

# One-size-fits-all

## Past dit ook voor beleggingsfondsen of is meer vrijheid geschikt?

### 1. Inleiding

Verduidelijking en vereenvoudiging van de wetgeving inzake personenvennootschappen – in de voorgestelde memorie van toelichting bij het Tweede ambtelijk voorontwerp voor de Wet modernisering personenvennootschappen (de “concept-MvT” en het “Voorontwerp”) worden dit als de twee belangrijkste motieven van de nieuwe wetgeving genoemd.<sup>1</sup> Verduidelijking van de huidige wetgeving die gedateerd en gefragmenteerd is; vereenvoudiging waardoor de personenvennootschap een laagdrempelige rechtsvorm blijft.<sup>2</sup>

Verduidelijking van de huidige wetgeving komt voor de juridische wetenschap en praktijk als geroepen. De wetgeving inzake personenvennootschappen stamt grotendeels uit 1838.<sup>3</sup> Het verbaast daarom niet dat de consultatiereacties en de eerder dit jaar verschenen literatuur naar aanleiding van het Voorontwerp (los van inhoudelijke kanttekeningen) overwegend positief zijn over de volgende stap in de richting van nieuwe wetgeving die met dit Voorontwerp is gezet.<sup>4</sup> Ook wij juichen het toe dat de wetgever de noodzaak van nieuwe wetgeving inziet en hieraan blijft werken. De personenvennootschap verdient een eigen titel in het Burgerlijk Wetboek ter vervanging van de gedateerde wetgeving waarvan belangrijke beginselen – op *common law*-achtige wijze – in rechtspraak zijn ontwikkeld.

Het Voorontwerp bevat een aantal regelingen waarmee wordt beoogd de huidige wetgeving te vereenvoudigen. Eén van die regelingen is de toekenning van een nieuwe vorm van rechtspersoonlijkheid aan de openbare personenvennootschap. De wetgever beoogt hiermee twee vereenvoudigingen ten opzichte van de huidige regeling te realiseren: rechtspersoonlijkheid (i) maakt het volgens de wetgever mogelijk dat vermogensbestanddelen eenvoudig op naam van de openbare personenvennootschap kunnen worden gesteld en (ii) vereenvoudigt volgens de wetgever de toe- en uitreding van vennoten.<sup>5</sup> Ook wordt verwacht dat toekenning van rechtspersoonlijkheid voor meer duidelijkheid in het handelsverkeer zal zorgen.<sup>6</sup>

Het uitdrukkelijke doel om de personenvennootschap een laagdrempelige rechtsvorm te laten blijven, is, gelet op haar gebruikers, op het eerste gezicht goed te begrijpen. Volgens de concept-MvT zijn er 237.000 personenvennootschappen



Mr. M.C. Maters\*



Mr. M. Rib\*\*

verdeeld over 38.000 maatschappen, 188.000 vennootschappen onder firma en 11.000 commanditaire vennootschappen.<sup>7</sup> Deze opereren vooral in het midden- en kleinbedrijf. De personenvennootschap wordt echter tevens daarbuiten gebruikt. Met name de commanditaire vennootschap wordt ook in complexe financiële structuren gebruikt (zoals fonds- en financieringsstructuren<sup>8</sup> waarop we in dit artikel nader zullen ingaan), die onder meer aan financieel

\* Advocaat bij Loyens & Loeff N.V.  
([michael.maters@loyensloeff.com](mailto:michael.maters@loyensloeff.com))

\*\* Kandidaat-notaris bij Loyens & Loeff N.V.  
([mike.rib@loyensloeff.com](mailto:mike.rib@loyensloeff.com))

1. Het tweede ambtelijk voorontwerp van de Wet modernisering personenvennootschappen zoals op 10 oktober 2022 gepubliceerd op: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpv2>.
2. Concept-MvT, pagina 2.
3. Concept-MvT, pagina 3 met verwijzing naar Asser-van Olfen, nrs. 1-3.
4. Zie bijvoorbeeld: Wino van Veen & Martin van Olfen, *Ondernemingsrecht* 2023/8, 'Eerst goed en dan snel', en de overige bijdragen in dat themanummer van *Ondernemingsrecht*. En: L.W. Kelterman, *WPNR* 2023/7417, p. 517 t/m 520.
5. Concept-MvT, pagina 5. Het beoogde verschil in de te naamstelling is derhalve dat vermogensbestanddelen onder de regeling van het Voorontwerp aan de personenvennootschap zelf kunnen worden geleverd en dat het niet langer nodig is om deze aan een of meerdere vennoten te leveren die daarbij handelen voor rekening en risico van de personenvennootschap.
6. Concept-MvT, pagina 12.
7. Concept-MvT, pagina 2.
8. Waarmee we bedoelen beleggingsfondsen zoals bedoeld in artikel 1:1 Wft.

