43 742, *V-N* 2008/12.21, wordt de gedachte van een entiteit tussen een VOF en een BV ook niet ten principale ter discussie gesteld.

gen. Dit was het geval in HR 5 juni 1991, nr. 26 574, *BNB* 1991/243, bij de exploitatie van speelautomaten. De eigenaar van de automaten, en de exploitant van de zaak waarin deze werden geplaatst, waren ieder zelfstandig omzetbelasting verschuldigd over hun aandeel in de behaalde omzet. Volgens de Hoge Raad was in casu geen sprake van één belastingsubject, bestaande uit een maatschap tussen de eigenaar en de exploitant. Een recent voorbeeld van partage kan worden gevonden in Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2006, nr. 01/03309, *V-N* 2006/53.19. In deze uitspraak werd geoordeeld dat een makelaarskantoor en een hypotheekbemiddeling-/assurantiekantoor voor gemene rekening en risico het hypotheekbemiddelingsbedrijf uitoefenden.

Van Norden onderscheidt 'partage' van een andere samenwerkingsvorm, namelijk die van de 'transacties voor gezamenlijke rekening'.¹² Bij partage nemen de participanten ieder afzonderlijk deel aan één prestatie aan een derde. Bij een transactie voor gemene rekening is er een winstverdelingsafspraken, waarbij uitsluitend de participant die de levering of de dienst jegens de derde verricht, een prestatie in het economische verkeer verricht. In HR 22 mei 1991, nr. 27 135, *BNB* 1991/241, was bijvoorbeeld sprake van een transactie voor gemene rekening met betrekking tot een onroerende zaak. De belanghebbende in deze zaak ontving een winstaandeel in verband met de afronding van de transactie, omdat hij een gedeelte van het risico had gelopen. Hierbij rees de vraag of het winstaandeel kon worden beschouwd als een vergoeding voor een belaste prestatie. De Hoge Raad oordeelde dat het participeren in een dergelijke, voor gemeenschappelijke rekening gesloten transactie niet als een dienst in de zin van art. 4 Wet OB 1968 kon worden aangemerkt.

Naar mijn mening kan in partage ook organisatorische en economische verbondenheid worden herkend. Echter, ook ten aanzien van de juistheid van dit leerstuk bestaat geen eensluidende opvatting in de literatuur.¹³

Partage heeft naar mijn mening ook kenmerken van de fiscale transparantie van rechtsvormen voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting. In HR 5 juni 1991, nr. 26 574, *BNB* 1991/243, werd de samenwerking tussen de betrokken partijen in feite niet voldoende zelfstandig geacht om één ondernemer te constateren in de vorm van een maatschap. De activiteiten van de samenwerking werden daarom rechtstreeks toegerekend aan de deelnemers in de partage.

12. G.J. van Norden, 'De personenvennootschap ten opzichte van enige andere samenwerkingsvormen in de BTW', *TFO* 2005, p. 30.
13. B.G. van Zadelhoff, 'Ontvangsten zonder omzetbelasting en waarborgen bij verhoging verhoogd', *WFR* 1990, p. 799, heeft verdedigd dat onderlinge activiteiten van de deelnemers aan een partageovereenkomst op basis van de ratio van de omzetbelasting buiten de heffing kunnen blijven, omdat de goederen en diensten hierdoor niet dichter bij de consument worden gebracht. De Commissie 'Samenwerkingsverbanden in de omzetbelasting' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (2000) is echter van mening dat onderlinge prestaties in het kader van een partage gewoon zijn onderworpen aan omzetbelasting.

8.2.7 Samenwerkingsverbanden

Voor de omzetbelasting wordt een samenwerkingsverband als zodanig als ondernemer aangemerkt. Deze samenwerkingsvorm creëert dus een gedeeltelijke eenheid tussen partijen, als gevolg waarvan prestaties binnen het samenwerkingsverband niet zijn belast. Daarentegen zijn de prestaties tussen de participanten en de personenvennootschap wel belast, zo blijkt uit HvJ EG van 27 januari 2000, nr. C-23/98 (*Heerma*), BNB 2000/297, en uit HR 8 november 2002, nr. 37 002, BNB 2003/47. In HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (*EDM*), V-N 2004/26.15, is echter beslist, dat deelnemers die in het kader van een consortium werkzaamheden uitvoeren, geen leveringen en diensten verrichten voor zover zij met die werkzaamheden het bedrag van het overeengekomen kostenaandeel niet overschrijden. Volgens het Hof van Justitie is er wel een prestatie, indien de andere leden de tegenwaarde moeten betalen bij overschrijding van het in de consortiumovereenkomst vastgestelde aandeel van de werkzaamheden.

Voorts is in HvJ EG 26 juni 2003, nr. C-442/01 (*KapHag*), V-N 2003/34.14, beslist dat de toetreding van een vennoot tot een samenwerkingsverband, die daarbij constanten inbrengt, niet kan worden beschouwd als een belastbare prestatie. Van Doesum concludeert uit dit arrest dat een inbreng van goederen in principe wel als een belaste levering zou moeten worden beschouwd.¹⁴ Echter, op basis van het EDM-arrest kan worden gesteld dat geen omzetbelasting is verschuldigd, indien de inbreng plaatsvindt in het kader van de vennootschapsovereenkomst van de personenvennootschap.

In HR 5 juni 1991, nr. 27 179, BNB 1991/222, was sprake van een maatschap van twee landbouwers, waarin landbouwwerktuigen werden geëxploiteerd. De kosten van de exploitatie werden evenredig verdeeld tussen de twee landbouwers. De Hoge Raad oordeelde dat de activiteiten van de maatschap onderdeel waren van de bedrijven van de maten, en dat de maatschap daarom niet zelfstandig een bedrijf uitoefende. In feite kan hierin ook een vorm van fiscale transparantie voor de omzetbelasting worden herkend. Echter, aangenomen moet worden dat deze toerekeningsgedachte is achterhaald door het hiervoor genoemde Heerma-arrest.¹⁵

Toch vind ik dat de gedachte van fiscale transparantie wel past in een rechtsvorm-neutrale heffing van omzetbelasting. Het sluit ook aan bij de eerder genoemde 'eenheid in bedrijf en beroep', op basis waarvan alle economische handelingen tot één bedrijf behoren. Dit omvat ook de exploitatie van de landbouwwerktuigen; de persoon van de landbouwer bepaalt de eenheid van de bedrijven. In dit verband dringt zich ook de vergelijking met de inkomsten- en vennootschapsbelasting op. Zoals ik in hoofdstuk 7 heb beschreven, heeft Zwemmer een materieel-economisch voorstel geschetst voor een zuiver onderscheid tussen transparantie en non-transparantie.¹⁶

14. A.J. van Doesum, 'Werk in uitvoering – de zaak KapHag', *BTWbulletin* 2003, nr. 7/8.

15. B.G. van Zadelhoff in zijn noot bij HvJ EG 27 januari 2000, nr. C-23/98 (*Heerma*), BNB 2000/297, alsmede H.W.M. van Kesteren, 'De personenvennootschap en BTW', *TFO* 2005, p. 1.

16. J.W. Zwemmer, 'De fiscale positie van de aandeelhouder', *WFR* 1978, p. 1037.

Voor zover de winst toekomt aan een ondernemer, zou een samenwerkingsverband in zijn visie transparant zijn, terwijl non-transparantie zou gelden voor het gedeelte van de winst dat toekomt aan beleggers. Ik vind dat deze behandeling ook voor de omzetbelasting zou kunnen gelden: een en ander lijkt te passen in de genoemde 'eenheid in bedrijf en beroep'.

Echter, zoals ik in hoofdstuk 7 heb opgemerkt, is dit voorstel in de praktijk niet eenvoudig toepasbaar. Dat is naar mijn mening zeker het geval voor de omzetbelasting. Prestaties van het samenwerkingsverband zouden moeten worden gesplitst in prestaties van een deelnemer/belegger, en prestaties die toerekenbaar zijn aan de economische activiteit van een deelnemer/ondernemer. Een dergelijke splitsing zou tot talloze uitvoeringsproblemen leiden. Bij een heroverweging van het principiële onderscheid tussen fiscale transparantie en non-transparantie zou mijn voorkeur daarom uitgaan naar een belastingplicht van alle personenvennootschappen. Voor de omzetbelasting geldt deze benadering al.

8.2.8 *Eigen kring*

In de jurisprudentie wordt de term 'deelname aan het economische verkeer' gebruikt om personen die in beperkte kring prestaties verrichten, uit te sluiten van het ondernemerschap. Dit is bijvoorbeeld van belang om een onderscheid te maken tussen een 'ondernemer' en een 'hobbyist'. In HR 14 september 1988, nr. 25 005, *BNB* 1989/213, en HR 21 juni 1995, nr. 30 485, *BNB* 1995/277, is bepaald dat onder prestaties in het economische verkeer wordt verstaan:

'... alle prestaties bij het verrichten waarvan de ondernemer, ter wille van de daarmee gemoeide economische belangen, optreedt tegenover personen die niet tot de eigen kring behoren.'

Hierbij is de 'eigen kring' genoemd ter afbakening van de belastbaarheid van prestaties. In beide casussen was volgens de Hoge Raad overigens geen sprake van prestaties die binnen de eigen kring werden verricht. Voorts is in HR 26 april 2002, nr. 35 775, *BNB* 2002/275, beslist dat het verrichten van werkzaamheden ten behoeve van slechts één opdrachtgever niet inhoudt dat de werkzaamheden binnen eigen kring, en daarom niet in het economische verkeer, plaatsvinden.

In Hof 's-Gravenhage 21 januari 1982, nr. 97/81, *BNB* 1983/101, werd overigens wel een 'eigen kring' aanwezig geacht. Hoewel er niet aan de eisen van een fiscale eenheid werd voldaan, was volgens het hof sprake van een zekere gelieerdheid en werd er in eigen kring opgetreden. Als gevolg hiervan waren kostendoorberekeningen binnen de betrokken concerns in casu niet belast.

Naar mijn mening werd de 'eigen kring'-gedachte ten onrechte niet toegepast op de doorbelasting van kantoorkosten die aan de orde was in Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2006, nr. 01/02005, www.rechtspraak.nl. In de casus van deze uitspraak was sprake van twee vennootschappen die voor 75% dezelfde aandeelhouders hadden, en die ten aanzien van dezelfde of aanverwante doelgroep dezelfde activiteiten verrichtten. Hierbij was één van de directeuren van de ene vennootschap bovendien

directeur van de andere. Ondanks deze financiële, organisatorische en economische verbondenheid konden de vennootschappen blijkbaar niet als een fiscale eenheid worden beschouwd. Het hof besliste dat zij ook niet binnen een 'eigen kring' opereerden. In vergelijking met het verbondenheidsbegrip in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht vind ik dit vreemd. Over de juistheid van het leerstuk van de eigen kring bestaat overigens geen eensluidende opvatting.¹⁷

8.2.9 *Kosten voor gemene rekening*

In de jurisprudentie over 'kosten voor gemene rekening' kan een meer algemeen verbondenheidsbegrip worden herkend. Dit leerstuk is geïntroduceerd in HR 14 september 1988, nr. 25 005, *BNB* 1989/213. Het houdt kort gezegd in dat prestaties die niet in de 'eigen kring' plaatsvinden, worden geacht te zijn verricht in het economische verkeer en dus belastbaar zijn. Dit is volgens de Hoge Raad anders, indien de vergoeding slechts een verrekening vormt van het aandeel van de afnemer in uitgaven die rechtstreeks voor gemene rekening zijn gedaan.

In HR 23 april 1997, nr. 32 166, *BNB* 1997/301, is het begrip 'kosten voor gemene rekening' nader uitgewerkt. Hierbij moeten de kosten worden gemaakt ten behoeve van verschillende ondernemers, en in eerste instantie door één van hen worden betaald en nadien voor het werkelijke bedrag over de bedoelde ondernemers worden omgeslagen volgens een tevoren vaststaande verdeelsleutel. Voorts moet het risico van de kosten alle ondernemers aangaan.

In de literatuur lopen de meningen over de juistheid van het leerstuk van de kosten voor gemene rekening overigens uiteen.¹⁸ Ik denk dat in HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (*EDM*), *V-N* 2004/26.15, wel enige steun kan worden gevonden voor de gedachte, nu in dit arrest is beslist dat er geen sprake is van leveringen en diensten voor zover met de verrichte werkzaamheden het bedrag van het overeengekomen kostenaandeel niet wordt overschreden. Het blijft echter de vraag of aan dit onderdeel

17. Volgens E.M. Vrouwenfelder, 'Wel de lusten en niet de lasten? Dat lijkt (ook?) in de BTW niet mogelijk!', *WFR* 1996, p. 1144, is de fiscale eenheid te beschouwen als een wettelijk bepaalde eigen kring. In vergelijkbare zin leidt K.M. Braun (2002) uit de overwegingen in HR 14 september 1988, nr. 25 005, *BNB* 1989/213, af dat de eigen kring is beperkt tot de fiscale eenheid. A.L.C. Simons gaat er in zijn noot bij HR 23 april 1997, nr. 32 166, *BNB* 1997/301, echter van uit dat de 'eigen kring' groter is dan de fiscale eenheid.

18. Simons, a.w., toont zich in zijn noot bij HR 23 april 1997, nr. 32 166, *BNB* 1997/301, een tegenstander van een separate benadering van het leerstuk. De leerstukken van de fiscale eenheid, interne dienst, kosten voor gemene rekening, prestaties in eigen kring en van doorlopende posten moeten volgens hem in samenhang worden gezien, omdat ze allen voortvloeien uit het algemene uitgangspunt van de omzetbelasting dat alleen prestaties in het maatschappelijke verkeer moeten worden belast. E.M. Vrouwenfelder, a.w., vraagt zich af of het leerstuk alleen van toepassing is in situaties waarin partijen in financieel opzicht nauw met elkaar zijn verweven, zij de uitgaven werkelijk rechtstreeks gezamenlijk kunnen doen. In dit verband acht Braun, a.w., het niet onredelijk dat de Hoge Raad strenge voorwaarden verbindt aan de toepassing van het leerstuk van kosten voor gemene rekening. Indien het bijvoorbeeld gaat om de verdeling van personeelskosten, moet worden bedacht dat wanneer er twee of meer afzonderlijke dienstverbanden waren aangegaan, er evenmin flexibiliteit was geweest.

van het arrest voldoende basis voor het leerstuk van kosten voor gemene rekening kan worden ontleend.¹⁹

8.2.10 Koepelorganisaties

In art. 132 lid 1 onderdeel f BTW-richtlijn 2006 is een vrijstelling opgenomen voor diensten die worden verricht door zelfstandige groeperingen van personen, die activiteiten uitoefenen welke zijn vrijgesteld of waarvoor zij niet belastingplichtig zijn.²⁰ Deze groeperingen, ook wel koepelorganisaties genoemd, moeten als doel hebben om diensten te verlenen aan hun leden, die direct nodig zijn voor de uitoefening van de activiteiten van die leden. Voorwaarden hierbij zijn dat de koepelorganisaties alleen terugbetaling van het aandeel in de gezamenlijke uitgaven vorderen, en dat de vrijstelling niet tot concurrentievervalsing kan leiden. Voor de Nederlandse omzetbelasting is de koepelvrijstelling opgenomen in art. 11 lid 1 onderdeel u Wet OB 1968. De regeling is nader uitgewerkt in art. 9 Uitv.besl. OB 1968 en art. 9a Uitv.besch. OB 1968.

De relatie tussen de koepelorganisatie en de leden getuigt ook van verbondenheid. Hierin kan de verlengstukgedachte worden herkend: de koepel vormt een verlengstuk van de onderneming van de leden. In dit verband is er ook een parallel met de 'strategische allianties' die in hoofdstuk 2 aan bod zijn gekomen. Zonder de verbondenheid tussen de koepel en de leden is de vrijstelling in principe niet van toepassing. In HvJ EG 15 juni 1989, nr. C-348/87 (*SUFA*), *FED* 1989/559, was sprake van twee stichtingen, waarvan geen van beide lid was van de andere. Op de prestaties die de ene stichting aan de andere verrichtte, was de koepelvrijstelling daarom niet van toepassing.

In HR 10 augustus 2007, nr. 40 984, *V-N* 2007/40.25, is besloten een prejudiciële vraag te stellen of de koepelvrijstelling ook van toepassing is op diensten die de koepelorganisatie slechts aan één of enkele leden verricht. Deze zaak is bij het Hof van Justitie EG in behandeling onder nr. C-407/07. Een andere vraag is of een koepelorganisatie voor de toepassing van de vrijstelling uitsluitend aan haar leden moet presteren. Op 29 maart 2007 is in dit verband door een Belgisch gerechtshof een prejudiciële vraag gesteld over de toepassing van de vrijstelling van art. 13 A lid 1 onderdeel f Zesde richtlijn (thans art. 132 lid 1 onderdeel f BTW-richtlijn 2006). In deze zaak met nr. C-168/07 (*SA Axa Belgium*) is het de vraag of de vrijstelling alleen geldt indien de koepelorganisatie uitsluitend diensten voor haar leden verricht, of dat er ook mag worden gepresteerd aan niet-leden.

Ten aanzien van de koepelvrijstelling is nog vermeldenswaardig dat de Europese Commissie op 28 november 2007 een richtlijnvoorstel heeft gepubliceerd, met wij-

19. In dezelfde zin: A-G Van Hilten in haar conclusie van 21 januari 2008, nr. 43 930, *V-N* 2008/22.28.

20. R.N.F. Zuidgeest, 'De koepelvrijstelling als alternatief voor de fiscale eenheid BTW', *WFR* 2006, p. 618.

zigen ten aanzien van de behandeling van financiële- en verzekeringsdiensten.²¹ Een onderdeel van dit voorstel is de introductie van een afzonderlijke koepelvrijstelling voor samenwerkende groepen van financiële dienstverleners in art. 137b (voorstel) BTW-richtlijn 2006.²² Deze nieuwe vrijstelling krijgt een plaats naast de bestaande koepelvrijstelling van art. 132 lid 1 onderdeel f BTW-richtlijn 2006.

8.3 Wettelijke begrippen van verbondenheid

Hierna ga ik in op twee verbondenheidsbegrippen die zijn beschreven in de Wet OB 1968. Dit betreft de 'fiscale eenheid' in de zin van art. 7 lid 4 Wet OB 1968, en de geïeerdheid in art. 8, lid 7 (voorstel), Wet OB 1968.

8.3.1 'Fiscale eenheid' in de zin van art. 7 lid 4 Wet OB 1968

Net als voor de vennootschapsbelasting, geldt in de Wet OB 1968 als uitgangspunt dat ondernemers zelfstandig belastingplichtig zijn. Echter, art. 7 lid 4 Wet OB 1968 bepaalt dat personen en lichamen die in financieel, organisatorisch en economisch opzicht zodanig zijn verweven dat zij een eenheid vormen, voor de omzetbelasting als één ondernemer worden aangemerkt. De regeling heeft een facilitaire functie.

De basis voor de fiscale eenheid in de omzetbelasting ligt in art. 11 BTW-richtlijn 2006. Ingevolge deze bepaling is het de lidstaten toegestaan om personen die in het binnenland zijn gevestigd en die juridisch gezien wel zelfstandig zijn, maar financieel, economisch en organisatorisch nauw met elkaar zijn verbonden, samen als één belastingplichtige aan te merken. In de tweede volzin van art. 11 BTW-richtlijn 2006 is bepaald dat een lidstaat die het regime van de fiscale eenheid implementeert in haar nationale wetgeving, alle maatregelen kan vaststellen die nodig zijn om belastingfraude en -ontwijking die met een fiscale eenheid mogelijk zouden zijn, te voorkomen.

8.3.1.1 Wettelijke omschrijving

Zoals hiervoor is opgemerkt, is voor de aanwezigheid van een fiscale eenheid vereist dat de onderdelen in financieel, organisatorisch en economisch opzicht met elkaar zijn verbonden. In HR 19 december 1979, nr. 18 537, *BNB* 1980/45, is beslist dat voor het bestaan van een fiscale eenheid enige duurzaamheid is vereist; er is geen sprake van een eenheid indien de verbondenheid van incidentele aard is.

Volgens HR 22 februari 1989, nr. 25 068, *BNB* 1989/112, vereist 'financiële verwevenheid' het bezit van ten minste de meerderheid van de aandelen in elk van de vennootschappen, met inbegrip van de zeggenschap. Aan dit criterium kan ook zijn voldaan indien de meerderheid van de aandelen in handen is van dezelfde groep aandeelhouders, mits daarbij sprake is van een samenwerkende groep van personen,

21. Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 2006/112/EG betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde wat betreft de behandeling van verzekerings- en financiële diensten, COM(2007) 747 definitief.

22. In de Nederlandstalige tekstversie betreft dit art. 137 ter (voorstel) BTW-richtlijn 2006.

zo blijkt HR 19 december 1979, nr. 18 830, *V-N* 1980/166. In HR 28 juni 2000, nr. 35 433, *V-N* 2000/33.23, werd echter geen fiscale eenheid aanwezig geacht in een geval waarin vijftien holdingvennootschappen gezamenlijk de aandelen bezaten van een BV die een organisatieadviesbureau dreef.

Dat het om een harde grens van 50% gaat, blijkt uit HR 14 februari 2003, nr. 38 238, *V-N* 2003/12.17. In casu had belanghebbende 49,999851% van de gewone aandelen in een NV in handen, bezat zij cumulatief preferente aandelen, en had zij tevens een calloptie op de overige cumulatief preferente aandelen. Voorts waren de winstrechten ten aanzien van de niet in haar bezit zijnde aandelen aan belanghebbende geceedeerd. Doordat zij de koopsom op de overige aandelen schuldig was gebleven, liep belanghebbende het risico ten aanzien van de bedrijfsresultaten. Toch oordeelde de Hoge Raad dat er geen sprake was van een fiscale eenheid, omdat belanghebbende niet de meerderheid van de aandelen bezat, en dus niet beschikte over de aan die aandelen verbonden zeggenschap.

Van Zadelhoff leidt uit dit arrest af dat wellicht ook sprake is van financiële verwevenheid in een situatie waarin geen meerderheidsbelang wordt gehouden, maar wel de meerderheid van de aan de aandelen verbonden zeggenschap.²³ Indien deze benadering zou worden gevolgd, zou na inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058) de uitgifte van stemrechtloze aandelen aan een derde niet leiden tot een verbreking van de fiscale eenheid, mits de moedermaatschappij van de fiscale eenheid blijft beschikken over de aan de gewone aandelen verbonden zeggenschap.²⁴ In theorie zou zelfs de situatie kunnen bestaan dat alle winst op de aandelen toekomt aan een derde, terwijl de BV toch onderdeel is van een fiscale eenheid met een andere ondernemer, omdat deze de zeggenschap heeft. In vergelijkbare zin zou op basis van het bezit van alleen aandelen zonder winstrecht een fiscale eenheid kunnen worden gevormd. Uiteraard moet dan ook sprake zijn van organisatorische en economische verwevenheid.

Uit HR 14 februari 2003, nr. 38 238, *V-N* 2003/12.17, blijkt in elk geval dat optierechten en het bezit van economische eigendom van aandelen geen invloed hebben op de aanwezigheid van financiële verwevenheid. Ik vind dit niet in overeenstemming met de economische realiteit. Er lijkt te worden vastgehouden aan een formeel-juridische invulling van de financiële verwevenheid. Hiermee wordt miskend dat in de praktijk instrumenten worden gebruikt, als gevolg waarvan de feitelijke financiële verhoudingen geheel anders kunnen liggen dan de juridische aandelenverhoudingen.

23. B.G. van Zadelhoff in zijn noot bij HR 14 februari 2003, nr. 38 238, *BNB* 2003/91.

24. R.N.F. Zuidgeest, 'Flexibel BV-recht en 'verbondenheid' in het belastingrecht: buigen of barsten?', *WFR* 2007, p. 1162.

Voor de fiscale eenheid tussen stichtingen geldt voor de financiële verwevenheid een zwaarder, materieel criterium.²⁵ Volgens HR 30 mei 1990, nr. 25 722, *BNB* 1990/241, en HR 18 december 1991, nr. 27 833, *FED* 1992/249, is in die situaties slechts sprake van financiële verwevenheid, indien de financiële positie en/of de financiële gedragingen van het ene lichaam rechtstreeks afhankelijk zijn van, dan wel rechtstreeks van invloed zijn op de financiële positie van het andere lichaam. In Hof Arnhem 29 december 2006, nrs. 06/00239 en 06/00240, *V-N* 2007/19.1.6, werd de financiële verwevenheid in feite afgeleid uit de organisatorische verwevenheid die tot uitdrukking komt in de mogelijkheid om het bestuur van het andere lichaam te benoemen en/of te ontslaan.²⁶

Uit HR 22 februari 1989, nr. 25 068, *BNB* 1989/112, blijkt dat sprake is van 'organisatorische verwevenheid', indien de vennootschappen onder een gezamenlijke, althans als een eenheid functionerende leiding staan, dan wel indien de leiding van de ene vennootschap feitelijk ondergeschikt is ten opzichte van die van de andere. *Vervloed en Bod* (2006) merken op dat ook sprake is van organisatorische of bestuurlijke verwevenheid, indien de feitelijke zeggenschap in elk van de onderdelen bij nagenoeg dezelfde personen ligt. Volgens hen hoeven de personen niet bij elk onderdeel dezelfde functie te hebben.

Volgens HR 22 februari 1989, nr. 25 068, *BNB* 1989/112, betekent 'economische verwevenheid' dat de activiteiten van de vennootschappen in hoofdzaak strekken tot verwezenlijking van een zelfde economisch doel, zoals de bediening van een gemeenschappelijke klantenkring, dan wel dat de activiteiten van de ene vennootschap in hoofdzaak ten behoeve van de andere worden uitgeoefend. In dat laatste geval gaat het om zogenoemde 'complementaire prestaties'.

Bijl (1990) vreest dat de eis van economische verwevenheid door de gerechtshoven te beperkt wordt uitgelegd. Hij beschrijft dat het bij dit criterium volgens de Hoge Raad gaat om de verwezenlijking van een gezamenlijk doel, zoals de bediening van een gemeenschappelijke klantenkring. 'Gemeenschappelijk' wordt volgens Bijl door verschillende gerechtshoven echter te stringent uitgelegd en zonder meer vertaald in 'dezelfde' klantenkring. In dit verband merken Van Hilten en Van Kesteren (2007) op dat niet duidelijk is wanneer de verschillen in klantenkring van zodanig 'ondergeschikt belang' zijn, dat zij niet in de weg staan aan economische verwevenheid. Voorts is volgens hen nog onduidelijk wanneer klantenkringen gelijk zijn. Betekent het feit dat de klantenkring van een onderdeel van de fiscale eenheid verschuift, dat de eenheid wordt verbroken? En als nadien de verschuiving teniet wordt gedaan, ontstaat dan opnieuw een fiscale eenheid? Van Hilten en Van Kesteren stellen in dit verband voor om bij de beoordeling van de vraag of er eenzelfde klantenkring is, enige marge voor verschuivingen in te bouwen.

25. H.W.M. van Kesteren, 'De personenvennootschap en BTW', *TFO* 2005, nr. 1, meent dat dit zwaardere criterium voor de financiële verwevenheid ook geldt voor personenvennootschappen die tot een fiscale eenheid behoren.

26. P.F. Zijlstra, 'Enkele aspecten van de fiscale eenheid BTW', *BTWbulletin* 2007, nr. 7-8.

In HR 16 december 1998, nr. 33 987, *BNB* 1999/105, is ten aanzien van de 'complementaire prestaties' geoordeeld dat van economische verwevenheid alleen sprake kan zijn, indien de ene vennootschap hoofdzakelijk prestaties verricht jegens vennootschappen die met elkaar een fiscale eenheid vormen. Omdat in casu 96% van de prestaties werden verricht aan in het buitenland gevestigde vennootschappen, die geen onderdeel konden zijn van de fiscale eenheid, kon er volgens de Hoge Raad ook geen sprake zijn van een fiscale eenheid met de in Nederland gevestigde vennootschap waaraan de overige 4% werd gepresteerd.

De commissie 'Samenwerkingsverbanden in de omzetbelasting' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (2000) merkt op dat de fiscale eenheid oorspronkelijk is bedoeld om gelijkheid te bereiken tussen bedrijven die gekozen hadden om de activiteiten in één rechtspersoon uit te oefenen, en bedrijven die uit verscheidene rechtspersonen bestaan. In dat verband kon alleen van een fiscale eenheid worden gesproken, indien die activiteiten ook door één vennootschap zouden kunnen worden uitgeoefend. Vanuit deze invalshoek lijkt het criterium van economische verwevenheid overbodig.

In paragraaf 8.2.2 heb ik de 'eenheid in bedrijf en beroep' beschreven, die geldt voor een ondernemer/natuurlijk persoon. Op basis hiervan worden de verschillende bedrijven in feite zonder nadere voorwaarden als een 'fiscale eenheid' van een ondernemer/natuurlijk persoon behandeld. Er geldt dan ook geen voorwaarde van economische verwevenheid. Denie (1987) beschrijft in dit verband dat men zich in de omzetbelasting bedient van figuren om te splitsen dan wel aaneen te smeden met de bedoeling realiteiten in handen te krijgen en daaraan gevolgen te verbinden. Ten aanzien van de fiscale eenheid merkt hij op:

'Hetgeen bij de fiscale eenheid van rechtspersonen mijns inziens ook wel eens te ver voert. Als grondtoon merk ik hier slechts op dat ficties van ficties te ver voeren, als de maatschappelijke realiteit welke men met de realiteit van de eerste fictie (NV, BV) zelf probeert op te roepen, ongedaan wordt gemaakt door de tweede (fiscale eenheid). De fiscale eenheid zou terug moeten naar de strikt juridische constructie; slechts tot aandelenkapitaal en bestuur, slechts tot financiële en organisatorische eenheid. Want maatschappelijk gaat het om de macht van hetzij kapitaal, hetzij de arbeid, hetzij van beide.'

Hoewel Denie dit niet expliciet schrijft, lijkt hij van mening dat economische verwevenheid geen criterium zou moeten zijn.

8.3.1.2 *Vergelijking met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht*

Er wordt wel gezegd dat er voor de fiscale eenheid in de omzetbelasting een materiële toets wordt aangelegd.²⁷ Naar mijn mening is dit slechts ten dele waar. Het is

27. Bijvoorbeeld door Q.W.J.C.H. Kok (2005), de Commissie 'Fiscale eenheid VPB' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (1995), Van Sonderen (1995), en door Van Lindonk (1990).

natuurlijk zo dat er in art. 7 lid 4 Wet OB 1968 ook naar economische en organisatorische verwevenheid wordt gekeken, en niet alleen naar financiële verwevenheid. Er zijn echter verschillen ten opzichte van de invulling van 'verbondenheid' in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. Zo is financiële verwevenheid, dat wil zeggen het bezit van de meerderheid van de aandelen en de daaraan verbonden zeggenschap, onontbeerlijk voor de aanwezigheid van een fiscale eenheid. Indien er wel sprake is van organisatorische en economische verwevenheid, maar niet van financiële verwevenheid, komt er geen fiscale eenheid tot stand. In de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht kan het gemis aan financiële verbondenheid echter worden gecompenseerd door andere vormen van verbondenheid. Daarbij komt dat de aanwezigheid van een kapitaalbelang dat duidt op financiële verbondenheid, in deze disciplines een veel minder belangrijke rol speelt.

Het bezit van gecertificeerde aandelen en verpande aandelen, alsmede het recht van vruchtgebruik, pandrecht en optierechten, telt ten aanzien van verschillende regelingen in het ondernemingsrecht en jaarrekeningenrecht mee bij de beoordeling of sprake is van verbondenheid. Dit getuigt van een formele benadering van financiële verbondenheid. Naar mijn mening zou er meer recht worden gedaan aan de economische realiteit, indien deze bezitsvormen ook in acht zouden worden genomen bij het criterium van financiële verwevenheid voor de fiscale eenheid. Op basis van de facilitaire functie van het begrip acht ik hiervoor ook geen bezwaren aanwezig.

Overigens is in de wetsgeschiedenis het idee geopperd om voor de fiscale eenheid in de omzetbelasting aan te sluiten bij het begrip 'dochtermaatschappij' in de zin van art. 2:24a BW.²⁸ Naar mijn mening heeft de wetgever hier terecht van afgezien, omdat veel dochtermaatschappijen niet organisatorisch en economisch zouden zijn verweven, zoals in de richtlijn is vereist.

Zoals hiervoor is beschreven, is in HR 16 december 1998, nr. 33 987, *BNB* 1999/105, beslist dat van economische verwevenheid op basis van 'complementaire prestaties' alleen sprake is, indien de ene vennootschap hoofdzakelijk prestaties verricht jegens vennootschappen die met elkaar een fiscale eenheid vormen. Bij de beoordeling hiervan worden prestaties aan buitenlandse vennootschappen, die geen onderdeel kunnen zijn van de fiscale eenheid, buiten beschouwing gelaten. Dit doet ook geen recht aan de economische werkelijkheid. In de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht spelen landsgrenzen geen enkele rol bij de beoordeling van verbondenheid. Multinationalisatie, ofwel de situatie waarin een product dat een organisatie in het ene land op de markt brengt ook in een ander land gaat verkopen, wijst op het feitelijke bestaan van grensoverschrijdende economische verbondenheid.

Ten aanzien van de economische verwevenheid bestaat nog een verschil met het ondernemingsrecht. Zoals in hoofdstuk 3 is beschreven, wordt de centrale leiding voor het begrip 'concern' in het ondernemingsrecht geacht samen te hangen met de 'economische eenheid'. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat alleen sprake kan zijn van een economische eenheid, indien er een uniforme leiding is. Voor de fiscale eenheid

28. *Kamerstukken II* 1987/88, 20 030, nr. 9, p. 5.

in de omzetbelasting zijn organisatorische en economische verwevenheid daarentegen afzonderlijke criteria.

Met betrekking tot de organisatorische verwevenheid geldt nog het volgende. Zoals in hoofdstuk 2 is beschreven, wordt in de bedrijfseconomie een trend waargenomen op grond waarvan in concerns een verschuiving optreedt van 'wholly-owned subsidiaries' naar joint ventures. Ook zijn er zogenoemde 'multi-centre'-structuren en samenwerking in de vorm van strategische allianties ontstaan. Hieruit kan worden afgeleid dat organisatorische verbondenheid een dynamisch begrip is. Eigenlijk zou ook de inhoud van het begrip 'organisatorische verwevenheid' regelmatig moeten worden herzien om de aansluiting met de maatschappelijke werkelijkheid niet te verliezen. Naar mijn mening kan niet zonder meer worden vastgehouden aan criteria die twintig jaar geleden door de Hoge Raad zijn geformuleerd.

8.3.1.3 *Rechtsvormneutraliteit*

In principe leidt de fiscale eenheid voor de omzetbelasting tot rechtsvormneutraliteit. Een groep van aandelenvennootschappen wordt door de regeling van de fiscale eenheid op dezelfde wijze in de omzetbelasting betrokken als in de situatie dat de activiteiten zouden zijn ondergebracht in één vennootschap. In een bepaald opzicht is de regeling zelf ook rechtsvormneutraal, omdat er in beginsel geen beperkingen gelden ten aanzien van de rechtsvorm van de personen die onderdeel kunnen zijn van een fiscale eenheid. Echter, het zwaardere, materiële criterium dat op basis van HR 30 mei 1990, nr. 25 722, *BNB* 1990/241, en HR 18 december 1991, nr. 27 833, *FED* 1992/249, geldt voor de financiële verwevenheid tussen stichtingen, duidt juist weer niet op rechtsvormneutraliteit.²⁹

In art. 11 BTW-richtlijn 2006 is bepaald dat de onderdelen van de fiscale eenheid in het binnenland van dezelfde EU-lidstaat moeten zijn gevestigd. Hierdoor is een grensoverschrijdende fiscale eenheid voor de BTW niet mogelijk. Omdat in HR 14 juni 2002, nr. 35 976, *BNB* 2002/287, is beslist dat een buitenlandse vennootschap met een in Nederland gevestigde vaste inrichting wel onderdeel kan zijn van een Nederlandse fiscale eenheid, lijkt de regeling niet volledig rechtsvormneutraal.

Overigens is de beperking van de fiscale eenheid tot in Nederland gevestigde personen en lichamen al veel bekritiseerd in de literatuur. Bijl merkt op dat de territoriale begrenzing van de fiscale eenheid niet spoort met de neutraliteitsgedachte van de omzetbelasting.³⁰ De reden voor de begrenzing is waarschijnlijk gelegen in de vrees voor concurrentievervalsing ten aanzien van personen met een beperkt aftrekrecht. Van Lindonk (1989) merkt echter op dat dit effect juist wordt veroorzaakt door het feit dat niet alle landen een fiscale eenheid hebben ingevoerd. Zij acht dan ook geen dwingende redenen aanwezig voor de territoriale beperking. In dit verband merken Bijl, Van Hilten en Van Vliet (2001) op dat ongewenste effecten ook zouden kunnen worden geneutraliseerd door middel van belastingheffing over interne leve-

29. In dezelfde zin: H.W.M. van Kesteren, 'De personenvennootschap en BTW', *TFO* 2005, p. 1.

30. D.B. Bijl, 'Het ondernemerschap van een houdstermaatschappij', *WFR* 1982, p. 300.

ringen en interne diensten op basis van art. 5 lid 7 en art. 6 lid 3 Zesde richtlijn (thans: art. 18 en 27 BTW-richtlijn 2006). Naar mijn mening zouden interne prestaties in dit verband onbelast kunnen worden gelaten, voor zover aantoonbaar is dat in het buitenland geen groter aftrekrecht bestaat dan in Nederland.

Overigens lijkt de territoriale begrenzing ook in strijd met de vestigingsvrijheid van art. 43 en 48 EG-verdrag, zo beschrijven Van Doesum en Van Norden.³¹ Zij leiden dit af uit HvJ EG 13 december 2005, nr. C-466/03 (*Marks & Spencer*), BNB 2006/72.

Vanuit een oogpunt van rechtsvormneutraliteit is naar mijn mening ook de voorwaarde van economische verwevenheid niet op zijn plaats. De zogenoemde 'eenheid in bedrijf en beroep' wordt zonder meer aanwezig geacht bij een ondernemer/natuurlijk persoon, waardoor verschillende bedrijven van een ondernemer/natuurlijk persoon in feite zonder nadere voorwaarden als een 'fiscale eenheid' worden behandeld. Een groep rechtspersonen waarvan de ene vennootschap een groentenzaak drijft, en de andere een fietsenhandel, kan geen fiscale eenheid vormen vanwege het ontbreken van economische verwevenheid.

8.3.1.4 *Open norm of scherpe norm*

Aangezien de drie verwevenheidsvereisten niet wettelijk zijn uitgewerkt, moeten zij als een open norm worden beschouwd. Op basis van de facilitaire functie van de fiscale eenheid vind ik dit niet logisch. Naar mijn mening zou de praktische toepasbaarheid van de regeling groter zijn, indien een minder open norm zou worden gehanteerd voor een fiscale eenheid van aandelenvennootschappen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen worden vormgegeven door, evenals in IAS 27 met betrekking tot consolidatie onder IFRS, uit te gaan van een weerlegbaar vermoeden van verwevenheid bij het bezit van meer dan 50% van de stemrechten in een vennootschap. Dit vermoeden zou kunnen worden weerlegd indien in feite geen sprake is van financiële, organisatorische en economische verbondenheid. In paragraaf 8.3.1.6 wordt deze suggestie nader uitgewerkt.

8.3.1.5 *Uniformiteit*

Men kan zich afvragen of de regelingen van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting en omzetbelasting meer op elkaar zouden kunnen lijken. Finkensieper (1989) meent in dit verband dat er toenadering mogelijk is tussen beide regelingen. Hij beschrijft een aantal gelijkenissen. Dit betreft in de eerste plaats de mogelijkheid van horizontale compensatie van winsten en verliezen voor de vennootschapsbelasting; voor de omzetbelasting gaat het hierbij om de compensatie van belastingschulden en -vorderingen. Ten tweede biedt een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting het voordeel dat bij onderlinge transacties geen winstrealisatie optreedt; voor de omzetbelasting kan er in de sfeer van de onderlinge transacties ook een voordeel zijn, namelijk indien sprake is van een combinatie van belaste en vrijgestel-

31. A.J. van Doesum en G.J. van Norden, 'De territoriale begrenzing van de fiscale eenheid BTW (1)', *WFR* 2006, p. 823, en 'De territoriale begrenzing van de fiscale eenheid BTW (2)', *WFR* 2006, p. 853.

de transacties. Ten slotte leiden beide regelingen tot een procedurele en administratieve vereenvoudiging. Ik deel de mening van Finkensieper dat er veel voor valt te zeggen om verbonden personen voor de vaststelling van hun fiscale verplichtingen als een entiteit te behandelen, zonder onderscheid te maken per belastingsoort. Beide regelingen hebben tot doel om juridisch zelfstandige personen die nauw verweven zijn, bij wijze van faciliteit als een eenheid te zien met het gevolg dat fiscale resultaten gecompenseerd kunnen worden en dat interne transacties geen fiscale gevolgen hebben. Finkensieper denkt dat er in dit verband een unieke fiscale eenheid zou kunnen gelden voor de vennootschapsbelasting en omzetbelasting, maar ook voor de overdrachtsbelasting. Uiteraard zijn de gevolgen van de fiscale eenheid per belastingsoort wel verschillend, zo merkt hij op.

Een praktisch probleem is dat de bezitseisen in de regelingen voor de vennootschapsbelasting en omzetbelasting thans nog sterk verschillen. Voor de financiële verwevenheid in de zin van art. 7 lid 4 Wet OB 1968 geldt een bezitsei van meer dan 50% van de aandelen. In art. 15 Wet VPB 1969 geldt een bezitsei van 95%. Finkensieper (1989) denkt dat het bezitscriterium voor de vennootschapsbelasting ook op 50% zou kunnen worden gesteld. Zoals is toegelicht in hoofdstuk 7, meen ik echter dat dit voor de heffing van vennootschapsbelasting tot onbedoelde situaties zou kunnen leiden. Mijn voorkeur gaat daarom uit naar een bezitsei van 95%, zoals thans al geldt voor de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Overigens noemt Finkensieper dit ook als mogelijkheid. Ik wijs er nog op dat voor de fiscale eenheid in Zweden bijvoorbeeld ook een hoge bezitsei van 90% geldt, terwijl in Denemarken zelfs een 100%-criterium wordt gehanteerd.

Overigens is de hoogte van de bezitsei minder belangrijk, indien wordt uitgegaan van een materieel-economische benadering waarin deze eis slechts dient als weerlegbaar vermoeden van verwevenheid.

8.3.1.6 Aanbevelingen

Vooropgesteld wordt dat bij de formulering van wenselijk recht voor een regeling in de omzetbelasting beperkingen gelden die voortvloeien uit de BTW-richtlijn 2006. Finkensieper (1989) merkt echter ten aanzien van de fiscale eenheid op dat de richtlijn geen dwingende interpretatie van de verwevenheid voorschrijft. Ook Vyncke meent dat lidstaten de vrijheid zouden moeten hebben om de voorwaarden van financiële, organisatorische en economische verwevenheid in te vullen.³² Van Zadelhoff (2008) is echter van mening dat ook aan een facultatieve bepaling uit de richtlijn, in de verschillende lidstaten die daarvan gebruikmaken, op dezelfde wijze inhoud dient te worden gegeven. Dit kan volgens hem slechts anders zijn, indien de desbetreffende richtlijnbeepaling zelf aanleiding geeft dat de lidstaten nog begrippen mogen invullen of voorwaarden mogen stellen, maar dit is ten aanzien van de fiscale eenheid niet het geval. Ook Van Norden (2007) vindt dat de verwevenheidseisen 'communautaire begrippen' zijn, die in de verschillende lidstaten op dezelfde wijze

32. Kenneth Vyncke, 'VAT Grouping in the European Union: Purposes, Possibilities and Limitations', *International VAT Monitor* July/August 2007.

inhoud moeten worden gegeven. In dit verband was in HvJ EG 22 mei 2008, nr. C-162/07 (*Amplificientifica Srl, Amplifin Spa*), V-N 2008/25.20, de prejudiciële vraag gesteld of het een lidstaat op basis van art. 4 lid 4 Zesde richtlijn (thans: art. 11 BTW-richtlijn 2006) is toegestaan nadere voorwaarden te stellen aan de financiële, organisatorische en economische verwevenheid. In zijn beslissing is het Hof van Justitie echter niet toegekomen aan de beantwoording van deze vraag: de beoordeling of de Italiaanse regeling voor een vereenvoudigde BTW-aangifte kan worden beschouwd als een regeling van een 'fiscale eenheid', is overgelaten aan de Italiaanse rechter.

Op basis van de huidige stand van de jurisprudentie is dus niet bekend in hoeverre lidstaten de drie verwevenheidsvereisten zelfstandig mogen invullen. Uit een analyse van de verschillende regelingen in de EU-lidstaten die een fiscale eenheid kennen, blijkt overigens dat de verwevenheidsvereisten op een zeer uiteenlopende wijze zijn vormgegeven. In de bijlage bij dit hoofdstuk is een overzicht opgenomen van de kenmerken van de verschillende regimes in de EU-lidstaten. Uit het overzicht blijkt dat een aantal lidstaten een materieel-economische benadering kiest, waarbij sommigen aansluiting zoeken bij de verbondenheid zoals deze geldt in het lokale ondernemingsrecht of jaarrekeningsrecht. Andere lidstaten kiezen daarentegen voor een zuiver formeel-juridische benadering, in de vorm van een minimaal vereist aandelenbezit. Daarbij verschillen bovendien de ondergrenzen van deze bezitseis. Ik leid hieruit af dat bij de invulling van de criteria van art. 11 BTW-richtlijn 2006 toch een grote mate aan beoordelingsruimte toekomt aan de lidstaten. Dit is van belang voor de hierna te noemen aanbevelingen.

Net als voor de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, kan de vraag worden gesteld of de fiscale eenheid van art. 7 lid 4 Wet OB 1968 moet uitgaan van een formeel-juridische, of een materieel-economische benadering. In dit verband is hiervoor opgemerkt dat de 'eenheid in bedrijf en beroep' wel aanwezig wordt geacht bij een ondernemer/natuurlijk persoon, maar niet bij een groep rechtspersonen. Als gevolg hiervan wordt ten aanzien van de verschillende bedrijven van een ondernemer/natuurlijk persoon geen eis van economische verwevenheid gesteld. Een interessante vraag is of deze eis dan wel op zijn plaats is. Zou het bestaan van een fiscale eenheid niet louter kunnen worden getoetst aan de voorwaarden van financiële en organisatorische verwevenheid? Dit zou ook aansluiten bij de opvatting in het ondernemingsrecht dat de 'centrale leiding' samenhangt met de 'economische eenheid'. In het ondernemingsrecht wordt ervan uitgegaan dat alleen sprake kan zijn van een economische eenheid, indien er een uniforme leiding is. De constatering van organisatorische verwevenheid zou dan als het ware duiden op de impliciete aanwezigheid van economische verwevenheid.

Voor deze gedachte valt naar mijn mening wel iets te zeggen. Zoals door Van Achterberg (1989) is beredeneerd, heeft een verzameling van ondernemingen waarvan de activiteiten meer zijn gediversifieerd, minder behoefte aan centrale leiding. In de fiscale literatuur is overigens ook bepleit om de eis van economische verwevenheid niet te stellen. Hoewel Denie (1987) het niet als zodanig uitspreekt, lijkt hij van mening dat economische verwevenheid geen afzonderlijk criterium zou moeten zijn. Ook de commissie 'Samenwerkingsverbanden in de omzetbelasting' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (2000) suggereert dat de eis van economische ver-

wevenheid zou kunnen worden afgeschaft. Tijdens de bespreking van het rapport van de commissie is dit duidelijk uitgesproken.³³ Een stap verder zou zijn om alleen de eis van financiële verwevenheid te stellen. Met het bezit van aandelen zou dan sprake zijn van 'power-to-control'. Organisatorische verwevenheid zou dan als het ware voortvloeien uit het aandelenbezit. In feite is dit de juridische benadering die ook geldt voor de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, zoals door Kok (2005) en Van Lindonk (1990) is beschreven. Een formeel-juridisch criterium wordt dan als een voldoende benadering beschouwd van de gewenste economische maatstaf die men zou verwachten.

Indien op deze wijze een formeel-juridisch criterium zou worden gehanteerd, zouden allerlei onredelijkheden die thans in de jurisprudentie nog wel eens ontstaan, kunnen worden vermeden. In Rechtbank Haarlem 11 december 2006, nr. 05/6526, V-N 2007/49.16, was bijvoorbeeld sprake van een stamrecht-BV die diensten verrichtte op het gebied van detachering en bedrijfsadvisering. Deze BV vormde volgens de rechtbank geen fiscale eenheid met een andere vennootschap waarin zij alle aandelen bezat, omdat niet aannemelijk was gemaakt dat een sturende en beleidsbepalende functie werd vervuld. In vergelijkbare zin werd in Rechtbank Arnhem 15 februari 2006, AWB05/819, V-N 2006/42.12, beslist dat een houdstermaatschappij geen beroep kon doen op de vorming van een fiscale eenheid op basis van de holdingresolutie, omdat zij de verwevenheid met haar deelnemingen onvoldoende aannemelijk had gemaakt. Bij deze uitspraken kan men zich afvragen of de hantering van een formeel-juridische maatstaf niet rechtvaardiger en eenvoudiger zou zijn.

Toch vind ik dat organisatorische en economische verbondenheid een rol moeten blijven spelen. Met een formeel-juridische benadering wordt naar mijn mening onvoldoende recht gedaan aan de realiteit van verbondenheid, zoals deze geldt in de bedrijfseconomie. Immers, zeggenschap op basis van de stemrechten in de *ava* is geen garantie voor de aanwezigheid van een 'eenheid van beleid'. Met een enkel formeel-juridisch criterium zou net als bij de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting de kans bestaan dat een conglomeraat ook als fiscale eenheid kan worden aangemerkt, en een concern juist niet. Dit kan worden voorkomen door aandacht te besteden aan organisatorische en economische verwevenheid. Weliswaar blijft dan een verschil met de behandeling van de ondernemer/natuurlijk persoon bestaan, maar dat wordt veroorzaakt door de gedachte van de 'eenheid in bedrijf en beroep' die op basis van de bedrijfseconomie eigenlijk onjuist is.

Wat betreft de vereiste financiële, organisatorische en economische verwevenheid, zou wel de zienswijze kunnen worden overgenomen zoals die in Zweden, Duitsland en Oostenrijk wordt gehanteerd. In deze landen gelden eveneens vereisten voor de financiële, organisatorische en economische verwevenheid, maar deze worden daar in onderlinge samenhang gezien. In de praktijk hoeft niet aan elk criterium in dezelfde mate te worden voldaan. Indien bijvoorbeeld wel sprake is van organisatorische en economische verwevenheid, maar er een aandelenbezit ontbreekt, kan in Zweden, Duitsland en Oostenrijk toch sprake zijn van een fiscale eenheid.

33. G.D. van Norden als debater bij de bespreking van het rapport van de commissie 'Samenwerkingsverbanden in de omzetbelasting' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (2000).

Hiervoor heb ik opgemerkt dat in het kader van een materieel-economische benadering voor de fiscale eenheid in art. 7 lid 4 Wet OB 1968 zou kunnen worden aangesloten bij de benadering die geldt voor de omschrijving van het begrip 'groep' in art. 2:24b BW en de regels voor de consolidatie in RJ 217 en IAS 27. Om de praktische toepasbaarheid van de regeling te vergroten, zou voor aandelenvennootschappen kunnen worden uitgegaan van een weerlegbaar vermoeden van verwevenheid bij het bezit van ten minste 95% van de stemrechten. Dit verwevenheidsvermoeden zou kunnen worden weerlegd indien in feite geen sprake is van financiële, organisatorische en economische verwevenheid. In dezelfde zin zou kunnen worden aangetoond dat er wel sprake is van verwevenheid bij een bezit van minder dan 95% van de stemrechten. Dit betekent in feite dat toch een eenvoudig criterium wordt gehanteerd, waarbij zowel de inspecteur als de belastingplichtige de mogelijkheid hebben om tegenbewijs te leveren op basis van de feitelijke situatie. Overigens kan dit idee van een formeel-juridisch criterium, met een mogelijkheid van tegenbewijs, ook worden herkend in de regeling die onlangs in België is ingevoerd.³⁴

Op basis van het vorenstaande zou ik de contouren van de regeling van de fiscale eenheid in de omzetbelasting als volgt willen schetsen:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van 95% van de stemrechten in een aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 95%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van meer dan 95% van de stemrechten.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten, tenzij aan deze instrumenten zodanige voorwaarden zijn verbonden, dat moet worden aangenomen dat de aandeelhouder het stemrecht reeds heeft overgedragen.
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, tellen niet mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In verband met de genoemde tegenbewijsmogelijkheid kunnen zij echter wel een rol spelen om aan te tonen dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 95%-criterium, in feite toch een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend.

34. Voor een uitgebreide beschrijving verwijs ik naar Kenneth Vyncke, 'Belgische 'btw-eenheid' vanaf 1 april 2007', *BTWbulletin* 2006, nr. 12.

- Prestaties aan buitenlandse vennootschappen worden in beschouwing genomen bij de beoordeling van economische verwevenheid.

Een en ander stemt grotendeels overeen met de contouren die ik in hoofdstuk 7 heb geschetst ten aanzien van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Naar mijn mening is een uniforme regeling voor beide belastingen mogelijk, nu de fiscale eenheid in zowel de Wet VPB 1969 als de Wet OB 1968 een facilitaire functie heeft. Bovendien bestaan er tussen de huidige regelingen gelijkenissen; deze zijn in paragraaf 8.3.1.5 toegelicht.

Naar mijn mening kan de fiscale eenheid voor de omzetbelasting een grensoverschrijdende werking krijgen. Er moeten dan wel maatregelen worden getroffen om oneigenlijk gebruik te voorkomen, met name ten aanzien van ondernemers met een beperkt aftrekrecht. In dit verband zouden interne prestaties tussen een buitenlands onderdeel van de fiscale eenheid en een Nederlands lichaam alleen onbelast kunnen worden gelaten, indien vaststaat dat in het buitenland geen groter recht op aftrek van voorbelasting bestaat dan in Nederland. De belastingplichtige zou in dit verband de bewijzen moeten aanvoeren, welke door de fiscus zouden kunnen worden gecontroleerd op basis van informatie verkregen uit internationale inlichtingenuitwisseling.

8.3.2 *Gelieerdheid in de zin van art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968*

Sinds 2005 speelt verbondenheid ook een rol bij de bepaling van de maatstaf van heffing voor de omzetbelasting. Op basis van art. 80 BTW-richtlijn 2006 kunnen de EU-lidstaten een geobjectiveerde heffingsmaatstaf invoeren, indien de tussen partijen tot stand gekomen prijs lager is dan de normale waarde en er familiale of andere nauwe persoonlijke, bestuurlijke, eigendoms-, lidmaatschaps-, financiële of juridische banden bestaan.

In HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (*Halifax*), BNB 2006/170, is door het Hof van Justitie EG ook gewezen op 'verbondenheid' tussen de belastingplichtigen die bij de constructies ter verlaging van de belastingdruk zijn betrokken. Bij de beoordeling van de vraag of de transacties in wezen tot doel hebben een belastingvoordeel te verkrijgen, kunnen de 'banden van juridische, economische en/of persoonlijke aard' tussen de betrokken belastingplichtigen in aanmerking worden genomen. Deze omschrijving van verbondenheid is herhaald in HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-425/06 (*Part Service Srl*), V-N 2008/11.17. In dit verband lijkt de term 'familiale of andere nauwe persoonlijke, bestuurlijke, eigendoms-, lidmaatschaps-, financiële of juridische banden' als bedoeld in art. 80 BTW-richtlijn 2006 op de in deze arresten gehanteerde terminologie.³⁵

35. Overigens stamt deze terminologie uit HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99 (*Emsland Stärke*), BNB 2003/169, waarin het Hof van Justitie EG het begrip 'persoonlijke en economische banden' hanteerde.

Nog voordat de richtlijnbevestiging in werking was getreden, is in 2005 het Nederlandse wetsvoorstel 'Constructiebestrijding (on)roerende zaken' (30 061) ingediend. Dit voorstel bevat maatregelen tegen belastingontwijkende constructies met betrekking tot lease of verkoop van onroerende zaken, verbouwingen, roerende investeringsgoederen of software. In dit verband wordt onder meer een geobjectiverde heffingsmaatstaf voorgesteld voor transacties met niet-belastingplichtige rechtspersonen, of met ondernemers met een beperkt aftrekrecht. Indien de leverancier en de afnemer niet handelen als 'zelfstandige partijen', wordt de maatstaf van heffing gesteld op de 'normale waarde' in plaats van de tussen partijen tot stand gekomen prijs. De gelieerdheid die hiermee wordt bedoeld, heeft een antiontgaansfunctie.

Overigens is in oktober 2006 door de Minister van Financiën gemeld dat het wetsvoorstel wordt aangehouden in afwachting van jurisprudentie van de Hoge Raad over een aantal BTW-misbruikconstructies.³⁶ Uit HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (*Halifax*), BNB 2006/170, HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-223/03 (*University of Huddersfield*), BNB 2006/171, en HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-419/02 (*BUPO Hospitals Ltd*), BNB 2006/172, blijkt namelijk dat het leerstuk van *fraus legis* kan worden toegepast in de omzetbelasting. Lange tijd werd dit betwijfeld.³⁷ Met het leerstuk van *fraus legis* lijkt de Belastingdienst nu een middel tot zijn beschikking te hebben, waarmee de constructies kunnen worden bestreden waarop het wetsvoorstel is gericht. Een saillant detail is overigens dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad waarop de Minister van Financiën heeft willen wachten, *fraus legis* tot dusver niet is toegepast.³⁸ Het is daarom op dit moment nog niet duidelijk of, en wanneer het wetsvoorstel 'Constructiebestrijding (on)roerende zaken' (30 061) in werking zal treden.

8.3.2.1 Wettelijke omschrijving

De te introduceren 'at-arm's-length'-bepaling knoopt aan bij de gelieerdheid van partijen. Er is sprake van gelieerdheid indien een leverancier en een afnemer niet handelen als 'zelfstandige partijen', zo is bepaald in art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968. In de parlementaire toelichting is deze gelieerdheid nader beschreven. In dit

36. *Kamerstukken II 2006/07*, 30 061, nr. 11, p. 2.

37. H.W.M. van Kesteren en M.W.C. Soltysik, 'Misbruik en de onvoltooide harmonisatie', *WFR 2007*, p. 481, wijzen erop dat bij de omzetbelasting een enkelvoudige handeling, de levering of dienst, centraal staat, terwijl voor *fraus legis* een complex aan handelingen in ogenschouw moet worden genomen. Voorts was het de vraag of een leerstuk dat voor een groot deel uitgaat van subjectieve oogmerken van de belastingplichtige, wel past bij het objectieve karakter van de belasting, zo beschrijft R.N.G. van der Paardt, 'Intracommunautaire ABC-transacties en *fraus legis* in de BTW', *WFR 1998*, p. 283.

