

NTFRA2014/ 7

Een FGR is (g)een maatschap!?

prof.dr. H. Vermeulen

mr. G. Verwilt

Rechtbank Noord-Holland oordeelde in 2013 in een fiscale procedure dat een fonds voor gemene rekening ('FGR') geen maatschap is. [1] Recentelijk kwam de Rechtbank Gelderland in eveneens een fiscale procedure echter tot de conclusie dat een FGR wel een maatschap is. [2] De aan deze uitspraken ten grondslag liggende feiten, in het bijzonder de aan de orde zijnde fondsvoorwaarden van het FGR, zijn gelijklopend. Dat geldt evenzeer voor de (achterliggende) rechtsvraag: is de belastingplichtige rechtstreeks verbonden voor verbintenissen betreffende een onderneming in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001? Bij een (openbare) maatschap zou deze vraag bevestigend worden beantwoord.

In deze bijdrage staat de civielrechtelijke vraag centraal of het FGR altijd een maatschap is. [3] Het belang voor het antwoord daarop is de mate van aansprakelijkheid van de deelnemers. Bij een FGR/niet-maatschap is die beperkt tot de inleg van de deelnemer. Bij een FGR/maatschap kan de aansprakelijkheid verder reiken.

1. De achtergrond

Een FGR is geen rechtspersoon en kan niet zelfstandig rechten en plichten aangaan. Evenmin is een FGR een als zodanig in het civiele recht benoemd contract. Een FGR is een overeenkomst tussen een beheerder (en een bewaarder) enerzijds en een of meerdere deelnemers anderzijds. Oorspronkelijk is het FGR een fiscaalrechtelijke uitvinding, althans dat is het sinds 1 januari 1970 met de inwerkingtreding van de huidige Wet VPB 1969. Het – fiscaal open – FGR is sindsdien een lichaam voor de heffing van vennootschaps- en dividendbelasting. [4] Daarvoor had de Hoge Raad beslist dat een beleggingspool geen lichaam was voor het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942. [5] De vennootschapsbelasting kende toen wel de Commanditaire Vennootschap op Aandelen, maar een restcategorie in de trant van andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal ontbrak. Daarom werden beleggingsfondsen voor de heffing van inkomsten-, vennootschapsbelasting én dividendbelasting als non-existent aangemerkt. [6] Voor de heffing van het kapitaalrecht was dit anders. De Registratiewet 1917 – en haar latere opvolger: de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 – kende wel genoemde restcategorie. In Union II merkte de belastingkamer van de Hoge Raad een beleggingsfonds aan als een maatschap en daarmee als een lichaam voor de heffing van het kapitaalrecht. [7] Voor deze heffing was een beleggingsfonds dus wel existent. De toestand voor de directe belastingen was een doorn in het oog van de wetgever, die de fondsen als volgt omschreef: [8]

'De fondsen zijn echter voornamelijk gecreëerd om via een ingewikkelde constructie met

een aparte beheerder en bewaarder gebruik te maken van een leemte in de fiscale wetgeving. Zij maken hiermede ook reclame.’

Om aan deze situatie een einde te maken is het open FGR aangemerkt als lichaam voor de heffing van vennootschapsbelasting en dividendbelasting. Daarmee werd een gelijkschakeling met nv's bewerkstelligd. Het besloten FGR is echter fiscaal transparant gebleven: de inkomsten en het vermogen worden rechtstreeks aan de beleggers toegerekend, óók bij gebreke aan een uitdelingsbesluit.

