

Memorandum

CONTACTPERSONEN Toon van Ogtrop (toon.van.ogtrop@loyensloeff.com)
Qury van Vliet (qury.van.vliet@loyensloeff.com)
Ton Stevens (ton.stevens@loyensloeff.com)

DATUM 29 mei 2019

BETREFT Consultatie Ambtelijk voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen

1 Introductie

Met veel belangstelling hebben wij kennis genomen van het Ambtelijk voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen (**Voorontwerp**), alsmede van de Memorie van toelichting bij het Voorontwerp (**Memorie van Toelichting**).

Dat er een nieuwe poging wordt gewaagd om tot nieuwe wetgeving voor personenvennootschappen te komen, juichen wij van harte toe, en ook inhoudelijk zien wij het Voorontwerp als een zeer grote vooruitgang ten opzichte van de huidige, verouderde wetgeving.

Het is evenwel te betreuren dat het overgangsrecht en de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel niet direct zijn meegenomen in het Voorontwerp. Wij zullen later in deze reactie uitgebreider ingaan op deze onderwerpen, maar willen hier de algemene opmerking maken dat juist deze onderwerpen uiterst belangrijk zijn voor de implementatie van het Voorontwerp in de praktijk. Een aparte consultatie over deze onderwerpen, of over het definitieve wetsvoorstel waar deze onderwerpen wel in geregeld worden, lijkt ons daarom een absoluut vereiste.

In onze reactie richten wij ons op enkele onderwerpen die (naar onze opvatting ten onrechte) niet aan de orde komen in het Voorontwerp (herstructurerings, overgangsrecht, risico van herkwalificatie van een fonds voor gemene rekening). Verder wordt in deze reactie aandacht besteed aan (het verkrijgen van) rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap, de regeling voor de commanditaire vennootschap (**CV**) en de aansprakelijkheid bij opdracht aan een specifieke vennoot. Tot slot komen in deze reactie enkele gewenste fiscale aspecten aan bod. Allereerst wijden wij echter enige woorden aan het gebruik van de term 'vennootschap'.

2 Term 'vennootschap'

De term 'vennootschap' duidt de overeenkomst tussen de vennoten aan waardoor de vennootschap als rechtspersoon ontstaat.¹ De vennootschap is dus een rechtspersoon. Volgens ons scheidt de term 'vennootschap' verwarring. Allereerst omdat de term 'vennootschap' ook voor andere rechtspersonen wordt gebruikt: de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap, de beursvennootschap etc.

¹ Artikelen 800 en 803 Voorontwerp.

Verwarring wordt evenwel met name gecreëerd doordat bestaande VOF's en maatschappen op basis van het Voorontwerp niet alleen hun naam houden, maar doordat ook nieuwe personenvennootschappen kunnen kiezen hoe zij zichzelf noemen. In de leden 2 en 3 van artikel 800 Voorontwerp wordt wel richting gegeven aan de naamduiding. Een vennootschap tot uitoefening van een bedrijf *kan* als vennootschap onder firma worden aangeduid en een vennootschap tot de uitoefening van een beroep *kan* als maatschap worden aangeduid, zo lezen we daar. Op pagina 8 van de Memorie van Toelichting valt te lezen dat het onderscheid tussen beroeps- en bedrijfsactiviteiten soms moeilijk te maken is en dat daarom één rechtsvorm is gekozen die openstaat voor zowel beroeps- als bedrijfsbeoefenaars. Het is ons dan ook niet duidelijk waarom dit onderscheid in de leden 2 en 3 nog gemaakt moet worden. Er zijn immers op grond van het Voorontwerp geen verschillen meer tussen de maatschap, de VOF en de vennootschap, waardoor het mogelijk maken van een andere naamduiding alleen maar tot verwarring leidt (er worden drie termen gehanteerd voor een in de juridische zin zelfde entiteit).

Wij stellen daarom voor om de leden 2 en 3 van artikel 800 te laten vervallen en in het eerste lid te kiezen voor één naam voor alle personenvennootschappen die in de toekomst worden aangegaan. De term "personenvennootschap" of zo gewenst "vennootschap" is onzes inziens passender ten aanzien van de nieuw op te richten VOF's en maatschappen. De reeds bestaande VOF's en maatschappen kunnen de huidige naamvoering indien gewenst behouden. Dit kan worden geregeld in het overgangsrecht.