38. In HR 15 juni 2007, nr. 37 645, www.rechtspraak.nl, en nr. 37 646, *V-N 2007/31.24*, is in twee van deze zaken uitspraak gedaan. Beide zaken werden in het voordeel van de Staatssecretaris van Financiën beslist op basis van een van de civielrechtelijke situatie afwijkende, richtlijnconforme fiscaalrechtelijke kwalificatie van de feiten. Aan de toepassing van *fraus legis* kwam de Hoge Raad niet toe. Ook in HR 23 november 2007, nrs. 38 126 en 40 142, *V-N 2007/57.19* en *57.20*, en in HR 30 november 2007, nrs. 37 641, 37 642, 37 643, 37 644, 37 647 en 37 648, *V-N 2007/57.21* en *57.22* en www.rechtspraak.nl, heeft de Hoge Raad het leerstuk van 'misbruik van recht' niet toegepast in vergelijkbare zaken.

verband is toegelicht dat van een onder normale omstandigheden gesloten overeenkomst geen sprake is, indien tussen de verkoper en de koper een verhouding bestaat, die van invloed is op het bepalen van de prijs. Volgens de Staatssecretaris van Financiën is bij een ongewoon lage prijs sprake van gelieerdheid. Indien er geen gelieerdheid is, is er volgens hem een normale prijs tot stand gekomen.³⁹ Ik vind deze redenering wel erg onduidelijk. Zij geeft naar mijn mening blijk van een hoge mate van frustratie over de constructies. Ik denk echter dat dit niet een excuus mag zijn om een dergelijk vage omschrijving te geven. Het is op zich begrijpelijk dat de exacte reikwijdte van de bepaling niet is aangegeven: het gaat immers om een antiontgaansregeling. Toch lijkt mij voor bonafide gevallen enige toelichting gewenst.

In de parlementaire toelichting is aangegeven dat leverancier en afnemer niet als zelfstandige partijen handelen, indien sprake is van financiële, economische of organisatorische banden of verwevenheid.⁴⁰ Het gaat hierbij niet om de verwevenheid in de zin van art. 7 lid 4 Wet OB 1968. Voor de financiële, economische of organisatorische verwevenheid voor de fiscale eenheid geldt volgens de toelichting een 'zware' invulling. Voor de geobjectiveerde heffingsmaatstaf moet echter worden uitgegaan van een 'lichte' invulling. Zo ontstaat verbondenheid al indien de afnemer, direct of indirect, een lening verstrekt aan de leverancier. Ik vraag mij af of hiermee alle transacties met professionele kredietverstrekkers niet per definitie onder druk komen te staan. Een succesvolle inkooptransactie met een fikse kwantumkorting zou op basis van de voorgestelde tekst al tot een correctie kunnen leiden. Het is echter duidelijk dat de maatregel hiervoor niet is bedoeld. In dit verband is het opmerkelijk dat er geen mogelijkheid bestaat om de veronderstelde gelieerdheid te weerleggen.

Omdat ten aanzien van de financiële banden of verwevenheid een lichte invulling wordt bedoeld, kan ik mij voorstellen dat er op basis van art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 ook verbondenheid bestaat op basis van optierechten, het bezit van enkel juridische of economische eigendom van aandelen, certificering, verpanding enzovoort.

De gelieerdheid in de zin van art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 kan naar mijn mening worden vergeleken met de 'at arm's length'-bepaling van art. 8b lid 1 Wet VPB 1969. Er bestaat ook gelijkenis met de 'transfer-pricing'-regels voor de douanerechten. Voor douanedoelinden wordt de overeengekomen prijs op basis van art. 29 lid 1 onderdeel d CDW verworpen indien koper en verkoper zijn 'verbonden' waardoor de prijs aantoonbaar is beïnvloed. In dit verband bepaalt art. 143 TCDW in welke situaties natuurlijke personen of rechtspersonen geacht worden met elkaar te zijn verbonden. Dat is het geval indien:

- zij functionaris of directeur van elkaars zaken zijn;
- zij door de wettelijke bepalingen worden erkend als te zijn verbonden in zaken;
- zij werkgever en werknemer zijn;

39. *Kamerstukken II 2004/05, 30 061, nr. 3, p. 28.*

40. *Kamerstukken II 2004/05, 30 061, nr. 3, p. 29.*

- enig persoon, hetzij rechtstreeks of zijdelings, 5% of meer van het stemgerechtigd uitstaand kapitaal of aandelen bezit, controleert of houdt;⁴¹
- één van hen de ander, hetzij rechtstreeks of zijdelings, controleert;
- beiden, hetzij rechtstreeks of zijdelings, worden gecontroleerd door een derde persoon;
- zij samen, hetzij rechtstreeks of zijdelings, een derde persoon controleren;
- zij behoren tot dezelfde familie in de zin van art. 143 TCD.

Punt en Van Vliet (2000) menen dat in dit verband onder 'controleren' moet worden verstaan:

'... het wettelijk of feitelijk in staat zijn om ten opzichte van de andere persoon dwang of leiding uit te oefenen.'

Zij denken dat het te ver zou gaan om hieronder ook de niet gerealiseerde mogelijkheid tot het feitelijk controleren te verstaan. Zij denken dus dat het om de feitelijke 'control' gaat, en niet om de 'power-to-control'.

8.3.2.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Zoals in hoofdstuk 5 is beschreven, is de sociaal-maatschappelijke betekenis van het huwelijk en het gezin de afgelopen decennia aanzienlijk veranderd. Het personen- en familierecht is de afgelopen jaren aangepast aan deze sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van relaties, huwelijk en gezin. In art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 worden voor de gelieerdheid onder meer 'familiale of andere nauwe persoonlijke banden' in acht genomen. Deze term lijkt voldoende ruim om ook de dynamiek van de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van relaties, huwelijk en gezin te kunnen omvatten.

De verbondenheid in art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 knoopt aan bij financiële, economische of organisatorische banden of verwevenheid tussen de leverancier en afnemer. Dit sluit aan bij de 'verbondenheid' in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. Bovendien kan hierin de 'stakeholdersbenadering' worden herkend, op grond waarvan de onderneming wordt gezien als samenwerkingsverband van verschillende partijen.

Uit de gehanteerde term 'familiale of andere nauwe persoonlijke, bestuurlijke, eigendoms-, lidmaatschaps-, financiële of juridische banden' blijkt overigens dat financiële verbondenheid ook in art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 niet de hoofdrol speelt. Evenals in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht lijkt organisatorische verbondenheid ten minste even belangrijk. Voorts wordt in deze disciplines en rechtsgebieden erkend dat 'verbondenheid' ook op basis van overeenkomsten kan bestaan. Dit biedt steun voor het feit dat de verbondenheid in art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 mede wordt gekoppeld aan de overeenkomst tussen partijen.

41. F.C. de Hosson, Het begrip 'gelieerde ondernemingen' in het nationale en internationale recht (I), *WFR* 1987, p. 1421, vindt het opmerkelijk dat een belang van 5% reeds tot verbondenheid leidt.

De kring van verbonden personen in art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 doet voorts denken aan het begrip 'verbonden partij' in de zin van RJ 330 met betrekking tot het jaarrekeningenrecht. Dit begrip is beschreven in hoofdstuk 4.

8.3.2.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

De regeling van art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 lijkt neutraal ten aanzien van de samenlevingsvorm tussen partners. De term 'familiale of andere nauwe persoonlijke banden' biedt hiervoor voldoende ruimte.

Het verbondenheidsbegrip lijkt voorts neutraal ten aanzien van de rechtsvorm van niet-belastingplichtige rechtspersonen, en ondernemers met een beperkt aftrekrecht. Dit komt voort uit het gebruik van de term 'bestuurlijke, eigendoms-, lidmaatschaps-, financiële of juridische banden'.

Op basis van het voorstel worden natuurlijke personen echter niet als 'verbonden' aangemerkt. Hierdoor geldt de geobjectiverde heffingsmaatstaf niet voor constructies waarbij natuurlijke personen zijn betrokken. Er bestaat dus geen volledige neutraliteit.

De term 'familiale of andere nauwe persoonlijke banden' kan worden beschouwd als een open norm, met name omdat hiervoor een 'lichte' invulling geldt. Overigens vind ik dit open karakter begrijpelijk op basis van de antiontgaansfunctie die het verbondenheidsbegrip in dit kader heeft.

Van uniformiteit met andere antiontgaansbepalingen is echter geen sprake, terwijl dit naar mijn mening wel mogelijk is. Wat betreft de antiontgaansfunctie acht ik de term 'familiale of andere nauwe persoonlijke banden' bijvoorbeeld vergelijkbaar met het begrip 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001, of met de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969. Zoals hiervoor is opgemerkt is er ook gelijkenis met de gelieerdheid zoals bedoeld in art. 8b lid 1 Wet VPB 1969.

8.3.2.4 *Aanbevelingen*

Naar mijn mening zou voor de relaties tussen natuurlijke personen in art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 evengoed kunnen worden aangesloten bij het begrip 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. In hoofdstuk 6 heb ik de contouren van dit begrip als volgt geschetst:

- Er geldt een sociaal-maatschappelijke benadering, waarbij de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel' als 'verbonden persoon' worden beschouwd.
- Voor ongehuwde samenwoners geldt in dit verband een weerlegbaar vermoeden van 'verbondenheid'.
- Voorts wordt een minderjarig 'kind' van de betrokken persoon of van zijn 'levensgezel' tot de kring van verbonden personen gerekend. In situaties waarin een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke transactie wordt gepleegd met een

- bloed- of aanverwant in de rechte lijn of een dergelijk familielid van zijn 'levensgezel', wordt deze eveneens als 'verbonden persoon' aangemerkt.
- Indien de betrokken persoon minderjarig is, wordt ook een bloed- of aanverwant in de opgaande lijn, en diens echtgenoot, geregistreerde partner of 'levensgezel' als een 'verbonden persoon' beschouwd.
 - In afwijking van art. 1:3 lid 3 BW worden de duurzaam gescheiden levende echtgenoot en de ex-schoonfamilie voor de toepassing van de Wet IB 2001 niet tot de kring van verbonden personen gerekend.

Voor de verbondenheid tussen lichamen en tussen een lichaam en een natuurlijk persoon zou kunnen worden verwezen naar de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969. Ten opzichte van de verbondenheidsbegrippen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting zou dan een uniform geheel ontstaan. Bovendien zou er dan ten minste enige duidelijkheid bestaan over de reikwijdte van de geobjectiveerde heffingsmaatstaf. Er zou echter nog steeds een open norm worden gehanteerd, waardoor geen afbreuk zou worden gedaan aan de antiontgaansfunctie van het verbondenheidsbegrip. Al met al zouden de contouren als volgt kunnen luiden:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat overheersende zeggenschap en een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam. Niet alleen een aandelenbelang vormt een 'belang', maar ook andere rechten, zoals zeggenschapsrechten en schuldeisersbelangen, en deelname aan de leiding.
- Ten aanzien van een aandelenvennootschap wordt een 'belang' aanwezig geacht bij het bezit van 33 $\frac{1}{3}$ % van de aandelen in het geplaatste kapitaal en de daaraan verbonden stemrechten.
- Hierbij gaat het om het daadwerkelijke 'belang' zoals is toegelicht met betrekking tot art. 4 lid 3 WBR, dat wil zeggen, dat een aandelenbezit dat economisch kan worden gelijkgesteld met een geldlening, zoals preferente aandelen of aandelen zonder stemrecht, geen 'belang' vormt. Een aandelenbezit van minder dan 33 $\frac{1}{3}$ % kan echter toch een 'belang' zijn, indien aan deze aandelen ten minste een derde gedeelte van de zeggenschap is verbonden.
- Voorts gaat het om het 'uiteindelijke belang', ofwel het belang dat op proportionele basis wordt gehouden door een natuurlijk persoon of lichaam.
- De belangen gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel', kinderen en kinderen van de levensgezel worden meegeteld bij de beoordeling van het verbondenheidsvermoeden.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten.
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, kunnen zelf ook een 'belang' vor-

men en tellen als zodanig eveneens mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden.

- Bovengenoemde veronderstelling van de aanwezigheid van een 'belang' op basis van een aandelenbezit dient om duidelijkheid te bieden in 'standaardsituaties' ten aanzien van aandelenvennootschappen, waarin bijvoorbeeld geen sprake is van zeggenschap op basis van overeenkomsten en alleen een aandelenband bestaat. In verband met de antiontgaansfunctie staat de feitelijke, materieel-economische benadering echter voorop. In gevallen die afwijken van de standaard-situaties, bijvoorbeeld omdat sprake is van een vennootschap zonder een in aandelen verdeeld kapitaal of omdat er krachtens een managementovereenkomst feitelijke zeggenschap en beleidsbepalende invloed kan worden uitgeoefend zonder dat er een aandelenband is, kan ook een 'belang' bestaan.
- Belastingplichtigen krijgen de mogelijkheid om de fiscus vooraf zekerheid te vragen over de aanwezigheid van een 'belang' en verbondenheid.

Art. 80 BTW-richtlijn 2006, waarin de mogelijkheid van de geobjectiveerde heffingsmaatstaf wordt geboden, is een 'kan-bepaling'. In de bepaling is expliciet vermeld dat de lidstaten zelf een omschrijving moeten geven voor de bedoelde familiale of andere nauwe persoonlijke, bestuurlijke, eigendoms-, lidmaatschaps-, financiële of juridische banden. Ik denk daarom dat de aansluiting bij de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969 ook passen binnen het kader van de BTW-richtlijn 2006.

8.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht waarom 'verbondenheid' relevant is voor de heffing van omzetbelasting, en op welke plaats en welke wijze hiermee rekening wordt gehouden in de Wet OB 1968. In dit verband is er een groot aantal thema's in de omzetbelasting waarin verbondenheid een rol speelt, zonder dat de relatie tussen de betrokken natuurlijke personen en lichamen wettelijk is omschreven. Dit betreft de vraag naar de belastingplicht van de directeur-groootaandeelhouder en houdstervenootschappen, de vaste inrichting, de principes van 'vereenzeling' of onzelfstandigheid, de 'entiteit', 'partage' en transacties voor gemene rekening, de behandeling van samenwerkingsverbanden, de leerstukken van de 'eigen kring' en 'kosten voor gemene rekening' en de koepelvrijstelling.

Er zijn voorts twee wettelijk gedefinieerde verbondenheidsbegrippen voor de omzetbelasting: de fiscale eenheid in de zin van art. 7 lid 4 Wet OB 1968 en het gelieerdheidsbegrip van art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 dat is geïntroduceerd in het wetsvoorstel 'Constructiebestrijding (on)roerende zaken' (30 061).

De conclusies die uit de analyse van de wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen in de Wet OB 1968 kunnen worden getrokken, zijn samengevat in het volgende schema:

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| 'Fiscale eenheid' in de zin van art. 7 lid 4 Wet OB 1968 | Verwevenheid in financieel, organisatorisch en economisch opzicht | F | +/- | +/- | - | +/- | Uniform begrip 'fiscale eenheid': <ul style="list-style-type: none"> - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 95% van de stemrechten in een aandelenvennootschap; - Stemrechten verbonden aan aandelen waarop alternatieve bezitsvormen rusten (certificaten van aandeel, pandrecht, vruchtgebruik, financiële instrumenten) tellen mee bij beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de aandeelhouder; - Deze alternatieve bezitsvormen tellen niet mee bij de houder ervan |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| 'Gelieerdheid' in de zin van art. 8 lid 7 (voorstel) Wet OB 1968 | Niet als zelfstandige partijen handelen; Familiale of andere nauwe, persoonlijke, bestuurlijke, eigendoms-, lidmaatschaps-, financiële of juridische banden; Financiële, economische of organisatorische banden of verwevenheid | AO | + | + | + | - | Aansluiten bij begrippen 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 (hoofdstuk 6) en 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969 (hoofdstuk 7) |

Bijlage Overzicht regimes van de fiscale eenheid voor de omzetbelasting in de EU-lidstaten

| EU-lidstaat | Fiscale eenheid | Verbondenheidsbegrip |
|-------------|-----------------|---|
| België | Ja | Financiële, organisatorische en economische verwevenheid; Verwevenheid wordt (weerlegbaar) verondersteld bij 50% aandelenbezit |
| Bulgarije | Nee | |
| Cyprus | Ja | Organisatorische verwevenheid, in de vorm van 'control' |
| Denemarken | Ja | Financiële verwevenheid, in de vorm van een 100%-aandelenbezit, maar dit geldt alleen voor een fiscale eenheid met onderdelen die vrijgestelde prestaties verrichten; Voor onderdelen die belaste prestaties verrichten, gelden geen nadere voorwaarden |
| Duitsland | Ja | Financiële, organisatorische en economische verwevenheid, maar wel in onderlinge samenhang ('Gesamtbild') bezien: aan elk criterium hoeft niet in dezelfde mate te zijn voldaan; Financiële verwevenheid is aan de orde indien de 'Organträger' een beslissende kapitaaldeelnemer heeft, op grond waarvan diens eigen wil kan worden afgedwongen. In principe is dit het geval bij een bezit van aandelen en stemrechten van meer dan 50%; Organisatorische verwevenheid vereist dat de wil van de 'Organträger' daadwerkelijk wordt uitgevoerd via de leiding van de onderdelen of het toezicht daarop; Economische verwevenheid vergt een economische vervlechting van de activiteiten van de verschillende onderdelen. Onderlinge leveringen en diensten, of de bediening van een gemeenschappelijke klantenkring kunnen hiervan een voorbeeld zijn, maar zijn niet vereist |
| Estland | Ja | Ten minste 50% bezit van aandelen of stemrechten |

| EU-lidstaat | Fiscale eenheid | Verbondenheidsbegrip |
|--------------------|--|--|
| Finland | Ja, alleen voor financiële instellingen | Financiële, organisatorische en economische verwevenheid; Verbondenheid op basis van het jaarrekeningenrecht |
| Frankrijk | Nee | |
| Griekenland | Nee | |
| Hongarije | Ja | Financiële en economische verwevenheid; Financiële verwevenheid bij 50% of meer van aandelen of stemrechten; Economische verwevenheid in de vorm van levering van specifiek omschreven diensten; Optioneel karakter, dat wil zeggen, geen verplichting om alle verbonden entiteiten tot de fiscale eenheid te rekenen |
| Ierland | Ja | Financiële, organisatorische en economische verwevenheid; Nadruk ligt op het criterium van economische verwevenheid ('interlinked business activities') |
| Italië | Ja, alleen een administratieve maatregel | Financiële, organisatorische en economische verwevenheid; Financiële verwevenheid bij het bezit van 50% van aandelen, gedurende ten minste twaalf maanden voorafgaand aan de ingangsdatum |
| Letland | Nee, invoering wordt wel overwogen | |
| Litouwen | Nee | |
| Luxemburg | Nee | |
| Malta | Nee | |
| Nederland | Ja | Financiële, organisatorische en economische verwevenheid |

| EU-lidstaat | Fiscale eenheid | Verbondenheidsbegrip |
|--------------------|------------------------|---|
| Oostenrijk | Ja | <p>Financiële, organisatorische en economische verwevenheid, maar wel in onderlinge samenhang ('Gesamtbild') bezien: aan elk criterium hoeft niet in dezelfde mate te zijn voldaan;</p> <p>Financiële verwevenheid is aan de orde indien de 'Organträger' een beslissende kapitaaldeelname heeft, op grond waarvan diens eigen wil kan worden afgedwongen. Bij een bezit van aandelen en stemrechten van 75% of meer wordt financiële verwevenheid aanwezig geacht. Bij een bezit tussen de 50% en 75% is tevens een sterke organisatorische en economische verwevenheid vereist; Organisatorische verwevenheid vereist dat de wil van de 'Organträger' daadwerkelijk wordt uitgevoerd via de leiding van de onderdelen of het toezicht daarop; Economische verwevenheid vergt een economische vervlechting van de activiteiten van de verschillende onderdelen. Onderlinge leveringen en diensten, of de bediening van een gemeenschappelijke klantenkring kunnen hiervan een voorbeeld zijn, maar zijn niet vereist</p> |
| Polen | Nee | |
| Portugal | Nee | |
| Roemenië | Ja | <p>Financiële, organisatorische en economische verwevenheid, welke wordt verondersteld bij het bezit van ten minste 50% van aandelen, gedurende ten minste een jaar voorafgaand aan de ingangsdatum; Twee tot vijf belastingplichtigen</p> |
| Slovenië | Nee | |
| Slowakije | Nee | |
| Spanje | Ja, sinds 2008 | Ten minste 50% aandelenbezit, gedurende ten minste een jaar voorafgaand aan de ingangsdatum |

| EU-lidstaat | Fiscale eenheid | Verbondenheidsbegrip |
|---------------------|---|---|
| Tsjechië | Ja, sinds 2008 | Financiële verwevenheid, of verwevenheid in andere zin; Financiële verwevenheid bij ten minste 40% bezit van aandelen of stemrechten |
| Verenigd Koninkrijk | Ja | Combinatie van financiële en organisatorische verwevenheid in de vorm van 'control'; 'Control test': 'control' wordt onder meer uitgelegd op basis van het ondernemingsrecht, namelijk met de status van 'holding company' (bezit van de meerderheid van de stemrechten in de algemene vergadering van aandeelhouders, of de mogelijkheid om de directie te benoemen met de meerderheid van de stemrechten); 'Benefits condition': meer dan 50% van de voordelen die een onderdeel genereert (bijvoorbeeld winst en een management fee) moet worden genoten door andere onderdelen van de fiscale eenheid; 'Consolidated accounts condition': indien de fiscale eenheid een omzet van meer dan £ 10 miljoen heeft, geldt een additionele voorwaarde dat de onderdelen op basis van het jaarrekeningenrecht (UK GAAP; IAS 27) een geconsolideerde jaarrekening zouden moeten publiceren |
| Zweden | Ja, alleen voor financiële instellingen | Financiële, organisatorische en economische verwevenheid, maar wel in onderlinge samenhang bezien: aan elk criterium hoeft niet in dezelfde mate te zijn voldaan; Financiële verwevenheid is aan de orde bij ten minste 50% aandelen en stemrechten, op basis van het jaarrekeningenrecht. Voor 'commissionairstructuren' geldt een bezitsgrens van 90%; Organisatorische verwevenheid komt tot uiting via een gemeenschappelijke administratieve functie, zoals marketing en management; Economische verwevenheid vergt een ondersteunend karakter van de activiteiten van de verschillende onderdelen |

Bronnen:

- Walter van der Corput en Fabiola Annacondia, *EU VAT Compass 2008*, Amsterdam: IBFD 2008
- Norbert Herzig, *Organschaft*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag 2003
- International Bureau of Fiscal Documentation, *Value Added Taxation in Europe*, losbl.
- Michael Schreins, Peter Kolacny en Emil Caganek, *Kommentar zur Mehrwertsteuer*, UStG 1994, Verlag Orac, losbl.
- Helmut Schuhmann, *Die Organschaft. Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer, Gewerbesteuer, Einzelne Steuern*, Bielefeld: Erich Schmidt Verlag 2001
- Dieter Völkel en Helmut Karg, *Umsatzsteuer*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag 2007
- Robert Wareham en Alan Dolton, *Tolley's Value Added Tax 2006*, 2nd edition, Lexis-Nexis Tolley 2006

HOOFDSTUK 9

Loonbelasting

9.1 Inleiding

Loonbelasting wordt geheven van de werknemer en van artiesten en beroepssporters. In dit verband is de ‘werknemer’ de natuurlijke persoon die tot een ‘inhoudingsplichtige’ in privaatrechtelijke of publiekrechtelijke ‘dienstbetrekking’ staat. Op grond van ficties ten aanzien van de dienstbetrekking van onder meer de directeur-groootaandeelhouder en de inhoudingsplicht van een ‘vaste inrichting’ is de reikwijdte van de loonbelasting enigszins verruimd. Deze ficties komen in dit hoofdstuk ook aan bod, omdat hierin een bepaalde vorm van ‘verbondenheid’ kan worden herkend.

De loonbelasting is een afdrachtbelasting, omdat de inhoudingsplichtige de belasting inhoudt en afdraagt. Hierbij fungeert de loonbelasting tevens als een voorheffing op de Nederlandse inkomstenbelasting. Voorts kan de heffing worden getypeerd als een directe belasting, in zowel juridische als economische zin. De loonbelasting vormt samen met de premie volksverzekeringen, de premies werknemersverzekeringen en de inkomensafhankelijke bijdrage Zvw de ‘loonheffingen’.

In de Wet LB 1964 is voor de verbondenheid in een aantal regelingen gebruikgemaakt van begrippen afkomstig uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting. Er geldt voor de loonbelasting echter ook een aantal afzonderlijk gedefinieerde begrippen. Hierna worden deze begrippen geanalyseerd, rekening houdend met hun aard en functie. Waar nodig worden aanbevelingen gedaan tot optimalisatie van de omschrijving. Voordat de begrippen aan bod komen, wordt ingegaan op begrippen waarin verbondenheid wel kan worden herkend maar niet wettelijk is omschreven.

9.2 Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving

In internationaal perspectief kent de Wet LB 1964 twee begrippen waarin de verbondenheid wel herkenbaar is, maar niet nader is omschreven. Dit betreft de inhouding van loonbelasting van een ‘buitenlands gezelschap’ en de ‘vaste inrichting’ in Nederland die noodzakelijk is voor de inhoudingsplicht van een in het buitenland gevestigde werkgever.

9.2.1 *Buitenlands gezelschap*

In art. 5b lid 1 Wet LB 1964 wordt het begrip 'buitenlands gezelschap' gehanteerd ten aanzien van artiesten en beroepssporters. Dit begrip duidt ook op verbondenheid, omdat de gehele groep artiesten of sporters als één belastingplichtige voor de loonbelasting wordt aangemerkt in plaats van de individuele leden. De wijze en mate van verbondenheid die hiervoor is vereist, is echter niet nader omschreven in de wet.

9.2.2 *Vaste inrichting*

Evenals voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting en omzetbelasting is het begrip 'vaste inrichting' ook van belang voor de heffing van loonbelasting. Zonder aanwezigheid van een vaste inrichting in Nederland is een in het buitenland gevestigde werkgever in beginsel niet aan te merken als 'inhoudingsplichtige', zo volgt uit art. 6 lid 2 onderdeel a Wet LB 1964. Er bestaat dan geen onderworpenheid voor de loonbelasting, omdat een essentieel element in de definitie van het begrip 'werknemer' in art. 2 Wet LB 1964 ontbreekt. Dit is slechts anders indien de buitenlandse werkgever heeft verzocht om aanwijzing als bedoeld in art. 6 lid 2 onderdeel b Wet LB 1964.

Kavelaars, De Graaf en Stevens (2007) merken op dat het begrip 'vaste inrichting' voor de loonbelasting niet nader is gedefinieerd. Voor de invulling van dit begrip geldt in beginsel de eerdergenoemde definitie van art. 5 OESO als uitgangspunt:

'... a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.'

Het begrip 'vaste inrichting' ziet immers niet alleen op de winsttoerekening van art. 7 OESO, maar ook op de toerekening van arbeidsinkomsten in geval van detachering als bedoeld in art. 15 lid 2 onderdeel c OESO. Kavelaars, De Graaf en Stevens werpen wel de vraag op of de reikwijdte van dit begrip steeds gelijk is. Zij merken op dat het er bij art. 5 OESO met name om gaat of er voldoende 'substance' is voor de toerekening van een gedeelte van de winst. Voor de loonbelasting is het winstelement echter niet van belang; hierbij gaat het om de vraag of er sprake is van een organisatie of een persoon die de inhouding en afdracht van de belasting kan verzorgen. Kavelaars, De Graaf en Stevens menen daarom dat er eerder sprake kan zijn van een vaste inrichting voor de loonbelasting dan voor de winstfeer. Dit blijkt ook uit art. 6 lid 3 Wet LB 1964, waarin het verrichten van werkzaamheden op het Continentaal Plat en arbeidsbemiddeling bij wijze van fictie als een vaste inrichting worden beschouwd.

De bepaling van art. 15 OESO, ook wel de '183-dagenregeling' genoemd, behelst dat het heffingsrecht ter zake van arbeidsinkomsten die in de werkstaat zijn verricht, toch aan de woonstaat wordt toegewezen, indien cumulatief aan drie voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden zijn dat de genietter van de beloning gedurende een bepaalde referentieperiode niet langer dan 183 dagen verblijft in de werkstaat, dat de beloning wordt betaald door of namens een werkgever die geen inwoner is van de werkstaat en dat de beloning ook niet ten laste komt van een 'vaste inrichting' die de

werkgever in de werkstaat heeft. Met uitzondering van lid 2, onderdeel c, waarin de ‘vaste inrichting’ wordt genoemd, beschouw ik de detacheringsbepaling van art. 15 OESO niet als een uiting van ‘verbondenheid’. Hoewel moet worden erkend dat deze bepaling in de praktijk vooral een rol speelt bij uitzendingen binnen een internationaal concern, kan hierin als zodanig geen verbondenheidsbegrip worden herkend. Dit geldt in vergelijkbare zin voor de toewijzing van de verzekeringsplicht van internationaal mobiele werknemers.¹

9.3 Wettelijke begrippen van verbondenheid

Hierna analyseer ik tien wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen in de loonbelasting. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de volgende begrippen:

- ‘directeur-groootaandeelhouder’ in de zin van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964;
- ‘directeur-groootaandeelhouder’ in de zin van art. 6 lid 6 Wet LB 1964;
- ‘verbonden vennootschap’ in de zin van art. 10a lid 7 Wet LB 1964;
- ‘partner’ in de zin van art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964;
- directeur-groootaandeelhouder in de zin van art. 19a lid 1 onderdeel d Wet LB 1964;
- ‘samenhangende groep inhoudingsplichtigen’ in de zin van art. 27e Wet LB 1964;
- ‘concern’ in de zin van art. 9a lid 2 Uitv.besl. LB 1965;
- ‘verbonden lichaam’ in de zin van art. 10a lid 1 onderdeel b Uitv.besl. LB 1965;
- directeur-groootaandeelhouder in de zin van art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001;
- ‘organisatorische of functionele eenheid’ in de zin van art. 32a Uitv.reg. LB 2001.

9.3.1 *Directeur-groootaandeelhouder in de zin van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964*

Een directeur-groootaandeelhouder (dga) is de directeur van een BV of NV waarvan hij een groot gedeelte van de aandelen bezit. Hierbij vervult de dga een dubbele rol. Enerzijds oefent hij als groootaandeelhouder een overwegende invloed uit op het beleid van de vennootschap. Anderzijds is hij veelal als ‘werknemer’ in dienst bij zijn vennootschap. Indien de dga arbeid verricht voor de vennootschap, wordt daarvoor normaliter loon betaald. Er is dan sprake van een privaatrechtelijke dienstbetrekking als bedoeld in art. 2 Wet LB 1964. Indien de dga geen loon ontvangt, is er geen dienstbetrekking, omdat hiervoor een essentieel element ontbreekt. Om te voorkomen dat de dga hierdoor niet zou zijn onderworpen aan de loonbelasting, wordt zijn arbeidsverhouding op basis van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 2001 beschouwd als een fictieve dienstbetrekking. Bovendien wordt de dga op grond van art. 12a Wet LB 1964 steeds voor een gebruikelijk loon belast, ook indien dit feitelijk niet is genoten. In dit verband heeft het dga-begrip een antiontgaansfunctie.

Een onderdeel van het Belastingplan 2007 had oorspronkelijk tot doel om de inhoudingsplicht van een vennootschap waarin alleen een dga werkzaam is, en geen ander personeel, vanaf 1 januari 2008 te beëindigen. Deze maatregel is opgenomen in art.

1. Voor een overzichtelijke beschrijving van deze problematiek wordt verwezen naar Kavelaars, De Graaf en Stevens (2007).

6 lid 6 Wet LB 1964. Omdat de maatregel nog tot veel onduidelijkheid leidde, was de inwerkingtreding ervan al uitgesteld tot 1 januari 2009.² Nadien is echter besloten om met ingang van 1 januari 2010 een 'opt-out'-regeling te introduceren, waarbij kan worden geopteerd om uit de loonbelasting te gaan.³

In art. 6 lid 6 Wet LB 1964 is overigens een afzonderlijke definitie van het dga-begrip opgenomen, dat in paragraaf 9.3.2 wordt beschreven. Voorts zijn in art. 19a lid 2 Wet LB 1964 en art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 aparte begrippen 'dga' gehanteerd. Hierop wordt in paragraaf 9.3.5 en 9.3.8 ingegaan.

9.3.1.1 Wettelijke omschrijving

In art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 wordt de dga omschreven als degene die arbeid verricht voor een vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft in de zin van de Wet IB 2001. Het valt overigens op dat het begrip 'aanmerkelijk belang' in art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 niet nader is afgebakend. In andere wettelijke bepalingen waarin voor de verbondenheid wordt aangesloten bij een aanmerkelijkbelangpositie, zoals in art. 3.30a lid 11, art. 3.92 Wet IB 2001 en art. 10 lid 1 onderdeel i Wet VPB 1969, wordt verwezen naar een 'aanmerkelijk belang als bedoeld in hoofdstuk 4, uitgezonderd de artikelen 4.10 en 4.11, van de Wet inkomstenbelasting 2001'. Aangezien deze beperking ontbreekt in art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965, geldt de fictieve dienstbetrekking ook voor de houder van een 'fictief aanmerkelijk belang' in de zin van art. 4.11 Wet IB 2001. Wellicht moet dit worden verklaard op basis van de verschillende functies van deze begrippen: het dga-begrip in art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 heeft een typische antiontgaansfunctie, terwijl bijvoorbeeld de verbondenheid in art. 3.92 Wet IB 2001 een meer algemene vereenzelvigingsfunctie heeft. Bij de antiontgaansfunctie past naar mijn mening een ruimere reikwijdte van de verbondenheid.

Overigens wordt een aanmerkelijkbelangpositie ook zonder de genoemde beperking gehanteerd als criterium voor de zogenoemde doorbetaaldloonregeling, waarvan het de bedoeling was dat deze vanaf 2009 zou worden opgenomen in art. 32d Wet LB 1964.⁴ Hierbij heeft het begrip 'aanmerkelijk belang' een facilitaire functie. Op basis van deze regeling is het mogelijk om de inhoudingsplicht ter zake van loon dat wordt verdiend voor werkzaamheden voor een werkmaatschappij, te verleggen naar de

2. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 206, nr. 15, p. 10.

3. Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 9 juni 2008, nr. DB08-340, V-N 2008/28.13.

4. De doorbetaaldloonregeling is thans opgenomen in art. 87 Uitv.reg. LB 2001. In de ministeriële regeling van 20 december 2000, nr. WDB2000/955M, *Stcrt.* 2000, 251, is toegelicht dat deze regeling ook kan worden toegepast in concernsituaties, waarin een aanmerkelijkbelanghouder met verschillende vennootschappen een dienstbetrekking heeft. Sinds 2007 is in art. 87 lid 1 onderdeel c Uitv.reg. LB 2001 echter de voorwaarde opgenomen, dat de werknemer in de 'hoofddienstbetrekking' ook verplicht is verzekerd voor de werknemersverzekeringen. In concernsituaties zal een dga niet aan deze voorwaarde voldoen. In een besluit van de Minister van Financiën van 17 december 2007, nr. CPP2007/3031M, V-N 2008/3.17, is in dit verband goedgekeurd dat de doorbetaaldloonregeling in de jaren 2006, 2007 en 2008 nog steeds geldt voor dga's.

houdstervenootschap. De holding is dan inhoudingsplichtig voor het loon dat zij zelf betaalt, en het loon dat wordt betaald door de werkmaatschappij. Nu de invoering van art. 6 lid 6 Wet LB 1964 per 1 januari 2009 niet doorgaat, valt overigens nog te bezien op welke wijze de doorbetaaldloonregeling wettelijk vorm zal krijgen en vanaf welke datum. De invoering van beide regelingen was namelijk aan elkaar gekoppeld.⁵

Voorts komt de aanmerkelijkbelangpositie terug als criterium in de gebruikelijkloonregeling van art. 12a Wet LB 1964. Deze regeling is eveneens van toepassing op een werknemer die arbeid verricht voor een lichaam waaraan hij vermogensbestanddelen ter beschikking stelt in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001.⁶ Omdat de wettekst spreekt van 'het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen', zonder dat een koppeling is gelegd met het begrip 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001, is de reikwijdte van de bepaling overigens niet geheel duidelijk. De regeling lijkt van toepassing in alle gevallen van terbeschikkingstelling. Het is niet duidelijk of de reikwijdte is beperkt tot verbonden personen die behoren tot de kleine kring van directe familieleden waarvan de financiële belangen nauw zijn verweven met de belangen van de aanmerkelijkbelanghouder, zoals omschreven in art. 3.91 lid 2 onderdeel b en c Wet IB 2001. Evenmin blijkt of er ruimte is voor een ruimere kring van personen in de zin van art. 3.91 lid 3 Wet IB 2001, die alleen in geval van ongebruikelijke terbeschikkingstellingen relevant is.

9.3.1.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

In hoofdstuk 6 is beschreven dat voor de beoordeling of sprake is van een 'aanmerkelijk belang', het aandelenbezit van partners moet worden samengeteld. Het gaat hierbij om aandelen die worden gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner, en de persoon met wie men ongehuwd samenwoont en met wie men heeft geopteerd voor het partnerschap in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001. Indien geen gebruik is gemaakt van deze optie, wordt het aandelenbezit van ongehuwde samenwoners dus niet bij elkaar opgeteld voor de beoordeling van het 5%-criterium. In dit verband ontbreken in art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 partnerficties, die wel gelden voor de toepassing van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Als gevolg hiervan wordt voor de toepassing van de fictiebepalingen geen rekening gehouden met alle samenlevingssituaties. Er bestaat daarom geen volledige overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht. Met name ten aanzien van de gebruikelijkloonregeling kan dit tot onredelijke uitkomsten leiden, omdat ongehuwde partners nu een lagere belastingdruk kunnen bereiken in vergelijking tot gehuwde of geregistreerde partners.

Deze uitkomsten zijn bovendien opmerkelijk indien wordt bedacht dat kinderen van een dga die bijvoorbeeld vakantie- of weekendwerk verrichten voor de vennootschap, ook onder de gebruikelijkloonregeling kunnen vallen. Dit is bevestigd in het besluit van 22 mei 2001, nr. CPP2001/3172M, *BNB* 2001/370. De kinderen moeten

5. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 206, nr. 15, p. 10.

6. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 728, nr. 31, p. 6.

dan wel een 'aanmerkelijk belang' hebben op grond van de meetregel van art. 4.10 Wet IB 2001.

In de behandeling van de dga voor de loonbelasting zie ik overigens raakvlakken met de scheiding tussen 'ownership' en 'control' zoals die geldt in het ondernemingsrecht. Deze scheiding is in de praktijk afwezig bij de eenmans-BV, maar voor de loonbelasting wordt zij in feite toch gerespecteerd. Ondanks het feit dat de dga zowel 'ownership' als 'control' bezit, wordt zijn arbeidsverhouding toch als een privaatrechtelijke of fictieve dienstbetrekking aangemerkt.

Voor een verdere vergelijking van het begrip 'aanmerkelijk belang' met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht verwijs ik naar hoofdstuk 6.

9.3.1.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Omdat voor de beoordeling of sprake is van een 'aanmerkelijk belang' in de Wet IB 2001 bij de samentelling van aandelenbelangen van partners geen rekening wordt gehouden met alle samenlevingssituaties, is die regeling niet neutraal ten aanzien van de samenlevingsvorm. Nu het dga-begrip in art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 is gekoppeld aan een aanmerkelijkbelangpositie, is dit begrip evenmin neutraal. De ongehuwde partner van de dga kan bijvoorbeeld zonder fiscale sanctie een ongebruikelijk laag salaris genieten ter zake van zijn of haar werkzaamheden voor de vennootschap, maar de gehuwde of geregistreerde partner niet.

In de gebruikelijkloonregeling ontbreekt bovendien een neutraal beeld ten aanzien van het gekozen huwelijksgoederenregime. In onder meer HR 10 maart 2006, nr. 38 044, *BNB 2007/15*, is beslist dat indien aanmerkelijkbelangaandelen in een huwelijksgemeenschap vallen, het belang steeds beide echtgenoten aangaat. Ingeval van een wettelijke gemeenschap van goederen wordt de echtgenoot of geregistreerde partner die niet over de aandelen kan beschikken, toch geacht voor de helft aanmerkelijkbelanghouder te zijn. Deze echtgenoot of geregistreerde partner heeft dan ook te maken met de gebruikelijkloonregeling. De echtgenoot of geregistreerde partner zonder aandelen die buiten gemeenschap van goederen is gehuwd, heeft daarentegen geen last van de regeling.⁷

Door het gebruik van de term 'lichaam' is de gebruikelijkloonregeling van art. 12a Wet LB 1964 niet alleen van toepassing op belastingplichtigen met een belang in een BV of NV. De regeling geldt bijvoorbeeld ook indien het belang wordt gehouden in een coöperatie of een open CV.⁸ De regeling lijkt hierdoor rechtsvormneutraal.

In hoofdstuk 6 is nader ingegaan op de beoordeling van de rechtsvormneutraliteit van het begrip 'aanmerkelijk belang'.

Er bestaat in het geheel geen uniformiteit ten aanzien van het dga-begrip. Zoals is opgemerkt, zijn in art. 6 lid 6, art. 19a lid 2 Wet LB 1964 en art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB

7. G.T.K. Meussen, 'De fictiefloonregeling in art. 12a Wet LB 1964', *FED 1997/870*.

8. *Kamerstukken II 1999/2000, 27 209*, nr. 3, p. 64, en *Kamerstukken II 1999/2000, 27 209*, nr. 7, p. 19.

2001 afzonderlijke definities van de 'dga' opgenomen. Naar mijn mening is op dit punt uniformering mogelijk en zou voor de loonbelasting met één dga-begrip kunnen worden volstaan.

9.3.1.4 Aanbevelingen

In hoofdstuk 6 heb ik uitgewerkt dat voor de omschrijving van het begrip 'aanmerkelijk belang' zou kunnen worden uitgegaan van een 'belang van ten minste een derde gedeelte'. Dit sluit aan bij een suggestie van Meussen om de ondergrens voor de toepassing van de gebruikelijkloonregeling te stellen op 'ten minste een derde gedeelte belang' in het geplaatste kapitaal van een vennootschap.⁹ De huidige grens van het aanmerkelijkbelangcriterium is volgens hem te laag. Bij een bezit van 5% zal een aandeelhouder normaliter niet afzien van loon, omdat dit vooral de andere aandeelhouders ten goede zal komen in de vorm van een waardeestijging van de aandelen.

Voorts heb ik mij in hoofdstuk 6 voorstander getoond van een meer materiële invulling van het begrip 'aanmerkelijk belang'. Omdat de omschrijving van de dga in art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 is gekoppeld aan een aanmerkelijkbelangpositie, zou een dergelijke materiële invulling ook leiden tot een ruimere invulling van dit begrip.

Zoals eerder is opgemerkt, ben ik van mening dat de begrippen 'partner' en 'verbonden persoon' voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting kunnen worden geüniformeerd. In dit verband vind ik dat ongehuwde samenwoners ook als 'partner' zouden moeten worden beschouwd. Dit zou naar mijn mening in elk geval moeten gelden voor de toepassing van de fictieve dienstbetrekking in de zin van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 en voor de gebruikelijkloonregeling van art. 12a Wet LB 1964. Deze regelingen zouden dan van toepassing zijn op zowel de gehuwde, de geregistreerde als de ongehuwde en niet-geregistreerde partner. In dit verband heb ik in hoofdstuk 6 de contouren van het begrip 'verbonden persoon' geschetst:

- Er geldt een sociaal-maatschappelijke benadering, waarbij de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel' als 'verbonden persoon' worden beschouwd.
- Voor ongehuwde samenwoners geldt in dit verband een weerlegbaar vermoeden van 'verbondenheid'.
- Voorts wordt een minderjarig 'kind' van de betrokken persoon of van zijn 'levensgezel' tot de kring van verbonden personen gerekend. In situaties waarin een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke transactie wordt gepleegd met een bloed- of aanverwant in de rechte lijn of een dergelijk familielid van zijn 'levensgezel', wordt deze eveneens als 'verbonden persoon' aangemerkt.
- Indien de betrokken persoon minderjarig is, wordt ook een bloed- of aanverwant in de opgaande lijn, en diens echtgenoot, geregistreerde partner of 'levensgezel' als een 'verbonden persoon' beschouwd.

9. G.T.K. Meussen, a.w.

- In afwijking van art. 1:3 lid 3 BW worden de duurzaam gescheiden levende echtgenoot en de ex-schoonfamilie voor de toepassing van de Wet IB 2001 niet tot de kring van verbonden personen gerekend.

9.3.2 *'Directeur-groootaandeelhouder' in de zin van art. 6 lid 6 Wet LB 1964*

Als onderdeel van het Belastingplan 2007 was bedoeld om op 1 januari 2008 een nieuw art. 6 lid 6 Wet LB 1964 in werking te laten treden, op grond waarvan geen inhoudingsplicht bestaat voor een vennootschap waarin alleen een dga werkzaam is en geen ander personeel. Zoals is opgemerkt, was de inwerkingtreding van deze maatregel al uitgesteld tot 1 januari 2009.¹⁰ Nadien is besloten om met ingang van 1 januari 2010 een 'opt-out'-regeling te introduceren, waarbij kan worden geopteerd om uit de loonbelasting te gaan.¹¹ Ik ga ervan uit dat het nieuwe art. 6 lid 6 Wet LB 1964 in dit verband zal worden aangepast.¹²

In art. 6 lid 6 Wet LB 1964 is een afzonderlijk begrip 'dga' gehanteerd. Gezien de achtergrond van de regeling heeft dit begrip een facilitaire functie.

9.3.2.1 *Wettelijke omschrijving*

In art. 6 lid 6 Wet LB 1964 wordt ten aanzien van de inhoudingsplicht voor de dga aangeknoopt bij de Ziektewet (ZW), en meer in het bijzonder bij de 'Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder'.¹³ Op basis hiervan wordt als 'dga' aangemerkt:

- a. de bestuurder die, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, houder is van aandelen die ten minste de helft van de stemmen in de algemene vergadering van de vennootschap vertegenwoordigen;
- b. de bestuurder die, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, houder is van een zodanig aantal aandelen dat, indien in de statuten is bepaald dat het besluit tot schorsing of tot ontslag van deze bestuurder slechts mag worden genomen met een versterkte meerderheid in de algemene vergadering van de vennootschap, de overige aandeelhouders niet over deze versterkte meerderheid beschikken;
- c. bestuurders die in de algemene vergadering van de vennootschap allen een gelijk of nagenoeg gelijk aantal stemmen kunnen uitbrengen; en
- d. de bestuurder van een vennootschap waarvan ten minste tweederde deel van de aandelen worden gehouden door zijn bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad.'

10. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 206, nr. 15, p. 10.

11. Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 9 juni 2008, nr. DB08-340, V-N 2008/28.13.

12. Op het moment waarop het manuscript van dit boek werd afgesloten was nog niet bekend in welke zin art. 6 lid 6 Wet LB 1964 zou worden gewijzigd.

13. Regeling van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 december 1997 houdende regels omtrent hetgeen wordt verstaan onder directeur-groootaandeelhouder als bedoeld in artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Ziektewet, artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en artikel 6, eerste lid, onderdeel d, van de Werkloosheidswet.

Dit is het tweede dga-begrip in de loonbelasting.¹⁴ Het in paragraaf 9.3.1 geanalyseerde begrip van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 blijft immers ongewijzigd. Voorts bevat art. 19b lid 2 Wet LB 1964 nog een derde definitie van de 'dga', terwijl art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 1965 zelfs een vierde, afzonderlijke omschrijving kent.

9.3.2.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Ten aanzien van de inhoudingsplicht voor de dga wordt in art. 6 lid 6 Wet LB 1964 alleen aangeknoopt bij het bezit van aandelen die in het bezit zijn van de bestuurder, samen met zijn echtgenoot. Op basis van art. 2 lid 6 AWR moet hiertoe ook de geregistreerde partner worden gerekend. Er wordt echter geen rekening gehouden met de belangen van ongehuwde samenwoners.

De verwijzing naar de aandelenbelangen gehouden door bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad duidt op alle soorten kinderen, dus 'eigen' kinderen van de bestuurder, adoptiekinderen, erkende kinderen, en stiefkinderen. De belangen van kinderen van de partner met wie de bestuurder ongehuwd samenwoont, tellen echter niet mee.

In hoofdstuk 2 heb ik beschreven dat 'verbondenheid' in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht met name wordt uitgelegd als organisatorische en economische verbondenheid. De aanwezigheid van een kapitaalbelang, hetgeen duidt op financiële verbondenheid, speelt in deze disciplines slechts een beperkte rol. In de definitie van het begrip 'dga' in art. 6 lid 6 Wet LB 1964 wordt alleen aangeknoopt bij een financieel belang, en spelen economische en organisatorische verbondenheid geen rol. In dit verband heb ik in hoofdstuk 3 opgemerkt dat de zeggenschap die is verbonden aan een aandelenbelang niet zonder meer duidt op organisatorische verbondenheid, omdat het niet gaat om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid.

9.3.2.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Omdat bij de beoordeling of sprake is van een dga in de zin van art. 6 lid 6 Wet LB 1964 geen rekening wordt gehouden met de belangen die worden gehouden door de partner met wie de bestuurder ongehuwd samenwoont, of diens kinderen, is de bepaling niet neutraal ten aanzien van de samenlevingsvorm.

Er is evenmin sprake van rechtsvormneutraliteit. Uit de omschrijving van het begrip 'dga' in art. 6 lid 6 Wet LB 1964 blijkt uit het gebruik van de term 'vennootschap' dat met name is gedacht aan een aandelenvennootschap. Anders dan in de definitie van de 'dga' in art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 is niet gekozen voor de term 'lichaam'. Hierdoor geldt de uitsluiting van de inhoudingsplicht bijvoorbeeld niet voor dga's met een belang in een coöperatie of een open CV.

14. L.A. Bource, 'De directeur-groootaandeelhouder uit de loonbelasting, een dooie mus?', *WFR* 2007, p. 603.

In paragraaf 9.3.1 is opgemerkt dat er geen uniformiteit bestaat ten aanzien van het dga-begrip in de loonbelasting. Ik realiseer mij dat het begrip 'dga' in art. 6 lid 6 Wet LB 1964 een facilitaire functie heeft, en het dga-begrip in art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 een antiontgaansfunctie. Ondanks dit verschil in functies kan naar mijn mening worden volstaan met één dga-begrip. Naar mijn mening is het niet logisch om een dga alleen uit te zonderen van de inhoudingsplicht, indien deze een aandelenbelang van ten minste 50% heeft, terwijl een aandelenbezit van 5% al voldoende is om te worden geconfronteerd met de fictieve dienstbetrekking en de gebruikelijkloonregeling.

9.3.2.4 Aanbevelingen

In de regeling voor de uitsluiting van de inhoudingsplicht zou naar mijn mening beter kunnen worden aangesloten bij het dga-begrip van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965, dat is gebaseerd op een aanmerkelijkbelangpositie. De regeling zou dan meer rechtsvormneutraal zijn, terwijl ook een grotere neutraliteit ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm zou kunnen bestaan. Bovendien zou dan een uniform dga-begrip kunnen worden gehanteerd.

9.3.3 **'Verbonden vennootschap' in de zin van art. 10a lid 7 Wet LB 1964**

In art. 10a Wet LB 1964 is de behandeling van aandelenoptierechten voor de loonbelasting beschreven. Op basis van art. 10a lid 6 Wet LB 1964 gaat het hierbij om rechten om aandelen te verwerven in de inhoudingsplichtige vennootschap, of in een met de inhoudingsplichtige 'verbonden vennootschap'. Het begrip 'verbonden vennootschap' heeft hierbij een vereenzelvigingsfunctie en met name een antiontgaansfunctie.

Overigens kan in art. 10a lid 3 Wet LB 1964 nog een element van verbondenheid worden gevonden. Op basis van deze bepaling leidt de wijziging of vervanging van een aandelenoptierecht niet tot belastingheffing, indien dit plaatsvindt in geval van een aandelenfusie, splitsing, juridische fusie of een overname van 50% of meer van de aandelen in de inhoudingsplichtige of een met hem verbonden vennootschap. Deze situaties duiden ook op 'verbondenheid', hoewel de mate hiervan niet in alle gevallen is uitgewerkt.

9.3.3.1 *Wettelijke omschrijving*

Het begrip 'verbonden vennootschap' is gedefinieerd in art. 10a lid 7 Wet LB 1964. De inhoud van dit begrip komt vrijwel geheel overeen met het begrip 'verbonden lichaam' in artikel 10a lid 4 Wet VPB 1969. Een 'verbonden vennootschap' is namelijk:

- een vennootschap waarin de inhoudingsplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;
- een vennootschap die voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de inhoudingsplichtige;

- een vennootschap waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de inhoudingsplichtige.

In art. 10a lid 8 Wet LB 1964 is bepaald dat de verbondenheid ook geldt ten aanzien van de verkrijgende vennootschap, die in het kader van een juridische fusie of splitsing het vermogen van de inhoudingsplichtige of een daarmee ‘verbonden vennootschap’ verkrijgt. Hierdoor blijft er sprake van een aandelenoptierecht in de zin van art. 10a Wet LB 1964, indien dit recht betrekking heeft op een vennootschap die na een juridische fusie of splitsing niet langer als ‘verbonden vennootschap’ in de zin van art. 10a lid 7 Wet LB 1964 kan worden aangemerkt.¹⁵

In de parlementaire toelichting is opgemerkt dat de bepaling van art. 10a lid 7 Wet LB 1964 de definitie bevat voor wat als ‘verbonden *lichaam*’ (cursivering RZ) geldt.¹⁶ Echter, in de wetsgeschiedenis met betrekking tot art. 18g Wet LB 1964 is uitdrukkelijk bepaald dat het begrip ‘verbonden lichaam’ in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 een ruimere strekking heeft dan het begrip ‘verbonden *vennootschap*’ (cursivering RZ) in art. 10a lid 7 Wet LB 1964.¹⁷ In dit verband wijs ik erop dat in art. 10a lid 7 Wet LB 1964, anders dan in art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969 voor de verbondenheid geen rekening wordt gehouden met belangen van nauw verbonden personen, zoals de partner of een kind van een persoon. De reikwijdte is dus inderdaad beperkter. Op basis van de identieke antiontgaansfunctie van beide begrippen acht ik dit overigens niet logisch.

In andere regelingen voor de loonbelasting wordt eveneens uitgegaan van een ‘verbonden vennootschap’ in de zin art. 10a lid 7 Wet LB 1964. Dat is bijvoorbeeld het geval voor de verdubbeling van het maximale bedrag voor de eindheffing van spaarloon in art. 31 lid 8 Wet LB 1964. Het begrip wordt ook gebruikt in de regeling ‘producten eigen bedrijf’ van art. 41 Uitv.reg. LB 2001, de regeling ‘rentevoordeel van personeelsleningen’ van art. 59 Uitv.reg. LB 2001, en de maximale opbouw per jaar voor de levensloopregeling in art. 61e Uitv.reg. LB 2001. Het begrip ‘verbonden vennootschap’ speelt voorts een rol bij de S&O-afdrachtvermindering in art. 23 Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen.

Er zijn echter ook regelingen waarin juist aansluiting is gezocht bij het begrip ‘verbonden lichaam’ in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de vaststelling van de diensttijd voor een fiscaal gekwalificeerde pensioenregeling in de zin van hoofdstuk IIB van de Wet LB 1964. Op basis van art. 10a lid 1 onderdeel b Uitv.besl. LB 1965 telt in dit verband ook de diensttijd mee die is doorgebracht bij een buitenlands ‘verbonden lichaam’ in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.

15. *Kamerstukken II 1997/98, 25 721, nr. 6, p. 2.*

16. *Kamerstukken II 1997/98, 25 721, nr. 3, p. 8.*

17. *Kamerstukken I 1998/99, 26 020, nr. 104b, p. 6.*

Overigens was tot voor kort in het besluit van 16 april 2001, nr. RTB2001/1325M, V-N 2001/25.14, toegelicht dat een Nederlandse inhoudingsplichtige geen vrijgestelde pensioentoezegging kan doen gedurende de periode dat een werknemer is uitgezonden naar een in het buitenland gevestigd ‘verbonden lichaam’ in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Hiermee samenhangend was in het besluit van 24 juli 2002, nr. CPP2002/1073M, V-N 2002/38.22, wel goedgekeurd dat het buitenlandse lichaam zelf een vergelijkbare pensioentoezegging doet, ter zake waarvan de aanspraken bij dezelfde pensioenverzekeraar worden ondergebracht. Beide besluiten zijn ingetrokken op basis van het besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98M, V-N 2008/9.17, maar nadien zijn de beleidsregels in vergelijkbare vorm gepubliceerd op de voorlichtingsite van de kennisgroep pensioenen van de Belastingdienst.¹⁸

9.3.3.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Kennelijk is met het begrip ‘belang’ in art. 10a lid 7 Wet LB 1964 hetzelfde bedoeld als in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Om die reden wordt voor de vergelijking van deze term met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht verwezen naar hoofdstuk 7.

9.3.3.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Art. 10a lid 7 Wet LB 1964 geldt vanwege het gebruik van de term ‘verbonden vennootschap’ alleen voor aandelenvennootschappen. De regeling is hierdoor niet neutraal ten aanzien van de rechtsvorm. Een participatieplan voor werknemers van een coöperatie valt bijvoorbeeld niet onder de reikwijdte van art. 10a Wet LB 1964. Als gevolg hiervan vindt belastingheffing ter zake van deze rechten plaats op het moment dat zij onvoorwaardelijk worden toegekend, of op het moment dat zij onvoorwaardelijk worden. In die gevallen is dus niet het daadwerkelijk gerealiseerde voordeel bij uitoefening belast, maar de waarde in het economische verkeer van het optierecht.¹⁹ Ik vind dit geen logische uitkomst, vooral nu de heffing over het daadwerkelijk gerealiseerde optievoordeel is gebaseerd op de gedachte dat Nederland internationaal meer in de pas zou moeten lopen, en de meeste landen op het realisatiemoment heffen.²⁰ De uitkomst past ook niet bij een ander belangrijk uitgangspunt van de afschaffing van het keuzeregime dat gold vóór 1 januari 2005, namelijk dat moet worden voorkomen dat bij vervreemding of uitoefening van het optierecht aanzienlijke voordelen ontstaan die niet kunnen worden belast, omdat al loonbelasting is betaald op het genietingsmoment.²¹

18. Voortzetting in het buitenland van de pensioenopbouw in een Nederlandse pensioenregeling (Vraag & Antwoord 08-003 van 12 februari 2008), www.belastingdienstpensioensite.nl.

19. *Kamerstukken I* 2004/05, 29 767, nr. C, p. 12.

20. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 3, p. 26.

21. Brief van de Ministers van Financiën, van Justitie en van Economische Zaken, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 449, nr. 1, p. 25.

Al met al acht ik het niet duidelijk waarom in art. 10a lid 7 Wet LB 1964 wordt gesproken van een 'verbonden vennootschap', en niet van een 'verbonden lichaam'. Wellicht is de reden dat het een regeling voor werknemersopties op aandelen betreft, en dat daarom vooral is gedacht aan een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.

9.3.3.4 *Aanbevelingen*

Naar mijn mening zou het begrip 'verbonden vennootschap' in art. 10a lid 7 Wet LB 1964 moeten worden vervangen door het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Dit zou niet alleen leiden tot rechtsvormneutraliteit, maar ook tot meer uniformiteit. Door aan te sluiten bij het begrip 'verbonden lichaam' zouden belangen van nauw verbonden personen ook in acht worden genomen voor het verbondenheidsbegrip. Bovendien kent het begrip 'verbonden lichaam' een meer open norm, hetgeen naar mijn mening beter past bij het antiontgaanskarakter. Aangezien de functie van beide begrippen gelijk is, namelijk een vereenzelvigingsfunctie en in het bijzonder een antiontgaansfunctie, is uniformering ook niet bezwaarlijk.