2. De casus

In beide rechtbankuitspraken moest worden beoordeeld of de belanghebbenden een beroep konden doen op de faciliteit van de geruisloze inbreng van een onderneming in een bv. Belanghebbenden namen deel in een besloten FGR waarin een (koopcontract van een) schip werd geëxploiteerd. Voorafgaand aan de vraag of een beroep kon worden gedaan op genoemde inbrengfaciliteit moest worden beoordeeld of de belanghebbenden in relatie tot de door het FGR gedreven onderneming als ondernemer moesten worden aangemerkt (en bijvoorbeeld niet als medegerechtigde).^[9] Werden de belastingplichtigen rechtstreeks verbonden voor verbintenissen betreffende een onderneming in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001? De belastingplichtigen betoogden dat dit het geval was.^[10] De inspecteur was een andere mening toegedaan en weigerde de inbrengfaciliteit toe te kennen.

3. De oordelen

Rechtbank Noord-Holland leest de fondsvoorwaarden zo dat de beleggers weliswaar vermogen in een gemeenschap bijeen hebben gebracht maar dat er slechts een rechtsverhouding tussen de beheerder en de belegger is gecreëerd. In de fondsvoorwaarden was het volgende bepaald:

‘De fondsvoorwaarden zijn van toepassing op de rechtsverhouding tussen de beheerder en een participant, en creëren geen overeenkomst tussen de participanten onderling en beogen niet (anderszins) samenwerking tussen de participanten. De fondsvoorwaarden behelzen tevens de voorwaarden waaronder de bewaarder de goederen van het fonds beheert en bewaart.’ ^[11]

Aangezien de fondsvoorwaarden bepaalden dat de belegger slechts naar rato van zijn inleg uitsluitend aansprakelijk is jegens het FGR en niet jegens derden, voldoet de belastingplichtige niet aan het vereiste van rechtstreekse verbondenheid, aldus de Rechtbank Noord-Holland. Impliciet oordeelt Rechtbank Noord-Holland derhalve dat het FGR geen maatschap is.

Rechtbank Gelderland oordeelde echter dat niet alleen een rechtsverhouding tussen de beheerder en de belegger is gecreëerd, maar ook tussen de beleggers onderling. Dit door het toetreden van de beleggers door middel van storting van gelden tegen uitgifte van participatiebewijzen en aanvaarding van de fondsvoorwaarden door iedere belegger afzonderlijk. Er is volgens haar tussen de beleggers een overeenkomst tot stand gekomen die als een maatschap heeft te gelden. De hiervoor aangehaalde fondsvoorwaarden doen daar volgens de Rechtbank Gelderland niet aan af. Aan het vereiste van rechtstreekse verbondenheid is derhalve voldaan.

Een interessant onderdeel in beide uitspraken is de beoordeling van een feitelijke handeling. De deelnemers hebben toestemming gegeven aan het fonds en de beheerder handelend voor rekening en risico van het fonds om (o.a.) een financieringsovereenkomst te sluiten met een bank. De bank beschikte over de fondsvoorwaarden en de namen van de deelnemers. Het feit dat toestemming is gegeven door de deelnemers, en dat de bank op de hoogte was van de namen van de deelnemers is voor Rechtbank Gelderland reden om aan te nemen dat alle deelnemers jegens de wederpartij worden gebonden. [\[12\]](#)

Rechtbank Noord-Holland oordeelt echter dat de door de deelnemers gegeven toestemming geen externe werking heeft. De overeenkomst met de bank wordt weliswaar mede ondertekend door het fonds en later bekrachtigd door de deelnemers maar daaruit volgt niet dat de deelnemers daardoor rechtstreeks verbonden worden of dat de beheerder als gevolmachtigde van de deelnemers heeft opgetreden. Er wordt uitdrukkelijk geen samenwerkingsverband beoogd tussen de deelnemers onderling op welke wijze dan ook. De beheerder handelt volgens de fondsvoorwaarden voor rekening en risico van het fonds en in het belang van de deelnemers, maar hij handelt niet namens het fonds of de deelnemers. Dat op grond van de fondsvoorwaarden intern een aansprakelijkheid jegens het fonds bestaat naar rato van het bedrag van de inleg, behelst nog geen externe aansprakelijkheid naar rato van de inleg. Die interne aansprakelijkheid is extern immers ook niet bekend, aldus de Rechtbank Noord-Holland. [\[13\]](#)