Voor wat betreft de CV geldt dat reeds bestaande CV's en CV's die in de toekomst worden aangegaan de term 'commanditaire vennootschap' kunnen blijven bezigen. De CV is dan zowel qua wettelijke regeling als qua benaming een *lex specialis* van de personenvennootschap.

3 Rechtspersoonlijkheid

In het Voorontwerp wordt ervoor gekozen om rechtspersoonlijkheid te verlenen aan de personenvennootschap, zonder dat daar een notariële akte aan te pas komt. Er zijn inderdaad valide argumenten te bedenken om het aangaan van een personenvennootschap laagdrempelig te houden. In het Voorontwerp wordt evenwel gekozen voor automatische rechtspersoonlijkheid voor de personenvennootschap, zonder enige formaliteit of formeel kenmerk. Dit lijkt ons ongewenst vanuit de optiek van rechts(on)zekerheid. Het Voorontwerp creëert immers ruimte voor personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid, die niet worden ingeschreven in het handelsregister. Als het de wens is om rechtspersoonlijkheid te creëren zonder notariële tussenkomst, dan zou het volgens ons verstandig zijn om te bepalen dat de personenvennootschap pas een rechtspersoon is nadat deze is ingeschreven in het handelsregister.² Dit zou, gezien de beperkte kosten hiervan, niet leiden tot hoge drempels en de rechtszekerheid zou hier bij gebaat zijn. Opmerkelijk is dat in de Memorie van Toelichting het koppelen van het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid aan het moment van inschrijving in het handelsregister expliciet als optie wordt genoemd, waarna deze zonder argumentatie aan de kant wordt geschoven.³ Vanuit de

² Zie ook: Rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen, o.l.v. Prof. Mr. M. van Olfen.

³ Bladzijde 24 Memorie van Toelichting.

praktijk merken wij overigens nog op dat personenvennootschappen zonder inschrijving in het handelsregister niet vaak zullen voorkomen. Zo zal bijvoorbeeld een bank voor het openen van een bankrekening een uittreksel vragen bij het handelsregister.

De vergelijking die in de Memorie van Toelichting wordt gemaakt met de informele vereniging (eveneens rechtspersoon zonder inschrijving in het handelsregister), bevreedt ons gezien het van de personenvennootschap afwijkende karakter van een informele vereniging, die doorgaans niet of nauwelijks naar buiten treedt, niet gericht is op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel en waarvoor het uitkeringsverbod geldt.

Een (beperkt) praktisch nadeel van het koppelen van rechtspersoonlijkheid aan het moment van de inschrijving in het handelsregister, kan zijn dat de inschrijving van een personenvennootschap op dit moment uitsluitend schriftelijk (per post) kan geschieden, waardoor tussen aanbieding van de inschrijving en de daadwerkelijke verwerking hiervan enkele dagen kunnen zitten. Wij zouden voorstellen om dit euvel direct aan te pakken door digitale inschrijving van personenvennootschappen in het handelsregister te faciliteren door de Kamer van Koophandel (gelijk de wijze waarop de inschrijving thans is geregeld voor rechtspersonen).

In investeringsstructuren wordt veelvuldig gebruik gemaakt van personenvennootschappen, in het bijzonder de CV. In internationale fondsstructuren is de (Angelsaksische) 'limited partnership' zonder rechtspersoonlijkheid de standaard. Het verdient daarom aanbeveling om ook in Nederland de mogelijkheid van een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid te behouden. Ter illustratie, zo heeft Luxemburg zijn personenvennootschapsrecht enkele jaren aangepast en een nieuwe rechtsvorm gecreëerd, de SCSp (SCS zonder rechtspersoonlijkheid) omdat personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid een barrière waren voor het aantrekken van buitenlandse investeerders in Luxemburgse fondsstructuren. Vanuit dit perspectief zou een keuzemogelijkheid voor rechtspersoonlijkheid dan wel géén rechtspersoonlijkheid aanbeveling verdienen. Ter behoud van eenvoud zou een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid dan de uitgangssituatie kunnen zijn, met *opt-out* mogelijkheid waarbij gekozen kan worden voor een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Het zou wat ons betreft wel mogelijk (of zelfs verplicht) moeten zijn om ook de personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid in te schrijven in het handelsregister.

4 Herstructureringen

Onder het huidige recht ontbreekt enige wettelijke faciliteit voor herstructureringen van personenvennootschappen. In het Voorontwerp is plaats ingeruimd voor de meest eenvoudige vorm van herstructureren: toe- en uittreding van vennoten.⁴ Dat hier een regeling voor komt, is zonder meer een vooruitgang. Voorts is in het Voorontwerp voorzien in een regeling voor de voortzetting van een ontbonden personenvennootschap door de enige overblijvende vennoot.⁵ Het vermogen van de ontbonden personenvennootschap gaat onder algemene titel over op de

⁴ Artikelen 812 en 813 Voorontwerp.

