

Memorandum

VAN M.W. Josephus Jitta
DATUM 19 maart 2019

BETREFT Internetconsultatie Ambtelijk voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen
Memorandum

De Toelichting (algemeen deel)

p. 6 De zin “Voortaan is in beginsel alleen de vennoot aan wie door de wederpartij de opdracht is toevertrouwd naast de vennootschap aansprakelijk, tenzij anders is afgesproken.” Deze zin zou beter afgestemd moeten worden op art. 809 lid 2 BW.

p. 10, regel 9. Vruchtgebruik wordt hier naast pandrecht als een zekerheidsrecht geduid. Beter lijkt “zekerheidsrechten” te vervangen door “beperkte rechten”.

p.15. De toelichting vermeldt abusievelijk dat het OM vennootschappen kan ontbinden. Het OM kan echter alleen bij de rechter de ontbinding vorderen (art. 815 lid 1).

p.24, tweede alinea, tweede volzin. De opmerking dat privé-crediteuren na ontbinding van de vennootschap zich op het vennootschappelijk vermogen kunnen verhalen, is onjuist.

De voorgestelde bepalingen

Artikel 800. Het algemeen deel van de toelichting (p.8) constateert dat het soms moeilijk is onderscheid te maken tussen beroeps- en bedrijfsactiviteiten. Dat is de (één van) de reden(en) om te komen tot één rechtsvorm die openstaat voor zowel beroeps- als bedrijfsbeoefenaars. De leden 2 en 3 die opnieuw onderscheid maken tussen beroep en bedrijf en die bepalen dat alleen een vennootschap tot uitoefening van een bedrijf als vennootschap onder firma kan worden aangeduid en alleen een vennootschap tot uitoefening van een beroep als maatschap, staan die haaks op. Beter lijkt de bepalingen samen te voegen en te bepalen dat een vennootschap zowel als vennootschap onder firma als als maatschap kan worden aangeduid.

Artikel 801. Ik neem aan dat art. 801 ten onrechte artikel 809 nog niet vermeldt nu het bij artikel 809 om wezenlijke kenmerken van de vennootschap gaat.

Artikel 806 lid 2 vereist dat de balans en de staat van baten en lasten op papier worden gesteld. Dit lijkt mij wat archaisch geformuleerd en wordt ook verder niet toegelicht. Ook lid 5 verwijst naar deze op papier gestelde stukken. Onduidelijk is waarom deze stukken niet in elektronische vorm bewaard zouden mogen worden.

Artikel 806 lid 6 onder c bepaalt dat in geval van het faillissement van een vennootschap de schuldeisers van de vennootschap openlegging van de administratie kunnen verlangen. De toelichting

op dit lid vermeldt “Bij faillissement van de vennootschap worden de schuldeisers aan deze lijst toegevoegd. In het onverhoopte geval van faillissement moet de curator immers in staat worden gesteld om zo efficiënt mogelijk de boedel van de vennootschap te vereffenen.” Deze toelichting lijkt er op te duiden dat beoogd wordt dit recht door de curator ten behoeve van de curator en niet door de curatoren te laten uitoefenen. Indien die conclusie juist is zou in de bepaling de curator en niet de curatoren vermeld moeten worden. Indien het de bedoeling zou zijn om zowel de schuldeisers als de curator die bevoegdheid te geven, zal de curator naast de schuldeisers in de bepaling vermeld moeten worden. Gelukkig lijkt mij een dergelijke gecombineerde bevoegdheid niet.

Ik meen dat in art. 809 lid 1, tweede volzin, “vennoten zijn slechts aansprakelijk” vervangen zou moeten worden door “vennoten kunnen slechts worden aangesproken”. De hoofdelijke verbondenheid bestaat immers, het gaat er alleen om dat wederpartijen behoudens in het geval de tweede zin van toepassing is, eerst de vennootschap moeten aanspreken. De tekst zoals die in het voorontwerp is opgenomen, kan daarbij tot vragen aanleiding geven waar het gaat om de wijze waarop een vennoot in zijn eigen jaarrekening de verplichtingen zoals die voortvloeien uit de hoofdelijke aansprakelijkheid moet verantwoorden.

