

Aan: Ministerie van Veiligheid en Justitie
Van: ABAB Belastingadviseurs en Juristen B.V.
Datum: 17 mei 2019
Betreft: Reactie op het op 21 februari 2019 ter consultatie aangeboden Ambtelijk voorontwerp Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de modernisering van de regeling omtrent personenvennootschappen (Wet modernisering personenvennootschappen), hierna te noemen: Voorontwerp.

Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het Voorontwerp.

Voorafgaand aan onze inhoudelijke reactie, benadrukken wij dat wij voorstander zijn van een aanpassing van de huidige wetgeving, temeer omdat de huidige wetgeving, thans verdeeld over diverse wetten, in praktijk tot onnodig onderscheid, onnodige onduidelijkheid en onnodige belemmeringen leidt. Het wijzigen van de huidige wetgeving is onzes inziens echter dan ook enkel een verbetering als daarmee deze hindernissen – voor zover mogelijk – worden weggenomen.

We hebben onze opmerkingen gecategoriseerd in de volgende onderwerpen. Omwille van de leesbaarheid zullen per onderwerp eerst in korte bewoordingen onze aanbevelingen aan bod komen. De nadere onderbouwing van en toelichting op deze aanbevelingen treft u aan na het geheel van de aanbevelingen, waarbij dezelfde indeling naar onderwerp is gehanteerd.

Aan de orde komen:

- | | |
|--|------------------------|
| • Rechtspersoonlijkheid en (vorm)voorschriften | pag. 1-2 en pag. 5-7 |
| • Bestuur, vertegenwoordiging en aansprakelijkheid | pag. 2-3 en pag. 7-11 |
| • Ontbinding en vereffening | pag. 3 en pag. 11-13 |
| • Voortzetting | pag. 3-4 en pag. 13-15 |
| • Commanditaire vennootschap | pag. 4 en pag. 15-19 |

Aanbevelingen Rechtspersoonlijkheid en (vorm)voorschriften

- 1. Er dienen vormvoorschriften te gelden voor de totstandkoming van de personenvennootschap.** Er dient ten minste een schriftelijkheidsvereiste te zijn.
De schriftelijke overeenkomst zou bovendien ten minste moeten bevatten:
 - de naam;
 - het doel;
 - de plaats van vestiging;
 - de gegevens van de vennoten; en
 - een specificatie van de inbreng.
- 2. De rechtspersoonlijkheid van artikel 2:3 BW dient te worden toegepast.** Rechtspersoonlijkheid komt in het Voorontwerp te gemakkelijk tot stand en bovendien is het ontstaansmoment van de rechtspersoonlijkheid is te onduidelijk. Er is geen borging/controlle op de aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid. In combinatie met de weinige vormvoorschriften voor de totstandkoming van de personenvennootschap, wordt erg snel rechtspersoonlijkheid gecreëerd, met vergaande gevolgen van dien. Het verdient aanbeveling om de rechtspersoonlijkheid zoals bedoeld in artikel 2:3 BW toe te passen, dus bij voorkeur alle bepalingen van Boek 2 BW.

3. **Verplicht de inschrijving van de personenvennootschap in het Handelsregister.** De personenvennootschappen zijn immers deelnemers in het economisch verkeer en moeten als zodanig behandeld worden. Het inschrijven van de vennootschap is relevant om:
- de gegevens van de vennootschap te kunnen raadplegen;
 - de gegevens en de hoedanigheid van de vennoten te kunnen raadplegen;
 - de mate van aansprakelijkheid van de vennoten (hoofdelijk/gezamenlijk) te kunnen raadplegen;
 - ontbinding en vereffening te kunnen verwerken;
 - voortzetting te kunnen verwerken en raadplegen;
 - gevolmachtigde stille vennoten te kunnen inschrijven (hoewel deze mogelijkheid in het Voorontwerp onzes inziens onwenselijk is).

Aanbevelingen Bestuur, vertegenwoordiging en aansprakelijkheid

4. **Verduidelijk de rol van het bestuur in de vennootschap en met name een 'derde' bestuurder.** Blijkens de Memorie van Toelichting op het Voorontwerp wordt de vennootschap door de gezamenlijke vennoten bestuurd. Uit artikel 804 blijkt niet hoe omgegaan wordt met de aansprakelijkheid van het bestuur jegens de vennootschap nu aan de vennootschap rechtspersoonlijkheid wordt toegekend. Wordt daarbij aangesloten bij Boek 2 Burgerlijk Wetboek of geldt voor de vennootschap een andere maatstaf?

In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat het mogelijk is om een 'derde' bestuurder aan te stellen.

Hoewel artikel 804 van regelen recht is, blijkt van deze mogelijkheid ons inziens onvoldoende uit het artikel. Bovendien is niet duidelijk of op grond van artikel 808, dat van regelen recht is, kan worden aangenomen dat aan deze derde bestuurder, niet zijnde een vennoot, vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden toegekend en daarmee is tevens onduidelijk wat dit betekent voor diens aansprakelijkheid jegens derden op grond van artikel 809 lid 1, nu ook deze bepaling van regelen recht is.

Ons inziens is door toekenning van rechtspersoonlijkheid aan de (personen)vennootschap er geen reden om een andere maatstaf te hanteren en bijvoorbeeld wat betreft de aansprakelijkheid van het bestuur aan te sluiten bij artikel 2:9 BW.

5. **Verplicht de inschrijving en de mate van aansprakelijkheid van de vennoten.** Omdat uit artikel 809 volgt dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten van regelen recht is, is het voor derden niet duidelijk of de vennoten – naast de vennootschap – hoofdelijk of gezamenlijk of zelfs niet verbonden zijn voor verbintenissen van de vennootschap. Moet de afspraak steeds op individueel niveau worden geregeld – met de betreffende wederpartij? Dat lijkt ons onwenselijk. Er dient een keuze gemaakt te worden in die dient te worden ingeschreven in het Handelsregister.
6. **Verduidelijk, wijzig of verwijder de subsidiaire aansprakelijkheid van de vennoten naast de vennootschap.** De vennoten zijn ingevolge artikel 809 lid 1 van het Voorontwerp naast de vennootschap aansprakelijk. Zij kunnen worden aangesproken wanneer de wederpartij aannemelijk maakt dat de vennootschap niet aan de verbintenis zal voldoen. Dit betekent dat de vennoten al tijdens het bestaan van de vennootschap kunnen worden aangesproken door een schuldeiser van de vennootschap. Dit is een verslechtering van de positie van de vennoten ten opzichte van die onder het huidige recht, dat als uitgangspunt aansprakelijkheid van de gebonden vennootschapsgemeenschap hanteert, waarbij verhaal door derden pas mogelijk is bij ontbinding van de gemeenschap. Bovendien geldt de subsidiaire aansprakelijkheid blijkbaar niet in geval van

artikel 809 lid 2, waarbij de uitvoering van een opdracht specifiek is toevertrouwd aan een van de vennoten.

Aanbevelingen Ontbinding en vereffening

7. **Verklaar de artikelen 2:19 tot en met 2:23c BW en Handelsregisterwet van toepassing op de ontbinding en vereffening van de vennootschap en laat de gebruikte terminologie aansluiten bij de overige begrippen uit het BW.**

Aangezien in het Voorontwerp:

- a. de Kamer van Koophandel geen mogelijkheid heeft om tot ontbinding van de vennootschap over te gaan, terwijl dat in voorkomende gevallen zeker wel wenselijk kan zijn (zoals thans geregeld in artikel 2:19a BW);
- b. 814 lid 1 van dwingend recht is en het aantal daarin opgenomen ontbindingsgronden limitatief is. In de praktijk bestaat echter behoefte aan maatwerk bepalingen op basis waarvan een vennootschap ontbonden zou moeten worden. Het huidige artikel 2:19 sub b BW zou in deze behoefte –na tekstuele aanpassing van het woord statuten – kunnen voorzien.
- c. de ‘terme de grâce’ als bedoeld in Artikel 815 lid 2 enkel zou moeten kunnen worden toegepast op het niet voldoen aan de wettelijke omschrijving en niet in het geval de overeenkomst nietig of vernietigbaar is;
- d. er geen onderscheid gemaakt wordt tussen ontbinding van een vennootschap met baten en ontbinding van een vennootschap zonder baten;
- e. geen verzetstermijn is opgenomen voor schuldeisers, zoals dat wel het geval is als omschreven in artikel 2:23b BW. Wij zien geen gegronde redenen om de verzetstermijn niet van toepassing te verklaren bij ontbinding van de vennootschap;
- f. de inschrijving van de ontbinding ex artikel 816 dient te geschieden binnen een maand na ontbinding. Waarom niet binnen de gebruikelijke 8 dagen?
- g. er geen logische onderbouwing lijkt te bestaan voor de keuze dat de vennootschap ophoudt te bestaan de dag ná de inschrijving van einde vereffening, in plaats van op het tijdstip waarop de vereffening eindigt (vergelijk artikel 2:19 lid 6 BW);
- h. niets geregeld is over de bewaartermijn die het Handelsregister moet hanteren (vergelijk artikel 2:19 lid 7 BW), wat wel degelijk van belang kan zijn nu artikel 818 de mogelijkheid tot heropening van de vereffening biedt.