⁵ Artikel 819 Voorontwerp

voortzettende vennoot, met dien verstande dat voor de overgang van registergoederen wel een notariële akte nodig is. Het lijkt ons goed in lijn hiermee voor de overgang van aandelen op naam en beperkte rechten een notariële akte als vereiste op te nemen. Uit het Voorontwerp volgt dat een personenvennootschap van rechtswege wordt ontbonden als er nog maar één vennoot is.⁶ Wij zouden willen voorstellen om een faciliteit aan het Voorontwerp toe te voegen voor een enig overgebleven vennoot die de personenvennootschap met een nieuwe vennoot wenst voort te zetten, maar deze nieuwe vennoot nog niet heeft gevonden, door te bepalen dat een overblijvende vennoot enige tijd heeft (bijvoorbeeld 1 à 2 maanden) om een nieuwe vennoot te vinden, waarmee de personenvennootschap kan worden voortgezet.

Een belangrijkere omissie is dat andere herstructureringen, te weten omzetting, fusie en splitsing van personenvennootschappen, in het Voorontwerp niet geregeld worden. Hier was wel in voorzien in het ontwerp van de Werkgroep Personenvennootschappen,⁷ welk ontwerp de basis is geweest van het Voorontwerp.⁸ Wat de achtergrond is van deze lacune, wordt uit de Memorie van Toelichting niet duidelijk. Wellicht is het idee geweest dat het Voorontwerp anders te omvangrijk zou worden, en dat dit de invoering van de nieuwe wetgeving daarmee zou kunnen vertragen of zelfs tegenhouden. Naar onze opvatting is het gewenst de omzetting, fusie en splitsing direct mee te nemen in het wetgevingsproces. Het in één keer invoeren van een compleet wetsvoorstel zou het uitgangspunt moeten zijn. Als de insteek van de wetgever is om dit soort essentiële regelingen later separaat in te voeren brengt dit een groot risico van eindeloos uitstel (of zelfs afstel) met zich mee. Daarbij wordt opgemerkt dat voor bepaalde herstructureringen, zoals de omzetting van een eenmanszaak/aandeel in een personenvennootschap in een N.V. of B.V. of omgekeerd, fiscaal al faciliteiten bestaan (de regelingen van de geruisloze omzetting ex art. 3.65 Wet IB 2001 respectievelijk de geruisloze terugkeer ex art. 14c Wet VPB 1969), terwijl civielrechtelijk geen adequate faciliteiten voorhanden zijn. Ook om die reden is een gelijktijdige invoering van een compleet wetsvoorstel naar onze mening aanbevelingswaardig.

4.1 Omzetting

Doordat de personenvennootschap in het Voorontwerp een rechtspersoon is, zou met een relatief eenvoudige regeling voor de omzetting van een personenvennootschap in een B.V., N.V., coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij en andersom, de omzetting van een B.V., N.V., coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een personenvennootschap kunnen worden volstaan. Deze regeling zou kunnen worden gebaseerd op de regeling die thans is opgenomen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. In de praktijk is zonder meer behoefte aan zo'n regeling.⁹

Voor de omzetting van een personenvennootschap in een B.V., N.V., coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij zou in ieder geval aan het bepaalde in Boek 2 van het BW moeten worden voldaan en dus ook een notariële akte vereist moeten zijn, omdat het anders mogelijk zou worden

⁶ Artikel 814, lid 1 onder b Voorontwerp

⁷ Rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen, o.l.v. Prof. Mr. M. van Olfen.

⁸ Pagina 2 van de Memorie van Toelichting.

⁹ Zie ook: Rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen, o.l.v. Prof. Mr. M. van Olfen.

om een B.V., N.V., coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij te creëren zonder dat daaraan een notariële akte ten grondslag ligt (terwijl dit nu niet mogelijk is). Een andere vraag is of voor een omzetting van een B.V., N.V., coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een personenvennootschap een notariële akte vereist zou moeten zijn. Vanuit het perspectief van rechtszekerheid en vanwege de omvangrijke gevolgen van een dergelijke omzetting, zouden wij hier een voorstander van zijn.

