

Fondsen voor gemene rekening; recente fiscale ontwikkelingen

Inleiding

Op 11 januari 2001 heeft de Belastingdienst Grote ondernemingen Amsterdam aan alle fondsbeheerders een brief gestuurd, waarin zij geïnformeerd worden over het nieuwe beleid voor fondsen voor gemene rekening (zie *Het Financieele Dagblad* 13 januari 2001, 'Belastingdienst wijzigt beleid beleggingsfondsen'). De Belastingdienst heeft daarmee een eind gemaakt aan de sinds 1997 bestaande onzekerheid omtrent de fiscale status van beleggingsfondsen die de vorm hebben van een fonds voor gemene rekening.

In dit artikel zal ik ingaan op de achtergrond en de redenen tot deze beleidswijziging, en de mogelijke gevolgen van het nieuwe beleid voor de praktijk. Voorts zal ik aandacht besteden aan een Besluit van 19 december 2000, waarin de Staatssecretaris van Financiën zijn beleid toelicht met betrekking tot het stapelen van personenvennootschappen, en vragen beantwoordt met betrekking tot het unanimitateisvereiste bij de toetreding of vervanging van commanditaire vennoten van een 'besloten' commanditaire vennootschap. Aangezien het besluit expliciet van toepassing is verklaard op fondsen voor gemene rekening, zal in dit artikel bij de belangrijkste onderdelen daaruit worden stilgestaan.

Het fonds voor gemene rekening in de Wet op de vennootschapsbelasting

Het begrip fonds voor gemene rekening is afkomstig uit de Wet op de vennootschapsbelasting. Het civiele recht kent geen specifieke regeling voor het fonds voor gemene rekening. Hoe een fonds voor gemene rekening civielrechtelijk zal worden gekwalificeerd, is afhankelijk van de wijze waarop de voorwaarden van beheer en bewaring zijn vormgegeven. Fondsen voor gemene rekening kunnen worden gekwalificeerd als maatschap of vennootschap onder firma of juist niet als personenvennootschap maar als administratievoorwaarden waaronder vermogensbestanddelen ten behoeve van beleggers worden beheerd.

In artikel 2 lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting is de volgende definitie van een fonds voor gemene rekening opgenomen:

'Onder fonds voor gemene rekening wordt verstaan een fonds ter verkrijging van voordelen voor

de deelgerechtigden door het voor gemene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden, mits van de deelgerechtigdheid in het fonds blijkt uit verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid. Een fonds voor gemene rekening wordt als onderneming aangemerkt. De bewijzen van deelgerechtigdheid worden als verhandelbaar aangemerkt indien voor vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist, met dien verstande dat ingeval vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fonds voor gemene rekening of aan bloed- en aanverwanten in de rechte linie de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt.'

Indien een beleggingsfonds aan de hiervoor vermelde omschrijving voldoet, is het belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Een dergelijk beleggingsfonds zal dan in beginsel jaarlijks 35% (30% over de eerste NLG 50.000) belasting moeten afdragen over de beleggingsvoordelen (bijvoorbeeld rente, dividend en vermogenswinsten). Voor fiscale doeleinden wordt een dergelijk beleggingsfonds veelal als een 'open' fonds aangeduid.

Beleggingsfondsen die niet onder de definitie van artikel 2 lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting vallen, worden als 'besloten' fonds aangemerkt. Belangrijk verschil met het 'open' fonds is dat een 'besloten' fonds niet een belastingsubject is voor de vennootschapsbelasting. Een 'besloten' fonds is fiscaal transparant, dat wil zeggen dat de Belastingdienst als het ware door het fonds heen kijkt naar de achterliggende participanten in het fonds, die afhankelijk van het beleggingsbeleid van het fonds, rente, dividend of vermogenswinsten kunnen genieten. Op 1 januari van dit jaar is het nieuwe inkomstenbelastingstelsel in werking getreden. Onderdeel van dit nieuwe systeem is de zogenoemde 'forfaitaire' rendementsheffing die van toepassing is op voordelen uit sparen en beleggen. In het nieuwe systeem wordt bij de particuliere belegger niet meer geheven over de rente en dividendinkomsten, doch over de nettowaarde van de participatie. Dit betekent dat iedere particuliere belegger over de nettowaarde van zijn participatie, ongeacht of het een 'besloten' of 'open' fonds betreft, een forfaitaire rendementsheffing van effectief 1,2% dient te betalen.