NB. Mocht punt 7 geen toepassing vinden dan dienen de hiervoor afzonderlijk genoemde punten te worden verwerkt in Titel 13 van boek 7.

8. **Koppel de mogelijkheid tot toekenning van schadevergoeding ex artikel 814 lid 3 aan het bepaalde in artikel 6:74 lid 1 BW.** De huidige tekst van artikel 814 lid 3 houdt in dat iedere tekortkoming de mogelijkheid biedt voor de rechter tot het toekennen van schadevergoeding, ook een niet toerekenbare tekortkoming. Dat lijkt ons niet wenselijk.

Aanbevelingen Voortzetting

9. **De voortzetter moet zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon kunnen zijn.** De Memorie van Toelichting impliceert dat de voortzettende vennoot de onderneming voortzet in de vorm van een eenmanszaak. Het moet echter ook mogelijk zijn dat als de voortzettende vennoot een rechtspersoon is, deze de onderneming voortzet in zijn rechtspersoon.

10. **Aan de ontbinding gevolgd door voortzetting dient ten minste een schriftelijk besluit van de vennoten ten grondslag te liggen.** Alleen dan mag de mogelijkheid tot inschrijving van de voortzetting zijn voorbehouden aan de voortzettende vennoot.
11. **Overgang van het vermogen onder algemene titel dient gepaard te gaan met een notariële akte van constatering of notariële partijakte.** Overgang onder algemene titel mag niet het gevolg zijn van inschrijving van de voortzetting in het Handelsregister door de voortzettende vennoot. Notariële tussenkomst is benodigd, ter borging van de rechtszekerheid alsmede ter naleving van de WWFT. Zonder notariële inmenging kunnen door de vennootschap gehouden aandelen in besloten of naamloze (vastgoed) vennootschap zonder notariële akte overgaan op een voortzetter.
12. **Overgang van het vermogen onder algemene titel bij voortzetting dient te gelden voor alle goederen, dus ook registergoederen.** Op grond van het Voorontwerp is het mogelijk dat de situatie ontstaat dat de vennootschap ingevolge de voortzetting is ontbonden, maar nog wel (vergeten) registergoederen op naam heeft. Er ontstaat zodoende een impasse ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van deze registergoederen.

Aanbevelingen Commanditaire vennootschap

13. **Houd de bevoegdheden van de commanditaire vennoot beperkt en verleen hem geen bestuurs- en/of vertegenwoordigingsbevoegdheden.** De commanditaire vennoot dient op de achtergrond te blijven. Bestuurs- en/of vertegenwoordigingsbevoegdheden horen onzes inziens enkel thuis bij de beherend vennoot. De wijze waarop in het Voorontwerp de - blijkbaar in de praktijk als rigide ervaren - regeling van het beheers verbod geprobeerd wordt werkbaar te maken, heeft onzes inziens enkel het nadelige gevolg dat een commanditaire vennoot wel de interne zeggenschap en al dan niet beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid verkrijgt, maar niet de daarbij behorende externe aansprakelijkheid. Dat lijkt ons niet de bedoeling. NB. Mocht punt 13 geen draagvlak vinden dan wijzen we nog graag op de punten 14 tot en met 17 hierna.
14. **Een uitwerking van de interne werking (bestuursbevoegdheid) en externe werking (vertegenwoordigingsbevoegdheid) van de commanditaire vennoot ontbreekt.**
Uit de Memorie van Toelichting volgt dat de vennoten kunnen afspreken dat de commanditaire vennoot interne zeggenschap heeft, terwijl dit niet rechtstreeks gekoppeld is aan enige aansprakelijkheid. Dit kan de positie van de beherend vennoot aanzienlijk beïnvloeden.
15. **Pas schriftelijkheidsvereiste en verplichte inschrijving in het Handelsregister toe op de volmacht aan commanditaire vennoot.** Het is voor een derde relevant om te kunnen controleren of de commanditaire vennoot de vennootschap daadwerkelijk bindt (op grond van artikel 821 lid 2) of buiten zijn volmacht handelt en zodoende enkel zichzelf bindt op grond van artikel 3:70 BW.
16. **Verduidelijk door wie de volmacht aan de commanditaire worden verleend.** Onduidelijk is door wie de volmacht aan de commanditaire worden verleend, door de overige vennoten (overige commanditaire vennoten inclusief) of de commanditaire vennootschap?
17. **Pas schriftelijkheidsvereiste toe bij wijziging van hoedanigheid ex artikel 822.** In het kader van rechtszekerheid dient duidelijk te zijn welke vennoot welke hoedanigheid heeft. Dit dient tevens te zijn ingeschreven in het Handelsregister/kenbaar te zijn voor derden.

Toelichting en onderbouwing Aanbevelingen Rechtspersoonlijkheid en (vorm)voorschriften

Het begrip rechtspersoonlijkheid:

Als we het over rechtspersoonlijkheid hebben dan wordt daarmee bedoeld het privaatrechtelijke begrip. Daarbij is wat ons betreft de rechtssubjectiviteit het meest belangrijke element: voor het vermogensrecht staat een rechtspersoon gelijk met een natuurlijk persoon. Dit vinden we, ook met zoveel woorden terug in artikel 2:5 BW, wat - gelukkig - ook in het artikel 803 lid 1 van toepassing wordt verklaard.

Als uitgangspunt gaat de Nederlandse wetgever in Boek 2 BW uit van een zogenaamd "gesloten stelsel". De wet geeft aan welke juridische entiteiten rechtspersoonlijkheid bezitten. Het is niet mogelijk om buiten de kaders in Boek 2 rechtspersoonlijkheid te bedingen.

Bovenstaande maakt een en ander interessant. Het gesloten stelsel wordt in het bijzonder uitgewerkt in 2:1 tot en met 2:3 BW. Voor 2:3 BW (waarbij de in Boek 2 genoemde vennootschappen rechtspersoonlijkheid kregen toegekend) kent, in tegenstelling tot 2:1 en 2:2 de niet genoemde beperking (beiden lid 3) dat louter artikel 2:5 van Boek 2 geldt. De opsomming in 2:3 BW is limitatief, in die zin dat andere privaatrechtelijke entiteiten alleen rechtspersoonlijkheid hebben, indien dit expliciet in de wet is bepaald.

Het lijkt er dus op dat er bij de rechtspersoonlijkheid van de (personen)vennootschap gedacht is aan een parallel met de artikel 2:1 en 2:2 BW, kort gezegd de (semi-)overheden en kerkgenootschappen. Die parallel is bijzonder, vooral omdat het ontstaan van (semi-)overheden en kerkgenootschappen een hele andere basis kent.

In dit verband wijzen we nog op de vorige invoeringsronde van het "nieuwe" personenvennootschapswet. In de destijds opgestelde eindtekst was aan 2:3 BW een lid 2 toegevoegd, woordelijk luidende als volgt:

"Andere vennootschappen bezitten slechts rechtspersoonlijkheid wanneer zij aan de door de wet gestelde vereisten voldoen."

Uiteindelijk is 2:3 lid 2 BW niet ingevoerd omdat de wetgever wilde wachten op de invoering Titel 13 Boek 7. Ook in de vorige wetgevingsvorming is gesproken over een vennootschap met rechtspersoonlijkheid (destijds artikel 800, 802 en 836). Het destijds opgestarte traject is uiteindelijk in september 2011 ingetrokken.

