



1. Inleiding

Geachte lezer,

Met veel genoegen en interesse hebben wij kennis genomen van het voorontwerp van het Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen van het Ministerie van Justitie en Veiligheid dat ter consultatie is voorgelegd ("consultatievoorstel").

We maken graag van de gelegenheid gebruik om enkele suggesties te doen en opmerkingen te maken in het kader van deze consultatie. Deze reactie mag worden gepubliceerd.

Uiteraard zijn wij graag bereid om onze reactie nader toe te lichten. Onze contactgegevens zijn opgenomen in hoofdstuk 3.

Amsterdam/Rotterdam, 24 mei 2019.

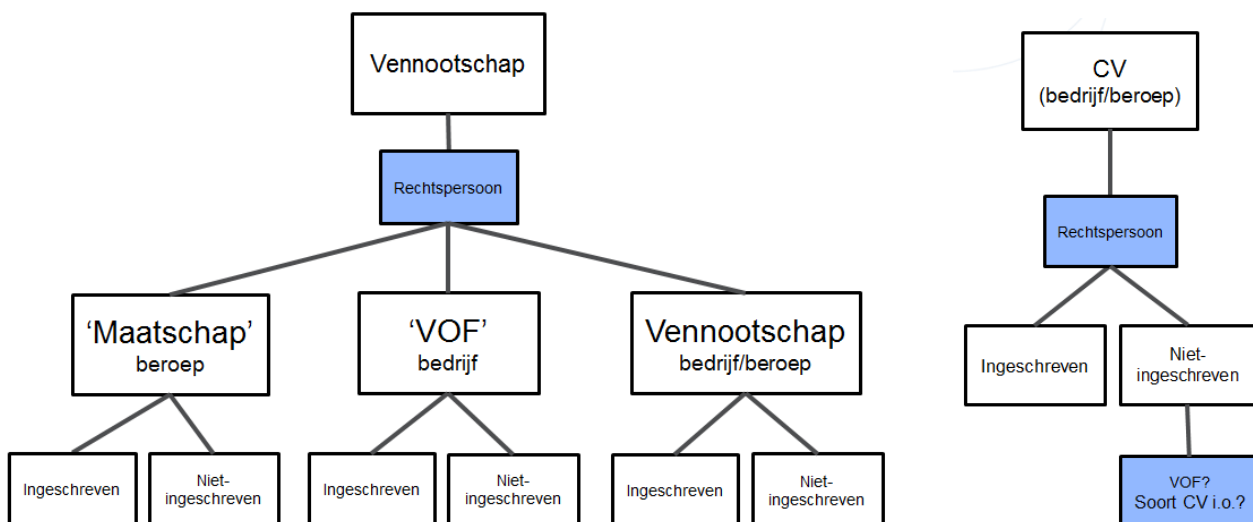
Marianne de Waard-Preller
Suzanne Rutten

2. Aandachtspunten en aanbevelingen

2.1 Soorten, benaming en kenmerken personenvennootschappen

2.1.1 Soorten

Het consultatievoorstel bevat twee rechtsvormen: de vennootschap en de commanditaire vennootschap ("cv"). Voor de oprichting wordt een overeenkomst vereist en als materiële kenmerken betreft de vennootschap de samenwerking tot uitoefening van beroep of bedrijf, inbreng en het oogmerk voordeel te behalen. Beide vormen hebben rechtspersoonlijkheid bij het aangaan van de overeenkomst. De vennootschap tot uitoefening van een bedrijf kan als vennootschap onder firma ("vof") worden aangeduid en de vennootschap tot uitoefening van een beroep als maatschap. De vennootschap tot uitoefening van een beroep - eventueel aangeduid als maatschap - heeft op basis van de Handelsregisterwet ("Hrw") de keuze om al dan niet in te schrijven in het handelsregister, aannemende dat geen sprake is van een onderneming. De vennootschap tot uitoefening van een bedrijf - eventueel aangeduid als vof - kwalificeert naar wij aannemen als onderneming in de zin van art. 5 Hrw (voor zover deze in Nederland wordt gedreven) en dient te worden ingeschreven in het handelsregister. Volgens de memorie van toelichting bij het consultatievoorstel ("MvT") (p.73 en 74) is de cv altijd een in het handelsregister ingeschreven vennootschap. Volgens de MvT heeft de cv zonder inschrijving geen commanditaire vennoten en is iedere vennoot hoofdelijk aansprakelijk. Op de inschrijving komen we terug onder 2.2. De verschillende soorten en mogelijkheden van het consultatievoorstel leiden tot het volgende schematische overzicht:



2.1.2 Vorm totstandkoming

Aangezien enkel een overeenkomst nodig is voor de oprichting, kan dit ook mondeling, net als onder huidig recht. Dit behoud van een vormvrije totstandkoming, waarbij inschrijving in het handelsregister niet altijd noodzakelijk is, lijkt ons echter samen met de daarmee te verkrijgen rechtspersoonlijkheid niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid en juridische duidelijkheid. Zo kan het immers onduidelijk zijn wanneer een dergelijke rechtspersoon is ontstaan, terwijl deze wel drager van rechten en plichten is. Dit is des te onduidelijker bij een cv die niet is ingeschreven in het handelsregister, aangezien dat volgens de MvT 'niet mogelijk' is. Bestaat deze dan wel? Daarnaast kunnen er volgens het consultatievoorstel bepaalde afspraken worden gemaakt in de vennootschapsovereenkomst, zoals toestemming voor het overdragen van de rechtsverhouding van een vennoot aan een derde (art. 812 lid 2) of wat er onder 'normale werkzaamheden' moet worden verstaan (in het kader van de rechtsgevolgen die daaraan verbonden zijn ex. art. 804 lid 3). Het lijkt ons niet wenselijk dat dergelijke zaken slechts mondeling kunnen worden afgesproken. Bovendien zal afbakening met andere overeenkomsten niet altijd duidelijk zijn. Het stellen van een schriftelijkheidsvereiste voor de oprichting van een personenvennootschap achten wij passender, al dan niet enkel als bewijsvoorschrift. Hierin zou naar onze mening in ieder geval de naam, de rechtsvorm en het doel moeten worden opgenomen. Problemen met de

afbakening worden hiermee tevens voorkomen. Zo wordt bijvoorbeeld door de rechtsvorm op te nemen in de overeenkomst het fonds voor gemene rekening duidelijk uitgesloten, alsmede de joint venture overeenkomst die ook onder de voorgestelde definitie lijkt te kunnen vallen. Dat de vennootschap vormvrij moet kunnen worden aangegaan omdat dit de nalevingskosten vermindert overtuigt ons niet. Het huidige art. 22 Wetboek van Koophandel (WvK) kent ook reeds een vorm van schriftelijkheidsvereiste voor vof's en cv's, waarbij een schriftelijke overeenkomst als bewijsmiddel kan dienen voor het bestaan van de personenvennootschap. Bovendien is enige mate van bescherming van vennoten met het oog op het gevolg van hoofdelijke aansprakelijkheid iets waar rekening mee zou moeten worden gehouden. Het gemak waarmee een vof wordt aangegaan, zonder degelijke uitwerking van afspraken voor het geval de samenwerking niet loopt tot wat men verwacht heeft, kan wel degelijk in de papieren lopen. Dit sluit tevens aan bij het eerder genoemde uitgangspunt van het consultatievoorstel om in passende bescherming te voorzien voor zowel vennoten als degenen die met de vennootschap handelen.