Vanwege de invoering van het nieuwe belastingplan hebben veel 'open' rente- en dividendgroefondsen geopteerd om met ingang van 1 januari 2001 het regime van de fiscale beleggingsinstelling deelachtig te worden (tot eind vorig jaar was een dergelijk groeifonds voor particuliere beleggers aantrekkelijk, aangezien rente- en dividendinkomsten die bij een directe belegging progressief belast zouden zijn geweest, via het 'open' fonds werden getransformeerd in belastingvrije vermogenswinsten. Aangezien in het nieuwe belastingstelsel niet meer geheven wordt over de rente- en dividendinkomsten die de particuliere belegger ontvangt, doch over een forfaitaire waarde van zijn participatie, werd de aantrekkelijkheid van dergelijke fondsen weggenomen.) Het regime van de fiscale beleggingsinstelling komt er in grote lijnen op neer dat alle beleggingsvoordelen (zowel inkomsten als vermogenswinsten (fiscale beleggingsinstellingen kunnen een herbeleggingsreserve vormen, waaraan het saldo van de in het betreffende jaar gerealiseerde koerswinsten en verliezen op effecten kan worden toegevoegd; het bedrag dat aan de herbeleggingsreserve mag worden toegevoegd, hoeft niet te worden doorgestoten) tegen een tarief van 0% worden belast. Op het eerste gezicht lijkt de fiscale positie van een 'open' fonds met de status van fiscale beleggingsinstelling identiek aan die van het 'besloten' fonds. In de eerste situatie is het fonds onderworpen aan vennootschapsbelasting doch tegen een tarief van 0%, terwijl in de tweede situatie vennootschapsbelasting op het niveau van het fonds geheel niet in beeld komt. Echter, een 'open' fonds met de status van fiscale beleggingsinstelling dient, anders dan een 'besloten' fonds, dividendbelasting in te houden over de doorgestoten beleggingsvoordelen. Daarbij is voorts van belang dat een dergelijk fonds, teneinde het 0%-tarief deelachtig te kunnen worden, de in een bepaald jaar behaalde beleggingsvoordelen uiterlijk in de achtste maand na afloop van dat jaar aan de participanten ter beschikking moet stellen. Over het bedrag van deze zogenoemde 'doorstootverplichting' dient het fonds in principe 25% dividendbelasting in te houden. Ten opzichte van het 'besloten' fonds heeft een 'open' fonds dat als fiscale beleggingsinstelling wordt aangemerkt derhalve als nadeel dat vanwege de doorstootverplichting gelden uit het fonds verdwijnen, welke het fonds, afhankelijk van het beleggingsbeleid, wellicht liever in portefeuille had willen houden (teneinde te voorkomen dat het gehele bedrag van de doorstootverplichting het fonds verlaat, zou het fonds ter voldoening aan de doorstootverplichting bonusparticipa-

ties in het fonds kunnen uitgeven; het bedrag waarvoor bonusparticipaties kunnen worden uitgegeven, zal echter in beginsel niet meer kunnen zijn dan het bedrag van de doorstootverplichting verminderd met het bedrag van de terzake verschuldigde dividendbelasting).

