

## **De commanditaire vennootschap en het fonds voor gemene rekening: de relevantie van het toestemmingsvereiste**

### **Inleiding**

De commanditaire vennootschap (CV) en het fonds voor gemene rekening (FGR) zijn in de praktijk veelvoorkomende rechtsvormen. Niet alleen worden zij vaak gebruikt bij fonds- en private equity-structuren, maar ook bij internationale concernstructuren, en zelfs bij het structureren van particuliere investeringen, zoals vastgoed- en scheepvaart-CV's.

Naast het feit dat er civielrechtelijke aandachtspunten zijn voor het gebruik van de CV en de FGR, dient de fiscaalrechtelijke kant van deze rechtsvormen goed in ogenschouw te worden genomen. Dit vanwege het hybride karakter van deze rechtsvormen. Vanuit fiscaal perspectief kunnen CV's en FGR's namelijk worden aangemerkt als transparant (met andere woorden, niet belastingplichtig) of niet-transparant (wél belastingplichtig). Er zijn verschillende toetsingscriteria aan de hand waarvan bepaald wordt of een CV of FGR als fiscaal transparant of niet-transparant dient te worden beschouwd. Een van deze criteria is of wordt voldaan aan het zogenoemde 'toestemmingsvereiste'. Daarbij verschilt het toestemmingsvereiste bij de CV van het toestemmingsvereiste bij de FGR.

CV's en FGR's kunnen daarnaast 'van kleur verschieten' indien bepaalde rechtshandelingen zich wel of niet voordoen in relatie tot het toestemmingsvereiste. Dit laatste kan (on)bedoelde fiscale consequenties tot gevolg hebben (voor de vennootschapsbelasting, dividendbelasting en inkomstenbelasting), omdat een transparante CV of FGR niet subjectief belastingplichtig is, in tegenstelling tot een niet-transparante CV of FGR.

Recentelijk is er een versoepeling gekomen in relatie tot het toepassen van het toestemmingsvereiste. Deze bijdrage zal om voornoemde redenen het toestemmingsvereiste bij de CV en de FGR nader uiteenzetten. Eerst zal een algemene omschrijving van de CV worden gegeven, gevolgd door een uiteenzetting van de fiscale aspecten daarvan. Daarna zullen de algemene en fiscale aspecten van de FGR aan bod komen. De bijdrage sluit af met een samenvatting.

### **CV**

#### *Algemeen*

De CV is een vennootschap, aangegaan tussen één of meer beherende vennoten die hoofdelijk aansprakelijk zijn, en één of meer commanditaire vennoten als geldschieters. De commanditaire vennoten zijn in beginsel niet verder aansprakelijk dan tot hun inbreng in de CV.

De CV is civielrechtelijk geregeld in het Wetboek van Koophandel (art. 19 t/m 21 en 30 lid 2), alsmede in artikel 7A:1655 e.v. van het Burgerlijk Wetboek. Ten tijde van het vervaardigen van deze bijdrage is het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek nog ahangig bij de Tweede Kamer.<sup>1</sup> De nieuwe regeling zal de bestaande wetgeving met betrekking tot de maatschap, vennootschap onder firma en CV vervangen en is onder meer van belang, omdat mogelijk wordt gemaakt dat de vennoten kunnen opteren voor de rechtspersoonlijkheid van de CV.<sup>2</sup>

### *Open CV versus besloten CV*

Fiscaalrechtelijk kan de CV worden onderscheiden in een 'open' en een 'besloten' CV. Deze fiscale classificatie heeft geen civielrechtelijke gevolgen.

De open CV is op grond van artikel 2 lid 1 sub a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB 1969) subjectief belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting, en op grond van artikel 1 lid 1 van de Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB 1965) subjectief belastingplichtig voor de dividendbelasting. Dit betekent dat winsten van de open CV in principe belast zijn met 25,5% vennootschapsbelasting (op grond van artikel 22 Wet VPB 1969) en dividenduitkeringen door de open CV in principe belast zijn met 15% dividendbelasting (op grond van artikel 5 Wet DB 1965, mogelijk verlaagd op grond van artikel 4 Wet DB 1965, of op grond van een belastingverdrag).