2.1.3 Naamvereiste

Hiervoor stelden we reeds voor een naam op te nemen in de oprichtingsovereenkomst. Een rechtspersoon zonder naam lijkt ons immers onwenselijk en onpraktisch. Zo is het ook lastig een dergelijke vennootschap in rechte te betrekken als deze geen naam heeft. Denk ook aan een niet in het handelsregister ingeschreven vennootschap zonder naam die mondeling tot stand is gekomen die tot verwerving van aandelen in een B.V. of N.V. wenst over te gaan en hiervan enig aandeelhouder wordt. Voor de meeste personenvennootschappen is een naam reeds een vereiste op basis van art. 9 Hrw, namelijk voor hen die een onderneming in Nederland drijven. Voor vennootschappen tot uitoefening van een beroep echter niet. Wij stellen daarom voor om een naamvereiste voor personenvennootschappen op te nemen.

2.1.4 Aanduiding "vennootschap"

Dat het consultatievoorstel enkel de benaming 'vennootschap' voorstelt als rechtsvorm, zorgt ons inziens voor onduidelijkheid. De term 'vennootschap' is een zeer algemene term en wordt onder meer gebruikt in Boek 2 voor de B.V. en de N.V. Bovendien is dit een veelgebruikte term in het internationale rechtsverkeer. Vaak worden er kapitaalvennootschappen mee bedoeld maar soms is de definitie breder. Denk ook aan Europese regelgeving en Verdragen. Het lijkt het ons daarom bevorderlijk voor het rechtsverkeer als bijvoorbeeld de benaming 'personenvennootschap' wordt gehanteerd.

2.1.5 Beroep of bedrijf

Art. 800 lid 1 stelt dat de vennootschap voor beroep en bedrijf is. In samenhang met art. 820 geldt dit ook voor de cv. In de MvT wordt gesteld dat één van de redenen om het onderscheid tussen beroep en bedrijf af te schaffen is dat categorieën niet altijd makkelijk uit elkaar te houden zijn (p. 8) Wij vinden het daarom tegenstrijdig dat er vervolgens in leden 2 en 3 van art. 800 toch voor is gekozen om dit onderscheid weer toe te passen door te bepalen dat alleen een vennootschap tot uitoefening van een bedrijf als vof kan worden aangeduid en alleen een vennootschap tot uitoefening van een beroep als maatschap. Wij zien liever dat dit onderscheid voor de naamgeving komt te vervallen, temeer omdat de juridische gevolgen voor beide rechtsvormen volgens het consultatievoorstel ook gelijk zijn: iedere vennoot is vertegenwoordigingsbevoegd en hoofdelijk aansprakelijk. De keuzemogelijkheid voor vof of maatschap is dan in feite een handreiking naar de praktijk en bevat geen onderscheid meer.

Art. 800 lid 2 bepaalt dat een vennootschap tot de uitoefening van een bedrijf als vennootschap onder firma kan worden aangeduid. Aanvulling met de afkorting "vof" lijkt ons wenselijk. De vraag is bovendien hoe zich deze bepaling verhoudt tot art. 820 waarin de omschrijving van een commanditaire vennootschap is opgenomen. Is het de bedoeling dat de aanduiding commanditaire vennootschap of afgekort "cv" verplicht is voor een vennootschap waaraan naast een vennoot een commanditaire vennoot deelneemt? In dat geval is de keuze voor de aanduiding vof alleen mogelijk als geen sprake is van een cv. Een vergelijkbare vraag doet zich voor ten aanzien van art. 800 lid 3 voor maatschappen die in het handelsregister zijn ingeschreven.

2.1.6 Afwijking materiële kenmerken

Wij vragen ons overigens af welke bedoeling de minister voor ogen heeft met het feit dat van de materiele kenmerken in art. 800 lid 1 kan worden afgeweken. Deze kenmerken lijken een constitutief karakter te hebben, in de zin dat hieraan voldaan moet worden om een rechtsgeldige personenvennootschap op te richten. Bovendien geeft art. 815 aan dat de

rechter een vennootschap kan ontbinden indien deze niet voldoet aan de wettelijke omschrijving (de term "wettelijke omschrijving" verdient op zichzelf ook al verduidelijking). Het is ons dus onduidelijk waarom art. 800 lid 1 niet als dwingende rechtsbepaling is opgenomen.