Overigens kan men zich de vraag stellen of onder het nieuwe inkomstenbelastingstelsel voor een dividendbelasting in binnenlandse situaties nog wel plaats is. De dividendbelasting had onder het oude systeem in binnenlandse situaties de functie van voorheffing. Onder het oude systeem gold voor de dividendbelasting in beginsel dezelfde belastinggrondslag (te weten het bedrag aan dividend) als voor de progressieve inkomstenbelasting. In het nieuwe belastingstelsel is het verband tussen dividendbelasting en inkomstenbelasting mijns inziens geheel komen te vervallen. De dividendbelasting wordt geheven over het dividend, terwijl de particuliere belegger een forfaitaire rendementsheffing van effectief 1,2% verschuldigd is over de nettowaarde van zijn participatie. Indien, om een voorbeeld te geven, op een participatie met een nettowaarde van NLG 1.000 in een bepaald jaar een dividend wordt uitgekeerd van NLG 100, moet meer dividendbelasting worden ingehouden (namelijk NLG 25) dan het bedrag dat de particuliere belegger ter zake van zijn participatie uiteindelijk verschuldigd is (namelijk NLG 12). De dividendbelasting blijft in internationale situaties, waar het een eindheffing is, wel zijn belang behouden. Ik zou me echter een regeling kunnen voorstellen waarbij 'open' fondsen met de status van fiscale beleggingsinstelling onder bepaalde voorwaarden kunnen worden ontslagen van de verplichting om dividendbelasting in te houden voorzover de beleggingsvoordelen worden doorgestoten aan particuliere beleggers die in Nederland woonachtig zijn (hetzelfde zou dan mutatis mutandis moeten gelden voor fiscale beleggingsinstellingen die de vorm hebben van bijvoorbeeld een NV of BV).

Om het regime van fiscale beleggingsinstelling deelachtig te kunnen worden, is een 'open' fonds, naast de hiervoor besproken doorstootverplichting, tevens aan een aantal andere beperkingen onderworpen, onder meer aangaande de deelgerechtigden in het fonds. Beperkingen die niet gelden voor een 'besloten' fonds. In dit kader zij erop gewezen dat met ingang van 1 januari 2001 een additionele aandeelhouders- toets voor fiscale beleggingsinstellingen is ingevoerd. Deze aandeelhouderstoets houdt in dat een niet-beurs-

genoteerd lichaam de status van fiscale beleggingsinstellingen niet deelachtig kan zijn indien natuurlijke personen een aanmerkelijk belang (5% of meer van het geplaatste kapitaal) in dat fonds hebben. Indien het fonds een officieel aan de effectenbeurs van Amsterdam genoteerde fiscale beleggingsinstelling is, geldt een toets van 25%.

Verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid

Zoals uit de definitie van het fonds voor gemene rekening blijkt, is de wijze waarop de bewijzen van deelgerechtigdheid verhandeld kunnen worden, bepalend voor het antwoord op de vraag of een fonds als 'open' of 'besloten' moet worden aangemerkt. Volgens de laatste volzin van artikel 2 lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting is sprake van verhandelbare participaties, en dus van een 'open' fonds, indien voor de vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist, *'met dien verstande dat ingeval vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fonds zelf of aan bloed- en aanverwanten in de rechte linie de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt'* (zie ook M.G. de Jong, *Open of besloten bij fondsen*; een evaluatie, MBB, nr. 6, juni 1988). Het cursief weergegeven deel is bij amendement van de heer Nootboom c.s. in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 terechtgekomen. De toenmalige staatssecretaris merkte met betrekking tot dit amendement het volgende op:

'Door de amendering van het oorspronkelijke voorstel, met name de omstandigheid dat bewijzen van deelgerechtigdheid niet als verhandelbaar worden aangemerkt indien ze uitsluitend aan het fonds kunnen worden vervreemd, leeft bij de bewindsman wel het gevoel dat migratie van open fondsen naar besloten fondsen mogelijk is geworden. Mocht de toekomstige ontwikkeling zodanig zijn dat de gelijkstelling tussen open fondsen en N.V.'s wordt gefrustreerd, dan zal wetswijziging moeten worden overwogen.'

Blijkens een resolutie uit 1988 (Resolutie van 29 augustus 1988, BNB 1988/329) is het Ministerie van Financiën, met name gelet op de hiervoor cursief weergegeven toevoeging, van oordeel dat uitsluitend de verhandelbaarheid van participaties in het fonds het onderscheidend criterium is bij de beoordeling van het 'open' dan wel 'besloten' karakter van het fonds. Van een niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen fonds (een 'besloten' fonds) is blijkens de

resolutie sprake indien het een fonds betreft waarbij

- a. hetzij de vervreemding van de participaties in beginsel onbeperkt kan plaatsvinden, mits daarvoor de toestemming van alle participanten is verkregen;
- b. hetzij de vervreemding van de participaties uitsluitend kan geschieden aan het fonds zelf of aan bloed- en aanverwanten in de rechte linie van de participant, zonder dat daarvoor de toestemming van alle participanten is vereist.