9.3.4 *Partner in de zin van art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964*

In art. 18 Wet LB 1964 is een aantal definities opgenomen voor een pensioenregeling waarvan de opbouw fiscaal gefaciliteerd is. In dit verband wordt in art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964 het 'partnerpensioen' omschreven. Het partnerbegrip heeft een facilitaire functie.

9.3.4.1 *Wettelijke omschrijving*

Het partnerbegrip in art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964 omvat de echtgenoot en gewezen echtgenoten, en degenen met wie de werknemer duurzaam een gezamenlijke huishouding voert of heeft gevoerd. Op basis van art. 2 lid 6 AWR wordt het geregistreerde partnerschap gelijkgesteld met het huwelijk, zodat geregistreerde partners en gewezen geregistreerde partners ook tot de kring van partners behoren.

In vergelijking met het begrip 'partner' in art. 1.2 Wet IB 2001 valt op dat in art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964 nauwelijks voorwaarden worden gesteld ten aanzien van de status van ongehuwde samenwoners. Dit sluit echter wel aan bij het begrip 'partner' in de PW, waarbij het gaat om degene die voor de toepassing van een pensioenregeling als partner is aangemeld.

Overigens komt het partnerbegrip in art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964 overeen met dat van art. 19b lid 3 Wet LB 1964.

9.3.4.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Het partnerbegrip in art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964 lijkt compleet, indien dit wordt vergeleken met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht. Het omvat zowel echtgenoten, geregistreerde partners als ongehuwde samenwoners.

9.3.4.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Het partnerbegrip in art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964 is neutraal ten aanzien van de samenlevingsvorm.

Het is naar mijn mening niet bezwaarlijk indien voor de toepassing van art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964 zou worden aangesloten bij het begrip 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001. Zoals ik heb geanalyseerd in hoofdstuk 6, heeft het partnerbegrip voor de inkomstenbelasting ook een facilitaire functie.

9.3.4.4 *Aanbevelingen*

Hoewel het partnerbegrip in art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964 op juiste wijze lijkt omschreven, stel ik voor om voor de fiscale faciliteiten met betrekking tot het 'partnerpensioen' aan te sluiten bij het begrip 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001. Net als Stevens (2004) meen ik dat in de Wet IB 2001 onderscheid moet worden gemaakt tussen de partner als 'partner' voor de toepassing van fiscale faciliteiten en als 'gelieerde samenwoner' in regelingen met een antiontgaansfunctie. Op basis van dit onderscheid zouden faciliteiten alleen voor een beperkte kring van partners kunnen gelden. Daarentegen zouden in regelingen met een antiontgaanskarakter de handelingen of bezittingen van een ruimere kring van partners kunnen worden toegerekend aan de belastingplichtige. Het verschil tussen de facilitaire functie en de vereenzelvigingsfunctie van het partnerbegrip komt hierin namelijk treffend tot uitdrukking. Overigens wil ik ook de ongehuwde samenwoners als 'partner' blijven aanmerken, zij het op basis van een eenmalige keuze waarop slechts kan worden teruggekomen bij beëindiging van de relatie. Die keuze voor het fiscaal partnerschap zou dan ook kunnen gelden voor de fiscale faciliteiten met betrekking tot het 'partnerpensioen'. Ik heb dit in hoofdstuk 6 als volgt uitgewerkt:

- De echtgenoot en geregistreerde partner en de 'ongehuwd samenlevende', ofwel de 'levensgezel' met wie de belastingplichtige een 'gezamenlijke huishouding' voert, worden als 'partner' aangemerkt.
- De keuzemogelijkheid voor ongehuwde partners is eenmalig: herziening van de keuze is slechts mogelijk bij beëindiging van de relatie.
- De keuzemogelijkheid is bovendien afhankelijk van nadere voorwaarden, zoals meerderjarigheid, het voeren van een 'gezamenlijke huishouding' in de zin van art. 26 paragraaf 2 lid 3 Leidraad INV 1990 en inschrijving op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie.

9.3.5 'Directeur-grootaandeelhouder' in de zin van art. 19a lid 2 Wet LB 1964

In art. 19a Wet LB 1964 is geregeld wie als verzekeraar kan optreden van een pensioen waarvan de opbouw fiscaal gefaciliteerd is. Dit betreft professionele verzekeraars, maar op basis van art. 19a lid 1 onderdeel d jo. art. 19a lid 2 Wet LB 1964 ook lichamen zoals de 'pensioen-BV' of 'pensioenstichting' van een dga. Voor de inhoud van het begrip 'dga' is hierbij verwezen naar het gelijknamige begrip in de Pensioenwet (PW). Het dga-begrip vervult in deze bepaling ook een facilitaire functie.

Overigens geldt voor dergelijke, in eigen beheer gehouden pensioenregelingen nog een 'gangbaarheidstoets' op basis van art. 18h Wet LB 1964. Deze toets houdt in dat het pensioen van de dga niet mag uitgaan boven hetgeen gangbaar is in collectieve pensioenregelingen. In dit verband speelt ook de 'verbondenheid' nog een rol. In art. 10c onderdeel d Uitv.besl. LB 1965 is namelijk bepaald dat er geen partnerpensioen mag worden opgebouwd, indien geen mogelijke nabestaande kan worden aangewezen. Zodra de dga een partner krijgt, kan echter alsnog met terugwerkende kracht een nabestaandenpensioen worden opgebouwd.²² Voorts is in art. 19 Wet LB 1965 bepaald dat geen pensioenopbouw mogelijk is met betrekking tot de diensttijd waarin een ongebruikelijk laag loon wordt genoten. Deze bepaling houdt verband met de in paragraaf 9.2.1 beschreven gebruikelijkloonregeling, en is eveneens met name gericht op een in eigen beheer gehouden pensioenregeling van een dga.²³

9.3.5.1 Wettelijke omschrijving

Voor de PW wordt als 'dga' beschouwd, de:

- a. persoonlijk houder van aandelen welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen;
- b. indirect persoonlijk houder van aandelen welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen; of
- c. houder van certificaten van aandelen, uitgegeven door tussenkomst van een administratiekantoor waarvan hij voor ten minste een tiende deel in het bestuur vertegenwoordigd is, welke ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen;

Het gaat dus om zowel direct als indirect gehouden belangen, alsmede om belangen van een certificaathouder. Overigens valt deze 'dga' niet meer onder de PW. In de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat een dga de bescherming van de wet niet nodig heeft: hij kan zijn persoonlijke belangen ook in de rol van eigenaar behartigen.²⁴

22. Besluit van 18 mei 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit 1965 in verband met de inwerkingtreding van de Wet fiscale behandeling van pensioenen, V-N 1999/26.18.

23. *Kamerstukken II* 1993/94, 21 882, nr. 10, p. 6.

24. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 20.

Dit is de derde definitie van het begrip 'dga' voor de loonbelasting. In art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965, alsmede in art. 6 lid 6 Wet LB 1964 zijn al twee andere omschrijvingen van hetzelfde begrip 'dga' opgenomen. Hiervoor wordt verwezen naar paragraaf 9.3.1 en 9.3.2.

9.3.5.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

In art. 19a lid 2 Wet LB 1964 wordt voor de verbondenheid alleen uitgegaan van een aandelenbelang. Een dergelijk formeel-juridisch criterium sluit niet aan bij de omschrijving van verbondenheid in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. In deze disciplines geldt juist een materieel-economische benadering, en wordt met name aandacht besteed aan de organisatorische verbondenheid. Het is in dit verband de vraag of bij een bezit van 10% van het geplaatste aandelenkapitaal in alle gevallen sprake zal zijn van het beïnvloeden van het ondernemingsbeleid.

9.3.5.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Voor de toepassing van art. 19a lid 2 Wet LB 1964 tellen alleen de aandelen die een natuurlijk persoon zelf bezit mee bij de beoordeling of is voldaan aan de 10%-norm. Aandelenbelangen van 'verbonden personen' tellen niet mee. Hierdoor is een vergelijking met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht niet mogelijk, en eigenlijk kan ook de neutraliteit ten aanzien van de samenlevingsvorm niet worden beoordeeld.

Er kan echter nog wel een opmerking worden gemaakt over het door echtgenoten of geregistreerde partners gekozen huwelijksgoederenregime. In de wetsgeschiedenis is namelijk opgemerkt dat in de PW wordt gesproken van 'persoonlijk houder' en 'indirect persoonlijk houder' om te benadrukken dat iemand die in gemeenschap van goederen is gehuwd met een grootaandeelhouder, door dit enkele feit zelf geen grootaandeelhouder is in de zin van dit wetsvoorstel.²⁵ Op dit punt is er een verschil in behandeling met het dga-begrip van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965. Zoals in paragraaf 9.3.1 is beschreven, wordt een echtgenoot of geregistreerde partner die zelf geen aandelen bezit maar in gemeenschap van goederen is gehuwd met een aanmerkelijkbelanghouder, wel als dga behandeld voor de toepassing van de fictieve dienstbetrekking en de gebruikelijkloonregeling. Dit neutraliteitverstorende effect is dus niet aan de orde ten aanzien van het dga-begrip in art. 19a lid 2 Wet LB 1964.

Overigens blijkt uit het gebruik van de term 'vennootschap' in art. 19a lid 2 Wet LB 1964 dat met name is gedacht aan een aandelenvennootschap van een 'dga'. Anders dan in het dga-begrip van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965, is niet gekozen voor de term 'lichaam'. Hierdoor geldt de uitsluiting van de inhoudingsplicht bijvoorbeeld niet voor dga's met een belang in een coöperatie of een open CV. De regeling is hierdoor niet rechtsvormneutraal.

25. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 3, p. 167.

9.3.5.4 Aanbevelingen

In de regeling van art. 19a lid 2 Wet LB 1964 voor directiepensioenlichamen zou naar mijn mening ook kunnen worden aangesloten bij het dga-begrip van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965, dat is gebaseerd op de aanwezigheid van een 'aanmerkelijk belang'. Zoals hiervoor is opgemerkt, heeft het begrip 'dga' in art. 19a lid 2 Wet LB 1964 een facilitaire functie, terwijl het dga-begrip in art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 een antiontgaansfunctie heeft. Dit verschil in functies vereist naar mijn mening echter geen andere definitie van het dga-begrip. De uniformiteit zou de eenvoud van de loonbelasting bevorderen. Ook het hiervoor genoemde gebrek aan rechtsvormneutraliteit zou dan niet meer aan de orde zijn.

9.3.6 'Samenhangende groep inhoudingsplichtigen' in de zin van art. 27e Wet LB 1964

Op basis van art. 27e Wet LB 1964 kunnen inhoudingsplichtigen gezamenlijk verzoeken om te worden aangemerkt als een 'samenhangende groep'. Aan de aanwezigheid van een samenhangende groep zijn praktische voordelen verbonden. In de parlementaire geschiedenis is gesproken over een gebundelde aangifte en afdracht van loonbelasting. Voorts is gedacht aan de verplaatsing van een werknemer van de ene concernmaatschappij naar de andere, zonder dat opnieuw de identiteit van de betrokken persoon hoeft te worden vastgesteld, en zonder dat opnieuw een loonbelastingverklaring hoeft te worden ingevuld.²⁶ Voorts kan in dergelijke situaties op basis van art. 10 Uitv.besl. LB 1965 de bewijsregel voor de 30%-regeling van toepassing blijven, zonder dat daarvoor een nieuw verzoek nodig is. In dit verband heeft het verbondenheidsbegrip een facilitaire functie.

9.3.6.1 Wettelijke omschrijving

Uit de parlementaire toelichting blijkt dat bij de 'samenwerkende groep' in principe is gedacht aan een concern dat uit verschillende inhoudingsplichtigen bestaat. De 'samenwerkende groep' kan echter ook meer omvatten dan wat doorgaans onder een 'concern' wordt verstaan.²⁷ Het is echter niet duidelijk wanneer nu precies sprake is van een 'samenwerkende groep'.

Overigens kan de regeling van de 'samenhangende groep' van art. 27e Wet LB 1964 niet worden beschouwd als een 'fiscale eenheid' tussen de betreffende inhoudingsplichtigen. Het gaat slechts om een administratieve faciliteit in de vorm van een gebundelde aangifte en afdracht van de loonbelasting. De inhoudingsplichtigen die de belasting moeten afdragen, blijven als zodanig fiscaal bestaan.

26. Kamerstukken II 2005/06, 30 306, nr. 3, p. 51.

27. Kamerstukken II 2005/06, 30 306, nr. 3, p. 22.

9.3.6.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Vanwege de onduidelijkheid over de precieze inhoud en reikwijdte is het niet mogelijk om het begrip 'samenhangende groep' te vergelijken met de wijze waarop verbondenheid is omschreven in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht.

9.3.6.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

In art. 6 Wet LB 1964 zijn ten aanzien van de persoon van de inhoudingsplichtige geen voorwaarden opgenomen met betrekking tot de rechtsvorm. De inhoudingsplicht bestaat dus ongeacht de rechtsvorm. Om dezelfde reden ga ik ervan uit dat ook voor de 'samenhangende groep' geen voorwaarden bestaan ten aanzien van de rechtsvorm.

Ten aanzien van de 'samenwerkende groep' is duidelijk sprake van een open norm. Tijdens de parlementaire behandeling is aangegeven dat de onduidelijke inhoud en reikwijdte van het begrip niet bezwaarlijk is. Volgens de wetgever ligt het namelijk niet voor de hand dat inhoudingsplichtigen zonder samenhang zich gezamenlijk met een verzoek tot de inspecteur zullen wenden, en bereid zullen zijn tegelijkertijd aangifte te doen en af te dragen. In het uiterste geval zal de inspecteur moeten beoordelen of van samenhang sprake is, waarbij de bewijslast bij de inhoudingsplichtigen ligt.²⁸ Op basis van de facilitaire functie van het begrip vind ik deze reactie niet logisch. De facilititeit zou naar mijn mening meer succesvol kunnen zijn, indien de wetgever ten minste enige toelichting zou geven ten aanzien van het begrip 'samenwerkende groep'. De onduidelijkheid waarin het begrip nu is gehuld, past naar mijn mening alleen bij een antiontgaansfunctie.

Overigens zijn ten aanzien van het begrip 'samenwerkende groep' verschillende benaderingen mogelijk om te komen tot een uniforme inhoud in relatie tot andere verbondenheidsbegrippen. In de eerste plaats zou kunnen worden aangesloten bij de 'fiscale eenheid' in de zin van art. 15 Wet VPB 1969 of art. 7 lid 4 Wet OB 1968. Deze begrippen hebben eveneens een facilitaire functie. Bovendien hebben zij als gemeenschappelijk kenmerk dat aan interne transacties geen fiscale gevolgen worden verbonden: voor de vennootschapsbelasting gaat het hierbij om het uitstel van winstrealisatie, bij de omzetbelasting om een voordeel indien er sprake is van een combinatie van belaste en vrijgestelde prestaties en bij de loonbelasting om verplaatsing van een werknemer van de ene concernmaatschappij naar de andere, zonder dat bijvoorbeeld opnieuw een loonbelastingverklaring hoeft te worden ingevuld. De regelingen leiden daarom elk tot een procedurele en administratieve vereenvoudiging.

Voor de inhoud van het begrip 'samenwerkende groep' kan ook worden aangesloten bij de definities van de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969. Een andere mogelijkheid is

28. *Kamerstukken II 2005/06, 30 306, nr. 3, p. 50.*

om voor de definitie van het begrip 'samenhangende groep' aan te sluiten bij het begrip 'groep' in de zin van art. 2:24b BW.

9.3.6.4 Aanbevelingen

Naar mijn mening zou de inhoud en de reikwijdte van het begrip 'samenhangende groep' kunnen worden verduidelijkt door aan te sluiten bij het begrip 'fiscale eenheid' in de zin van art. 15 Wet VPB 1969 of art. 7 lid 4 Wet OB 1968. Deze begrippen hebben eveneens een facilitaire functie, en hebben vergelijkbare gevolgen.

Op deze wijze zou het ook mogelijk zijn om een daadwerkelijke 'fiscale eenheid' voor de loonbelasting te introduceren. De verschillende inhoudingsplichtigen zouden dan kunnen opgaan in één inhoudingsplichtige. Naar mijn mening zou dit voor de praktijk een welkome aanvulling zijn op de huidige administratieve maatregel van art. 27e Wet LB 1964. Binnen een concern zou hierdoor nog meer administratieve vereenvoudiging kunnen optreden, omdat dan bijvoorbeeld zou kunnen worden volstaan met één salarisadministratie. Voorts zou een fiscale eenheid verzachting kunnen bieden voor de eindheffing op vertrekvergoedingen die in het wetsvoorstel 'Belastingheffing op excessieve beloningsbestanddelen' (31 459) is geïntroduceerd. Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat de overgang van een werknemer binnen een concern ook kan leiden tot toepassing van deze maatregel.²⁹ Naar mijn mening is dit niet reëel in het licht van de toegenomen (internationale) arbeidsmobiliteit binnen concerns.

Ik zou de contouren van de regeling van de fiscale eenheid voor de loonbelasting als volgt willen schetsen:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van 95% van de stemrechten in een aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 95%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van 95% van de stemrechten.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten, tenzij aan deze instrumenten zodanige voorwaarden zijn verbonden dat moet worden aangenomen dat de aandeelhouder het stemrecht reeds heeft overgedragen.

29. Kamerstukken II 2007/08, 31 459, nr. 9, p. 4.

- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, tellen niet mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In verband met de genoemde tegenbewijsmogelijkheid kunnen zij echter wel een rol spelen om aan te tonen dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 95%-criterium, in feite toch een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend.

Een en ander stemt overeen met de contouren die ik in hoofdstuk 7 en 8 heb geschetst ten aanzien van de fiscale eenheid voor de vennootschaps- en omzetbelasting.

Naar verwachting zal voor de meeste concernsituaties een fiscale eenheid met een territoriale beperking tot inhoudingsplichtigen voor de Nederlandse loonbelasting, ofwel binnenlandse inhoudingsplichtigen en buitenlandse inhoudingsplichtigen als bedoeld in art. 6 lid 2 onderdeel a en b Wet LB 1964, volstaan. Echter, met het oog op de eindheffing op vertrekvergoedingen kan zij naar mijn mening toch een grensoverschrijdende werking krijgen. Hierbij dient de inhoudingsplichtige wel aan te tonen dat de overgang van een werknemer naar een buitenlands concernonderdeel realiteitszin heeft, bijvoorbeeld aan de hand van criteria die vergelijkbaar zijn met die voor de toepassing van de 30%-regeling. De fiscus kan een en ander controleren op basis van informatie verkregen uit internationale inlichtingenuitwisseling.

9.3.7 *'Concern' in de zin van art. 9a lid 2 Uitv.besl. LB 1965*

Op basis van art. 15a lid 1 onderdeel j Wet LB 1964 kunnen werknemers die vanuit het buitenland zijn aangeworven, onder voorwaarden in aanmerking komen voor de 30%-regeling. Op basis van deze regeling kunnen zij een onbelaste kostenvergoeding ontvangen ter grootte van 30% van het loon. In art. 9a Uitv.besl. LB 1965 is bepaald dat één van de voorwaarden is dat de 'extraterritoriale werknemer' over specifieke deskundigheid beschikt, die op de Nederlandse arbeidsmarkt niet of schaars aanwezig is. Op grond van art. 9a lid 2 Uitv.besl. LB 1965 wordt ten aanzien van werknemers in het middenkader of hoger kader van een internationaal 'concern' verondersteld dat zij over voldoende specifieke deskundigheid beschikken, mits zij ten minste tweeënehalf jaar ervaring hebben, en naar Nederland zijn uitgezonden in het kader van een functieroulatie. Dit concernbegrip heeft een facilitaire functie.

9.3.7.1 *Wettelijke omschrijving*

Het begrip 'concern' in art. 9a lid 2 Uitv.besl. LB 1965 is niet nader gedefinieerd. Hierdoor is een vergelijking met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht niet mogelijk.

9.3.7.2 Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten

Omdat het concernbegrip niet nader is omschreven, kan de rechtsvormneutraliteit niet worden beoordeeld.

Een rechtsvormneutrale invulling zou overigens kunnen worden bereikt door aan te sluiten bij het eerder genoemde begrip 'concern'. Er zou dan een duidelijker en uniform geheel ontstaan. In hoofdstuk 7 heb ik de contouren geschetst van het begrip 'concern':

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van meer dan 50% van de stemrechten in een aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 50%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van meer dan 50% van de stemrechten.
- Bij dit verbondenheidsvermoeden geldt een neerwaartse, opwaartse en zijwaartse benadering. Dat wil zeggen, dat het belang van meer dan 50% kan zien op verbondenheid met een dochtervennootschap, een moedervennootschap en een zustervennootschap.
- Ten aanzien van de verbondenheid van een natuurlijk persoon met een lichaam worden de belangen gehouden door diens 'partner' en kinderen meegeteld bij de beoordeling van het bedoelde vermoeden.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten, tenzij aan deze instrumenten zodanige voorwaarden zijn verbonden dat moet worden aangenomen dat de aandeelhouder het stemrecht reeds heeft overgedragen
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, tellen niet mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In verband met de genoemde tegenbewijsmogelijkheid kunnen zij echter wel een rol spelen om aan te tonen dat er ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 50%-criterium, in feite toch een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend.

Een andere mogelijkheid zou zijn om aan te sluiten bij het groepsbegrip van art. 2:24b BW. Dit begrip heeft ook een facilitaire functie. In hoofdstuk 7 heb ik echter toegelicht dat het niet nodig is om ten aanzien van fiscale bepalingen te verwijzen naar het begrip 'groep'. Een fiscaal begrip 'concern' voldoet in dit opzicht.

9.3.7.3 Aanbevelingen

Zoals hiervoor is opgemerkt, zou ik voor de invulling van het concernbegrip in art. 9a lid 2 Uitv.besl. LB 1965 aansluiten bij het hiervoor genoemde begrip 'concern'.

9.3.8 *Directeur-groootaandeelhouder in de zin van art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001*

In art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 is de vierde, afzonderlijke omschrijving opgenomen van een dga die een aanmerkelijk belang houdt in de inhoudingsplichtige vennootschap. Indien bepaalde personeelsvoorzieningen uitsluitend toekomen aan een werknemer die aan deze omschrijving voldoet, is geen sprake van vrije vergoedingen of verstrekkingen in de zin van art. 15 en 17 Wet LB 1964. Een dga en zijn partner genieten de fiscale faciliteiten alleen indien de personeelsvoorzieningen openstaan voor andere werknemers. Dit dga-begrip heeft een antimisbruikfunctie.

Overigens geldt deze bepaling voor faciliteiten op het gebied van bedrijfsfitness in de zin van art. 29 Uitv.reg. LB 2001, maar ook voor personeelsverenigingen in de zin van art. 32 Uitv.reg. LB 2001 en personeelsreizen en -voorzieningen in de zin van art. 32a Uitv.reg. LB 2001.

9.3.8.1 *Wettelijke omschrijving*

De dga is in art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 omschreven als een werknemer van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, waarin die werknemer samen met de met hem verbonden personen voor ten minste een derde gedeelte van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is. Hierbij worden de partner in de zin van art. 1.2 Wet IB, alsmede bloed- of aanverwanten in de rechte lijn beschouwd als 'verbonden personen'.

Volgens de toelichting van de Staatssecretaris van Financiën is in art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 de grens gesteld op het bezit van een derde van het geplaatste aandelenkapitaal, omdat dan aannemelijk is dat de aandeelhouder een belangrijke zeggenschap heeft in de vennootschap.³⁰ Eerlijk gezegd ben ik niet overtuigd van deze redenering. In feite komt hiermee het bestaansrecht van de 5%-grens voor de aanmerkelijkbelangregeling onder druk te staan. De redenering onderschrijft wel de in paragraaf 9.3.1 genoemde suggestie van Meussen om de ondergrens voor de toepassing van de gebruikelijkloonregeling van art. 12a Wet LB 1964 te stellen op 'ten minste een derde gedeelte belang' in het geplaatste kapitaal van een vennootschap.

9.3.8.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Voor de beoordeling of sprake is van een 33½%-belang in de zin van art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 moet het aandelenbezit van partners worden samengeteld. Het gaat hierbij om aandelen die worden gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner, en de persoon met wie men ongehuwd samenwoont en met wie men

30. Ministeriële regeling van 12 december 2006, nr. DB 2006-658M, *Stcrt.* 2006, 251.

heeft geopteerd voor het partnerschap in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001. Evenals geldt voor de regeling van art. 4.6 Wet IB 2001, wordt het aandelenbezit van on-gehuwde samenwoners niet bij elkaar opgeteld voor de beoordeling van het bezits-criterium, indien zij niet hebben geopteerd voor fiscaal partnerschap. Hierdoor is de regeling niet volledig in overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werke-lijkheid en het personen- en familierecht.

Overigens geldt ten aanzien van art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 niet een vergelijk-bare bepaling als die van art. 4.2 Wet IB 2001, op grond waarvan aanverwantschap fictief eindigt na een echtscheiding. Zoals in hoofdstuk 5 is beschreven, wordt het aanverwantschap bij beëindiging van het huwelijk niet opgeheven. Dit vloeit voort uit art. 1:3 lid 3 BW. Dit betekent dat bloedverwanten van de echtgenoot van de be-lastingsplichtige na echtscheiding zijn aanverwanten blijven. De bepaling van art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 behoudt hierdoor ook na een echtscheiding zijn werking met betrekking tot bloedverwanten van de ex-echtgenoot.

In hoofdstuk 2 is toegelicht dat in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht met name organisatorische en economische verbondenheid van belang zijn. De aanwezigheid van een kapitaalbelang, hetgeen duidt op finan-ciële verbondenheid, speelt in deze disciplines slechts een beperkte rol. In art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 wordt voor het 33½%-criterium uitsluitend aangeknoopt bij een financieel belang, terwijl economische en organisatorische verbondenheid geen rol spelen. Eerder is opgemerkt dat de zeggenschap die is verbonden aan een aandelen-belang, niet zonder meer duidt op organisatorische verbondenheid. Het gaat immers niet om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid. Omdat art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 is gericht op de aandeelhouder die belangrijke zeggenschap heeft in de vennootschap, zou organisatorische verbondenheid naar mijn mening ook van belang moeten zijn.

9.3.8.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Indien ongehuwde samenwoners er niet voor hebben gekozen om elkaars 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 te zijn, worden de door hen gehouden belangen niet samengeteld voor de beoordeling of is voldaan aan de 33½%-grens. De regeling van art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 is hierdoor niet neutraal ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm.

De bepaling van art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 is ook niet neutraal ten aanzien van de rechtsvorm, omdat zij uitsluitend geldt voor aandelenvennootschappen.

Het 33½%-criterium in art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 kan als een scherpe norm wor-den beschouwd, omdat het aanknoopt bij het geplaatste aandelenkapitaal. Op basis van de antimisbruikfunctie van het verbondenheidsbegrip acht ik dit niet logisch. Een materieel-economische benadering zou meer flexibiliteit bieden om het onge-wenste gebruik van de fiscale faciliteiten tegen te gaan.

9.3.8.4 Aanbevelingen

Naar mijn mening zou in art. 29 lid 4 Uitm.reg. LB 2001 eveneens kunnen worden aangesloten bij het dga-begrip van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitm.besl. LB 1965, dat is gebaseerd op het bezit van een 'aanmerkelijk belang'. De functie van beide begrippen is vergelijkbaar, namelijk het voorkomen van misbruik c.q. belastingontwijking. In dit verband past naar mijn mening een uniforme definitie van het dga-begrip.

Indien het begrip 'aanmerkelijk belang' bovendien meer materieel zou worden ingevuld, zou de reikwijdte van het dga-begrip eveneens worden verruimd. Dit lijkt ook logisch op basis van de antimisbruikfunctie van het verbondenheidsbegrip die in art. 29 lid 4 Uitm.reg. LB 2001 is bedoeld.

9.3.9 **'Organisatorische of functionele eenheid' in de zin van art. 32a Uitm.reg. LB 2001**

Ingevolge art. 32a Uitm.reg. LB 2001 worden vergoedingen en verstrekkingen in verband met personeelsreizen en -festiviteiten, en incidentele personeelsvoorzieningen, beschouwd als vrije vergoedingen en verstrekkingen. Voor het vrijgestelde karakter is vereist dat ten minste driekwart van de werknemers kunnen meedoen aan deze activiteiten. Hierbij wordt de driekwartseis in beschouwing genomen per 'organisatorische of functionele eenheid'. Naar mijn mening heeft dit begrip een operationaliseringsfunctie. Het begrip dient niet zozeer om misbruik of belastingontwijking tegen te gaan, maar veeleer om nadere invulling te geven aan de desbetreffende vrije vergoedingen en verstrekkingen.

9.3.9.1 *Wettelijke omschrijving*

Volgens het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 7 december 2005, nr. CPP2005/2637M, V-N 2006/2.17, moet de beoordeling of wordt voldaan aan de driekwartseis, en of sprake is van een 'organisatorische of functionele eenheid', per inhoudingsplichtige plaatsvinden. Voor onderling verbonden vennootschappen zou de beoordeling daar niet voor het gehele concern kunnen plaatsvinden. Op basis van de operationaliseringsfunctie van het verbondenheidsbegrip vind ik dit niet logisch. Indien daadwerkelijk sprake is van een concern, dat wil zeggen 'organisatorische verbondenheid' en een 'economische eenheid', moet dit naar mijn mening per definitie samenvallen met het begrip 'organisatorische of functionele eenheid'.

Overigens is in Rechtbank Breda 27 maart 2007, nrs. 05/2120 en 05/2122, NTFR 2007/1224 en 1225, beslist dat voor deze regeling toch naar het concern als geheel moest worden gekeken. Dat concern bestond in casu uit drie vennootschappen.

9.3.9.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Het begrip 'organisatorische of functionele eenheid' is niet nader omschreven of toegelicht. Om die reden is een vergelijking met de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht niet mogelijk.

9.3.9.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

De term 'organisatorische of functionele eenheid' lijkt erg ruim, maar omdat deze niet nader is omschreven of toegelicht, kan de rechtsvormneutraliteit eigenlijk niet worden beoordeeld.

Zoals hiervoor is opgemerkt, vind ik dat het begrip 'organisatorische of functionele eenheid' als een concernbegrip moet worden uitgelegd. In verband met de operationaliseringsfunctie acht ik het niet bezwaarlijk indien hierbij een minder open norm zou worden gehanteerd. Er zou naar mijn mening dan ook kunnen worden aangesloten bij het begrip 'fiscale eenheid' voor de loonbelasting, waarvan ik de contouren heb geschetst in paragraaf 9.3.6. Hierdoor zou meer uniformiteit ontstaan in het begrippenkader van de loonbelasting.

Een andere mogelijkheid zou zijn om aan te sluiten bij het groepsbegrip van art. 2:24b BW. Dit begrip heeft ook een operationaliseringsfunctie. Een nadeel is echter dat de invulling van het fiscale verbondenheidsbegrip dan afhankelijk zou zijn van de wijze waarop het begrip 'groep' wordt geïnterpreteerd in het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. Zoals hiervoor is opgemerkt, heb ik in dit verband een voorkeur voor een autonoom fiscaal begrip, waarvan de criteria overigens wel vergelijkbaar kunnen zijn met die van begrippen afkomstig uit andere rechtsgebieden. Er zou naar mijn mening wel kunnen worden aangesloten bij het in paragraaf 9.3.7 genoemde begrip 'concern'.

9.3.9.4 *Aanbevelingen*

Naar mijn mening zou de term 'organisatorische of functionele eenheid' nader moeten worden omschreven, waarbij aansluiting wordt gezocht bij de door mij geschetste contouren van de regeling van de 'fiscale eenheid' voor de loonbelasting. Indien een dergelijke 'fiscale eenheid' voor de loonbelasting niet zou worden ingevoerd, zou ik willen pleiten voor aansluiting bij het begrip 'concern'. Hiermee zou een uniform geheel ontstaan, omdat dit begrip ook kan worden gehanteerd voor andere verbondenheidsbegrippen in de loonbelasting en in andere belastingen.

9.4 **Conclusie**

Evenals is gedaan voor de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en omzetbelasting, is in dit hoofdstuk onderzocht op welke wijze en welke plaats 'verbondenheid' is omschreven in de Wet LB 1964. Hierbij is ingegaan op twee begrippen waarin verbondenheid wel kan worden herkend, maar niet wettelijk is omschreven. Dit betreft het 'buitenlands gezelschap' van artiesten of beroepssporters als bedoeld in art. 5b Wet LB 1964 en de buitenlandse inhoudingsplichtige die in Nederland beschikt over een 'vaste inrichting' in de zin van art. 6, lid 2 onderdeel a Wet LB 1964.

In de Wet LB 1964 kunnen voorts tien wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen worden gevonden. Net als in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 moet hierbij onderscheid worden gemaakt tussen begrippen waarin de verbondenheid met lichamen worden bedoeld, en definities van relaties tussen natuurlijke perso-

nen. Opvallend is dat er maar liefst vier verschillende dga-begrippen worden gebruikt in de Wet LB 1964, waarbij het bezitscriterium voor het 'grootaandeelhouder-schap' varieert van 5%, 10%, 33 $\frac{1}{3}$ % tot 50%!

De conclusies die uit de analyse van de wettelijk omschreven verbondenheids-begrippen in de Wet LB 1964 kunnen worden getrokken, zijn samengevat in het volgende schema:

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| Directeur-grootaandeelhouder in de zin van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 | Arbeid verrichten voor een vennootschap waarin men een 'aanmerkelijk belang' heeft | AO | - | - | + | - | Aansluiten bij 'aanmerkelijk belang' (hoofdstuk 6); Voor fictieve dienstbetrekking en gebruikelijkloonregeling bij partnerbegrip in begrip 'verbonden persoon' (hoofdstuk 6); dit is de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel' |
| 'Directeur-grootaandeelhouder' in de zin van art. 6 lid 6 Wet LB 1964 | Bezit van aandelen die ten minste de helft van de stemmen in de averterenwoordigen | F | - | - | - | - | Aansluiten bij dga-begrip van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 |
| 'Verbonden vennootschap' in de zin van art. 10a lid 7 Wet LB 1964 | Bezit van ten minste een derde gedeelte belang in een vennootschap; Neerwaartse, opwaartse en zijwaartse verbondenheid | AO | - | - | + | - | Aansluiten bij begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 (hoofdstuk 7) |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| Partner in de zin van art. 18 lid 1 onderdeel a onder 2° Wet LB 1964 | (Gewezen) echtgenoot, geregistreerde partner en degenen met wie de werknemer duurzaam een gezamenlijke huishouding voert of heeft gevoerd | F | + | + | + | - | Aansluiten bij het begrip 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 |
| 'Directeur-groootaandeelhouder' in de zin van art. 19a lid 2 Wet LB 1964 | Bezit van ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal | F | - | - | + | - | Aansluiten bij dga-begrip van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 |
| 'Samenhangende groep inhoudingsplichtigen' in de zin van art. 27e Wet LB 1964 | | F | | + | - | - | Wijziging in 'fiscale eenheid': - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 95% van de stemrechten in een aandelenvennootschap; - Stemrechten verbonden aan aandelen waarop alternatieve bezitsvormen rusten (certificaten van aandeel, pandrecht, vruchtgebruik, |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|-------------------------|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| | | | | | | | financiële instrumenten) tellen mee bij beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de aandeelhouder; <ul style="list-style-type: none"> - Deze alternatieve bezitsvormen tellen niet mee bij de houder ervan |
| 'Concern' in de zin van art. 9a lid 2 Uitv.besl. LB 1965 | | F | | | - | - | Aansluiten bij begrip 'concern' (hoofdstuk 7): <ul style="list-style-type: none"> - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 50% van de stemrechten in een aandelenvennootschap; - Stemrechten verbonden aan aandelen waarop alternatieve bezitsvormen rusten (certificaten van aandeel, pandrecht, vruchtgebruik, financiële instrumenten) tellen mee bij beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de aandeelhouder; - Deze alternatieve bezitsvormen tellen niet mee bij de houder ervan |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| Directeur-groootaandeelhouder in de zin van art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 | Bezit van ten minste een derde gedeelte van het geplaatste kapitaal, samen met partner in de zin van art. 1.2 Wet IB en bloed- of aanverwanten in de rechte lijn | AM | - | - | - | - | Aansluiten bij dga-begrip van art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 en art. 2h Uitv.besl. LB 1965 |
| 'Organisatorische of functionele eenheid' in de zin van art. 32a Uitv.reg. LB 2001 | | O | | | - | - | Aansluiting bij 'fiscale eenheid' voor de loonbelasting, of bij begrip 'concern' |

HOOFDSTUK 10

Overdrachtsbelasting

10.1 **Inleiding**

Overdrachtsbelasting wordt geheven ter zake van de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken, of van rechten met betrekking tot die onroerende zaken. Op basis van een fictie is de verkrijging van aandelen in een zogenoemd 'onroerendezaaklichaam' eveneens belast.

De overdrachtsbelasting is een objectieve, kostprijsverhogende belasting. Zij behoort in juridische zin tot de categorie directe belastingen. Anders dan bij de inkomstenbelasting, kan ten aanzien van de overdrachtsbelasting geen nevendoeel worden onderkend. De belasting is onderdeel van de WBR.

Ook in de overdrachtsbelasting bestaan verschillende regelingen waarin uiteenlopende verbondenheidsbegrippen worden gehanteerd. Veel van deze begrippen hangen samen met de hiervoor genoemde belastingheffing van aandelen in onroerendezaaklichamen, die als antiontgaansbepaling moet worden beschouwd. Voorts zijn er faciliteiten waarin verbondenheid een rol speelt. In dit hoofdstuk worden deze wettelijk omschreven begrippen geanalyseerd. Voorafgaand aan deze analyse ga ik in op de manier waarop samenwerkingsverbanden voor de overdrachtsbelasting worden behandeld.

10.2 **Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving**

De behandeling van samenwerkingsverbanden voor de overdrachtsbelasting is een onderwerp waarin 'verbondenheid' tussen de desbetreffende participanten kan worden herkend. De relatie tussen natuurlijke personen en lichamen is echter niet nader gedefinieerd in de wet.

10.2.1 *Samenwerkingsverbanden*

In art. 15 lid 1 onderdeel e onder 1° WBR is een vrijstelling opgenomen voor de verkrijging van onroerende zaken bij de inbreng van een onderneming in een vennootschap zonder een in aandelen verdeeld kapitaal. In art. 4 Uitv.besl. WBR zijn nadere voorwaarden gesteld aan de toepassing van deze vrijstelling, bijvoorbeeld dat de onderneming gedurende drie jaren moet worden voortgezet door de vennootschap.

Verstraaten (1999) meent dat deze inbrengvrijstelling berust op de veronderstelling dat een personenvennootschap van tijdelijke duur is. Er wordt nog geen overdrachtsbelasting geheven zolang de vennootschap bestaat. Pas bij ontbinding van de vennootschap en de verdeling van het vermogen vindt belastingheffing plaats over de gehele toegedeelde zaak, zo bepaalt art. 7 WBR. In dit verband wordt in art. 12 WBR voorkomen dat een vennoot ook belasting is verschuldigd over zijn eigen aandeel. Voorts bevat art. 15 lid 1 onderdeel f onder 1° WBR een vrijstelling voor situaties waarin een onroerende zaak wordt verkregen door de vennoot die deze destijds heeft gebracht.

In hoofdstuk 3 is aandacht besteed aan het wetsvoorstel 'Titel 7.13 BW' (28 746), op grond waarvan de OV en CV rechtspersoonlijkheid kunnen verkrijgen. Op basis van het hiermee samenhangende wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' (31 065) zullen de OVR of CVR, ondanks de rechtspersoonlijkheid, fiscaal transparant zijn. De fiscale transparantie geldt echter niet voor de overdrachtsbelasting; voor deze heffing zullen wel gevolgen worden verbonden aan de keuze voor rechtspersoonlijkheid.¹ Indien onroerende zaken worden verkregen door een OV of CV, zal de verkrijging voor de heffing van overdrachtsbelasting worden toegerekend aan de vennoten. In geval van een OVR of CVR is de vennootschap echter zelf de verkrijger. In verband hiermee zal in art. 15 lid 1 onderdeel e onder 1° (voorstel) WBR voortaan worden gesproken over de inbreng in een 'vennootschap die geen *rechtspersoon* is', in plaats van een '*vennootschap* die geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft' (cursiveringen RZ). Hierdoor zal alleen de inbreng van een onderneming met onroerende zaken in een OV of CV zijn vrijgesteld; de inbreng in een OVR of CVR zal wel belast zijn.

In het kader van het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' zal een OV of CV op basis van art. 15 lid 1 onderdeel e onder 2° (voorstel) WBR vrijgesteld kunnen worden omgezet in een OVR of CVR. Voorts zal in art. 15 lid 1 onderdeel f onder 3° (voorstel) WBR een bepaling worden opgenomen, op grond waarvan de omzetting van een OVR of CVR in een OV of CV is vrijgesteld. De verwachte datum van inwerking-treding van beide wetsvoorstellen is thans 1 januari 2009.²

In paragraaf 10.3.1 tot en met 10.3.3 onderzoek ik de regeling van art. 4 WBR, op grond waarvan de verkrijging van participaties in een onroerendezaaklichaam niet is belast indien een relatief gering belang wordt verkregen. Naar mijn mening moet de behandeling voor de overdrachtsbelasting van de verkrijging van deze participaties in evenwicht zijn met de wijze waarop wordt omgegaan met de inbreng van onroerende zaken in een samenwerkingsverband. Indien bijvoorbeeld uitsluitend onroerende zaken worden ingebracht in een OV of CV, zonder een onderneming, zal geen beroep kunnen worden gedaan op de inbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e onder 1° (voorstel) WBR. De inbreng zal dan belast zijn. Naar mijn mening vereist een evenwichtige benadering dat een latere overdracht en verkrijging van een relatief gering belang in een dergelijke vastgoedlichaam niet nog eens is belast.

1. *Kamerstukken II 2006/07, 31 065, nr. 3, p. 34.*

2. *Kamerstukken II 2007/08, 31 065, nr. 10, p. 5.*

Indien onroerende zaken als onderdeel van een onderneming worden ingebracht in een OV of CV, zal de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e onder 1° (voorstel) WBR wel van toepassing zijn. Ik vind dat het in een evenwichtige benadering past om een latere overdracht en verkrijging van de participaties in de desbetreffende personenvennootschap te belasten, ook indien dit slechts een relatief gering belang betreft. Onder het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' lijkt het echter mogelijk om een onderneming met onroerende zaken geruisloos in te brengen in een OV of CV met toepassing van de inbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e onder 1° (voorstel) WBR, en deze OV of CV vervolgens zonder heffing van overdrachtsbelasting om te zetten in een OVR of CVR op basis van art. 15 lid 1 onderdeel e onder 2° (voorstel) WBR. Na deze omzetting kan ter zake van de verkrijging van participaties in de OVR of CVR het relatief gunstige regime van art. 4 WBR worden toegepast, waardoor relatief geringe belangen ook zonder heffing van overdrachtsbelasting kunnen worden overgedragen. Het is naar mijn mening evenwichtiger om hetzij de inbreng in de personenvennootschap buiten de heffing te laten, hetzij de latere overdracht en verkrijging van participaties daarin, maar niet beide.

10.3 Wettelijke begrippen van verbondenheid

In dit hoofdstuk onderzoek ik de volgende verbondenheidsbegrippen voor de heffing van overdrachtsbelasting:

- 'aanmerkelijk' belang in de zin van art. 4 lid 3 WBR;
- 'deelneming' in de zin van art. 4 lid 4 WBR;
- 'verbonden lichaam' in de zin van art. 4 lid 6 WBR;
- 'verbonden lichaam' in de zin van art. 4 lid 7 WBR;
- 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 4 lid 8 WBR;
- 'familieleden' in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR;
- 'samenwoners' in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel g WBR;
- 'concern' in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel h WBR.

10.3.1 Aanmerkelijk belang in de zin van art. 4 lid 3 WBR

In paragraaf 10.1 is opgemerkt dat de verkrijging van aandelen in een onroerende-zaaklichaam eveneens is belast met overdrachtsbelasting. Hiermee wordt voorkomen dat de verkrijging van onroerende zaken in de vorm van een aandelentransactie worden gegoten om overdrachtsbelasting te ontgaan. In art. 4 lid 1 onderdeel a WBR is een 'onroerende-zaaklichaam' gedefinieerd als een lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal, waarvan de bezittingen hoofdzakelijk, dus voor ten minste 70%, bestaan uit in Nederland gelegen onroerende zaken. Naast deze 'beziteis' is er een 'doeleis', dat wil zeggen, dat het lichaam zich ook moet richten op de exploitatie van onroerende zaken.

De heffing is alleen van toepassing, indien een aanmerkelijk belang in het lichaam wordt verkregen, of wordt uitgebreid. In feite worden deze aandelen als een fictieve onroerende zaak aangemerkt. Op basis van het karakter van art. 4 WBR heeft het begrip 'aanmerkelijk belang' een antiontgaansfunctie.

10.3.1.1 Wettelijke omschrijving

Indien de verkrijger een natuurlijk persoon is, wordt de aanmerkelijkbelangpositie op basis van art. 4 lid 3 onderdeel a WBR bepaald aan de hand van twee criteria. Allereerst moet de verkrijger/natuurlijk persoon met de echtgenoot, bloed- en aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn, of een 'verbonden lichaam', ten minste een derde gedeelte 'belang' bezitten. Dit begrip 'verbonden lichaam' is gedefinieerd in art. 4 lid 6 WBR, en wordt in paragraaf 10.3.3 geanalyseerd. Ten tweede moet de verkrijger/natuurlijk persoon samen met de echtgenoot een 'belang' van meer dan 7% hebben.

Bij verkrijging door een rechtspersoon is sprake van een aanmerkelijk belang indien daarbij een bezit ontstaat van ten minste een derde gedeelte 'belang'. Bij de beoordeling of is voldaan aan dit criterium worden de belangen van een met de rechtspersoon 'verbonden lichaam' en een 'verbonden natuurlijk persoon' meegeteld. Deze begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' zijn gedefinieerd in art. 4 lid 7 respectievelijk lid 8 WBR. Zij komen eveneens aan bod in paragraaf 10.3.3.

Belang

Het 33 $\frac{1}{3}$ %-criterium is pas sinds 1 januari 2008 gekoppeld aan het begrip 'belang'. Tot en met 2007 werd het criterium toegepast op het 'geplaatste kapitaal' en tot 28 december 2000 was zelfs het 'nominaal gestort kapitaal' nog het uitgangspunt. Beide wijzigingen zijn doorgevoerd om structuren gericht op het ontgaan van overdrachtsbelasting te bestrijden. In 2000 werd het 'geplaatste kapitaal' als een goede grondslag beschouwd, omdat aansluiting bij het 'nominaal gestort kapitaal' mogelijkheden tot manipulatie bleek op te leveren.³ Bovendien zou het 'zeggenschapselement' waarop de regeling van art. 4 WBR zou zijn gebaseerd, beter worden weergegeven door de deelneming in het geplaatste kapitaal dan door een deelneming in het nominaal gestorte kapitaal.⁴ Omdat geen onderscheid werd gemaakt in verschillende soorten aandelen in het geplaatste kapitaal, konden in de praktijk nog steeds belastingontwijkende structuren worden toegepast. Gassler (2006) beschrijft bijvoorbeeld dat overdrachtsbelasting kon worden ontgaan door een belang van minder dan 33 $\frac{1}{3}$ % van het aantal uitstaande aandelen te verkrijgen, dat wel meer dan 33 $\frac{1}{3}$ % van het vermogen vertegenwoordigt. Vanaf 2008 lijken dergelijke structuren niet meer mogelijk, omdat inmiddels wordt aangeknoopt bij het ruimere begrip 'belang'. Bij de uitleg van dit begrip is het aandeel in het geplaatste aandelenkapitaal niet langer doorslaggevend, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis.⁵

Overigens werd de term 'belang' al vóór 1 januari 2008 gebruikt in art. 4 lid 6 tot en met 8 WBR ten aanzien van de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon'. In dit opzicht vind ik het verwonderlijk dat het 'belang' niet reeds in 2000 is gekozen als criterium voor de toepassing van art. 4 lid 3 WBR. Het begrip

3. *Kamerstukken II 1999/00, 27 030, nr. 3, p. 4.*

4. *Kamerstukken II 2000/01, 27 030, nr. 6, p. 4.*

5. *Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 43.*

is weliswaar onduidelijk, maar ik vind dat in beginsel gerechtvaardigd op basis van de antiontgaansfunctie van de begrippen in art. 4 WBR.

Op basis van de wetsgeschiedenis moet aansluiting worden gezocht bij het daadwerkelijke 'belang' in het lichaam.⁶ Er is geen 'belang' in geval van een aandelenbezit dat economisch kan worden gelijkgesteld met een geldlening. Een preferent aandeel dat louter recht geeft op een marktconforme vergoeding voor het ter beschikking gestelde kapitaal, zou bijvoorbeeld vergelijkbaar zijn met een lening en daarom geen 'belang' vormen.⁷ Daarentegen lijkt een aandelenbezit van minder dan een derde gedeelte van het geplaatste aandelenkapitaal toch een 'belang' in de zin van art. 4 lid 3 WBR, indien aan deze aandelen ten minste een derde gedeelte van de zeggenschap is verbonden. Omdat het gaat om het daadwerkelijke 'belang', lijkt vanaf 2008 een soort aandelenbenadering te gelden. Na de invoering van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058) lijkt de uitgifte van aandelen zonder stemrecht of winstrecht daarom geen wijziging te brengen in een aanmerkelijkbelangpositie of in de status van 'verbonden lichaam' en 'verbonden persoon' voor de toepassing van art. 4 WBR.

Op basis van art. 4 lid 5 onderdeel a WBR wordt degene die de economische eigendom van aandelen bezit, ook aangemerkt als iemand die een 'belang' heeft. Ook het bezit van beperkte rechten op de aandelen, zoals een recht van vruchtgebruik, wordt als een 'belang' beschouwd. Optierechten worden echter niet als economische eigendom aangemerkt en de verwerving daarvan kan dus geen belaste verkrijging vormen.⁸

Zoals hiervoor is beschreven, bepaalt art. 4 lid 3 WBR dat voor de vraag of sprake is van een aanmerkelijk belang, ook de aandelenbelangen van een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon in acht moeten worden genomen. Hierdoor kan het in beginsel voorkomen, dat bijvoorbeeld zowel de economische als de juridische eigendom van aandelen in het bezit is van personen die tot deze kring behoren. Voor deze situaties bevat art. 4 lid 5 onderdeel c WBR een samenloopbepaling, waarbij dubbeltellingen worden voorkomen.

De verwerving van certificaten van aandeel moet eveneens als een belaste verkrijging in de zin van art. 4 lid 1 onderdeel a WBR worden beschouwd. Voorts geldt dat in situaties van certificering en decertificering van aandelen strikt genomen twee verkrijgingen kunnen worden herkend, namelijk een verkrijging door de certificaathouder en een verkrijging door het administratiekantoor. Op basis van het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 augustus 2007, nr. CPP2007/1355M, V-N 2007/41.29, is bij certificering echter geen overdrachtsbelasting verschuldigd, indien de uitgereikte certificaten met de aandelen kunnen worden vereenzelvigd.⁹ Dat wil zeggen, dat de aandelen en certificaten bijvoorbeeld dezelfde nominale waarde ken-

6. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 206, nr. 3, p. 10 en 41.

7. *Kamerstukken I 2007/08*, 31 205 en 31 206, nr. C, p. 31.

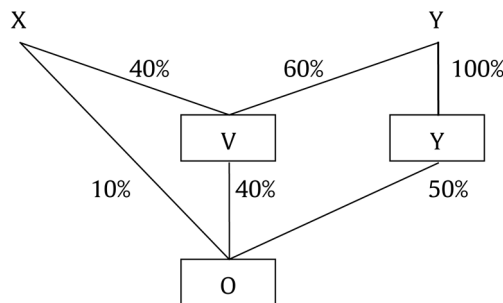
8. *Kamerstukken II 1999/2000*, nr. 27 030, B, p. 6.

9. Dit besluit vervangt de resolutie van 27 december 1988, nr. IB 88/1084, V-N 1989/208.

nen en dat het administratiekantoor de aandelen niet kan verpanden of vervreemden.

Deze voorwaarden zijn ook opgenomen in het besluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, V-N 2006/65.14, waarin certificering niet als een vervreemding wordt aangemerkt voor de aanmerkelijkbelangheffing in de Wet IB 2001. Zoals is beschreven in hoofdstuk 6, vraag ik mij af of deze voorwaarden per se nodig zijn. Op basis van de eerdergenoemde 'fiduciare verhouding' tussen het administratiekantoor en de certificaathouders moet het administratiekantoor bij de uitoefening van het stemrecht en andere zeggenschapsrechten primair de belangen van de certificaathouders in het oog houden. Voorts moet worden bedacht dat certificaathouders in het ondernemingsrecht niet alleen rechten hebben jegens het administratiekantoor, maar ook jegens de vennootschap. In geval van royeerbare certificaten, die te allen tijde kunnen worden omgewisseld in aandelen, zou er in elk geval geen verschil in behandeling moeten zijn.¹⁰

Integrale toerekening 'belang' van verbonden lichaam en verbonden natuurlijk persoon
Van Straaten (2007) wijst erop dat in art. 4 lid 3 onderdeel a WBR het integrale belang van een 'verbonden lichaam' wordt meegeteld, en niet het proportionele belang naar rato van het belang dat de verkrijger in dat lichaam heeft. Ik merk op dat voor het begrip 'aanmerkelijk belang' in art. 4.6 Wet IB 2001 wel een proportionele toerekening geldt. Dit verschil acht ik in principe verklaarbaar op basis van het verschil in functie van de begrippen. Zoals is toegelicht in hoofdstuk 6, ken ik aan het begrip 'aanmerkelijk belang' in de Wet IB 2001 een vereenzelvigingsfunctie toe. In art. 4 WBR heeft de aanmerkelijkbelangpositie een antimisbruikfunctie, hetgeen naar mijn mening in beginsel een ruimere opvatting van 'verbondenheid' rechtvaardigt. In dit verband leidt de integrale benadering van art. 4 lid 3 onderdeel a WBR tot hetzelfde resultaat als het verbondenheidsbegrip in art. 10a lid 5 Wet VPB 1969, waarin het begrip 'verbonden natuurlijk persoon' eveneens een antimisbruikfunctie c.q. anti-tiontgaansfunctie heeft. Dit wordt duidelijk aan de hand van de volgende voorbeeld-situatie:



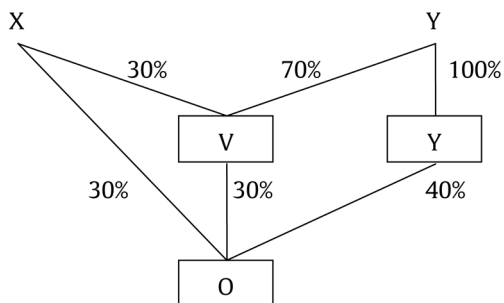
10. Dat geldt ook voor het uitzonderlijke geval dat de certificaten van aandeel beursgenoteerd zijn. Op basis van art. 2:118a lid 1 BW kunnen de certificaathouders dan om stemvolmachten vragen bij het administratiekantoor, op grond waarvan zij de aan de aandelen verbonden stemrechten kunnen uitoefenen in de ava. De certificaten zijn dan in feite te vereenzelvigen met de aandelen.

Hoewel natuurlijk persoon X na de verkrijging van het 10%-belang een middellijk belang van slechts 26% houdt in onroerende-zaaklichaam O, is er in deze situatie toch sprake van een aanmerkelijk belang in de zin van art. 4 lid 3 onderdeel a WBR. Samen met het verbonden lichaam V houdt X namelijk ten minste een 33 $\frac{1}{3}$ %-belang in O. De verkrijging van het 10%-belang is daarom belast.

Op basis van art. 10a lid 5 onderdeel a Wet VPB 1969 moet X ook als een met O 'verbonden natuurlijk persoon' worden beschouwd. Weliswaar heeft X geen 33 $\frac{1}{3}$ %-belang in O, maar wel een 33 $\frac{1}{3}$ %-belang in V dat ten opzichte van O een 'verbonden lichaam' is. Hoewel de wettelijke omschrijving van het verbondenheidsbegrip in art 4 lid 3 onderdeel a WBR verschilt, komt zij inhoudelijk overeen met die van art. 10a lid 5 onderdeel a Wet VPB 1969.

Toch vind ik deze integrale benadering in art 4 lid 3 onderdeel a WBR niet reëel. Zoals in hoofdstuk 7 is geanalyseerd, geldt voor de toepassing van art. 20a lid 1 Wet VPB 1969 een afwijkende notie van verbondenheid door het gebruik van het begrip 'uiteindelijk belang'. Ten aanzien van dit begrip geldt wel een proportionele benadering. In de hiervoor geschetste situatie heeft X geen 'uiteindelijk belang' van 30% of meer als bedoeld in art. 20a lid 1 Wet VPB 1969. Overdracht van zijn 26%-belang aan een derde zal er daarom niet toe leiden dat eventuele verliezen van lichaam O niet langer verrekenbaar zijn voor de vennootschapsbelasting. Dit verschil met art 4 lid 3 onderdeel a WBR kan naar mijn mening niet worden verklaard op basis van de functie van de begrippen: voor beide geldt immers een antimisbruikfunctie c.q. antiontgaansfunctie.

Ik ben van mening dat voor de toepassing van art 4 lid 3 onderdeel a WBR ook een proportionele benadering zou moeten gelden. Uit de volgende voorbeeldsituatie blijkt dat art 4 lid 3 onderdeel a WBR de realiteit beter zou benaderen indien hierin ook het begrip 'uiteindelijk belang' zou worden gehanteerd:



Volgens de huidige tekst heeft X na de verkrijging van het 30%-belang geen aanmerkelijk belang in O: het belang dat door V wordt gehouden telt niet mee nu dit lichaam niet met X is verbonden in de zin van art. 4 lid 6 WBR. Dit vind ik niet in overeenstemming met de realiteit: X heeft uiteindelijk een belang van 39% in O, zodat de verkrijging van het 30%-belang op basis van de bedoeling van de wetgever zou moeten worden belast. Dit kan worden bereikt met een proportionele benadering.

Wetsvoorstel 'Invoering titel 7.13 BW' (31 065)

Met het oog op de mogelijkheid om personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid te verschaffen, zal op basis van het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' (31 065) in art. 4 lid 1 onderdeel a en lid 3 (voorstel) WBR niet langer worden verwezen naar een onroerendezaaklichaam, maar naar een onroerendezaakrechtspersoon (cur-sivering RZ). In dit verband zal art. 4 WBR voortaan betrekking hebben op zowel aandelen in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, zoals de BV en de NV, als op de economische deelgerechtigdheid in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid die geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft, zoals de OVR en de CVR.¹¹ De wetgever lijkt aan te sluiten bij het privaatrechtelijke onderscheid tussen personenvennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid. Dit onderscheid is gebaseerd op de vraag wie de eigendom bezit van het vennootschapsvermogen: bij een SV, OV of CV zonder rechtspersoonlijkheid zijn de vennoten eigenaar van het vermogen, en bij een OVR of CVR is de vennootschap zelf de eigenaar. Voor de overdrachtsbelasting worden de vennoten van een SV, OV of CV daarom als verkrijger beschouwd. Bij een OVR, CVR en andere rechtspersonen zoals de BV en de NV is die rechtspersoon zelf de verkrijger.