Beschouwingen:

De wetgever beoogt vereenvoudiging van bestaande wetgeving en zekerheid voor het handelsverkeer te bewerkstelligen. Een vennootschap ontstaat vormvrij. De wetgever heeft geen vormvoorschriften voorgeschreven. Dat past bij het beginsel van contractsvrijheid en de vorm die de personenvennootschap (in Boek 7A en het Wetboek van Koophandel nu heeft).

Een uitvloeisel hiervan is dan wel dat rechtspersoonlijkheid wordt verkregen, ja wanneer eigenlijk precies? Bij het aangaan van de overeenkomst lijkt voor de hand liggend, aangezien de inschrijving in het Handelsregister, volgens de huidige wettekst niet een constitutief vereiste is, voor het verkrijgen van deze rechtspersoonlijkheid. Aansluiten bij het huidige 7A:1661 BW lijkt me dan voor de hand liggend, maar ook in dit artikel wordt de mogelijkheid geboden voor een later tijdstip.

Als we de alinea hierboven goed interpreteren en we het beginsel van contractsvrijheid hanteren. Dan is het echt de vraag wanneer de overeenkomst bestaat. Immers, sinds HR 18 juni 1982, [NJ 1983/723](#):

Plas/Valburg kennen we ook de precontractuele fasen. Het is ons niet duidelijk hoe wij deze, in het kader van het Voorontwerp moeten duiden). Bovendien, als we niet een vereiste van schriftelijkheid hanteren, geldt wel dat de overeenkomst achteraf ingelezen kan worden, al dan niet in rechte.

Als we bovenstaande gedachten verder volgen, is het ook bijzonder dat artikel 800 van het Voorontwerp regelend van aard is (Artikel 801 noemt artikel 800 namelijk niet expliciet als dwingende regeling waarvan niet van af mag geweken). De eerste vraag die dan in ons opkomt is, wat zijn de minimumvereisten om te komen tot een vennootschap in de zin van deze wet? Van het huidige artikel 7A:1655 BW is duidelijk dat dit dwingend is. Dat zou wat ons betreft ook voor 7:800 moeten gelden. Hiermee wordt onzes inziens onduidelijkheid geschapt omtrent het ontstaan van de rechtspersoonlijkheid. Dat kan niet de bedoeling zijn.

De regeling van 2:3 BW voor de Boek 2 vennootschappen heeft een doel. Oprichting geschiedt bij notariële akte, en voor deze vennootschappen geldt een verplichting tot inschrijving in het Handelsregister. Bovendien wordt de notaris als (bijzonder) ambtenaar aangewezen om zich hiermee verplicht te bemoeien.

Deze regeling geldt niet voor de 2:1 en 2:2 BW rechtspersonen. Echter, gelet op de achtergrond van deze specifieke rechtspersonen hoeft niet te worden getwijfeld aan het bestaan van deze entiteiten. Dat kan voor wat betreft de vennootschap in de nieuwe wetgeving heel goed anders zijn.

Van de vergelijking, in de Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp, naar de informele vereniging hebben we wel kennisgenomen. Maar deze gaat zeker niet op. De informele vereniging is niet gericht, noch geschikt, voor uitkering van voordeel aan leden. Dit in tegenstelling tot de vennootschap, die juist dat kenmerk heeft. Dit zou heel gemakkelijk tot schijnconstructies, of, erger nog, misbruik kunnen leiden. Niet limitatief zou gedacht kunnen worden aan de vraag hoe dagvaardingen en/of (reguliere) mededelingen uitgebracht moeten worden aan de vennootschap.

Conclusie

De wetgever beoogt vereenvoudiging van bestaande wetgeving en zekerheid voor het handelsverkeer te bewerkstelligen. Wij zijn daar voorstander van. Echter dit doel heiligt niet alle middelen. Het huidige Voorontwerp is, zeker voor wat betreft de uitgedachte rechtspersoonlijkheid een te simpele voorstelling van zaken.

De gedachte van de wetgever dat het eenvoudiger is om goederen ten name van de vennootschap te stellen, door het creëren van rechtspersoonlijkheid is charmant. De vraag is of dit ook werkelijk zo is. Wij hebben onze twijfels, en wel om het volgende:

- de huidige vennootschap onder firma en de maatschap kennen een bijzondere verschijningsvorm van de gebonden gemeenschap, op basis waarvan vermogen ook toegerekend kan worden. Toegegeven zij dat ook deze regeling zijn moeilijkheden kent, maar dat geldt ook voor (eenvoudige) gemeenschappen;
- de tenaamstelling van goederen gebeurt thans vaak middels economische eigendomsstukken. Dit is een contractueel samenstel van rechten en verplichtingen, waarbij een vennootschap tot de mutaties in de waarde van de goederen is gerechtigd en ook het risico van tenietgaan omvat. Wij zien geen praktische gevolgen voor de vennootschap met rechtspersoonlijkheid.

Het ontstaansmoment van de rechtspersoonlijkheid verdient meer aandacht dan het thans krijgt in het huidige Voorontwerp. Het is simpelweg te onduidelijk. In combinatie met de weinige vormvoorschriften wordt er wel ontzettend snel een rechtspersoonlijkheid gecreëerd. Het is een vergaand gevolg, waar goed over nagedacht moet worden.

Gelet op het bovenstaande pleiten wij voor:

- 1) Toepassen van rechtspersoonlijkheid zoals bedoeld in 2:3 BW, dus bij voorkeur alle algemene bepalingen van Boek 2 BW van toepassing te laten zijn. Hiermee creëer je ook duidelijkheid. Het mes snijdt wat ons betreft aan twee kanten. Enerzijds kun je eenvoudig de bezwaren aan het voorgestelde 819 wegnemen. Aan de andere zijde hoeft er geen ingrijpende wetsoperatie te worden uitgeoefend omtrent het omzetten van rechtspersonen (zie opmerking in Memorie van Toelichting). Die is dan direct mede geregeld.
- 2) Nadere vormvoorschriften bij het tot stand komen van de vennootschap. Er dient tenminste een schriftelijkheidsvereiste te zijn. Zonder dit is er onduidelijkheid en kan de nieuwe regeling leiden tot misbruik.

Toelichting en onderbouwing Aanbevelingen Bestuur, vertegenwoordiging en aansprakelijkheid

Het nieuwe artikel 804 geeft een regeling over het bestuur, besluitvorming, en het verrichten van rechtshandelingen voor rekening van de vennootschap.

In de huidige wet wordt gesproken over 'beheer'. In het nieuwe artikel is deze term gewijzigd in 'bestuur', maar uit de Memorie van Toelichting blijkt dat dit vooral een taalkundige wijziging is.

Artikel 804, lid 1: *"De vennoten besturen de vennootschap gezamenlijk"*.

De vennootschap wordt door de vennoten gezamenlijk bestuurd. Volgens de Memorie van Toelichting is de achterliggende gedachte hiervoor dat de vennoten ook gezamenlijk "aansprakelijk" worden voor verbintenissen die de vennootschap aangaat.

Het is mogelijk om in de vennootschapsovereenkomst te bepalen dat een of meer vennoten belast zijn met het bestuur over de vennootschap. In de Memorie van Toelichting wordt zelfs voorgesteld dat een derde benoemd wordt als bestuurder van de vennootschap. Het betreft hier een regeling van de interne verhoudingen in de vennootschap.

In hoeverre kan de bestuurstaak van de besturende vennoten ingekaderd worden (binnen de doelomschrijving), bijvoorbeeld door middel van een bestuursreglement of geven van richtlijnen? In de Memorie van Toelichting is daarover niets opgenomen. Asser 7-VII geeft echter aan dat de vennoten in de vennootschapsovereenkomst een regeling kunnen opnemen over de uitoefening van de bestuurstaak. Deze bevoegdheid wordt in artikel 804, lid 1 niet uitgesloten, dus gaan wij ervan uit dat dit nog steeds mogelijk is.