toezichtrecht zijn onderworpen en doorgaans niet uitsluitend Nederlandse vennoten hebben.<sup>9</sup> Onderwerpen zoals de tenaamstelling van vennootschapsgoederen en de toe- en uittreding van vennoten worden in dergelijke structuren doorgaans al voldoende geregeld in de vennootschapsovereenkomst en/of de toepasselijke regels van financieel toezichtsrecht.<sup>10</sup> Deze commanditaire vennootschappen krijgen als gevolg van de regeling zoals opgenomen in het Voorontwerp de rechtspersoonlijkheid nu dwingendrechtelijk opgedrongen. De redenen daarvoor gelden echter niet voor hen terwijl zij daar nu wel de nadelen van kunnen ondervinden. Wij willen in dit artikel daarom graag een alternatieve regeling voorstellen voor een commanditaire vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid die kan worden gebruikt in veel voorkomende financiële structuren.

Ons betoog voor een alternatieve regeling is als volgt opgebouwd: (i) in paragraaf 2 behandelen wij enkele relevante kenmerken van de huidige personenvennootschap en de in dat kader ontwikkelde structuren; (ii) in paragraaf 3 gaan wij in op de voorgestelde, dwingendrechtelijke regeling inzake rechtspersoonlijkheid uit het voorontwerp; (iii) in paragraaf 4 bespreken wij de problemen die ontstaan naar aanleiding van het dwingendrechtelijke karakter van de voorgestelde rechtspersoonlijkheid; (iv) in paragraaf 5 maken wij een rechtsvergelijking met Luxemburg en (v) in paragraaf 6 sluiten wij af met een conclusie en het voorstel voor een alternatieve regeling.

## 2. Relevante kenmerken van de personenvennootschap nu en de in dat kader ontwikkelde standaardstructuren

Om de door het Voorontwerp voorgestelde wijzigingen goed te kunnen duiden, is het onzes inziens in de eerste plaats belangrijk om de huidige status quo ten aanzien van personenvennootschappen en (het gebrek aan) rechtspersoonlijkheid te beschrijven. De huidige personenvennootschappen (i.e. maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap) bezitten nu namelijk geen rechtspersoonlijkheid.<sup>11</sup> Omdat personenvennootschappen geen rechtspersonen zijn en zij niet als een zelfstandig rechtssubject kwalificeren (behoudens enkele door de wet en rechtspraak gegeven uitzonderingen<sup>12</sup>) kunnen zij ook niet als zodanig vermogensbestanddelen verkrijgen.<sup>13</sup> In plaats daarvan worden vermogensbestanddelen die in naam van de personenvennootschap worden verworven in beginsel door de gezamenlijke vennoten in gemeenschap verkregen. Gedurende de looptijd van de personenvennootschap betreft deze gemeenschap een gebonden gemeenschap waarover de vennoten in

beginsel niet zelfstandig beschikkingsbevoegd zijn<sup>14</sup> en die kwalificeert als afgescheiden vermogen<sup>15</sup> dat uitsluitend dient als verhaalsobject voor vennootschaps schuldeisers.<sup>16</sup>

Deze gebonden gemeenschap levert in de praktijk (zeker waar het gaat om samenwerkingsverbanden zoals beleggingsfondsen of in de financieringspraktijk) echter praktische bezwaren op, bijvoorbeeld bij de levering van goederen die alleen per notariële akte geleverd kunnen worden omdat alle vennoten partij dienen te zijn bij een dergelijke akte.<sup>17</sup> In de praktijk zijn daarom structuren ontwikkeld waarin de activa van een personenvennootschap worden ondergebracht bij een van de vennoten (veelal de behorend