Overigens is deze keuze van de wetgever niet toegelicht in de wetgeschiedenis.¹² Bovendien vind ik de voorgestelde wettekst op dit punt niet voldoende duidelijk. In art. 4 lid 1 onderdeel a en lid 3 (voorstel) WBR wordt alleen over een OVR gesproken en niet over een CVR. Een bepaling overeenkomstig art. 3.7 lid 2 (voorstel) Wet IB 2001, waarin is bepaald dat de CVR dezelfde fiscale behandeling krijgt als de OVR, ontbreekt in art. 4 WBR.¹³ Hoewel de CV in art. 7:836 lid 1 (voorstel) BW als een gekwalificeerde vorm van de OV wordt beschouwd, vind ik dat zou moeten worden verduidelijkt dat art. 4 WBR ook geldt voor de CVR. In art. 7:804 lid 2 (voorstel) BW wordt immers bepaald dat, voor zover niet anders blijkt, met het begrip 'rechtspersoon' buiten Titel 13 Boek 7 BW niet mede wordt bedoeld op de OVR en CVR. Omdat de CVR niet afzonderlijk is genoemd in art. 4 lid 1 en 3 (voorstel) WBR, kan daarom onnodig de vraag rijzen of deze rechtsvorm voor de toepassing van art. 4 WBR als 'rechtspersoon' moet worden beschouwd. Die vraag kan worden voorkomen door in art. 4 lid 1 onderdeel a en lid 3 (voorstel) WBR ook de CVR te noemen.

De bepaling van art. 4 lid 1 onderdeel a (voorstel) WBR zal in de toekomst alleen nog gelden voor indirecte verkrijgingen van onroerende zaken via participaties in rechtspersonen. Deze beperking is bedoeld om de gevolgen van HR 15 oktober 2004, nr. 38 879, *BNB* 2005/52, weg te nemen. In dit arrest is beslist dat art. 4 WBR ook van toepassing was op de verkrijging van participaties in een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, die overigens aan de criteria van een onroerendezaaklichaam voldeed. Volgens de Hoge Raad moet art. 4 WBR als een *lex specialis* worden beschouwd ten opzichte van art. 2 WBR, dat de verkrijging van economische eigendom

11. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, p. 43.

12. In dezelfde zin: M.L.M. van Kempen, 'Personenvennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid in de overdrachtsbelasting', *WFR* 2007, p. 824.

13. Voor de fiscale transparantie voor de dividendbelasting wordt de OVR en CVR eveneens afzonderlijk genoemd in art. 4a lid 6 en 7 (voorstel) Wet DB 1965.

in het algemeen als belastbaar feit aanwijst. De wetgever acht het resultaat van deze uitspraak minder gelukkig.¹⁴ Op basis van HR 15 oktober 2004, nr. 38 879, *BNB* 2005/52, kan namelijk ook een directe verkrijging van onroerende zaken via een personenvennootschap onder de reikwijdte van de gunstige regeling van art. 4 WBR worden gebracht. Die regeling is gunstig, omdat verkrijgingen in de zin van art. 4 WBR alleen worden belast, indien een belang van ten minste 33⅓% wordt verkregen.

Met de beperking van art. 4 WBR tot rechtspersonen heeft de wetgever bedoeld een duidelijk onderscheid aan te brengen tussen directe en indirecte verkrijgingen van onroerende zaken. Dit onderscheid lijkt echter uiteindelijk minder scherp. De gunstige regeling van art. 4 WBR zal voortaan alleen gelden voor vastgoedparticipaties in rechtspersonen. Dergelijke indirecte verkrijgingen zijn onbelast tot een belang van 33⅓%. Het was voorts de bedoeling dat elke directe verkrijging, en ook die van onroerende zaken via een personenvennootschap, belast zou zijn op basis van art. 2 WBR.¹⁵ Met het oog op de uitvoerbaarheid en de vermindering van de administratieve lastendruk is echter voor kleine belangen in grote beleggingsfondsen een uitzondering gemaakt: in art. 2 lid 3 (voorstel) WBR wordt de verkrijging van een belang van minder dan 33⅓% in een beleggingsfonds in de zin van art. 1:1 Wft, waarvan de participaties vrij verhandelbaar zijn, toch niet als een belaste verkrijging van economische eigendom aangemerkt.¹⁶ Volgens de wetsgeschiedenis is in dit verband niet vereist dat het fonds daadwerkelijk een Wft-vergunning heeft; er wordt slechts voor de definitie naar de Wft verwezen zodat de uitzondering ook van toepassing is op buitenlandse fondsen.¹⁷ Het lijkt hierdoor nog steeds mogelijk dat via een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid onroerende zaken worden verkregen tot een belang van 33⅓%, zonder dat ter zake hiervan overdrachtsbelasting is verschuldigd. In dit verband is weliswaar vereist dat de participaties vrij verhandelbaar zijn, maar volgens de wetgever is hiervan ook sprake indien van alle participanten in een fonds, op één na, toestemming is vereist.¹⁸

Na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' zal ten aanzien van de verkrijging van onroerende zaken het volgende beeld ontstaan:

14. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, p. 38.

15. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, p. 38.

16. Oorspronkelijk zou een maximaal belang van 5% gelden. Uiteindelijk is de grens getrokken bij een 33⅓%-belang om buitenlandse fondsen die beleggen in Nederlandse onroerende zaken tegemoet te komen, zo blijkt uit *Kamerstukken II* 2007/08, 31 065, nr. 8, p. 3.

17. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 065, nr. 8, p. 4.

18. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 065, nr. 10, p. 3.

| | | | | |
|--|--|---|--------------------|---------------------|
| Indirecte verkrijging | | | | Directe verkrijging |
| Via onroerendezaaklichaam met rechtspersoonlijkheid | Via onroerendezaaklichaam zonder rechtspersoonlijkheid | | | |
| | Beleggingsfonds in de zin van art. 1:1 Wft | Geen beleggingsfonds in de zin van art. 1:1 Wft | | |
| | Participaties vrij verhandelbaar | Participaties niet vrij verhandelbaar | | |
| Art. 4 WBR: Onbelast indien minder dan 33 $\frac{1}{3}$ %; Belast vanaf 33 $\frac{1}{3}$ % | Art. 2 lid 3 WBR: Onbelast indien minder dan 33 $\frac{1}{3}$ %; Belast vanaf 33 $\frac{1}{3}$ % | Art. 2 WBR: Belast | Art. 2 WBR: Belast | Art. 2 WBR: Belast |

Overigens voorziet het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' naar mijn mening ten onrechte niet in een aanpassing van art. 4 lid 10 WBR. Op basis van deze bepaling worden verenigingen, andere rechtspersonen, vennootschappen en doelvermogens op dit moment eveneens als onroerendezaaklichaam beschouwd.¹⁹ Aangezien in de toekomst alleen de verkrijging van een belang in een onroerendezaakrechtspersoon onder de toepassing van art. 4 WBR valt, zou het tekstgedeelte 'vennootschappen en doelvermogens' in art. 4 lid 10 WBR in elk geval moeten worden geschrapt. De resterende tekst met betrekking tot verenigingen en andere rechtspersonen is dan eveneens overbodig.

10.3.1.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

In de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht wordt verbondenheid tussen lichamen en tussen een lichaam en een natuurlijk persoon met name opgevat als organisatorische en economische verbondenheid. De aanwezigheid van een kapitaalbelang, hetgeen duidt op financiële verbondenheid, speelt in deze disciplines slechts een beperkte rol. Ten aanzien van de aanmerkelijkbelangpositie in art. 4 lid 3 WBR is in de wetsgeschiedenis benadrukt dat het alleen gaat om een belang in het aandelenkapitaal en dat het begrip 'belang' in beginsel niet ziet op

19. Hierdoor kan het aanmerkelijkbelangcriterium op basis van het huidige art. 4 WBR ook van toepassing zijn ter zake van de verkrijging van een belang in een personenvennootschap, mits sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal. Dit is bevestigd in HR 15 oktober 2004, nr. 38 879, *BNB* 2005/52. Op basis van HR 4 maart 1970, nr. 897/900, *BNB* 1970/131, heeft een maatschap een in aandelen verdeeld kapitaal indien elke participatie recht geeft op een evenredig aandeel in het kapitaal. Voorts kan uit HR 27 september 1989, nr. 26 179, *BNB* 1990/5, worden afgeleid dat een fonds voor gemene rekening een in aandelen verdeeld kapitaal heeft, indien elke participatie in dat lichaam recht geeft op een evenredig aandeel in het kapitaal.

opties of converteerbare obligatieleningen.²⁰ Organisatorische verbondenheid speelt in het geheel geen rol. In dit verband heb ik in hoofdstuk 3 geconcludeerd dat de zeggenschap die is verbonden aan een aandelenbelang niet zonder meer duidt op organisatorische verbondenheid, omdat het niet gaat om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid. De zeggenschap in de ava kan de organisatorische verbondenheid wel ondersteunen, maar of daar effectief sprake van is, hangt in grote mate af van het 'aandeelhoudersactivisme' c.q. het 'aandeelhoudersabsenteïsme'.²¹

In vergelijking met de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 wordt in art 4 lid 3 onderdeel a WBR overigens nog een ouderwets partnerbegrip gehanteerd. Bij de beoordeling of een aanmerkelijk belang wordt verkregen, tellen alleen de belangen van de echtgenoot van een natuurlijk persoon mee. Op basis van art. 2 lid 6 AWR dient hieronder ook de geregistreerde partner te worden verstaan, maar de partner met wie men ongetrouwd samenwoont, telt voor art. 4 lid 3 WBR niet mee. Dat geldt ook voor de kinderen van die partner. Voorts valt op dat de duurzaam gescheiden levende echtgenoot ook als 'echtgenoot' wordt beschouwd.

Gassler (2006) wijst eveneens op de bepaling van art. 1:3 lid 3 BW, op grond waarvan aanverwantschap ook na ontbinding van het huwelijk blijft voortbestaan. In verband hiermee is in art. 4.2 Wet IB 2001 bepaald dat voor de toepassing van het aanmerkelijkbelangregime in de inkomstenbelasting het aanverwantschap eindigt door echtscheiding. Een dergelijke bepaling ontbreekt in de regeling van art. 4 WBR. Volgens de wetsgeschiedenis bestaat er echter geen reden om voor de overdrachtsbelasting te abstraheren van het belang van de ex-schoonfamilie, omdat voor art. 4 WBR de relatief hoge grens van 33⅓% geldt.²² Ik vind dit argument weinig overtuigend.

10.3.1.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Op basis van art. 4 lid 10 WBR worden personenvennootschappen en andere rechtspersonen gelijkgesteld met onroerendezaaklichamen, hetgeen in beginsel tot een rechtsvormneutraal resultaat leidt. Volledige rechtsvormneutraliteit ontbreekt echter, omdat lichamen waarvan het kapitaal niet in aandelen is verdeeld, niet als 'onroerendezaaklichaam' worden beschouwd. De behandeling voor de overdrachtsbelasting kan hierdoor verschillen, afhankelijk van de vraag of de personenvennootschap een in aandelen verdeeld kapitaal heeft. De verkrijging van een belang in een personenvennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal is op basis van art. 4 lid 1 onderdeel a WBR alleen belast indien daarmee een belang van 33⅓% wordt verkregen. Bij een personenvennootschap zonder een in aandelen verdeeld kapitaal is elke verkrijging van een belang belast.

20. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 206, nr. 6, p. 14.

21. Overigens zal dit 'aandeelhoudersabsenteïsme' bij familie-BV's niet in dezelfde mate aan de orde zijn als bij beurs-NV's.

22. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 030, nr. 6, p. 24 en 25.

Op basis van het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' (31 065) zal de neutraliteit verder afnemen, omdat de regeling voor art. 4 WBR dan alleen nog zal gelden voor de verkrijging van een belang in een 'onroerendezaakrechtspersoon'.

Omdat voor de toepassing van art. 4 lid 3 WBR alleen belangen van de echtgenoot of geregistreerde partner meetellen, en niet die van de partner met wie men ongehuwd samenwoont, is geen sprake van neutraliteit ten aanzien van de samenlevingsvorm.

Het begrip 'belang' als bedoeld in art. 4 lid 3 WBR heeft het karakter van een open norm. De inhoud en de reikwijdte van het begrip is onduidelijk. Hoewel ik dit in beginsel gerechtvaardigd vind op basis van de antiontgaansfunctie, meen ik dat het begrip thans te onduidelijk is. In de wetsgeschiedenis is uitgelegd dat het begrip 'belang' in art. 4 lid 3 WBR uitsluitend betrekking heeft op een belang in het aandelenkapitaal, en dat het in beginsel niet ziet op opties of converteerbare obligatieleningen.²³ Deze uitleg begrijp ik niet, omdat ten aanzien van art. 4 lid 6 WBR is bevestigd dat een vordering ook een 'belang' kan vormen, indien deze voor de vennootschapsbelasting als fiscaal kapitaal kan worden aangemerkt.²⁴ Eerder was dit ook al bevestigd ten aanzien van het begrip 'belang' in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.²⁵ In een brief van de Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2001, nr. AFP2001/920, V-N 2001/66.2, is voorts aangegeven dat hybride geldleningen in de zin van art. 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 meetellen voor het 'belang'. Bij een letterlijke lezing zijn deze verschillende toelichtingen door het gebruik van de woorden 'in beginsel' in de hiervoor genoemde uitleg niet per se tegenstrijdig, maar zij sluiten ook niet op elkaar aan. Dit vind ik onnodig verwarrend. Het wordt nog complexer indien men bedenkt dat hetzelfde begrip 'belang' in art. 40 lid 4 INV 1990 op weer een andere wijze is omschreven, namelijk als de gerechtigdheid tot het vermogen of het resultaat. Gelet op de antiontgaansfunctie van het begrip 'belang', is enige onduidelijkheid en flexibiliteit gerechtvaardigd. Echter, nu het begrip 'belang' in andere regelingen dezelfde functie heeft, vind ik het voor de hand liggen dat dit begrip eenduidig wordt geïnterpreteerd. In hoofdstuk 7 heb ik de contouren geschetst van een nadere omschrijving van de term 'belang', waarbij het open karakter van dit antiontgaansbegrip is gerespecteerd:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat overheersende zeggenschap en een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam. Niet alleen een aandelenbelang vormt een 'belang', maar ook andere rechten, zoals zeggenschapsrechten en schuldeisersbelangen, en deelname aan de leiding.
- Ten aanzien van een aandelenvennootschap wordt een 'belang' aanwezig geacht bij het bezit van 33⅓% van de aandelen in het geplaatste kapitaal en de daaraan verbonden stemrechten.

23. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 206, nr. 6, p. 14.

24. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 030, nr. 6, p. 23.

25. *Kamerstukken II 1988/89*, 20 603, nr. 6, p. 13.

- Hierbij gaat het om het daadwerkelijke ‘belang’ zoals is toegelicht met betrekking tot art. 4 lid 3 WBR, dat wil zeggen, dat een aandelenbezit dat economisch kan worden gelijkgesteld met een geldlening, zoals preferente aandelen of aandelen zonder stemrecht, geen ‘belang’ vormt. Een aandelenbezit van minder dan 33 $\frac{1}{3}$ % kan echter toch een ‘belang’ zijn, indien aan deze aandelen ten minste een derde gedeelte van de zeggenschap is verbonden.
- Voorts gaat het om het ‘uiteindelijke belang’, ofwel het belang dat op proportionele basis wordt gehouden door een natuurlijk persoon of lichaam.
- De belangen gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere ‘levensgezel’, kinderen en kinderen van de levensgezel worden meegeteld bij de beoordeling van het verbondenheidsvermoeden.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten.
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, kunnen zelf ook een ‘belang’ vormen en tellen als zodanig eveneens mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden.
- Bovengenoemde veronderstelling van de aanwezigheid van een ‘belang’ op basis van een aandelenbezit dient om duidelijkheid te bieden in ‘standaardsituaties’ ten aanzien van aandelenvennootschappen, waarin bijvoorbeeld geen sprake is van zeggenschap op basis van overeenkomsten en alleen een aandelenband bestaat. In verband met de antiontgaansfunctie staat de feitelijke, materieel-economische benadering echter voorop. In gevallen die afwijken van de standaard situaties, bijvoorbeeld omdat sprake is van een vennootschap zonder een in aandelen verdeeld kapitaal of omdat er krachtens een managementovereenkomst feitelijke zeggenschap en beleidsbepalende invloed kan worden uitgeoefend zonder dat er een aandelenband is, kan ook een ‘belang’ bestaan.
- Belastingplichtigen krijgen de mogelijkheid om de fiscus vooraf zekerheid te vragen over de aanwezigheid van een ‘belang’ en verbondenheid.

Deze omschrijving van het ‘belang’ kan naar mijn mening ook worden gebruikt voor de toepassing van art. 4 lid 3 WBR.

10.3.1.4 Aanbevelingen

Op basis van het vorenstaande doe ik een aantal aanbevelingen ten aanzien van de aanmerkelijkbelangpositie als bedoeld in art. 4 lid 3 WBR. In de eerste plaats dient het huidige, ouderwetse partnerbegrip te worden aangepast aan de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid. Dit betekent dat ook belangen die worden gehouden door de partner met wie een natuurlijk persoon ongehuwd samenwoont, moeten worden meegeteld bij de beoordeling van de aanmerkelijkbelangpositie. In dit ver-

band zou het begrip 'verbonden persoon' kunnen worden gehanteerd, waarvan ik de contouren in hoofdstuk 6 heb geschetst:

- Er geldt een sociaal-maatschappelijke benadering, waarbij de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel' als 'verbonden persoon' worden beschouwd.
- Voor ongehuwde samenwoners geldt in dit verband een weerlegbaar vermoeden van 'verbondenheid'. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan de belastingplichtige aantonen dat de partner niet als 'verbonden persoon' kan worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat de personen niet samenwonen en voor de toepassing van een pensioenregeling niet als partner zijn aangemeld. Deze 'verbonden, tenzij'-benadering wijkt af van de huidige opzet van art. 3.91 lid 2 onderdeel b Wet IB 2001, omdat er geen limitatieve opsomming geldt van alternatieve samenwoonsituaties.
- Voorts wordt een minderjarig 'kind' van de betrokken persoon of van zijn 'levensgezel' tot de kring van verbonden personen gerekend. In situaties waarin een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke transactie wordt gepleegd met een bloed- of aanverwant in de rechte lijn of een dergelijk familielid van zijn 'levensgezel', wordt deze eveneens als 'verbonden persoon' aangemerkt.
- Indien de betrokken persoon minderjarig is, wordt ook een bloed- of aanverwant in de opgaande lijn, en diens echtgenoot, geregistreerde partner of 'levensgezel' als een 'verbonden persoon' beschouwd.
- In afwijking van art. 1:3 lid 3 BW worden de duurzaam gescheiden levende echtgenoot en de ex-schoonfamilie voor de toepassing van de Wet IB 2001 niet tot de kring van verbonden personen gerekend.

Een tweede aanbeveling betreft de verduidelijking van het begrip 'belang' in art. 4 lid 3 WBR. De antiontgaansfunctie van dit begrip rechtvaardigt dat de inhoud en reikwijdte van het begrip enigszins vaag is, maar er kunnen naar mijn mening wel enkele richtlijnen worden geschetst. In hoofdstuk 7 heb ik getracht de term 'belang' op basis van de hiervoor genoemde contourenschets te verduidelijken. Deze omschrijving van het 'belang' kan naar mijn mening ook worden gebruikt voor de toepassing van art. 4 lid 3 WBR.

Ten slotte pleit ik voor een rechtsvormneutrale behandeling van onroerendezaaklichamen voor de overdrachtsbelasting. Op basis van de huidige wetgeving ontbreekt die neutraliteit, omdat de behandeling voor de overdrachtsbelasting afhankelijk is van de vraag of een lichaam een in aandelen verdeeld kapitaal heeft. Op basis van het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' (31 065) zal de rechtsvormneutraliteit verder afnemen, omdat de gunstige regeling voor art. 4 WBR dan alleen nog zal gelden voor de verkrijging van een belang in een 'onroerendezaakrechtspersoon'.

In hoofdstuk 7 heb ik Zwemmer's voorstel voor een materieel-economisch onderscheid tussen transparantie en non-transparantie beschreven.²⁶ Voor zover de winst toekomt aan een ondernemer, zou een samenwerkingsverband in zijn visie transparant moeten zijn. Voor het gedeelte van de winst dat toekomt aan beleggers zou ech-

26. J.W. Zwemmer, 'De fiscale positie van de aandeelhouder', *WFR* 1978, p. 1037.

ter non-transparantie moeten gelden. Naar mijn mening zou dit onderscheid ook kunnen gelden voor de overdrachtsbelasting. Er zou dan onderscheid worden gemaakt tussen een participant/belegger en een participant/ondernemer in een samenwerkingsverband. Ter zake van de verkrijging van een participatie door een participant/belegger zou de regeling van art. 4 WBR kunnen gelden, op grond waarvan alleen overdrachtsbelasting zou zijn verschuldigd indien een aanmerkelijk belang wordt verkregen. Een participant/ondernemer zou daarentegen ter zake van elke verkrijging, ongeacht de omvang van het belang, overdrachtsbelasting zijn verschuldigd. Een dergelijk onderscheid zou naar mijn mening ook kunnen worden toegepast op de OVR en CVR. Echter, zoals ik in hoofdstuk 7 heb opgemerkt, lijkt dit voorstel in de praktijk niet eenvoudig toepasbaar. Bij een heroverweging van het principiële onderscheid tussen fiscale transparantie en non-transparantie zou mijn voorkeur daarom omwille van de eenvoud uitgaan naar een vennootschapsbelastingplicht van alle personenvennootschappen. Een dergelijke non-transparantiegedachte zou naar mijn mening ook voor de overdrachtsbelasting kunnen gelden. Met het oog op de rechtsvormneutraliteit zou bovendien een evenwichtiger geheel ontstaan indien art. 4 WBR van toepassing zou zijn op elke verkrijging van een belang in een samenwerkingsverband dat als 'onroerendezaaklichaam' kwalificeert. Dat wil zeggen, dat art. 4 WBR van toepassing is op zowel aandelenvennootschappen als lichamen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal, waarbij overdrachtsbelasting alleen verschuldigd is bij verkrijging van een 33 $\frac{1}{3}$ %-belang. In dit kader zouden bijvoorbeeld de NV, BV, OVR en CVR, maar ook de OV en CV, onder het regime van art. 4 WBR vallen. Dit is overigens reeds tien jaar geleden gesuggereerd door Van der Paardt,²⁷ en nadien ook verdedigd door Gassler (2006) en Van Kempen.²⁸

In paragraaf 10.2 is beschreven dat de verkrijging van participaties in een onroerendezaaklichaam naar mijn mening in evenwicht moet zijn met de inbreng van onroerende zaken in een samenwerkingsverband. Indien, zoals ik hiervoor heb voorgesteld, elke verkrijging van participaties in een personenvennootschap onder de gunstige regeling van art. 4 WBR zou vallen, past hierbij een heffing van overdrachtsbelasting ter zake van de inbreng van onroerende zaken. De vrijstellingen van art. 15 lid 1 onderdeel e en f WBR zouden dan naar mijn mening niet meer op hun plaats zijn.

10.3.2 Deelneming in de zin van art. 4 lid 4 WBR

Nu de verkrijging van een aanmerkelijk belang in een 'onroerendezaaklichaam' is belast met overdrachtsbelasting, zou de gedachte kunnen ontstaan om aandelen te verwerven in een houdstervennootschap die een deelneming houdt in dat lichaam. Indien de holding zelf geen onroerende zaken bezit, zou een dergelijke verkrijging

27. R.N.G. van der Paardt, 'Overdrachtsbelasting: de inbrengvrijstelling ingeperkt', *Vastgoedrecht* 1998, nr. 6.

28. M.L.M. van Kempen, 'Personenvennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid in de overdrachtsbelasting', *WFR* 2007, p. 824. In dezelfde zin: A.W.G. Lamers en A.J.A. Stevens, 'Overige aspecten van het wetsvoorstel ter vaststelling van Titel 7.13 (vennootschap) BW', *WFR* 2003, p. 293, en J.J.M. Jansen en A.J.A. Stevens, 'Invoeringswet titel 7.13 BW: eindelijk de fiscale puntjes op de fiscale "i"?', *WFR* 2008, p. 429.

zonder nadere maatregelen niet belast zijn, omdat dan niet aan de 'beziteis' zou worden voldaan. In HR 26 november 1986, nr. 23 542, *BNB 1987/129*, is in dit verband beslist dat een deelneming die een lichaam in een ander onroerendezaaklichaam had, voor de beoordeling van de 70%-beziteis meetelde voor de waarde in het economische verkeer van de aandelen. De waarde van de onroerende zaken die door de aandelen werden vertegenwoordigd, werd door de Hoge Raad echter niet relevant geacht voor de vraag of de moedermaatschappij voldeed aan de 70%-eis. Sinds 28 december 2000 bepaalt art. 4 lid 4 WBR echter dat proportionele consolidatie van de activa en passiva van een deelneming moet plaatsvinden. Hiermee worden dubbeldekkerconstructies tegengegaan.²⁹ Dit deelnemingsbegrip vervult dus eveneens een antiontgaansfunctie.

10.3.2.1 *Wettelijke omschrijving*

Op basis van art. 4 lid 4 WBR tellen voor de 'beziteis' ook de activa mee waarin het onroerendezaaklichaam ten minste een derde gedeelte belang heeft. Tot 1 januari 2008 was het 33 $\frac{1}{3}$ -criterium gekoppeld aan het geplaatste kapitaal. Sindsdien wordt uitgegaan van het ruimere begrip 'belang', dat in paragraaf 10.3.1 is geanalyseerd.

Gassler (2006) merkt op dat personenvennootschappen waarvan de participaties recht geven op een evenredig aandeel in het kapitaal, onder de huidige wet ook onder de werking van art. 4 lid 4 WBR vallen. Voor dergelijke lichamen geldt de consolidatiebepaling dus ook. Dit vloeit voort uit art. 4 lid 10 WBR, waarin voor de toepassing van art. 4 WBR als geheel is bepaald wat onder een 'lichaam' moet worden verstaan.

In het kader van de wetsvoorstellen 'Titel 7.13 BW' (28 746) en 'Invoering titel 7.13 BW' (31 065) is bevestigd dat het begrip 'belang' in art. 4 lid 4 WBR niet alleen betrekking heeft op aandelen in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, maar ook op de economische deelgerechtigdheid in een OVR en CVR.³⁰ De omschrijving van het begrip 'lichaam' in art. 4 lid 10 WBR lijkt hierdoor overbodig te worden.

10.3.2.2 *Aanbevelingen*

Zoals ik in paragraaf 10.3.1 heb opgemerkt, dient het begrip 'belang' voor de toepassing van art. 4 WBR te worden verduidelijkt. De contouren die hierbij zijn geschetst kunnen ook worden gebruikt voor de omschrijving van het deelnemingsbegrip in art. 4 lid 4 WBR.

29. *Kamerstukken II 1999/00, 27 030, nr. 3, p. 4.*

30. *Kamerstukken II 2006/07, 31 065, nr. 3, p. 44.*

10.3.3 **'Verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 4 lid 6 tot en met 8 WBR**

Bij de beoordeling of sprake is van een aanmerkelijkbelangpositie in de zin van art. 4 lid 3 WBR, moeten voor het 33 $\frac{1}{3}$ %-criterium ook de belangen worden meegeteld die worden gehouden door een lichaam dat met een aandeelhouder/natuurlijk persoon is verbonden. Dit begrip 'verbonden lichaam' voor de aandeelhouder/natuurlijk persoon is omschreven in art. 4 lid 6 WBR. Op dezelfde wijze dienen belangen van lichamen en natuurlijke personen die zijn verbonden met een aandeelhouder/rechtspersoon te worden samengeteld. Deze begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijke persoon' zijn gedefinieerd in art. 4 lid 7 en 8 WBR. Ook voor deze begrippen geldt dat zij een antiontgaansfunctie hebben.

10.3.3.1 *Wettelijke omschrijving*

In art. 4 lid 6 WBR wordt als een met een aandeelhouder/natuurlijk persoon 'verbonden lichaam' beschouwd, een lichaam waarin de belastingplichtige, zijn echtgenoot of bloed- en aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn een derde gedeelte 'belang' heeft. In de parlementaire toelichting is de keuze voor de grens van 'ten minste een derde gedeelte' toegelicht. Er is niet gekozen voor het machts criterium van ten minste 50%, zoals dat geldt in het jaarrekeningenrecht, omdat de grens van 'ten minste een derde gedeelte' beter weergeeft dat er een eenduidig belang moet bestaan bij de vervreemding en verkrijging van onroerende zaken in de vorm van aandelenoverdrachten.³¹ Hierbij is overigens bevestigd dat een vordering onder omstandigheden ook een 'belang van een derde gedeelte of meer' kan vormen, indien deze ook voor de vennootschapsbelasting als fiscaal kapitaal kan worden aangemerkt. Voorts is opgemerkt dat rechtspersonen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal, zoals stichtingen, en samenwerkingsverbanden zonder rechtspersoonlijkheid ook onder het begrip 'verbonden lichaam' vallen.

De definitie van het begrip 'verbonden lichaam' van art. 4 lid 6 WBR is ontleend aan die van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.³² Voor beide geldt dat belangen meetellen die worden gehouden door met de verkrijger verbonden personen. Echter, de omschrijving van deze personen verschilt. In art. 4 lid 6 WBR gaat het hierbij om de echtgenoot en bloed- en aanverwanten in de rechte lijn en in de tweede graad van de zijlijn. Voor art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 geldt een beperktere invulling, omdat alleen wordt gekeken naar de belangen die worden gehouden door de echtgenoot en minderjarige kinderen. Dit verschil is volgens de wetgever gerechtvaardigd door de in het verleden gesignaleerde mogelijkheden om overdrachtsbelasting te ontgaan.³³ Bovendien speelt het momentkarakter van de overdrachtsbelasting een rol.

Overigens zijn in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 modernere omschrijvingen gehanteerd. Zo omvat het begrip 'echtgenoot' ook de ongehuwde meerderjarige die inge-

31. *Kamerstukken II 2000/01, 27 030, nr. 6, p. 23.*

32. *Kamerstukken II 1999/2000, 27 030, nr. 3, p. 6 en 16.*

33. *Kamerstukken II 1999/2000, 27 030, nr. 3, p. 17.*

volge art. 1.2 Wet IB 2001 kan kwalificeren als 'partner'. Bovendien worden pleegkinderen ook tot het begrip 'kind' gerekend. Daarentegen worden voor de toepassing van art. 4 lid 3 WBR alleen belangen van de echtgenoot of geregistreerde partner meegeteld, en niet die van de partner met wie men ongehuwd samenwoont.

Het begrip 'verbonden lichaam' in art. 4 lid 7 WBR is eveneens ontleend aan art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Dit is een lichaam:

- waarin de verkrijger/rechtspersoon voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;
- dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de verkrijger/rechtspersoon;
- waarin een derde, zijn echtgenoot of bloed- en aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde al dan niet samen met zijn echtgenoot of bloed- en aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de verkrijger/rechtspersoon.

Ten aanzien van het derde element in deze definitie worden dus eveneens belangen van verbonden personen meegeteld.

Op vergelijkbare wijze is het begrip 'verbonden natuurlijk persoon' in art. 4 lid 8 WBR omschreven als de natuurlijk persoon die, al dan niet samen met zijn echtgenoot of bloed- en aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn, voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de verkrijger of in een met de verkrijger 'verbonden lichaam'. Ook de echtgenoot van deze 'verbonden persoon', en zijn bloed- en aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn, worden voor het begrip aanmerkelijk belang in art. 4 lid 3 onderdeel b WBR als een 'verbonden persoon' aangemerkt.

Deze definitie is vrijwel gelijk aan die van het begrip 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 5 Wet VPB 1969, zij het dat de belangen van ongehuwde samenwoners niet worden samengeteld.

10.3.3.2 Aanbevelingen

Zoals hiervoor is opgemerkt, zou de inhoud van het begrip 'belang' in art. 4 WBR naar mijn mening beter kunnen worden afgestemd met de reikwijdte van het gelijknamige begrip in de vennootschapsbelasting. Dit begrip vervult steeds dezelfde antiontgaansfunctie. Bovendien is in de wetsgeschiedenis van art. 4 WBR zelfs opgemerkt dat de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' zijn ontleend aan art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969. Om die reden meen ik dat de kring van verbonden personen voor de toepassing van art. 4 lid 6 WBR in lijn kan worden gebracht met de familiekring die voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting geldt. Ik verwijs hiervoor naar de contourenschets die is opgenomen in paragraaf 10.3.1.

10.3.4 *Familieleden in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR*

Voor de verkrijging van onroerende zaken in het kader van een bedrijfsoverdracht aan familieleden bevat art. 15 lid 1 onderdeel b WBR een vrijstelling. Het familiebegrip dat hierbij is gehanteerd, kent een facilitaire functie.

10.3.4.1 *Wettelijke omschrijving*

Het familiebegrip in art. 15 lid 1 onderdeel b WBR omvat kinderen, pleegkinderen, kleinkinderen, broers en zusters, of de echtgenoot van deze personen.³⁴ Op basis van art. 2 lid 6 AWR kwalificeert ook de geregistreerde partner van deze personen. De partner met wie een kind, kleinkind of broer of zuster ongehuwd samenwoont, behoort echter niet tot de familiekring.

Ingevolge art. 2 lid 3 onderdeel i AWR omvat het begrip 'kind' verschillende soorten kinderen, omdat in deze bepaling de eerstegraads bloedverwant en de aanverwant in de neergaande lijn als 'kind' wordt aangemerkt. Het gaat in art. 15 lid 1 onderdeel b WBR dus om 'eigen' kinderen van degene die zijn bedrijf overdraagt, adoptiekinderen, erkende kinderen, maar ook om stiefkinderen, ofwel kinderen van de echtgenoot. Ingevolge art. 2 lid 6 AWR geldt dit ook voor kinderen van de geregistreerde partner van de overdrager.

In het besluit van 9 augustus 2007, nr. CPP2006/1883M, V-N 2007/42.24, is goedkeurend beleid opgenomen voor de toepassing van de vrijstelling. Een van de goedkeuringen betreft de situatie dat het familielid dat de onderneming met de onroerende zaken verkrijgt, de onderneming vervolgens inbrengt in een BV. Goedgekeurd wordt dat deze verkrijging van de onderneming ook is vrijgesteld, onder de voorwaarde dat de onderneming én de onroerende zaken worden ingebracht met toepassing van de inbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e onder 2° WBR. Overigens vraag ik mij af of het wel logisch is om deze voorwaarde te stellen voor de toepassing van de vrijstelling voor bedrijfsoverdracht in de familiesfeer. Indien niet zou worden voldaan aan de voorwaarden van de inbrengvrijstelling, zou de verkrijging door de BV al zijn belast met overdrachtsbelasting. Een additionele heffing bij de verkrijging door het familielid lijkt dan niet rechtvaardig.

Het besluit bevat ook een goedkeuring voor de situatie dat het overnemende familielid de onderneming direct na de bedrijfsoverdracht inbrengt in een personenvennootschap. In vergelijking met de hiervoor beschreven goedkeuring bij een opvolgende inbreng in een BV valt op dat nu niet is vereist dat ter zake van de doorbreng in de personenvennootschap de inbrengvrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel e onder 1° WBR van toepassing is.

Op basis van het besluit geldt de vrijstelling voor bedrijfsoverdracht in de familiesfeer niet indien de onderneming is ondergebracht in een BV, terwijl het bedrijfspand aan die BV wordt verhuurd, en het familielid zowel de aandelen in de BV als de

34. Op basis van art. 15 lid 1 onderdeel b onder 2° WBR wordt een halfbroer en halfzuster, alsmede een pleegbroer en pleegzuster, gelijkgesteld met een broer en zuster.

onroerende zaken verkrijgt. Dit is gemotiveerd met de opmerking dat het bedrijfspand in dat geval niet wordt overgedragen als onderdeel van een onderneming. Naar mijn mening strookt deze zienswijze echter niet met de materieel-economische werkelijkheid. Bovendien ontstaat hierdoor een behandeling die niet rechtsvorm-neutraal is. Bij zowel de overdrager als het overnemende familielid zal de terbeschikkingstellingsregeling van art. 3.92 Wet IB 2001 van toepassing zijn, waardoor het resultaat op een vergelijkbare manier in de belastingheffing wordt betrokken als dat van een ondernemer. Jansen heeft gepleit voor de toepassing van de vrijstelling van art. 3.63 Wet IB 2001 op situaties waarin ter beschikking gestelde activa overgaan in het kader van een bedrijfsoverdracht.³⁵ In dezelfde zin zou het naar mijn mening logisch zijn om in een dergelijk geval ook de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR toe te passen.³⁶

10.3.4.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Zoals ook in hoofdstuk 6 is opgemerkt, roept het gebruik van het begrip 'kind' in art. 15 lid 1 onderdeel b WBR op het eerste gezicht de vraag op of hiermee wordt bedoeld op biologisch, juridisch of sociaal bloedverwantschap. Uit de algemene definitiebepaling van art. 2 lid 3 onderdeel i AWR kan echter worden afgeleid dat juridisch bloedverwantschap is bedoeld, en niet het biologische. In deze bepaling wordt immers gesproken van de 'eerstegraads bloedverwant en de aanverwant in de neergaande lijn'. Omdat juridisch bloedverwantschap is bedoeld, kent het begrip 'kind' in art. 15 lid 1 onderdeel b WBR een ruime invulling. De term omvat 'eigen' kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, stiefkinderen en pleegkinderen. Door deze ruime invulling is de bepaling naar mijn mening in grote lijnen in overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van samenlevingsvormen en gezins-situaties, en met het personen- en familierecht.

10.3.4.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Ondanks de relatief ruime invulling van het begrip 'kind' in art. 15 lid 1 onderdeel b WBR, is er bij deze bepaling geen sprake van volledige neutraliteit ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm. Een kind van de partner met wie degene die zijn bedrijf overdraagt samenwoont, wordt namelijk niet als een 'kind' beschouwd. Voorts wordt de ongehuwde en niet-geregistreerde partner van een familielid niet tot de familiekring gerekend.

De kring van familieleden in art. 15 lid 1 onderdeel b WBR is scherp omschreven, hetgeen naar mijn mening kan worden verklaard op basis van de facilitaire functie. Een open norm zou de suggestie kunnen wekken dat de vrijstelling ook geldt in situaties waarvoor zij niet is bedoeld.

35. J.J.M. Jansen, 'De nieuwe doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting', *WFR* 2000, p. 1171.

36. In dezelfde zin: Redactie Vakstudie Nieuws, in de aantekening bij het besluit van 9 augustus 2007, nr. CPP2006/1883M, *V-N* 2007/42.24.

De familiekring van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR wijkt af van de kring van verbonden personen in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Dat vind ik ook begrijpelijk, omdat de familiekring hier een facilitaire functie heeft, en niet een vereenzelvigingsfunctie c.q. een antiontgangsfunctie.

Wat betreft de uniformiteit van het begrippenkader merk ik op dat het begrip 'kind' als bedoeld in art. 15 lid 1 onderdeel b onder 1° WBR bijna identiek is aan hetzelfde begrip in art. 1.4 Wet IB 2001. Aangezien het begrip 'kind' in de inkomstenbelasting mede een facilitaire functie heeft, acht ik dit begrijpelijk.

10.3.4.4 Aanbevelingen

De bepaling van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR zou naar mijn mening meer in lijn kunnen worden gebracht met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid, indien ook rekening zou worden gehouden met de gezinssituatie van ongehuwde samenwoners. In dit verband zou kunnen worden aangesloten bij het begrip 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001.

In dit verband is in hoofdstuk 6 al opgemerkt dat voor het begrip 'kind' zou kunnen worden aangesloten bij de definitie van art. 4 lid 1 AWIR. Deze definitie is naar mijn mening duidelijker en vollediger dan de omschrijving van art. 2 lid 3 onderdeel i AWR. In elk geval wordt in deze definitie ook het kind van de partner met wie men ongehuwd samenwoont, als een 'kind' beschouwd.

10.3.5 'Samenwoners' in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel g WBR

In art. 15 lid 1 onderdeel g WBR is een vrijstelling opgenomen voor verkrijgingen van woningen krachtens een verdeling tussen 'samenwoners'. Ook dit begrip heeft een facilitaire functie.

10.3.5.1 Wettelijke omschrijving

Het begrip 'samenwoners' is niet nader omschreven in de wet. In het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 27 november 2001, nr. CPP2001/2183, V-N 2001/63.1.4, is echter toegelicht dat voor samenwoning als voorwaarde geldt dat de partners een gezamenlijk hoofdverblijf hebben. Daarnaast moeten de samenwoners beogen of beoogd hebben duurzaam samen te wonen. De partners moeten voor ten minste 40% zijn gerechtigd tot de woning, en voor maximaal 60%.

In het besluit is ook toegelicht dat de term zowel echtgenoten als ongehuwd samenwonenden betreft. Ik ga ervan uit dat ingevolge art. 2 lid 6 AWR ook geregistreerde partners kwalificeren.

10.3.5.2 Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden

Omdat de term 'samenwoners' zowel gehuwde als ongehuwde partners omvat, en kennelijk ook geregistreerde partners, sluit zij nauw aan bij de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van samenlevingsvormen.

10.3.5.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Als gevolg van de hiervoor beschreven ruime invulling van het begrip 'samenwoners' is in art. 15 lid 1 onderdeel g WBR ook sprake van neutraliteit ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm.

De term 'samenwoners' in de wettekst is overigens een open norm die een ruimere toepassing van de vrijstelling doet vermoeden dan is bedoeld. In het hiervoor genoemde besluit van 27 november 2001 is de norm verscherpt, waarmee de reikwijdte van de vrijstelling duidelijk is. Die duidelijkheid acht ik ook wenselijk gelet op de facilitaire functie van het begrip.

Naar mijn mening kan de uniformiteit in het belastingrecht worden vergroot, indien in art. 15 lid 1 onderdeel g WBR het begrip 'partner' zou worden gehanteerd. In hoofdstuk 6 heb ik uitgelegd dat dit begrip in elk geval de echtgenoot en de geregistreerde partner zou moeten omvatten. Ongehuwde samenwoners zouden naar mijn mening een eenmalige keuze moeten krijgen om ook als 'partner' te worden beschouwd. Op deze keuze zou dan alleen kunnen worden teruggekomen bij beëindiging van de relatie.

10.3.5.4 *Aanbevelingen*

Zoals eerder is opgemerkt, ben ik voorstander van een uniforme uitleg van het begrip 'partner' in het belastingrecht. In dit verband zou voor de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel g WBR ook kunnen worden verwezen naar een dergelijk uniform partnerbegrip. De contouren van dit begrip heb ik uitgewerkt in hoofdstuk 6:

- De echtgenoot en geregistreerde partner en de 'ongehuwd samenlevende', ofwel de 'levensgezel' met wie de belastingplichtige een 'gezamenlijke huishouding' voert, worden als 'partner' aangemerkt.
- De keuzemogelijkheid voor ongehuwde partners is eenmalig: herziening van de keuze is slechts mogelijk bij beëindiging van de relatie.
- De keuzemogelijkheid is bovendien afhankelijk van nadere voorwaarden, zoals meerderjarigheid, het voeren van een 'gezamenlijke huishouding' in de zin van art. 26, paragraaf 2 lid 3 Leidraad INV 1990 en inschrijving op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie.

10.3.6 **'Concern' in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel h WBR**

In art. 15 lid 1 onderdeel h WBR is een vrijstelling opgenomen voor situaties van interne reorganisatie. Deze vrijstelling is nader uitgewerkt in art. 5b Uitv.besl. WBR. De vrijstelling is alleen van toepassing indien onroerende zaken worden overgedragen binnen een 'concern'. Het concernbegrip vervult hierbij duidelijk een facilitaire functie.

10.3.6.1 Wettelijke omschrijving

In art. 5b lid 2 Uitv.besl. WBR wordt voor de definitie van het 'concern' een topvennootschap als uitgangspunt genomen, waarvan het 'belang' niet geheel of nagenoeg geheel, ofwel voor ten minste 90%, in handen is van een andere vennootschap. Aan het 90%-criterium is bijvoorbeeld voldaan indien een natuurlijk persoon alle aandelen in een holdingvennootschap bezit. Er kan echter ook sprake zijn van een topvennootschap, indien de aandelen daarin voor minder dan 90% in handen zijn van een andere vennootschap. Samen met de dochtervennootschappen waarin de topvennootschap middellijk of onmiddellijk ten minste 90% van alle aandelen bezit, vormt zij het 'concern'. Voor de toepassing van de vrijstelling geldt op basis van art. 5b lid 3 WBR een driejaarstermijn ten aanzien van het concernvereiste.

Tot en met 2007 was het 90%-criterium gekoppeld aan het bezit van aandelen, maar sinds 1 januari 2008 wordt gekeken naar het 'belang'. Volgens de toelichting bij de wijziging gaat het hierbij eveneens om het daadwerkelijke belang.³⁷ Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058) lijkt het daarom niet mogelijk om door middel van de uitgifte van stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen een 'concern' te structureren zonder dat hier ook in economisch opzicht sprake van is. Overigens is in de tweede volzin van art. 5b lid 2 Uitv.besl. WBR bepaald dat het 90%-belang dient te worden vertegenwoordigd door het onmiddellijk of middellijk bezit van 'aandelen'. Hieruit concludeer ik dat per saldo toch alleen een aandelenbezit relevant is. Dit vind ik vreemd in het licht van de uitleg die ten aanzien van art. 4 WBR aan het begrip 'belang' is gegeven; in paragraaf 10.3.6.3 ga ik hier nader op in.

In Hof Amsterdam 28 juni 2007, nr. P06/00124, www.rechtspraak.nl, was sprake van een interne reorganisatie binnen een concern met twee holdingmaatschappijen. Het hof oordeelde dat niet was voldaan aan de voorwaarden van art. 15 lid 1 onderdeel h WBR jo. art. 5b lid 2 Uitv.besl. WBR, omdat er niet één, maar twee topvennootschappen waren. De vrijstelling was daarom niet van toepassing. Deze uitkomst acht ik onbevredigend, omdat er geen goede redenen lijken te bestaan om de vrijstelling in een dergelijk geval niet toe te passen.

In dit verband zie ik overigens een analogie met het jaarrekeningenrecht: Bartman en Dorresteyn (2006) wijzen erop dat een rechtspersoon die tot een dergelijk 'horizontaal of nevengeschikt concern' behoort, op basis van art. 2:403 lid 2 BW geen jaarrekening overeenkomstig Titel 9 Boek 2 BW hoeft op te stellen indien beide houdstervennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk stellen. Voorts is in art. 2:407 lid 3 BW ten aanzien van nevengeschikte moedermaatschappijen een uitzondering voor de consolidatie opgenomen. Op basis van de facilitaire functie van het concernbegrip in art. 15 lid 1 onderdeel h WBR jo. art. 5b lid 2 Uitv.besl. WBR is het volgens mij mogelijk om dit begrip zodanig uit te breiden dat hieronder ook nevengeschikte moedermaatschappijen worden begrepen. Er zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat vennootschappen waarin de topvennootschap op basis van een

37. Besluit van 20 december 2007 tot wijziging van enige fiscale Uitvoeringsbesluiten, *Stb.* 2007, 573, p. 12.

regeling tot samenwerking met een andere vennootschap een belang van 90% of meer heeft, ook tot het concern behoren.

Ten aanzien van de 90%-eis is de rol van certificaten van aandelen niet duidelijk. Verstraaten (1999) merkt op dat certificaten op basis van de letterlijke tekst van art. 5b lid 2 Uitv.besl. WBR niet als aandelen worden beschouwd. Dit is bevestigd in Rechtbank Haarlem 3 juli 2007, nr. 06/4447, *V-N* 2007/54.2.4. In deze casus werden de aandelen van een BV die met toepassing van de internereorganisatievrijstelling onroerende zaken had verkregen, binnen de driejaarstermijn gecertificeerd. Volgens de rechtbank was de BV hierdoor niet langer onderdeel van het 'concern', en was er alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd. De aandelen werden nadien gehouden door een stichting administratiekantoor, maar deze rechtsvorm werd niet vermeld in art. 5b Uitv.besl. WBR, en kwam daarom niet in aanmerking voor de faciliteit. Ook het beroep van de belanghebbende op het goedkeurende beleid in de resolutie van 27 december 1988 mocht niet baten.³⁸ Op basis van dit beleid blijft heffing van overdrachtsbelasting op basis van art. 4 WBR achterwege, indien de uitgereikte certificaten kunnen worden vereenzelvigd met de aandelen en toekomen aan de inbrenger. De rechtbank besliste echter dat dit goedkeurende beleid in casu niet van toepassing was, omdat het belastbaar feit niet de certificering was, maar de oorspronkelijke verkrijging van de onroerende zaak door de BV.

Overigens geldt de internereorganisatievrijstelling vanaf 1 januari 2008 ook voor stichtingen die fungeren als top van het concern, zo blijkt uit het gewijzigde art. 5b lid 5 Uitv.besl. WBR. In situaties waarin de aandelen van een dochtervennootschap binnen de termijn van het vervreemdingsverbod worden gecertificeerd, biedt dit echter geen oplossing.

Een andere vraag betreft de relevantie van het onderscheid tussen juridische en economische eigendom van aandelen voor de toepassing van art. 15 lid 1 onderdeel h WBR. In Hof Arnhem 31 mei 2007, nr. 04/01406, *V-N* 2007/46.24, waren de aandelen in een vennootschap enkele maanden voorafgaand aan de interne reorganisatie verkocht, waarbij tussen partijen was overeengekomen dat zij reeds vanaf het begin van het jaar voor rekening en risico kwamen van de koper. Het hof volgde het standpunt van de belanghebbende, die stelde dat de overgang van de economische eigendom van de aandelen ten tijde van de interne reorganisatie nog niet had plaatsgevonden. Hierdoor kwam het hof uiteindelijk niet toe aan de beantwoording van de vraag of een lichaam voor de aanwezigheid van een 'concern' zowel de juridische als de economische eigendom moet bezitten. Uit de rechtsvraag van de casus kan echter worden opgemaakt dat het bezit van economische eigendom is vereist voor de aanwezigheid van een 'concern'.

38. Deze resolutie is vervangen door het besluit van 9 augustus 2007, nr. CPP2007/1355M, *Stcrt.* 2007, 159.

10.3.6.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

De definitie van het begrip 'concern' in art. 15 lid 1 onderdeel h WBR jo. art. 5b lid 2 Uitv.besl. WBR wijkt af van het verbondenheidsbegrip in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. In deze disciplines is organisatorische en economische verbondenheid erg belangrijk. Voor de toepassing van de vrijstelling bij interne reorganisaties wordt alleen aangeknoopt bij aandelenbezit: economische en organisatorische verbondenheid spelen hierbij geen rol. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, sluit dit naar mijn mening niet per definitie aan bij de economische realiteit. Een aandelenbelang duidt namelijk niet zonder meer op organisatorische verbondenheid.

10.3.6.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

In art. 5b lid 5 Uitv.besl. WBR is beschreven welke vennootschappen tot een 'concern' kunnen behoren. Dit betreft de NV, BV, de open CV en andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal. Een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld, wordt in dit verband gelijkgesteld met een vennootschap. Overigens is in het kader van het wetsvoorstel 'Invoering titel 7.13 BW' bevestigd dat de OVR ook onder het begrip 'vennootschap' valt als bedoeld in art. 5b lid 5 Uitv.besl. WBR.³⁹

Sinds 1 januari 2008 is de vrijstelling ook van toepassingen indien een stichting of een vereniging zonder een in aandelen verdeeld kapitaal de top van het concern vormt, zo blijkt uit het gewijzigde art. 5b lid 5 Uitv.besl. WBR. In zoverre lijkt de regeling neutraal ten aanzien van de rechtsvorm. Echter, omdat certificering van aandelen in een dochtervennootschap als een schending van het vervreemdingsverbod wordt beschouwd, zoals blijkt uit de hiervoor genoemde uitspraak Rechtbank Haarlem 3 juli 2007, nr. 06/4447, V-N 2007/54.2.4, is er geen sprake van volledige rechtsvormneutraliteit.

In paragraaf 10.3.1.3 heb ik betoogd dat het begrip 'belang' als bedoeld in art. 4 lid 3 WBR het karakter van een open norm heeft, waarvan de inhoud en de reikwijdte onduidelijk is. Voor de toepassing van art. 15 lid 1 onderdeel h WBR is het begrip 'belang' veel scherper omschreven: in art. 5b lid 2 Uitv.besl. WBR is immers bepaald dat het belang dient te worden vertegenwoordigd door aandelenbezit. Aangezien het begrip 'concern' een facilitaire functie heeft, lijkt een dergelijke scherpe norm op het eerste gezicht niet onlogisch. Ik vraag mij echter af of de verscherping ook is bedoeld, omdat de aansluiting bij het begrip 'belang' vooral is ingegeven om constructies tegen te gaan waarbij in juridisch opzicht een concern ontstaat, zonder dat hier ook in economisch opzicht sprake van is.⁴⁰ De term 'belang' in art. 5b lid 2 Uitv.besl. WBR heeft dus ook een antiontgaansfunctie. In dit verband ligt een open norm naar mijn

39. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 065, nr. 8, p. 10 en 11.

40. Besluit van 20 december 2007 tot wijziging van enige fiscale Uitvoeringsbesluiten, *Stb.* 2007, 573, p. 12.

mening meer voor de hand; ik vind de beperking tot het bezit van aandelen daarom niet logisch.

Overigens wijs ik nog eens op de uniforme interpretatie van het begrip 'belang', die naar mijn mening mogelijk is omdat dit begrip steeds een antiontgaansfunctie heeft. Ten opzichte van art. 4 WBR is er overigens wel enige mate van uniformiteit: het gaat in art. 5b lid 2 Uitv.besl. WBR immers ook om het daadwerkelijke belang.

10.3.6.4 Aanbevelingen

Evenals geldt voor de regelingen van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting en omzetbelasting, kan de vraag worden gesteld of voor het concernbegrip in de internereorganisatievrijstelling moet worden uitgegaan van een formeel-juridische of een materieel-economische benadering. Thans geldt een formeel-juridische benadering, omdat alleen het bezit van aandelen in acht wordt genomen. Hierbij is de rol van optierechten, juridische en economische eigendom, certificering, verpanding enzovoort overigens onduidelijk. Naar mijn mening zouden organisatorische en economische verbondenheid ook een rol moeten spelen in het concernbegrip van art. 15 lid 1 onderdeel h WBR jo. art. 5b lid 5 Uitv.besl. WBR. Met een formeel-juridische benadering in de vorm van een aandelenbezit wordt onvoldoende recht gedaan aan de realiteit van verbondenheid zoals deze geldt in de bedrijfseconomie. Evenals bij de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting bestaat nu het risico dat een conglomeraat ook als een 'concern' wordt aangemerkt, en een echt concern juist niet.

Zoals in hoofdstuk 8 is beschreven, ben ik met Finkensieper (1989) van mening dat er unieke criteria kunnen bestaan voor de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en omzetbelasting, die ook zouden kunnen gelden voor het begrip 'concern' voor de internereorganisatievrijstelling. Hierbij speelt een rol dat de begrippen elk een facilitaire functie hebben. In dit verband zou ik de contouren van het concernbegrip als volgt willen schetsen:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Nevengeschikte moedermaatschappijen kunnen ook tot het 'concern' behoren, mits sprake is van financiële, organisatorische en economische verbondenheid.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van 95% van de stemrechten in een aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 95%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van 95% van de stemrechten.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld

die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten, tenzij aan deze instrumenten zodanige voorwaarden zijn verbonden dat moet worden aangenomen dat de aandeelhouder het stemrecht reeds heeft overgedragen.

- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, tellen niet mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In verband met de genoemde tegenbewijsmogelijkheid kunnen zij echter wel een rol spelen om aan te tonen dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 95%-criterium, in feite toch een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend.

Overigens acht ik het in dit verband ook mogelijk om de toepassing van de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel h WBR afhankelijk te stellen van de aanwezigheid van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en omzetbelasting. Omdat de aanwezigheid van een 'concern' in beginsel alleen op het overdrachtsmoment moet worden beoordeeld, bestaat het risico dat belastingplichtigen met het oog op de toepassing van de vrijstelling een concernsituatie creëren. Aansluiting bij de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en omzetbelasting zou in dit verband als voordeel hebben dat de realiteit van het concern beter kan worden beoordeeld. Hierbij zou de driejaarstermijn ten aanzien van het concernvereiste, zoals bedoeld in art. 5b lid 3 WBR, gehandhaafd kunnen blijven.

Ten aanzien van het hiervoor geschetste concernbegrip kan een grensoverschrijdende werking gelden. Dat wil zeggen, dat ook lichamen die zijn opgericht naar het recht van een andere staat onderdeel kunnen zijn van het 'concern'. Dit is overigens thans al geregeld in het slot van art. 5b lid 5 Uitv.besl. WBR.

10.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is geanalyseerd op welke wijze en op welke plaats 'verbondenheid' is omschreven voor de overdrachtsbelasting. Hierbij is ingegaan op de behandeling van samenwerkingsverbanden voor de overdrachtsbelasting. Hierin kan het belang van gelieerdheid wel worden herkend, maar deze is niet wettelijk omschreven.

In de WBR kunnen bijna tien wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen worden gevonden. Opnieuw moet in dit verband onderscheid worden gemaakt tussen begrippen waarin de verbondenheid met lichamen worden bedoeld, en definities van relaties tussen natuurlijke personen

De conclusies die uit de analyse van de wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen in de WBR kunnen worden getrokken, zijn samengevat in het volgende schema:

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| Aanmerkelijk belang in de zin van art. 4 lid 3 WBR | Bezit van ten minste een derde gedeelte 'belang' in een lichaam; Belang van echtgenoot en geregistreerde partner telt mee, maar belang van ongehuwde en niet-geregistreerde partner niet | AO | - | - | + | - | <p>Aansluiting bij begrip 'verbonden persoon' (hoofdstuk 6)</p> <p>Uniforme uitleg 'belang' (hoofdstuk 7):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 33⅓% van de stemrechten in een aandelenvennootschap; - Daadwerkelijke 'belang'; - Uiteindelijke 'belang'; - Belangen gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel', kinderen en kinderen van de levensgezel worden meegeteld; - Stemrechten verbonden aan aandelen waarop alternatieve bezitsvormen rusten (certificaten van aandeel, pandrecht, vruchtgebruik, financiële instrumenten) tellen mee bij beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de aandeelhouder; |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|--|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| | | | | | | | <ul style="list-style-type: none"> - Deze alternatieve bezitsvormen tellen ook mee bij de beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de houder ervan; - Mogelijkheid van zekerheid vooraf |
| Deelname in de zin van art. 4 lid 4 WBR | Bezit van ten minste een derde gedeelte 'belang' in een lichaam | AO | - | - | + | - | Uniforme uitleg 'belang' (hoofdstuk 7) |
| 'Verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 4 lid 6 tot en met 8 WBR | Bezit van ten minste een derde gedeelte 'belang' in een lichaam; Belang van echtgenoot en geregistreerde partner telt mee, maar belang van ongehuwde en niet-geregistreerde partner niet | AO | - | - | + | - | <p>Aansluiting bij begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' in de zin van art. 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969 (hoofdstuk 7)</p> <p>Uniforme uitleg 'belang' (hoofdstuk 7)</p> |
| Familieleden in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR | Kinderen, pleegkinderen, kleinkinderen, broers en zusters, of de echtgenoot of geregistreerde partner | F | + | +/- | + | + | Aansluiting bij het begrip 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| 'Samenwoners' in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel g WBR | | F | + | +/- | + | + | Aansluiting bij het begrip 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 |
| 'Concern' in de zin van art. 15 lid 1 onderdeel h WBR | Bezit van ten minste 90% van het belang in een vennootschap | F | - | - | - | - | Wijziging in 'fiscale eenheid': <ul style="list-style-type: none"> - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 95% van de stemrechten in een aandelenvennootschap; - Stemrechten verbonden aan aandelen waarop alternatieve bezitsvormen rusten (certificaten van aandeel, pandrecht, vruchtgebruik, financiële instrumenten) tellen mee bij beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de aandeelhouder; - Deze alternatieve bezitsvormen tellen niet mee bij de houder ervan |

Successie- en schenkingsrecht

11.1 Inleiding

Successie- en schenkingsrecht wordt geheven van de verkrijger van een erfrechtelijke verkrijging of schenking. Het betreft directe belastingen die beogen de overdracht van vermogen te belasten.¹ In dit verband wordt in art. 1 SW 1956 onderscheid gemaakt tussen drie heffingen: het recht van successie en het recht van schenking worden geheven ter zake van verkrijgingen van iemand die ten tijde van het overlijden of de gift in Nederland woonde; indien de overledene of de schenker niet in Nederland woonde is ter zake van verkrijgingen van binnenlandse vermogensbestanddelen het recht van overgang verschuldigd. Overigens is aangekondigd dat het successie- en schenkingsrecht grondig zal worden herzien en vereenvoudigd.² Naar verwachting zal hiervoor in de loop van 2009 een nieuwe Wet schenk- en erfbelasting worden ingediend. In de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 april 2008, nr. DB2008-00170 U, V-N 2008/21.24, zijn de voorgenomen wijzigingen nader geconcretiseerd.