Hoe wordt omgegaan met de aansprakelijkheid van het bestuur jegens de vennootschap, bijvoorbeeld in het kader van de uitoefening van de bestuurstaak. Wordt daarbij aangesloten bij boek 2 Burgerlijk Wetboek of geldt voor de vennootschap een andere maatstaf? In artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek is voor bestuurders van rechtspersonen vastgelegd dat zij hun taak als bestuurder behoorlijk moeten vervullen. Prof. Mr. Van Olffen is van mening dat deze regeling ook zou moeten gelden voor bestuurders van vennootschappen niet-rechtspersonen (zie Asser 7-VII, Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap, nummer 94).

Door de toekenning van rechtspersoonlijkheid is er voor de personenvennootschap geen reden om een onderscheid te maken voor wat betreft bestuurdersaansprakelijk en kan aangesloten worden bij 2 Burgerlijk Wetboek.

Artikel 804, lid 2: *“Besluiten van de vennoten worden genomen met instemming van alle vennoten.”*

In de wet is hiervoor thans geen regeling getroffen. Kenmerkend is dat het vooral gaat om besluiten die de overeenkomst raken. In de Memorie van Toelichting wordt bijvoorbeeld genoemd het besluit om de overeenkomst te ontbinden. Alle vennoten moeten instemmen met besluiten, dus unanimiteit, maar het is mogelijk om bij overeenkomst hiervan af te wijken. Het betreft hier regelend recht.

Artikel 804, lid 3: *“Rechtshandelingen die voor rekening van de vennootschap worden verricht, geschieden met instemming van alle vennoten. Iedere vennoot is bevoegd voor rekening van de vennootschap alle rechtshandelingen te verrichten die gelet op het doel van de vennootschap tot haar normale werkzaamheden behoren, alsmede rechtshandelingen die geen uitstel kunnen lijden.”*

Elke vennoot is bevoegd voor rekening van de vennootschap rechtshandelingen te verrichten als deze aangemerkt kunnen worden als ‘normale’ rechtshandelingen. Rechtshandelingen buiten het doel van de vennootschap vallen dus buiten de strekking van dit artikel.

Artikel 804, lid 4: *De bevoegdheid van een vennoot tot het verrichten van rechtshandelingen voor rekening van de vennootschap kan door de overige vennoten worden herroepen of beperkt wegens gewichtige redenen. De mogelijkheid tot herroeping of beperking wegens gewichtige redenen kan niet worden uitgesloten.*

Dit artikel regelt de mogelijkheid van de vennoten om de handelingsbevoegdheid van een vennoot te beperken. Wat is een gewichtige reden? In artikel 804, lid 4 wordt dat niet nader uitgewerkt. Uit de Memorie van Toelichting maken we op dat het mogelijk is om in de vennootschapsovereenkomst op te nemen wat verstaan wordt onder ‘gewichtige reden’.

Artikel 804, lid 5: *“De vennoten leggen ten minste jaarlijks rekening en verantwoording jegens elkaar af omtrent hun activiteiten ten behoeve van de vennootschap.”*

In de huidige wet is dit niet met zoveel woorden geregeld, maar volgt uit de jurisprudentie. Artikel 804, lid 5 is een codificatie van geldend recht.

Artikel 808 Vertegenwoordiging van de vennootschap

Artikel 808: *“Iedere vennoot is bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. Eventuele beperkingen of voorwaarden worden in het Handelsregister ingeschreven en kunnen slechts door de vennootschap worden ingeroepen.”*

Voor de maatschap geldt op dit moment een andere regeling dan voor de VOF en de CV, namelijk dat elke maat een volmacht moet geven. Dit onderscheid gaat in de regeling vervallen. De nieuwe regeling komt nagenoeg overeen met de huidige regeling.

Uitgangspunt artikel 808: iedere vennoot is bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. Vertegenwoordiging is de wijze waarop vennoten in naam van en voor rekening van de vennootschap kunnen handelen met derden. Beperkingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid dienen in het Handelsregister ingeschreven te zijn om werking te hebben tegenover derden. Dat betekent dus ook dat de vennootschap ingeschreven dient te zijn in het Handelsregister. Aan de correcte inschrijving van de vennootschap in het Handelsregister hangt veel vast.

De regeling zoals opgenomen in het Voorontwerp is voor wat betreft het onderdeel bestuur, besluitvorming en vertegenwoordigingsbevoegdheid vooral een codificatie van geldend recht. Omdat

het onderscheid tussen maatschap en vennootschap vervalft, is de regeling eenvoudiger en eenduidiger geworden. Er zijn nog wel openstaande punten, zoals:

- de aansprakelijkheid van de bestuurder indien niet alle vennoten het bestuur voeren over de vennootschap in relatie tot de hoofdelijke aansprakelijkheid.
- aan de personenvennootschap wordt rechtspersoonlijkheid toegekend. Bij de BV is sprake van een onderscheid in organen. In hoeverre wordt door het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid bij de personenvennootschap vergelijkbaar met de BV een onderscheid gemaakt in organen, bijvoorbeeld het bestuur van de vennootschap en de vennoten?
- hoe wordt dan omgegaan met de aansprakelijkheid van het bestuur jegens de personenvennootschap. Wordt daarbij aangesloten bij Boek 2 BW of geldt voor de personenvennootschap een andere maatstaf?

Artikel 809 Verbondenheid van de vennoten en de vennootschap jegens derden

Reikwijdte bepaling (1)

Uit artikel 809 blijkt dat zowel bij een maatschap als bij een vennootschap onder firma sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid *voor de verbintenissen van de vennootschap jegens derden*. Dit is nieuw. Naar huidig recht is alleen sprake van hoofdelijke verbondenheid bij de vennootschap onder firma.

Nu de maatschap nog slechts in naam blijft bestaan is het logisch dat de regeling voorziet in één regime ten aanzien van de aansprakelijkheid.

Overigens is van belang dat de vennoten met een wederpartij bijzondere afspraken kunnen maken. Als voorbeeld wordt genoemd dat bij het aangaan van een huurovereenkomst met de verhuurder wordt afgesproken dat slechts één van de vennoten verhaal bieden ter zake van de nakoming van de overeenkomst. Wij vragen ons af in hoeverre dit daadwerkelijk voorziet in een maatschappelijke behoefte.

Regelend/dwingend recht

Artikel 809 wordt niet genoemd in artikel 801 als de bepalingen die dwingendrechtelijk van aard zijn. Geheel artikel 809 is regelend van aard. Artikel 821 leden 2-4, waarin de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot wordt geregeld, zijn wel dwingendrechtelijk van aard.

Het ontbreken van dwingendrechtelijk gevolg aan de bepalingen over de hoofdelijkheid is ronduit verwarrend. Moet de afspraak steeds op individueel niveau worden geregeld –met de betreffende wederpartij? Op welke manier kunnen derden kennis nemen van de afspraken die de vennoten met elkaar hebben gemaakt aangaande de aansprakelijkheid?

Uit de 2^e zin van lid 1 van artikel 809 blijkt *dat de vennoten aansprakelijk zijn* als een wederpartij aannemelijk maakt dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zal voldoen. In de Memorie van Toelichting wordt gesproken van een *subsidaire aansprakelijkheid*. Dit is nieuw.

In de Memorie van Toelichting wordt verwezen naar de regeling zoals deze naar Frans recht geldt. Primair dient de vennootschap te worden aangesproken. Biedt deze geen verhaal, dan kunnen de vennoten zelf worden aangesproken. Wij constateren dat het huidige principe van de gebonden gemeenschap wordt verlaten. Naar huidig recht vormt het vermogen van de vennootschap een afgescheiden vermogen. Verhaal door derden is pas mogelijk bij ontbinding van de gemeenschap.

In de Memorie van Toelichting wordt betoogd dat de regeling beoogt de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten te verzachten. Moet dit gezien worden vanuit het novum dat de vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft?

Wij constateren dat geen sprake kan zijn van verzachting van het uitgangspunt voor de individuele vennoot als hij/zij naast de vennootschap aan te spreken is.

Uitzondering bij specifieke, aan de persoon verbonden opdracht

In artikel 809 lid 2 is de aansprakelijkheid geregeld bij tekortkoming in de uitvoering van een opdracht. Dit is nieuw. Voorwaarde is wel dat sprake is van een uitdrukkelijk aan één van de vennoten toevertrouwde opdracht.

