

# Pandrecht op een commanditair belang of een lidmaatschap van een coöperatie

*Mr. H. A. Schuurman* \*

## Inleiding

Sinds jaar en dag bestaat er dikwijls om fiscale redenen belangstelling voor het gebruik van een commanditaire vennootschap als (tussen)houdstermaatschappij.<sup>1</sup> Sinds enkele jaren heeft de coöperatie eveneens aan populariteit gewonnen.<sup>2</sup> Ook hier spelen dikwijls fiscale motieven (mede) een rol; bijvoorbeeld voorkoming van de heffing van dividendbelasting<sup>3</sup> (die bij gebruik van een BV of NV wel verschuldigd is in geval van winstuitkeringen aan kapitaalverschaffers).

De toenemende populariteit als houdstermaatschappij, in combinatie met een steeds vaker geuite wens van financierende banken om ook de belangen in de (tussen)houdstermaatschappij verpand te krijgen, zeker in deze tijden van economische neergang, als de bank al überhaupt bereid is tot financieren, betekent dat verpanding van belangen in een commanditaire vennootschap of coöperatie vaker voorkomt.

In deze bijdrage ga ik in op de mogelijkheid van verpanding van een commanditair belang in een personenvennootschap en een lidmaatschap van een coöperatie en schets ik een aantal mogelijkheden en onmogelijkheden ten aanzien van de overgang van stemrecht in dergelijke gevallen. Ik richt mij dan in het bijzonder op een aantal civiele aandachtspunten die in ogenschouw moeten worden genomen bij vaak voorkomende fiscale eisen aan de structuur van de commanditaire vennootschap of coöperatie. Ik begin met een summier fiscale analyse die nodig is voor een goed begrip van de daarna te behandelen onderwerpen.

## Fiscale behandeling

Artikel 1 lid 1 Wet op de dividendbelasting 1965 bepaalt dat onder de naam 'dividendbelasting' belasting wordt geheven van degenen die gerechtigd zijn tot – kort samengevat – de winst van naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen

met beperkte aansprakelijkheid, open commanditaire vennootschappen en andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal (in de regel voor zover deze winst ook daadwerkelijk tot uitkering komt). Deze rechtspersonen en vennootschappen zijn inhoudingsplichtig ten aanzien van dividendbelasting.

In dit verband valt op dat de wetgever, in weerwil van artikel 19 lid 3 Wetboek van Koophandel (WvK) dat bepaalt dat een commanditaire vennootschap niet een in aandelen verdeeld kapitaal heeft, een commanditaire vennootschap ziet als een vennootschap met potentieel een in aandelen verdeeld kapitaal. Ook valt op dat de coöperatie in het geheel niet in het rijtje rechtspersonen en vennootschappen voorkomt.

Een commanditaire vennootschap is alleen dan inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting indien het een 'open' commanditaire vennootschap betreft. Een coöperatie kan alleen inhoudingsplichtig zijn voor zover de betreffende coöperatie, in de fiscale terminologie, kwalificeert als een 'andere vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal' (zie hierna).

In artikel 2 lid 3 onderdeel c Algemene wet inzake rijksbelastingen wordt het begrip 'open' commanditaire vennootschap gedefinieerd. Er is sprake van een open commanditaire vennootschap als de toetreding of vervanging van commanditaire vennoten plaats kan hebben zonder toestemming van alle vennoten. Omgedraaid is er sprake van een 'besloten' commanditaire vennootschap indien voor iedere toetreding of vervanging van een vennoot vooraf de toestemming van alle vennoten moet worden gevraagd<sup>4</sup> (hierna: de toestemmingseis). Het besloten karakter van een dergelijke commanditaire vennootschap moet zowel blijken uit de bepalingen van de overeenkomst van vennootschap als uit de feitelijke gedragingen.<sup>5</sup>

De vraag of een coöperatie als een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal heeft te gelden, valt uiteen in twee deelvragen. Deelvraag een is of een coöperatie als een vennootschap

\* Mr. H.A. Schuurman is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff.

1. C.Y. van Megchelen, De commanditaire vennootschap als zekerheidsobject, *V&O* 2006, p. 161.  
2. P.J. Dortmond, De zuivere holdingcoöperatie, een coöperatie?, in: G.J.H. van der Sangen, R.C.J. Galle & P.J. Dortmond (red.), *De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 7.  
3. M. Beudeker & H.A. Schuurman, The Dutch co-operative from a tax and legal perspective, *Tax Planning International European Tax Service* 2008, nr. 11, p. 4.