Het ministerie is voorts van mening dat indien de voorwaarden van het fonds beide mogelijkheden van vervreemding (dat wil zeggen zowel a. als b.) toestaan, sprake is van verhandelbare participaties, en het fonds derhalve als 'open' moet worden aangemerkt. In de fiscale literatuur zijn vraagtekens geplaatst bij de juistheid van dit standpunt, aangezien de onder b. opgenomen mogelijkheid veeleer moet worden gezien als een uitzondering op de algemene regel dat, wil een fonds als 'besloten' worden aangemerkt, de overdraagbaarheid van een participatie de goedkeuring behoeft van alle andere participanten.

Wat betreft de eis dat *alle* participanten hun toestemming moeten geven, zij verwezen naar een zeer recente uitspraak van het Hof Arnhem (Hof Arnhem 13 april 2000, nr. 00/0101, V-N 2000/40.5). Volgens het hof moet artikel 2 lid 3 sub c Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR), volgens welk artikel van een 'open' commanditaire vennootschap sprake is indien 'buiten geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van commanditaire vennoten kan plaatshebben, zonder toestemming van alle vennoten', zo worden gelezen dat er sprake is van een 'open' CV indien – buiten het geval van vererving of legaat – voor toetreding of vervanging van een commanditair vennoot geen van de (overige) vennoten (beherende of commanditaire) toestemming hoeft te geven. Indien het standpunt van het hof voor juist kan worden gehouden, zou een fonds reeds als besloten kunnen worden aangemerkt indien slechts een aantal participanten toestemming voor de vervreemding moeten geven. Volgens de Staatssecretaris van Financiën berust de uitspraak van het Hof Arnhem op een onjuiste lezing van artikel 2 lid 3 sub c AWR (zie Besluit van 19 december 2000, nr. CCP2000/2157M inzake beslotenheid van personenvennootschappen). Aangezien de staatssecretaris zich evenwel in het eindoordeel van het hof (dat toch sprake was van een open CV) kon vinden, is tegen deze uitspraak helaas geen cassatie ingesteld (zie in dit kader ook het arrest van

de Hoge Raad van 19 juni 1996, BNB 1996/306, inzake de verhandelbaarheid van vastgoedfracties in een beleggingsfonds. Volgens de statuten van het vastgoedfonds was de fractiehouder die zijn fracties wenst over te dragen verplicht deze aan te bieden aan de medefractiehouders; indien deze laatsten niet op de aanbieding ingaan, is de fractiehouder vrij de fracties te verkopen aan een derde; de Hoge Raad, in aansluiting op het Hof Den Haag, was van oordeel dat het fonds als 'open' zou moeten worden aangemerkt, aangezien voor de vervreemding aan een derde niet de goedkeuring van alle medefractiehouders was vereist.)

Toetreding van nieuwe participanten

In de definitie van het fonds voor gemene rekening in de Wet op de vennootschapsbelasting is niets bepaald over de toetreding van nieuwe participanten. Dit in tegenstelling tot artikel 32 lid 3 Wet belastingen van rechtsverkeer, dat voor kapitaalsbelastingdoeleinden een eigen definitie van beleggingsfondsen bevat. Deze definitie voorziet tevens in een bepaling met betrekking tot het toetreden van nieuwe participanten in het fonds. Een fonds wordt voor de kapitaalsbelasting als 'open' aangemerkt indien nieuwe participanten – niet zijnde bloed- of aanverwanten van een deelgerechtigde – tot het fonds kunnen toetreden, zonder dat daarvoor de toestemming van alle participanten is vereist. In dit kader is relevant hetgeen de toenmalige staatssecretaris opmerkte tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel inzake de fiscale kwalificatie van fondsen voor gemene rekening in de Wet op de belastingen van rechtsverkeer (Handelingen, TK 1970-1971, p. 242 en 243):