In dit hoofdstuk wordt onderzocht waarom 'verbondenheid' relevant is voor het successie- en schenkingsrecht. In lijn met de voorgaande hoofdstukken wordt onderzocht op welke plaats en welke wijze hiermee rekening wordt gehouden in de SW 1956. Hierbij analyseer ik hoe de verschillende fiscale begrippen zich verhouden tot de wijze waarop verbondenheid tot uitdrukking komt in andere disciplines en rechtsgebieden. Voorts worden de begrippen beoordeeld op enkele rechtstheoretische aspecten en worden aanbevelingen gedaan tot optimalisatie van de begripsomschrijvingen. Hierbij wordt rekening gehouden met de aard en functie van de begrippen.

11.2 Verbondenheid zonder wettelijke omschrijving

In hoofdstuk 7, 8 en 10 is aandacht besteed aan de behandeling van samenwerkingsverbanden voor de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, omzetbelasting en overdrachtsbelasting. Ook voor het successie- en schenkingsrecht geldt dat de fiscale

1. M.C.J. Oliemans en S.A. Stevens, 'Is de boedelheffing een goed alternatief voor de Successiewet?', *WFR* 2008, p. 577.
2. *Kamerstukken I* 2007/08, 31 205 en 31 206, nr. C, p. 38.

behandeling van samenwerkingsverbanden een onderwerp is waarin 'verbondenheid' een rol speelt zonder dat het gelieerdheidsbegrip wettelijk is gedefinieerd.

11.2.1 *Samenwerkingsverbanden*

Zoals is opgemerkt in hoofdstuk 7, creëert een samenwerkingsverband verbondenheid tussen de participanten onderling en tussen de participanten en het samenwerkingsverband. Voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting komt deze verbondenheid tot uitdrukking in de fiscale transparantie van samenwerkingsverbanden. In dit verband is bij de behandeling van het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' (31 065) opgemerkt dat de OVR en CVR, evenals de OV en CV, ook transparant zullen zijn voor de heffing van het successie- en schenkingsrecht.³ Dit vloeit voort uit art. 1 lid 6 en 7 (voorstel) SW 1956. Op basis van deze bepalingen zullen erfrechtelijke verkrijgingen en schenkingen door een OVR voor de toepassing van de SW 1956 worden toegerekend aan de achterliggende vennoten. Ook voor de fiscale transparantie voor het successie- en schenkingsrecht geldt dat de CVR niet afzonderlijk wordt genoemd in art. 1 lid 6 en 7 (voorstel) SW 1956. Een bepaling overeenkomstig art. 3.7 lid 2 (voorstel) Wet IB 2001, waarin is verduidelijkt dat de CVR dezelfde fiscale behandeling krijgt als de OVR, ontbreekt. In hoofdstuk 10 heb ik reeds betoogd dat, rekening houdend met art. 7:804 lid 2 (voorstel) BW, hierdoor onnodig de vraag kan rijzen of de CVR voor de toepassing van het successie- en schenkingsrecht als rechtspersoon moet worden beschouwd. In art. 7:804 lid 2 (voorstel) BW wordt immers bepaald dat, voor zover niet anders blijkt, met het begrip 'rechtspersoon' buiten Titel 13 Boek 7 BW niet mede wordt bedoeld op de OVR en CVR.

Zoals in hoofdstuk 10 is toegelicht, zal de fiscale transparantie van de OVR en CVR niet gelden voor de heffing van overdrachtsbelasting. Met het oog op de samenloop van de heffingen van de WBR en de SW 1956 zal daarom in art. 24 lid 3 (voorstel) SW 1956 worden bepaald dat de door een OVR of CVR betaalde overdrachtsbelasting door de achterliggende vennoten in mindering kan worden gebracht op het door hun verschuldigde successie- of schenkingsrecht.

11.2.2 *Landgoedrechtspersonen*

Op vergelijkbare wijze als zal gelden voor de OVR en CVR, is in art. 7a NSW 1928 bepaald dat landgoedrechtspersonen onder voorwaarden transparant zijn voor de heffing van het successie- en schenkingsrecht. Hierdoor worden de bezittingen en schulden van een landgoed-NV of -BV toegerekend aan de aandeelhouders/natuurlijke personen. De aandeelhouders kunnen hierdoor profiteren van de vrijstelling voor de heffing van het successie- en schenkingsrecht van art. 7 NSW 1928. De voorwaarden die in dit kader worden gesteld zijn dat de werkzaamheden van de NV of BV uitsluitend of hoofdzakelijk bestaan uit de instandhouding en exploitatie van landgoederen, dat alle aandeelhouders natuurlijke personen zijn en dat het aantal aandeelhouders niet meer dan twintig bedraagt. Op basis van art. 7a lid 3 NSW 1928

3. *Kamerstukken II 2007/08, 31 065, nr. 9, p. 9.*

mag het aantal aandeelhouders/natuurlijke personen wel meer dan twintig bedragen indien de overschrijding is veroorzaakt door erfenis, legaten, schenkingen en ontbindingen van huwelijksgemeenschappen of gemeenschappen van geregistreerd partnerschap.

Ik merk op dat deze regeling niet volledig rechtsvormneutraal is: alleen de NV en BV kunnen kwalificeren als landgoedrechtspersoon, en bijvoorbeeld niet een coöperatie. Hiervoor bestaat naar mijn mening geen goede reden. Met het oog op de invoering van het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' vind ik bovendien dat de OVR en CVR ook zouden moeten kunnen kwalificeren. Hierin is echter niet voorzien.⁴

Overigens geldt de fiscale transparantie van een landgoed-NV of -BV onder vergelijkbare voorwaarden ook voor de heffing van inkomstenbelasting. Dit vloeit voort uit art. 10.9 Wet IB 2001 jo. art. 23 Uitv.besl. IB 2001. Als gevolg hiervan komen de aandeelhouders in aanmerking voor de vrijstelling van landgoederen in box 3, welke is opgenomen in art. 5.7 Wet IB 2001. Hierbij valt op dat in art. 23 lid 4 Uitv.besl. IB 2001 voor de overschrijding van het aantal aandeelhouders/natuurlijke personen, anders dan in art. 7a lid 3 NSW 1928, niet wordt gesproken over de ontbinding van een gemeenschap van geregistreerd partnerschap. Op basis van de algemene gelijkstelling van het geregistreerd partnerschap met het huwelijk in art. 2 lid 6 AWR ga ik er echter vanuit dat dit per saldo geen effect heeft.

Ter zake van de verkrijgingen van landgoederen is op basis van art. 9a NSW 1928 geen overdrachtsbelasting verschuldigd. Dit geldt zowel voor natuurlijke personen als voor lichamen die een landgoed verkrijgen. Echter, zoals in hoofdstuk 10 is beschreven, is de verkrijging van een aandelenbelang van ten minste 33 $\frac{1}{3}$ % in een onroerendezaaklichaam belast met overdrachtsbelasting. Deze heffing geldt in principe ook indien dit lichaam landgoederen in stand houdt en exploiteert: er ontbreekt namelijk een vergelijkbare regeling in de WBR en de NSW 1928 op basis waarvan NSW-lichamen als transparant worden aangemerkt voor de overdrachtsbelasting. In het besluit van 13 mei 2003, nr. CPP2003/1103M, V-N 2003/29.1.9, is echter goedgekeurd dat in deze gevallen met een beroep op de hardheidsclausule van art. 63 AWR een tegemoetkoming in de overdrachtsbelasting wordt verleend.

11.3 Wettelijke begrippen van verbondenheid

In de SW 1956 zijn de volgende verbondenheidsbegrippen wettelijk omschreven:

- verbonden personen in de zin van art. 2 lid 1 SW 1956;
- verbonden personen in de zin van art. 10 lid 5 SW 1956;
- verbonden personen in de zin van art. 24 lid 2 SW 1956;
- partner in de zin van art. 25 en 26 SW 1956;
- 'beleidsafhankelijke deelneming' in de zin van art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956.

4. In art. 7b (voorstel) NSW 1928 wordt bepaald dat de OVR, maar ook weer niet de CVR, transparant is voor de toepassing van art. 8a NSW 1928. Deze fiscale transparantie is echter uitsluitend gericht op de toepassing van de anti-misbruikbepaling van art. 8a NSW 1928.

11.3.1 *Verbonden personen in de zin van art. 2 lid 1 SW 1956*

Op basis van art. 2 lid 1 SW 1956 geldt een bijzondere woonplaatsfictie voor Nederlandse ambtenaren in overheidsdienst, die buiten Nederland verblijven. Zij worden geacht in Nederland te wonen voor de toepassing van het successie- en schenkingsrecht. Dat geldt eveneens ten aanzien van personen die nauw met hen zijn verbonden. Ik ken aan dit verbondenheidsbegrip een vereenzelvigingsfunctie toe.

11.3.1.1 *Wettelijke omschrijving*

De kring van verbonden personen voor de toepassing van art. 2 lid 1 SW 1956 omvat in de eerste plaats de echtgenoot van de ambtenaar, van wie hij niet duurzaam gescheiden leeft. Op basis van art. 2 lid 6 AWR wordt hieronder tevens de geregistreerde partner verstaan. De woonplaatsfictie geldt echter niet voor de partner met wie de ambtenaar ongehuwd samenwoont.

Tot de verbonden personen behoren wel de eigen kinderen en stiefkinderen die jonger zijn dan 27 jaar, en in belangrijke mate door de belastingplichtige worden onderhouden. De kinderen van de ongehuwde en niet-geregistreerde partner tellen echter niet mee.

Ik merk op dat de bepaling van art. 2 lid 1 SW 1956 vergelijkbaar is met die van art. 2.2 lid 2 en 3 Wet IB 2001, waarin eveneens een woonplaatsfictie is opgenomen voor ambtenaren. De fictie voor de inkomstenbelasting gaat echter uit van het ruimere begrip 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001, waardoor deze zich ook uitstrekt tot ongehuwde samenwoners. Voorts wordt in art. 2.2 lid 3 Wet IB 2001 gesproken over 'kinderen' als bedoeld in art. 1.4 Wet IB 2001, waaronder ook een kind van de ongehuwde en niet-geregistreerde partner lijkt te moeten worden begrepen.

Overigens is in het rapport 'De warme, de koude en de dode hand' van 13 maart 2000 door de Commissie Moltmaker aanbevolen om in de SW 1956 één partnerbegrip te hanteren voor zowel gehuwden, geregistreerde partners en ongehuwde samenwoners.⁵ Deze suggestie is destijds ook ter harte genomen door het kabinet, hetgeen leidde tot een voorstel om in art. 19a (voorstel) SW 1956 één begrip 'partner' te omschrijven.⁶ De inhoud van dit begrip leek veel op het partnerbegrip in art. 1.2 Wet IB 2001. Het omvatte ook ongehuwde samenwoners, in situaties waarin sprake is van een samenlevingsvorm die in termen van duurzaamheid en onderlinge zorgplicht naar maatschappelijke opvattingen gelijkwaardig is met het huwelijk en het geregistreerde partnerschap.⁷ Hierbij werd de eis gesteld dat de betrokkenen een notarieel samenlevingscontract waren aangegaan. Het nieuwe partnerbegrip moest gelden voor de fictieve legaten, tariefgroepen, samentellingsbepalingen en de vrijstellingen. Hierbij wilde men ook een vrijstelling voor het successie- en schenkingsrecht invoe-

5. Kabinetsstandpunt inzake het rapport 'De warme, de koude en de dode hand' van de werkgroep modernisering successiewetgeving, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 789, nr. 1.

6. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 015, nr. 1-2.

7. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 015, nr. 3, p. 3.

ren voor partners, die was gebaseerd op de 'continuïteitsgedachte'. Met deze gedachte werd bedoeld, dat de overblijvende partner economisch beschouwd zoveel mogelijk op de oude voet moet kunnen doorleven. De 'verzorgingsgedachte', waarop de beperkte vrijstelling tot dusver was gebaseerd, zou worden verlaten. Op basis van het wetsvoorstel zou de vrijstelling daarom niet meer gelden voor samenwoners die niet als 'partner' konden worden aangemerkt. Tijdens de parlementaire behandeling bleek echter veel verzet te bestaan tegen het vervallen van de vrijstelling voor 'twee-relaties' en 'meerrelaties', waardoor samenwonende bloedverwanten en mantelzorgers niet langer zouden kwalificeren.⁸ Uiteindelijk is daarom niet gekozen voor één allesomvattend partnerbegrip dat geldt voor alle bepalingen in de SW 1956, maar voor de introductie van het begrip 'notariële samenwoners' in art. 24 lid 2 onderdeel a SW 1956. De vrijstelling voor deze samenwoners heeft een plaats gekregen naast de bestaande vrijstellingen in situaties van 'twee-relaties' en 'meerrelaties', zodat de vrijstelling van toepassing is gebleven op de bedoelde samenwonende bloedverwanten en mantelzorgers. Door in een aantal wettelijke bepalingen te verwijzen naar de 'notariële samenwoners' als bedoeld in art. 24 lid 2 onderdeel a SW 1956, werd de voorgestelde modernisering van het partnerbegrip alleen gerealiseerd voor zover daarvoor politieke steun bestond.⁹ In art. 2 lid 1 SW 1956 zijn deze 'notariële samenwoners' echter niet genoemd.

In art. 19 SW 1956 is voor de toepassing van de gehele wet een aantal gelijkstellingen opgenomen voor de toepassing van het successie- en schenkingsrecht. Zo wordt bijvoorbeeld aanverwantschap gelijkgesteld met bloedverwantschap. Voorts worden onder 'kinderen' ook pleegkinderen begrepen. In dit verband is in het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 8 maart 2004, nr. CPP2003/2026M, V-N 2004/16.25, het beleid geformuleerd ten aanzien van het begrip 'pleegkinderen' in de zin van art. 19 lid 1 onderdeel b SW 1956. Eén van de vereisten tot gelijkstelling met 'eigen' kinderen is dat het pleegkind gedurende ten minste vijf jaren als een eigen kind is onderhouden en opgevoed.

In art. 19 SW 1956 ontbreekt de gelijkstelling van een kind van de partner met een 'eigen' kind. Een dergelijke gelijkstelling is wel opgenomen in de definitie van het begrip 'kind' in art. 4 AWIR.

Door de Commissie Moltmaker is ook aanbevolen om voor gehuwden, geregistreerde partners en ongehuwde samenwoners een eenduidige regeling te treffen voor aanverwantschap in de SW 1956. Zij heeft voorgesteld dat de bloedverwanten van een partner ongeacht de samenlevingsvorm worden aangemerkt als aanverwanten van de andere partner. In feite komt dit voorstel overeen met de bepaling van art. 1.2 lid 5 Wet IB 2001. Deze vorm van fictief aanverwantschap zou moeten gelden voor gehuwden, geregistreerde partners en ongehuwde samenwoners. Voorts zou zij moeten blijven bestaan bij het einde van het partnerschap, zo stelde de commissie voor. Het kabinet heeft destijds ook dit voorstel overgenomen. In art. 19 lid 1 onderdeel e (voorstel) SW 1956 zou worden bepaald dat kinderen van de ene partner wor-

8. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 015, nr. 6, p. 13.

9. *Kamerstukken II 2001/01*, 28 015, nr.12, p. 3.

den gelijkgesteld met kinderen die in familierechtelijke betrekking staan tot de andere partner.¹⁰ In art. 19 lid 2 (voorstel) SW 1956 zou bij de omschrijving van het begrip 'pleegkind' eveneens de term 'partner' gaan gelden. Toen uiteindelijk is afgezien van de introductie van een uniform partnerbegrip, is de voorgestelde gelijkstelling van kinderen van de partner als 'kind' ook niet ingevoerd.¹¹ Hierdoor worden de kinderen van een partner op dit moment voor de toepassing van de SW 1956 niet als 'verbonden personen' aangemerkt, maar kinderen van een echtgenoot of geregistreerde partner wel.

11.3.1.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

In vergelijking met de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 wordt in art. 2 lid 1 SW 1956 een ouderwets partnerbegrip gehanteerd. Omdat dit begrip niet de partner omvat met wie men ongehuwd samenwoont en de kinderen van die ongehuwde en niet-geregistreerde partner, sluit de bepaling niet goed aan bij de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid.

11.3.1.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Vanwege het feit dat de partner met wie men ongehuwd samenwoont, en de kinderen van die partner, niet tot de kring van verbonden personen behoren, is de bepaling van art. 2 lid 1 SW 1956 niet neutraal ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm. De woonplaatsfictie geldt nu niet voor ongehuwde samenwoners.

In hoofdstuk 6 is toegelicht dat het begrip 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 eveneens een vereenzelvigingsfunctie heeft. Daarbij heeft dit begrip voor de inkomstenbelasting met name een antiontgaansfunctie. Hoewel dit antiontgaanskarakter niet direct kan worden herkend in de bepaling van art. 2 SW 1956, meen ik dat de bedoelde verbondenheid in beide bepalingen min of meer gelijk is. Naar mijn mening zou het begrip 'verbonden persoon' waarvan ik in hoofdstuk 6 de contouren heb geschetst, daarom ook kunnen worden gehanteerd voor de toepassing van de woonplaatsfictie van art. 2 lid 1 SW 1956.

11.3.1.4 *Aanbevelingen*

In paragraaf 11.1 is opgemerkt dat het successie- en schenkingsrecht zal worden herzien en vereenvoudigd. Ik stel voor om dit in dit verband het verbondenheidsbegrip in art. 2 lid 1 SW 1956 te moderniseren. Hierbij kan het begrip 'verbonden persoon' als bedoeld in art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 model staan. In hoofdstuk 6 heb ik de contouren van dit begrip als volgt geschetst:

- Er geldt een sociaal-maatschappelijke benadering, waarbij de echtgenoot van de belastingplichtige, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel' als

10. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 015, nr. 3, p. 35.

11. *Kamerstukken II 2001/01*, 28 015, nr.12.

'verbonden persoon' worden beschouwd. De tekst van art. 3 AWIR kan hierbij als uitgangspunt worden genomen.

- Voor ongehuwde samenwoners geldt in dit verband een weerlegbaar vermoeden van 'verbondenheid'. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan de belastingplichtige aantonen dat de partner niet als 'verbonden persoon' kan worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat de personen niet samenwonen en voor de toepassing van een pensioenregeling niet als partner zijn aangemeld.
- Voorts wordt een minderjarig 'kind' van de belastingplichtige of van zijn 'levensgezel' tot de kring van verbonden personen gerekend. In situaties waarin de belastingplichtige een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke transactie pleegt met een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van hemzelf of van zijn 'levensgezel', wordt dit familielid eveneens als 'verbonden persoon' aangemerkt.

11.3.2 *Verbonden personen in de zin van art. 10 lid 5 SW 1956*

Op basis van art. 10 SW 1956 wordt het vermogen dat door de erflater is omgezet in genotsrechten, aangemerkt als een fictief legaat. Zonder een dergelijke maatregel zou successierecht kunnen worden ontgaan indien de erflater tijdens zijn leven vermogen zou overhevelen onder voorbehoud van bijvoorbeeld een recht van vruchtgebruik. Bij het overlijden zou de blote eigendom van het vermogen bij de erfgenamen onbelast kunnen aangroeien tot de volle eigendom. Hoewel in een dergelijke situatie geen sprake is van een erfrechtelijke verkrijging, wordt er op basis van de kwalificatie als fictief legaat toch successierecht geheven over de aangroei van de blote eigendom tot de volle eigendom. Dat geldt echter alleen indien de verkrijger nauw is verbonden met de erflater. In dit verband heeft het verbondenheidsbegrip dat hierbij wordt gehanteerd een vereenzelvigingsfunctie en met name een antiontgaansfunctie.

11.3.2.1 *Wettelijke omschrijving*

Op basis van art. 10 lid 5 SW 1956 is ter zake van de verkrijging van een fictief legaat alleen successierecht verschuldigd indien er wordt verkregen door de echtgenoot of de geregistreerde partner, ongehuwde samenwoners als bedoeld in art. 24 lid 2 SW 1956 en bloed- en aanverwanten tot en met de vierde graad, en hun echtgenoten.

Overigens wordt deze kring van verbonden personen ook genoemd in art. 11 lid 5 onder 2°, en in art. 13a lid 2 onderdeel b SW 1956. Het verbondenheidsbegrip komt voorts in bijna dezelfde vorm terug in art. 8 lid 3 onder 1°, en in art. 31 SW 1956, maar in deze bepalingen ontbreken de verkrijgers als bedoeld in art. 24 lid 2 SW 1956.

Wat betreft de ongehuwde samenwoners gaat het in art. 10 lid 5 SW 1956 in de eerste plaats om de 'notariële samenwoners' in de zin van art. 24 lid 2 onderdeel a SW 1956. Voorts omvat het verbondenheidsbegrip de zogenoemde 'tweerelaties' en 'meerrelaties' in de zin van art. 24 lid 2 onderdeel b en c SW 1956. Deze twee relatievormen worden beschreven in paragraaf 11.3.3.

Ik merk op dat notariële samenwoners alleen onder art. 24 lid 2 onderdeel a SW 1956 vallen, indien zij hebben gekozen voor het fiscaal partnerschap in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001. Volgens de letterlijke tekst van art. 10 lid 5 SW 1956 is de kwalificatie van genotsrechten als fictief legaat daarom niet aan de orde indien de samenwoners geen gebruik hebben gemaakt van de keuze om elkaars 'partner' te zijn voor de Wet IB 2001, en de partners ook niet voldoen aan de vereisten van art. 24 lid 2 onderdeel b of c SW 1956. Naar mijn mening strookt dit niet met het antiontgaanskarakter van deze bepaling: ongehuwde samenwoners hebben het nu gedeeltelijk zelf in de hand of zij voor de toepassing van art. 10 lid 5 SW 1956 kwalificeren als partner.

Door het gebruik van de term 'bloed- en aanverwanten tot en met de vierde graad, en hun echtgenoten' geldt voor art. 10 lid 5 SW 1956 een ruime omschrijving van de kinderen. Op basis van art. 2 lid 3 onderdeel i AWR gaat het om 'eigen' kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, maar ook om kinderen van de echtgenoot, ofwel stiefkinderen. Ingevolge art. 2 lid 6 AWR geldt dit ook voor kinderen van de geregistreerde partner van de overdrager. Een kind van de partner met wie de erflater of schenker ongehuwd samenwoont, telt echter niet mee.

11.3.2.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Het verbondenheidsbegrip van art. 10 lid 5 SW 1956 omvat niet alleen gehuwde en geregistreerde partners, maar ook ongehuwde samenwoners. De aansluiting met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid is echter niet perfect, omdat de kinderen van de partner met wie men ongehuwd samenwoont niet als verbonden personen worden beschouwd. Bovendien geldt het fictieve legaat van art. 10 lid 5 SW 1956 niet ten aanzien van ongehuwde samenwoners, indien zij niet voldoen aan de voorwaarden zoals gesteld in art. 24 lid 2 onderdeel a, b of c SW 1956.

In hoofdstuk 5 is beschreven dat aanverwantschap op basis van art. 1:3 lid 3 BW niet eindigt bij beëindiging van het huwelijk. Hierdoor blijven de bloedverwanten van de echtgenoot van de belastingplichtige na een echtscheiding ook zijn aanverwanten, en daarom ook verbonden personen voor de toepassing van art. 10 lid 5 SW 1956. Zoals in hoofdstuk 6 is beschreven, is in art. 4.2 Wet IB 2001 bepaald dat voor de toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling in de inkomstenbelasting het aanverwantschap wel eindigt na een echtscheiding. Een dergelijke bepaling ontbreekt ten aanzien van art. 10 lid 5 SW 1956. Van Vijfeijken (2002) wijst hierbij echter op HR 20 februari 1957, nr. 563, *BNB* 1957/98, waarin de vraag centraal stond of na de ontbinding van een huwelijk ook aanverwantschap bestond tussen de tweede echtgenoot van de overledene en diens kleinkinderen uit een vorig huwelijk. Deze vraag moest volgens de Hoge Raad worden beoordeeld op basis van de redelijkheid en billijkheid. In casu had de tweede echtgenoot schenkingen gedaan aan de betrokken kleinkinderen, zodat het volgens de Hoge Raad redelijk was om toch te spreken van aanverwantschap. In het arrest overwoog de Hoge Raad ook dat het niet strookt met de redelijkheid en billijkheid om in alle gevallen voetstoots aan te nemen dat er ten aanzien van de bloedverwanten van een ex-echtgenoot nog steeds sprake is van aan-

verwantschap, vooral indien het huwelijk door echtscheiding is ontbonden. Wellicht biedt dit ruimte voor een fiscale fictie dat de bloedverwanten van de ex-echtgenoot van de belastingplichtige na een echtscheiding niet langer aanverwanten zijn.

11.3.2.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Omdat voor de toepassing van art. 10 lid 5 SW 1956 geen rekening wordt gehouden met ongehuwde samenwoners die niet voldoen aan de voorwaarden zoals gesteld in art. 24 lid 2 onderdeel a, b of c SW 1956, en evenmin met hun kinderen, is er geen sprake van volledige neutraliteit ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm.

Naar mijn mening zou die neutraliteit eenvoudig kunnen worden bereikt door aan te sluiten bij het begrip 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Zoals reeds is opgemerkt in paragraaf 11.3.1, heeft dit begrip een vereenzelvigingsfunctie en met name een antiontgaansfunctie. In dit opzicht wordt met het begrip hetzelfde bedoeld als in art. 10 lid 5 SW 1956. Uniformering is daarom naar mijn mening mogelijk; dit zou bijdragen aan de eenvoud en de kenbaarheid van het belastingrecht.

11.3.2.4 *Aanbevelingen*

Naar mijn mening dient voor het verbondenheidsbegrip in art. 10 lid 5 SW 1956 te worden aangesloten bij het hiervoor genoemde begrip 'verbonden persoon' in de zin van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Er zou dan tevens een einde komen aan de mogelijkheid voor notariële samenwoners om de toepassing van de fictieflegaatbepaling te ontgaan door niet te kiezen voor het fiscaal partnerschap voor de Wet IB 2001.

11.3.3 *Verbonden personen in de zin van art. 24 lid 2 SW 1956*

Art. 24 SW 1956 bevat regels ten aanzien van het tarief voor het successie- en schenkingsrecht. Daarbij geldt een dubbele tariefprogressie: het tarief is hoger naarmate het bedrag van de belaste verkrijging stijgt, en naarmate de verbondenheid tussen de verkrijger en de erflater of de schenker minder nauw is. In art. 24 lid 1 en 2 SW 1956 worden enkele verbonden personen genoemd. Aan de begrippen die hierbij worden gehanteerd ken ik een facilitaire functie toe, omdat zij verband houden met de toepassing van lagere belastingtarieven.

Overigens hebben de in art. 24 SW 1956 genoemde personen ook recht op vrijstellingen van het successierecht van art. 32 SW 1956.

11.3.3.1 *Wettelijke omschrijving*

Voor de tarieven van het successie- en schenkingsrecht wordt onderscheid gemaakt tussen twee groepen verbonden personen. Dit betreft tariefgroep I voor de echtgenoot, kinderen, afstammelingen in de tweede of verdere graad, en ongehuwde samenwoners als bedoeld in art. 24 lid 2 SW 1956. Voorts geldt tariefgroep II voor broers, zusters en bloedverwanten in de rechtopgaande lijn.

Op basis van art. 2 lid 6 AWR wordt de geregistreerde partner voor de toepassing van art. 24 SW 1956 op dezelfde wijze behandeld als een echtgenoot. Ongehuwde samenwoners kunnen ook in tariefgroep I vallen, mits zij aan bepaalde voorwaarden voldoen. In dit verband zijn in art. 24 lid 2 SW 1956 drie verschillende categorieën samenwoners omschreven, namelijk 'notariële samenwoners', 'tweerelaties' en 'meerrelaties'.

Het begrip 'notariële samenwoners' is nader uitgewerkt in art. 24 lid 2 onderdeel a SW 1956. Hierbij gaat het om twee personen die een duurzaam bedoelde gemeenschappelijke huishouding voeren. Daarbij moeten zij een wederzijdse zorgverplichting hebben, die is vastgelegd in een notarieel samenlevingscontract. Deze voorwaarde is gesteld, omdat partners voor het successie- en schenkingsrecht hun keuze voor het partnerschap niet jaarlijks kenbaar kunnen maken.¹² Het betreft immers tijdstipbelastingen. Daarbij kwam dat het kabinet ongehuwde samenwoners alleen als 'partner' wilde beschouwen, indien sprake was van een samenlevingsvorm die in termen van duurzaamheid en onderlinge zorgplicht naar maatschappelijke opvattingen gelijkwaardig is met het huwelijk en het geregistreerde partnerschap.¹³ Overigens moeten de personen ook gekozen hebben om elkaars 'partner' te zijn in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001. De eis van het samenlevingscontract geldt echter niet voor het partnerschap voor de inkomstenbelasting. Voorts kunnen bloedverwanten in de rechte lijn niet als 'notariële samenwoners' worden aangemerkt.

In geval van overlijden moeten de samenwoners voor de toepassing van tariefgroep I ten minste zes maanden hebben samengewoond, te rekenen vanaf het moment dat zij de 18-jarige leeftijd hebben bereikt. Bij schenking moet de gemeenschappelijke huishouding ten minste twee jaar hebben geduurd.

Onder de 'tweerelatie' als bedoeld in art. 24 lid 2 onderdeel b SW 1956 wordt een gemeenschappelijke huishouding van twee personen verstaan, met eventuele kinderen die jonger zijn dan 27 jaar. De kinderen kunnen van één van hen zijn, of van hen beiden. Met een 'kind' is bedoeld een kind dat door de verkrijger en de erflater of schenker als een eigen kind is onderhouden en opgevoed. Een pleegkind wordt ook als een 'kind' beschouwd.

Om in aanmerking te komen voor tariefgroep I voor het successie- en schenkingsrecht, moeten de personen de gemeenschappelijke huishouding vanaf de leeftijd van 22 jaar gedurende ten minste vijf aaneengesloten jaren hebben gevoerd.

Volgens de parlementaire geschiedenis is de 'meerrelatie' een gemeenschappelijke huishouding van drie of meer personen.¹⁴ Dit begrip is omschreven in art. 24 lid 2 onderdeel c SW 1956. De personen moeten de gemeenschappelijke huishouding vanaf de leeftijd van 22 jaar gedurende ten minste vijf aaneengesloten jaren hebben gevoerd, om in aanmerking te komen voor de toepassing van tariefgroep I voor het successie- en schenkingsrecht.

12. *Kamerstukken II 2000/01, 27 789, nr. 1, p. 9.*

13. *Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. 3, p. 3.*

14. *Kamerstukken II 1983/84, 17 041, nr. 19, p. 2.*

Zoals in paragraaf 11.3.1 is opgemerkt, heeft de Commissie Moltmaker aanbevolen om voor gehuwden, geregistreerde partners en ongehuwde samenwoners een eenduidige regeling te treffen voor het aanverwantschap in de SW 1956. Omdat een bloedverwant in de eerste graad van een ex-partner op basis van dit voorstel in tariefgroep I zou vallen, was tevens voorgesteld om de ex-partner zelf ook onder tariefgroep I te brengen.¹⁵ Deze voorstellen zijn echter niet overgenomen.

Op basis van het besluit van 21 juni 2007, nr. CPP2007/1223, V-N 2007/33.24, wordt wel een tegemoetkoming verleend in situaties van schenkingen tussen aanstaande echtgenoten en aanstaande partners. De tegemoetkoming is het verschil tussen het verschuldigde recht, en het successie- of schenkingsrecht dat zou zijn verschuldigd indien van een 'echtgenoot' zou zijn verkregen. Er wordt eenzelfde tegemoetkoming verleend ingeval van schenkingen tussen ex-echtgenoten en ex-partners, en verkrijgingen krachtens erfrecht ten gevolge van het overlijden van een ex-echtgenoot of de ex-partner, voor zover de verkrijging plaatsvindt ter uitvoering van een echtscheidingsconvenant of een door de ongehuwde samenwoners overeengekomen verdeling.

In tariefgroep I vallen ook de kinderen van de erflater of schenker. Ingevolge art. 2 lid 3 onderdeel i AWR omvat het begrip 'kind' verschillende soorten kinderen, omdat in deze bepaling de eerstegraads bloedverwant en de aanverwant in de neergaande lijn als 'kind' wordt aangemerkt. Het gaat in art. 24 SW 1956 dus om 'eigen' kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, maar ook om stiefkinderen ofwel kinderen van de echtgenoot. Op basis van art. 2 lid 6 AWR geldt dit ook voor kinderen van de geregistreerde partner. Voor de groep 'notariële samenwoners' telt een kind van de partner met wie de erflater of schenker ongehuwd samenwoont, echter niet mee. Voor 'tweerelaties' tellen zij wel mee.

11.3.3.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Ongehuwde samenwoners moeten op basis van art. 24 lid 2 SW 1956 aan additionele voorwaarden voldoen voor de toepassing van de relatief gunstige tariefgroep I. Op basis van art. 24 lid 2 onderdeel a SW 1956 moeten zij een notarieel samenlevingscontract zijn aangegaan. Zonder een dergelijk samenlevingscontract zouden zij op basis van art. 24 lid 2 onderdeel b SW 1956 ook in aanmerking kunnen komen voor tariefgroep I, maar dan moeten zij wel ten minste vijf jaar hebben samengewoond.

In hoofdstuk 5 is beschreven dat relaties van ongehuwde samenwoners op basis van demografisch onderzoek minder stabiel zijn dan die van gehuwden. In dit verband lijken de additionele voorwaarden die aan ongehuwde samenwoners worden gesteld wel aan te sluiten bij de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid.

Omdat met het begrip 'kind' in art. 24 SW 1956 is bedoeld op juridisch bloedverwantschap, kent dit begrip een ruime invulling. Hierdoor is de bepaling naar mijn mening in grote lijnen in overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werke-

15. Kabinetsstandpunt inzake het rapport 'De warme, de koude en de dode hand' van de werkgroep modernisering successiewetgeving, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 789, nr. 1.

lijkheid van samenlevingsvormen en gezinssituaties, en met het personen- en familierecht. Voor de groep 'notariële samenwoners' omvat het echter niet een kind van de partner met wie men ongehuwd samenwoont.

11.3.3.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

In hoofdstuk 6 heb ik de contouren geschetst van een uniform partnerbegrip voor de inkomstenbelasting. In mijn voorstel heeft dit begrip alleen een facilitaire functie, en in dit verband moet het worden onderscheiden van het eerder genoemde begrip 'verbonden persoon'. Op basis van dit onderscheid zouden faciliteiten alleen voor een beperkte kring van partners kunnen gelden, terwijl voor regelingen met een antimisbruikarakter een ruimere kring van verbonden personen kan worden gehanteerd.

Aangezien in art. 24 SW 1956 eveneens een partnerbegrip met een facilitaire functie is bedoeld, meen ik dat voor deze bepaling kan worden aangesloten bij het begrip 'partner' voor de inkomstenbelasting. Zoals in hoofdstuk 5 is beschreven, kan ongehuwd samenwonen meer en meer worden beschouwd als een manier om vorm te geven aan een volwaardige relatie. Deze trend moet naar mijn mening ook fiscaal worden gevolgd. Uit demografisch onderzoek blijkt echter dat relaties van ongehuwde samenwoners minder stabiel zijn dan die van gehuwden: het risico van relatieontbinding is hoger bij ongehuwde samenwoners. In dit verband acht ik een optioneel karakter van hun fiscaal partnerschap gerechtvaardigd. Echter, dit zou naar mijn mening geen jaarlijkse, maar een eenmalige keuzemogelijkheid moeten zijn, waarop slechts kan worden teruggekomen bij beëindiging van de relatie.

11.3.3.4 *Aanbevelingen*

Ik stel voor om voor de toepassing van tariefgroep I als bedoeld in art. 24 SW 1956 aan te sluiten bij het begrip 'partner' als bedoeld in art. 1.2 Wet IB 2001. De door mij voorgestane contouren van dit begrip heb ik in hoofdstuk 6 als volgt geschetst:

- De echtgenoot en geregistreerde partner en de 'ongehuwd samenlevende', ofwel de 'levensgezel' met wie de belastingplichtige een 'gezamenlijke huishouding' voert, worden als 'partner' aangemerkt.
- De keuzemogelijkheid voor ongehuwde partners is eenmalig: herziening van de keuze is slechts mogelijk bij beëindiging van de relatie.
- De keuzemogelijkheid is bovendien afhankelijk van nadere voorwaarden, zoals meerderjarigheid, het voeren van een 'gezamenlijke huishouding' in de zin van art. 26, paragraaf 2, lid 3 Leidraad INV 1990 en inschrijving op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie.

Van Vijfeijken is overigens van mening dat het in het kader van de nieuwe Wet schenk- en erfbelasting niet nodig is om voor het partnerbegrip aan te sluiten bij de Wet IB 2001.¹⁶ Zij meent dat het partnerbegrip voor de inkomstenbelasting is gericht op de draagkracht die wordt beïnvloed door het voeren van een gezamenlijke huis-

16. I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De positie van de langstlevende in de Wet schenk- en erfbelasting', *WFR* 2008, p. 571.

houding, terwijl het in het successie- en schenkingsrecht gaat om de verzorgingsverplichting tussen partners. Daarom zou de vereiste feitelijke samenwoontermijn voor het successie- en schenkingsrecht volgens haar best langer mogen zijn dan de termijn in de Wet IB 2001. Hoewel ik inzie dat dit verschil tussen de inkomstenbelasting en het successie- en schenkingsrecht in theorie bestaat, moet ook worden erkend dat het draagkrachtbeginsel inmiddels vooral een symbolische plaats heeft in de Wet IB 2001. Bovendien hebben de partnerbegrippen in beide belastingen dezelfde facilitaire functie. Hoewel wellicht niet strikt noodzakelijk, is het naar mijn mening ook niet bezwaarlijk om een uniform partnerbegrip te hanteren. Met het oog op de eenvoud en de kenbaarheid van het fiscale recht acht ik dat zelfs een pluspunt.

Voorts zou naar mijn mening ook het kind van de partner met wie de erflater of schenker ongehuwd samenwoont, als 'kind' voor de toepassing van art. 24 SW 1956 moeten worden beschouwd. Op basis van de huidige wetgeving is dat wel het geval voor 'tweerelaties', maar niet voor 'notariële samenwoners'. Uniformiteit zou kunnen ontstaan door aan te sluiten bij de definitie van het begrip 'kind' in art. 4 AWIR.

11.3.4 *Partner in de zin van art. 25 en 26 SW 1956*

Op basis van art. 25 en 26 SW 1956 worden verkrijgingen door echtgenoten, geregistreerde partners en ongehuwde samenwoners samengeteld voor de berekening van het successie- en schenkingsrecht. Sonneveldt beschrijft dat deze personen hierdoor als het ware als een 'fiscale eenheid' voor de SW 1956 worden beschouwd.¹⁷ Ik ken aan dit verbondenheidsbegrip een vereenzelvigingsfunctie toe, en ook een antiontgaansfunctie.

11.3.4.1 *Wettelijke omschrijving*

De samentelling geldt op basis van art. 25 lid 1 en art. 26 lid 1 SW 1956 alleen voor echtgenoten die niet van tafel en bed zijn gescheiden. Ingevolge art. 2 lid 6 AWR betreft dit ook geregistreerde partners.

Op basis van art. 25 lid 2 en art. 26 lid 4 SW 1956 worden de verkrijgingen door 'notariële samenwoners' in de zin van art. 24 lid 2 onderdeel a SW 1956 ook samengeteld. De bepaling geldt echter niet voor partners die geen samenlevingscontract zijn aangegaan, of voor samenwoners die niet hebben geopteerd voor het partnerschap voor de inkomstenbelasting. Het is mij voorts niet duidelijk waarom de twee andere vormen van ongehuwd samenwonen die in art. 24 lid 2 onderdeel b en c SW 1956 worden genoemd, niet relevant worden geacht. Voor het hiervoor beschreven verbondenheidsbegrip van art. 10 lid 5 SW 1956 worden deze 'tweerelaties' en 'meerrelaties' namelijk wel in acht genomen.

17. F. Sonneveldt, 'Fiscale eenheid in de SW 1956. Een brug te ver?', *NTR* 2007/224.

11.3.4.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Het verbondenheidsbegrip van art. 25 en 26 SW 1956 omvat niet alleen gehuwde en geregistreerde partners, maar ook ongehuwde samenwoners. Omdat alleen rekening wordt gehouden met 'notariële samenwoners', en niet met partners zonder samenlevingscontract, is de aansluiting met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid niet perfect.

11.3.4.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Aangezien het verbondenheidsbegrip van art. 25 en 26 SW 1956 buiten de 'notariële samenwoners' geen andere ongehuwde samenwoners omvat, is er geen volledige neutraliteit ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm.

Ook ten aanzien van deze bepalingen meen ik echter dat deze neutraliteit eenvoudig kan worden bereikt door aan te sluiten bij de omschrijving van de fiscale partners in het hiervoor genoemde begrip 'verbonden persoon'.

11.3.4.4 *Aanbevelingen*

In lijn met het vorenstaande wil ik de contouren van het partnerbegrip met een antiontgaansfunctie in art. 25 en 26 SW 1956 gebruiken zoals deze ook voorkomen in het begrip 'verbonden persoon':

- Er geldt een sociaal-maatschappelijke benadering, waarbij de echtgenoot van de belastingplichtige, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel' als 'verbonden persoon' worden beschouwd. De tekst van art. 3 AWIR kan hierbij als uitgangspunt worden genomen.
- Voor ongehuwde samenwoners geldt in dit verband een weerlegbaar vermoeden van 'verbondenheid'. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan de belastingplichtige aantonen dat de partner niet als 'verbonden persoon' kan worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat de personen niet samenwonen en voor de toepassing van een pensioenregeling niet als partner zijn aangemeld.

Deze benadering doet naar mijn mening meer recht aan de bedoelde vereenzelvigingsfunctie en antiontgaansfunctie van de begrippen in art. 25 en 26 SW 1956.

11.3.5 *Verbonden personen in de zin van art. 32 lid 6 SW 1956*

Op basis van art. 32 lid 2 en 3 SW 1956 gelden bepaalde vrijstellingen voor het successierecht voor de verkrijging van 'aanspraken op periodieke uitkeringen bij overlijden'. Deze term is in art. 32 lid 6 SW 1956 omschreven, waarbij is verwezen naar het vergelijkbare begrip als bedoeld in art. 11 lid 1 onderdeel g Wet LB 1964. Hierbij gaat het om periodieke uitkeringen ter vervanging van gederfd of te derven loon aan de werknemer en aan enkele personen die nauw met hem verbonden zijn. Dit verbondenheidsbegrip heeft een facilitaire functie.

11.3.5.1 Wettelijke omschrijving

Tot de in art. 11 lid 1 onderdeel g Wet LB 1964 bedoelde verbonden personen behoort in de eerste plaats de echtgenoot van de werknemer/erflater, of zijn ex-echtgenoot. Op basis van art. 2 lid 6 AWR geldt dit ook voor de geregistreerde partner of voormalige partner.

Ook ongehuwde samenwoners behoren tot de kring van verbonden personen. Anders dan in art. 24 SW 1956, worden in dit verband geen stringente voorwaarden aan de samenwoners gesteld. Zo is een notarieel samenlevingscontract geen vereiste en geldt ook geen minimumtermijn ten aanzien van de samenwoning. Het is voldoende dat er duurzaam een gezamenlijke huishouding wordt gevoerd, of is gevoerd.

In dit verband lijkt door de verwijzing naar de omschrijving in de Wet LB 1964 overigens sprake van een 'intern conflict' in art. 32 SW 1956. Immers, op basis van art. 32 lid 3 SW 1956 geldt de vrijstelling voor het successierecht alleen indien de aanspraken op de periodieke uitkeringen worden verkregen door ongehuwde samenwoners die voldoen aan de voorwaarden van art. 24 lid 2 onderdeel a, b of c SW 1956. Voor de toepassing van de vrijstelling van lid 3 moet dus wel sprake zijn van een notarieel samenlevingscontract en een gemeenschappelijke huishouding die ten minste vijf jaar heeft geduurd. De verwijzing naar de definitie van de term 'aanspraken op periodieke uitkeringen bij overlijden' in art. 11 lid 1 onderdeel g Wet LB 1964 is in dit verband ongelukkig gekozen, omdat voor deze bepaling de genoemde voorwaarden juist niet gelden. De bepaling ten aanzien van het object van de vrijstelling duidt dus op een grotere kring van verbonden personen dan de bepaling voor het subject.

Voorts valt op dat de 'aanspraken op periodieke uitkeringen bij overlijden' op basis van art. 11 lid 1 onderdeel g Wet LB 1964 ook kunnen toekomen aan de ex-echtgenoot. Deze kan echter geen aanspraak maken op de vrijstelling van art. 32 lid 3 SW 1956. Ook dit betekent dat het object van de vrijstelling uitgaat van een grotere kring van verbonden personen dan de subjectbepaling.

Kinderen en pleegkinderen van de werknemer/erflater worden eveneens tot de kring van verbonden personen van art. 11 lid 1 onderdeel g Wet LB 1964 gerekend. Op basis van art. 2 lid 3 onderdeel i AWR gaat het hierbij om 'eigen' kinderen, adoptiekinderen, erkende kinderen, maar ook om stiefkinderen ofwel kinderen van de echtgenoot. Op basis van art. 2 lid 6 AWR geldt dit ook voor kinderen van de geregistreerde partner van de overdrager. Een kind van de partner met wie de werknemer/erflater ongehuwd samenwoont, telt echter niet mee.

Ten aanzien van de positie van kinderen lijkt in art. 32 lid 2 SW 1956 eveneens sprake van een 'intern conflict', nu voor de definitie van de term 'aanspraken op periodieke uitkeringen bij overlijden' wordt verwezen naar art. 11 lid 1 onderdeel g Wet LB 1964. Ouders van kinderen behoren namelijk niet tot de kring van begunstigen van de 'aanspraken op periodieke uitkeringen bij overlijden' in de zin van art. 11 lid 1 onderdeel g Wet LB 1964, maar zij kunnen wel aanspraak maken op de vrijstelling van art. 32 lid 2 SW 1956 indien zij deze aanspraken zouden verkrijgen. In dit op-

zicht gaat het object van de vrijstelling uit van een kleinere kring van verbonden personen dan de subjectbepaling.

11.3.5.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

Het verbondenheidsbegrip dat geldt voor art. 32 lid 6 SW 1956 omvat niet alleen echtgenoten en geregistreerde partners, maar ook ongehuwde samenwoners. In dit verband sluit de bepaling aan bij de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid. Ook ten aanzien van deze bepaling geldt echter dat de aansluiting niet perfect is, omdat de kinderen van de partner met wie men ongehuwd samenwoont niet als verbonden personen worden beschouwd.

11.3.5.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Omdat de kinderen van de partner met wie men ongehuwd samenwoont niet meetellen voor de toepassing van art. 32 lid 6 SW 1956, is geen sprake van volledige neutraliteit ten aanzien van de samenlevingsvorm.

In dit verband zou de neutraliteit kunnen worden vergroot door aan te sluiten bij het eerder genoemde begrip 'partner' voor de inkomstenbelasting, en het begrip 'kind' dat in de Wet IB 2001 wordt gehanteerd. Deze begrippen hebben een facilitaire functie, net als de begrippen die in art. 32 lid 6 SW 1956 zijn bedoeld. Een dergelijke handelwijze zou ook leiden tot meer uniformiteit.

11.3.5.4 *Aanbevelingen*

Mijn voorstel is om voor de toepassing van de vrijstelling van art. 32 lid 6 SW 1956 aansluiting te zoeken bij het partnerbegrip van de term 'verbonden persoon' met een antiontgaansfunctie, waarvan ik de contouren heb geschetst in paragraaf 11.3.4.

Ten aanzien van de in art. 32 lid 6 SW 1956 bedoelde kinderen stel ik voor om aan te sluiten bij het begrip 'kind' dat ook geldt voor de inkomstenbelasting. In mijn voorstel wordt dit begrip gebaseerd op art. 4 AWIR, zodat duidelijk blijkt dat het kind van de partner met wie men ongehuwd samenwoont ook als een 'kind' wordt beschouwd.

11.3.6 *'Beleidsafhankelijke deelneming' in de zin van art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956*

In de SW 1956 is een aantal faciliteiten opgenomen die de heffing van het successie- en schenkingsrecht bij bedrijfsopvolging verminderen.¹⁸ Op basis van art. 35b SW 1956 wordt een deel van de bij erfopvolging of schenking verkregen vermogensbestanddelen aangemerkt als een 'te conserveren waarde'. Dit geldt voor het vermogen in een IB-onderneming, maar ook voor aandelen die bij de erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001 behoorden.

18. In het besluit van 16 maart 2004, nr. CPP2004/1717M, V-N 2004/22.15, is een aantal specifieke situaties van bedrijfsopvolging behandeld.

De faciliteiten kunnen als volgt worden samengevat. Ingevolge art. 35c lid 1 SW 1956 wordt het verschil tussen de liquidatiewaarde en de 'going-concernwaarde' van het ondernemingsvermogen of de aandelen aangemerkt als een 'voorwaardelijk onbelaste geconserveerde waarde'. Bovendien kan de verkrijger op basis van art. 35c lid 2 SW 1956 verzoeken om nog eens 75% van de waarde van het ondernemingsvermogen of de aandelen, nadat het verschil tussen de liquidatiewaarde en de 'going-concernwaarde' als bedoeld in lid 1 hierop in mindering is gebracht, aan te merken als een 'voorwaardelijk onbelaste geconserveerde waarde'. In art. 35c lid 3 SW 1956 is bepaald dat de resterende waarde van het ondernemingsvermogen of de aandelen wordt beschouwd als een 'belaste geconserveerde waarde'.

Op grond van art. 25 lid 11 INV 1990 wordt gedurende vijf jaar uitstel van betaling verleend voor het successie- of schenkingsrecht dat op basis van art. 31a SW 1956 is toe te rekenen aan de 'voorwaardelijk onbelaste geconserveerde waarden'. Ingevolge art. 28 lid 2 INV 1990 wordt geen invorderingsrente berekend gedurende de periode van uitstel van betaling. Na verloop van vijf jaar wordt de verschuldigde belasting over de 'voorwaardelijk onbelaste geconserveerde waarden' verminderd tot nihil, zo bepaalt art. 53c INV 1990.

Voorts wordt op basis van art. 25 lid 12 INV 1990 gedurende een periode van tien jaar rentedragend uitstel van betaling verleend voor de belasting die kan worden toegerekend aan de 'belaste geconserveerde waarde'.

Aan de behandeling van aanmerkelijkbelangaandelen als een 'te conserveren waarde' zijn in art. 7a Uitv.reg. SW 1956 nadere voorwaarden gesteld. In art. 7a lid 1 Uitv.reg. SW 1956 is bepaald dat voor zover de vennootschap meer dan 15% van haar vermogen niet heeft aangewend voor de ondernemingsuitoefening, een correctie plaatsvindt van de 'te conserveren waarde'. Dit kan worden beschouwd als een 'niet-beleggingseis'.

Op basis van art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956 geldt hierbij een bijzondere behandeling voor houdstervennootschappen. Indien de holding een 'deelneming' bezit in een andere aandelenvennootschap, terwijl zij het beleid van de dochtervennootschap bepaalt of mede bepaalt, worden de bezittingen en schulden van de dochter op basis van proportionele consolidatie toegerekend aan de holding.¹⁹ Dit is de 'beleidseis'. Het verbondenheidsbegrip dat in deze beleidseis kan worden herkend, heeft een facultaire functie.

11.3.6.1 *Wettelijke omschrijving*

Het verbondenheidsbegrip van art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956 wijkt af van veel andere fiscale verbondenheidsbegrippen, omdat het is gebaseerd op het (mede) bepalen

19. In dit verband is in Hof Arnhem 29 december 2006, nrs. 04/00623, 04/00624 en 04/00628, V-N 2007/27.24, 2007/27.25 en 2007/25.1.3, beslist dat de overtolligheid van liquiditeiten op een geconsolideerde basis moet worden beschouwd. In casu moeten moesten liquiditeiten die nodig waren voor kapitaalintensieve aannemingscombinaties en deelnemingen buiten beschouwing blijven.

van het beleid van een 'deelneming'. De begrippen 'deelneming' en 'beleid' zijn overigens niet nader omschreven in art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956.

Volgens Stevens (2005) lijkt het erop dat voor het begrip 'deelneming' moet worden aangesloten bij de definitie van art. 13 Wet VPB 1969. In dit verband menen Van Vijfeijken en Te Niet dat bij een 100%-belang in een dochtervennootschap, de beleidsbepalende functie besloten ligt in de omvang van het aandelenkapitaal.²⁰ In het rapport van de Commissie Moltmaker is echter opgemerkt dat het niet past om voor de consolidatie aan te knopen bij het bezit van een bepaald minimumpercentage van de deelneming.²¹ Volgens de commissie gaat het juist om het direct of indirect bemoeien met het ondernemingsbeleid van de deelneming. Indien de bemoeienis niet of slechts marginaal aanwezig is, is er volgens de commissie sprake van een belegging, waarvoor de faciliteit niet is bedoeld.

Stevens geeft ook aan dat het onduidelijk is in welke mate de holding het 'beleid' van de deelneming moet kunnen bepalen. Hij meent dat de beleidseis niet zover gaat dat de holding ook bestuurder van de deelneming moet zijn. Voldoende zou zijn dat de holding de zeggenschapsrechten die aan de aandelen zijn verbonden, in vrijheid kan uitoefenen. Wanneer de holding met andere aandeelhouders een aandeelhoudersovereenkomst of stemovereenkomst heeft gesloten, betekent dit volgens Stevens niet automatisch dat de holding niet langer het beleid kan bepalen.

De beleidseis is nader toegelicht in het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 10 oktober 2007, nr. CPP2007/383M, V-N 2007/49.23. Op basis van dit besluit kan ervan worden uitgegaan dat aan deze eis wordt voldaan, indien de holding onmiddellijk of middellijk ten minste 50% van het nominaal geplaatste kapitaal van de deelneming bezit, of het bestuur voert over de deelneming. Onder het bezit van aandelen wordt hierbij mede verstaan het bezit van certificaten van aandeel, mits de certificaten voldoen aan de voorwaarden van het besluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, V-N 2006/65.14. Dit besluit is beschreven in hoofdstuk 6.

In het besluit van 10 oktober 2007 heeft de Staatssecretaris van Financiën vooruitlopend op een wetwijziging ook goedgekeurd dat de toerekeningsregel eveneens geldt indien de erflater of schenker tot het moment van overlijden respectievelijk schenking via de holding middellijk ten minste 5% van het nominaal geplaatste kapitaal bezat in de deelneming.

Op basis van art. 35b lid 2 en 4 SW 1956 geldt een ruime invulling van het begrip aandelen die behoren tot een 'aanmerkelijk belang'. Hiertoe worden bijvoorbeeld ook optierechten in de zin van art. 4.4 Wet IB 2001 gerekend. Van Vijfeijken en Te Niet denken dat ook de kwaliteit van de aandelen kan bijdragen aan de beïnvloeding van het beleid. Ze vragen zich hierbij af of het voldoende is indien bepaalde benoemingsrechten zijn verbonden aan de aandelen. De positie van (cumulatief) preferen-

20. I.J.F.A. van Vijfeijken en H.J.P. te Niet, 'De houdstervennootschap en de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de SW 1956', *WFR* 2005, p. 1693.

21. Rapport werkgroep 'Modernisering successiewetgeving', 'De warme, de koude en de dode hand', 13 maart 2000.

te aandelen achten zij onduidelijk. Stevens gaat er echter vanuit dat een holding die preferente aandelen houdt in een werkmaatschappij, waarmee zij een beleidsbepalende invloed kan uitoefenen, ook kwalificeert voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Deze visie lijkt bevestigd in het hiervoor genoemde besluit van 10 oktober 2007.

11.3.6.2 *Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden*

In hoofdstuk 2 heb ik beschreven dat 'verbondenheid' in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht met name wordt uitgelegd als organisatorische en economische verbondenheid. De aanwezigheid van een kapitaalbelang, hetgeen duidt op financiële verbondenheid, speelt in deze disciplines slechts een beperkte rol. De omschrijving van het begrip 'beleidsafhankelijke deelneming' in art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956 lijkt in dit verband goed aan te sluiten bij deze disciplines en rechtsgebieden. De vereiste beleidsmatige invloed duidt immers op organisatorische verbondenheid.

Echter, de wijze waarop de beleidseis is ingevuld in het besluit van 10 oktober 2007, nr. CPP2007/383M, V-N 2007/49.23, sluit niet goed aan bij de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. Op basis van dit besluit kan ervan worden uitgegaan dat aan deze eis wordt voldaan, indien de holding onmiddellijk of middellijk ten minste 50% van het nominaal geplaatste kapitaal van de deelneming bezit. Zoals in hoofdstuk 3 is opgemerkt, duidt de zeggenschap die is verbonden aan een aandelenbelang echter niet zonder meer op organisatorische verbondenheid, omdat het niet gaat om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid.