2.2 Inschrijving handelsregister en vertegenwoordiging

Art. 803 lid 3 bepaalt dat een vennootschap die niet is ingeschreven in het handelsregister geen registergoederen kan verkrijgen en geen erfgenaam kan zijn. Er is niet expliciet opgenomen dat inschrijving verplicht is, waarschijnlijk omdat dit uit de Hrw blijkt. Dit geldt dan wanneer een onderneming wordt gedreven. Aangezien een cv ook voor beroepsuitoefening kan zijn en niet-inschrijving van een cv volgens de MvT zoals gezegd 'niet mogelijk' is, menen wij dat inschrijving in het handelsregister van een cv in het handelsregister uitdrukkelijk in het wetsvoorstel dient te worden opgenomen en niet slechts dient te blijken uit de MvT. Bovendien vergt deze eis voor de cv een uitwerking van de gevolgen voor aansprakelijkheid van commanditaire vennoten in de periode na oprichting maar voordat inschrijving heeft plaatsgevonden.

In art. 808 wordt voorgesteld dat iedere vennoot bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Eventuele beperkingen of voorwaarden aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid worden ingeschreven in het handelsregister en kunnen slechts door de vennootschap worden ingeroepen. Deze beperkingen of voorwaarden kunnen volgens het voorgestelde art. 808 slechts werking tegen derden hebben wanneer ze worden ingeschreven in het handelsregister. Dit volgt ook uit art. 25 van de Hrw. Voor vennootschappen die niet zijn ingeschreven in het handelsregister, of beperkingen die niet zijn ingeschreven, geldt dus dat er geen beroep kan worden gedaan op beperkingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid jegens derden (behoudens jegens derden die ervan op de hoogte zijn).

In art. 805 lid 2 sub a staat - kort gezegd - dat een vennoot zich dient te onthouden van het verrichten van een rechtshandeling voor rekening van de vennootschap met zichzelf of met een familielid in geval van een tegenstrijdig belang, tenzij het een gebruikelijke transactie betreft. Die bepaling is van regeland recht, dus er mag van worden afgeweken. Wat onder een tegenstrijdig belang wordt verstaan, wordt niet toegelicht. Dat betekent dat in beginsel iedere rechtshandeling van een vennoot met zichzelf of een familielid, waarvan het bijvoorbeeld niet bekend is of deze gebruikelijk onder dezelfde voorwaarden met derden wordt verricht, op grond van art. 805 lid 2 sub a niet zou zijn toegestaan. Afhankelijk van de bedoeling van de wetgever is het wellicht nuttig een richtinggevend algemeen criterium op te nemen voor de kwalificatie van tegenstrijdig belang, zoals gegeven in het Bruil arrest. Ook is niet geheel duidelijk hoe deze bepaling werkt als er slechts één vennoot bevoegd is tot het 'verrichten van een rechtshandeling namens de vennootschap', deze geconflieerd is en er in de vennootschapsovereenkomst niets over is geregeld. Is het de bedoeling is dat deze rechtshandeling dan niet mag worden verricht? Ook is niet duidelijk of er inhoudelijk wat anders is bedoeld met 'verrichten van rechtshandelingen namens de vennootschap' van art. 805 dan het 'vertegenwoordigen' uit art. 808. Daarbij vragen we ons af of art. 805 lid 2 sub a ook derdenwerking heeft. En wat is de sanctie op het verrichten van een 'niet toegestane' handeling uit art. 805? Wij zouden willen aannemen dat de vennoot die in strijd met art. 805 heeft gehandeld schadelijkt is jegens de vennootschap en de vennoten op grond van wanprestatie (art. 6:74 BW).