'Ik meen dat de formulering die toen in de Wet op de vennootschapsbelasting is ingebracht, het begrip 'besloten vennootschap' zodanig uitbreidt dat allerlei beleggingspools, zoals sindsdien is gebleken, die in feite geen besloten karakter hebben, toch onder de betrokken bepaling van de Wet op de vennootschapsbelasting als besloten fonds worden aangemerkt. Ik heb verleden jaar misschien de fout gemaakt dat ik te vlot met dat amendement [betreft het amendement van de heer Nooteboom c.s., aangehaald onder het kopje 'Verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid', GCvdW] akkoord ben gegaan, maar ik wil die fout nu bepaald niet herhalen.'

Door de toenmalige staatssecretaris werd derhalve reeds onderkend dat de definitie van het fonds voor

gemene rekening in de Wet op de vennootschapsbelasting niet geheel sluitend is, waardoor fondsen met kenmerken van een 'open' fonds, gelet op de definitie in de Wet op de vennootschapsbelasting, toch als 'besloten' moesten worden aangemerkt. Doordat in de definitie die geldt voor de vennootschapsbelasting niets is opgenomen met betrekking tot het toetreden van nieuwe participanten, bestaat ook voor 'besloten' fondsen een zekere mate van vrije verhandelbaarheid, namelijk via het fonds. Blijkens de definitie behoeft namelijk noch de overdracht van een participatie aan het fonds, noch de uitgifte van een nieuwe participatie de goedkeuring van de overige participanten. In 1997 maakte de Belastingdienst Grote ondernemingen in een aan alle fondsbeheerders gerichte brief kenbaar dat de Belastingdienst van mening is dat in dergelijke gevallen de analogie met 'open' fondsen voor gemene rekening zo manifest is, dat er aanleiding bestaat te onderzoeken of dergelijke fondsen terecht de status van besloten fonds claimen. Volgens het nieuwe beleid van de Belastingdienst diende een uitgifte van nieuwe participaties te worden gelijkgesteld met een vervreemding aan derden, hetgeen zou meebrengen dat wil een fonds als besloten aangemerkt worden, ook met betrekking tot het uitgeven van nieuwe participaties de goedkeuring van alle participanten nodig is. Het was echter de vraag of de wet wel ruimte bood voor een dergelijke restrictieve interpretatie. Aangezien sommige van dergelijke fondsen op dat moment reeds als 'besloten' fonds op de markt opereerden, was het mede in het licht van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, en de grote financiële gevolgen, voor de Belastingdienst moeilijk deze koerswijziging te effectueren. Dit leidde er in de praktijk toe dat bestaande fondsen buiten schot bleven en als 'besloten' op de markt konden blijven opereren, terwijl aan nieuwe spelers op deze markt die een vergelijkbaar fonds als 'besloten' fonds wilden introduceren de goedkeuring werd onthouden. Dit leidde tot een niet te rechtvaardigen verschil in behandeling tussen bestaande en nieuwe partijen en daarmee tot oneerlijke concurrentie in de financiële markt.

Mede naar aanleiding van reacties uit de markt is er bij de Belastingdienst Grote ondernemingen Amsterdam twijfel ontstaan of er bij de huidige stand van de wetgeving en jurisprudentie wel voldoende basis is voor het in 1997 geïntroduceerde beleid. De Belastingdienst heeft op 11 januari 2001 in een aan alle fondsbeheerders gerichte brief laten weten dat zij heeft besloten de stelling dat fondsen die zowel vrijelijk

participaties kunnen uitgeven als inkopen voor de vennootschapsbelasting wellicht als een 'open' fonds moeten worden aangemerkt, niet meer als richtsnoer te hanteren. De Belastingdienst lijkt daarmee te bevestigen dat de wijze van uitgifte van nieuwe participaties niet relevant is voor de kwalificatie van een beleggingsfonds voor vennootschapsbelastingdoeleinden.