Omdat voor het beleidsvermoeden in het besluit van 10 oktober 2007 wordt aangesloten bij het nominaal geplaatste kapitaal, zouden na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' (31 058), aandelen zonder stemrecht en winstrecht, of aandelen met beperkt stemrecht of winstrecht, kunnen worden uitgegeven om zodoende aan het 50%-criterium te voldoen. Er zou dan zelfs sprake kunnen zijn van een bezit van 50% van het geplaatste aandelenkapitaal op basis van stemrechtloze aandelen met een beperkt winstrecht. Hoewel dan in feite geen zeggenschap wordt uitgeoefend, zou toch sprake zijn van een 'beleidsafhankelijke deelneming'. In dit verband verdient het naar mijn mening aanbeveling om met betrekking tot het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' te verduidelijken of een 'deelneming' in een BV wijzigingen ondergaat, indien stemrechtloze aandelen en winstrechtloze aandelen worden uitgegeven.²²

11.3.6.3 *Beoordeling van enkele rechtstheoretische aspecten*

Op het eerste gezicht lijkt de regeling voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de SW 1956 niet neutraal ten aanzien van de rechtsvorm. Immers, de consolidatie van het ondernemingsvermogen in de werkmaatschappij wordt alleen toegestaan ten aan-

22. R.N.F. Zuidgeest, 'Flexibel BV-recht en 'verbondenheid' in het belastingrecht: buigen of barsten?', *WFR* 2007, p. 1162.

zien van een 'beleidsafhankelijke deelneming' in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. In art. 35b lid 4 SW 1956 wordt echter een ruime definitie van het begrip 'aandelen' gehanteerd. Op basis hiervan worden bijvoorbeeld participaties in een FGR in de zin van art. 4.5 Wet IB 2001 en lidmaatschapsrechten in de zin van art. 4.5a Wet IB 2001 ook tot het 'aanmerkelijk belang' gerekend. Op basis van de tekst van art. 35b lid 4 SW 1956 geldt deze bepaling voor de toepassing van hoofdstuk IIIA SW 1956, als geheel. Het lijkt er daarom op dat het vermogen van bijvoorbeeld een coöperatie waarin een 'deelneming' wordt gehouden, en waarop tevens beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend, ook mag worden meegeteld.

Overigens zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten als zodanig niet neutraal ten aanzien van de gehanteerde concernstructuur. Hoogeveen beschrijft dat de regeling voor ondernemingsvermogen dat via de 'deelneming' van een houdstermaatschappij wordt gehouden, in twee opzichten afwijkt van de behandeling van een direct gehouden 'aanmerkelijk belang' in de werkmaatschappij.²³ In de eerste plaats wordt bij een direct gehouden belang in de werkmaatschappij niet de beleidseis gesteld, zodat de faciliteiten in meer situaties van toepassing zijn indien sprake is van een rechtstreekse participatie. De Beer merkt op dat dit ook het geval is bij een belang in een 'actieve' holding: een dergelijk belang kwalificeert ook zonder meer voor de faciliteiten, ongeacht of de holding beleidsbepalend is ten opzichte van de deelneming.²⁴

De tweede afwijking kan een structuur met een holding juist een belastingvoordeel bieden met betrekking tot de 'niet-beleggingseis' van art. 35b lid 2 onderdeel b SW 1956, zo merkt Hoogeveen op. Dat is bijvoorbeeld het geval indien de holding een bedrijfspand bezit en dat ter beschikking stelt aan een werkmaatschappij. In een dergelijke situatie wordt het pand ook tot de 'te conserveren waarde' gerekend. Indien de aanmerkelijk belanghouder het pand in privé zou bezitten, en het ter beschikking zou stellen aan de werkmaatschappij, telt het echter niet mee als ondernemingsvermogen waarop de faciliteiten van toepassing zijn. Schut voegt hieraan toe dat de beleidseis bovendien kan leiden tot rechtsongelijkheid, omdat belastingplichtigen de eis oneigenlijk kunnen benutten door de concernbeleggingen onder te brengen in een deelneming waarin zij niet het beleid bepalen.²⁵ Op basis van art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956 blijft consolidatie in een dergelijk geval achterwege, maar de faciliteit kan dan nog wel van toepassing zijn op het ondernemingsvermogen in de holding. In een andere publicatie suggereert De Beer in dit verband om voor het kwalificatievraagstuk door de houdstermaatschappij 'heen te kijken'.²⁶ Indien de erflater of schenker via de houdster een indirect belang heeft in de werkmaatschappij, zouden de faciliteiten naar zijn mening ook van toepassing moeten zijn. In dit

23. M.J. Hoogeveen, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteit: het ene bedrijfspand is het andere niet', *NIFR* 2005/1045.

24. A.M.A. de Beer, 'Houdsterstructuren en de bedrijfsopvolgingsregelingen in de Successiewet 1956', *WFR* 2007, p. 1251.

25. H.J. Schut, 'Aanbevelingen tot aanpassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956', *WFR* 2007, p. 327.

26. A.M.A. de Beer, 'De 'niet-beleggingseis' in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten Successiewet 1956', *WFR* 2007, p. 787.

verband zou ook de term 'uiteindelijk belang' van art. 20a Wet VPB 1969 kunnen worden gehanteerd.

Aangezien de begrippen 'deelneming' en 'beleid' niet nader zijn omschreven in art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956, is in dit verband sprake van een open norm. Naar mijn mening is de onduidelijkheid die dit met zich brengt echter niet nodig op basis van de facilitaire functie. Zoals eerder is opgemerkt, vind ik het gebruik van onduidelijke begrippen tot op zekere hoogte wel begrijpelijk in regelingen met een antiontgaans-karakter, maar niet bij een faciliteit. Ik pleit daarom voor het gebruik van een duidelijker verbondenheidsbegrip in art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956. In dit verband acht ik het mogelijk om aan te sluiten bij het begrip 'concern' waarvan ik de contouren in hoofdstuk 7 heb geschetst.

11.3.6.4 Aanbevelingen

Ik stel voor om voor de toepassing van art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956 uit te gaan van een scherpere norm voor de bedoelde concernsituatie, zonder afbreuk te willen doen aan de materieel-economische benadering van de verbondenheid. In dit verband zou het eerder genoemde, fiscaal autonome begrip 'concern' kunnen worden gebruikt. Zoals in hoofdstuk 7 is bepleit, heeft dit begrip de volgende contouren:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van meer dan 50% van de stemrechten in een aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 50%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van meer dan 50% van de stemrechten.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten, tenzij aan deze instrumenten zodanige voorwaarden zijn verbonden dat moet worden aangenomen dat de aandeelhouder het stemrecht reeds heeft overgedragen.
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, tellen niet mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In verband met de genoemde tegenbewijsmogelijkheid kunnen zij echter wel een rol spelen om aan te tonen dat er ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 50%-criterium, in feite toch een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend.

Stubbé heeft voorgesteld om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten alleen van toepassing te laten zijn bij een substantieel belang van een derde gedeelte van het aandelenkapitaal.²⁷ Naar mijn mening komt de in art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956 bedoelde concernbenadering beter tot uitdrukking indien een 50%-grens wordt gehanteerd. Het ruimere criterium van 33⅓% acht ik beter op zijn plaats in begrippen met een anti-ontgaansfunctie, zodat het bereik van de desbetreffende anti-ontgaansbepaling wordt vergroot. In dit verband vind ik het ook zuiverder om in art. 35b lid 2 onderdeel b SW 1956 uit te gaan van een 50%-belang in plaats van een 'aanmerkelijk belang'. Het verbondenheidsbegrip in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit heeft immers een facilitaire functie en is daarom niet zonder meer te vergelijken met het begrip in de aanmerkelijkbelangregeling. Door het gebruik van een 50%-criterium komt naar mijn mening beter tot uitdrukking dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is bedoeld voor personen die zeer nauw bij de overgenomen vennootschap zijn betrokken. Bovendien zou het verschil in behandeling van direct en indirect gehouden belangen dan verdwijnen. Overigens staat de materieel-economische benadering voorop, zodat in mijn voorstel ook bij een 30%-bezit sprake kan zijn van een concernsituatie indien de feitelijke omstandigheden daar op duiden.

Op basis van de materieel-economische benadering en het verbondenheidsvermoeden bij een bezit van meer dan 50% van de stemrechten in een aandelenvennootschap kan het verbondenheidsbegrip naar mijn mening niet worden gemanipuleerd na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht'. Indien dan zou worden besloten om stemrechtloze aandelen uit te geven, zullen deze niet meetellen bij de beoordeling of sprake is van een 'deelneming' in een BV. Hiermee lijkt onbedoeld gebruik van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet mogelijk.

11.4 Conclusie

De meeste verbondenheidsbegrippen in de SW 1956 gaan uit van criteria op basis van relationele kenmerken. Onderling zijn deze begrippen niet altijd gelijk, maar ze wijken met name af van vergelijkbare begrippen die gelden voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting.

In dit hoofdstuk is onderzocht waarom 'verbondenheid' relevant is voor de heffing van het successie- en schenkingsrecht, en op welke plaats en welke wijze hier in de Wet SW 1956 rekening mee wordt gehouden. In dit verband kunnen twee thema's in het successie- en schenkingsrecht worden onderscheiden, ten aanzien waarvan verbondenheid niet wettelijk is omschreven maar wel een rol speelt. Dit betreft de fiscale transparantie van samenwerkingsverbanden en van rechtspersonen die een landgoed in stand houden of exploiteren. In het kader van het wetsvoorstel 'Invoering van titel 7.13 BW' zal de fiscale transparantie ook voor de OVR en CVR gelden.

27. In vergelijkbare zin stelt J.P.M. Stubbé, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet', *NtFR Beschouwingen* 2008/3, voor om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten alleen van toepassing te laten zijn bij een substantieel belang van een derde gedeelte van het aandelenkapitaal.

In de SW 1956 zijn circa tien verschillende, wettelijk gedefinieerde verbondenheidsbegrippen te vinden. De meeste begrippen hebben betrekking op de relatie tussen natuurlijke personen. Alleen ten aanzien van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten als bedoeld in art. 35b SW 1956 is de verbondenheid met een lichaam bedoeld.

De conclusies die uit de analyse van de wettelijk omschreven verbondenheidsbegrippen in de SW 1956 kunnen worden getrokken, zijn samengevat in het volgende schema:

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|---|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|--|
| Verbonden personen in de zin van art. 2 lid 1 SW 1956 | Echtgenoot, geregistreerde partner en kinderen jonger dan 27 jaar | V | - | - | + | - | Aansluiting bij begrip 'verbonden persoon'(hoofdstuk 6): - Sociaal-maatschappelijke benadering, waarbij de echtgenoot van de belastingplichtige, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel' als 'verbonden persoon' worden beschouwd; - Weerlegbaar vermoeden van verbondenheid voor ongehuwde samenwoners; - Minderjarig 'kind' van de belastingplichtige of van zijn 'levensgezel' wordt tot de kring van verbonden personen gerekend |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| Verbonden personen in de zin van art. 10 lid 5 SW 1956 | Echtgenoot, geregistreerde partner, ongehuwde samenwoners als bedoeld in art. 24 lid 2 SW 1956 en bloed- en aanverwanten tot en met de vierde graad, en hun echtgenoten | V en AO | - | - | + | - | Aansluiting bij begrip 'verbonden persoon' (hoofdstuk 6) |
| Verbonden personen in de zin van art. 24 SW 1956 | Echtgenoot, geregistreerde partner, ongehuwde samenwoners als bedoeld in art. 24 lid 2 SW 1956 en kinderen, afstammelingen in de tweede of verdere graad (tariefgroep I); Broers, zusters en bloedverwanten in de rechtopgaande lijn (tariefgroep II) | F | +/- | - | + | - | Voor het partnerbegrip aansluiten bij begrip 'partner' als bedoeld in art. 1.2 Wet IB 2001 (hoofdstuk 6): <ul style="list-style-type: none"> - Echtgenoot, geregistreerde partner en de 'ongehuwd samenlevende', ofwel de 'levensgezel' met wie de belastingplichtige een 'gezamenlijke huishouding' voert; - Eenmalige keuzemogelijkheid voor ongehuwde partners, die bovendien afhankelijk is van nadere voorwaarden Aansluiten bij het begrip 'kind' als bedoeld in art. 4 AWIR (hoofdstuk 6) |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| Partners in de zin van art. 25 en 26 SW 1956 | Echtgenoot, geregistreerde partner, en 'notariële samenwoner' in de zin van art. 24 lid 2 onderdeel a SW 1956 | V en AO | - | - | - | - | Aansluiting bij partnerbegrip in begrip 'verbonden persoon'(hoofdstuk 6): <ul style="list-style-type: none"> - Sociaal-maatschappelijke benadering, waarbij de echtgenoot van de belastingplichtige, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel' als 'verbonden persoon' worden beschouwd; - Weerlegbaar vermoeden van verbondenheid voor ongehuwde samenwoners |
| Verbonden personen in de zin van art. 32 lid 6 SW 1956 | (Gewezen) echtgenoot, geregistreerde partner en degenen met wie de werknemer duurzaam een gezamenlijke huishouding voert of heeft gevoerd; 'Eigen' kinderen en kinderen van echtgenoot en geregistreerde partner, maar niet kinderen van partner met wie de werknemer ongehuwd samenwoont | F | +/- | - | + | - | Aansluiting bij begrippen 'partner' en 'kind' als bedoeld in art. 1.2 Wet IB 2001 en art. 4 AWIR (hoofdstuk 6) |

| Begrip | Wettelijke omschrijving | Functie | Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden | Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm | Open norm of scherpe norm | Uniformiteit | Aanbevelingen |
|--|---|---------|---|--|---------------------------|--------------|---|
| 'Beleidsafhanke-lijke deel-neming' in de zin van art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956 | Deelneming in een aandelenvennootschap waarin (mede) het beleid wordt bepaald | F | - | - | - | - | <p>Aansluiten bij begrip 'concern' (hoofdstuk 7):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Materieel-economische benadering (feitelijke organisatorische en economische verbondenheid); - Tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid bij het bezit van 50% van de stemrechten in een aandelenvennootschap; - Stemrechten verbonden aan aandelen waarop alternatieve bezitsvormen rusten (certificaten van aandeel, pandrecht, vruchtgebruik, financiële instrumenten) tellen mee bij beoordeling van het verbondenheidsvermoeden van de aandeelhouder; - Deze alternatieve bezitsvormen tellen niet mee bij de houder ervan |

Conclusies en samenvatting

12.1 Inleiding

Hoewel het uitgangspunt in het Nederlandse belastingrecht is dat natuurlijke personen en rechtspersonen op zelfstandige basis in de belastingheffing worden betrokken, speelt in verschillende fiscale bepalingen gelieerdheid of 'verbondenheid' tussen belastingplichtigen een rol. Hierbij valt op dat de gelieerdheid in de verschillende fiscale bepalingen steeds op een andere wijze is omschreven. Tot op zekere hoogte is dat begrijpelijk. Reeds vanwege het karakterverschil van de rechtssubjecten kan de verbondenheid tussen lichamen niet op dezelfde wijze worden omschreven als de relatie van natuurlijke personen. In dit verband is het begrijpelijk dat ten aanzien van verbondenheidsbegrippen voor lichamen wordt gekozen voor bezitscriteria, zoals een aandelenbelang van een bepaalde omvang. Dergelijke bezitscriteria passen niet in de definitie van relaties van natuurlijke personen; in deze definities wordt in feite de familie- of partnerrelatie bedoeld en zijn criteria met relationele kenmerken nodig. Voorts moet worden bedacht dat elke fiscale bepaling een eigen doel dient. De aard en functie van een bepaling kan een afwijkende inhoud van begrippen vereisen. Men zou echter verwachten dat de criteria op basis waarvan verbondenheid wordt omschreven in bepalingen met min of meer dezelfde functie, enigszins vergelijkbaar zijn. Dit is evenwel allerm minst het geval. In de fiscale literatuur zijn verschillen in de wettelijke omschrijvingen overigens niet onopgemerkt gebleven en ook in de politiek is men zich hiervan bewust. Aan suggesties tot uniformering is echter tot op heden geen gevolg gegeven.

Naar mijn mening leidt de grote verscheidenheid in de omschrijvingen van verbondenheid tot een onoverzichtelijk begrippenkader. Uit een oogpunt van logica, rechtszekerheid en efficiency zou het gebruik van verschillende bepalingen zoveel mogelijk moeten worden vermeden. In dit verband vind ik dat verbondenheidsbegrippen zouden moeten worden gebaseerd op criteria die zoveel mogelijk identiek zijn. Voorts meen ik dat de gehanteerde begrippen voldoende duidelijk moeten zijn en dat zij de realiteit op juiste wijze dienen weer te geven.

In deze studie is daarom de relevantie van 'verbondenheid' in het belastingrecht onderzocht en met name de vraag of kan worden volstaan met enkele geüniformeerde begrippen, of dat verschillende begrippen wenselijk of noodzakelijk zijn. Voorts is bezien of de wetgever er, rekening houdend met de economische en sociaal-maat-

schappelijke werkelijkheid en definities in andere rechtsgebieden, in is geslaagd om verbondenheid fiscaalrechtelijk op een logische, duidelijke en zoveel mogelijk uniforme wijze te omschrijven. Er zijn ten slotte ook aanbevelingen gedaan tot optimalisatie.

Bij de uitwerking van deze probleemstelling is ingegaan op de volgende deelvragen:

1. Welke aangrijpingspunten kunnen in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht worden gevonden voor de omschrijving van verbondenheid tussen lichamen en tussen lichamen en natuurlijke personen?
2. Welke aangrijpingspunten biedt de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht voor de definitie van relaties van natuurlijke personen?
3. Waarom is verbondenheid van belang voor de belastingheffing en op welke plaats en welke wijze wordt hiermee rekening gehouden in het belastingrecht?
4. Hoe verhouden de fiscale begripsomschrijvingen zich tot de wijze waarop verbondenheid tot uitdrukking komt in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht, het jaarrekeningenrecht en het personen- en familierecht?
5. In hoeverre zijn fiscale verbondenheidsbegrippen neutraal ten aanzien van de door belastingplichtigen gekozen rechtsvorm van lichamen en de samenlevingsvorm van natuurlijke personen?
6. In welke mate kunnen 'open normen' worden gehanteerd voor de omschrijving van fiscale verbondenheidsbegrippen?
7. Is het mogelijk om begripsomschrijvingen te uniformeren, rekening houdend met verschillen in aard en functie van fiscale regelingen?
8. Welke aanbevelingen kunnen op basis van het vorenstaande worden gedaan voor de definities van verbondenheidsbegrippen in het belastingrecht?

In de volgende paragrafen zijn de belangrijkste bevindingen van het onderzoek samengevat.

12.2 Verbondenheid in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht

Voorafgaand aan de beoordeling van fiscale verbondenheidsbegrippen op basis van termen in andere disciplines en rechtsgebieden moet de vraag worden beantwoord of een dergelijke vergelijking geoorloofd is, of dat autonome fiscale begrippen nodig zijn. Dit vraagstuk naar de autonomie van het belastingrecht heeft overigens een algemene strekking en geldt niet alleen voor definities van verbondenheid.

In algemene zin is in de literatuur beschreven dat voor het belastingrecht in beginsel de civielrechtelijke interpretatie van begrippen moet worden gevolgd. Echter, omdat het doel van het civiele recht anders is dan dat van het fiscale recht, is de civielrechtelijke inhoud van een term niet zonder meer van beslissende betekenis. In dit verband is ook de leer van de eenheid van de rechtsorde genoemd: enerzijds moet het belastingrecht worden ingepast in de algemene rechtsorde, maar anderzijds kan de eigen aard van het belastingrecht een zelfstandig begrippenkader rechtvaardigen.

Meer specifiek zijn in de literatuur bezwaren geuit tegen het gebruik van begrippen uit het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht in het belastingrecht, omdat elk van deze rechtsgebieden eigen doelstellingen heeft. Deze bezwaren maken mij ervan bewust dat bedachtzaamheid is geboden bij het zoeken naar aangrijpingspunten in andere disciplines en rechtsgebieden. Dit neemt naar mijn mening niet weg dat het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht waardevolle inzichten kunnen verschaffen over de wijze waarop verbondenheid in het belastingrecht kan worden omschreven. Naar mijn mening is het niet bezwaarlijk indien de omschrijving van de begrippen in de rechtsgebieden, rekening houdend met verschillen in de aard en functie van regelingen, zouden worden ingevuld op basis van vergelijkbare criteria. De beoordeling of aan deze criteria wordt voldaan kan fiscaal autonoom plaatsvinden. Gelijklopende of vergelijkbare criteria zouden dan voor de toepassing van het privaatrecht en de belastingheffing een verschillende inhoud kunnen hebben, indien de aard of functie van de desbetreffende regeling dit zou vereisen. Naar mijn mening sluit dit aan bij de leer van de eenheid van de rechtsorde.

In de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht wordt gelieerdheid met een lichaam uitgelegd aan de hand van organisatorische en economische verbondenheid. De aanwezigheid van een kapitaalbelang, hetgeen duidt op financiële verbondenheid, speelt in deze disciplines slechts een beperkte rol. Zeggenschap verbonden aan een aandelenbelang of lidmaatschap kan niet zonder meer worden gelijkgesteld met organisatorische verbondenheid, omdat het hierbij niet gaat om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid. Zeggenschap in de *ava* of ledenvergadering kan de organisatorische verbondenheid wel ondersteunen, maar of daar effectief sprake van is hangt af van het 'aandeelhoudersactivisme' c.q. het 'aandeelhoudersabsenteïsme'.

Het gebruik van materieel-economische criteria in de begrippen in het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht kan naar mijn mening worden verklaard op basis van de achtergrond van de desbetreffende regelingen: in het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht hebben veel begrippen een operationaliseringsfunctie waarbij zij zijn gericht op een zo volledig en reëel mogelijk inzicht in de financieel-economische situatie van een concernonderneming.

Overigens wordt ten aanzien van sommige begrippen in het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht de aanwezigheid van zeggenschap wel beoordeeld op basis van formeel-juridische criteria. Het gaat dan bijvoorbeeld om het kunnen uitoefenen van meer dan de helft van de stemrechten, het benoemen of ontslaan van meer dan de helft van de ondernemingsleiding, of het verschaffen van meer dan de helft van het kapitaal. In zoverre zijn deze begrippen een uiting van financiële verbondenheid. Echter, veelal zijn de formeel-juridische criteria in dit verband bedoeld als een zeggenschapsvermoeden waarbij een tweezijdige tegenbewijsmogelijkheid geldt: indien een onderneming meer dan 50% van de stemrechten van een andere onderneming bezit, kan bijvoorbeeld worden aangetoond dat in feite toch geen sprake is van 'control', terwijl bij een bezit van 50% of minder kan worden aangetoond dat er in feite wel zeggenschap wordt uitgeoefend. Hoewel financiële verbondenheid

hierbij als uitgangspunt wordt gehanteerd, gaat het daarom uiteindelijk toch om organisatorische verbondenheid.

12.3 **Verbondenheid in de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht**

In het personen- en familierecht en in de regels voor het huwelijk, geregistreerd partnerschap, bloed- en aanverwantschap en familierechtelijke betrekkingen kunnen aangrijpingspunten worden gevonden voor de omschrijving van relaties tussen natuurlijke personen. Deze onderwerpen hebben een sociaal-maatschappelijke lading. Er moet bijvoorbeeld worden bedacht dat de sociaal-maatschappelijke betekenis van het huwelijk en het gezin de afgelopen decennia aanzienlijk is gewijzigd. Ongehuwd samenwonen heeft een volwaardige plaats verworven naast het huwelijk. Uit demografisch onderzoek blijkt echter wel dat relaties van ongehuwde samenwoners minder stabiel zijn dan die van gehuwden. Een ander feit is dat hét gezin niet meer bestaat: er zijn ook eenoudergezinnen, gezinnen met een inwonende ouder, pleeg- en stiefgezinnen, homoparen met kinderen en gezinnen van ongehuwd samenwonende ouders gekomen. Voorts moet rekening worden gehouden met een toenemend aantal eenpersoonshuishoudens.

Het personen- en familierecht is de afgelopen jaren ingrijpend gewijzigd en aangepast aan de veranderde sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van relaties, huwelijk en het gezin. De feitelijke situatie staat hierbij voorop.

In het huwelijksvermogensrecht wordt voor gehuwden en geregistreerde partners uitgegaan van een wettelijke gemeenschap van goederen, tenzij hiervan is afgeweken door middel van huwelijksvoorwaarden. Bij een wettelijke gemeenschap van goederen zijn beide echtgenoten voor het geheel gerechtigd in het gemeenschappelijke vermogen, waarbij zij ten aanzien van die goederen dezelfde bevoegdheden hebben. Dit is slechts anders indien sprake is van 'verknochte goederen'. Aandelen in een NV of BV behoren in dit verband ook tot het vermogen van een belastingplichtige indien hij of zij zelf geen aandeelhouder is in een NV of BV, maar zijn of haar echtgenoot of geregistreerde partner wel.

Aanverwantschap ontstaat op basis van art. 1:3 lid 2 BW door het huwelijk of het geregistreerd partnerschap. Dat wil zeggen, dat de bloedverwanten van de ene echtgenoot of partner dan aanverwanten worden van de andere. Bloedverwanten van andere ongehuwde samenwoners worden door het samenwonen geen aanverwanten van de andere partner. Op basis van art. 1:3 lid 3 BW eindigt aanverwantschap niet door ontbinding van het huwelijk, maar wel bij beëindiging van het geregistreerd partnerschap.

Familierechtelijke betrekkingen ontstaan door bloed- en aanverwantschap. In dit verband bestaat onderscheid tussen biologisch, juridisch en sociaal ouderschap of bloedverwantschap. Vaak zullen deze verschillende vormen samenvallen, maar als gevolg van adoptie, erkenning van een kind, of een gerechtelijke vaststelling van het

vaderschap geldt voor het familierecht een fictieve familierechtelijke betrekking, waardoor het juridisch bloedverwantschap afwijkt van het biologische.

12.4 Verbondenheid in het belastingrecht

In het belastingrecht bestaan verschillende thema's en regelingen waarin verbondenheid een rol speelt, maar niet wettelijk is omschreven. Ten aanzien van de inkomstenbelasting betreft dit bijvoorbeeld het 'grootkoopmanschap' en het onderscheid tussen fiscaal transparante en non-transparante samenwerkingsverbanden. De behandeling van samenwerkingsverbanden is overigens ook een thema dat van belang is voor de vennootschapsbelasting, omzetbelasting, overdrachtsbelasting en het successie- en schenkingsrecht. In de omzetbelasting heeft de niet-gedefinieerde gelieerdheid zelfs de overhand. Het gaat hierbij ook om de vraag naar de belastingplicht van de directeur-groootaandeelhouder, houdstervenootschappen en de vaste inrichting en de principes van 'vereenzelviging' of onzelfstandigheid, de 'entiteit', 'partage' en transacties voor gemene rekening, de 'eigen kring' en 'kosten voor gemene rekening'.

Voorts zijn er tientallen verschillende, wettelijk gedefinieerde verbondenheidsbegrippen te vinden in de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, omzetbelasting, loonbelasting, overdrachtsbelasting en het successie- en schenkingsrecht. Deze begrippen kunnen niet zonder meer met elkaar worden vergeleken. Zoals in paragraaf 12.1 reeds is opgemerkt, moet rekening worden gehouden met begrippen die duiden op de relatie tussen natuurlijke personen en begrippen waarbij de verbondenheid met een lichaam wordt bedoeld.

Ook de functie van de begrippen verschilt. Sommige begrippen hebben een facilitaire functie, omdat zij onderdeel zijn van een begunstigende fiscale maatregel. In dit verband kan worden gedacht aan de regeling van de zogenoemde 'groepsrentebox' van art. 12c Wet VPB 1969 en de 'fiscale eenheid' van art. 15 Wet VPB 1969. Andere begrippen hebben juist een antiontgaansfunctie, zoals het begrip 'verbonden persoon' in de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 en de term 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. Voorts kunnen begrippen met een antimisbruikfunctie worden onderscheiden. Deze functie lijkt op de antiontgaansfunctie, maar verschilt hiervan, omdat begrippen met een antimisbruikfunctie in mijn visie specifiek zien op het voorkomen van oneigenlijk gebruik van faciliteiten. Te denken valt aan de kring van verbonden personen in de zin van art. 3.46 lid 1 Wet IB 2001, waarmee oneigenlijk gebruik van de investeringsaftrek wordt tegengegaan. Ten slotte herken ik verbondenheidsbegrippen met een operationaliseringsfunctie. Deze dienen vooral om invulling te geven aan de reikwijdte van een bepaalde fiscale regeling. Een voorbeeld hiervan is het begrip 'aanmerkelijk belang' in de Wet IB 2001.

Rekening houdend met deze verschillende functies kunnen de verbondenheidsbegrippen naar mijn mening in zes clusters worden ingedeeld. Voor relaties tussen natuurlijke personen betreft dit het partnerbegrip, dat een facilitaire functie heeft, en het begrip 'verbonden persoon' met een antiontgaansfunctie. Ten aanzien van de ge-

lieerdheid tussen lichamen moet onderscheid worden gemaakt tussen faciliteiten en antiontgaansbepalingen. Bij de faciliteiten zijn er verbondenheidsbegrippen die betrekking hebben op een volledige fiscale eenheid. Voorts zijn er concernbegrippen die zien op een minder vergaande mate van gelieerdheid. In de regelingen met een antiontgaanskarakter kunnen ten slotte de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' worden herkend.

12.5 Vergelijking met andere disciplines en rechtsgebieden

Anders dan in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht wordt ten aanzien van het merendeel van de fiscale regelingen geen waarde gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid, maar alleen aan financiële verbondenheid. Voorbeelden hiervan zijn de 'participatie-eis' in het verbondenheidsbegrip van art. 2 lid 7 Wet VPB 1969, de 95%-eis voor de 'fiscale eenheid' in art. 15 Wet VPB 1969, de 33 $\frac{1}{3}$ %-eis voor het aanmerkelijkbelangcriterium van art. 4 WBR en het 90%-belang dat nodig is voor de toepassing van de internereorganisatievrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel h WBR. In dit opzicht sluit de omschrijving van gelieerdheid niet goed aan bij deze disciplines. Het bezit van een kapitaalbelang betekent immers niet dat er sprake is van organisatorische verbondenheid. In elk geval gaat het niet om een rechtstreekse beïnvloeding van het ondernemingsbeleid. Er kan slechts op indirecte wijze invloed worden uitgeoefend, omdat het gaat om de zeggenschap in de *ava*. De stemrechten verbonden aan een kapitaalbelang kunnen de organisatorische verbondenheid wel ondersteunen, maar zij vormen geen garantie voor de aanwezigheid daarvan.

De aandacht voor met name financiële verbondenheid is naar mijn mening niet te verklaren op basis van de functie van de fiscale verbondenheidsbegrippen. Om oneigenlijk gebruik van een fiscale faciliteit te voorkomen, dient volgens mij de feitelijke situatie voorop te staan. Maar ook een begrip met een antiontgaansfunctie of antimisbruikfunctie dient alleen de feitelijke bedoelde situatie te omvatten, zo meen ik.

Overigens is er ten aanzien van enkele fiscale verbondenheidsbegrippen wel aandacht voor organisatorische verbondenheid. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de 'bestuurderseis' voor stichtingen en verenigingen in art. 2 lid 7 Wet VPB 1969, het criterium 'deelname aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal' in art. 8b Wet VPB 1969 en de 'bestuurders- en commissarissenstoets' in art. 28 Wet VPB 1969. Via een omweg speelt de organisatorische en economische verbondenheid ook een rol bij de omschrijving van het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969. In het besluit van 15 december 1997, nr. DB97/4084M, *BNB* 1998/122, wordt voor de keuze voor niet-verbondenheid namelijk belang gehecht aan het feit dat er wel een aandelenband bestaat, terwijl een 'centrale leiding' en 'economische eenheid' ontbreken. Naar mijn mening wordt hiermee op juiste wijze onderscheid gemaakt tussen de fiscale behandeling van een 'concern' en een 'conglomeraat'.

Ook de invulling van het begrip 'fiscale eenheid' in de zin van art. 7 lid 4 Wet OB 1968 sluit in beginsel aan bij de invulling van 'verbondenheid' in de bedrijfseconomie, het ondernemingsrecht en het jaarrekeningenrecht. Naar mijn mening geldt

echter ten onrechte een te formele benadering van de vereiste verwevenheid in financieel, organisatorisch en economisch opzicht. Zo worden soortaandelen, optierechten, en het bezit van economische eigendom van aandelen genegeerd bij de beoordeling of sprake is van financiële verwevenheid. Met betrekking tot de voorwaarde van organisatorische verwevenheid geldt nog het volgende. In de bedrijfs-economie wordt een trend waargenomen op grond waarvan in concerns een verschuiving optreedt van 'wholly-owned subsidiaries' naar joint ventures. Ook is steeds meer sprake van 'multi-centre'-structuren, en samenwerking in de vorm van strategische allianties. Organisatorische verbondenheid lijkt daarom een dynamisch begrip; dat betekent naar mijn mening dat de inhoud van het begrip 'organisatorische verwevenheid' voor de fiscale eenheid voor de omzetbelasting ook regelmatig zou moeten worden herzien om de aansluiting met de economische werkelijkheid niet te verliezen.

De fiscale verbondenheidsbegrippen die zijn gebaseerd op relationele criteria sluiten in beginsel aan bij de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid en het personen- en familierecht. De partnerbegrippen in het belastingrecht omvatten meestal zowel echtgenoten, geregistreerde partners als ongehuwde samenwoners. Dat geldt in elk geval voor het partnerbegrip in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969. In de WBR en SW 1956 geldt echter niet voor alle regelingen een gemoderniseerd partnerbegrip. Hierdoor worden ongehuwde samenwoners voor sommige faciliteiten voor de overdrachtsbelasting en het successie- en schenkingsrecht niet als 'partner' aangemerkt. Overigens moeten ongehuwde samenwoners naar mijn mening ook met enige reserve worden gelijkgesteld met gehuwde en geregistreerde partners, omdat hun relaties blijkbaar minder stabiel kunnen zijn dan die van gehuwden.

De verschillende begrippen die in antiontgaansbepalingen dienen om de kring van verbonden personen te omschrijven, zijn ook niet altijd in overeenstemming met de sociaal-maatschappelijke werkelijkheid van samenlevingsvormen en gezinssituaties. Voor een aantal regelingen in de Wet LB 1964, WBR en de SW 1956 worden ongehuwde samenwoners namelijk niet als 'verbonden persoon' aangemerkt, of alleen indien zij ervoor hebben gekozen om als 'partner' in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001 te worden aangemerkt, of daarvoor kwalificeren. Als gevolg hiervan missen bepaalde antiontgaansbepalingen hun toepassing op ongehuwde samenwoners. Zij hebben het althans vaak zelf in de hand of zij als 'verbonden persoon' worden beschouwd door al dan niet te kiezen voor het partnerschap voor de inkomstenbelasting. In dit verband kan worden gedacht aan de gebruikelijkloonregeling van art. 12a Wet LB 1964 en de regeling van het fictieve legaat van art. 10 lid 5 SW 1956. Voor het aanmerkelijkbelangcriterium van 33 $\frac{1}{3}$ % in art. 4 WBR geldt eveneens dat ongehuwde samenwoners hun belangen niet hoeven samen te tellen, maar gehuwde of geregistreerde partners wel.

Indien in de wettelijke omschrijving van de kring van verbonden personen de term 'kind' wordt gehanteerd, geldt hiervoor op basis van art. 2 lid 3 onderdeel i AWR een ruime invulling. Het gaat dan om 'eigen' kinderen van de belastingplichtige, adoptiekinderen, erkende kinderen, maar ook om kinderen van de gehuwde of geregistreer-

de partner, ofwel stiefkinderen. In termen van het personen- en familierecht is er daarom aandacht voor zowel biologisch als juridisch ouderschap of bloedverwantschap. Voor de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 moeten de kinderen van de partner met wie men ongehuwd samenwoont ook als een 'kind' van de belastingplichtige worden aangemerkt. In de WBR en de SW 1956 wordt een kind van de ongehuwde en niet-geregistreerde partner in veel antiontgaansbepalingen echter niet als 'verbonden persoon' beschouwd.

12.6 Neutraliteit ten aanzien van de rechtsvorm en samenlevingsvorm

Ten aanzien van fiscale begrippen die duiden op de gelieerdheid tussen lichamen of tussen een natuurlijk persoon en een lichaam is beoordeeld of zij rechtsvormneutraal zijn. In dit verband dient rechtsvormneutraliteit naar mijn mening te betekenen dat faciliteiten en antimisbruikbepalingen waarin verbondenheid een rol speelt, van toepassing zijn ongeacht de rechtsvorm van de betrokken lichamen.

De fiscale verbondenheidsbegrippen zijn in dit opzicht niet volledig rechtsvormneutraal. Zo worden participaties in een open CV niet zonder meer tot een 'aanmerkelijk belang' in de zin van de Wet IB 2001 gerekend. Ook de regeling van de 'fiscale eenheid' in de Wet VPB 1969 is niet rechtsvormneutraal, omdat deze alleen voor bepaalde rechtsvormen openstaat. Voorts is een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet mogelijk, waardoor voor een buitenlandse vaste inrichting en een dochtervenootschap een andere fiscale behandeling geldt. Bij de toepassing van de relatief gunstige regeling van art. 4 WBR ontbreekt rechtsvormneutraliteit eveneens.

Ten aanzien van de fiscale eenheid in de Wet OB 1968 bestaat ook geen volledige neutraliteit. Er geldt namelijk een zwaardere, materiële eis voor de financiële verwevenheid van stichtingen. Vanuit een oogpunt van rechtsvormneutraliteit lijkt voorts de voorwaarde van economische verwevenheid niet op zijn plaats. De zogenoemde 'eenheid in bedrijf en beroep' wordt zonder meer aanwezig geacht bij een ondernemer/natuurlijk persoon, waardoor verschillende bedrijven van deze persoon zonder nadere voorwaarden als een eenheid worden behandeld voor de omzetbelasting. Een groep rechtspersonen waarbij de ene een groentenzaak drijft, en de andere een fietsenhandel, kan daarentegen geen fiscale eenheid vormen vanwege het ontbreken van economische verwevenheid. Voor de regeling van de fiscale eenheid in de Wet OB 1968 geldt bovendien ook een territoriale begrenzing. Deze leidt eveneens tot een verschil in behandeling van buitenlandse vestigingen, afhankelijk van de rechtsvorm.

Voor fiscale verbondenheidsbegrippen die duiden op de relatie tussen natuurlijke personen is beoordeeld of bij de definitie rekening is gehouden met de neutraliteit ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm. Hierbij gaat het om de keuze tussen het huwelijk, geregistreerd partnerschap en ongehuwd samenwonen.

Veel fiscale begrippen zijn neutraal ten aanzien van de samenlevingsvorm. Echter, omdat ongehuwde samenwoners niet voor alle fiscale regelingen als 'partner' of als 'verbonden persoon' worden beschouwd, is er geen volledige neutraliteit. Het feit dat kinderen van de niet gehuwde en niet-geregistreerde partner in veel fiscale rege-

lingen ook niet als 'verbonden persoon' wordt beschouwd, draagt evenmin bij aan de neutraliteit.

Overigens wordt de gebrekkige neutraliteit ten aanzien van de gekozen samenlevingsvorm soms ook veroorzaakt door de regels van het personen- en familierecht. Omdat een aantal fiscale verbondenheidsbegrippen is gebaseerd op dit rechtsgebied, wordt naar mijn mening ongemerkt en onbedoeld een aantal onvolkomenheden 'geïmporteerd' in het belastingrecht. De keuze voor een wettelijke gemeenschap van goederen kan voor gehuwde of geregistreerde partners bijvoorbeeld eerder leiden tot fiscale verbondenheid met een BV. Dit vloeit voort uit het huwelijksvermogensrecht, op grond waarvan gehuwde en geregistreerde partners beiden voor het geheel zijn gerechtigd in het gemeenschappelijke vermogen. Aandelen in een BV behoren in dit verband ook tot het vermogen van een belastingplichtige indien hij of zij zelf geen aandeelhouder is, maar de echtgenoot of geregistreerde partner wel. Voorts kan de bepaling van art. 1:3 lid 3 BW tot onredelijke uitkomsten leiden. Op basis van deze bepaling eindigt aanverwantschap dat door een huwelijk is ontstaan, niet door de ontbinding van dat huwelijk. Bij beëindiging van een geregistreerd partnerschap eindigt die aanverwantschap volgens de wettekst wel.

12.7 Open normen of scherpe normen

In de literatuur is het gebruik van open normen versus scherpe normen een regelmatig terugkerend onderwerp. Daarbij wordt een open norm vaak in verband gebracht met rechtvaardigheid, en een scherpe norm met rechtszekerheid. Uiteraard kan de rechtvaardigheid ook gediend zijn met scherpe normen, maar deze kunnen sneller leiden tot starheid en rigiditeit. Door het gebruik van open normen kan rechtvaardigheid op maat worden gemaakt. Dit gaat echter vaak gepaard met rechtsonzekerheid.

In de definities van fiscale verbondenheidsbegrippen worden zowel open als scherpe normen gehanteerd. De gemaakte keuze voor een open norm of een scherpe norm kan naar mijn mening niet worden verklaard door de verschillende functies die de verbondenheidsbegrippen hebben. Open en scherpe normen worden door elkaar gebruikt in begrippen met een facilitaire functie en termen voor fiscale bepalingen met een antiontgaanskarakter.

Naar mijn mening kan een open norm de economische werkelijkheid beter weerspiegelen dan een scherpe norm. In zoverre zouden open normen kunnen worden gehanteerd voor alle begrippen, ongeacht de vraag of zij een facilitaire functie, een antiontgaansfunctie of antimisbruikfunctie hebben. In paragraaf 12.5 heb ik verdedigd dat de feitelijke situatie voorop dient te staan bij de definitie van begrippen die een rol spelen in een fiscale faciliteit en bij termen met een antiontgaanskarakter. Deze feitelijke situatie kan naar mijn mening beter tot uitdrukking worden gebracht met een open norm dan met een scherpe norm.

Echter, het gebruik van open normen is naar mijn mening niet altijd efficiënt vanwege de rechtsonzekerheid die zij plegen mee te brengen. Ik acht een open norm in ieder geval nodig in een antiontgaansbepaling, omdat de regeling hierdoor voldoende flexibel kan zijn om nieuwe, onvoorziene vormen van misbruik tegen te gaan. Dit

lijkt mij ook rechtvaardig, mits belastingplichtigen in bonafide situaties worden beschermd tegen de onzekerheid die een open norm met zich brengt. In dit verband zou een open norm moeten worden gecombineerd met de mogelijkheid om vooraf zekerheid te verkrijgen over de toepassing. Bij een faciliteit is het gebruik van een scherpere norm efficiënter, zo denk ik. Wel zou er een mechanisme moeten worden ontwikkeld om oneigenlijk gebruik tegen te gaan in gevallen waarin formeel wordt voldaan aan de criteria voor de toepassing van de desbetreffende faciliteit, maar materieel-economisch niet. Dat mechanisme zou ook moeten inhouden dat in situaties waarin niet aan de norm wordt voldaan, terwijl er in feite wel sprake is van verbondenheid, de scherpe norm opzij wordt gezet.

Sommige fiscale verbondenheidsbegrippen passen reeds in deze indeling. Bij het begrip 'partner' in art. 1.2 Wet IB 2001 is bijvoorbeeld sprake van een scherpe norm die naar mijn mening past bij de facilitaire functie van het verbondenheidsbegrip. Er wordt precies omschreven welke samenlevingsvormen kwalificeren als 'partner' en dus voor wie de faciliteiten gelden, en voor wie niet. Echter, het huidige partnerbegrip van art. 1.2 Wet IB 2001 wordt ook gehanteerd in regelingen met een antiontgaansbepaling, zoals de terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Op basis van deze antiontgaansfunctie van het partnerbegrip ligt het naar mijn mening echter meer voor de hand om een open norm te hanteren. In vergelijkbare zin worden voor de verbondenheidsbegrippen in art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 en art. 8 lid 8 onderdeel b Wet VPB 1969 scherpe normen gebruikt, terwijl deze begrippen een antiontgaansfunctie hebben. Op basis van deze functie vind ik een open norm, zoals die bijvoorbeeld besloten ligt in het begrip 'belang' als bedoeld in art. 10a lid 4 Wet VPB 1969, beter op zijn plaats.

Dit begrip 'belang' is overigens wel zeer open en onduidelijk. Hoewel ik dit in beginsel begrijp op basis van de antiontgaansfunctie, acht ik enige verduidelijking wel nodig. In de literatuur is opgemerkt dat een scherp geformuleerde rechtsregel vereist dat de wetgever over de desbetreffende kwestie veel nauwkeurige kennis bezit. Deze kennis ontbreekt in de regel voor begrippen en kwesties die nog in ontwikkeling zijn, en dan zou de wetgever soepelere en open begrippen moeten hanteren. Op basis hiervan kan naar mijn mening ook worden verdedigd dat de norm voor het begrip 'belang' waarmee de fiscus inmiddels ervaring heeft opgedaan, minder open hoeft te worden omschreven. Ik ben mij ervan bewust dat men kan redeneren dat niet alleen de fiscus, maar ook belastingplichtigen ervaring hebben opgedaan met de norm. Op basis van deze redenering zou verduidelijking wellicht niet nodig zijn. Ik meen echter dat de asymmetrie in de rechtsverhouding tussen de overheid en de burger met zich brengt dat onduidelijke begrippen met open normen ten minste enige toelichting krijgen. Immers, individuele belastingplichtigen hebben minder mogelijkheden om kennis te nemen van de bedoelde ervaringen dan de fiscus. Naar mijn mening is een verduidelijking van de open norm in het begrip 'belang' dan ook gerechtvaardigd.

Overigens wordt het onduidelijke begrip 'belang' ook gehanteerd in regelingen waarin het een operationaliseringsfunctie heeft. In dit verband valt te denken aan de regeling van art. 10c Wet VPB 1969. Het begrip wordt zelfs gebruikt in fiscale faciliteiten, zoals de uitsluiting van de afschrijvingsbeperking van art. 8 lid 6a onderdeel a

Wet VPB 1969 en het concernbegrip in de regeling van de groepsrentebox van art. 12c Wet VPB 1969. Naar mijn mening is de verwijzing naar het 'belang' in deze regelingen niet op zijn plaats, omdat deze term voor een faciliteit onnodig vaag en onduidelijk is.

12.8 Uniformiteit

Hiervoor heb ik opgemerkt dat de verscheidenheid in de omschrijvingen van 'verbondenheid' resulteert in een onoverzichtelijk begrippenapparaat. Binnen de genoemde zes clusters van verbondenheidsbegrippen die dezelfde functie hebben, is allerm minst sprake van eenduidige definities. Juist omdat er binnen deze clusters sprake is van dezelfde functies, kan naar mijn mening worden volstaan met enkele geüniformeerde begrippen.

Dit past overigens ook in de literatuur over de rechtstheoretische vraag over de voordelen van uniformiteit boven een aantal verschillende begrippen. Hierbij is opgemerkt dat 'eenheid van begrip' de eenvoud en de kenbaarheid van het recht bevordert en dat dit in het belang is van de efficiency. In dit verband is er echter ook op gewezen dat de best passende inhoud die is toe te kennen aan een woord, kan variëren met het doel dat bij het gebruik van dat woord is beoogd. Naar mijn mening kan het verschil in functies ertoe leiden dat deze 'best passende inhoud' uiteenloopt per cluster van verbondenheidsbegrippen. Binnen de clusters zou deze echter niet te veel moeten afwijken.

12.9 Aanbevelingen

Naar mijn mening kan het belastingrecht volstaan met zes basisvormen voor verbondenheidsbegrippen. Voor relaties tussen natuurlijke personen betreft dit het begrip 'partner', dat een facilitaire functie heeft, en het begrip 'verbonden persoon' met een antiontgaansfunctie. De gelieerdheid tussen lichamen kan voor faciliteiten worden aangeduid met de begrippen 'fiscale eenheid' en 'concern'; daarbij kunnen in regelingen met een antiontgaanskarakter de termen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' worden gehanteerd.

12.9.1 *'Partner' van een natuurlijk persoon*

Ik stel voor om onderscheid te maken tussen het facilitaire begrip 'partner' en de term 'verbonden persoon' met een antiontgaansfunctie. Laatstgenoemde term omvat in mijn voorstel eveneens de partner van de belastingplichtige. Op basis van dit onderscheid zouden faciliteiten alleen voor een beperkte kring van partners kunnen gelden. Daarentegen zou in regelingen met een antimisbruikkarakter een ruimere kring van verbonden personen kunnen worden gehanteerd.

In dit verband meen ik dat ongehuwde samenwoners ook als 'partner' moeten kunnen worden aangemerkt. Ongehuwd samenwonen heeft een volwaardige plaats verworven naast het huwelijk en is niet meer weg te denken uit onze maatschappij. Uit onderzoek blijkt een tendens dat paren veelal eerst ongehuwd samenwonen, om eventueel pas daarna te trouwen. Veel ongehuwd samenwonende paren hebben

echter kennelijk niet de intentie om ooit te trouwen. Ongehuwd samenwonen kan daarom meer en meer worden beschouwd als een manier om vorm te geven aan een volwaardige relatie. Deze trend moet naar mijn mening ook fiscaal worden gevolgd. Uit demografisch onderzoek blijkt echter dat relaties van ongehuwde samenwoners minder stabiel kunnen zijn dan die van gehuwden: het risico van relatieontbinding is hoger bij ongehuwde samenwoners. In dit verband lijkt het optionele karakter van hun partnerschap daarom nog niet zo slecht. Bezien vanuit de facilitaire functie acht ik een dergelijke keuzemogelijkheid voor samenwoners ook niet bezwaarlijk. Echter, dit zou niet een jaarlijkse keuzemogelijkheid moeten zijn, zoals geldt op basis van de huidige regeling van art. 1.2 Wet IB 2001, maar een eenmalige keuze waarop slechts kan worden teruggekomen bij de beëindiging van de relatie.

Met inachtneming van het vorenstaande zou ik de contouren van het begrip 'partner' als volgt willen schetsen:

- De echtgenoot, geregistreerde partner en de 'ongehuwd samenlevende', ofwel de 'levensgezel' met wie de belastingplichtige een 'gezamenlijke huishouding' voert, worden als 'partner' aangemerkt.
- De keuzemogelijkheid voor ongehuwde partners is eenmalig: herziening van de keuze is slechts mogelijk bij beëindiging van de relatie.
- De keuzemogelijkheid is bovendien afhankelijk van nadere voorwaarden, zoals meerderjarigheid, het voeren van een 'gezamenlijke huishouding' in de zin van art. 26 paragraaf 2 lid 3 Leidraad INV 1990 en inschrijving op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie.

Dit partnerbegrip heeft een facilitaire functie en kan niet alleen dienen in de Wet IB 2001, maar ook in andere belastingwetten zoals de Wet LB 1964 en de WBR.

12.9.2 *'Verbonden persoon' van een natuurlijk persoon*

Naast de facilitaire functie heeft het partnerbegrip een antiontgaansfunctie. In dat kader is de partner onderdeel van de kring van personen die als 'verbonden persoon' van de belastingplichtige worden beschouwd. Anders dan bij het facilitaire begrip 'partner', is er naar mijn mening voor het partnerbegrip in de term 'verbonden persoon' geen ruimte voor een keuzemogelijkheid. Dit past niet bij de antiontgaansfunctie.

Ik zou het begrip 'verbonden persoon' voor de relaties tussen natuurlijke personen willen schetsen aan de hand van de volgende contouren:

- Er geldt een sociaal-maatschappelijke benadering, waarbij de echtgenoot van de belastingplichtige, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel' als 'verbonden persoon' worden beschouwd. De tekst van art. 3 AWIR kan hierbij als uitgangspunt worden genomen.
- Voor ongehuwde samenwoners geldt in dit verband een weerlegbaar vermoeden van 'verbondenheid'. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan de belastingplichtige aantonen dat de partner niet als 'verbonden persoon' kan worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat de personen niet samenwonen en voor de toepassing van een pensioenregeling niet als partner zijn aangemeld.

- Voorts wordt een minderjarig ‘kind’ van de belastingplichtige of van zijn ‘levensgezel’ tot de kring van verbonden personen gerekend. In situaties waarin de belastingplichtige een in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke transactie pleegt met een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van hemzelf of van zijn ‘levensgezel’, wordt dit familielid eveneens als ‘verbonden persoon’ aangemerkt.
- Indien de belastingplichtige minderjarig is, wordt ook een bloed- of aanverwant in de opgaande lijn, en diens echtgenoot, geregistreerde partner of ‘levensgezel’ als een ‘verbonden persoon’ beschouwd.
- In afwijking van art. 1:3 lid 3 BW worden de duurzaam gescheiden levende echtgenoot en de ex-schoonfamilie voor de toepassing van de Wet IB 2001 niet tot de kring van verbonden personen gerekend. Anders dan geldt in het personen- en familierecht, eindigt aanverwantschap dus wel voor de inkomstenbelasting.

Dit verbondenheidsbegrip komt grotendeels overeen met het begrip ‘verbonden persoon’ dat thans al geldt voor de toepassing van art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001. Het kan echter ook in andere fiscale regelingen worden gebruikt, bijvoorbeeld in de Wet VPB 1969, de WBR en de SW 1956.

12.9.3 ‘Fiscale eenheid’ van lichamen

Ik ben voorstander van een materieel-economische benadering van het verbondenheidsbegrip in de regeling van de fiscale eenheid. Omdat het begrip ‘fiscale eenheid’ in mijn visie is voorbehouden voor een faciliteit, geef ik omwille van efficiency de voorkeur aan een scherpere norm. Evenals in IAS 27 met betrekking tot consolidatie onder IFRS, zou ik willen uitgaan van een aandelenparticipatie die het wettelijke vermoeden oplevert dat sprake is van een concern. Dit vermoeden zou kunnen worden weerlegd indien in feite geen sprake is van financiële, organisatorische en economische verbondenheid. Tevens zou moeten kunnen worden aangetoond dat er feitelijk wel sprake is van verbondenheid, ondanks dat niet aan het formele bezitsvereiste wordt voldaan. In feite komt dit neer op het hanteren van een eenvoudig kapitaal-criterium met de mogelijkheid van tegenbewijs voor zowel de fiscus als de belastingplichtige.

Voor de hoogte van de minimaal vereiste aandelenparticipatie sluit ik aan bij de huidige grens van 95%. Hiermee komt tot uitdrukking dat in beginsel sprake dient te zijn van een volledige eenheid. Overigens is de hoogte van de bezitseis minder belangrijk, nu in mijn voorstel wordt uitgegaan van een materieel-economische benadering waarin deze eis slechts dient als weerlegbaar vermoeden van verbondenheid.

Op basis van het vorenstaande zou ik de contouren van de regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting als volgt willen schetsen:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van 95% van de stemrechten in een aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbe-

wijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 95%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van 95% van de stemrechten.

- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten, tenzij aan deze instrumenten zodanige voorwaarden zijn verbonden dat moet worden aangenomen dat de aandeelhouder het stemrecht reeds heeft overgedragen.
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, tellen niet mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In verband met de genoemde tegenbewijsmogelijkheid kunnen zij echter wel een rol spelen om aan te tonen dat er ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 95%-criterium, in feite toch een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend.

Dit begrip 'fiscale eenheid' kan worden gehanteerd voor de vennootschapsbelasting en de omzetbelasting. Voorts kan het dienen bij de introductie van een fiscale eenheid voor de loonbelasting en ter vervanging van het concernbegrip in de internereorganisatievrijstelling voor de overdrachtsbelasting. In enigszins aangepaste vorm, namelijk met een bezitscriterium van 100% in plaats van 95%, kan het begrip ook worden gebruikt voor de belastingplicht van 'indirecte' overheidsbedrijven in art. 2 lid 7 Wet VPB 1969.

12.9.4 'Concern' van lichamen

Naast het facilitaire begrip 'fiscale eenheid' dat uitgaat van een volledige eenheid, is naar mijn mening een verbondenheidsbegrip nodig dat uitgaat van een minder vergaande mate van gelieerdheid. Dit begrip noem ik 'concern'. Het heeft eveneens een facilitaire functie en kan dienen in fiscale faciliteiten waarin thans ten onrechte de onduidelijke term 'belang' of het begrip 'verbonden lichaam' in de zin van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 wordt gehanteerd. Zoals ik hiervoor heb opgemerkt, is de onduidelijkheid die gepaard gaat met de antiontgaansfunctie van deze begrippen niet nodig voor een fiscale facilititeit.

Ik pleit er daarom voor uit te gaan van een scherpere norm voor de bedoelde concernsituaties. Dit zou als volgt kunnen plaatsvinden:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam.
- Voor aandelenvennootschappen bestaat een tweezijdig weerlegbaar vermoeden van verbondenheid: bij het bezit van meer dan 50% van de stemrechten in een

aandelenvennootschap wordt verbondenheid verondersteld. Op basis van een tegenbewijsmogelijkheid kan echter door belastingplichtigen worden aangetoond dat ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 50%-criterium, in feite toch sprake is van organisatorische en economische verbondenheid. Voorts kan de fiscus stellen dat in feite geen sprake is van een beleidsbepalende invloed, ondanks het bezit van meer dan 50% van de stemrechten.

- Bij dit verbondenheidsvermoeden geldt een neerwaartse, opwaartse en zijwaartse benadering. Dat wil zeggen, dat het belang van meer dan 50% kan zien op verbondenheid met een dochtervennootschap, een moedervennootschap en een zustervennootschap;
- Ten aanzien van de verbondenheid van een natuurlijk persoon met een lichaam worden de belangen gehouden door de 'partner' en kinderen meegeteld bij de beoordeling van het bedoelde vermoeden.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten, tenzij aan deze instrumenten zodanige voorwaarden zijn verbonden dat moet worden aangenomen dat de aandeelhouder het stemrecht reeds heeft overgedragen.
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, tellen niet mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In verband met de genoemde tegenbewijsmogelijkheid kunnen zij echter wel een rol spelen om aan te tonen dat er ondanks het feit dat niet wordt voldaan aan het 50%-criterium, in feite toch een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend.

Hierbij kies ik voor dit fiscale concernbegrip voor een 50%-grens. Naar mijn mening komt de concernbenadering hiermee goed tot uitdrukking.

12.9.5 *'Verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' van een lichaam*

Nu het begrip 'concern' in mijn voorstel is gericht op faciliteiten, kan het begrip 'verbonden lichaam' worden voorbehouden voor fiscale regelingen met een antiontgaanskarakter. Dat geldt ook voor het begrip 'verbonden natuurlijk persoon'. Hierbij past naar mijn mening een lagere bezitsgrens van 33⅓%, omdat hiermee het bereik van antiontgaansbepalingen kan worden vergroot. Voorts dient anders dan bij het begrip 'concern' niet te worden uitgegaan van een scherpe norm, maar van een open norm. In dit verband acht ik het begrip 'belang' op zich geschikt, maar dit is in haar huidige vorm wel erg onduidelijk. Bovendien is de term 'belang' in de verschillende fiscale regelingen waarin deze een rol speelt, steeds op een andere wijze uitgelegd. Nu het begrip 'belang' in deze regelingen dezelfde functie heeft, vind ik het voor de hand liggend dat dit begrip eenduidig wordt geïnterpreteerd.