Bij art. 809 lid 3 rijst de vraag of een toetredende vennoot is verbonden voor de verplichtingen die na het moment van zijn toetreden uit op het moment van dat toetreden al bestaande duurovereenkomsten (zoals arbeidsovereenkomsten en huurovereenkomsten) daarvoor verbonden is. Het lijkt goed dat ten minste in de toelichting te verduidelijken. Omgekeerd, is het wenselijk in de toelichting op het vierde lid te vermelden of een uittredende vennoot aangesproken zal kunnen blijven worden voor verplichtingen van de vennootschap op grond van voor zijn uittreden aangegaan duurovereenkomsten die betrekking hebben op de periode na zijn uittreden.

Art. 811 lid 1. De eerste zin van de toelichting die als constitutief vereiste in alle gevallen mededeling van het pandrecht aan de vennootschap vereist lijkt onjuist nu ook de vestiging van een stil pandrecht mogelijk is.

Art. 810 lid 3 en art. 811 lid 3 openen de mogelijkheid dat de vruchtgebruiker respectievelijk de pandhouder de rechten en bevoegdheden krijgen die aan de rechtsverhouding zijn verbonden. De toelichting op art. 810 lid 1 vermeldt ten aanzien van het vruchtgebruik dat daaronder mede bestuursbevoegdheden kunnen vallen. Datzelfde geldt voor de pandhouder op grond van de toelichting op art. 811. Ik meen dat de parallel die in de toelichting getrokken wordt met de regeling bij de BV mank gaat: de regeling zoals die in het voorontwerp is opgenomen lijkt aanzienlijk verder te gaan en ook het interne functioneren van de vennootschap maar ook haar functioneren met derden te kunnen raken. De vraag rijst tevens of een dergelijke overdracht van bevoegdheden verenigbaar is met definitie van de vennootschap in art. 800 lid 1.

Zonder deze eis nader toe te lichten eist art. 812 lid 2 een geldige titel voor de overdracht van een aandeel in de vennootschap. Dit lijkt in strijd met de rechtszekerheid die de vennootschap, haar schuldeisers en de medevennoten zouden moeten hebben. Ik meen dat de eis van een geldige titel in de bepaling daarom zou moeten vervallen. Bij handhaving van de eis zou de toelichting de eis duidelijk moeten motiveren. In dit verband meen ik dat het wenselijk is dat het voorstel ook een duidelijke uitspraak doet over de vraag of een toetreding en/of uittreding (met inbegrip van de

overdracht van de rechtsverhouding) vernietigd kan worden op grond van een wilsgebrek of op grond van de Pauliana, omdat ook een vernietiging ten koste kan gaan van de rechtszekerheid.

Zou niet aan artikel 813 lid 1 de mogelijkheid van uittreding van een vennoot door overdracht van zijn aandeel op de voet van art. 812 genoemd moeten worden? De toelichting op art. 812, tweede lid, gaat er in ieder geval al van uit dat ook bij een overdracht van zijn belang de overdragende vennoot uittreedt en art. 813 van toepassing is. Als gevolg van het niet vermelden van deze mogelijkheid rijst nu de vraag of art. 809 lid 4 wel van toepassing is op de vennoot die zijn aandeel aan een ander overdraagt. Ook zou dan geregeld moeten worden dat bij uittreding op de voet van art. 812 de leden 4 en 5 (en mogelijk lid 6) van art. 813 niet van toepassing zijn.

Door opzegging eindigt de deelneming aan de vennootschap van de vennoot die opzegt of aan wie de vennootschap wordt opgezegd, voor zover van toepassing, bij het einde van de opzeggingstermijn. Artikel 813 lid 2 bepaalt dat een opzegging vernietigd kan worden op grond van het feit dat die in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Het voorontwerp bepaalt niet binnen welke termijn een dergelijke vordering moet worden ingesteld. Dat betekent dat de termijn van drie jaar van art. 3:52 BW geldt. Dat lijkt in strijd met de rechtszekerheid. Die vraag rijst ook waar het gaat om andere in de toelichting genoemde mogelijke gronden voor de vernietiging van een opzegging. In meer algemene zin rijst de vraag of mede met het oog op de regeling van de aansprakelijkheid van de betrokken vennoot voor de verplichtingen van de vennootschap jegens schuldeisers het voorstel niet de gevolgen van een vernietiging van een opzegging (of een toetreding) zou moeten regelen. De fall-back regeling van art. 3:53 lid 2 BW lijkt in dit opzicht niet genoeg.