9. In het Register beleggingsinstellingen dat door de Autoriteit Financiële Markten wordt bijgehouden en raadpleegbaar is via <https://www.afm.nl/nl-nl/sectorregisters/vergunningenregisters/beleggingsinstellingen> stonden op 25 september 2023 178 commanditaire vennootschappen ingeschreven als beleggingsinstellingen met een beheerder die een AIFMD-vergunning heeft en 419 commanditaire vennootschappen als beleggingsinstellingen met een beheerder die zich heeft aangemeld voor het AIFMD-registratieregime van artikel 2:66a Wft (de zogenoemde 'light' beheerders).
10. Zo regelt artikel 4:37j lid 1 Wet op het financieel toezicht bijvoorbeeld dat de juridische eigendom van de activa van een beleggingsfonds (in de zin van artikel 1:1 Wet op het financieel toezicht (de "Wft")) dient te worden gehouden door een entiteit met als enig statutair doel het houden van de juridische eigendom van de activa van een of meer beleggingsfondsen. Een vergelijkbare regeling voor icbe's is te vinden in artikel 4:44 Wft.
11. Zie artikel 2:1 BW, artikel 2:2 BW en artikel 2:3 BW.
12. Zo kan de personenvennootschap in eigen naam contracteren (zie bijvoorbeeld HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649, m.nt. V.R. Feenstra), heeft deze *locus standi* (zie bijvoorbeeld artikel 51 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering) en kan deze zelfstandig failliet worden verklaard (zie bijvoorbeeld artikel 2 lid 3 Faillissementswet en voor de maatschap A.J.S.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 6.9).
13. Zie in dit kader bijvoorbeeld ook M.C. Maters en S. Verkerk, 'Blind date', O&F 2021-3, p. 39-52.
14. Zie bijv. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290, m.nt. P. van Schilfgarde (*Biek Holdings*), r.o. 3.4.2, Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2717, JOR 2014/197, m.nt. J.M. Blanco Fernández, en vgl. Rb. Midden-Nederland 27 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4345, JOR 2016/29, m.nt. Chr.M. Stokkermans.
15. Zie bijvoorbeeld HR 26 november 1897, W 7047 (*Boeschoten/Besier*), en ook HR 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4593, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Hovuma/Spreuwenberg*).
16. Zie bijv. Asser/Van Olfen 7-VII 2017/162 en 173 en A.J.S.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 6.7.
17. Zie art. 40 Wna en art. 18 Kadasterwet.

vennoot) of een separate bewaarentiteit (een speciaal daarvoor opgericht special *purpose vehicle*) waardoor in de gebonden gemeenschap slechts een vordering op de betreffende entiteit valt. Voor beleggingsfondsen of icbe's zoals bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht is het onderbrengen van de fonds-activa bij zo'n aparte bewaar-entiteit zelfs een wettelijke verplichting.<sup>18</sup> In de huidige fondsen- en financieringspraktijk is onzes inziens daarom geen behoefte aan rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap: bestaande oplossingen over de tenaamstelling van vennootschapsgoederen en de toe- en uittreding van vennoten voldoen (ook internationaal) uitstekend aan de wensen van marktpartijen.

### 3. De voorgestelde regeling in het Voorontwerp: gedwongen rechtspersoonlijkheid

Op grond van het voorgestelde artikel 7:810 lid 1 Burgerlijk Wetboek is de openbare personenvennootschap een rechtspersoon en staat deze wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Met dit artikel wordt een nieuwe vorm van rechtspersoonlijkheid in het Burgerlijk Wetboek geïntroduceerd waarop de bepalingen van Boek 2 Burgerlijk Wetboek en (andere) bepalingen buiten titel 7.13 Burgerlijk Wetboek die van toepassing zijn op een rechtspersoon niet van toepassing zijn, tenzij anders bepaald.<sup>19</sup>

De kern van de toekenning van deze vorm van rechtspersoonlijkheid aan de openbare personenvennootschap is dat de openbare personenvennootschap hierdoor een eigen vermogen krijgt en zelfstandig drager van rechten en verplichtingen wordt. De openbare personenvennootschap wordt daarmee een volledig zelfstandig rechtssubject.<sup>20, 21</sup> Deze regeling beoogt een einde te maken aan de – volgens de concept-MvT – als ingewikkeld ervaren huidige regeling inzake het (van het privévermogen van de vennoten) afgescheiden vermogen van de personenvennootschap,<sup>22</sup> die naar huidig recht geen rechtspersoonlijkheid heeft.<sup>23</sup>