4. Wie heeft gelijk?

De vraag of een belastingplichtige die winst uit onderneming geniet rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming moet worden beantwoord naar de regels van burgerlijk recht. [\[14\]](#) Indien sprake is van een openbare maatschap, worden de maten rechtstreeks verbonden voor verbintenissen die door een van de maten namens de maatschap zijn aangegaan. [\[15\]](#) Aldus moet worden bezien of het FGR als een maatschap kan worden aangemerkt. [\[16\]](#) De vraag of zo'n maatschap openbaar is laten we hier rusten. [\[17\]](#) Wij staan slechts stil bij de vraag of er een maatschap is.

De maatschap is een 'affectio societatis': een samenwerkingsovereenkomst gericht op een gemeenschappelijk doel. Art. 7A:1655 BW omschrijft een maatschap als een overeenkomst waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstane voordeel met elkaar te delen. Er gelden geen vormvoorschriften voor het sluiten van een maatschapsovereenkomst. Zij kan ook stilzwijgend worden aangegaan en het bestaan van een maatschapsovereenkomst kan ook worden aangenomen zonder dat partijen zich bewust zijn dat zij in feite in een maatschapsverband samenwerken. Om dit te bepalen zijn de inhoud van de overeenkomst en de wijze van uitvoering daaraan door partijen ('uitvoeringspraktijk') van belang.

De belangrijkste kenmerken van een maatschap die uit de rechtspraak en literatuur kunnen worden afgeleid zijn (i) overeenkomst, (ii) samenwerking; gelijkheid/gelijkwaardigheid, (iii) verdeling van voordeel, (iv) inbreng en (v) gerichtheid op voordeel voor alle deelnemers. Het kenmerk 'samenwerking', de 'affectio societatis', zorgt voor de meeste discussie.

In deze discussie zijn er twee stromingen. De eerste is een wat oudere stroming, te weten

die van Union II. De andere, tweede stroming is een meer recente stroming, die gehuldigd is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel tot invoering van Titel 7.13 BW (vennootschap) en die zijn weerslag vindt in latere civielrechtelijke jurisprudentie.

4.1. De Union II-leer

De vraag of een FGR als maatschap heeft te gelden is door de belastingkamer van de Hoge Raad in het meergenoemde Union II in die zin bevestigend beantwoord dat een beleggingsfonds voor de heffing van het kapitaalrecht moest worden aangemerkt als vennootschap ‘welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld’. Hij achtte daartoe relevant dat door het toetreden van de beleggers tot het beleggingsfonds door iedere belegger afzonderlijk tussen hen een overeenkomst tot stand kwam, waarbij twee of meer personen zich verbonden om iets in gemeenschap in te brengen met het oogmerk om het daaruit ontstane voordeel met elkaar te delen, en ‘dus een maatschap als waarop art. 1655 van het Burgerlijk Wetboek het oog heeft’.[\[18\]](#)

Volgens de belastingkamer van de Hoge Raad is niet vereist dat de beleggers zich rechtstreeks tot elkaar richten. Voldoende is dat de beleggers afzonderlijk hun wil tot deelneming in het gezamenlijk kapitaal kenbaar maken door het nemen van een deelneming. Het nemen van de deelneming heeft dus al tot gevolg dat er sprake is van samenwerking. In de woorden van Van der Velden stelt de Hoge Raad geen hoge eisen aan de samenwerking. [\[19\]](#) Rechtbank Gelderland volgt Union II.