De contouren van de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' kunnen naar mijn mening als volgt luiden:

- Er geldt een materieel-economische benadering, waarbij met name belang wordt gehecht aan feitelijke organisatorische en economische verbondenheid. Dat wil zeggen, dat overheersende zeggenschap en een beleidsbepalende invloed wordt uitgeoefend op een lichaam. Niet alleen een aandelenbelang vormt een 'belang', maar ook andere rechten, zoals zeggenschapsrechten en schuldeisersbelangen, en deelname aan de leiding.
- Ten aanzien van een aandelenvennootschap wordt een 'belang' aanwezig geacht bij het bezit van 33 $\frac{1}{3}$ % van de aandelen in het geplaatste kapitaal en de daaraan verbonden stemrechten.
- Hierbij gaat het om het daadwerkelijke 'belang' zoals is toegelicht met betrekking tot art. 4 lid 3 WBR, dat wil zeggen, dat een aandelenbezit dat economisch kan worden gelijkgesteld met een geldlening, zoals preferente aandelen of aandelen zonder stemrecht, geen 'belang' vormt. Een aandelenbezit van minder dan 33 $\frac{1}{3}$ % kan echter toch een 'belang' zijn, indien aan deze aandelen ten minste een derde gedeelte van de zeggenschap is verbonden.
- Voorts gaat het om het 'uiteindelijke belang', ofwel het belang dat op proportionele basis wordt gehouden door een natuurlijk persoon of lichaam.
- De belangen gehouden door de echtgenoot, de geregistreerde partner en iedere andere 'levensgezel', kinderen en kinderen van de levensgezel worden meegeteld bij de beoordeling van het verbondenheidsvermoeden.
- Certificaten van aandeel en aandelen waarop een pandrecht of vruchtgebruik rust en waarbij het stemrecht nog steeds toekomt aan de aandeelhouder, tellen mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden. In dit verband tellen ook aandelen mee waaraan financiële instrumenten zijn gekoppeld die potentiële stemrechten bevatten, zoals optierechten en converteerbare instrumenten.
- De hiervoor genoemde alternatieve bezitsvormen van aandelen, zoals een pandrecht, recht van vruchtgebruik en optierechten, kunnen zelf ook een 'belang' vormen en tellen als zodanig eveneens mee bij de beoordeling of is voldaan aan het verbondenheidsvermoeden.
- Bovengenoemde veronderstelling van de aanwezigheid van een 'belang' op basis van een aandelenbezit dient om duidelijkheid te bieden in 'standaardsituaties' ten aanzien van aandelenvennootschappen, waarin bijvoorbeeld geen sprake is van zeggenschap op basis van overeenkomsten en alleen een aandelenband bestaat. In verband met de antiontgaansfunctie staat de feitelijke, materieel-economische benadering echter voorop. In gevallen die afwijken van de standaardsituaties, bijvoorbeeld omdat sprake is van een vennootschap zonder een in aandelen verdeeld kapitaal of omdat er krachtens een managementovereenkomst feitelijke zeggenschap en beleidsbepalende invloed kan worden uitgeoefend zonder dat er een aandelenband is, kan ook een 'belang' bestaan.
- Belastingplichtigen krijgen de mogelijkheid om de fiscus vooraf zekerheid te vragen over de aanwezigheid van een 'belang' en verbondenheid.

Deze begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' kunnen niet alleen worden gehanteerd in de Wet VPB 1969, maar ook in de Wet OB 1968, de Wet LB 1964 en de WBR.

Summary

Although the starting point for Dutch taxation is that individuals and corporate bodies are taxed on an individual basis, relations and connections with other taxpayers are relevant in many tax rules. Notably, these relations and connections between taxpayers are almost all described in a different way. To some extent this is understandable. Due to different characters, connections between corporate bodies or between a legal entity and an individual cannot be defined in the same manner as relations between individuals. In this respect it is logical that ownership criteria like shareholding are used for the definition of affiliations and connections with corporate bodies. Of course, such ownership criteria do not fit when describing relations between individuals: these legal concepts focus on family relations or the relation between partners and require criteria with relational features. Also, it should be noted that each tax rule has its own purpose. The type and function of a tax measure may require a different content of the legal descriptions of relations and connections. Still, one would expect that the criteria on basis of which relations and connections are described, would be more or less consistent for types of concepts that have a similar function. This, however, is not the case. The numerous differences in definitions have been noted in Dutch literature before. Also, politicians have raised questions about it in the Dutch parliament. However, suggestions for uniformity have not yet been implemented.

The subject of this study is to investigate the relevance of relations and connections in Dutch tax law and more specifically whether certain sets of uniform definitions can be applied or that different descriptions are required. Furthermore it is analysed whether the Dutch legislator, taking into account the economic and social reality and definitions in other areas of law, has succeeded to describe relations and connections in Dutch tax law in a logical, clear and uniform manner. Also, recommendations for optimization are made.

In this respect, the following questions are addressed:

1. When describing definitions of affiliations and connections between corporate bodies, which starting points can be found in the scientific disciplines of business economics, Dutch corporate law and accounting rules?
2. Which starting points are provided by social reality and Dutch family law for the definitions of relations between individuals?

3. What is the importance of relations and connections for Dutch taxation, and where and how are these described in Dutch tax law?
4. How do the several tax concepts of relations and connections relate to those in Dutch corporate law, accounting rules and Dutch family law?
5. To what extent are these concepts neutral to the legal form of businesses or the legal form of relationships between individuals?
6. To what extent can the tax concepts be 'principle-based' instead of 'rule-based'?
7. To what extent can the concepts be harmonized and uniformized, taking into account differences in type and function of the tax measures in which they play a role?
8. What can be recommended to optimize the definitions of Dutch tax concepts for relations and connections?

Affiliations in business economics, Dutch corporate law and accounting rules

Prior to comparing tax concepts of relations and affiliations with notions in other scientific disciplines and areas of law, the question needs to be answered whether such comparison is allowed or that Dutch tax law requires an autonomous set of concepts. In my view, concepts deriving from corporate law and accounting rules may also be of use for taxation. Although these other legal areas have their own purpose which differs from that of taxation, they can still provide valuable insights for the definition of fiscal concepts of relations and connections. However, a simple reference to concepts in corporate law and accounting rules may be lacking the autonomous function of taxation. Besides, this could lead to situations in which discussions about the content and range of these corporate law and accounting concepts are simply imported into taxation. Still, I do not see any objections against developing autonomous tax concepts based on criteria similarly applied in corporate law and accounting rules. For taxation, the judgment whether these criteria are met can be made independent of the outcome of a similar assessment in other legal areas. Homonymous or similar criteria could thus have a different meaning for corporate law, accounting and taxation if the character or legal ground of the relevant measure would require this.

Looking at the concepts of connections and relations in business economics, corporate law and both international and Dutch accounting rules, organizational and economic links are very important. Financial links, by means of ownership of shares et cetera are not considered relevant. After all, ownership of shares is not synonymous to control. Ownership of shares does not provide direct influence in an affiliate; it can only enable to exert influence in an indirect way. Of course, voting rights of shares can support an organizational link, but this is by no means guaranteed. The question whether ownership of shares equals control also depends on phenomena like 'shareholders activism' and 'shareholders absenteeism'.

The application of organizational and economic links as economic criteria in the legal concepts of corporate law and accounting rules can be explained based on the background of the relevant measures. In these areas of law, the legal concepts often

have an operational function and focus on an integral and realistic view of the financial situation of affiliated companies.

Still, for certain legal concepts of corporate law and accounting rules the notion of control is measured on basis of formal criteria. This regards for example ownership of a majority of voting power, a majority share stake or a right to appoint and discharge the majority of board members. Insofar, these concepts appear to express financial links. However, these formal criteria are often only meant as a presumption of control. If there is no real control, the presumed links are set aside on basis of a measure of counterproof. Similarly, if the formal criteria of control are not met, proof can be delivered that real organizational or economic links still exist in absence of a financial link. Although financial links are the starting point in these concepts, at the end of the day organizational or economic links are still decisive.

Relations in social reality and Dutch family law

In Dutch family law, the concepts of marriage, civil partnership (in Dutch: 'geregistreerd partnerschap'), family connections, consanguinity and affinity contain useful starting points for the legal description of tax concepts for relations between individuals. These concepts clearly have a social link. It should be noted that the social meaning of marriage and family life in the Netherlands has changed importantly during the last decades. Cohabitation has become a fully accepted way to establish relationships, just like marriage. However, demographics also show that relationships of cohabitants can be less steady than those of married couples.

Family life has evolved as well. Next to the traditional family established by a married couple, all kinds of new family forms exist, for example families of cohabitant parents, families with one parent, families with inhabitant grandparents, foster-families, step-families and gay couples with children. Also, the number of one-person-families has increased in the Netherlands. As a result, Dutch family law has changed during the last couple of years, adapting to new social reality.

Relations and connections for Dutch taxation purposes

For the purpose of Dutch taxation, numerous different concepts for relations and connections apply. In the first place, this regards certain themes and tax measures in which relations and connections play a role, that are not explicitly defined in tax law. In this respect one can for example think of the tax transparency of partnerships and the tax treatment of income from foreign branches.

Secondly, there are dozens of different legal definitions for relations and connections in the Dutch laws for personal income tax, corporate income tax, VAT (Value Added Tax), wage tax, real estate transfer tax and inheritance and gift tax. It should be noted that there are different types of tax concepts for relations and connections, which cannot simply be compared. A distinction should first be made between the aforementioned concepts for connections between corporate bodies and relations between individuals. Furthermore, the types and functions of the concepts vary. Certain concepts have a facilitating function, like the measures for 'tax grouping' in Dutch corporate income tax and VAT. Other concepts fulfil an anti-abuse function. This regards for example the rules regarding thin capitalization. Also, concepts with an operational function can be found. These concepts are necessary to determine the

range and scope of a certain tax measure that is not specifically a tax facility or an anti-abuse measure.

Taking into account these different types and functions, the tax concepts of relations and connections can be categorized into six clusters. For the relations between individuals this regards notions of a 'partner' with a tax facility function and several concepts of 'related person' which have an anti-abuse function. For connections with corporate bodies a distinction can also be made between tax facilities and anti-abuse measures. For the facilities, certain concepts of 'fiscal unity' aim at an integral unity of corporate bodies. Next to that, several notions of 'group' start from an affiliation that is less extensive. Finally, in tax measures with an anti-abuse character the concepts of 'related entity' and 'related person' can be recognized.

Comparison to other disciplines and areas of law

Different than in business economics, corporate law and accounting rules, in tax concepts of connections and relations almost no attention is paid to real organizational and economic links. Most tax concepts are only based on formal criteria like ownership of shares. As an example, one can think of the simple 95% shareholder test of the tax group for Dutch corporate income tax purposes. In fact, these tax concepts do not fit in these disciplines. After all, a shareholding does not necessarily mean that organizational and economic links exist. Ownership of shares only provides indirect influence in an affiliate; voting rights attached to shares can support organizational links but this is by no means guaranteed.

The sole focus on financial links through ownership of shares cannot be explained on basis of the function of tax concepts. In my view, tax concepts with a facility function should only cover real situations of control. Otherwise, the relevant tax facility could be misused. In anti-abuse measures the real situation of control should also prevail, and not the presumed situation based on shareholding.

In certain tax concepts, like the VAT group, actual organizational links are still required. This idea of VAT grouping is in line with the concepts of connections and relations in business economics, corporate law and accounting rules. However, there seems to be a too strict and formal approach regarding the required financial link. For VAT purposes, special types of shares, like 'tracking stock', stock options, economic ownership of shares etcetera are disregarded when judging the financial link.

Regarding the required organizational link for VAT grouping, the following should be noted. In business economics there is a trend that groups shift from wholly-owned subsidiaries to joint ventures. Also, multi-centre structures of decision making are developed, as is co-operation by means of strategic alliances. This means that the idea of an 'organizational link' is dynamic. Consequently, for VAT grouping this concept should be revised every now and then, to keep up with the reality of developments in business.

In principle, the tax concepts for relations between individuals link up with the developments in social reality in the Netherlands and Dutch family law. The different concepts of 'partner' usually include spouses, civil partners and other unmarried co-

habitants. However, for certain Dutch taxes, like real estate transfer tax, inheritance tax and gift tax, the partner concept has not been modernised yet. As a result, cohabiting couples that are not officially registered as civil partners are not considered as a 'partner' for tax purposes. On the other hand, there could be some reservations to treat unmarried and married or registered couples equally for tax purposes, now that demographics show that the relationships of cohabitants can be less stable.

Tax rules generally apply a broad definition of a 'child', which includes an adoption-child, foster-child, step-child and a child of a cohabitant.

The different concepts of 'related person' for anti-abuse measures are not always in line with social reality and family law either. Again, cohabitants are not always regarded as being related to the person with whom they live together and neither are their children. In fact, cohabiting couples are often only seen as 'related person' if they have opted to qualify as 'partner' for the purpose of Dutch income tax. By not opting for the 'partner'-status, these couples and their children can simply avoid the application of certain anti-abuse measures.

Neutrality to the legal form of a business or the legal form of a relationship between individuals

In the Netherlands, the idea of neutrality of the legal form of businesses gets a lot attention these days. In my view, this neutrality also requires tax facilities, advantages and anti-abuse measures to apply to all legal forms. However, many tax concepts of connections between corporate bodies appear not to be fully neutral. For example, tax grouping for Dutch corporate income tax purposes is not neutral as only certain legal forms, like a 'BV' and 'NV', can apply. Also, cross-border tax grouping is not allowed, which results in an unequal treatment for tax losses of foreign subsidiaries and branches. The same applies to VAT grouping.

There is a higher level of neutrality of tax concepts to the legal form of the relationship between individuals. However, as unmarried and not-registered cohabitants and their children are not always regarded as 'related person', the neutrality is not complete. In certain situations, the lack of neutrality is caused by Dutch family law rules that form the basis of many tax concepts. For example, due to a marriage in community of property, a spouse may become a 'related person' to the corporate body in which the other spouse owns shares, whereas this spouse would not be related if the couple would be married with a marriage settlement. Also, Dutch family law prescribes that affinity following from a marriage will not disappear if that marriage ends. On the other hand, it seems that affinity resulting from a civil partnership still ends when these partners break-up. For tax rules that start with affinity, it is thus necessary to know how this affinity arose.

'Principle-based' or 'rule-based' tax concepts

In Dutch literature, the use of 'principle-based' versus 'rule-based' legislation continues to be a subject of discussion. In this respect, principle-based law is often connected with justice and rule-based legislation with certainty of law. Naturally, justice can also be obtained by applying rule-based legislation, but this can easily result in

stiffness and rigidity of rules. Tailor made justice can be obtained by using principle-based legislation. Still, this normally leads to uncertainty.

Looking at Dutch tax concepts of connections and relations, both principle-based and rule-based legislation are currently applied. The choices made for using one or the other can not be explained by the different functions of tax concepts: both principle-based and rule-based legislation are used in concepts with a facilitating function and measures with an anti-abuse character.

In my view, principle-based rules can reflect economic reality better than rule-based legislation. Insofar principle-based legislation could be applied for every tax concept, no matter what the function is. As stated before, my opinion is that reality should prevail when defining concepts for tax facilities as well as for anti-abuse measures. In this respect, the real situation can be reflected better through principle-based legislation.

However, the use of principle-based rules is not always efficient due to the uncertainty that comes with it. It is my opinion that principle-based rules are required for anti-abuse measures anyway, so that the relevant rules are flexible enough to deal with future developments of abusive practices. This also seems justifiable, provided that taxpayers in good faith are protected against uncertainty about the application of the rule. In this respect, principle-based rules could be combined with a possibility to obtain certainty upfront about the application in an individual case. For tax facilities, I consider rule-based legislation more efficient. Still this should be combined with a mechanism to discourage misuse in situations where the criteria for the application are met formally, but not in reality. In my opinion, this mechanism should also enable to set the formal criteria aside in situations of real connections and relations.

Some tax concepts for connections and relations already fit with this division. For example, the notion of 'partner' for Dutch personal income tax purposes is rule-based which in my opinion is acceptable based on the facility function. The rule describes precisely which legal forms of relationships can qualify for the status of 'partner', and thus who can benefit from the tax facilities. However, the current notion of 'partner' is also used in anti-abuse measures, where in my opinion a principle-based rule would be of more use.

Rule-based legislation is also applied for anti-abuse measures in Dutch corporate income tax. In this respect, a principle-based rule like the open definition of the concept of 'stake' (in Dutch: 'belang') in an entity, seems more appropriate. For the definition of 'stake' one could take into account organizational and economic links, and not only financial links. In the current tax law, the notion of 'stake' is however so vague that the content and range of it should be clarified. Moreover, this notion is also used in tax measures with an operational function, where it is not necessary to fight abuse. In certain measures the notion of 'stake' is even applied for tax facilities. In my view, the vague idea of 'stake' is not appropriate for that purpose.

Uniformity

The current variety in tax concepts for connections and relations results in an unstructured set of definitions. Within the six abovementioned clusters, tax concepts have a similar function but their descriptions vary widely. Especially now that these tax concepts have the same purpose, a number of harmonized and uniformed definitions would suffice.

This would also align with Dutch literature regarding the theoretical question about the benefits of uniformity. In this respect it has been acknowledged that a uniform approach enhances the simplicity and recognizability of legislation, and thus efficiency. However, it has also been stressed that the meaning of a concept may be different, depending on the intention of the tax measure in which it plays a role. Consequently, the same concept may have more than one definition. The tax concepts in the six clusters have different purposes, so that the definition of a concept in one category may need to be different than a notion in another category. Still, I think that within each of the six clusters there is no need for much variation in descriptions.

Recommendations

In my opinion, six basic concepts for connections and relations are enough for Dutch tax law. For the relations of individuals this is a uniform notion of 'partner' with a facilitating function, and a uniform concept of 'related person' which has an anti-abuse function. For connections with corporate bodies I recommend two facilitating concepts: 'fiscal unity' for situations where an integral unity of corporate bodies is envisaged and a less far going concept of 'group'. In tax measures with an anti-abuse character uniform concepts of 'related entity' and 'related person' can be applied.

1. 'Partner' of an individual

My proposal is to distinguish between the facilitating concept of 'partner' and the notion of 'related person' with an anti-abuse function. The latter also includes the partner of a taxpayer. Tax facilities would only be available for a small group of qualifying partners. On the contrary, a broader group of partners and other affiliated persons could be regarded as 'related person' for the purpose of anti-abuse measures.

In this respect, I am of the opinion that cohabiting couples should also be able to qualify as 'partner'. Cohabitation has become a fully accepted way to establish relationships, just like marriage. However, demographics show that the relationships of cohabitants can be less steady than those of married couples. In fact this subscribes the optional character of the qualification as a 'partner' for cohabitants, which is build into the current Dutch personal income tax system. On basis of the facility function I do not have any objections against such option either. However, I think that this should not be a yearly option, but a one time only option that can only be revoked when the relationship has ended.

Taking this into account, my proposal for the content of the concept of 'partner' is as follows:

- The spouse, civil partner and cohabitant with whom a taxpayer actually forms a family are considered as 'partner'.
- Qualifying cohabitants have a one time option to choose for the 'partner'-status of which they can only opt-out if the relationship has ended.
- To be a qualifying 'partner', cohabitants should meet requirements such as being of age, to form a family and to notice civil registration.

This concept of 'partner' has a facilitating function and can serve for Dutch personal income tax purposes but also for other Dutch tax laws such as wage tax and real estate transfer tax.

2. 'Related person' to an individual

Apart from the facilitating function, a separate partner concept is needed in anti-abuse measures. In this respect the partner is one of the persons that are closely related to a taxpayer. Different from the concept of 'partner', this notion of 'related person' cannot include an option for the partner status. This would conflict with the anti-abuse function.

I would like to develop the notion of 'related person' along the following lines:

- There is a social-realistic approach, based on which the spouse, civil partner, cohabitant and any other partner are regarded as 'related person'.
- For unmarried and not-registered couples there is a possibility to provide counterproof with respect to their relation. On basis hereof these couples can demonstrate that they should not be considered as 'related person', for example because they do not actually form a family or are not considered as a partner in each others pension plans.
- Under aged children of a taxpayer, or children of the partner, are also regarded as 'related person'. In case of uncommon transactions with the taxpayer, other relatives and cognates are considered as 'related person' as well.
- In case the taxpayer is underage, the relatives and cognates and their partners are considered as 'related person'.

In fact, this notion of 'related person' is almost similar to the concept that is currently applied for one specific anti-abuse measure in the Dutch personal income tax. Still, it can also be applied in other measures with an anti-abuse character both for personal income tax and other Dutch tax purposes.

3. 'Fiscal unity' of entities

In principle I am in favour of an economic approach with regard to the concept of 'fiscal unity'. However, as this concept is mainly meant as a facility, I would still like to apply a 'rule-based' definition. Just like in the consolidation concept of IAS 27 under IFRS, I propose to start with a shareholding for the presumption of control. It should

be possible to invalidate this presumed control in situations where real financial, organizational and economic links are absent. Also, there should be room to demonstrate that there is de facto control although the formal criterion of a shareholding is not met. This would thus mean that both the taxpayer and the tax authorities would be able to provide counterproof for the presumed control.

In this respect I propose to apply a 95% shareholder test, as is currently applied for tax grouping in Dutch corporate income tax. This 95% criterion emphasizes the integral entity approach that forms the basis of tax grouping. Still, the exact level of the criterion is less important now that de facto control is decisive, for which the ownership of shares is only an indication.

Taking this into account, my proposal for the description of the concept of 'fiscal unity' is as follows:

- There is an economic approach, based on which real financial, organizational and economic links are relevant for control to be present. This means that an entity should have significant influence in another entity.
- For the connection with companies, a presumption *juris tantum* exists when an entity owns at least 95% of the voting rights in another company. This presumed control can be invalidated by the tax authorities in situations where real financial, organizational and economic links are absent. Also, there should be room for taxpayers to demonstrate that there is de facto control although the 95% test is not met.
- Certificates of shares, pledged shares and shares on which usufruct is established, and for which the shareholder still has the voting power, should also be taken into account for the 95% test. Similarly, shares are still taken into account if financial instruments like option rights are linked to them. These shares are however neglected if the conditions for these instruments are such that it should be presumed that the shareholder has transferred the voting power upfront;
- The abovementioned rights related to shares, such as usufruct and option rights, should be not taken into account when applying the 95% test. They can however still play a role when proving de facto control.

This concept of 'fiscal unity' can be applied for Dutch corporate income tax purposes and for VAT purposes. Also, it can serve when introducing tax grouping for Dutch wage taxation and for the definition of a group of companies in the real estate transfer tax exemption for intra-group transfers.

4. 'Group' of entities

Next to the facilitating concept of 'fiscal unity' I propose to introduce a specific concept of a 'group' of entities. This new concept also has a facilitating function. Whereas the notion of 'fiscal unity' starts from an integral unity approach, the level of integration in proposed concept of 'group' is less extensive. The new concept can serve in those tax measures with a facilitating character where currently the notions of 'related entity' and 'stake' are applied. As mentioned above, this idea of 'stake' is rather

vague, which in my opinion is acceptable for an anti-abuse measure but not for tax facilities.

In this respect, I propose to use a more 'rule-based' definition for these 'group' situations:

- There is an economic approach, based on which real financial, organizational and economic links are relevant for control to be present. This means that an entity should have significant influence in another entity.
- For the connection with companies, a presumption *juris tantum* exists when an entity owns at least 50% of the voting rights in another company. This presumed control can be invalidated by the tax authorities in situations where real financial, organizational and economic links are absent. Also, there should be room for taxpayers to demonstrate that there is *de facto* control although the 50% test is not met.
- For this presumption of control, both an upward, downward and sideward approach is applied. This means that the 50% shareholding can regard the connection with a subsidiary, a parent and a sister company.
- With regard to the connection of an entity with an individual, the shares owned by the 'partner' or children are also taken into account when applying the 50% test.
- Certificates of shares, pledged shares and shares on which usufruct is established, and for which the shareholder still has the voting power, should also be taken into account for the 50% test. Similarly, shares are still taken into account if financial instruments like option rights are linked to them. These shares are however neglected if the conditions for these instruments are such that it should be presumed that the shareholder has transferred the voting power upfront.
- The abovementioned rights related to shares, such as usufruct and option rights, are not taken into account when applying the 50% test. They can however still play a role when proving *de facto* control.

For this new notion of 'group' for tax purposes I propose to apply a 50% criterion, as this better reflects the group concept than a 33⅓% test.

5. 'Related entity' and 'related person' to an entity

Now that the concept of 'group' is developed for tax facilities, the notion of 'related entity' can be reserved for anti-abuse measures. The same applies for the notion of 'related person' to an entity. In my opinion, a 33⅓% test is acceptable for these concepts, as this enlarges the range of the anti-abuse measures. Different from the concept of 'group', there should be a 'principle-based' approach to keep up with future developments of abusive practices. The idea of 'stake' that is currently applied in Dutch tax law seems appropriate in this respect, although this is rather vague. Moreover, there are different definitions and explanations for the several notions of 'stake' that are currently applied. As the idea of 'stake' has the same purpose in all these anti-abuse measures, I am the opinion that there should be a uniform approach.

On basis hereof I would like to propose to define the concepts of 'related entity' and 'related person' along the following lines:

- There is an economic approach, based on which real organizational and economic links are relevant for control to be present. This means that an entity should have significant influence in another entity. Not only shareholding leads to a 'stake' but also other rights, such as voting rights coming forth from loans receivable, and participation in the management of an entity.
- For the connection with companies, a presumption of a 'stake' exists when an entity owns at least 33⅓% of the share capital in another company.
- In this respect, a de facto 'stake' is relevant. This means that a shareholding that from an economic point of view is to be considered as a loan, such as preference shares and shares without any voting power, does not constitute a 'stake'. Still, a shareholding of less than 33⅓% can be considered as a 'stake' if the shares represent at least 33⅓% of the voting power.
- Also, the ultimate 'stake' is relevant. This means the stake that an individual or an entity holds on a proportional basis.
- With regard to the connection of an entity with an individual, the shares owned by the spouse, civil partner, cohabitant and any other partner or children are also taken into account when applying the 33⅓% test.
- Certificates of shares, pledged shares and shares on which usufruct is established, and for which the shareholder still has the voting power, should also be taken into account for the 33⅓% test. Similarly, shares are still taken into account if financial instruments like option rights are linked to them. These shares are however neglected if the conditions for these instruments are such that it should be presumed that the shareholder has transferred the voting power upfront.
- The abovementioned rights related to shares, such as usufruct and option rights, can also constitute a 'stake' and are therefore also taken into account when applying the 33⅓% test.
- The abovementioned presumption of a 'stake' on basis of shareholding is meant for clarification in standard situations with regard to the connections with companies. However, de facto connections are leading based on the anti-abuse function. Therefore there can only be a 'stake' if the 33⅓% test is not met, but there are still connections.
- Taxpayers have the possibility to obtain certainty upfront from the tax authorities about the application of the concepts of 'related entity' and 'related person'.

These concepts of 'related entity' and 'related person' can not only be applied for the purpose of Dutch corporate income taxation, but also for VAT, wage tax and real estate transfer tax.

LITERATUUROVERZICHT

- Aardema, E. *Heffing naar behoren* (oratie), Rotterdam: Erasmus Universiteit 1995
- Achterberg, M.P. van *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern in het ondernemingsrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 1989
- Achterberg, M.P. van, c.s. *Onderneming en concern*, Dossier Advies nr. 18, 's-Gravenhage/'s-Hertogenbosch: Uitgeverij Delwel/ Advies 1994
- Adriaansen, W.L.M. *Overheid en multinationale onderneming*, Leiden: Stenfert Kroese 1978
- Aharoni, Y. 'On the definition of a multinational corporation', in: A. Kapoor en P.D. Grub, *The multinational enterprise in transition, selected reading and essays*, Princeton N.J.: The Darwin Press 1973
- Albregtse, D.A. en P. Kavelaars *Maatschappelijk heffen* (Stevens-bundel; deel 1), Deventer: Kluwer 2006
- Antal, K.V. *Enkele beschouwingen over het interpreteren door de belastingrechter*, Deventer: Kluwer 1956
- Applegate, Lynda M. 'Building Inter-Firm Collaborative Community: Uniting Theory and Practice', in: Charles Heckscher en Paul S. Adler, *The Firm as a Collaborative Community*, New York: Oxford University Press 2006
- Asser, C. *Personen- en familierecht*, zestiende druk bewerkt door J. de Boer, Deventer: Kluwer 2002
- Arendonk, H.P.A.M. van, c.s. *Wegwijs in de Belastingheffing van ondernemingen*, achtste druk, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2007
- Arendonk, H.P.A.M. van, c.s. *Wegwijs in de Inkomstenbelasting*, zevende druk, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2007
- Backhuijs, Jan c.s. *IFRS leerboek*, Amsterdam: PricewaterhouseCoopers Accountants N.V. 2006

- Ballegooijen, C.W.M. van *Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', onderdeel 'Loonbelastingen Premieheffing'*, Deventer: Kluwer losbl.
- Bartman, S.M. *Concernbeleid en aansprakelijkheid (diss.)*, Deventer: Kluwer 1989
- Bartman, S.M. en A.F.M. Dorresteijn *Van het concern*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2006
- Bartman, S.M. *Voorbij NV en BV. Over corporate governance en het tekort van ons vennootschapsrecht (oratie)*, Deventer: Kluwer 2004
- Beckman, H. en A.J. Bindenga *Het nieuwe jaarrekeningenrecht. Titel 9 Boek 2 BW*, twaalfde druk, Deventer: Kluwer 1994
- Beckman, H. *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 1995
- Beckman, H., c.s. *Bedrijfseconomie in hoofdlijnen*, Groningen: Stenfert Kroese 2001
- Beckman, H., L.G. van der Tas en P.M. van der Zanden *Jaarrekeningenrecht, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'*, Deventer: Kluwer 2003
- Beelen, S.T.M., K.M. Braun, O.L. Mobach, R.N.G. van der Paardt en D.G. van Vliet *Cursus Belastingrecht, Omzetbelasting*, Arnhem: Gouda Quint bv losbl.
- Bergh, G.C.J.J. van den *Wet en gewoonte. Historische grondslagen van een dogmatisch geding*, Deventer: Kluwer 1982
- Bijl, D.B. *De heffing van omzetbelasting ten aanzien van onroerend goed (FM nr. 53)*, Deventer: Kluwer 1990
- Bijl, D.B. 'Ben ik mijn broeders hoeder?', in: *De ware koningin der Belastingen. Opstellen aan geboden aan Prof. Mr. J. Reugebrink*, Deventer: Uitgeverij Fed bv 1990
- Bijl, D.B., M.E. van Hilten en D.G. van Vliet *Europese BTW en Nederlandse omzetbelasting (FM nr. 46)*, derde druk, Deventer: Kluwer 2001
- Blommaert, J.M.J. *Consolideren en informeren: een onderzoek naar de informatieve waarde van de geconsolideerde jaarrekening (diss.)*, Houten: Educatieve Partners Nederland 1994
- Bongaarts, P.J.M. en P.H.J. Essers *Het fiscale regime voor beleggingsinstellingen (FM nr. 36)*, Deventer: Kluwer 1993
- Bouma, J.L. *Leerboek der bedrijfseconomie. Inleiding tot de bedrijfseconomie (deel 1)*, Wassenaar: Delwel 1982
- Bouma, J.L. en G.J. van Helden *Management accounting en economische organisatie-theorie*, Schoonhoven: Academic Service 1994
- Bouwman, J.N. en M.G. de Jong *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, achtste druk, Amersfoort: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2003

- Brandsma, R.P.C.W.M. *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen* (FM nr. 111), Deventer: Kluwer 2004
- Braun, K.M. *Aftrek van voorbelasting in de BTW* (FM nr. 99), Deventer: Kluwer 2002
- Buckley, P.J. 'A critical view of theories of the multinational enterprise', in: P.J. Buckley en M. Casson, *The economic theory of the multinational enterprise*, Macmillan 1985
- Buckley, P.J. 'New forms of international industrial cooperation', in: P.J. Buckley en M. Casson, *The economic theory of the multinational enterprise*, Macmillan 1985
- Buikema, R.H. *De multinationale onderneming in juridisch perspectief*, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1992
- Bulcke, D. van den *The dynamics of the multinational in the triadic world economy*, Discussion paper no. 1994/E/14, Antwerp: University of Antwerp, Centre for International Management and Development 1994
- Bulcke, D. van den *De multinationale onderneming, een typologische benadering*, Gent: SERUG 1975
- Burgert, R., C.W.A. Timmermans, M.A. van Hoepen en H.F.J. Joosten *De jaarrekening nieuwe stijl* (deel 1), achtste druk, Alphen aan den Rijn: Samsom/H.D. Tjeenk Willink 1993
- R. Burgert, C.W.A. Timmermans en H.F.J. Joosten *De jaarrekening nieuwe stijl* (deel 2), Commentaar op de artikelen 360-414 boek 2 BW en de artikelen 999-1002 Rv, zesde druk, Alphen aan den Rijn: Samsom/H.D. Tjeenk Willink 1990
- Campbell, A. en A. Verbeke *The multinational management of multiple external networks*, Discussion Paper No. 2000/E/43, Antwerp: University of Antwerp, Centre for International Management and Development 2000
- Casson, M. 'General theories of the multinational enterprise: their relevance to business history', in: P. Hertner en G. Jones, *Multinationals: theory and history*, Shaftesbury: Blackmore Press 1986
- Casson, M. 'Transaction costs and the theory of the multinational enterprise', in: P.J. Buckley en M. Casson, *The economic theory of the multinational enterprise*, Macmillan 1985
- Chandler, A.D. *Strategy and structure. Chapters in the history of the American industrial enterprise*, Cambridge, Massachusetts: The M.I.T. press 1962
- Cliteur, P.B. en A. Ellian, *Capita encyclopedie en rechtsfilosofie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005

- Croucher, R. I. Ipatova en J. Santoro *Insights into IFRS, KPMG's practical guide to International Financial Reporting Standards*, 4th edition 2007/8, Thomson 2007
- Coase, R.H. 'The nature of the firm', in: O.E. Williamson en S.G. Winter, *The nature of the firm. Origins, evolution and development*, New York-Oxford: Oxford University Press 1993
- Commissie Corporate Governance (Commissie Tabaksblad) *De Nederlandse corporate governance code. Beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen*, 9 december 2003, www.corpgov.nl.
- Denie, A.H.R.M. *De overheid in de omzetbelasting* (FM nr. 43), Deventer: Kluwer 1987
- van Dijck, J.E.A.M. *Belastingheffing ongeacht de rechtsvorm*, Belastingconsulentendag 1984, Deventer: Fed 1984
- Dorresteyn, A.F.M. *Substance over form in het ondernemingsrecht* (oratie), Deventer: Kluwer 2004
- Douma, S. en H. Schreuder *Economic approaches to organizations*, Upper Saddle River N.J.: Prentice Hall 2002
- MacDuffie, John Paul en Susan Helper 'Collaboration in Supply Chains: With and without Trust', in: Charles Heckscher en Paul S. Adler, *The Firm as a Collaborative Community*, New York: Oxford University Press 2006
- Dunning, J.H., J.A. Cantwell en T.A.B. Corley 'The theory of international production: some historical antecedents', in: P. Hertner en G. Jones, *Multinationals: theory and history*, Shaftesbury: Blackmore Press 1986
- Duuren, Tom van *De joint-venturevennootschap, een persoonsgebonden kapitaalvennootschap* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002
- Dymsza, W.A. *Multinational Business Strategy*, New York: McGraw-Hill 1972
- Dijstelbloem, H.G.M. *Fiscale faciliteiten bij interne reorganisaties van naamloze en besloten vennootschappen* (FM nr. 37), Deventer: Kluwer 1984
- Eccles, R.G. *The transfer pricing problem*, Massachusetts/Toronto: D.C. Heath and Company/Lexington 1985
- Eenhoorn, P.H., c.s. *Wegwijs in de Loonbelasting*, zevende druk, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2007
- Eijdsen, A. van *Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', onderdeel 'Invorderingswet'*, Deventer: Kluwer losbl.

- Elk, J.W. van, en M.H.H. van Lin in: *Entrepreneurschap in the Netherlands. SMEs and International co-operation*, Den Haag/Zoetermeer: Ministerie van Economische Zaken/EIM Business and Policy Research 2005
- Emmanuel, C., D. Otley en K. Merchant *Accounting for Management Control*, Londen: Chapman and Hall 1990
- Finkensieper, J.M.F. 'Fiscale eenheid vennootschapsbelasting en omzetbelasting. Van divergentie naar synthese', *WFR* 1989/346
- Fouraker, L.E. en J.M. Stopford 'Organizational structure and the multinational strategy', in: A. Kapoor en P.D. Grub, *The multinational enterprise in transition, selected reading and essays*, Princeton N.J.: The Darwin Press 1973
- Francesco, A.M. en B.A. Gold *International organizational behavior*, Upper Saddle River N.J.: Prentice Hall 1998
- Franken, H. *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, tiende druk, Deventer: Kluwer 2003
- Franken, W.K. *Aspecten van concernrecht*, Groningen: Verenigde Reproductie Bedrijven 1976
- Freeland, R.F. *The struggle for control of the modern corporation; organizational change at General Motors, 1924-1970*, Cambridge University Press 2001
- Fröhlich, F.W. *Multinationale ondernemingen, ontstaan, organisatie en management*, Utrecht: Het Spectrum 1976
- Gassler, Y.E. *De verkrijging van aandelen in de overdrachtsbelasting (FM nr. 117)*, Deventer: Kluwer 2006
- Geppaart, Ch.P.A. *Fiscale rechtsvinding (diss.)*, Amsterdam: NV Uitgeverij Fed 1965
- Geppaart, Ch.P.A. 'De rol van de wetgever in belastingzaken', in: *Macht en onmacht van de wetgever. Opstellen uitgegeven ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de Katholieke Hogeschool en het 15-jarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Tilburg*, Kluwer: Deventer 1978
- Gils, A.E.J. van *Cooperative Behavior in Small and Medium-Sized Enterprises: The Role of Strategic Alliances (diss.)*, Rijksuniversiteit Groningen 2000
- Graaf, F.J. de *De bestuursstructuur en de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen (diss.)*, Universiteit van Amsterdam 2005
- Gribnau, J.L.M. *Belastingrecht en ethiek in debat. Opstellen over ethische aspecten van belastingheffing*, Deventer: Fed 1999
- Groeneveld, Th. *Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', onderdeel 'Succes-siewet'*, Deventer: Kluwer losbl.

- Groeneveld, Th. *Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', onderdeel 'Wet op belastingen van rechtsverkeer-Registratiewet 1970',* Deventer: Kluwer losbl.
- Groenewegen, F.T. *Wetsinterpretatie en rechtsvorming*, Boom Juridische uitgevers 2006
- Groot, T.L.C.M. en H.C. Dekker *Management van strategische samenwerking*, Deventer Kluwer 2002
- Grapperhaus, F.H.M. *Belasting, vrijheid en eigendom*, Amsterdam: De Walburg Pers/Kluwer 1989
- Happé, R.H. *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming* (FM nr. 77), Deventer: Kluwer 1996
- Hertner, P. en G. Jones 'Multinationals: theory and history', in: P. Hertner en G. Jones, *Multinationals: theory and history*, Shaftesbury: Blackmore Press 1986
- Heithuis, E.J.W., P. Kavelaars en B.F. Schuver *Inkomstenbelasting*, derde druk, Deventer: Fed 2007
- Heithuis, E.J.W. *De handel in verlies- en herinvesteringsreservelichamen* (FM nr. 98), Deventer: Kluwer 2002
- Hilten, M.E., en B.G. van Zadelhoff *Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', onderdeel 'Wet op de omzetbelasting 1968',* Deventer: Kluwer losbl.
- Hilten, M.E. van, en H.W.M. van Kesteren *Omzetbelasting*, elfde druk, Deventer: Fed 2007
- Hofstra H.J., en L.G.M. Stevens *Inkomstenbelasting*, vierde druk, Deventer: Kluwer 1994
- Holdert, L.M. *Natuurschoonwet 1928*, Deventer: Kluwer 2008
- Honée, H.J.M.N. *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen*, Deventer: Kluwer 1981
- International Accounting Standards Board *International Financial Reporting Standards (IFRSs) 2008*, London: International Accounting Standards Committee Foundation (IASCF) 2008
- Jacoby, N.H. 'The multinational corporation', in: A. Kapoor en P.D. Grub, *The multinational enterprise in transition, selected reading and essays*, Princeton N.J.: The Darwin Press 1973
- Jong, M.G. de *Open en besloten bij commanditaire vennootschappen en fondsen voor gemene rekening*, Boom Juridische uitgevers 2001
- Kavelaars, P., A.C.G.A.C. de Graaf en A.J.A. Stevens *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Fed 2007
- Kamphuisen, P.W. *Gewoonterecht*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1935

- Kaplan, R.S. en A.A. Atkinson *Advanced management accounting*, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall 1989
- Kempen, M.L.M. van *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen*, Deventer: Tjeenk Willink 1999
- Kesteren, H.W.M. van *Fiscale rechtswil. Betekenis van oogmerken en keuzen voor de grenzen van de onderneming in de inkomsten-, vennootschaps- en omzetbelasting* (diss.), Arnhem: Gouda Quint bv 1994
- Kleijn, W.M. en J. van Duijvendijk-Brand *Zo zijn we getrouwd*, vierde druk, Deventer: Kluwer 1992
- Kluiver, H.J. de *Corporate governance en bestuur van privaatrechtelijke organisaties. Principes en praktijk*, Utrecht: Uitgeverij Lemma BV 2003
- Kok, Q.W.J.C.H. *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting* (diss.), Amersfoort: Sdu 2005
- Koopman, R.J. en J.B.H. Röben *Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', onderdeel 'Algemeen deel'*, Deventer: Kluwer losbl.
- Kramer, H.L.M. *Publiekrechtelijke gewoonte en publiekrechtelijk gewoonterecht in Nederland* (diss.), Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1942
- Langen, W.J. de *De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht* (deel 2), Alphen aan den Rijn: N. Samsom n.v. 1958
- Lindonk, Corina L. van *De onderneming en haar fiscale verschijningsvormen* (diss.), Arnhem: Gouda Quint bv, 1990
- Loyens & Volkmaars *Het nieuwe regime voor beleggingsinstellingen*, Deventer: Kluwer 1990
- Lievens, J., c.s. *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1987
- Löwensteyn, F.J.W. *Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint bv 1994
- Man, A.P. de en G.M. Duysters *Samenwerking en innovatie*, EZ onderzoeksreeks, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2002
- Marres, O.C.R. *Winstdrainage door renteaftrek. Beoordeling van artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969* (FM nr. 113), Deventer: Kluwer 2005
- Martens, C.J.M. en F. Sonneveldt *Wegwijs in de Successiewet*, twaalfde druk, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2007
- Meijer, D.G.A. *Winstdrainage*, Deventer: Fed 2001
- McGuire, J.W. *Theories of business behaviour*, Englewood Cliffs N.J.: Prentice-Hall Inc. 1964
- Moltmaker, J.K. *Belastingen van rechtsverkeer* (FM nr. 25), Deventer: Kluwer 1997

- Mourik, M.J.A. van, en A.J.M. Nuytinck *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2006
- Niessen-Cobben, R.M.P.G. *Wegwijs in de Algemene wet inzake rijksbelastingen*, zesde druk, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2007
- Niessen-Cobben, R.M.P.G. *Wegwijs in de Invordering*, derde druk, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2006
- Norden, G.J. van *Het concern in de BTW (FM nr. 122)*, Deventer: Kluwer 2007
- Olfen, M. van *Ondernemer en ondernemingsvermogen (diss.)*, Deventer: Kluwer 1989
- Oijen, P. van *Essays on Corporate Governance. With empirical analyses for the Netherlands (diss.)*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2000
- Overgaauw, J.A.C.A. en H.B.A. Verhoeven *Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', onderdeel 'Inkomstenbelasting'*, Deventer: Kluwer losbl.
- Perry, M.K. 'Vertical integration: determinants and effects', in: R. Schmalensee en R.D. Willig, *Handbook of industrial organization*, Amsterdam: North-Holland 1989
- Pontier, J.A. *Rechtsvinding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995
- Punt, E.N. en D.G. van Vliet *Douanerechten (FM nr. 90)*, Deventer: Kluwer 2000
- Raad voor de Jaarverslaggeving *Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen*, jaareditie 2007, Deventer: Kluwer 2007
- Raaijmakers, M.J.G.C. *Joint ventures (diss.)*, Deventer: Kluwer 1976
- Raaijmakers, M.J.G.C. *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006
- Reuvers, M.R. *Fiscaal scenario 2000*, Deventer: Kluwer 1988
- Reugebrink, J. en M.E. van Hilten *Omzetbelasting*, zevende druk, Deventer: Fed 1993
- Rost van Tonningen, M.G. *Megaconcerns. De dans om de wereldmacht*, Deventer/Alphen aan den Rijn/Diegem: Samsom 1999
- Schilfgaarde, P. van *Van de BV en de NV*, veertiende druk, bewerkt door J. Winter, Deventer: Kluwer 2006
- Schramade, W.P.J. en E.A. Visser *Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', onderdeel 'Venootschapsbelasting'*, Deventer: Kluwer losbl.
- Sillevis, L.W. F.H. Lugt en M.L.M. van Kempfen *Cursus Belastingrecht, Inkomstenbelasting*, Gouda Quint bv Arnhem, losbl.

- Slagter, W.J. *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over moeder-dochterverhoudingen*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1988
- Slagter, W.J. *Compendium Ondernemingsrecht*, achtste druk, Deventer: Kluwer 2005
- Slot, P.J. Ch.R.A. Swaak en M.S. Mulder *Inleiding mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005
- Snel, F.P.J. *Van moeders en dochters. Systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingsituaties* (diss.), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2005
- Soest, A.J. van *De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting* (diss.), Deventer: Fed 1983
- Sonderen, J.C.M. van *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting* (oratie), Deventer: Kluwer 1995
- Stevens, A.J.A. *Fiscale aspecten van de commanditaire vennootschap: een knelpuntenoplossing vanuit rechtsvergelijkend perspectief* (diss.), Deventer: Kluwer 2002
- Stevens, L.G.M. *Belastingheffing naar draagkracht*, Deventer-Alphen aan den Rijn: Kluwer-Samsom 1980
- Stevens, L.G.M. *FISCUS, ik ben je vriendje niet!*, Deventer: Kluwer 1997
- Stevens, L.G.M. *Inkomstenbelasting*, eerste druk, Deventer: Kluwer 2001
- Stevens, L.G.M. *Fiscale brandnetels. Evaluatie Wet IB 2001 in de winst sfeer*, Deventer: Kluwer 2004
- Stevens, L.G.M. *Fiscaal gezinsbeleid* (afscheidscollege) Deventer: Kluwer 2006
- Stevens, S.A. *De belaste overheid* (FM nr. 109), Deventer: Kluwer 2003
- Stevens, S.A. 'Bedrijfsopvolging bij kapitaalvennootschappen (ondernemingen in de vorm van een BV/NV); fiscaal-rechtelijke aspecten', in: *Bedrijfsopvolging. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Preadvies voor de Koninklijke Broederschap, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005
- Stopford, J.M. en L.T. Wells *Managing the multinational enterprise. Organization of the firm and ownership of the subsidiaries*, New York: Basic Books, Inc. Publishers 1972
- Storm, P.M. en S.M. van Steenbergen *Ondernemingsrecht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2000

- Straaten, J.C. van *Wegwijs in de Overdrachtsbelasting*, twaalfde druk, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2007
- Strien, J. van *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting* (FM nr. 119), Deventer: Kluwer 2007
- Swinkels, J.J.P. *De belastingplichtige in de Europese BTW* (diss.), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2000
- Terra, B.J.M. 'De fiscale eenheid vanuit Europees perspectief', in: *De ware koningin der Belastingen*, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J. Reugebrink, Deventer: Uitgeverij Fed bv 1990
- Timmerman, L. *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 1988
- Timmerman, L. c.s. *Concernverhoudingen*, Voordrachten en discussieverlag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001, Deventer: Kluwer 2002
- Verburg, J. *Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 1984
- Verdoner, L.A. *Fiscale aspecten van intercompany pricing in internationaal verband* (FM nr. 47), Deventer: Kluwer 1988
- Vereniging voor Belastingwetenschap *Internationale winstallocatie*, Rapport van de Commissie ter bestudering van de internationale winstallocatie, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 173, Deventer: Kluwer 1987
- Vereniging voor Belastingwetenschap *Internationale winstallocatie*, Bespreking van het rapport van de Commissie ter bestudering van de internationale winstallocatie, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 174, Deventer: Kluwer 1988
- Vereniging voor Belastingwetenschap *Fiscale eenheid VPB*, Rapport van de Commissie ter bestudering van de belastingheffing van concerns volgens artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 199, Deventer: Kluwer 1995
- Vereniging voor Belastingwetenschap *Fiscale eenheid VPB*, Bespreking van het rapport van de Commissie ter bestudering van de belastingheffing van concerns volgens artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 200, Deventer: Kluwer 1996
- Vereniging voor Belastingwetenschap *Samenwerkingsverbanden in de omzetbelasting*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 214, Deventer: Kluwer 2000

- Vereniging voor Belastingwetenschap *Samenwerkingsverbanden in de omzetbelasting*, Bespreking van het rapport van de Commissie ter bestudering van de samenwerkingsverbanden in de omzetbelasting, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 216, Deventer: Kluwer 2001
- Vereniging voor Belastingwetenschap *Rapport en bespreking van het rapport 'Samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 223, Deventer: Kluwer 2004
- Vereniging voor Belastingwetenschap *Rapport en bespreking van het rapport 'De terbeschikkingstellingsregeling in de inkomstenbelasting'*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 226, Deventer: Kluwer 2004
- Verstraaten, R.T.G. *Overdrachtsbelasting en kapitaalsbelasting*, vierde, herziene druk, Deventer: Gouda Quint bv 1999
- Vervloed, J.L.M.J. en W.B Bod *Wegwijs in de BTW*, negende druk, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2006
- Visser, E.A. *Verrekenprijzen; een drieluik* (FM nr. 115), Deventer: Kluwer 2005
- Vries, N.H. de en R.J. de Vries *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, Gouda Quint bv Arnhem, losbl.
- Vries, R.J. de *De samenloop van concernbepalingen in de vennootschapsbelasting* (diss.), Deventer: Kluwer 1995
- Vos, J.F.J. *Corporate social responsibility and the identification of stakeholders*, Groningen: Research School Systems, Organisation and Management, RUG Groningen 2002
- Vergoossen: R.G.A. en A. de Bos *Externe financiële verslaggeving*, Deventer: Kluwer 2005
- Vergoossen, R.G.A. *De nieuwe jaarverslaggeving*, Deventer: Kluwer 2007
- Vijfeijken, I.J.F.A. van *Fictieve erfrechtelijke verkrijging in de Successiewet* (FM nr. 100), Deventer: Kluwer 2002
- Williamson, O.E. *The economic institutions of capitalism*, New York-London: The Free Press 1985
- Williamson, O.E. 'Transaction costs economics', in: R. Schmalensee en R.D. Willig, *Handbook of industrial organization*, Amsterdam: North-Holland Amsterdam 1989
- Zadelhoff, B.G. van *Belastingplichtige in de BTW*, tweede druk, Deventer: Fed fiscale brochures 2008
- Zwemmer, J.W. *Verliescompensatie* (FM nr. 35), Deventer: Kluwer 1995

JURISPRUDENTIEREGISTER

Er wordt verwezen naar onderdelen.

1933

HR 11 oktober 1933, nr. 21 310, *B*. 5480 6.2.1

1957

HR 20 februari 1957, nr. 563, *BNB* 1957/98 11.3.1

1962

HR 19 december 1962, nr. 14 908, *BNB* 1963/71 6.2.1

1963

HR 20 juni 1963, nr. 15 057, *BNB* 1963/313 6.3.9

HR 9 oktober 1963, nr. 15 090, *BNB* 1964/29 6.2.1

1965

TC 12 april 1965, nr. 9722 0, *BNB* 1965/229 8.2.4

1971

HR 21 april 1971, nr. 16 535, *BNB* 1971/158 6.3.9

1974

HR 16 januari 1974, nr. 17 181, *BNB* 1974/44 6.2.1

1976

Hof 's-Gravenhage 16 februari 1976, nr. 1/76, *BNB* 1976/251 6.3.9

1977

TC 28 november 1977, nr. 11 177, *BNB* 1978/89 8.2.5

1979

EHRM 13 juni 1979 (*Marckx*), *NJ* 1980, 462 5.3

1980

HR 19 december 1979, nr. 18 537, *BNB* 1980/45 8.3.1

HR 19 december 1979, nr. 18 830, *V-N* 1980/166 8.3.1

1982

Hof 's-Gravenhage 21 januari 1982, nr. 97/81, *BNB* 1983/101 8.2.8

1984

HR 4 juli 1984, nr. 22 272, *BNB* 1984/257 8.2.5

1985

HvJ EG 4 juli 1985, nr. 168/84 (*Günther Berkholz*),
Jurisprudentie HvJ 1985, p. 2251 8.2.3

HR 16 oktober 1985, nr. 23 033, *BNB* 1986/118 7.3.12

HR 6 november 1985, nr. 23 026, *BNB* 1986/45, *FED* 1986/844 8.2.5, 8.2.6

HR 13 november 1985, nr. 23 077, *BNB* 1986/4 7.3.4

1986

HR 26 november 1986, nr. 23 542, *BNB* 1987/129 10.3.2

EHRM 18 december 1986 (*Johnston*), *NJ* 1989, 97 5.3

1987

HR 18 maart 1987, nr. 23 674, *BNB* 1987/229 6.3.9

HR 6 november 1987, *NJ* 1988, 829 5.3

OK 3 december 1987 (*OGEM*), *WPNR* 5863 3.4.4

1988

HR 14 september 1988, nr. 25 005, *BNB* 1989/213 8.2.8, 8.2.9

1989

HR 22 februari 1989, nr. 25 068, *BNB* 1989/112 8.3.1

HR 1 maart 1989, nr. 25 329, *BNB* 1989/156 7.2.3

HR 10 maart 1989, *NJ* 1990, 24 5.3

HvJ EG 15 juni 1989, nr. C-348/87 (*SUFA*), *FED* 1989/559 8.2.10

1990

HR 23 maart 1990, *NJ* 1991, 149 en 150 5.3

HR 30 mei 1990, nr. 25 722, *BNB* 1990/241 8.3.1

HR 31 oktober 1990, nr. 26 018, *BNB* 1990/345 8.2.4

1991

HR 22 mei 1991, nr. 27 135, *BNB* 1991/241 8.2.6

HR 5 juni 1991, nr. 26 574, *BNB* 1991/243 8.2.6

HR 5 juni 1991, nr. 27 179, *BNB* 1991/222 8.2.7

HvJ EG 20 juni 1991, nr. C-60/90 (*Polysar Investments Netherlands BV*),
V-N 1991/2140 8.2.2

HR 27 november 1991, nr. 26 156, *FED* 1992/70 8.2.4

HR 18 december 1991, nr. 27 423, *BNB* 1992/112 6.3.9

HR 18 december 1991, nr. 27 833, *FED* 1992/249 8.3.1

1992

HR 25 november 1992, nr. 28 322, *BNB* 1993/103 6.3.9

1993

HR 16 september 1992, nr. 27 162, *BNB* 1993/223 8.2.4

1994

HR 6 april 1994, nr. 28 638, *BNB* 1994/217 6.2.2

EHRM 26 mei 1994 (*Keegan*), *NJ* 1995, 247 5.3

1995

| | |
|---|-------|
| Gerecht van Eerste Aanleg 12 januari 1995, nr. T-102/92 (<i>Viho</i>), <i>Jur.</i> 1995, II-17 | 3.6 |
| HR 21 juni 1995, nr. 30 485, <i>BNB</i> 1995/277 | 8.2.8 |

1996

| | |
|--|-------|
| HR 6 maart 1996, nr. 30 870, <i>BNB</i> 1996/164 | 6.3.9 |
| HvJ EG 12 mei 1996, nr. C-231/94 (<i>Faaborg-Gelting- Linien A/S</i>), <i>V-N</i> 1996/2120 | 8.2.3 |
| HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (<i>Wellcome Trust Ltd</i>), <i>V-N</i> 1997/1034 | 8.2.2 |
| HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-306/94 (<i>Régie Dauphinoise</i>), <i>BNB</i> 1997/38 | 8.2.2 |

1997

| | |
|---|--------------|
| HvJ EG van 20 februari 1997, nr. C-260/95 (<i>DFDS</i>), <i>V-N</i> 1997/1662 | 8.2.3, 8.2.4 |
| HR 23 april 1997, nr. 32 166, <i>BNB</i> 1997/301 | 8.2.9 |
| HvJ EG 15 mei 1997, nr. C-250/95 (<i>Futura</i>), <i>V-N</i> 1997/4242 | 7.3.15 |

1998

| | |
|---|-------|
| HR 18 februari 1998, nr. 33 346, <i>BNB</i> 1998/178 | 7.3.1 |
| Hof Arnhem 17 juni 1998, nr. 96/1455, <i>V-N</i> 1998/57.14 | 7.3.7 |
| HR 26 augustus 1998, nr. 33 662, <i>BNB</i> 1999/51 | 8.2.2 |
| HR 16 december 1998, nr. 33 987, <i>BNB</i> 1999/105 | 8.3.1 |

2000

| | |
|---|--------------|
| HR 26 januari 2000 (<i>Provincie Zuid Holland</i>), <i>NJ</i> 2000, 223 | 3.7 |
| HvJ EG van 27 januari 2000, nr. C-23/98 (<i>Heerma</i>), <i>BNB</i> 2000/297 | 8.2.6, 8.2.7 |
| OK 27 april 2000 (<i>Bot Bouw Groep</i>), <i>JOR</i> 2000/127 | 3.4.4 |
| HR 28 juni 2000, nr. 35 433, <i>V-N</i> 2000/33.23 | 8.3.1 |
| HvJ EG 14 november 2000, nr. C-142/99 (<i>Floridienne SA/Berginvest SA</i>), <i>V-N</i> 2000/53.17 | 8.2.2 |
| HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99 (<i>Emsland Stärke</i>), <i>BNB</i> 2003/169 | 8.3.2 |

2001

| | |
|---|-------|
| HR 21 februari 2001, nr. 35 415, <i>BNB</i> 2001/196 | 6.2.2 |
| HvJ EG 12 juli 2001, C-102/00 (<i>Welthgrove BV</i>), <i>V-N</i> 2001/42.14 | 8.2.2 |
| Hof 's-Gravenhage 23 oktober 2001, nr. 00/1106, <i>V-N</i> 2002/4.27 | 8.2.4 |

2002

| | |
|--|-----------------------|
| HR 26 april 2002, nr. 35 775, <i>BNB</i> 2002/275 | 8.2.1, 8.2.8 |
| HR 14 juni 2002, nr. 35 976, <i>BNB</i> 2002/287 | 8.3.1 |
| OK 30 juli 2002 (<i>Janson Holding</i>), <i>JOR</i> 2002/192 | 3.4.4 |
| HR 8 november 2002, nr. 37 002, <i>BNB</i> 2003/47 | 8.2.7 |
| HR 22 november 2002, nr. 36 272, <i>BNB</i> 2003/34 | 7.3.7, 7.3.12, 7.3.16 |

2003

| | |
|--|-------|
| HR 14 februari 2003, nr. 38 238, <i>V-N</i> 2003/12.17 | 8.3.1 |
| HR 21 februari 2003 (<i>HBG</i>), <i>JOR</i> 2003/57 | 3.4.5 |
| HvJ EG 26 juni 2003, nr. C-442/01 (<i>KapHag</i>), <i>V-N</i> 2003/34.14 | 8.2.7 |
| HR 7 november 2003, nr. 37 800, <i>BNB</i> 2004/66 | 8.2.5 |
| HR 22 november 2002, nr. 36 272, <i>BNB</i> 2003/34 | 1.2 |

2004

| | |
|--|--------|
| HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (<i>EDM</i>), V-N 2004/26.15 | 8.2.7 |
| HR 15 oktober 2004, nr. 38 879, <i>BNB</i> 2005/52 | 10.3.1 |

2005

| | |
|--|---------------|
| HR 4 februari 2005 (<i>Landis</i>), <i>JOR</i> 2005/58 | 3.4.4 |
| HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-472/03 (<i>Arthur Andersen</i>), V-N 2005/15.9 | 8.2.4 |
| HR 22 april 2005, nr. 40 562, <i>BNB</i> 2005/254 | 7.3.12 |
| HvJ EG van 12 mei 2005, nr. C-452/03 (<i>RAL (Channel Islands)</i>), V-N 2005/32.26 | 8.2.3 |
| HR 20 mei 2005, nr. 40 038, <i>BNB</i> 2005/260 | 7.3.7 |
| HR 14 oktober 2005, nr. 41 275, <i>BNB</i> 2006/7 | 7.3.12 |
| HvJ EG 13 december 2005, nr. C-466/03 (<i>Marks & Spencer</i>), <i>BNB</i> 2006/72 | 7.3.15, 8.3.1 |