De rechtspersoonlijkheid van de openbare personenvennootschap heeft een dwingendrechtelijk karakter.<sup>24</sup> Dit is een afwijking van het uitgangspunt van het personenvennootschapsrecht dat de wettelijke regeling zoveel mogelijk van regelend recht is.<sup>25</sup> Tussen de partijen bij een personenvennootschap dient zoveel mogelijk contractsvrijheid te gelden, met inachtneming van enkele dwingendrechtelijke grenzen. De huidige wettelijke regeling geldt om die reden slechts voor zover partijen daarvan niet zijn afgeweken.<sup>26</sup> De wetgever geeft aan dat dit uitgangs-

punt is gehandhaafd bij het opstellen van het Voorontwerp: het nieuwe wettelijke kader dient te voorzien

*“in regels van regelend recht die de gangbare handelspraktijk weerspiegelen die voor de meeste situaties passend zullen zijn. (...) Beperkingen aan de contractsvrijheid zijn slechts gesteld ter voorkoming van onevenredigheden tussen vennoten en daar waar de belangen in het handelsverkeer, bijvoorbeeld van schuldeisers, in het geding zijn.”<sup>27</sup>*

Toch is er in het Voorontwerp voor gekozen om de rechtspersoonlijkheid dwingend op te leggen. Over het dwingendrechtelijke karakter zoals dat is opgenomen in artikel 7:810 lid 6 BW wordt in de concept-MvT (slechts) als reden gegeven

*“dat duidelijk moet zijn wat de gevolgen zijn van het toekennen van rechtspersoonlijkheid voor de openbare personenvennootschap.”<sup>28</sup>*

Nu de concept-MvT de keuze voor een dwingendrechtelijke regeling ten aanzien van de rechtspersoonlijkheid van personenvennootschappen niet nader toelicht, is het voor ons evenwel onduidelijk waarom een keuzestelsel dat de gebruiker (al dan niet onder voorwaarden) de vrijheid biedt om wel of niet te kiezen voor rechtspersoonlijkheid niet in het Voorontwerp is opgenomen. Juist omdat het voor personenvennootschappen zo kenmerkende uitgangspunt van contractsvrijheid

18. Zie artikel 4:37j Wft en artikel 4:44 Wft.

19. Aldus het voorgestelde artikel 7:810 lid 1 tweede en derde volzin.

20. Waarbij zij opgemerkt dat de huidige personenvennootschap enige rechtssubjectiviteit kan worden toegeschreven; zie in dat kader paragraaf 2 en voetnoot 12.

21. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 2:5 BW, welk artikel op grond van het voorgestelde artikel 7:810 lid 1 tweede volzin dus niet van toepassing is op de openbare personenvennootschap.

22. Concept-MvT, pagina 9.

23. Daarover: Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021/1.5, en Mohr & Meijers, *Van personenvennootschappen* 2022/1.2.

24. Op grond van artikel 7:810 lid 6 BW kan van het in dat artikel bepaalde niet worden afgeweken.

25. Wij verwijzen voor een analyse van de vraag of contractsvrijheid een te behouden wezenskenmerk van de personenvennootschap is graag naar de heldere bijdrage van prof. mr. L. Timmerman in dit themanummer.

26. A.J.S.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht* 2021, hoofdstuk 1.4.

27. Concept-MvT, pagina 5.

28. Concept-MvT, pagina 73.

door de in het Voorontwerp opgenomen rechtspersoonlijkheid wordt geschonden, schiet de concept-MvT op dit punt onzes inziens te kort en zijn de overwegingen van de wetgever inzake dit belangrijke onderwerp helaas niet kenbaar.