De voorgestelde regeling houdt verband met bestaande jurisprudentie (Biek Holding, HR 15 maart 2013, NJ 2013,290) en het commentaar dat op deze jurisprudentie is verschenen.

Daar waar sprake is van specifieke kennis/kunde bij één van de vennoten is op grond van de wet mogelijk dat de andere vennoot/vennoten zich ter zake van eventuele fouten in de uitvoering kunnen disculperen. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de vennoten een afwijkende onderlinge regeling kunnen afspreken, waarbij geen sprake is van hoofdelijkheid, maar bijvoorbeeld van draagplicht voor gelijke delen. Ook dit vinden wij verwarrend. Naar onze mening zou te allen tijde voor derden kenbaar moeten zijn welke afspraken door de vennoten zijn gemaakt. Dit zou bij voorbeeld het geval zijn als artikel 809 tevens voorschrijft dat de afspraken worden kenbaar gemaakt in het Handelsregister. Dit is nu niet het geval.

Aansprakelijkheid bij toe- en uittreden

In artikel 809 lid 3 staat eveneens een nieuwe regeling, die ziet op het toetreden van een vennoot. Een vennoot is verbonden aan verbintenissen van de vennootschap die ontstaan zijn na zijn toetreden.

In artikel 809 lid 4 staat een regeling aangaande het uittreden van een vennoot, bepalend voor diens aansprakelijkheid is een termijn van vijf jaar na uitschrijving als vennoot uit het Handelsregister.

Deze bepaling was in vergelijkbare opzet ook aanwezig in het vorige ontwerp. De bepaling vergroot de duidelijkheid ten aanzien van de positie van met name de uittreder.

Net als bij lid 2 van artikel 809 is hier sprake van het volgen van kritiek op jurisprudentie van de Hoge Raad (Carlande) zodat er meer duidelijkheid ontstaat over de positie van een toe- dan wel uittreder.

Tevens wordt beoogt een langere verjaringstermijn dan vijf jaar te voorkomen, zodat een uittreedende vennoot –op grond van de voorgestelde wetsbepaling- meer zekerheid heeft aangaande de reikwijdte van de verantwoordelijkheid.

Handelsregister

In artikel 809 lid 5 wordt geregeld de situatie dat de vennootschap niet bij de KvK is ingeschreven en wel als vennootschap naar buiten wordt opgetreden. De vennoten zijn naast de VOF aansprakelijk.

Deze bepaling vinden wij verwarrend. Een zakelijke activiteit die kwalificeert als onderneming is op grond van de Handelsregisterwet verplicht tot inschrijving. Door in lid 5 te spreken van de mogelijke situatie dat een vennootschap niet ingeschreven is, spreekt de wetgever zichzelf tegen en ontstaat ongewenste verwarring. Volgens de Memorie van Toelichting wordt beoogt een derde te beschermen indien sprake is van opgewekte schijn. Vanuit een streven het Handelsregister hierin een leidende rol

te laten vervullen vinden wij dit niet alleen opmerkelijk maar ook ongewenst. Lid 5 zou aan duidelijkheid winnen indien het deel van de tekst dat ziet op "... die niet is ingeschreven in het Handelsregister ..." zou worden geschrapt.

In de Memorie van Toelichting wordt de mogelijkheid om aansprakelijkheid te beperken door de vertegenwoordigingsbevoegdheid in te schrijven bij het Handelsregister geroemd als iets nieuws, terwijl deze mogelijkheid ook nu al bestaat - met een contractuele basis.

Tevens wordt gememoreerd dat hiermee niet bedoeld is de stille vennootschap, onder verwijzing naar artikel 804 geldt hiervoor dat de aansprakelijkheid volgt uit de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

In het kader van artikel 804 is tevens van belang dat uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de schrijvers van het voorontwerp ervan uit gaan dat, vergelijkbaar aan de situatie bij een besloten vennootschap, de bevoegdheid tot bestuur van de vennootschap kan worden opgedragen aan een derde. Dit roept de vraag op wat de aansprakelijkheid is ten aanzien van deze derde. Ons komt voort dat deze derde de vennootschap verbindt en daarmee de vennootschap en de vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn/worden. Waar het voorontwerp niet in voorziet is de vraag op welke wijze de verantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid van de derde moet worden gezien. Bij de besloten vennootschap is inmiddels sprake van een uitgebreide regeling aangaande bestuurdersaansprakelijkheid. Deze ontbreekt ten aanzien van een derde aan wie de opdracht wordt verleend het bestuur van de vennootschap te verrichten.

In dit verband is ook van belang hetgeen het voorontwerp regelt ten aanzien van de aansprakelijkheid van de commanditair vennoot die krachtens volmacht handelt (artikel 821 lid 2, 3 en 4).

Toelichting en onderbouwing Aanbevelingen Ontbinding en vereffening

Artikel 814 Algehele ontbinding van de vennootschap

Uit de Memorie van Toelichting volgt dat artikel 814 een uitbreiding en concretisering is van de artikelen 7A:1623 en 1624.

Voor zover het de algemene ontbindingsgronden betreft in het voorgestelde lid 1 lijkt het niet zozeer een uitbreiding of concretisering van de ontbindingsgronden, doch meer een meer algemene omschrijving van de ontbindingsgronden. Het artikel biedt geen ruimte om de ontbindingsgronden aan te vullen in een tussen de vennoten overeen te komen vennootschapsakte nu artikel 814 van dwingend recht is verklaard in artikel 801. Dit terwijl in de praktijk partijen wel de voorkeur geven aan meer maatwerk bepalingen op basis waarvan de vennootschap ontbonden zou moeten worden.

De eerste volzin van het derde lid van dit artikel sluit aan op de huidige wettelijke regeling en wijkt daarvan niet af. Nieuw is wel de uitdrukkelijke vermelding dat de rechter in geval van ontbinding voorwaarden aan de ontbinding kan verbinden of een vereffenaar kan benoemen. Voorts geeft het artikel de rechter de mogelijkheid om een gevorderde schadevergoeding wegens het tekortschieten door een vennoot toe te kennen. Het artikel spreekt niet over het toerekenbaar tekortschieten in de nakomen van de verplichtingen. Een bewuste keuze? Vermoedelijk niet nu de Memorie van Toelichting op het Voorontwerp (in het kader van een ingebrekestelling) verwijst naar afdeling 9, titel 1 van het BW. Gevolg is wel dat iedere tekortkoming de mogelijkheid biedt voor het toekennen van een schadevergoeding, ook als die tekortkoming niet toerekenbaar is. Geadviseerd wordt de mogelijkheid tot toekenning van een schadevergoeding te koppelen aan het bepaalde in artikel 6:74 lid 1 BW.

De mogelijkheid dat de Kamer van Koophandel overgaat tot ontbinding van de vennootschap ontbreekt in het voorstel. De vraag is of dit wenselijk is. Boek 2 BW kent een dergelijke regeling wel en onder omstandigheden is voorstelbaar dat ook voor personenvennootschappen mogelijk moet zijn. Uiteraard wel voor zover het vennootschappen betreft die in het Handelsregister zijn ingeschreven. Zoals elders in deze reactie aangegeven is een van de aanbevelingen het altijd moeten inschrijven van een vennootschap in het Handelsregister. Een situatie waarin een ontbindings mogelijkheid door de Kamer van Koophandel wenselijk is, is in het geval van het overlijden van een vennoot

Artikel 815 Ontbinding van de vennootschap die gebrekkig tot stand is gekomen

Uit de Memorie van Toelichting op het Voorontwerp volgt dat een nietige vennootschapsovereenkomst onder ander kan bestaan wanneer een vennootschap als doel heeft *het plegen van strafbare feiten*. De vennootschapsovereenkomst is vernietigbaar indien er volgens de Memorie van Toelichting sprake is van *bedrog, bedreiging of dwaling*. De vraag is of lid 2 ook ziet op deze gevallen. Immers indien de rechter de vennoten de mogelijkheid biedt om aan de wettelijke omschrijving te voldoen, impliceert dit ook aanpassing van de doelomschrijving. Dat kan niet de bedoeling zijn. De formulering zou enkel moeten zien op het niet voldoen aan de wettelijke omschrijving in welk geval de rechter een terme de gr^âce kan verlenen. In de andere benoemde gevallen zal de rechter zonder meer de ontbinding moeten uitspreken.