4.2 Fusie en splitsing

Net als omzetting, is ook fusie of splitsing onder het huidige recht niet geregeld voor personenvennootschappen. Doordat de personenvennootschap onder het Voorontwerp een rechtspersoon is, is ook een relatief eenvoudige regeling voor fusie en splitsing voor personenvennootschappen mogelijk. De vermogensrechtelijke gevolgen van een fusie of splitsing worden door de rechtspersoonlijkheid sterk vereenvoudigd.

De regeling voor fusie en splitsing van personenvennootschappen zou kunnen worden gebaseerd op de thans in Boek 2 van het BW opgenomen regeling, met dien verstande dat (i) een verzetsmogelijkheid niet nodig zal zijn (gezien het feit dat de aansprakelijkheid van de vennoten voortduurt) en (ii) een notariële akte wellicht ook niet nodig zal zijn als door de wetgever wordt vastgehouden aan het idee dat voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid geen notariële akte nodig is. Er zijn zeker ook argumenten te bedenken om een notariële akte wel verplicht te stellen voor fusie of splitsing, waarbij met name gedacht kan worden aan het risico op "vervuiling" van de registers.¹⁰

5 De commanditaire vennootschap

De commanditaire vennoot in een CV mag voortaan handelingen voor de personenvennootschap verrichten op basis van een door de andere (gewone) vennoten verstrekte volmacht. Alleen voor zover het handelen op grond van de volmacht heeft geleid tot faillissement, is de commanditaire vennoot mogelijk hoofdelijk aansprakelijk.¹¹

Momenteel wordt een commanditaire vennoot hoofdelijk aansprakelijk voor alle verbintenissen van de CV indien hij (al dan niet op basis van een volmacht) namens de CV handelt. In de Memorie van Toelichting valt te lezen dat dit leidt tot inflexibiliteit, terwijl schuldeisers voldoende beschermd zouden zijn wanneer commanditaire vennoten aansprakelijk kunnen zijn voor zover hun handelen heeft geleid tot het faillissement van de CV.

Met betrekking tot het verlenen van volmacht aan een commanditair vennoot is het ontwerp wat ons betreft ambigue. Pagina 11 en pagina 13 van de Memorie van Toelichting lijken te suggereren dat de volmacht wordt verleend door de (besturende) vennoten aan de commanditair vennoot om namens hen (in capaciteit van vennoot) te handelen, terwijl de Memorie van Toelichting op pagina

¹⁰ Rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen, o.l.v. Prof. Mr. M. van Olffen, p. 27.

¹¹ Artikel 821 lid 3 Voorontwerp.

76 verduidelijkt dat op basis van de tekst van de wet de volmacht wordt verleend door de CV zelf. Dit laatste lijkt ons juist: de rechtspersoon laat zich dan vertegenwoordigen door een commanditair vennoot op basis van volmacht (dat kan bij huidige kapitaalvennootschappen natuurlijk ook). In dit kader vragen wij ons overigens wel af in hoeverre andere risico's blijven bestaan (zoals te worden gekwalificeerd als mede-beleidsbepaler). De vraag is of het Voorontwerp niet leidt tot een schijnzekerheid dat je als commanditair vennoot geen risico loopt als de personenvennootschap niet failliet gaat.

Artikel 805 lid 2 is niet geschikt voor toepassing op een commanditair vennoot. Het lijkt ons goed om aan te sluiten bij de *status quo* uit het ondernemingsrecht: commanditair vennoten mogen hun eigen belang in de personenvennootschap vertegenwoordigen binnen de grenzen die de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid biedt (zie Wennex¹², Aurora¹³ maar ook de PCM beschikking¹⁴). De uitwerkingen van billijk gedrag uit lid 2 lijken niet geschreven voor een verschaffer van risicodragend kapitaal.

6 Fonds voor Gemene Rekening. Risico van herkwalificatie

Sinds het Union II arrest,¹⁵ waar de Hoge Raad oordeelde dat een beleggingsfonds kwalificeerde als maatschap, bestaat in de praktijk het risico van herkwalificatie van beleggingsfondsen, zoals het beleggingsfonds dat fiscaal kan worden aangemerkt als een fonds voor gemene rekening. Ook in latere jurisprudentie zijn uitspraken verschenen waarin fondsen voor gemene rekening civielrechtelijk als maatschap worden aangemerkt.¹⁶ Aangenomen wordt dan dat door toetreding van participanten tot het fonds, tussen hen een overeenkomst (van samenwerking) tot stand komt, waarbij twee of meer personen zich binden om iets in gemeenschap te brengen met het oogmerk om het daaruit ontstane voordeel met elkaar te delen.