Dat de concept-MvT onzes inziens tekortschiet is eveneens vreemd omdat eerdere voorstellen tot modernisering van ons personenvennootschapsrecht wel regelingen bevatten om de contractsvrijheid van partijen ten aanzien van de rechtspersoonlijkheid te waarborgen. Het Ontwerp-Maeijer bevatte bijvoorbeeld een regeling voor optionele rechtspersoonlijkheid. De flexibiliteit van het personenvennootschapsrecht was daar verder onder andere gewaarborgd doordat een vennootschap haar rechtspersoonlijkheid ook weer kon opgeven.<sup>29</sup> Volgens de memorie van toelichting bij het Ontwerp-Maeijer was deze regeling opgenomen in overeenstemming met de wensen van de praktijk, waarin rechtspersoonlijkheid voor bepaalde gevallen wenselijk wordt geacht maar voor andere situaties daarentegen juist als ongewenst wordt beoordeeld.<sup>30</sup> Een dergelijke regeling lijkt ons, ruim twintig jaar later, nog steeds in overeenstemming met de wensen van de praktijk. De openbare (personen)vennootschap zou in het Ontwerp-Maeijer slechts een rechtspersoon zijn indien (i) de vennoten dit in de vennootschaps-overeenkomst hebben bepaald, (ii) de vennootschapsovereenkomst in een notariële akte is opgenomen en (iii) de openbare (personen)vennootschap onder opgave van haar rechtspersoonlijkheid in het handelsregister is ingeschreven.<sup>31</sup> De verplichte notariële tussenkomst was een van de door het bedrijfsleven (MKB/VNO-NCW) geformuleerde bezwaren tegen dat voorstel,<sup>32</sup> waarmee bij het opstellen van het Voorontwerp rekening is gehouden,<sup>33</sup> maar de hiervoor onder (i) en (iii) geformuleerde vereisten voor de verkrijging van rechtspersoonlijkheid lijken ons nog steeds bruikbaar voor een regeling van optionele rechtspersoonlijkheid.

#### 4. Enkele problemen die kunnen ontstaan bij het introduceren van dwingendrechtelijke rechtspersoonlijkheid

De dwingendrechtelijke vorm van rechtspersoonlijkheid die door het Voorontwerp wordt geïntroduceerd moet de duidelijkheid vergroten en beoogt in Nederland geen gevolgen te hebben voor de fiscale transparantie<sup>34</sup> voor de inkomsten-, vennootschaps-, dividend-, erf- en schenkbelasting die nu voor de meeste personenvennootschappen geldt.<sup>35</sup> Wij vragen ons af of deze twee beoogde doelstellingen (het vergroten van de duidelijkheid en het veiligstellen van de fiscale transparantie) met het Voorontwerp wel worden behaald.

Ten aanzien van de fiscale transparantie geldt om te beginnen namelijk dat de Nederlandse wetgever slechts tot aan haar eigen grenzen zeker kan stellen of een entiteit met (een vorm van) rechtspersoonlijkheid kwalificeert als fiscaal transparant: de Nederlandse wetgever heeft geen invloed op de fiscale kwalificatie (*i.e.* als transparant of als niet-transparant) van de Nederlandse openbare personenvennootschap in andere landen. Zo begrijpen wij dat rechtspersoonlijkheid als een typerende eigenschap van kapitaalvennootschappen kan worden beschouwd waardoor de openbare personenvennootschap, met rechtspersoonlijkheid, in landen als België en Japan als fiscaal niet-transparant zal worden gekwalificeerd.<sup>36</sup> De afwijkende fiscale behandeling van een rechtsvorm (fiscaal transparant versus niet-transparant) in grensoverschrijdende investeringsstructuren, ook wel een *hybride mismatch* genoemd, kan tot onwenselijke fiscale gevolgen leiden voor belastingdiensten (het ontbreken of uitstel van heffing) en belastingplichtigen (dubbele heffing). Als zodanig staan de mogelijke fiscale gevolgen van de dwingendrechtelijke rechtspersoonlijkheid haaks op de pogingen van de wetgever om middels aanpassingen van diverse fiscale wetten dergelijke hybride mismatches zoveel mogelijk te voorkomen.<sup>37</sup>

29. Tweede Kamer, vergaderjaar 2002–2003, 28 746, nr. 3, pagina 1.

30. Tweede Kamer, vergaderjaar 2002–2003, 28 746, nr. 3, pagina 5.

31. Artikel 802 lid 1 van het Ontwerp-Maeijer: Kamerstukken 2002-03, 28 746, nrs. 1-2. In het Ondernemingsrecht-themanummer dat in maart 2003 verscheen naar aanleiding van het Ontwerp-Maeijer is door Timmerman uitgebreid aandacht besteed aan de rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap en de voor- en nadelen van een keuzestelsel (zie: Ondernemingsrecht 2003, p. 96, 01-03-2003 prof. mr. L. Timmerman).