Een besloten CV is echter niet subjectief belastingplichtig (fiscaal transparant). Dit betekent dat voor fiscale doeleinden het resultaat van de CV direct wordt toegerekend aan de vennoten.

### *Classificatie open of besloten CV*

Het fiscale recht kent voor de open CV een definitie in artikel 2 lid 3 sub c van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR): 'open commanditaire vennootschap: de commanditaire vennootschap waarbij, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van commanditaire vennoten kan plaats hebben zonder toestemming van alle vennoten, behorende zowel als commanditaire'. Uit artikel 2 lid 1 sub a AWR vloeit voort dat deze definitie geldt voor alle belastingwetten waarop de AWR van toepassing is, waaronder de vennootschapsbelasting, dividendbelasting en inkomstenbelasting. Voor de beoordeling of een CV open of besloten is, is de toestemming bij toetreding en vervanging dus beslissend.

Volgens een besluit van de minister van Financiën<sup>3</sup> (hierna: het Besluit) is er sprake van een open CV als de toetreding

of vervanging van commanditaire vennoten (buiten het geval van legaat of vererving) plaats kan hebben zonder toestemming van alle vennoten, zowel behorende als commanditaire. Om het besloten karakter van een CV te waarborgen moeten volgens het Besluit dus alle vennoten, zowel de behorende als de commanditaire, per afzonderlijk geval van toetreding en vervanging toestemming verlenen. Overigens is het onvoldoende om een dergelijk toestemmingsvereiste statutair vast te leggen. Er zal ook feitelijk conform deze bepalingen moeten worden gehandeld.

In het Besluit gaat de minister van Financiën nader in op het toestemmingsvereiste. In de ogen van de minister vereist iedere wijziging de toestemming van alle vennoten, daarbij inbegrepen de vervanging van vennoten binnen de bestaande kring, tenzij de onderlinge verhouding tussen de vennoten niet wijzigt. Door middel van enkele voorbeelden geeft de minister van Financiën aan wanneer er sprake is van een dergelijke wijziging. Tevens wordt in het Besluit ingegaan op de invulling van het toestemmingsvereiste bij het zogenoemde 'stapelen' – het als entiteit deelnemen in een andere entiteit – van fiscaal transparante rechtsvormen (bijvoorbeeld besloten CV's). Uit het Besluit blijkt dat de minister van Financiën een strikte lezing van het toestemmingsvereiste aanhoudt.

Een belangrijke versoepeling is in het Besluit opgenomen ten opzichte van het voorgaande (inmiddels ingetrokken) besluit.<sup>4</sup> Goedgekeurd is namelijk dat de toestemming niet meer actief hoeft te worden verleend. Indien voor een toetreding of een vervanging van alle vennoten schriftelijk toestemming is gevraagd, en die toestemming niet binnen vier weken wordt geweigerd, mag ervan worden uitgegaan dat de toestemming is verleend.

### **FGR**

#### *Algemeen*

De FGR is een beleggingsfonds zonder rechtspersoonlijkheid. Zij geeft participaties uit en kent een voor het beheer verantwoordelijke beheerder, en voor de bewaring van de effecten waarin zij belegt, een verantwoordelijke bewaarder. De FGR houdt zich bezig met het behalen van voordelen door het voor gemene rekening beleggen (of anderszins aanwenden van gelden).

Anders dan de CV is de FGR niet als zodanig geregeld of zelfs genoemd in het Burgerlijk Wetboek. Ook in het civiele recht ontbreekt een definitie. In de meeste gevallen zal zij civielrechtelijk als maatschap worden gekwalificeerd.

#### *Open FGR versus besloten FGR*

In tegenstelling tot de wettelijke bepaling (zie verder hierna), wordt in het fiscale spraakgebruik onderscheid gemaakt tus-

1. Kamerstukken II 2002/03, 28 746.

2. Zie o.m. J.M. Gerretsen (red.), *De vennootschap volgens titel 7.13 BW*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2003.