2006

| | |
|---|--------------|
| HR 13 januari 2006, nr. 41 799, V-N 2006/6.20 | 7.3.15 |
| Rechtbank Arnhem 15 februari 2006, AWB05/819, V-N 2006/42.12 | 8.3.1 |
| HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (<i>Halifax</i>), <i>BNB</i> 2006/170 | 8.3.2 |
| HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-223/03 (<i>University of Huddersfield</i>), <i>BNB</i> 2006/171 | 8.3.2 |
| HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-419/02 (<i>BUPO Hospitals Ltd</i>), <i>BNB</i> 2006/172 | 8.3.2 |
| HR 10 maart 2006, nr. 38 044, <i>BNB</i> 2007/15 | 6.3.9, 9.3.1 |
| HvJ EG 23 maart 2006, nr. C-210/04 (<i>FCE Bank plc</i>), V-N 2006/18.24 | 8.2.3 |
| Rechtbank Amsterdam 22 mei 2006, nrs. 13/993039-04, 13/993016-03, en 13/993222-04, www.rechtspraak.nl | 2.2.5.2 |
| Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2006, nr. 01/02005, www.rechtspraak.nl | 8.2.8 |
| Rechtbank Arnhem 7 juli 2006, nr. 05/4260, V-N 2006/38.13 | 7.3.15 |
| Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2006, nr. 01/03309, V-N 2006/53.19 | 8.2.6 |
| HR 22 september 2006, nr. 42 444, V-N 2006/49.16 | 7.3.16 |
| Hof 's-Gravenhage 31 oktober 2006, nr. BK-05/00354, <i>Viditax</i> 13 november 2006 | 7.3.15 |
| Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2006, nr. 02/02029, www.rechtspraak.nl | 8.2.4 |
| Rechtbank Haarlem 11 december 2006, nr. 05/6526, V-N 2007/49.16 | 8.3.1 |
| Hof Arnhem 29 december 2006, nrs. 06/00239 en 06/00240, V-N 2007/19.16 | 8.3.1 |

2007

| | |
|--|---------------------|
| Rechtbank Breda 27 maart 2007, nrs. 05/2120 en 05/2122, <i>NTR</i> 2007/1224 en 1225 | 9.3.9 |
| Hof Arnhem 8 mei 2007, nr. 05/00357, V-N 2007/40.20 | 7.2.3 |
| Hof Arnhem, 31 mei 2007, nr. 04/01406, V-N 2007/46.24 | 10.3.6 |
| Hof Amsterdam 28 juni 2007, nr. P06/00124, www.rechtspraak.nl | 10.3.6 |
| Rechtbank Haarlem 3 juli 2007, nr. 06/4447, V-N 2007/54.2.4 | 10.3.6 |
| Conclusie A-G Wattel, 4 juli 2007, nr. 43 484, V-N 2007/47.16 | 7.3.15 |
| HR 13 juli 2007, Rek.nrs. R07/100HR (OK 135), R07/101HR (OK 136) en R07/102HR (OK 137), www.rechtspraak.nl | 2.2.5.2, 3.1, 3.4.5 |
| HvJ EG 18 oktober 2007, nr. C-355/06 (<i>J.A. van der Steen</i>), V-N 2007/48.19 | 8.2.1 |

Conclusie A-G Van Hilten 5 november 2007, nr. 43 742,
V-N 2008/12.21 8.2.4, 8.2.5

2008

Rechtbank Haarlem 17 januari 2008, nr. AWB06/6717,
Viditax 22 februari 2008 7.3.15

HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-425/06 (*Part Service Srl*), V-N 2008/11.17 8.3.2

Conclusie A-G Niessen 1 april 2008, nr. 41 537, V-N 2008/22.12 6.3.8

HvJ EG 22 mei 2008, nr. C-162/07 (*Ampliscientifica Srl, Amplifin Spa*),
V-N 2008/25.20 8.3.1

HR 11 juli 2008, nr. 41 949, V-N 2008/34.10 6.3.9

HR 11 juli 2008, nr. 43 484, V-N 2008/34.14 7.3.15

TREFWOORDENREGISTER

Er wordt verwezen naar onderdelen.

| | |
|--|---|
| 30%-regeling | 9.3.7 |
| A | |
| Aandeelhouder | 1.4.1, 2.2.5, 2.3, 3.3, 3.4, 3.4.1, 3.4.2, 3.4.4, 3.4.5, 5.5, 6.2.1, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.9, 6.4, 7.2.2, 7.3.1, 7.3.4, 7.3.5, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.14, 7.3.15, 7.3.16, 7.3.17, 7.4, 8.2.8, 8.3.1, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.8, 10.3.1, 11.3.6, 12.2, 12.5, 12.9 |
| Aandeelhoudersabsenteïsme | 3.4.1, 3.10, 4.2.2, 4.5, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.12, 10.3.1, 12.3 |
| Aandeelhoudersactivisme | 3.4.1, 3.6, 3.10, 4.2.2, 4.5, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.12, 10.3.1, 12.3 |
| Aandelen | |
| - | 1.1, 1.2, 2.2.5.1, 3.4.5, 3.6, 3.8, 3.9, 3.10, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3, 4.2.4, 4.5, 5.3.1, 5.5, 6.2.1, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.7, 6.3.9, 7.2.4, 7.3.1, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.4, 7.3.5, 7.3.7, 7.3.8, 7.3.10, 7.3.12, 7.3.15, 7.3.16, 7.3.17, 8.2.2, 8.3.1, 8.3.2, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3, 9.3.5, 9.3.6, 9.3.8, 10.1, 10.2.1, 10.3.1, 10.3.2, 10.3.4, 10.3.6, 11.3.6, 12.3, 12.5, 12.9 |
| bloot eigendom | 6.3.9 |
| certificaten | 3.4, 4.2.2, 6.3.5, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.11, 7.3.15, 7.3.16, 7.3.17, 7.4, 8.3.1, 8.3.2, 10.3.1, 10.3.6 |
| cumulatief preferente economische eigendom | 7.3.16, 8.3.1 |
| juridische eigendom | 1.1, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.12, 7.3.15, 7.3.16, 7.4, 8.3.2, 10.3.1, 10.3.6, 12.5 |
| optierecht | 6.3.9, 7.3.1, 7.3.15, 7.4, 10.3.1 |
| | 1.1, 2.2.5.1, 3.8, 4.2.4, 4.3.3, 6.3.5, 6.3.9, 7.3.7, 7.3.15, 7.3.16, 7.4, 8.3.1, 8.3.2, 10.3.1, 10.3.6, 12.3.2, 12.5, 12.9 |
| pandrecht | 3.4, 3.8, 4.2.2, 6.4, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.15, 7.4, 8.3.1, 8.3.2, 10.3.6, 12.5, 12.9 |
| preferente | 6.3.9, 7.3.7, 7.3.12, 7.3.16, 7.3.17, 8.3.2, 10.3.1, 11.3.6, 12.9 |
| prioriteitsrecht van vruchtgebruik | 7.3.7, 7.3.15, 7.3.16 |
| stemrechtloze | 3.4, 3.8, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.7, 7.3.12, 7.3.17, 7.4, 12.5 |
| | 3.4, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.15, 7.3.16, 7.4, 8.3.1, 10.3.6, 11.3.6 |
| winstrechtloze | 3.4, 7.3.7, 7.3.15, 7.3.16, 7.4, 10.3.6, 11.3.6 |

| | |
|----------------------------------|--|
| soort- | 6.3.9, 7.3.4, 7.3.7, 7.3.12, 7.3.15, 7.3.16, 7.3.17, 7.4, 10.3.1, 12.5 |
| stemrecht | 3.4, 3.4.1, 3.8, 3.9, 4.2.4, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.4, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.15, 7.3.16, 8.3.1, 8.3.2, 9.3.7, 10.3.1, 10.3.6, 11.3.6, 12.9 |
| potentieel stemrecht | 4.2.2, 4.2.4, 4.3.3, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.15, 7.3.16, 8.3.2, 9.3.6, 9.3.7, 10.3.1, 10.3.6, 12.9 |
| Aandelenfusie | 9.3.3 |
| Aanmerkelijk belang | |
| art. 4 lid 3 WBR | 10.3.1, 10.3.2, 10.3.3 |
| art. 4.6 Wet IB 2001 | 6.3.1, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.9, 7.3.3, 7.3.12, 7.3.17, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.5, 10.3.1, 11.3.6, 12.4, 12.6 |
| Aansprakelijkheid | 1.4.1, 3.10, 6.2.2, 6.3.4, 7.2.2 |
| Aanverwant | 1.3, 3.4.1, 3.7, 5.1, 5.4, 5.4.2, 6.3.1, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.7, 7.2.1, 7.3.2, 7.3.7, 7.3.8, 9.3.2, 9.3.8, 10.3.1, 10.3.2, 10.3.3, 11.3.1, 11.3.2, 12.3, 12.6, 12.8 |
| ABN AMRO | 2.2.5, 3.1, 3.4.5 |
| Achtergestelde lening | 7.3.7 |
| Administratiekantoor | 4.2.2, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.4, 7.3.15, 7.3.16, 7.4, 10.3.1, 12.5 |
| Adoptie | 5.2, 5.4.1 |
| Afhankelijke maatschappij | 3.4.2, 3.10 |
| Afschrijvingsbeperking vastgoed | 6.3.4, 7.3.3 |
| Agentschaptheorie | 2.2, 2.2.1, 2.2.3, 2.2.5, 2.2.5.2, 2.4, 7.4 |
| Ahold | 1.4.1, 2.2.5.2 |
| Antimisbruikfunctie | 6.3.5, 6.3.6, 6.4, 7.3.2, 7.3.4, 7.3.5, 7.3.8, 7.3.9, 7.3.10, 7.3.14, 7.3.16, 7.3.17, 9.3.8, 10.3.1, 12.5, 12.7 |
| Antiontgaansfunctie | 6.3.1, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.7, 6.3.9, 6.4, 7.3.1, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.5, 7.3.6, 7.3.7, 7.3.8, 7.3.9, 7.3.11, 7.3.14, 7.3.16, 7.3.17, 8.3.2, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3, 9.3.5, 10.3.1, 10.3.2, 10.3.3, 10.3.4, 10.3.6, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.4, 11.3.6, 12.4, 12.5, 12.7, 12.9 |
| Associate | 4.3.3, 4.4 |
| Autonomie, van fiscale begrippen | 1.3, 1.4.1, 11.3.6, 12.2 |
| B | |
| Banden | |
| economische | 8.3.2 |
| financiële | 8.3.2 |
| organisatorische | 8.3.2 |
| Bedrijfseconomie | 1.2, 1.3, 1.4.1, 2.1, 6.4, 7.4, 8.4, 9.4, 10.4, 11.4, 12.2, 12.5 |
| Bedrijfshuishouding | 2.1 |
| Bedrijfsopvolging | 6.2.2, 11.3.6 |
| Behavioral concept of the firm | 2.2.1 |
| Belang | |
| - | 1.1, 1.2, 1.4.1, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.14, 7.3.15, 7.3.16, 7.3.17, 7.4, 12.5, 12.7, 12.9 |
| aanmerkelijk | zie 'Aanmerkelijk belang' |
| art. 2 lid 7 Wet VPB 1969 | 7.3.1 |

| | |
|--|---|
| art. 3.46 Wet IB 2001 | 6.3.5, 7.3.4 |
| art. 4 WBR | 7.3.7, 10.3.1, 10.3.2, 10.3.3, 10.3.6 |
| art. 10a lid 7 Wet LB 1964 | 9.3.3 |
| art. 10a Wet VPB 1969 | 7.3.7, 7.3.8, 7.3.14, 8.3.1, 9.3.3, 9.3.6, 9.3.8, 10.3.6, 11.3.6, 12.4, 12.5, 12.7, 12.9 |
| art. 12c lid 5 Wet VPB 1969 | 7.3.11 |
| art. 13a lid 1 Wet VPB 1969 | 7.3.17 |
| art. 20a Wet VPB 1969 | 11.3.6 |
| art. 40 lid 4 INV 1990 | 1.2, 7.3.7, 10.3.1 |
| daadwerkelijk | 7.3.7, 10.3.1 |
| lucratief | zie 'Lucratief belang' |
| uiteindelijk | 7.3.16, 11.3.6 |
| volledig | 7.3.1 |
| voorgesteld begrip 'belang' | 7.3.7, 7.3.16, 8.3.2, 10.3.1, 12.9 |
| Beleggen, versus ondernemen | 6.2.2, 6.3.9, 7.2.1, 7.3.12, 7.3.13, 8.2.7, 10.3.1 |
| Beleidsafhankelijke maatschappij | 4.2.1, 4.2.2, 4.2.4 |
| Beleidsbepalende invloed | 4.2.2, 4.2.4, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.10, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.15, 7.3.16, 8.3.1, 8.3.2, 9.3.6, 9.3.7, 10.3.1, 10.3.6, 11.3.6, 12.9 |
| Beleidseis | 11.3.6 |
| Bemoeienis met de bedrijfsvoering, normale | 7.3.14 |
| Beschikkingmacht | 3.3, 4.2.1, 7.2.2 |
| Business combination | 4.3.3 |
| Bestuurderseis | 7.3.1, 12.5 |
| Bestuurders- en commissarissenstoets | 7.3.17 |
| Beziteis | 10.3.1, 10.3.2 |
| Bezitscriterium | 12.9 |
| Bezitsvormen | 1.1, 6.3.5, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.16, 7.3.17, 8.3.1, 8.3.2, 9.3.6, 9.3.8, 10.3.1, 10.3.6, 11.3.6, 12.9 |
| Bloedverwant | 1.4.1, 3.4.1, 3.4.4, 5.3.1, 5.3.3, 5.4.1, 5.4.2, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.7, 6.3.8, 6.3.9, 7.2.1, 7.3.2, 7.3.8, 9.3.2, 9.3.8, 10.3.2, 10.3.3, 11.3.2, 11.3.3 |
| Bloedverwantschap | |
| - | 1.5, 3.6.6, 5.3.1, 5.3.3, 5.4.1, 5.7, 11.2.1 |
| biologisch | 5.4.1, 6.3.2, 7.3.7, 10.3.4, 12.4 |
| juridisch | 5.4.1, 6.3.2, 7.3.7, 10.3.4, 12.4 |
| sociaal | 5.4.1, 6.3.2, 7.3.7, 10.3.4, 12.4 |
| Bodemlozeputlening | 7.3.12 |
| Bonding | 2.2.2, 2.2.5.2 |
| Broer | 5.4, 6.3.10, 10.3.4, 11.3.3 |
| BV | |
| - | 2.4, 3.3, 3.4, 3.4.1, 3.4.2.3, 3.4.4, 3.9, 4.2.4, 5.3.1, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.4, 7.2.1, 7.3.1, 7.3.2, 7.3.4, 7.3.7, 7.3.10, 7.3.12, 7.3.15, 7.3.17, 8.2.1, 8.2.3, 8.3.1, 9.3.1, 9.3.5, 10.3.1, 10.3.4, 10.3.6, 11.3.6, 12.3, 12.6 |
| eenmans- | 3.4.1, 3.4.2.3, 3.4.4, 7.2.2, 8.2.1, 9.3.1 |
| familie- | 3.4.1 |
| quasi-OV | 3.4.1, 7.2.2 |

C

| | |
|--|--|
| Centrale leiding | 2.2.5, 3.4.1, 3.4.2.2, 3.8, 3.9, 4.2.1, 4.2.2, 7.3.1, 7.3.7, 7.3.10, 7.3.11, 7.3.15, 8.3.1 |
| Certificaathouder | 4.2.2, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.4, 7.3.12, 7.3.15, 7.3.16, 9.3.5, 10.3.1 |
| 'Check-the-box'-regels | 7.2.2 |
| Commissie | |
| Frijns | 3.4.5 |
| Moltmaker | 11.3.1, 11.3.3, 11.3.6 |
| Stevens | 1.4.3 |
| Tabaksblat | 3.4.5 |
| Common Consolidated Corporate Tax Base | 7.1, 7.2.4 |
| Concern | |
| - | 1.2, 1.4.1, 1.5, 2.2.2, 2.2.4, 2.2.6, 2.3.1, 3.1, 3.4.1, 3.4.2.1, 3.4.4, 3.4.5, 3.5, 3.6, 3.7, 3.9, 4.2, 4.2.2, 4.2.3, 7.2.2, 7.2.4, 7.3.3, 7.3.4, 7.3.5, 7.3.7, 7.3.10, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.14, 7.3.15, 7.3.16, 7.3.17, 8.3.1, 9.2.2, 9.3.6, 9.3.7, 9.3.9, 10.3.6, 11.3.6, 12.2, 12.4, 12.5, 12.7, 12.9 |
| -fbi | 7.3.17 |
| -maatschappij | 7.3.10, 9.3.6 |
| art. 2a Uitv.besch. VPB 1971 | 7.3.14 |
| art. 8c lid 4 Wet VPB 1969 | 1.1, 7.3.6 |
| art. 9a lid 2 Uitv.besl. LB 1965 | 9.3.7 |
| art. 15 lid 1 onderdeel h WBR | 10.3.6 |
| voorgesteld begrip 'concern' | 6.3.4, 7.3.3, 7.3.6, 7.3.9, 7.3.10, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.14, 7.3.16, 9.3.7, 9.3.9, 11.3.6 |
| Concernfinancieringsmaatschappij (CFM) | 7.3.7 |
| Concernratiotoets | 7.3.10 |
| Concernrecht | 3.9 |
| Conglomeraat | |
| - | 2.2.4, 2.3.1, 3.4.2.2, 3.9, 7.2.2, 7.3.7, 7.3.10, 7.3.15, 8.3.1, 10.3.6, 12.5 |
| financiële | 3.8 |
| Consolidatie | |
| - | 4.2.2, 4.3.2, 7.3.15, 10.3.2, 11.3.6 |
| -concept | 4.2.2, 4.3.2 |
| -kring | 4.2.2, 7.3.10 |
| -plicht | 4.2.2, 4.3.2, 7.3.10 |
| -vrijstellingen | 4.2.2, 4.3.2 |
| Concentratie | 3.6 |
| Control | |
| - | 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 3.2, 3.3, 3.4.1, 3.4.2.1, 3.4.2.3, 4.2.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4, 6.2.1, 7.2.2, 7.3.5, 8.2.1, 8.2.2, 9.3.1, 12.2 |
| effective | 3.4.2.2 |
| power-to- | 3.4.2.3, 4.2.2, 4.3.2, 7.3.15, 8.3.1, 8.3.2 |
| Converteerbare obligatielening | 7.3.1, 7.3.7, 7.3.16, 10.3.1 |
| Conversierecht | 7.3.7 |
| Coöperatie | 3.4, 3.4.4, 4.2.4, 6.3.9, 7.3.4, 7.3.12, 7.3.15, 9.3.1, 9.3.3 |
| Corporate governance | 1.4.1, 2.2.5, 2.2.5.2, 3.4.5, 4.2.4.2 |

| | |
|--|--|
| Criterion | |
| formeel-juridisch | 1.2, 3.4.2.3, 3.4.4, 3.5, 4.2.3, 4.3.2, 4.4, 7.3.1, 7.3.4, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.15, 8.3.1, 9.3.5, 10.3.6, 12.2 |
| materieel-economisch | 1.2, 1.4.3, 3.4.1, 3.9, 4.5, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.10, 7.3.11, 7.3.14, 7.3.15, 7.3.16, 8.2.4, 8.3.1, 8.3.2, 9.3.5, 9.3.6, 9.3.7, 9.3.8, 10.3.1, 10.3.6, 11.3.6, 12.3, 12.7, 12.9 |
| CV | 3.3, 6.3.3, 6.3.9, 7.2.2, 7.3.12, 7.3.13, 7.3.17, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.5, 10.2.1, 10.3.1, 10.3.6, 11.2.1, 12.6 |
| CVR | 3.3, 6.3.3, 7.2.2, 7.3.15, 10.2.1, 10.3.1, 10.3.2, 11.2.1, 11.2.2 |
| D | |
| Deelgerechtigdheid | 6.3.9, 7.2.1, 7.3.12, 7.3.17, 10.3.1, 10.3.2 |
| Deelnemende onderneming | 3.8 |
| Deelnemerschapslening | 7.3.7, 7.3.12 |
| Deelneming | |
| - | 1.4, 3.6, 4.2.4, 7.2.3, 7.3.7, 7.3.14, 8.2.2, 8.3.1, 10.3.1 |
| art. 2:24c BW | 3.4.2.1, 3.4.2.3, 3.4.4, 3.8, 4.2.3 |
| art. 4 lid 4 WBR | 10.3.2 |
| art. 7a lid 2 Uitv.reg. SW 1956 | 11.3.6 |
| art. 11 lid 1 Wet DB 1965 | 7.4, 7.4.1 |
| art. 13 lid 2 Wet VPB 1969 | 6.3.9, 7.3.12, 7.3.13 |
| art. 47a AWR | 7.3.7 |
| beleidsafhankelijke gekwalficeerde | 4.2.3, 11.3.6 3.8 |
| laagbelaste beleggings- meerderheids- minderheids- substantiële | 7.3.13, 7.3.14, 7.3.17 4.3.2 4.3.3 3.8 |
| Deelnemingsverrekening | 7.3.13 |
| Deelnemingsvrijstelling | 1.4, 6.3.9, 7.3.12, 7.3.13, 7.3.15 |
| Deregulering | 1.3, 1.4.2, 1.4.3 |
| Directe methode | 7.2.1 |
| Directeur-grotaandeelhouder (dga) | |
| - | 1.2, 8.2.1, 8.2.2 |
| art. 4 onderdeel d Wet LB 1964 | 9.3.1 |
| art. 5 lid 2 Wet VPB 1969 | 7.3.2 |
| art. 6 lid 6 Wet LB 1964 | 9.3.2 |
| art. 19a lid 2 Wet LB 1964 | 9.3.5 |
| art. 29 lid 4 Uitv.reg. LB 2001 | 9.3.8 |
| Diversificatie | 1.3, 2.2.4, 2.3.2 |
| Dividendpolitiek | 2.2.6 |
| Dividendstripping | 6.2.3 |
| Dochtermaatschappij | 3.4.2.2, 3.4.2.3, 3.4.4, 3.7, 3.8, 3.9, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3, 4.3.2, 4.3.3, 4.4, 7.2.2, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.13, 7.3.15, 7.3.16, 8.3.1 |
| Dochteronderneming | 2.2.6, 3.8 |
| Doeleis | 10.3.1 |
| Doorbetaaldloonregeling | 9.3.1 |

E

| | |
|---------------------------------|---|
| Echtgenoot | 1.4.1, 3.4.1, 3.4.3, 3.4.5, 3.7, 5.3.1, 5.3.3, 5.4.2, 6.3.1, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.9, 7.3.2, 7.3.7, 7.3.8, 7.3.11, 9.3.1, 9.3.4, 10.3.1, 10.3.2, 10.3.3, 10.3.4, 10.3.5, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.4, 11.3.5, 12.3, 12.6, 12.9 |
| Echtscheiding | 5.2, 5.3.1, 6.3.3, 6.3.7, 6.3.9, 9.3.8, 10.3.1, 11.3.2, 11.3.3 |
| Economische eenheid | 1.4.1, 3.4.1, 3.4.2.1, 3.6, 3.9, 4.2.2, 6.2.1, 6.3.1, 7.3.1, 7.3.7, 7.3.10, 7.3.11, 7.3.15, 8.2.2, 8.3.1, 9.3.9, 12.5 |
| Eenheid in bedrijf en beroep | 8.2.2, 8.2.7, 8.3.1, 12.6 |
| Eigen kring | 6.3.4, 8.2.8, 8.2.9, 12.4 |
| Eenmansonderneming | 3.2, 3.4.1, 8.2.1 |
| Eenmanszaak | 6.3.9 |
| EESV | 3.3, 7.2.2 |
| Efficiency | 1.2, 1.4.4, 2.2.4, 12.8, 12.9 |
| Entiteit | 1.6, 4.2.1, 4.2.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.4, 6.3.3, 7.2.1, 7.2.2, 7.3.7, 7.3.15, 8.2.5, 8.3.1, 12.4 |
| Enquêterecht | 3.4.4 |
| Erkenning | 5.7 |
| EU-moederbeleggingsonderneming, | 3.8 |
| EU-moederholding, financiële | 3.8 |
| EU-moederkredietinstelling, | 3.8 |

F

| | |
|---|--|
| Facilitaire functie | 3.4.2.1, 3.4.4, 4.2, 4.2.1, 4.2.2, 5.5, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.10, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.6, 7.3.10, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.14, 7.3.15, 7.3.16, 8.3.1, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.4, 9.3.5, 9.3.6, 9.3.7, 10.3.4, 10.3.5, 10.3.6, 11.3.3, 11.3.5, 11.3.6, 12.4, 12.7, 12.9 |
| Familiale of andere nauwe persoonlijke band | 8.3.2 |
| Familiekring | 6.3.7, 6.3.9, 7.3.2, 7.3.4, 7.3.8, 7.3.12, 7.3.17, 10.3.3, 10.3.4 |
| Familieleden | 4.4, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.7, 6.3.10, 7.3.4, 7.3.5, 9.3.1, 10.3.4 |
| Familierecht | 1.2, 1.3, 1.4.1, 1.5, 5.1, 5.3, 5.4, 6.4, 7.4, 8.4, 9.4, 10.4, 11.4, 12.2, 12.3, 12.5, 12.6, 12.9 |
| Familierechtelijke betrekking | 1.3, 5.4, 5.4.1, 11.3.1, 12.3 |
| Familierelatie | 1.1, 4.4.2, 4.4.3, 4.6 |
| Family life | 5.3 |
| FGR | 6.3.9, 7.2.1, 7.3.12, 11.3.6 |
| Fictief legaat | 11.3.2 |
| Fictieve onroerende zaak | 10.3.1 |
| Financial accounting | 2.1, 4.1 |
| Financiële kruisverbanden | 3.9, 7.3.15 |
| Financiering | 2.1, 2.2.6, 3.4.2.2, 3.4.3, 3.9, 7.3.10, 7.3.14 |
| Fiscale beleggingsinstelling (fbi) | 1.2, 7.3.17 |
| Fiscale eenheid | - |
| - | 9.3.6, 11.3.4 |
| art. 7 lid 4 Wet OB 1968 | 1.1, 1.4.1, 1.5, 8.2.2, 8.2.3, 8.2.4, 8.2.8, 8.3.1, 8.3.2, 10.3.6, 12.5, 12.6 |

| | |
|--------------------------------------|---|
| art. 15 Wet VPB 1969 | 1.1, 1.2, 1.4.1, 1.5, 7.2.4, 7.3.1, 7.3.7, 7.3.10, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.15, 7.3.16, 7.3.17, 10.3.6, 12.4, 12.5, 12.6 |
| voorgesteld begrip 'fiscale eenheid' | 7.3.1, 7.3.15, 8.3.1, 9.3.6, 9.3.9, 10.3.6, 12.9 |
| Franchise | 2.2.6, 3.4.2.2 |
| Fraus legis | 8.3.2 |
| G | |
| Gangbaarheidstoets | 9.3.5 |
| Gebruikelijkloonregeling | 9.3.1, 9.3.5 |
| Geconserveerde waarde | 11.3.6 |
| Gelieerde samenwoner | 6.3.1, 6.3.6, 9.3.4 |
| Gedragstoezicht | 3.8 |
| Gelieerdheid | 1.1, 1.5, 6.4, 7.4, 8.4, 9.4, 10.4, 11.4, 12.1, 12.3, 12.4, 12.5, 12.9 |
| Gelieerd, nauw | 3.8 |
| Gelieerde uitgevende instelling | 3.8 |
| Gelijkgerichtheid | 1.4.1, 1.4.3 |
| Genotsrecht | 11.3.2 |
| Geobjectiveerde heffingsmaatstaf | 8.3.2 |
| Gerechtigde vaststelling vaderschap | 5.4.1, 12.3 |
| Geregistreerde partner | 3.4.1, 3.4.3, 3.4.5, 3.7, 3.8, 5.3.3, 5.4.1, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.8, 6.3.9, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.8, 7.3.11, 7.3.16, 8.3.2, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.4, 9.3.5, 9.3.8, 10.3.1, 10.3.3, 10.3.4, 10.3.5, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.4, 11.3.5, 12.3, 12.5, 12.6, 12.9 |
| Geregistreerd partnerschap | 1.3, 1.4.2, 5.1, 5.3, 5.3.1, 5.3.2, 5.3.3, 5.4.1, 5.4.2, 6.3.3, 6.3.5, 6.3.8, 7.3.8, 11.2.2, 12.3, 12.6 |
| Gescheiden leven, duurzaam | 6.2.2, 6.3.1, 6.3.6, 8.3.2, 9.3.1, 10.3.1, 11.3.1, 12.9 |
| Gezin | 1.3, 5.2, 5.3, 8.3.2, 12.3 |
| Gezinssociologie | 1.3, 5.2 |
| Groep | |
| - | 2.2.1, 2.2.6, 3.4.5, 3.6, 3.8, 4.3.2, 7.2.2, 7.2.4, 7.3.7, 7.3.17, 8.2.2, 8.2.4, 8.3.1 |
| art. 1 lid 1 onderdeel d WEOR | 3.5 |
| art. 2:24b BW | 1.2, 1.4.1, 2.2.5.2, 3.4.2.1, 3.4.2.3, 3.4.4, 3.9, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.4, 7.3.1, 7.3.10, 7.3.11, 7.3.15, 8.3.1, 9.3.6 |
| art. 3 lid 2 WOR | 3.5 |
| art. 12c Wet VPB 1969 | 1.1, 7.3.11 |
| art. 27e Wet LB 1964 | 9.3.6 |
| Groepsmaatschappij | 3.4.2.1, 3.4.2.3, 3.4.4, 3.4.5, 3.7, 3.8, 3.9, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3, 7.3.1, 7.3.11, |
| Grootkoopmanschap | 6.2.1, 6.3.9, 12.4 |
| Grootouder | 5.4, 6.3.3 |
| Group | 4.2.2, 4.3.2, 7.3.15 |
| H | |
| Heterarchy | 2.2.6 |
| Herbeleggingsreserve | 7.3.17 |
| Holding | 2.3.1, 3.4.4, 3.8, 4.2.1, 4.2.3, 6.3.6, 7.2.3, 8.2.2, 8.2.4, 9.3.1, 10.3.2, 11.3.6 |
| Holdingresolutie | 8.2.2 |

| | |
|------------------------------|---|
| Holistic concept of the firm | 2.2.1, 7.3.1, 7.3.12 |
| Houdsterstichting | 7.2.3 |
| Houdstervenootschap | 9.3.1, 10.3.2 |
| Huishouden | 6.3.1, 6.3.3, 6.3.5, 6.3.8 |
| Huishouding | |
| - | 5.3.1 |
| gemeenschappelijke | 6.3.6, 7.3.2, 7.3.7, 7.3.8, 11.3.3, 11.3.5 |
| gezamenlijke | 5.3.3, 6.3.1, 6.3.6, 9.3.4, 10.3.5, 12.9 |
| Huwelijk | 1.3, 1.4.2, 5.1, 5.2, 5.3, 5.3.1, 5.3.2, 5.3.3, 5.4, 5.4.1, 5.4.2, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.8, 6.3.9, 7.3.7, 7.3.8, 8.3.2, 9.3.4, 9.3.8, 10.3.1, 11.2.2, 11.3.1, 11.3.2, 12.3, 12.6, 12.9 |
| Huwelijksgemeenschap | 6.3.6, 6.3.9, 7.3.8, 7.3.16, 9.3.1, 11.2.2 |
| Huwelijksgoederenregime | 5.3.1, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.9, 7.3.8, 7.5, 9.3.1, 9.3.5 |
| Huwelijkvermogensrecht | 5.3.1, 5.3.2, 6.3.6, 12.3, 12.6 |
| Huwelijksvoorwaarden | 5.3.1, 6.3.6, 7.3.8, 12.3 |
| Hybride geldlening | 7.3.5, 7.3.7, 7.3.12, 7.3.15, 10.3.1 |
| I | |
| Inbreng | 7.2.2, 8.2.7, 10.2.1, 10.3.1, 10.3.4, 10.3.6 |
| Incentives | 2.2.3, 2.2.5.2 |
| Indirecte methode | 7.2.1 |
| Individualisering | 5.2 |
| Informatieasymmetrie | 2.2.3, 7.4 |
| Integratie | 1.3, 2.2.4, 2.2.6, 2.3.2, 3.9, 7.3.15 |
| Interne-organisatieleer | 1.3, 2.1, 2.2, 2.2.1 |
| Interne reorganisatie | 10.3.6 |
| Interpretatiemethode, | |
| wetshistorische | 7.3.10 |
| teleologische | 7.3.10 |
| Investeringsaftrek | 6.3.5, 7.3.4 |
| Investeringscentrum | 2.3.1 |
| J | |
| Jaarrekeningenrecht | 1.2, 1.3, 1.4.1, 2.1, 3.4.2.2, 3.9, 4.1, 6.4, 7.4, 8.4, 9.4, 10.4, 11.4, 12.2, 12.3, 12.4, 12.5 |
| Joint venture | 1.4.1, 2.2.6, 3.4.2.3, 3.4.3, 3.9, 4.2.3, 4.3.3, 4.4, 8.3.1, 12.5 |
| Juridische fusie | 6.3.9, 7.3.7, 7.3.8, 9.3.3 |
| K | |
| Kapitaalbelang | 2.2.6, 3.4.2.2, 3.4.2.3, 3.8, 3.9, 4.2.3, 4.3.2, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.2, 7.3.5, 7.3.7, 7.3.10, 7.3.15, 8.3.1, 9.3.2, 9.3.8, 10.3.1, 11.3.6, 12.3, 12.5 |
| Kind | |
| - | 3.8, 5.2, 5.3, 5.3.1, 5.3.3, 5.4, 5.4.1, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.8, 6.3.9, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.9, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.16, 8.3.2, 9.3.1, 9.3.3, 9.3.7, 10.3.1, 10.3.3, 10.3.4, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 12.3, 12.5, 12.9 |

| | |
|--|--|
| adoptie- | 5.2, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.7, 6.3.8, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.8, 9.3.2, 10.3.3, 10.3.4, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.5, 12.5 |
| art. 1.4 Wet IB 2001 | 6.3.2, 7.3.7, 11.2.1 |
| art. 4 AWIR | 6.3.2, 6.3.4 |
| 'eigen' | 4.3.3, 5.2, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.7, 6.3.8, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.8, 9.3.2, 10.3.3, 10.3.4, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.5, 12.5 |
| erkend | 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.7, 6.3.8, 7.3.3, 7.3.7, 9.2.2, 10.3.3, 10.3.4, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.5, 12.5 |
| klein-pleeg- | 5.4, 6.3.7, 6.3.8, 10.3.3, 10.3.4, 11.3.2 |
| stief- | 3.4.5, 3.7, 5.2, 5.3, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.7, 6.3.8, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.8, 10.3.3, 10.3.4, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 12.5 |
| van ongehuwde partner | 4.3.3, 5.2, 5.4.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.7, 6.3.8, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.8, 9.3.2, 10.3.3, 10.3.4, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.5, 12.5 |
| Koepelorganisatie | 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.8, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.8, 9.3.2, 10.3.3, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.5, 12.5, 12.6 |
| Kostencentrum | 8.2.10 |
| Kosten voor gemene rekening | 2.3.1 |
| | 8.2.9, 12.4 |
| L | |
| Lastenverlichting, administratieve | 1.4.3, 7.3.10 |
| Leiding | 2.2.5, 2.2.6, 2.3.1, 3.2, 3.4.4, 3.5, 3.8, 3.9, 4.3.2, 6.3.6, 6.3.9, 7.2.2, 7.3.5, 7.3.7, 7.3.14, 7.3.15, 7.3.17, 8.3.1, 8.3.2 |
| Levensgezel | 3.4.5, 3.7, 5.3.3, 6.3.1, 6.3.6, 6.3.9, 7.3.2, 7.3.7, 7.3.16, 8.3.2, 9.3.1, 9.3.4, 10.3.1, 10.3.5, 11.3.1, 11.3.3, 11.3.4, 12.9 |
| Licentieovereenkomst | 2.2.6, 3.9 |
| Lid | 7.3.1, 8.2.10 |
| LLC | 3.3 |
| LLP | 3.3 |
| Lucratief belang | 6.3.7 |
| M | |
| Maatschap | 3.3, 6.3.3, 8.2.6, 8.2.6, 8.2.7 |
| Maatschappelijk verantwoord ondernemen | 2.2.5.1, 4.2.4.1 |
| Management | 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.5.2, 2.2.6, 2.3.1, 4.2.2, 4.3.3, 6.3.7, 6.3.9, 7.3.5, 7.3.11 |
| Managementovereenkomst | 3.9, 6.3.6, 6.3.9, 7.3.7, 7.3.17, 8.3.2, 10.3.1, 12.9 |
| Management accounting | 2.1, 2.2, 2.2.1, 2.3, |
| Man/vrouwsamenwerkingsverband | 6.3.3, 6.3.6 |
| Meerderheidsbelang | 1.2, 4.2.1, 4.2.2, 4.4, 8.3.1 |
| Meerrelatie | 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.4 |
| Meesleepregeling | 6.3.9, 7.3.12 |
| Meetregeling | 6.3.9, 7.3.12, 9.3.1 |
| Minderheidsbelang | 2.2.6, 4.2.3, 4.2.4, 7.3.11 |
| Moederbeleggingsonderneming | 3.8 |

| | |
|---|--|
| Moederholding, financiële | 3.8 |
| Moederkredietinstelling | 3.8 |
| Moedermaatschappij | 3.4.2.1, 3.8, 3.9, 4.2.1, 4.2.2, 4.3.2, 4.4, 7.2.4, 7.3.7, 7.3.9, 7.3.12, 7.3.15, 7.3.17, 8.3.1, 10.3.2, 10.3.6 |
| Moederonderneming | 3.5, 3.6, 3.8 |
| Monitoring | 2.2.3, 2.2.5.2 |
| Multi-centre-structuur | 2.2.6, 8.3.1, 12.5 |
| Multinationale ondernemingen (MNO) | 1.3, 2.2.6, 3.9, 7.1, 7.2.4 |
| Multinationalisatie | 2.2.4, 8.3.1 |
| N | |
| Ne-bis-in-idembeginsel | 6.3.9, 7.3.12 |
| Neef | 5.4, 6.3.8 |
| Nicht | 5.4, 6.3.8 |
| Niet-beleggingseis | 11.3.6 |
| Notariële samenwoner | 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.4 |
| NV | |
| - | 3.2, 3.3, 3.4, 3.4.1, 3.4.4, 3.8, 3.9, 4.2.4, 5.3.1, 6.3.3, 7.2.2, 7.3.1, 7.3.2, 7.3.15, 7.3.17, 8.2.1, 8.2.4, 8.3.1, 9.3.1, 10.3.1, 10.3.6, 11.2.2, 12.3 |
| Beurs- | 3.4.1 |
| O | |
| Ondergrens | 1.1, 6.3.6, 7.3.5, 7.3.12, 8.3.1, 9.3.1, 9.3.8 |
| Onderlinge waarborgmaatschappij | 3.4, 3.4.4, 4.2.4, 7.3.12, 7.3.15, 10.3.6 |
| Onderling overleg | 3.8 |
| Ondernemingsraad | 3.5 |
| Ondernemingsrecht | 1.2, 1.3, 1.4.1, 1.4.2, 1.4.3, 1.5, 2.2.5.2, 3.1, 4.1, 6.4, 7.4, 8.4, 9.4, 10.4, 11.4, 12.2, 12.5 |
| Ondernemingswinstbelasting | 1.3, 1.4.2, 7.2.2, 7.3.12 |
| Ongehuwd samenlevende | 5.3.3, 6.3.1, 6.3.6, 9.3.4, 10.3.5, 11.3.3, 12.9 |
| Ongehuwd samenwonen | 1.3, 1.4.2, 5.2, 6.3.1, 6.3.3, 6.3.8, 7.3.8, 10.3.5, 11.3.3, 11.3.4, 12.3, 12.6, 12.9 |
| Ongehuwde samenwoner | 5.4.2, 6.3.1, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.9, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.8, 8.3.2, 9.3.1, 9.3.3, 9.3.4, 9.3.8, 10.3.1, 10.3.3, 10.3.4, 10.3.5, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.4, 11.3.5, 12.3, 12.5, 12.6, 12.9 |
| Onroerende-zaaklichaam | 10.2.1, 10.3.1, 10.3.2, 11.2.2 |
| Onroerende-zaakrechtspersoon | 10.3.1, 10.3.2 |
| Onzelfstandigheid | 8.2.4, 12.4 |
| Open norm | 1.3, 1.4.3, 2.2.5, 3.4, 6.4, 7.4, 8.4, 9.4, 10.4, 11.4, 12.1, 12.7, 12.9 |
| Opt-in-regeling | 7.3.11 |
| Opt-out-regeling | 7.3.11 |
| Organisatiestructuur | |
| H-vorm | 2.3.1 |
| M-vorm | 2.2.4 |
| U-vorm | 2.2.4 |
| Organisatorische of functionele eenheid | 9.3.9 |
| Ouder | |
| - | 5.2, 5.3, 5.3.3, 5.4, 5.4.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.8, 6.3.10, 7.3.8, 11.3.5, 12.3 |

| | |
|--|---|
| adoptief- | 5.4.1, 6.3.6 |
| 'eigen' | 6.3.6 |
| groot- | 5.4, 6.3.3 |
| pleeg- | 5.3, 6.3.6, 7.3.2, 7.3.8 |
| stief- | 5.4.1, 6.3.6, 6.3.8, 7.3.8 |
| Ouderschap | |
| – | 5.2, 5.4.1 |
| biologisch | 5.4.1, 12.4, 12.5 |
| juridisch | 5.4.1, 12.4, 12.5 |
| sociaal | 5.4.1, 12.4, 12.5 |
| OV | 3.3, 3.4, 3.4.1, 6.3.3, 6.3.6, 7.2.2, 10.2.1, 10.3.1, 11.2.1 |
| Overeenkomst | 3.11, 7.3.7, 8.3.2 |
| Overname | 2.2.5.2, 4.2.1, 7.3.15, 9.3.3 |
| OVR | 3.3, 6.3.3, 6.3.6, 7.2.2, 7.3.15, 10.2.1, 10.3.1, 10.3.2, 11.2.1, 11.2.2 |
| Ownership en control, scheiding tussen | 3.2, 3.3, 3.4.1, 6.2.1, 7.2.2, 8.2.1, 8.2.2, 9.3.1 |
| P | |
| Parent | 4.3.2 |
| Partage | 8.2.6, 12.4 |
| Participatie-eis | 7.3.1 |
| Partner | |
| – | 1.1, 1.2, 3.4.3, 4.3.3, 5.2, 5.4.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.8, 6.3.9, 6.3.10, 7.3.2, 7.3.7, 7.3.8, 7.3.11, 8.3.2, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.5, 9.3.8, 10.3.1, 10.3.3, 10.3.4, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.4, 11.3.5, 12.3, 12.5, 12.6 |
| art. 1.2 Wet IB 2001 | 1.1, 1.2, 1.5, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.8, 6.3.9, 6.3.10, 7.3.7, 7.3.8, 9.3.8, 10.3.3, 12.5, 12.7 |
| art. 3 AWIR | 6.3.6 |
| art. 18 lid 1 Wet LB 1964 | 9.3.4 |
| art. 25 en 26 SW 1956 | 11.3.4 |
| geregistreerde | zie 'Geregistreerde partner' |
| voorgesteld begrip 'partner' | 6.3.1, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.8, 6.3.9, 7.3.3, 7.3.11, 7.3.12, 9.3.4, 9.3.5, 10.3.4, 10.3.5, 11.3.3, 12.9 |
| Partnerarbitrage | 6.3.1, 6.3.9 |
| Personal holding | 4.2.2 |
| Personele unie | 3.9 |
| Personenrecht | 1.2, 1.3, 1.4.1, 5.1, 6.4, 7.4, 8.4, 9.4, 10.4, 11.4, 12.1, 12.3, 12.5, 12.6, 12.9 |
| Personenvennootschap | 3.3, 3.4.1, 3.8, 6.3.6, 7.2.2, 7.3.1, 8.2.4, 8.2.7, 10.2.1, 10.3.1, 10.3.2, 10.3.4 |
| Pluriformiteit, van begrippen | 1.3, 6.3.1 |
| Prudentieel toezicht | 3.8 |
| R | |
| Rechtspersoonlijkheid | 3.3, 3.9, 7.2.2, 10.2.1, 10.3.1, 10.3.3 |
| Rechtstheoretische kwestie | 1.3, 1.4.4, 2.2.5, 3.4, 12.9 |
| Rechtsvormneutraliteit | 1.3, 1.4.2, 6.4, 7.4, 8.4, 9.4, 10.4, 11.4, 12.6 |
| Rechtszekerheid | 1.2, 1.4.2, 1.4.3, 7.3.10, 7.3.15, 12.1, 12.7 |
| Rechtvaardigheid | 1.4.2, 12.7 |

| | |
|---------------------------------------|--|
| Related party | 4.3.3 |
| Relatieontbinding, risico van | 5.2, 6.3.1, 7.3.6, 11.3.3, 12.9 |
| Relationele kenmerken, criteria met | 1.1, 11.4, 12.1 |
| Renteaftrekbeperkingen | 1.5, 7.3.7, 7.3.10 |
| Rentebox | 1.1, 7.3.11, 12.4, 12.7 |
| Richtlijnen voor de jaarverslaggeving | 4.1 |
| S | |
| Samenhangende groep | 9.3.6 |
| Samenlevingscontract | 5.3.3, 6.3.1, 6.3.4, 6.3.6, 11.3.1, 11.3.3, 11.3.4, 11.3.5 |
| Samensmelting van belangen | 4.2.1 |
| Samenstel van ondernemingen | 3.6 |
| Samenwerkingsverband | 1.4.2, 2.2.5, 6.2.1, 6.2.2, 6.3.3, 6.3.6, 7.2.2, 8.2.7, 8.3.2, 10.2.1, 10.3.1, 11.2.2 |
| Samenwerkingsvorm | 8.2.6, 8.2.7 |
| Scherpe norm | 1.4.3, 6.4, 7.4, 8.4, 9.4, 10.4, 11.4, 12.7 |
| Schijnlening | 7.3.12 |
| SE | 7.3.15 |
| Special Purpose Entity | 4.2.2, 4.3.3, 4.4 |
| Splitsing | 7.3.7, 7.3.8, 9.3.3 |
| Stakeholder | 2.2.5, 2.2.5.1, 3.4.2.2, 4.2.4.1 |
| Stakeholdersbenadering | 2.2.5, 3.1, 3.4, 6.2.1, 8.3.2 |
| Stichting | 3.4, 7.2.1, 7.2.3, 7.3.1, 7.3.2, 7.3.5, 7.3.15, 7.3.16, 8.2.10, 8.3.1, 9.3.5, 10.3.3, 10.3.6, 12.6 |
| Stork | 2.2.5.2, 3.1 |
| Strategische allianties | 1.3, 2.2.6, 2.2.7, 3.4.2.2, 7.2.2, 8.2.10, 8.3.1, 12.5 |
| Strategische planning | 2.4 |
| Structuurregeling | 3.4.2, 3.4.3, 3.5 |
| Subsidiary | 4.3.2, 4.3.3 |
| 'Substance over form' | 1.4.3 |
| SV | 3.3, 6.3.3, 10.3.1 |
| T | |
| Tabaksblat Code | 2.2.5.1, 3.4.5, 4.2.4.2, 6.3.1, 6.3.9, 7.3.2 |
| Tegenbewijsmogelijkheid | 4.2.1, 4.3.1, 4.3.3, 6.3.5, 6.3.6, 7.3.1, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.5, 7.3.7, 7.3.8, 7.3.11, 7.3.15, 8.3.1, 8.3.2, 9.3.1, 9.3.6, 9.3.7, 10.3.1, 10.3.6, 11.3.1, 11.3.4, 11.3.6, 12.2, 12.9 |
| Terbeschikkingstellingsregeling | 1.1, 1.2, 6.2.2, 6.3.1, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.7, 10.3.4.1, 12.4, 12.7 |
| Theory of the firm | 2.1, 2.2, 2.2.5.2 |
| Thincapmaatregel | 6.3.3, 7.3.10 |
| Transactiekostentheorie | 2.2.4, 2.2.5 |
| Transacties voor gemene rekening | 8.2.6, 12.4 |
| Transfer pricing | 2.2.6, 2.3.2, 7.2.4, 7.3.5 |
| Toezicht | 2.2.5.1, 3.4.2.3, 3.8, 7.1, 7.3.5, 12.5 |
| Transparantie, fiscale | 1.4.2, 6.2.1, 7.2.2, 8.2.4, 8.2.6, 8.2.7, 10.2.1, 10.3.1, 11.2.1, 11.2.2 |
| Tweere relatie | 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.4 |

U

| | |
|-----------------------------|---|
| Uiteindelijk gerechtigde | 6.2.3 |
| Uitkoopregeling | 7.3.15 |
| Uniformiteit, van begrippen | 1.2, 1.3, 1.4.4, 6.4, 7.4, 8.4, 9.4, 10.4, 11.4, 12.8 |
| Uniforme leiding | 3.9, 8.3.1 |

V

| | |
|--|---|
| Vage norm | 1.3, 1.4.4 |
| Vaste inrichting | |
| - | 1.5, 6.2, 7.2.1, 7.3.5, 7.3.13, 7.3.15, 8.2.3, 8.2.4, 8.3.1, 9.2.2, 12.4 |
| externe werking | 8.2.3 |
| interne werking | 8.2.3 |
| Vastgoeddeelneming | 7.3.13 |
| Verbondenheid | |
| economische | 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.3.2, 2.4, 3.4.1, 3.4.2.3, 3.4.4, 3.6, 3.9, 3.10, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3, 4.3.2, 4.4, 6.2.1, 6.3.6, 6.3.9, 6.4, 7.2.2, 7.3.1, 7.3.4, 7.3.7, 7.3.15, 7.4, 8.2.8, 8.3.1, 9.3.2, 9.3.8, 10.3.1, 10.3.6, 11.3.6, 12.2, 12.5, 12.9 |
| financiële | 2.2.1, 2.2.6, 2.2.7, 2.4, 3.2, 3.3, 3.4.1, 3.4.2.2, 3.4.2.3, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9, 3.10, 4.2.1, 4.2.3, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4, 6.3.6, 6.3.9, 6.4, 7.2.2, 7.3.1, 7.3.4, 7.3.7, 7.3.15, 7.4, 8.2.2, 8.2.8, 8.3.1, 9.3.2, 9.3.8, 10.3.1, 10.3.6, 12.2, 12.5, 12.9 |
| organisatorische | 2.2.1, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.6, 2.2.7, 2.3.1, 2.3.2, 2.4, 3.2, 3.3, 3.4.1, 3.4.2.2, 3.4.3, 3.4.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9, 3.10, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4, 6.2.1, 6.3.6, 6.3.9, 6.4, 7.2.2, 7.3.1, 7.3.2, 7.3.4, 7.3.7, 7.4, 8.2.2, 8.2.8, 8.3.1, 9.3.2, 9.3.8, 10.3.1, 10.3.6, 11.3.6, 12.2, 12.5, 12.9 |
| Verbonden lichaam | |
| - | 1.2, 7.3.4, 7.3.5, 7.3.16, 7.3.17, 9.3.8 |
| aanbevolen begrip 'verbonden lichaam' | 7.3.1, 7.3.3, 7.3.4, 7.3.5, 7.3.7, 7.3.9, 7.3.10, 7.3.16, 7.3.17, 8.3.2, 9.3.3, 10.3.1, 10.3.2, 10.3.3, 12.9 |
| art. 3.30a lid 11 Wet IB 2001 | 1.1, 6.3.4 |
| art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 | 6.3.4, 6.3.5, 6.3.6, 12.4 |
| art. 4 lid 6 WBR | 10.3.1, 10.3.3 |
| art. 4 lid 7 WBR | 10.3.1, 10.3.3 |
| art. 8 lid 6a Wet VPB 1969 | 7.3.3 |
| art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 | 1.1, 1.5, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.4, 7.3.5, 7.3.6, 7.3.7, 7.3.8, 7.3.9, 7.3.10, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.14, 7.3.17, 8.3.2, 9.3.3, 9.3.6, 9.3.7, 12.4, 12.5 |
| art. 12c lid 5 Wet VPB 1969 | 7.3.11 |
| Verbonden natuurlijk persoon | |
| aanbevolen begrip 'verbonden natuurlijk persoon' | 6.3.6, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.8, 8.3.2, 10.3.3, 12.9 |
| art. 4 lid 8 WBR | 10.3.1, 10.3.3 |
| art. 10a lid 5 Wet VPB 1969 | 1.1, 6.3.5, 7.3.4, 7.3.8, 7.3.17, 8.3.2, 9.3.6, 9.3.7, 10.3.3 |
| Verbonden onderneming | 3.8 |

| | |
|---|---|
| Verbonden persoon | |
| - | 1.2, 6.3.5, 7.3.2, 7.3.6, 9.3.3, 9.3.5, 9.3.8, 10.3.1, 11.3.5 |
| aanbevolen begrip 'verbonden persoon' | 6.3.3, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.7, 8.3.2, 9.3.1, 10.3.1, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3, 11.3.4, 11.3.5, 12.9 |
| art. 2 lid 1SW 1956 | 11.3.1 |
| art. 3.6 Wet IB 2001 | 6.3.1, 6.3.3, 6.3.6 |
| art. 3.30a lid 9 Wet IB 2001 | 6.3.4, 6.3.6 |
| art. 3.46 Wet IB 2001 | 6.3.4, 6.3.6 |
| art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001 | 6.3.6, 7.3.12, 12.4 |
| art. 8 lid 6a Wet VPB 1969 | 7.3.3 |
| art. 10 lid 5 SW 1956 | 11.3.2 |
| art. 24 SW 1956 | 11.3.3 |
| art. 32 lid 6 SW 1956 | 11.3.5 |
| kleine kring | 6.3.1, 6.3.6 |
| ruime kring | 6.3.4, 6.3.6, 7.3.12, 11.3.1 |
| Verbonden partijen | 2.2.6, 4.2.3, 4.3.3, 7.3.7, 8.3.2 |
| Verbonden vennootschap | |
| art. 10a lid 7 Wet LB 1965 | 9.3.3 |
| art. 10c lid 1 Wet VPB 1969 | 7.3.9 |
| Verbondenheidsarbitrage | 6.3.6 |
| Verbondenheidsvermoeden | 6.3.6, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.15, 7.3.16, 8.3.1, 8.3.2, 9.3.6, 9.3.7, 10.3.1, 10.3.6, 11.3.6, 12.9 |
| Vereenzelviging | 3.5, 3.7, 8.2.4, 12.4 |
| Vereenzelvigingsfunctie | 3.4.2.2, 3.4.3, 3.4.5, 3.7, 3.8, 4.2.2, 4.2.3, 4.3.3, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.7, 6.3.9, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.4, 7.3.5, 7.3.7, 7.3.9, 9.3.1, 9.3.3, 9.3.4, 10.3.1, 10.3.4, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.4 |
| Vereniging | 3.4, 3.4.4, 7.2.3, 7.3.1, 7.3.12, 7.3.15, 9.3.8, 10.3.1, 10.3.6, 12.5 |
| Verhandelbaarheid van participaties, vrije | 7.2.2, 10.3.1 |
| Verlengstukgedachte | 6.3.9, 7.3.12, 8.2.4, 8.2.10 |
| Verwevenheid | |
| economische | 8.3.1, 8.3.2, 12.5, 12.6 |
| financiële | 8.3.1, 8.3.2, 12.5, 12.6 |
| organisatorische | 8.3.1, 8.3.2, 12.5 |
| VOF | 3.3, 5.3.1, 6.3.3, 8.2.4, 8.2.6 |
| Vrijgestelde beleggingsinstelling (vbi) | 1.2, 7.3.17 |
| W | |
| Wetsvoorstel | |
| Beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst (29 676) | 5.3.1 |
| Belastingheffing op excessieve beloningsbestanddelen (31 459) | 1.1, 6.3.7, 6.3.9, 9.3.6 |
| Belastingplan 2007 | 1.2 |
| Constructiebestrijding (on)roerende zaken (30 061) | 8.3.2 |
| Invoering titel 7.13 BW (31 065) | 1.4.2, 6.3.3, 6.3.9, 7.2.2, 10.2.1, 10.3.1, 10.3.2, 10.3.6, 11.2.1, 11.2.2 |
| Reparatiewet Wft (31 468) | 3.8 |
| Titel 7.13 BW (28 746) | 3.3, 7.2.2, 7.3.15, 8.2.7, 10.2.1, 10.3.2 |

| | |
|-------------------------------------|--|
| Vereenvoudiging en flexibilisering | 3.4, 7.2.1, 7.3.4, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.15 |
| BV-recht (31 058) | 7.3.16, 8.3.1, 10.3.1, 10.3.6, 11.3.6 |
| Vrijgestelde beleggingsinstellingen | 7.3.17 |
| Werken aan winst | 1.2 |
| Wettelijke gemeenschap van goederen | 5.3.1, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.9, 7.3.8, 7.3.16, 9.3.1, 12.3, 12.6 |
| Wezenlijke invloed | 3.9 |
| Wholly-owned subsidiaries | 2.2.6, 8.3.1, 12.5 |
| Winstbewijs | 6.3.9, 7.3.12, 7.3.13 |
| Winstcentrum | 2.3.1 |
| Winstrecht | 6.3.3, 7.3.1, 7.3.4, 7.3.7, 7.3.12, 7.3.15, 7.3.16, 8.3.1, 10.3.1, 11.3.6 |
| Z | |
| Zeggenschap | |
| - | 1.1, 2.2.6, 3.2, 3.4.1, 3.4.2.2, 3.4.2.3, 3.5, 3.6, 3.8, 4.2.2, 4.2.3, 4.3.1, 4.3.2, 4.4, 6.3.4, 6.3.6, 6.3.9, 7.2.2, 7.3.1, 7.3.4, 7.3.5, 7.3.7, 7.3.11, 7.3.12, 7.3.15, 7.3.16, 7.3.17, 8.3.1, 8.3.2, 9.3.2, 9.3.8, 10.3.1, 11.3.6, 12.2, 12.5, 12.9 |
| doorslaggevende | 4.2.2, 6.3.6 |
| meerderheids- | 3.4.2.2, 4.4 |
| overheersende | 4.2.2, 6.3.6, 6.3.9, 7.3.7, 7.3.16, 8.3.2, 10.3.1 |
| overwegende | 3.8 |
| uiteindelijke | 7.3.7, 7.3.15, 7.3.16 |
| Zeggenschapsvermoeden | 4.3.1, 4.3.2, 4.4 |
| Zekerheid vooraf | 6.3.6, 6.3.9, 7.3.5, 7.3.7, 7.3.10, 7.3.16, 8.3.2, 10.3.1, 12.9 |
| Zelfstandige partijen | 8.3.2 |
| Zorgverbonden partnerschap | 6.3.1, 6.3.6 |
| Zuster | 5.4, 6.3.10, 10.3.4, 11.3.3 |
| Zustermaatschappij | 4.2.2 |
| Zustervenootschap | 7.3.3, 7.3.9, 7.3.11, 8.2.4, 9.3.7, 12.9 |