Artikel 813 lid 3 opent de mogelijkheid dat op verzoek van en of meer andere vennoten de vennootschap ten aanzien van een vennoot op grond van gewichtige redenen wordt ontbonden. Bij die ontbinding kan de betrokken vennoot ook tot schadevergoeding worden veroordeeld. Artikel 814 lid 3 opent wel de mogelijkheid dat een vennootschap op verzoek van een vennoot wegens gewichtige redenen geheel wordt ontbonden, maar het voorontwerp kent geen regeling analoog aan art. 2:343 BW dat geldt voor de geschillenregeling, waarbij een vennoot ook op grond van gewichtige redenen die gelegen zijn in het handelen van de vennootschap of een of meer van zijn medevennoten jegens hem, de gedeeltelijke ontbinding van de vennootschap kan vorderen en de vennootschap c.q. zijn medevennoten tot schadevergoeding aan hem worden veroordeeld. Zoals art. 2:343 BW in een behoefte blijkt te voorzien, lijkt het mij wenselijk in het definitieve voorstel wel in deze mogelijkheid te voorzien.

Bij art. 813 lid 3 rijst ook nog de vraag of het door de rechter gegeven bevel de uittreding zelf tot de ontbinding van de vennootschap ten aanzien van de betrokken vennoot leidt of dat op grond van de beslissing van de rechter nog een nadere handeling van die vennoot is vereist. Praktischer lijkt te bepalen dat de rechter op grond van gewichtige redenen op verzoek van een of meer vennoten de vennootschap ten aanzien van een vennoot kan ontbinden zodat de beslissing van de rechter de beëindiging van de deelneming inhoudt. De vraag rijst -mede met het oog op de interne en externe aansprakelijkheid - of een beëindiging door de rechter op grond van lid 3 uitvoerbaar bij voorraad moet kunnen worden verklaard en, indien dat mogelijk is, wat de gevolgen zijn van een eventuele vernietiging.

Zou art. 813 lid 5 niet ook moeten voorzien in een rentevergoeding over het op grond van de eerste zin verschuldigde bedrag om in ieder geval problemen zoals die bij de geschillenregeling bij de BV bestonden, te vermijden?

De tweede alinea van de toelichting op art. 813 lid 5 laat zich niet zonder meer verenigen met de eerste alinea van die toelichting: het gaat immers niet om het boekhoudkundige vermogen van de vennootschap maar om het op basis van de going-concernwaardering van de vennootschap voor zoveel nodig "gecorrigeerde" vermogen.

In het stelsel van art. 813 leidt, tenzij in de vennootschapsovereenkomst anders overeengekomen is, de uittreding van een vennoot tot een partiele ontbinding (lid 4) en het ontstaan van een vordering (lid 5). Het lijkt mij praktisch indien de regeling standaard zou voorzien in de mogelijkheid voor uittredende vennoot c.q. zijn rechtsopvolgers om, op voorwaarde dat de vennootschapsovereenkomst voorziet in de mogelijkheid voor een vennoot zijn rechtsverhouding aan een derde over te dragen, (alsnog) de rechtsverhouding over te dragen aan een derde zodat de partiele ontbinding gevolgd door het ontstaan van een afrekeningsvordering achterwege kan blijven en dit niet over te laten aan de vraag of partijen dit hebben geregeld.

Artikel 816 lid 3. Uit de toelichting (p.68) blijkt dat de rechter de beslissing tot ontbinding van een vennootschap uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren. Gelet op de gevolgen van een ontbinding een vennootschap vraag ik mij af of dat gelukkig is en, indien de beslissing wordt vernietigd, terugdraaien grote complicaties op kan leveren. Beter lijkt mij dat voor de periode tussen de beslissing tot ontbinding en het in kracht van gewijsde gaan daarvan provisionele voorzieningen getroffen zouden kunnen worden (art. 223 Rv, zie ook art. 2:349a BW).