32. Kamerstukken 2008-09, 31 065, nr. 14.

33. Concept-MvT, pagina 4.

34. Kort gezegd dat de personenvennootschap niet als belastingsubject geldt.

35. Zie daarvoor bijvoorbeeld paragraaf 1.3 van de Memorie van Toelichting bij het fiscale gedeelte van het Voorontwerp.

36. Zie bijvoorbeeld de Consultatiereactie Wetsvoorstel modernisering Personenvennootschappen van de Nederlandse Vereniging voor Participatiemaatschappijen, beschikbaar op: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpv2/reactie/0592f402-704c-4a45-90cb-9eb5b13295c8>.

37. Zie bijvoorbeeld het wetsvoorstel 'Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten tot codificatie en aanvulling van het fiscale kwalificatiebeleid inzake buitenlandse rechtsvormen en tot afschaffing van de zelfstandige belastingplicht van de open commanditaire vennootschap (Wet fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen)', Tweede Kamer, vergaderjaar 2023–2024, 36 425, nr. 2.

Het Voorontwerp beoogt naar wij uit de bijbehorende overgangsregeling begrijpen ook goederenrechtelijke duidelijkheid te creëren door te regelen dat goederen die behoren tot de vennootschappelijke (goederenrechtelijke) gemeenschap, bij de inwerkingtreding van het wetsvoorstel onder algemene titel zullen overgaan op de openbare personenvennootschap.<sup>38</sup> Voor een substantieel gedeelte van de bestaande personenvennootschappen geldt echter dat de juridische eigendom van de activa van de personenvennootschap niet in een vennootschappelijke (goederenrechtelijke) gemeenschap wordt gehouden. Zoals hiervoor in paragraaf 2 beschreven wordt deze juridische eigendom vanuit praktische goederenrechtelijke overwegingen veelal door de behorend vennoot in zijn privévermogen gehouden (ten behoeve van de commanditaire vennootschap) of door een daarvoor speciaal opgerichte rechtspersoon (in het bijzonder commanditaire vennootschappen die kwalificeren als beleggingsfonds in de zin van artikel 1:1 van de Wft). In de vennootschappelijke (goederenrechtelijke) gemeenschap valt onzes inziens dan slechts een vordering op de betreffende eigenaar of rechthebbende van de activa van de personenvennootschap. Als wij de voorgestelde overgangsregeling goed begrijpen dan gaat slechts deze vordering bij algemene titel over en blijven de onderliggende activa achter bij de eigenaar of rechthebbende van de juridische eigendom. De beoogde goederenrechtelijke duidelijkheid wordt voor de hiervoor genoemde partijen waar het juridisch en economisch eigendom van de activa van de vennootschap gescheiden is, vooralsnog niet bewerkstelligd. Om in dezelfde positie te komen als de andere openbare personenvennootschappen onder deze overgangsregeling moeten deze partijen derhalve alsnog een separate overdracht realiseren op de voor ieder vermogensbestanddeel voorgeschreven wijze (met alle juridische stappen, kosten en fiscale gevolgen van dien).<sup>39</sup>

Met bovenstaande voorbeelden willen wij benadrukken dat in de complexe internationale fonds- en financieringspraktijk vaak goed wordt nagedacht over de manier waarop juridische structuren het best kunnen worden vormgegeven zodat deze voor alle betrokken partijen vanuit een juridisch en fiscaal perspectief goed werken. De rechtsvorm van de Nederlandse commanditaire vennootschap leent zich op dit moment uitstekend als entiteit voor marktpartijen die actief zijn in deze sectoren.<sup>40</sup> Wij vragen ons daarom af waarom de voorgestelde, dwingendrechtelijke vorm van rechtspersoonlijkheid voor deze marktpartijen noodzakelijk is: voor deze professionele marktpartijen is er naar ons inzicht namelijk geen sprake van onduidelijkheid