In de parlementaire toelichting bij het in 2011 ingetrokken wetsvoorstel voor de personenvennootschap,¹⁷ werd door de Minister van Justitie opgemerkt dat bij het instellen van een fonds voor gemene rekening een constructie kan worden gekozen die ertoe leidt dat het fonds geen personenvennootschap is, door uitdrukkelijk in de overeenkomsten met de participanten tot uitdrukking te brengen dat de overeenkomst uitsluitend rechten en verplichtingen van de participant jegens het fonds, en niet tegenover andere participanten in het leven roept.¹⁸ Wij volgen deze stelling, die in de literatuur nader wordt onderbouwd.¹⁹

In de praktijk is behoefte aan zekerheid over de vraag of een participant in een fonds voor gemene rekening civielrechtelijk kan worden aangemerkt als vennoot van een personenvennootschap,

¹² HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465 (Wennex).

¹³ HR 19 februari 1960, NJ 1960, 473, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (Aurora).

¹⁴ Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 mei 2010, JOR 2010/189, m.nt. T.M. Stevens (PCM).

¹⁵ HR 10 januari 1968, NJ 1968/134 m.nt. G.J.S. (Union II).

¹⁶ Rechtbank Almelo 28 december 2005, JOR 2006/92, m.nt. J.M. Blanco Fernandez (Beleggingsfonds Rifodi); Rechtbank Gelderland 1 mei 2014, JOR 2014/255 m.nt. C.J. Groffen, r.o. 36.

¹⁷ Wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek; Verslag (28 746, nr. 4)

¹⁸ *Kamerstukken II 2007/2008*, 31065, nr 8, p. 2.

¹⁹ Zie met name het heldere artikel van J. van der Velden over dit vraagstuk: Mr. J. van der Velden, 'Fondsen voor gemene rekening: wel of geen maatschap?', *TvFR* Nr. 4 april 2015, p. 141.

hetgeen tot persoonlijke aansprakelijkheid voor de participant leidt voor verbintenissen van dat fonds boven zijn inleg.

Het zou grote toegevoegde waarde hebben om met de modernisering van de personenvennootschappen, direct dit telkens terugkerende probleem van rechtsonzekerheid en risico van herkwalificatie van fondsen voor gemene rekening voor de praktijk op te lossen.

Ons voorstel daartoe is om aan het Voorontwerp een korte regeling voor een (beleggings)fonds toe te voegen, waaruit in ieder geval zou volgen dat een fonds voor gemene rekening een *sui generis* rechtsfiguur is, die te onderscheiden is van een personenvennootschap. Inhoudelijk zou de regeling verder gestoeld kunnen worden op de al bestaande financieelrechtelijke (Wft) en fiscale wetgeving hieromtrent.

Daarmee zou de onzekerheid kunnen worden weggenomen en zou de rechtsfiguur van het fonds voor gemene rekening, die in de fiscale wetgeving al lang bestaat, eindelijk ook civielrechtelijk worden gecodificeerd.²⁰

Mocht dit om wat voor reden dan ook toch niet gewenst zijn, dan zouden wij als alternatief voorstellen om in artikel 802 lid 2 van het Voorontwerp en/of de toelichting te bepalen dat, indien geen sprake is van een meerpartijenovereenkomst op grond waarvan participanten nakoming van de inbrengverplichting van de andere participanten kunnen vorderen (en derhalve alleen de beheerder en - eventueel - de bewaarder van het fonds dit kunnen vorderen), er geen sprake is van een personenvennootschap. Dit sluit naar onze smaak aan bij de breed gedragen huidige opvattingen in het wetenschappelijk discours en stelt marktpartijen in staat een *sui generis* rechtsverhouding aan te gaan zonder zich zorgen te hoeven maken over eventuele onbedoelde hoofdelijke aansprakelijkheden voor de participanten.