Artikel 816 Vereffening van de vennootschap

De huidige regeling van ontbinding en vereffening is summier en verspreid over Boek 7A. De nieuwe regeling tot liquidatie sluit aan op sluit aan bij wat geldt voor de rechtspersonen van Boek 2 BW. Wat opvalt, is dat geen onderscheid gemaakt wordt tussen een ontbinding waarbij de vennootschap op het moment van liquidatie nog baten kent en het moment waarop dit niet het geval is. Dit is op zich opmerkelijk nu beide situaties zich kunnen voordoen. In Boek 2 BW wordt dit onderscheid uitdrukkelijk wel gemaakt, waarbij de gevolgen van een liquidatie zonder vereffening terwijl er wel een batig saldo was op het moment van liquidatie verregaand zijn (de rechtspersoon is altijd blijven bestaan). Geadviseerd wordt ook op dit onderdeel aan te sluiten bij de regeling van Boek 2 BW, waarbij tevens aangesloten dient te worden bij de in Boek 2 BW geregelde verzetstermijn.

Verder dient een ontbinding binnen een maand in het Handelsregister te worden ingeschreven. Ook dit is vreemd, zeker nu de koppeling met Boek 2 BW wordt gemaakt. Op grond van de Boek 2 BW en de Handelsregisterwet dient een besluit tot ontbinding binnen 8 dagen in het Handelsregister te worden ingeschreven. Voor een ontbinding door een rechter zou dit binnen 8 dagen na een in kracht van gewijsde vonnis kunnen zijn.

Bij voormelde opmerkingen dient ook nog in aanmerking te worden genomen dat in het voorontwerp een aantal malen wordt opgemerkt een bepaalde regeling op te nemen nu er rechtspersoonlijkheid aan de vennootschap wordt toegekend. Waarom dan niet ook dezelfde spelregels als voor rechtspersonen (Boek 2 BW).

Artikel 818 Opgave einde vereffening en bewaarplicht. Heropening vereffening

Uit de Memorie van Toelichting bij het voorontwerp volgt dat de regeling aan zou sluiten bij artikel 2:19 lid 6 BW. Ten aanzien van de vereffening is dat juist, echter waarom een vennootschap pas ophoudt te bestaan de dag na inschrijving volgt niet uit de Memorie van Toelichting. Dit sluit ook niet aan bij het vergelijkbare artikel in Boek 2 BW: *“De rechtspersoon houdt in geval van vereffening op te bestaan op het tijdstip waarop de vereffening eindigt. De vereffenaar of de faillissementscurator doet aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven, daarvan opgaaf.”*. Ook hier lijkt een uniforme regeling wenselijk.

In tegenstelling tot artikel 2:19 lid 7 BW regelt het Voorontwerp niets over de bewaartermijn die het Handelsregister moet hanteren. Zeker nu het Voorontwerp wel de mogelijkheid biedt om een vereffening te heropenen, lijkt een dergelijke verplichting aan het Handelsregister wenselijk.

Hoofdstuk IV Toelichting en onderbouwing Aanbevelingen Voortzetting

De figuur van de voortzetter

Wanneer de vennootschap ophoudt te bestaan en de onderneming door één persoon wordt voortgezet moet de onderneming derhalve doorgaan als een andere figuur. Artikel 819 geeft niet aan welke figuur dat dan is. Wel staat er in artikel 819 dat de vennootschap én de rechtspersoon ophouden te bestaan.

De Memorie van Toelichting op artikel 819 stelt dat de vennoot verder gaat als *eenmanszaak*. Waarop is dit gebaseerd? De eenmanszaak is geen rechtspersoon en heeft geen afgescheiden vermogen. Dat betekent dat een natuurlijk persoon, die eerst pas aansprakelijk was *voor zover* de wederpartij aannemelijk maakt dat de vennootschap niet aan de verbintenis kan voldoen, nu bij gebreke van een afgescheiden vermogen bij de eenmanszaak, rechtstreeks met zijn gehele vermogen aansprakelijk is. De verhaalsmogelijkheden van derden worden hiermee vergroot (verbreed) omdat de schuldeiser nu een rechtstreeks verhaal heeft op meer goederen dan ten tijde van de vennootschap het geval was.

Wat als de vennoot een rechtspersoon is? De Memorie van Toelichting gaat hier niet op in.

Wij veronderstellen dat als er staat: *“Alsdan gaat het vermogen van de vennootschap onder algemene titel over op de voortzettende vennoot”* dat dit zowel een eenmanszaak als een rechtspersoon kan zijn, afhankelijk van of de voortzettende vennoot een natuurlijk persoon is of een rechtspersoon.

In dat licht valt het voor de particuliere vennoot nog te overwegen om – in het kader van een voorgenomen ontbinding van de vennootschap gevolgd door een voortzetting door een vennoot – zijn/haar rechtsverhouding voorafgaand aan de ontbinding over te dragen aan een door hem gehouden BV of andere rechtspersoon om de rechten en plichten afgescheiden van zijn privé vermogen te houden.

Ontbinding ex artikel 819

Ontbinding als bedoeld in artikel 819 is niet nader uitgewerkt. Het is onzes inziens vreemd dat wordt verklaard dat artikel 814 inzake algehele ontbinding niet van toepassing is danwel dat hiermee niet ten minste een verbinding wordt gemaakt. Want wanneer is dan sprake van ontbinding als bedoeld in artikel 819? De vennootschap en de rechtspersoon houden op te bestaan dus is sprake van algehele ontbinding. Toepassing van (een gedeelte van) artikel 814 is zo gek nog niet aangezien mogelijk sprake is van de situatie als bedoeld in artikel 814 lid 1 onder a: *‘ingevolge een daartoe strekkend besluit van de vennoten’* en/of b: *‘in het geval waarin een vennoot uittreedt en niet ten minste twee vennoten overblijven’*.

En waarom zou door de rechter uitgeroepen ontbinding als bedoeld in artikel 814 lid 3 niet kunnen leiden door voortzetting van één van de vennoten? Als artikel 814 niet van toepassing is, dan vallen we bij het uittreden van vennoten terug op de bepaling van artikel 813 lid 4: *‘De uittreding van een vennoot leidt slechts tot ontbinding van de overeenkomst ten aanzien van het gedeelte dat de uittredende vennoot betreft’*, oftewel: géén algehele ontbinding en dus géén einde vennootschap en rechtspersoon. Is er dan nog een additioneel besluit tot ontbinding nodig van de enig overgebleven vennoot, om over te kunnen gaan tot voortzetting als bedoeld in artikel 819? Wat als dat besluit tot ontbinding door de overgebleven vennoot niet direct wordt genomen na uittreding van de overige vennoten? Dat is als

artikel 814 lid 1 sub 2 buiten toepassing is verklaard wellicht mogelijk, maar op grond van artikel 800 lid 1 (de kwalificatie van vennootschap als overeenkomst is) onmogelijk. Voor wat het waard is: zowel in artikel 813 lid 4 en artikel 814 lid 2 worden de artikelen 6:265 tot en met 6:279 buiten toepassing verklaard.

Overgang onder algemene titel (maar nog niet helemaal)

De overgang onder algemene titel is een praktische oplossing. Bij ingeschreven vennootschappen geldt dat de overgang plaatsvindt de dag nadat de ontbinding van de vennootschap is ingeschreven in het Handelsregister. In het Handelsregister zal bij een dergelijke ontbinding derhalve ook de verkrijger onder algemene titel moeten worden vermeld, wil het enigszins traceerbaar zijn (wat in verband met rechtszekerheid een vereiste is/zou moeten zijn). Wat wij eigenlijk in dit artikel lezen, is dat de inschrijving van de ontbinding en voortzetting in het Handelsregister een constitutief vereiste is voor de overgang onder algemene titel van de goederen van de vennootschap (m.u.v. registergoederen). Dat is nogal wat.