4.2. Een nieuwe leer

Een ander geluid is te horen geweest bij de behandeling van het wetsvoorstel tot invoering van Titel 7.13 BW (vennootschap), die zijn weerslag inmiddels heeft gekregen in recente jurisprudentie. In het kader van de invoering van Titel 7.13 BW heeft de wetgever op de eerste plaats gesteld dat voor de vraag of een fonds een (personen)vennootschap is (en daarmee een maatschap) ‘vereist is dat de deelnemers (niet alleen met het fonds, maar ook) met elkaar een overeenkomst om met elkaar samen te werken hebben gesloten.’[\[20\]](#)

Volgens de wetgever is dit veelal ‘niet het geval, zeker niet bij openbare beleggingsfondsen.’[\[21\]](#) Het hangt derhalve af van de fondsvoorwaarden of de deelnemers met elkaar een overeenkomst sluiten. Volgens de wetgever is ‘de omstandigheid dat elk van de deelnemers een overeenkomst met de beheerder en/of de bewaarder heeft gesloten niet voldoende [...] om aan te nemen dat daardoor ook een contractuele band tussen de deelnemers onderling is ontstaan.’[\[22\]](#)

Ten slotte heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat ‘men het bij het instellen van een fonds voor gemene rekening in eigen hand heeft een constructie te kiezen die meebrengt dat het fonds geen vennootschap is, namelijk door in de overeenkomsten met de deelnemers duidelijk tot uitdrukking te brengen dat de overeenkomst uitsluitend rechten en verplichtingen van de deelnemer jegens het fonds, en niet ook jegens andere deelnemers, in het leven roept.’[\[23\]](#)

Kortom, volgens deze parlementaire stukken is niet elk FGR een vennootschap en daarmee een maatschap. Deze parlementaire geschiedenis wijst daarmee duidelijk in een andere richting dan Union II. Het wetsvoorstel voor Titel 7.13 BW is bij brief van 15 december 2011 echter ingetrokken.[\[24\]](#)

Niettemin vindt deze leer zijn weerslag in de uitspraak van de civiele kamer Hoge Raad

van 2 september 2011, de daaraan voorafgaande conclusie en de eveneens voorafgaande uitspraak van Hof Den Bosch.^[25] Het ging hier om de vraag of een (stilzwijgende) overeenkomst van maatschap tot stand was gekomen. De advocaat-generaal schrijft het volgende:^[26]

‘Indien (gegeven de vormvrijheid en de soms moeizame afbakening met andere overeenkomsten) onduidelijk is of een overeenkomst als maatschap moet worden gekwalificeerd, dan zal moeten worden gekeken of daarvan in feite sprake is. Om dat te bepalen kijkt men naar de inhoud van de overeenkomst, mede in verband met de wijze waarop deze wordt uitgevoerd. [...] Het gaat dus, kort gezegd, om de aanvankelijke partijbedoelingen en de uitvoeringspraktijk.’

De advocaat-generaal lijkt de redenering van het hof in de onderliggende uitspraak te onderschrijven dat de vraag is of er sprake is van een ‘objectieve uit de overeenkomst en/of de feitelijke gegroeide situatie af te leiden wil van de vennoten tot samenwerking op voet van gelijkwaardigheid’.^[27] Ook de perceptie van de betrokkenen (deelnemers en externen) en het al dan niet corrigeren daarvan kan een indicatie vormen bij het beantwoorden van de vraag of er wel of geen sprake is van de vereiste samenwerking, om een maatschap aan te kunnen nemen.^[28]