maar zij worden nu wel met allerhande vragen (en kosten) opgezadeld. Wij menen op basis van het voorgaande dat de methode “one-size-fits-all” voor een rechtsvorm die door zulke verschillende marktpartijen wordt gebruikt (bijvoorbeeld midden- en kleinbedrijf enerzijds en onder toezicht staande financiële instellingen anderzijds), geen recht doet aan de praktische werkelijkheid en dat de voor de personenvennootschap vooralsnog geldende contractsvrijheid ten nadele van haar gebruikers wordt ingeperkt. In dat kader kunnen we inspiratie opdoen in andere jurisdicties.

### 5. Rechtsvergelijking Luxemburg

Een jurisdictie waar de wetgeving met betrekking tot personenvennootschappen recentelijk is gewijzigd en waar – net zoals in Nederland – veel financiële instellingen worden gefaciliteerd, is Luxemburg. Het lijkt ons daarom nuttig om te bekijken hoe in Luxemburg met rechtspersoonlijkheid is omgegaan bij het wijzigen van de personenvennootschapswetgeving.

In het kader van de implementatie van Richtlijn 2011/61/EU inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen (de “AIFMD”) heeft de Luxemburgse wetgever ook de Luxemburgse Wet van 1915 inzake commerciële bedrijven (de “Wet van 1915”) aangepast. Onderdeel van deze aanpassingen was onder meer de introductie van de *Société en Commandite Speciale* (“SCSp”, een ‘speciale’ commanditaire vennootschap) naast de *Société en Commandite Simple* (een “SCS”, een ‘gewone’ commanditaire vennootschap). Het meest in het oog springende verschil tussen de

38. Zie artikel 218 lid 4 van de Invoeringswet bij het Voorontwerp.

39. Wij begrijpen dat het de bedoeling is om het Voorontwerp in een vervolgfase aan te vullen met regelingen over de fusie en splitsing tussen de openbare personenvennootschap en (andere) rechtspersonen. In dat geval zou deze overdracht ook onder algemene titel kunnen worden geëffectueerd.

40. Naast de commanditaire vennootschap kan overigens ook de maatschap onder omstandigheden een geschikte rechtsvorm zijn voor een beleggingsfonds. Zie daarover: Stokkermans, Sleutels voor personenvennootschapsrecht (IVOR nr. 102) 2017, p. 73/74.

SCSp en de SCS is dat de nieuw geïntroduceerde SCSp geen rechtspersoonlijkheid heeft.<sup>41</sup> Op grond van de memorie van toelichting bij de wetswijzigingen die het gevolg waren van de implementatie van de AIFMD in Luxemburg (de “Lux MvT”),<sup>42</sup> valt af te leiden dat met de introductie van de SCSp is beoogd om de concurrentiepositie van Luxemburg als geschikte jurisdictie voor beheerders van beleggingsinstellingen ten opzichte van andere EU-lidstaten te vergroten.<sup>43</sup> De Luxemburgse wetgever heeft daarom inspiratie opgedaan in Angelsaksische jurisdicties waar gebruikers van de personenvennootschap de keuze werd geboden tussen een “*common limited partnership*” (met rechtspersoonlijkheid) en een “*special limited partnership*” (zonder rechtspersoonlijkheid).<sup>44</sup> Daarnaast kan de SCSp, hoewel zij rechtspersoonlijkheid ontbeert, wel in eigen naam activa en passiva houden.<sup>45, 46</sup> Dat de SCSp niet als rechtspersoon kwalificeert is expliciet in de Wet van 1915 opgenomen<sup>47</sup> en is bijvoorbeeld ook gelegen in het feit dat de SCSp geen strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft en niet kan fuseren of splitsen.<sup>48</sup> Uit een door de belastingdienst gepubliceerd standpunt van de Kennisgroep Overdrachtsbelasting blijkt dat de SCSp voor Nederlandse (overdrachts)belastingdoeleinden als transparant wordt aangemerkt vanwege het gebrek aan rechtspersoonlijkheid, ondanks dat

“registraties, zoals tenaamstellingen, en andere formaliteiten met betrekking tot het gemeenschappelijk vermogen wel op naam van de SCSp zullen geschieden.”<sup>49</sup>

Als gevolg van voornoemde kenmerken is de Luxemburgse SCSp uitermate geschikt voor beheerders van beleggingsinstellingen die op zoek zijn naar een bruikbare (fonds)entiteit die goederenrechtelijke eenvoud biedt en tegelijkertijd niet kwalificeert als rechtspersoon. Tevens heeft de Luxemburgse wetgever gekozen voor keuzevrijheid: marktpartijen die een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid willen kunnen kiezen voor een SCS en marktpartijen die dat niet willen voor een SCSp.