Artikel 817 lid 2 komt overeen met art. 2:23a lid 4 BW. Onduidelijk is echter of bij de vaststelling of er voldoende baten zijn de verplichtingen van de vennoten om op grond van art. 817 lid 3 een eventueel tekort aan te vullen mede als bate in aanmerking moeten worden genomen. De toelichting zou dit kunnen verduidelijken.

Artikel 819 sluit de artikelen 814 tot en met 818 uit, maar de algehele ontbinding treedt juist in als gevolg van het feit dat de vennootschap niet langer ten minste twee vennoten heeft (art. 814 lid 1 onder b). Hiermee ontstaat een vicieuze cirkel. Met de ontbinding van de vennootschap eindigt ook de regeling met betrekking tot de vertegenwoordiging van de vennootschap. Dat doet de vraag rijzen op welke wijze namens de vennootschap voldaan kan worden aan de leveringsvereisten. Dat kan opgelost worden door in art. 819 lid 1 te bepalen dat de enig overgebleven vennoot ook na inschrijving van de ontbinding in het handelsregister namens de vennootschap aan de leveringsvoorschriften kan voldoen.

De voortzetting zonder vereffening door de enig overgebleven vennoot kan overigens tot nadeel voor de crediteuren van de vennootschap leiden omdat als gevolg van de overgang onder algemene titel ook de privé-crediteuren van de voortzettende vennoot zich op de vermogensbestanddelen van de vennootschap die heeft opgehouden te bestaan, kunnen verhalen. Ik vraag mij af of, ondanks het feit de regeling van art. 819 zonder meer praktisch is, toch niet in enige vorm van bescherming voor de zaakscrediteuren moet worden voorzien.

De definitie van de commanditaire vennootschap in art. 820 kan onbedoeld in twee opzichten tot verwarring leiden. Het is, zoals ook uit de toelichting blijkt (p.73) niet de bedoeling dat commanditaire vennootschappen alleen kunnen bestaan uit één vennoot en één commanditaire vennoot. Beter is de definitie te wijzigen en te bepalen dat sprake moet zijn van één of meer vennoten c.q. commanditaire vennoten. Doordat de definitie de commanditaire vennootschap als uitgangspunt de vennootschap kiest, rijst in samenhang met artikel 814 lid 1 onder b (een vennootschap moet ten minste twee vennoten hebben) tekstueel de vraag of een commanditaire vennootschap met maar één vennoot kan bestaan. Het zal niet de bedoeling zijn het niet langer mogelijk te maken dat een commanditaire vennootschap met slechts één vennoot bestaat. Het lijkt dan ook verstandig de definitie van de commanditaire vennootschap in art. 820 en/of art. 814 lid 1 onder b, welke bepaling op grond van art. 821 lid 5 van toepassing is aan te passen en zo de nu bestaande redactionele tegenstrijdigheid weg te nemen. Vermelding van de mogelijkheid dat een commanditaire vennootschap maar één vennoot heeft (naast één of meer commanditaire vennoten) lijkt onvoldoende te zijn. Art. 821 lid 5 sluit art. 819 niet uit. Zou overigens uit de door een commanditaire vennootschap te voeren naam niet moeten blijken dat de onderneming deze rechtsvorm heeft?

Het lijkt mij verstandig uitdrukkelijk de mogelijkheid te openen dat ook één of meer commanditaire vennoten bij het uittreden van de enige vennoot de onderneming kunnen voortzetten. Wenselijk is te bepalen dat bij het uittreden van de enig vennoot ook een of meer commanditaire vennoten op de voet van art. 822 lid 1 vennoot kunnen worden en dat in dat geval geen sprake is van voortzetting van de onderneming van de vennootschap maar de commanditaire vennootschap blijft bestaan.

Naar aanleiding van de laatste zin van de toelichting op art. 821 lid 1 verdient het opmerking dat een wijziging van de inbreng van een commanditaire vennoot tijdens de looptijd ook een verlaging van die inbreng kan inhouden. Dat kan een nadeel vormen voor de schuldeisers van de commanditaire vennootschap.

-0-