Het stapelen van fondsen

De Staatssecretaris van Financiën heeft op 19 december 2000 een besluit doen uitkomen inzake de 'beslotenheid van personenvennootschappen' (Besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/2157M). De staatssecretaris heeft het besluit van overeenkomstige toepassing verklaard op fondsen voor gemene rekening. In het besluit licht de staatssecretaris zijn standpunt toe ten aanzien van het stapelen van personenvennootschappen. In het besluit wordt voorts ingegaan op het unanieme toestemmingsvereiste bij de toetreding of vervanging van commanditaire vennoten van een 'besloten' commanditaire vennootschap.

Onder het stapelen van vennootschappen wordt in het besluit verstaan de situatie waarin een 'besloten' (fiscaal transparant) lichaam deelneemt in een ander 'besloten' lichaam. De staatssecretaris neemt in dergelijke situaties aan dat de participanten van het deelnemende lichaam ook ieder individueel deelnemen in het onderliggende lichaam. Dit betekent mijns inziens niet dat de participanten in het onderliggende lichaam daarmee tevens worden geacht te participeren in het deelnemende lichaam. Restricties met betrekking tot de overdraagbaarheid van participaties die gelden op het niveau van het onderliggende lichaam, gelden tevens voor het participerende lichaam. Andersom zijn restricties ter zake van de overdraagbaarheid op het niveau van het deelnemende transparante lichaam mijns inziens niet tevens van toepassing op het onderliggende lichaam. Dit kan tot merkwaardige situaties leiden, hetgeen met de volgende voorbeelden kan worden verduidelijkt.

Voorbeeld 1

Uitgegaan wordt van een situatie waarin een (besloten) fonds als commanditair vennoot deelneemt in een (besloten) CV. De voorwaarden van het fonds bepalen dat de participaties in het fonds uitsluitend aan het fonds kunnen worden overgedragen, en voorts dat het fonds vrijelijk nieuwe participaties mag uitgeven. Met betrekking tot de CV geldt dat de toetreding en vervanging van vennoten de goedkeuring van alle venno-

ten behoeft. Stel voorts dat een nieuwe participant toetreedt tot het fonds. Volgens de voorwaarden van het fonds is daarvoor niet de toestemming van de participanten in het fonds nodig. Volgens het besluit worden de participanten in het fonds echter geacht tevens deel te nemen in de onderliggende CV. Dit heeft het merkwaardige gevolg dat wil de onderliggende CV het 'besloten' karakter kunnen behouden, met betrekking tot de toetreding van een nieuwe participant tot het fonds wel unanieme toestemming moet worden verkregen van alle vennoten van de CV. Andersom zullen alle participanten in het fonds toestemming moeten verlenen indien een commanditair vennoot zijn CV-belang aan een derde overdraagt.

Voorbeeld 2

Uitgegaan wordt van een situatie waarin een (besloten) CV deelneemt in een (besloten) fonds. De voorwaarden van het fonds bepalen dat de participaties in het fonds uitsluitend aan het fonds kunnen worden overgedragen, en voorts dat het fonds vrijelijk nieuwe participaties mag uitgeven. Met betrekking tot de CV geldt dat de toetreding en vervanging van vennoten de goedkeuring van alle vennoten behoeft. Stel voorts dat een nieuwe participant toetreedt tot het fonds. Ervan uitgaande dat het besluit zo moet worden begrepen dat de participanten in de CV geacht moeten worden tevens deel te nemen in het onderliggende fonds, doch niet andersom, zou de toetreding tot het fonds mijns inziens kunnen plaatsvinden zonder de toestemming van alle vennoten van de CV. Ik ben voorts van mening dat bij toetreding van een commanditaire vennoot tot de deelnemende CV, wel de goedkeuring nodig is van alle vennoten in de CV, doch niet van alle participanten in het fonds.

Uit het voorafgaande blijkt dat het deelnemende transparante lichaam wel onderworpen is aan de restricties met betrekking tot de overdraagbaarheid op het niveau van het onderliggende transparante lichaam, doch dat anderzijds het onderliggende lichaam niet gebonden is aan de restricties op het niveau van het deelnemende lichaam.