## 6. Conclusie en aanbeveling

De personenvennootschap is een contractueel samenwerkingsverband dat in Nederland door een grote verscheidenheid aan marktpartijen wordt gebruikt: het bakkerscollectief op de hoek van de straat en een beheerder van closed-end beleggingsfondsen die *turn-around*-investeringen doet. Deze grote verscheidenheid aan gebruikers van de personenvennootschap valt ten dele te verklaren doordat de personenvennootschap een contractueel samenwerkingsverband is en het beginsel dat de wettelijke regelingen die daarop

van toepassing zijn zoveel mogelijk van regelend recht zijn. Een dwingendrechtelijke rechtspersoonlijkheid sluit onzes inziens daarom én niet goed aan bij de uiteenlopende wensen van de verschillende gebruikers van de personenvennootschap én niet bij de beginselen van het personenvennootschapsrecht. Wij pleiten daarom voor een keuzestelsel zoals dat is geïmplementeerd in Luxemburg maar dichter bij huis ook al was opgenomen in het Ontwerp-Maeijer; het denkwerk is derhalve al gedaan en er zijn concrete tekstvoorstellen beschikbaar. De keuzemogelijkheid voor een commanditaire vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid zou eventueel kunnen worden beperkt tot marktpartijen die onderworpen zijn aan de toezichtrechtelijke bepalingen van de Wft. Of... we kijken met één oog naar Luxemburg en noemen de in het Voorontwerp opgenomen mogelijkheden voor de openbare personenvennootschap om zelfstandig drager van rechten en verplichtingen te zijn geen ‘rechtspersoonlijkheid’.

41. Zie J. Hauser en C. Migeot, *The New Luxembourg Common and Special Limited Partnership Regime applied to Specialised Investment Funds*, Revue luxembourgeoise de bancassurfinance 2014/1–Kluwer, p. 25.

42. Deze memorie van toelichting is beschikbaar op <https://wdocs-pub.chd.lu/docs/exped/156/185/115854.pdf>.

43. Zie daarvoor pagina 7 van de Lux MvT.

44. *Ibid.* pagina 8.

45. De Lux MvT noemt hiervoor op pagina 177 als achtergrond dat “*het (...) betere bescherming [lijkt] te bieden om over te gaan op inschrijving op naam van de bijzondere commanditaire vennootschap die de activa bezit, ook al heeft deze vennootschap geen rechtspersoonlijkheid.*”

46. De constructie dat SCSp wel als zelfstandig rechtssubject vermogensbestanddelen kan verkrijgen maar niet kwalificeert als rechtspersoon doet op het eerste gezicht denken aan de (voormalige) Duitse constructie van de ‘Gesamthand’. Wij begrijpen echter dat de SCSp niet vergeleken dient te worden met de Gesamthand maar dat een nieuwe wettelijk realiteit is ontworpen die daar los van moet worden gezien (zie in dit kader: het door de belastingdienst gepubliceerde standpunt van de Kennisgroep Overdrachtsbelasting (KG:052:2022:4 Kwalificatie Luxemburgse Société en Commandite Spéciale voor de Overdrachtsbelasting en de daarin opgenomen literatuur)).

47. Artikel 22-1 lid 2 van de Wet van 1915 bepaalt: *La société en commandite spéciale ne constitue pas une individualité juridique distincte de ses associés.*

48. Zie J. Hauser en C. Migeot, *The New Luxembourg Common and Special Limited Partnership Regime applied to Specialised Investment Funds*, Revue luxembourgeoise de bancassurfinance 2014/1–Kluwer, p. 25.

49. KG:052:2022:4 Kwalificatie Luxemburgse Société en Commandite Spéciale voor de Overdrachtsbelasting.