4. J.H.A. Verweij, Lagere eisen voor fiscale transparantie van beleggingsfondsen: een mooi afscheidscadeau van Zalm?, *V&O* 2007, p. 34.

5. Besluit van de minister van Financiën van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M, *Stcrt.* 2007, 15.

kan worden gezien, en deelvraag twee is of een coöperatie een in aandelen verdeeld kapitaal kan hebben.<sup>6</sup>

Zowel in het civiele als fiscale recht wordt onderscheid gemaakt tussen verenigingen, waaronder coöperaties, en vennootschappen. In beginsel dient de eerste deelvraag daarom ontkennend te worden beantwoord.

Voor het antwoord op deelvraag twee wordt teruggegrepen op een oud arrest van de Hoge Raad.<sup>7</sup> Daarin is bepaald dat een coöperatie fiscaal gezien een in aandelen verdeeld kapitaal kan hebben indien de deelneming in het kapitaal losstaat van het lidmaatschap. In die gevallen is, aldus de Hoge Raad, het persoonlijke karakter van het lidmaatschap op de achtergrond geraakt en staat het deelgenootschap in het vermogen voorop.

### Statutaire inrichting vanuit een fiscale optiek

Veelal wordt in de statuten van een coöperatie vastgelegd dat het lidmaatschapsrecht overdraagbaar is, maar dat voor overdracht toestemming nodig is van alle leden. Met deze toestemmingseis wordt getracht het persoonlijk karakter van het lidmaatschapsrecht te behouden ondanks dat wordt voorzien in de commercieel veelal gewenste mogelijkheid om over te dragen. In gevallen waarin deze commerciële wens niet speelt, kan in de statuten worden vastgelegd dat het lidmaatschap 'persoonlijk' is. In dit kader begrijp ik dat de fiscus (tot op heden) bereid is om desgevraagd schriftelijk te bevestigen dat een coöperatie waarvan het lidmaatschap niet persoonlijk is maar waarvan de statuten wel de hiervoor beschreven toestemmingseis bevatten (maar dan van toepassing op toetreding of vervanging van leden in plaats van commanditaire vennoten), niet als een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal heeft te gelden in de zin van de Wet op de dividendbelasting 1965.

### Overdraagbaarheid en verpanding

Het behoeft geen uitleg dat de toestemmingseis, indien vastgelegd in de overeenkomst van vennootschap (of in de statuten van een coöperatie), een beperking van de overdraagbaarheid van een commanditair belang (c.q. een lidmaatschap van een coöperatie) inhoudt en daarmee ook de verpandbaarheid beperkt.

Naar de letter van de fiscale regels geldt de toestemmingseis alleen voor de uitwinning van een pandrecht op een commanditair belang en niet voor het enkele vestigen daarvan. Althans, slechts ten gevolge van uitwinning treedt een vennoot mogelijk uit en wordt deze vervangen. Terecht kan men zich afvragen of de praktijk hier wel mee uit de voeten kan. Een pandnemer zal immers niet bij de uitwinning nog eens afhankelijk willen zijn van de toestemming van de pandgever en zijn medevennoten. Aan

de andere kant, bij de BV is dit per definitie eveneens aan de orde op grond van artikel 2:198 lid 5 BW. Vandaar dat in geval van verpanding van aandelen in een BV de pandnemer groot belang hecht aan de overgang van het aan de aandelen verbonden stemrecht, omdat daadwerkelijke uitwinning van het pandrecht dan niet langer noodzakelijk is (zie ook hierna).

### Verpanding van een commanditair belang

In tegenstelling tot een coöperatie is een commanditaire vennootschap geen rechtspersoon en kent een commanditaire vennootschap ook niet een (wettelijk geregeld) lidmaatschap. Voor zover het gewenst is om een commanditair belang te verpanden en de daaraan verbonden rechten te doen overgaan op de pandnemer, dient men eerst vast te stellen wat het werkelijke object van dat pandrecht is.