Volgens artikel 819 dient de voortzettende vennoot deze inschrijving te doen. Dit lijkt ons zo te lezen een eenzijdige rechtshandeling. Wat gaat hij inschrijven? Zoals hiervoor onder 'Ontbinding' beschreven, is er wellicht niet per definitie een besluit tot ontbinding of iets dergelijks dat daaraan ten grondslag ligt. Hoe toetst de Kamer van Koophandel of er sprake is van een enig overblijvende vennoot? De rechtsgevolgen zijn dramatisch in het geval de voortzettende vennoot buiten medeweten of akkoord van zijn mede vennoten een iets te voorbarig initiatief neemt door zichzelf als voortzettende vennoot in te schrijven. Ons lijkt dat voorafgaand aan de inschrijving van de voortzetting, de overige voorheenvennoten daarvoor eveneens moeten tekenen bij de Kamer van Koophandel, danwel dient een notaris een document op te maken van ontbinding gevolgd door voortzetting, zijnde al dan niet een partij akte of een akte van constatering, daarover valt nader te discussiëren. Immers bij de thans in de wet opgenomen (limitatieve lijst van) gevallen van verkrijging onder algemene titel (3:80 lid 2 BW) is steeds een met openbare functie belaste ambtenaar, zijnde een notaris, een ambtenaar van de burgerlijke stand of rechter, betrokken. Gaat een dergelijke rol worden toevertrouwd aan de Kamer van Koophandel?

Daaruit vloeit ook het volgende lastige punt voort. Zoals artikel 819 nu is geschreven levert de registratie in het Handelsregister het bewijs ten aanzien van de vraag of de vennootschap al dan niet is voortgezet en door wie. Als een notaris bij zijn/haar onderzoek naar de beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van aandelen op naam stuit op een verkrijging onder algemene titel als bedoeld in artikel 819, wat kan hij daarvan dan aan documentatie terugzien in het Handelsregister?

Op de overgang onder algemene titel is ten aanzien van registergoederen een uitzondering gemaakt. Voor registergoederen geldt dat aan de voor de levering vereiste voorschriften moeten zijn voldaan (artikel 3:89 lid 1 BW: een tot levering bestemde notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers). We hebben in de Memorie van Toelichting echter geen argument teruggevonden die de uitzondering verklaart, anders dan: *"dit voorkomt dat registergoederen 'zomaar' overgaan naar de vennoot die de activiteiten van de vennootschap voortzet"*.

Waarom is het een nadeel als registergoederen 'zomaar' overgaan? In andere situaties van overgang onder algemene titel (erfopvolging, fusie, splitsing etc.) ontstaan hierdoor ook niet zozeer problemen, het heeft juist een wenselijk effect, namelijk dat er geen 'zwerf goederen' ontstaan. Het kadaster wordt in betreffende gevallen 'bijwerkt' middels een notariële kadasterverklaring. Dat deze verklaring soms pas jaren later wordt opgemaakt en verwerkt is niet zo'n punt, aangezien de juridische overgang zonder

meer heeft plaatsgevonden. Of is het probleem van het 'zomaar' overgaan gelegen in het alsdan slecht zicht hebben op waar en tegen welke prijs vastgoed van eigenaar wisselt? Daarover hierna onder 'Aandachtspunt' meer.

Wat gebeurt er met de registergoederen, die voorheen op naam stonden van de vennootschap maar die ingevolge ontbinding van de vennootschap en voortzetting door de vennoot op naam van de vennoot hadden moeten worden gesteld, maar ten aanzien waarvan dat niet heeft plaatsgevonden? De vennootschap houdt op te bestaan per het moment van de inschrijving van de ontbinding en de vereffeningprocedure van artikelen 816-818 is niet van toepassing (en de vereffeningprocedure van Boek 2 BW evenmin), dus ook de mogelijkheid tot heropening bestaat derhalve niet. Wie is dan nog bevoegd om de registergoederen juridisch over te dragen? Hoe gaat de notaris de benodigde leveringsakte opmaken en welke bijzondere titel houdt hij daarbij aan?

Onzes inziens is de keuze voor overgang onder algemene titel een prima keuze maar de uitvoering hiervan is gebrekkig en de uitzondering hierop voor registergoederen onwenselijk.

Onze voorkeur gaat uit naar een systeem waarbij de notaris de uittreding, ontbinding en voortzetting door de overgebleven vennoot vastlegt in een notariële akte en dientengevolge álle goederen onder algemene titel overgaan op de dag volgende op de dag van die betreffende notariële akte (in plaats van de dag volgend op de dag van de inschrijving in het Handelsregister). De notaris schrijft vervolgens in de diverse registers het nodige in. Het bedoelde effect is dan bereikt en een stukje borging dat de overgang voldoende traceerbaar is (notariële akte) en niet wordt 'misbruikt' door slechts één vennoot, eveneens. Temeer ook omdat ook ten aanzien van door de vennootschap gehouden aandelen op naam gaat gelden dat deze onder algemene titel overgaan op de voortzettende vennoot, ter zake waarvan de wet voor een overdracht onder bijzondere titel, een notariële akte voorschrijft.

Voortzetting in geval van een niet ingeschreven vennootschap

In het geval van een niet in het Handelsregister ingeschreven vennootschap gaat het vermogen onder algemene titel over per het moment dat de overige vennoten zijn uitgetreden. Dat is in elk geval een duidelijk moment. Dit veronderstelt dat de ontbinding ook een gevolg is van het uitgetreden van de overige vennoten, hoewel ook hier artikel 814 buiten toepassing is verklaard en artikel 813 lid 4 suggereert dat er geen ontbinding is van de vennootschap ten aanzien van de overblijvende vennoot. Ten aanzien hiervan verwijzen we naar de alinea 'Ontbinding ex artikel 819'.

Het probleem ten aanzien van registergoederen speelt hier niet, want de niet ingeschreven vennootschap mag geen registergoederen verkrijgen. Maar, de niet ingeschreven vennootschap is wél een rechtspersoon en kan bijvoorbeeld wél aandelen op naam verkrijgen. Uittreding van vennoten hoeft blijkens het Voorontwerp niet schriftelijk te worden vastgelegd. Hoe wordt geborgd dat aantoonbaar is wie gerechtigd is tot aandelen op naam, als de niet ingeschreven vennootschap wordt ontbonden en wordt voortgezet door één van de vennoten ingevolge hopelijk een - of in het slechtste geval geen - onderhandse akte?

Aandachtspunt

In het Voorontwerp kan de combinatie van rechtspersoonlijkheid en overgang onder algemene titel bij ontbinding gevolgd door voortzetting, gebruikt worden om de notaris (en diens onderzoek) buiten spel te zetten bij de overdracht van aandelen op naam (en daarmee tevens registergoederen).

Bijvoorbeeld: A wil zijn aandelen in X BV overdragen aan B. Dus gaan A en B een personenvennootschap aan. A brengt vervolgens de aandelen in X BV in (draagt over aan) de vennootschap. De vennoten A en

B gaan uit elkaar, de vennootschap wordt ontbonden en B zet de onderneming voort en verkrijgt zodoende de aandelen in X BV onder algemene titel van de vennootschap, zonder tussenkomst van de notaris of wie dan ook. Dus óók geen zicht op geldstromen, UBO etc.

Hopelijk wordt het aandeelhoudersregister bijgewerkt. In het geval van een niet ingeschreven vennootschap is er mogelijk weinig traceerbaar. Daarom is notariële inmenging in het proces van ontbinding en voortzetting onzes inziens noodzakelijk.

Toelichting en onderbouwing Aanbevelingen Commanditaire vennootschap

Afdeling 2

De bepalingen in het Voorontwerp en de Memorie van Toelichting omtrent de commanditaire vennootschap, vastgelegd in artikel 820, 821 en 822 zijn onzes inziens te summier en bevatten veel open normen. Daarnaast zijn wij van mening dat het niet wenselijk is dat de commanditaire vennoot krachtens volmacht de vennootschap mag besturen/beheren. Een commanditaire vennoot die de vennootschap wenst te besturen/beheren, dient gewoonweg aangemerkt te worden als beherend vennoot met de daarbij horende hoofdelijke aansprakelijkheid. Het kenmerk van een commanditaire vennoot is dat het een stille vennoot is die niet aansprakelijk kan worden gesteld. Juist voor de rechtszekerheid van derden, moet hier niet van worden afgeweken.