De vraag of sprake is van een transparant lichaam in de zin van het besluit, dient mijns inziens te worden beoordeeld vanuit een Nederlands perspectief. Indien bijvoorbeeld een Amerikaanse limited partnership, die in de VS niet belastingplichtig (derhalve transparant) is, deelneemt in een 'besloten' fonds in Nederland, zullen de participanten enkel dan geacht kunnen

worden tevens participant in het fonds te zijn indien de limited partnership ook naar Nederlandse maatstaven als 'besloten' kan worden aangemerkt. Dit zal evenwel niet het geval zijn indien volgens de voorwaarden van de Amerikaanse limited partnership, de overdraagbaarheid van participaties in de limited partnership enkel de goedkeuring van de general partner behoeft. Indien een buitenlandse personenvennootschap naar Nederlands fiscaal recht als 'open' moet worden aangemerkt, is het de personenvennootschap zelf, en niet de achterliggende participanten, die deelneemt in het Nederlandse 'besloten' lichaam.

Aangezien het beleid zoals vastgelegd in het besluit tot gevolg kan hebben dat lichamen die deel uitmaken van een stapelstructuur en als 'besloten' door het leven gingen, nu als 'open' zouden moeten worden aangemerkt, wordt aan dergelijke lichamen de gelegenheid geboden om binnen één jaar na publicatiedatum van het besluit de contracten aan te passen teneinde desgewenst alsnog aan de nieuwe eisen te voldoen. Volgens de letterlijke tekst van het besluit geldt de overgangsregeling enkel voor *personenvennootschappen* die deel uitmaken van een stapelstructuur. Fondsen voor gemene rekening die zo zijn vormgegeven dat zij niet zijn aan te merken als personenvennootschap, vallen daar niet onder. Het lijkt echter aan nemelijk dat de staatssecretaris bedoeld heeft de overgangsregeling tevens van toepassing te laten zijn op transparante lichamen, niet zijnde personenvennootschappen.

Enige aspecten aangaande het unanieme toetredingsvereiste

In voornoemd besluit gaat de staatssecretaris tevens in op een aantal aspecten samenhangend met het unanimitetsvereiste. Onder meer wordt ingegaan op de vraag hoe het besloten karakter van een 'besloten' CV waarin wordt deelgenomen door een andere 'besloten' CV kan worden gewaarborgd zonder dat de commanditaire vennoten van het deelnemende lichaam *rechtstreeks* hun individuele toestemming moeten verlenen. Volgens de staatssecretaris kan de oplossing hiervoor worden gezocht in de onderlinge contractuele verhoudingen tussen de vennoten van het deelnemende lichaam. In een beheersovereenkomst tussen de beherend vennoot en de commanditaire vennoten van de deelnemende CV wordt overeengekomen dat de beherend vennoot de toestemming verleent namens de deelnemende CV, onder de voorwaarde dat daaraan voorafgaand alle andere vennoten individueel hebben

aangegeven hun toestemming te willen verlenen. De vraag rijst hoe expliciet dit in de beheersovereenkomst moet worden geregeld. Kan worden volstaan met één algemene bepaling, waarbij door de zittende vennoten bij voorbaat goedkeuring wordt verleend ter zake van toekomstige overdrachten, dan wel dienen de zittende vennoten voorafgaand aan iedere afzonderlijke overdracht telkens aan de beherend vennoot bekend te maken of zij toestemming willen verlenen?