Hierbij dient te worden bedacht dat het zijn van vennoot louter een contractuele verhouding met zich meebrengt en dat een contractuele verhouding, of anders geformuleerd een contract, als zodanig niet voor verpanding vatbaar is. Alleen rechten die overdraagbaar zijn, zijn in beginsel voor verpanding vatbaar (zie art. 3:81 lid 1 BW). Een contractuele verhouding kan rechten in het leven roepen, maar is zelf geen recht. Voorts kan met recht worden betoogd dat alleen goederen vatbaar zijn voor bezwaring met beperkte rechten, het woord goederenrecht zegt het al, en in artikel 3:1 BW wordt onder goederen verstaan: zaken en vermogensrechten. Een contractuele verhouding kan vermogensrechten in het leven roepen, maar is zelf geen vermogensrecht.

Ik stel vast dat alleen de vermogensrechten die voortspuiten uit een overeenkomst van vennootschap, voor verpanding vatbaar zouden kunnen zijn (voor zover deze overeenkomst dat niet beperkt of uitsluit). Denkbaar is in ieder geval wel een 'verpanding' van een commanditair belang in de vorm van een verpanding van alle (bestaande en toekomstige) vermogensrechten van een vennoot onder de overeenkomst van vennootschap. Daarbij speelt echter een rol dat een overeenkomst van vennootschap *intuitu personae* wordt aangegaan, hetgeen kortweg inhoudt dat een vennoot tegen zijn wil geen andere vennoot opgedrongen kan krijgen.<sup>8</sup>

Men kan zich afvragen of, in geval van verpanding van een commanditair belang op de voornoemde wijze, op grond van het feit dat de andere vennoten kunnen worden geconfronteerd met een pandnemer die op een gegeven moment in zekere zin in de rechten van de pandgever zal kunnen treden, niet strijdig is met het beginsel dat een vennootschap *intuitu personae* wordt aangegaan. Aan de andere kant is ook hier veel onzekerheid weg te nemen door in de overeenkomst van vennootschap op te nemen dat voor 'verpanding' van een commanditair belang, dat wil zeggen voor verpanding van alle vermogensrechten van een commanditaire vennoot onder een overeenkomst van vennootschap, de toestemming van alle vennoten is vereist.

6. S. van Weeghel, Coöperaties, dividendbelasting en internationale belastingheffing, in: G.J.H. van der Sangen, R.C.J. Galle & P.J. Dortmund (red.), De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 101.

7. HR Rotterdamse en Wageningse Handelskamer, 5 mei 1925, PW 11 978 (betrekking hebbend op de Registratiewet 1917).

8. Van Megchelen 2006, p. 161. Alsmede Asser/Maeijer 5-V, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 165.

Het ligt voor de hand om hier nu een parallel te trekken met de fiscale toestemmingseis. Men slaat dan als het ware twee vliegen in één klap. Naast het feit dat de eventuele fiscale onzekerheid wordt weggenomen door de verpanding (en overgang van stemrecht) afhankelijk te maken van voorafgaande toestemming van de vennoten, neemt men op deze wijze ook veel civiele onzekerheid weg. Het spreekt overigens voor zich dat ten aanzien van een verpanding van een lidmaatschap van een coöperatie ook geldt dat het om dezelfde fiscale redenen verstandig is om de verpanding en overgang van stemrecht te onderwerpen aan de toestemmingseis.

### Stemrechten

Als gezegd, bij verpanding van aandelen in kapitaalvennootschappen is een tendens waarneembaar waarbij met name banken, als pandnemer, geen genoegen nemen met een 'kale' verpanding van aandelen. Banken verlangen nagenoeg altijd overgang van stemrecht verbonden aan de verpande aandelen (al dan niet voorwaardelijk). Met gebruikmaking van het stemrecht verbonden aan de verpande aandelen kan, mits het verpande pakket aandelen groot genoeg is, het bestuur van de vennootschap worden vervangen en kunnen bepaalde vermogensbestanddelen op instructie te gelde worden gemaakt en vervolgens worden uitgekeerd aan de aandeelhouders (welke uitkeringen dan weer op grond van de eveneens aan het pandrecht op de aandelen verbonden inningsbevoegdheid, al dan niet gedeeltelijk, bij de pandnemer terechtkomen). Dit alles zonder dat het pandrecht op een ingewikkelde wijze wordt uitgewonnen op een veiling (met toepassing van de blokkeringsregeling in geval van een BV).