Art. 808 is overigens van regeland recht, dus van de verplichte inschrijving van beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid in handelsregister kan men afwijken. Het lijkt ons, zeker in verband met art. 25 van de Hrw, niet de bedoeling en het past tevens niet bij het consultatievoorstel waar inschrijving in het handelsregister als hoofdregel is gekozen om derdenwerking te kunnen bewerkstelligen.

Afsluitend is de relatie tussen art. 804 lid 3 en art. 808 ons ook niet helemaal duidelijk. Uit de wettekst van art. 804 lid 3 blijkt onvoldoende duidelijk of het gaat om vennoten die in eigen naam handelen of om vennoten die handelen in naam van de vennootschap.

2.3 Rechtspersoonlijkheid

Wij staan er in beginsel positief tegenover dat personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid hebben. Echter, door de automatische toekenning van rechtspersoonlijkheid aan alle personenvennootschappen verbleekt het keuzepalet van Nederlandse rechtsvormen. Een samenwerkingsvorm met afgescheiden vermogen zonder rechtspersoonlijkheid verdwijnt hierdoor. Wij zijn geen voorstander van deze inperking. Los van de geringere flexibiliteit, is dit ook in de internationale context een gemis. In omringende landen is meestal een eenvoudige personenvennootschap zonder

rechtspersoonlijkheid te vinden. Dat Nederland straks die keuze niet meer biedt, kan nadelig zijn, met name fiscaal. Zo werd in Engeland bij de (ingetrokken) voorstellen voor herziening van het personenvennootschapsrecht rechtspersoonlijkheid toegekend aan de Engelse *limited partnership*. Volgens de Engelse wetgever zou hierbij echter het risico ontstaan dat buitenlandse belastingautoriteiten een dergelijke *limited partnership* niet langer als fiscaal transparant zouden aanmerken. Om dat te voorkomen is toen voorgesteld naast de gewone *limited partnership* met rechtspersoonlijkheid ook een *special limited partnership* mogelijk te maken. Het verschil met de gewone *limited partnership* was enkel dat zij geen rechtspersoonlijkheid kende. Overigens betekent rechtspersoonlijkheid niet automatisch fiscaal non-transparant, zoals ook blijkt uit het overzicht van de Werkgroep personenvennootschappen ("Werkgroep") (p. 41 van het rapport van september 2016). Zie over fiscale punten nader 2.11. Het is ook wat ons betreft hoe dan ook een aandachtspunt voor nieuwe wetgeving.

Bovendien zijn wij benieuwd naar het overgangsrecht dat wordt beoogd ten aanzien van automatische rechtspersoonlijkheid. Zie hierover eveneens nader 2.11.

De term rechtspersoon wordt ook in andere wettelijke regelingen gebruikt; in hoeverre worden deze regelingen ook van toepassing op deze vennootschap? Worden al deze regelingen op dit punt verduidelijkt?

Een ander punt dat in onze ogen verduidelijking verdient, is de tekst van art. 803 lid 2. Hierin staat dat de vennootschap bevoegd is om in naam van de daartoe gerechtigden aan de voor levering vereiste voorschriften te voldoen. Als rechtspersoon zal de levering toch plaatsvinden aan de vennootschap zelf, daartoe vertegenwoordigd door een vennoot? Bovendien, hoe verhoudt zich dit tot de conflict bepaling van art. 805 lid 2 a?

2.4 Verbondenheid en aansprakelijkheid vennoten

Wij vragen ons af hoe de regeling van lid 2 van art. 809 werkt bij vennoten die rechtspersoon zijn, bijvoorbeeld een persoonlijke houdstermaatschappij (bv), waarbij de enig aandeelhouder de natuurlijke persoon is die namens de bv optreedt en aan wie de opdracht wordt toevertrouwd. Immers zal de opdracht niet worden toevertrouwd aan de formele vennoot: de bv.