Artikel 820

In de Memorie van Toelichting staat omschreven dat enkel een in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel ingeschreven commanditaire vennootschap kan bestaan. Geenszins is dit af te leiden uit het wetsartikel.

Artikel 821

Het nu geldende beheers verbod ziet erop toe dat de commanditaire vennoot, die slechts beperkt aansprakelijk kan worden gesteld, zich niet kan onttrekken aan de hoofdelijke aansprakelijkheid die rust op de beherende vennoten. Daarnaast dient het beheers verbod als bescherming van derden, omdat zij in de veronderstelling kunnen zijn dat zij handelen met een beherende vennoot die hoofdelijk aansprakelijk is.

In de Memorie van Toelichting staat dat het beheers verbod als rigide wordt ervaren. Om deze reden is hier dan ook vanaf gegaan. Conform het Voorontwerp mag de commanditaire vennoot krachtens volmacht de vennootschap vertegenwoordigen.

We missen een nadere toelichting over de interne werking (bestuursbevoegdheid) en de externe werking (vertegenwoordigingsbevoegdheid).

Omdat in de Memorie van Toelichting staat dat *handelen namens de vennootschap door de commanditaire vennoot is toegestaan middels volmacht*, gaan we er vanuit dat men hier spreekt over de externe werking. Over de interne werking wordt slechts gezegd dat tussen de vennoten afspraken kunnen worden gemaakt over 'een bepaalde interne zeggenschap'.

Juist met het oog op de hoofdelijke aansprakelijkheid van de beherende vennoten en de rechtszekerheid van derden, lijkt het ons zaak dat in de Memorie van Toelichting een nadere toelichting

wordt gegeven over zowel de bestuursbevoegdheid en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de commanditaire vennoot.

Door wie wordt de volmacht verleend?

Omdat de Memorie van Toelichting van de interne vertegenwoordigingsbevoegdheid van de commanditaire vennoot heel summier is, komen we met de vraag: door wie wordt de volmacht verleend?

Op pagina 75 van de Memorie van Toelichting staat *dat de overige vennoten aan de commanditaire vennoot een volmacht kunnen geven*. Op pagina 76 van de Memorie van Toelichting staat dat *de commanditaire vennoot de vennootschap kan vertegenwoordigen op basis van een door de CV verstrekte volmacht*.

Het is geheel onduidelijk door wie de volmacht wordt verleend. Moeten alle vennoten de volmacht verlenen? Moeten enkel de beherende vennoten de volmacht verlenen? Indien er meerdere commanditaire vennoten zijn, moeten de andere commanditaire vennoten dan de volmacht tevens verlenen?

Er wordt in artikel 821 lid 5 een koppeling gemaakt naar artikel 804 lid 2, welke bepaling gaat over de instemming van alle vennoten bij besluiten. Moet hieruit afgeleid worden dat alle vennoten moeten besluiten tot het verlenen van een volmacht aan een commanditaire vennoot? Maar is een commanditaire vennoot, aan wie geen interne zeggenschap is verleend, hiertoe wel bevoegd?

Het lijkt ons niet wenselijk dat in geval er meerdere commanditaire vennoten zijn, zij tevens moeten instemmen voor het verlenen van een volmacht aan een andere commanditaire vennoot.

Overigens lezen we nergens in de Memorie van Toelichting dat de volmacht op schrift moet worden gesteld. Dit zou betekenen dat de volmacht tevens mondeling kan worden verleend. Hoe zit dit met de rechtszekerheid en bescherming van derden? Zeker gezien het feit dat de gevolmachtigde moet instaan voor de volmacht en de omvang

Interne werking

Op pagina 76 van de Memorie van Toelichting staat een korte verwijzing naar de interne werking. De commanditaire vennoot mag geen rechtshandelingen verrichten op naam van de vennootschap, echter kunnen de vennoten afspreken dat de commanditaire vennoot bepaalde interne zeggenschap heeft over de CV.

In de literatuur is al jaren discussie over de interne werking van het beheersverbod, de vertegenwoordigingsbevoegd. Het beheersverbod wordt nu afgeschaft, maar op geen wijze wordt er een duidelijke invulling gegeven aan de interne zeggenschap. De volgende, zeer onwenselijke, situatie is daardoor mogelijk:

De heer X, de commanditaire vennoot, heeft interne zeggenschap gekregen over de CV van de beherende vennoten. De beherende vennoten hebben (nagenoeg) geen privévermogen. De beherende vennoten handelen naar de instructies van meneer X, als zijnde stromannen. Indien een derde schade lijdt en de vennoten van de CV hiervoor aansprakelijk wenst te stellen, kan de derde enkel de beherende vennoten hoofdelijk aansprakelijk stellen. De commanditaire vennoot meneer X kan niet aansprakelijk worden gesteld.

Dit lijkt ons absoluut niet wenselijk en wij kunnen ons niet voorstellen dat het de bedoeling is geweest om deze situatie mogelijk te maken. Hier dient verdere aandacht aan besteed te worden en de bepaling, dan wel de Memorie van Toelichting moet hier helderheid over gaan geven.

Vennoten kunnen met elkaar afspreken dat de commanditaire vennoot interne zeggenschap verkrijgt. Waarom wordt hier geen schriftelijkheidsvereiste aan gekoppeld? Zeker met het oog op de aansprakelijkheid van de beherende vennoten lijkt ons dit een belangrijk vereiste.

Tot slot vragen wij ons af hoe men de koppeling van artikel 804 lid 1 ziet met betrekking tot artikel 821. In de Memorie van Toelichting van lid 1 van artikel 804 staat namelijk: 'het uitgangspunt van het gezamenlijke bestuur is mede dat de vennoten ook gezamenlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld'.

Externe werking

De commanditaire vennoot mag krachtens volmacht namens de vennootschap handelen. Handelt de commanditaire vennoot bevoegd, dan bindt hij de vennootschap. Handelt hij onbevoegd, dan bindt hij zichzelf en kan hij mogelijk door de wederpartij aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 3:70 BW.

Op pagina 74 van de Memorie van Toelichting staat dat enkel een ingeschreven commanditaire vennootschap mogelijk is, dit in verband met de zekerheid voor derden. Voor hen moet immers duidelijk zijn wie zij kunnen aanspreken en dit moet uit het Handelsregister kunnen worden afgeleid.

De rechtszekerheid van derden wordt gewaarborgd wanneer de volmacht:

1. op schrift moet worden gesteld;
2. ingeschreven moet worden in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel;

Door te voldoen aan deze twee vereisten worden vele discussies voorkomen én wordt er een grote rechtszekerheid geboden aan derden.

Hoe ziet men overigens de koppeling van de commanditaire vennoot die handelt op naam van de vennootschap krachtens volmacht, maar intern geen zeggenschap heeft omdat dit uitgesloten is?

Overigens staat op pagina 75 van de Memorie van Toelichting de volgende zin: 'Schuldeisers worden beschermd (...) het faillissement van de vennoot'. Dit moet vennootschap zijn.

Geen uitzondering op het beheers verbod

Een commanditaire vennoot die zich als vertegenwoordigingsbevoegde, dan wel als bestuursbevoegde handelt, is een beherend vennoot. Of de handelingen van de commanditaire vennoot nu intern of extern werken, maakt geen verschil.

Onder het huidige recht kan iemand die zich geheel op de achtergrond houdt niet aansprakelijk worden gesteld. Waarom wordt hier een uitzondering op gemaakt? Omdat het in de praktijk als rigide wordt ervaren? Iemand die niet aansprakelijk kan worden gesteld, moet simpelweg geen vertegenwoordigings- of bestuursbevoegdheden krijgen.

Vele malen lezen we in het Voorontwerp dat er meer rechtszekerheid moet worden geboden voor derden. Door een commanditaire vennoot bevoegdheden te geven waarvan geen wettelijke kaders worden gegeven, welke bevoegdheden niet op schrift hoeven te worden gesteld én niet inzichtelijk zijn voor derden, wordt in onze ogen geheel afgeweken van het voormeld doel.

Artikel 822

Artikel 822 gaat over de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot bij wijziging van diens hoedanigheid. Moet omwille van de rechtszekerheid van derden de wisseling van hoedanigheid niet op zijn minst op schrift worden gesteld? Hoe is deze wisseling anders kenbaar voor anderen?

* * *