7 Aansprakelijkheid bij opdracht aan specifieke vennoot

Het Voorontwerp bepaalt in artikel 809 dat de vennoten (naast de personenvennootschap) in beginsel hoofdelijk verbonden zijn voor de verbintenissen van de personenvennootschap. Deze subsidiaire hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van de personenvennootschap is evenwel niet gegeven indien een wederpartij van de personenvennootschap de opdracht (waaruit de schuld voortvloeit) uitdrukkelijk aan een bepaalde vennoot heeft toevertrouwd. In dat geval zal de vennoot naast de personenvennootschap aansprakelijk zijn voor de nakoming. De overige vennoten kunnen zich – zo begrijpen wij – disculperen. Een voorbeeld van uitdrukkelijk disculperen wordt op pagina 45 van de Memorie van Toelichting gegeven: de situatie waarbij de naam van de vennoot in de overeenkomst uitdrukkelijk wordt gegeven. Begrijpen wij het goed dan is dit voorbeeld niet limitatief en dient van geval tot geval te worden beoordeeld of alle vennoten voor het geheel aansprakelijk zijn naast de personenvennootschap of dat het uitsluitend de vennoten betreft die betrokken waren bij de opdracht. Dit kan leiden tot onzekere situaties voor derden die niet

²⁰ Ter inspiratie voor de definitie van een fonds voor gemene rekening zou bijvoorbeeld ook kunnen worden gekeken naar de definitie van een fonds voor collectieve belegging in effecten opgenomen in artikel 1:1 Wft.

weten op wie zij zich naast de personenvennootschap kunnen verhalen en mogelijk geconfronteerd worden met procedures omdat vennoten zich proberen te disculperen.

Om deze onzekerheid weg te nemen geven wij in overweging om de term "uitdrukkelijk" in artikel 809 lid 2 te vervangen voor "schriftelijk" of, meer algemeen, "aantoonbaar". De vraag of een opdracht schriftelijk (of aantoonbaar) is verleend, is immers eenvoudiger te beantwoorden dan de vraag of een opdracht uitdrukkelijk is verleend. Een heldere regeling op dit punt, zou er mogelijk toe leiden dat de in de praktijk bestaande vraag naar een regeling gelijkend op die van de Angelsaksische LLP, zal afnemen. Mocht enige tijd na invoering van het Voorontwerp blijken dat deze disculpatie in de praktijk niet goed werkt, of mocht er om een andere reden behoefte blijven aan een Nederlandse variant van de LLP, dan zou deze te zijner tijd alsnog kunnen worden ingevoerd²¹.

8 Overgangsrecht

Het Voorontwerp bevat (nog) geen overgangsrecht. Op pagina 17 van de Memorie van Toelichting is te lezen dat overgangsrecht nog zal worden onderzocht en te zijner tijd, zal leiden tot aanvulling van het Voorontwerp en de Memorie van Toelichting. Het is jammer dat het overgangsrecht niet reeds in het Voorontwerp is opgenomen. Het is namelijk prettig om het Voorontwerp te beoordelen in samenhang met het overgangsrecht en hier door middel van een consultatie op te kunnen reageren. Naar onze opvatting is overgangsrecht in ieder geval noodzakelijk op de volgende punten.

In het Voorontwerp wordt rechtspersoonlijkheid toegekend aan de personenvennootschap. Wij stellen ons allereerst de vraag of bestaande VOF's, maatschappen en CV's na de invoering van de Wet modernisering personenvennootschappen direct rechtspersoonlijkheid verkrijgen of slechts indien zij zijn ingeschreven in het handelsregister? Dat laatste heeft wat ons betreft de voorkeur. Een vervolgvraag is hoe het werkt met goederen die zich bevinden in de gemeenschap die op dit moment bestaat tussen de vennoten? Wordt de personenvennootschap onder algemene titel rechthebbende van deze goederen en hoe zit dit als de goederen niet (juridisch) toebehoren aan een gemeenschap maar aan één van de vennoten?

Op dit moment staan bijvoorbeeld registergoederen en aandelen bij een CV juridisch op naam van (i) de beherend vennoot van de CV; of (ii) alle vennoten van de CV; of (iii) alleen op naam van de commanditaire vennoten; of (iv) op naam van een separate stichting (die geen vennoot is). In de praktijk leiden alle voornoemde regelingen tot vragen of praktische complicaties, bijvoorbeeld omdat alle vennoten partij moeten zijn bij een notariële akte voor een geldige levering aan hen allen of omdat goederen die een beherend vennoot voor anderen houdt tevens voor verhaal vatbaar is voor zijn privé-schuldeisers. Om dit laatste risico te mitigeren is in financiële toezichtwetgeving voorgeschreven dat activa van beleggingsfondsen (waaronder CV's) door een apart daarvoor opgerichte rechtspersoon moeten worden gehouden (in de praktijk vaak een stichting).

²¹ Zie hierover o.a. Wuisman, I.S. (2011). Een Nederlandse Personenvennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid: Wenselijk? en Stokkermans, C.M. (2017). Sleutels voor personenvennootschapsrecht (Nr. 102).