Volgens art. 809 lid 3 is een toetredende vennoot alleen verbonden voor verbintenissen van de vennootschap die na zijn toetreden zijn ontstaan. De MvT op pagina 47 heeft het ook over vorderingen die zijn ontstaan na zijn toetreden, maar geeft op pagina 10 aan dat de toetredende vennoot aansprakelijk is voor de "alsdan opeisbare vorderingen". Aangezien een (ontstane) verbintenis ook op een later moment opeisbaar kan worden, lijkt deze toelichting incompleet. Het is nu immers niet duidelijk of de toetredende vennoot ook aansprakelijk is voor een verbintenis die vóór toetreden is ontstaan, maar pas ná toetreden opeisbaar is geworden.

Tevens is onduidelijk hoe de verjaringstermijn van art. 809 lid 4 kan aanvangen bij het uittreden van een commanditaire vennoot. Nu commanditaire vennoten niet als zodanig staan ingeschreven in het handelsregister, kunnen zij hun uittreden dus ook niet inschrijven.

Verder zouden wij graag toelichting zien van de beslissing om art. 809 van regelen recht te maken. Heeft de wetgever hier inderdaad getracht te bereiken dat vennoten eenzijdig hun externe aansprakelijkheid kunnen inperken? Deze opmerking geldt ook voor art. 822 aangaande de commanditaire vennootschap.

2.5 Inbreng

Wij vragen ons af waarom is besloten om art. 802 lid 1 van regelen recht te maken. Is hier inderdaad de bedoeling van de wetgever om het mogelijk te maken voor vennoten om een andere definitie van inbreng overeen te komen dan "alles wat tot de verwezenlijking van het doel van de vennootschap kan bijdragen"? Het gehele inbrengvereiste lijkt volgens dit consultatievoorstel (art. 801 jo. art. 800 lid 1) niet dwingend te zijn, wat naar onze mening wel nadere verklaring behoeft.

2.6 Administratieplicht

Wij vragen ons af of het noodzakelijk is om de dwingende verplichting tot het opstellen van jaarstukken en de administratieplicht zoals vastgelegd in art. 806 leden 2 en 4 op te leggen aan alle vennoten (inclusief de commanditaire vennoten). Deze bepaling is mogelijk niet wenselijk voor vennootschappen waarin niet alle vennoten besturen.

2.7 Vruchtgebruik en pandrecht

2.7.1 Vruchtgebruik

Zowel het pandrecht als het recht van vruchtgebruik kan volgens het consultatievoorstel op de rechtsverhouding als zodanig worden gevestigd indien de vennootschapsovereenkomst voorziet in toestemming zijn rechtsverhouding aan een derde over te dragen. Anders dan bij het recht van vruchtgebruik (art. 810 lid 2) is bij verpanding (art. 811 lid 3) echter ook uitdrukkelijk opgenomen dat dit mede ziet op de hieraan verbonden rechten en bevoegdheden. Hieraan zou a contrario de conclusie kunnen worden verbonden dat de reikwijdte van deze bevoegdheid in het geval van het recht van vruchtgebruik beperkter is dan bij het recht van verpanding. De beperking zou er in kunnen zitten dat de wetgever bij het vestigen van het recht van vruchtgebruik op de rechtsverhouding als zodanig niet heeft beoogd dat de vruchtgebruiker de vennootschap zou kunnen vertegenwoordigen. In beide gevallen verkrijgt de houder dan de rechten en bevoegdheden die aan de rechtsverhouding zijn verbonden maar in het geval van een recht van pandrecht zou dit dan bijvoorbeeld tevens strekken tot de bevoegdheid om te vertegenwoordigen. In de toelichting op art. 811 lid 2 staat echter dat in de wet is opgenomen dat in beginsel ook de rechten en (bestuurs)bevoegdheden die aan de rechtsverhouding zijn verbonden onder het vruchtgebruik vallen. Dit is echter, zoals reeds hierboven opgemerkt, alleen voor het pandrecht in de wet opgenomen en niet voor het recht van vruchtgebruik. Voorts is dit, of althans de strekking ervan, naar ons oordeel ook niet terug te lezen in art 811. Wij begrijpen dan ook niet waarom dit in de toelichting is opgenomen.