Dan rijst de vraag of ook in geval van verpanding van een commanditair belang of een lidmaatschap van een coöperatie de daaraan verbonden stemrechten aan de pandnemer kunnen toekomen. Ingeval een commanditaire vennootschap of een coöperatie als (tussen)houdstermaatschappij fungeert, is de achtergrond immers niet wezenlijk anders. Waarom zouden banken een minder sterk pandrecht accepteren om de enkele reden dat de cliënt om, bijvoorbeeld, fiscale redenen niet gebruikmaakt van een traditionele kapitaalvennootschap?

Het antwoord op de vraag of in dergelijke gevallen stemrecht over kan gaan naar een pandhouder, kan wellicht worden gevonden in het relatief onbekende artikel 3:247 BW. Dit artikel verwijst naar de specifieke regeling voor overgang van stemrecht bij verpanding van aandelen in kapitaalvennootschappen (art. 2:89 en 198 BW) en bepaalt simpelweg dat stemrechten verbonden aan andere goederen eveneens kunnen overgaan in geval van verpanding daarvan, mits dit is bedongen. Er is echter zeer weinig in de literatuur over dit artikel geschreven.

Huijgen<sup>9</sup> noemt het voorbeeld van de overgang van stemrecht bij verpanding van een lidmaatschap van een flatcoöperatie en Mijnsen<sup>10</sup> stelt dat artikel 3:247 BW van belang is voor leden

van een coöperatie. Daarmee lijkt gegeven dat dit wetsartikel voor overgang van stemrecht bij verpanding van een lidmaatschap van een coöperatie uitkomst biedt, zij het dat onder verwijzing naar artikel 2:38 lid 1 BW, dat stelt dat alle niet-geschorste leden van een (coöperatieve) vereniging stemgerechtigd zijn, zo nu en dan wordt betoogd dat het lidmaatschap en het bijbehorende stemrecht niet door middel van verpanding (tijdelijk) van elkaar kunnen worden losgekoppeld. Deze letterlijke interpretatie van de wet overtuigt echter niet, omdat het eerste lid van de artikelen 2:118 en 228 BW in nog straffere bewoordingen bepaalt dat *slechts* de aandeelhouders van een NV en BV stemgerechtigd zijn, terwijl in weerwil daarvan de artikelen 2:89 en 198 BW (net als art. 3:247 BW ten aanzien van art. 2:38 lid 1 BW) het tegendeel bevestigen.

Kan dit wetsartikel ook uitkomst bieden bij de verpanding van een commanditair belang? Stemrechten zijn geen vermogensrechten en kunnen dus niet zelfstandig worden verpand, maar wellicht kunnen de stemrechten mee overgaan met de verpande vermogensrechten (zie hiervoor). Benadrukt zij dat het artikel bepaalt dat het stemrecht 'verbonden' aan een verpand 'goed' over kan gaan op de pandnemer. Het is wat mij betreft niet meteen duidelijk waaraan het stemrecht van een commanditaire vennoot verbonden is. Ik kan mij evenwel voorstellen dat, gelet op de letter van de wet en de weinige literatuur over het onderwerp, in de overeenkomst van vennootschap wordt opgenomen dat stemrechten 'verbonden' zijn aan de vermogensrechten van een vennoot onder die overeenkomst en dat dientengevolge deze stemrechten met toepassing van het voornoemde artikel 3:247 BW kunnen overgaan naar de pandnemer in geval van verpanding van alle vermogensrechten van een commanditaire vennoot. Men kan zich tevens voorstellen dat de overeenkomst letterlijk naar artikel 3:247 BW verwijst.

### Conclusie

Het relatief onbekende artikel 3:247 BW lijkt met zoveel woorden de mogelijkheid te bieden dat een lidmaatschap van een coöperatie (indien verpandbaar) wordt verpand met overgang van stemrecht. Het is op goede gronden te verdedigen dat hetzelfde artikel eveneens de mogelijkheid biedt om de vermogensrechten onder een overeenkomst van vennootschap te verpanden met overgang van het bijbehorende stemrecht, mits dat in de overeenkomst van vennootschap ook aldus is voorzien. Dergelijke pandrechten komen dicht in de buurt van een pandrecht op aandelen in een kapitaalvennootschap.

9. W.G. Huijgen, Tekst en Commentaar BW, Deventer: Kluwer 2007, art. 3:247, aant. 1.

10. Asser/Mijnsen 3-III, 2003, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2003, nr. 105.