De staatssecretaris gaat ook in op de gevolgen van de vestiging van een recht van vruchtgebruik op een commanditaire participatie. Volgens de staatssecretaris is voor het vestigen van een recht van vruchtgebruik de toestemming nodig van alle vennoten, aangezien daarmee een wezenlijk deel van het economisch belang in een CV wordt vervreemd. Het vorenstaande brengt mee dat een 'besloten' fonds, waarvan de voorwaarden bepalen dat de participaties enkel aan het fonds kunnen worden overgedragen, in de visie van de staatssecretaris in beginsel het besloten karakter zal verliezen indien, ten gunste van een ander dan het fonds zelf, een recht van vruchtgebruik op de participaties wordt gevestigd. Uitgaande van een situatie waarin de juridische eigendom van een participatie bij de oorspronkelijke participant achterblijft, kan mijns inziens pas van een overdracht sprake zijn indien de economische eigendom daarvan is overgegaan. Dat is blijkens de jurisprudentie pas het geval indien het economisch belang nagenoeg geheel (90% of meer) is overgegaan op een ander. Indien enkel een deel van het economische belang op een derde overgaat, kan mijns inziens niet worden gesproken van een overdracht van een participatie, en tast het de transparantie van het hiervoor bedoelde fonds niet aan. Een andere vraag die opkomt, is wat de situatie is indien bijvoorbeeld ten gunste van een bank een pandrecht wordt gevestigd op een participatie in het fonds. De vestiging van het pandrecht zelf heeft mijn inziens geen gevolgen voor de fiscale status van het fonds. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat vestiging van een pandrecht civielrechtelijk mogelijk is. Teneinde de fiscale status van het hiervoor bedoelde fonds te waarborgen zal bij uitwinning van het pandrecht de participatie niet aan de bank mogen worden overgedragen, doch zal de afwikkeling in beginsel via het fonds moeten plaatsvinden.

In het besluit wordt ten slotte nog aandacht besteed aan Amerikaanse limited partnerships. Meer specifiek wordt ingegaan op de vraag of het toestemmingsver-

eiste van toepassing is op situaties waarin een partner die niet aan zijn verplichtingen voldoet uit de partnership wordt gezet. Volgens de staatssecretaris is de toestemming van de achterblijvende participanten niet nodig indien een participant die uit de partnership wordt gezet zijn aandeel krijgt uitgekeerd. Het toestemmingsvereiste is volgens de staatssecretaris bovendien niet aan de orde indien het belang van de 'defaulting' partner pro rata toevalt aan de achterblijvende partners. Indien evenwel het belang van de uitredende partner niet pro rata toekomt aan de achterliggende partners, dan wel de participatie wordt overgedragen aan een derde, dan dienen alle achterblijvende partners wel hun toestemming daarvoor te verlenen. Het standpunt dat voor overdracht aan een derde de toestemming van de andere participanten nodig is, lijkt mij terecht. Ook lijkt het mij logisch dat de 'defaulting' partner zelf niet toestemming hoeft te verlenen. Immers, in dat geval zou de 'defaulting' partner zijn eigen uittreding kunnen frustreren. Men kan zich echter de vraag stellen of een overdracht van een participatie binnen de groep van zittende participanten de goedkeuring behoeft van de achterblijvende participanten, nu de overdracht plaatsvindt binnen de beslotenheid van de zittende participanten in de partnership.

Slotwoord

Over fondsen voor gemene rekening is zeker het laatste woord nog niet gezegd. Het nieuwe beleid van de Belastingdienst Grote ondernemingen heeft tot gevolg dat de vrije uitgifte van participaties door het fonds het 'besloten' karakter van het fonds in beginsel niet aantast. De Belastingdienst heeft met dit beleid een eind gemaakt aan de ongelijkheid die na 1997 in de markt was ontstaan. Ook nieuwe aanbieders kunnen nu onder dezelfde voorwaarden als bestaande partijen 'besloten' fondsen in de markt zetten. Indien een beleggingsfonds onderdeel uitmaakt van een zogenoemde 'stapelstructuur' en deelneemt in andere 'besloten' lichamen is het van belang te onderzoeken welke beperkingen ten aanzien van de overdracht van participaties voor dat transparante lichaam gelden. De participanten in het fonds worden namelijk in een dergelijk geval geacht rechtstreeks te participeren in het onderliggende 'besloten' lichaam. De vraag of sprake is van een 'besloten' lichaam, dient te worden beoordeeld naar Nederlands recht. Dit kan tot gevolg hebben dat een Amerikaans fonds dat niet belastingplichtig is, en in de VS als 'besloten' entiteit wordt behandeld, in Nederland desondanks als 'open' kan worden gekwalificeerd. Indien een dergelijk lichaam

in een fonds participeert, zal enkel het lichaam zelf, en niet de achterliggende partners in dat lichaam, als participant worden aangemerkt in het fonds.

*Mr. G.C. van de Wetering
De Brauw Blackstone Westbroek N.V.
Linklaters & Alliance*