2.7.2 Pandrecht

Het consultatievoorstel bepaalt in het voorgestelde art. 811 lid 1 dat een pandrecht gevestigd kan worden op een "recht op uitkering ... alsmede op een vergoeding bij uittrekking". Dit is niet heel bijzonder. Dat kan onder het huidige recht ook en daar is eigenlijk geen aparte bepaling voor nodig. In art. 811 lid 2 is opgenomen dat in de vennootschapsovereenkomst opgenomen kan worden dat een pandhouder het recht kan worden toegekend om namens de pandgever de vennootschap op te zeggen. Dit recht is bedoeld om de pandhouder de mogelijkheid te geven het ontstaan van een "recht op vergoeding bij uittrekking" te forceren. Dit ligt in de lijn van art. 3:246 lid 2 BW dat bepaalt dat de houder van een openbaar pandrecht de bevoegdheid geeft een vordering opeisbaar te maken door opzegging. Ook hiervoor geldt dat dit ook zonder wetsbepaling in een vennootschapsovereenkomst afgesproken zou kunnen worden. Het resultaat van deze bepaling is waarschijnlijk vooral dat een pandhouder na de invoering van het consultatievoorstel niet enkel met een beroep op art. 3:246 lid 2 BW de vennootschapsovereenkomst kan opzeggen maar deze bevoegdheid voorzien zal moeten zijn in de vennootschapsovereenkomst.

Art. 811 lid 3 bepaalt dat, mits de vennootschapsovereenkomst hierin voorziet een vennoot ook een pandrecht op de rechtsverhouding "als zodanig, met inbegrip van de hieraan verbonden rechten en bevoegdheden" kan vestigen. Dit is een verrassend voorstel. Is het de bedoeling dat bij uitwinning van het pandrecht de rechtsverhouding overgaat op de verkrijger bij wege van contractsovername? En als dat zo is, wat gebeurt er dan met aansprakelijkheden jegens derden die onderdeel uitmaken van de verkregen rechtsverhouding? Het consultatievoorstel geeft geen regeling voor de overdracht van de rechtsverhouding van een vennoot tot de vennootschap waar bij aangesloten kan worden. De MvT geeft aan dat er bewust is gekozen om geen regeling op te nemen over opvolging. De bedoeling is dat vennoten dit zelf regelen "op basis van de regels die zijn opgenomen over toe- en uittrekking". Dat is geen werkelijk werkbaar handreiking voor het uitwinnen van een pandrecht op de rechtsverhouding. Is het wellicht de bedoeling dat de contractsovername wordt aangemerkt als de uittrekking van de pandgever en de toetreding van de partij aan wie de rechtsverhouding in een uitwinningsscenario is overgedragen? In dat geval zou de pandgever aansprakelijk blijven voor de op het tijdstip van de overdracht van de rechtsverhouding reeds bestaande verbintenissen van de vennootschap, maar gevrijwaard worden door de verkrijger en de overblijvende vennoten (art. 813 lid 6). De uittrekkende vennoot heeft echter op grond van art. 813 lid 5 recht op een vergoeding bij uittrekking. Dat zou een vreemd gevolg zijn van de uitwinning van het pandrecht. De bedoeling van het pandrecht is toch dat de waarde van het verpande goed de pandhouder ten goede komt. Kortom, er lijkt toch aanleiding te zijn om een meer uitdrukkelijke regeling te treffen voor de overgang van de rechtsverhouding bij uitwinning van een pandrecht op die rechtsverhouding. Hiervoor kan wellicht inspiratie geput worden uit het art. 7:823 lid 4 jo. 7:821 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao (en het ingetrokken wetsvoorstel: Tweede Kamer 2006-2007, 31065).