Gelet op deze nieuwe ontwikkelingen is de redenering van de Hoge Raad in Union II naar onze mening achterhaald. Hierbij moet worden bedacht dat dit arrest is gewezen door de belastingkamer van de Hoge Raad en daarom waarschijnlijk geplaatst moet worden tegen de achtergrond dat de heffing van het kapitaalrecht in het geding was indien het beleggingsfonds niet zou kunnen worden aangemerkt als aandelenvennootschap. Door aldus te oordelen werd de belastingheffing veiliggesteld, waarbij de Hoge Raad het volgens *BNB*-annotator Schuttevâer door middel van rechtsvinding mogelijk maakt ‘de aansluiting te vinden tussen de op de vroeg-19e-eeuwse verhoudingen gebaseerde wetgeving [over de maatschap, auteurs] en de thans in het maatschappelijk leven tot ontwikkeling gekomen samenwerkingsvormen [de beleggingsfondsen, auteurs]’. Met andere woorden, de belastingkamer van de Hoge Raad heeft het fenomeen beleggingsfonds destijds bij gebreke aan een alternatief onder de categorie maatschap geschoven. Van belang is in elk geval om vast te stellen dat de civiele kamer van de Hoge Raad zich dus destijds niet over deze vraag heeft gebogen. Naar onze mening is dat de geëigende kamer om zich hierover uit te laten. Rechtbank Noord-Holland volgt deze ‘nieuwe leer’.

5. Conclusie

Rechtbank Noord-Holland en Rechtbank Gelderland komen tot diametrale conclusies ten aanzien van de vraag of een FGR een maatschap is of niet. De fondsvoorwaarden en uitvoeringspraktijk zijn in de aan de orde zijnde zaken echter identiek, zodat één van de rechtbanken het bij het verkeerde eind moet hebben. Gelet op de recentere parlementaire uitlatingen en daaropvolgende rechtspraak kunnen vraagtekens worden gesteld bij de status van Union II. De bedoelingen van de partijen en de uitvoeringspraktijk lijken thans doorslaggevend te zijn bij de beoordeling of voldaan wordt aan de vereisten voor een maatschap. Getoetst aan deze criteria menen wij dat niet dwingend uit de betreffende fondsvoorwaarden volgt dat de beleggers met elkaar een overeenkomst hebben gesloten om met elkaar samen te werken. Uit de in de uitspraken geschetste feiten kunnen wij ook niet afleiden dat bij de uitvoering in strijd is gehandeld met hetgeen in de

fondsvoorwaarden is bepaald. Het geven van toestemming door de deelnemers voor bijzondere situaties maakt dit naar onze mening niet anders. Het geven van toestemming door de beleggers aan de beheerder betekent niet dat er wordt samengewerkt, net zo min als in het geval waarin individuele aandeelhouders hun stemrecht uitoefenen tijdens een aandeelhoudersvergadering. Uit de communicatie naar de in casu genoemde bank blijkt duidelijk wie de contractspartij is. Daarbij komt dat de bank juist op de hoogte was van de fondsvoorwaarden en daarmee van de positie van de deelnemers ten opzichte van het fonds. De uitvoeringspraktijk lijkt dan ook in overeenstemming te zijn geweest met de fondsvoorwaarden. Hopelijk worden deze zaken tot in hoogste instantie uitgediscussieerd, zodat de Hoge Raad – al is het zijn belastingkamer – zijn licht kan werpen op de vraag of het betreffende FGR een maatschap is of niet. [\[29\]](#)