Zolang de personenvennootschap niet is ingeschreven in het handelsregister kan de personenvennootschap geen registergoederen verkrijgen of erfgenaam zijn.²² Dit is om te voorkomen dat in het handelsverkeer onzekerheid bestaat over de vraag of een registergoed met succes aan een personenvennootschap is geleverd. Niet duidelijk is wat er gebeurt met personenvennootschappen die momenteel beschikken over registergoederen die zijn ingebracht in de personenvennootschap en die zich bevinden in de tussen de vennoten bestaande gemeenschap.

Indien de personenvennootschap is ingeschreven in het handelsregister (wat bij de CV altijd het geval moet zijn op grond van het Voorontwerp), verkrijgt deze op grond van de Wet modernisering personenvennootschap rechtspersoonlijkheid en kan deze personenvennootschap registergoederen verkrijgen. Dit geldt – naar wij begrijpen – ook voor personenvennootschappen die nu al zijn ingeschreven in het handelsregister.

De vraag doet zich voor wat er gebeurt of moet gebeuren om te bereiken dat na invoering van het Voorontwerp de registergoederen bij een personenvennootschap die nu al is ingeschreven in het handelsregister en waarbij de registergoederen thans op naam van (één van) de vennoten (of op naam van de stichting bewaarder) staan, op naam van de personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid komen te staan. Is hiervoor een expliciete levering nodig, of gebeurt dit automatisch?

Een automatische overgang van de registergoederen aan personenvennootschappen die zijn ingeschreven in het handelsregister per de datum van invoering van het Voorontwerp, lijkt ons ongewenst. Dit zou tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid leiden, omdat de eigendom van de registergoederen in de akte niet op naam zal staan van de betreffende personenvennootschap.

Wij pleiten daarom voor een eenvoudige regeling op grond waarvan een expliciete levering nodig is om te bereiken dat de registergoederen op naam van de (ingeschreven) personenvennootschap komen te staan. Dit is ook gewenst omdat het in de praktijk natuurlijk zo kan zijn dat men de eerdere structuur om bepaalde redenen in stand wil laten en het voor partijen niet gewenst is dat de registergoederen op naam komen te staan van de personenvennootschap.

Een vraag die daarbij overigens nog opkomt, is wat de titel van de levering zou moeten zijn: ten titel van inbreng danwel een titel *sui generis* (bijvoorbeeld: reorganisatie in het kader van de wetwijziging).

Vanzelfsprekend zal in dit kader ook moeten worden nagedacht over faciliteiten in de overdrachtsbelasting (eventuele vrijstelling), waar wij graag op ingaan in paragraaf 9.

9 Fiscale aspecten

²² Artikel 803 Voorontwerp.

Evenals overgangsrecht ontbreekt in het consultatiedocument een ontwerp voor een fiscale begeleidingswet. Mede in het licht van de moeizame totstandkoming van de fiscale begeleiding bij het ingetrokken wetsvoorstel Titel 7.13 BW verdient het ons inziens sterke aanbeveling om niet alleen het overgangsrecht maar ook de fiscale begeleiding op te nemen in het te consulteren wetsvoorstel.

Ten aanzien van de inhoud van de fiscale begeleiding kan naar ons idee rijkelijk geput worden uit de fiscale begeleiding bij het ingetrokken wetsvoorstel Titel 7.13 BW en de Bijlage I (Fiscale aspecten) bij het Rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen. Wij sommen hierna kort de meest pregnante punten op die aanpassing van de bestaande fiscale regelingen noodzakelijk maken:

- Het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid bij de nieuwe rechtsvorm ‘vennootschap’ mag niet tot gevolg hebben dat de fiscale transparantie van personenvennootschappen naar huidig recht verloren gaat. Het verdient aanbeveling elke onzekerheid op dit punt uit te sluiten en derhalve een verduidelijkende bepaling zowel in de Wet op de inkomstenbelasting, de Wet op de vennootschapsbelasting, als in de Wet op de dividendbelasting op te nemen.
- Het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid bij de nieuwe personenvennootschappen onder behoud van fiscale transparantie heeft mogelijk ook gevolgen voor de classificatie van buitenlandse personenvennootschappen. In dat verband zal mogelijk het Besluit van 11 december 2009, BNB 2010/58 aangepast dienen te worden.²³ Een aspect dat in dit verband onderbelicht is gebleven, is het punt dat het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid bij de nieuwe Nederlandse personenvennootschappen ook mogelijk (negatieve) consequenties kan hebben bij de classificatie van deze personenvennootschappen in het buitenland. In aansluiting aan hetgeen hiervoor onder paragraaf 3 hierover is geschreven, zou ook hierom de mogelijkheid moeten blijven bestaan om personenvennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid te creëren (*opt-out*).
- In paragraaf 4 is reeds gewezen op het bestaan van fiscale herstructureringsmogelijkheden (geruisloze omzetting en terugkeer) zonder dat vooralsnog een civielrechtelijke equivalent bestaat. Aldaar was onze aanbeveling om deze civielrechtelijke equivalenten (fusie, splitsing en omzetting) ook op te nemen in het te (nog te consulteren) wetsontwerp. Omgekeerd ontstaat alsdan een lacune omdat een aantal civielrechtelijke herstructureringsvormen, m.n. de situatie dat vennootschapsbelastingplichtige lichamen een joint-venture zijn aangegaan c.q. willen aangaan in de vorm van een personenvennootschap en daarbij bestaande rechtsvormen willen herstructureren, nog geen fiscale faciliteiten kent in de huidige wettelijke regeling. Het verdient aanbeveling om

²³ Zie paragraaf 2.3 Internationale samenwerkingsverbanden van Bijlage I (Fiscale aspecten) bij het rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen.

deze fiscale faciliteiten²⁴ tegelijkertijd met de civielrechtelijke herstructuringsmogelijkheden aan het (te consulteren) aangevulde Voorontwerp toe te voegen;

- Uiteraard is het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid ook van belang voor de heffing van overdrachtsbelasting. Naast de aanpassing van de bestaande fiscale herstructureringsfaciliteiten²⁵ in de Wet op belastingen van rechtsverkeer vraagt met name het overgangsrecht op dit punt de nodige aandacht. De overgangsproblematiek speelt met name bij fondsstructuren in de vorm van een personenvennootschap, zoals hiervoor aangegeven in paragraaf 8. De in die paragraaf beschreven mogelijkheid tot overdracht van de juridische eigendom van onroerende zaken naar de personenvennootschap-rechtspersoon zou naar onze opvatting gepaard moeten gaan met een (eenmalige) vrijstelling van overdrachtsbelasting. Deze vrijstelling van overdrachtsbelasting dient ons inziens ook te gelden voor personenvennootschappen zonder materiële onderneming, zodat ook fondsstructuren gebruik kunnen maken van de geneugten van het nieuwe personenvennootschapsrecht (een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid) en bijvoorbeeld bestaande bewaarder-structuren kunnen opruimen.

Tenslotte willen wij hier nog een lans breken om niet alleen de introductie van een nieuw personenvennootschapsrecht te voorzien van een goede fiscale begeleidingswet, maar deze introductie tevens aan te grijpen om ook de bestaande fiscale knelpunten rondom de belastingheffing van personenvennootschappen aan te pakken. Als belangrijkste fiscale knelpunten²⁶ kunnen ons inziens worden genoemd: (i) het onderscheid tussen niet-transparante en fiscaal transparante personenvennootschappen aan de hand van het overdraagbaarheids criterium (de al jaren bestaande roep uit de praktijk om versoepeling van dit criterium²⁷), (ii) het inmiddels overbodige onderscheid tussen medegerechtigden (commanditaire vennoten) en “echte” ondernemers zowel in de Wet IB 2001 als in de Successiewet, en (iii) de positie van de nijvere maat.

²⁴ Verwezen kan worden naar de aanpassingen in de fiscale faciliteiten voor geruisloze inbreng, fusie, omzetting en splitsingen in de vennootschapsbelasting zoals voorgesteld in de fiscale begeleiding van het ingetrokken Wetsvoorstel Titel 7.13 BW.

²⁵ Zie de uiteenzetting en voorstellen voor wijziging van de Wet op belastingen van rechtsverkeer in Bijlage I (fiscale aspecten) van het Rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen.

²⁶ Zie voor een overzicht van fiscale knelpunten ook de bijdrage van S.A. Stevens, Een nieuw fiscaal regime voor personenvennootschappen gewenst!, aan het ZIFO congres op 15 juni 2016, gepubliceerd in de congresbundel M. van Olfen/W.J.M. van Veen, Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen, Deventer: Kluwer 2016, p. 99 e.v.

²⁷ Zie bijvoorbeeld M. Beudeker/ W.I.M. van der Leij, De “Brexit”: een uitgelezen kans voor Nederland als fondsenland!, WFR 2017/83.