3. Besluit van de minister van Financiën van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M.

4. Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 28 februari 2006, nr. CPP2005/2530M.

sen enerzijds open FGR's (waarmee bedoeld wordt op de belastingplichtige FGR zoals omschreven in art. 2 Wet VPB 1969), en anderzijds besloten FGR's (zijnde fiscaal transparant).<sup>5</sup>

De fiscale gevolgen van de classificatie van de FGR als open dan wel besloten zijn gelijk aan die van de open of besloten CV. Zoals blijkt uit de fiscale definitie, is de classificatie van de FGR afhankelijk van de verhandelbaarheid van de bewijzen van deelgerechtigdheid (hierna: participaties), en de toestemming die daarbij wel of niet benodigd is (zie verder hierna).

#### *Classificatie open of besloten FGR*

Artikel 2 lid 2 Wet VPB 1969 definieert de FGR als volgt:

'Onder een 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 lijn de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt.'

Op grond van artikel 2 lid 1 sub e Wet VPB 1969 is de FGR subjectief belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Tevens is de FGR subjectief belastingplichtig voor de dividendbelasting op grond van artikel 2 lid 1 Wet DB 1965.

Uit een besluit van de minister van Financiën<sup>6</sup> (hierna: het FGR-besluit) volgt dat zijns inziens:

1. van een besloten FGR allereerst sprake is indien de vervreemding van participaties kan plaatsvinden mits daarvoor de toestemming van alle participanten verkregen is. De feitelijke omstandigheden en de inhoud van de statuten of voorwaarden van deelneming bepalen daarbij of sprake is van het verlenen van toestemming bij het verhandelen van participaties;
2. daarnaast een FGR als besloten geldt indien de vervreemding van participaties uitsluitend kan geschieden aan het fonds zelf, of aan bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de participant, zonder toestemming van alle participanten.

In combinatie betekent dit dat actieve handel in participaties mogelijk is. Dit is een flexibelere invulling van het toestemmingsvereiste dan zoals dat voor CV's geldt. Het FGR-besluit sluit niet uit dat beide situaties tegelijkertijd van toepassing zijn.

Ook in het FGR-besluit is een belangrijke versoepeling opgenomen ten opzichte van het voorgaande (inmiddels ingetrokken) besluit.<sup>7</sup> Ook hier is namelijk goedgekeurd dat de toestemming niet meer actief hoeft te worden verleend. Indien voor een toetreding of een vervanging aan alle participanten schriftelijk toestemming is gevraagd, en die toestemming wordt niet binnen vier weken geweigerd, mag ervan worden uitgegaan dat de toestemming is verleend.

#### **Samenvatting**

De classificatie van een CV of FGR als open dan wel besloten hangt met name af van het toestemmingsvereiste zoals dat is opgenomen in de statutaire bepalingen van de overeenkomst, en de feitelijke naleving daarvan bij toetreding en (onderlinge) overdracht. Indien uit de statutaire bepalingen blijkt dat voor de toetreding in de CV of FGR en onderlinge overdracht van participaties, de toestemming is vereist van alle participanten, classificeert de CV of FGR als besloten en wordt deze fiscaal genegeerd. Echter, indien in de praktijk deze regels niet worden nageleefd, kan de CV of FGR fiscaalrechtelijk van kleur verschieten. Dit kan fiscaal ongewenste gevolgen hebben. Men dient dus altijd het toestemmingsvereiste in gaten te houden (ook bij stapelstructuren).

In dit kader is er recentelijk een belangrijke versoepeling gekomen in deze toestemmingsvereisten (het vier-weken-criterium). Dit is een tegemoetkoming voor de praktijk die het gebruik van de CV en de FGR aantrekkelijker zou moeten maken.

*Mr. drs. M. Beudeker  
Loyens & Loeff*

5. Besluit van de minister van Financiën van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1870M.

6. Besluit van de minister van Financiën van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1870M.

7. Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 27 maart 2006, nr. CPP2005/2579M.