-
- [\[1\]](#) Rechtbank Noord-Holland 5 juli 2013, nr. 12/05907, NTFR 2013/2028.
- [\[2\]](#) Rechtbank Gelderland 1 mei 2014, nr. 12/03760, NTFR 2014/1413. Rechtbank Almelo 28 december 2005, nr. 70347/HA ZA 05-345, oordeelde eveneens dat een FGR een maatschap is.
- [\[3\]](#) De vraag of een dergelijke maatschap openbaar is, laten we rusten. Zie hieromtrent HR 14 juli 2006, nr. 42.125, NTFR 2006/1033 en HR 14 november 2008, nr. 42.927, NTFR 2008/2226.
- [\[4\]](#) Art. 2, lid 1, onderdeel f, j° lid 2, Wet VPB 1969 en art. 1, lid 1, j° lid 2, Wet DB 1965.
- [\[5\]](#) HR 5 december 1951, B. 9123.
- [\[6\]](#) Kamerstukken II 1967-1968, 6 000, nr. 17, p. 7.
- [\[7\]](#) HR 10 januari 1968, *BNB* 1968/81, *NJ* 1968, 134 (Union II).
- [\[8\]](#) Kamerstukken II, 1968-1969, 6 000, nr. 25, p. 11.
- [\[9\]](#) De inspecteurs stelden zich nog op het standpunt dat er geen bron van inkomen was, maar de rechtbanken stelden dat ter zijde en oordeelden dat het FGR een onderneming dreef.
- [\[10\]](#) Zoals gezegd, laten we de vraag rusten of een maatschap als openbaar kan worden gekenschetst. Zie noot 3.
- [\[11\]](#) Art. 1, lid 5 van de fondsvoorwaarden zoals opgenomen in de rechtbankuitspraken.
- [\[12\]](#) Overweging 37 Rechtbank Gelderland 1 mei 2014, nr. AWB 12/3760, NTFR 2014/1413.
- [\[13\]](#) Overweging 4.4.3. en 4.4.4. Rechtbank Noord-Holland 5 juli 2013, nr. 12/05907, NTFR 2013/2028.
- [\[14\]](#) HR 14 juli 2006, nr. 42.125, NTFR 2006/1033.
- [\[15\]](#) HR 14 november 2008, nr. 42.927, NTFR 2008/2226.
- [\[16\]](#) Uiteraard is het mogelijk dat een belastingplichtige op basis van een andere contractuele relatie rechtstreeks verbonden voor verbintenissen wordt, zoals bij een vennootschap onder firma.
- [\[17\]](#) Zie hieromtrent HR 14 juli 2006, nr. 42.125, NTFR 2006/1033 en HR 14 november 2008, nr. 42.927, NTFR 2008/2226.
- [\[18\]](#) HR 10 januari 1968, *BNB* 1968/81, *NJ* 1968, 134 (Union II).
- [\[19\]](#) J.W.P.M. van der Velden, 'Beleggingsfondsen en civielrechtelijke praktijk', *Onderneming en Financiering* 2009(17) 3, p. 26.
- [\[20\]](#) Kamerstukken II, 2003-2004, 28 746, nr. 5, p. 9, NTFR 2003/136.
- [\[21\]](#) Kamerstukken II, 2003-2004, 28 746, nr. 5, p. 9, NTFR 2003/136.

- [22] Kamerstukken II, 2007-2008, 31 065, nr. 8, p. 2 en 3, NTFR 2008/1011.
- [23] Kamerstukken II, 2007-2008, 31 065, nr. 8, p. 2 en 3, NTFR 2008/1011.
- [24] Kamerstukken I, 2011-2012, 31 065, nr. D. In HR 14 november 2008, nr. 42.927, NTFR 2008/2226, r.o. 3.4.2 verwijst de Hoge Raad eveneens naar het wetsvoorstel tot invoering van Titel 7.13 BW.
- [25] Hof Den Bosch 28 juli 2009, nr. HD 103.006.162 (LJN BK5488).
- [26] HR 2 september 2011, nr. 09/04986, *NJ* 2012/75, met conclusie Wissink en noot Van Schilfgaarde. Zie conclusie (ECLI:NL:HR:2011:BQ3876) overweging 2.4.3. en 2.5.
- [27] Zie ook het betoog van P. Klemann, in: N.V. Ponsen en P. Klemann, *Beleggingsinstellingen nader belicht* (Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht; Serie monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 63), Kluwer, Deventer 2000, p. 48 e.v.
- [28] Conclusie voor HR 2 september 2011, overweging 2.36. Hof Den Bosch 28 juli 2009, nr. HD 103.006.162 (LJN BK5488), overweging 4.67 t/m 4.76.
- [29] In elk geval is duidelijk dat beroep is aangetekend tegen de uitspraak van Rechtbank Noord-Holland 5 juli 2013, nr. 12/05907, NTFR 2013/2028.