Een andere vraag die rijst is of het pandrecht op de rechtsverhouding zaaksgevolg heeft. Als de rechtsverhouding overgedragen wordt als ware het een toe- en uittreding, is de verhouding van de toegetreden vennoot dan bezwaard met het pandrecht dat verstrekt was op de rechtsverhouding van de vennoot die uitgetreden is? Dit lijkt niet goed mogelijk zonder uitdrukkelijke regeling in de wet. Overigens is dat niet anders wanneer de rechtsopvolging aangemerkt wordt als contractsovername.

Art. 811 lid 3 bepaalt verder dat de houder van een pandrecht op de rechtsverhouding, de rechten en bevoegdheden van de pandgever verbonden aan de rechtsverhouding verkrijgt. Dit is een uitbreiding van de bevoegdheid van de pandhouder vermeld in lid 2 om de rechtsverhouding op te zeggen. De vraag is of dit lid niet te ruim is geformuleerd. Is het bijvoorbeeld inderdaad de bedoeling dat de pandhouder de vennootschap kan vertegenwoordigen?

2.8 Toetreden, uittreden en overdracht aandeel vennootschap

In de regelingen omtrent het toe- en uittreden van vennoten en het overdragen van een vennootschapsaandeel lopen wij tegen een aantal onduidelijkheden aan. Allereerst zijn wij benieuwd naar de implicaties van het feit dat art. 813 lid 1 sub b een bepaling van regeland recht is. Betekent dat bijvoorbeeld dat anderen dan vennoten over het toetreden van vennoten mogen beslissen?

Verder viel het ons op dat de vereisten voor overdracht van een vennootschapsaandeel in art. 812 lid 2 worden vermeld als: "een geldige titel, een tot opvolging bestemde akte en mededeling daarvan aan de vennootschap door de uittredende en toetredende vennoot". Heeft de wetgever bewust gekozen om af te wijken van de vereisten van art. 3:84 BW en geen beschikkingsbevoegde vervreemder op te nemen in art. 812 lid 2?

Art. 812 lid 2 is van dwingend recht (zie art. 801). Dat betekent dat een in dit lid beschreven overdracht slechts mogelijk is indien de vennootschapsovereenkomst voorziet in toestemming aan de vennoot om zijn rechtsverhouding aan een derde over te dragen. Hoe moeten wij dit zien? In de MvT (p. 56) wordt enkel een 'vrije' overdracht van de rechtsverhouding genoemd. Kan deze toestemming echter ook geclausuleerd worden en bijvoorbeeld afhankelijk gemaakt worden van goedkeuring van een bepaalde partij bij de overeenkomst (of een derde) of indien aan bepaalde kwaliteitseisen wordt voldaan? Of moeten wij deze toelichting letterlijk lezen en is enkel een volledig vrije overdracht toegestaan?

Art. 813 lid 5 bepaalt dat er bij uittreding een vorderingsrecht ontstaat tussen de uittredende vennoot en de vennootschap. Art. 812 lid 2 bepaalt dat een vennoot de rechtsverhouding kan overdragen aan een derde. Het is ons onduidelijk hoe het dan zit met deze vordering. In geval van een contractsovername als bedoel in art. 812 lid 2 lijkt het ons niet logisch dat art. 813 lid 5 van toepassing is voor de uittredende vennoot. De uittredende vennoot zal namelijk de vergoeding ontvangen van de toetredende vennoot buiten de vennootschap om. De voorgestelde tekst is hier echter niet duidelijk over. Ons voorstel zou daarom zijn om aan art. 812 lid 2 een laatste zin toe te voegen met de strekking dat art. 813 lid 5 ten aanzien van de uittredende vennoot niet van toepassing is in geval van overdracht van de rechtsverhouding van de uittredende vennoot aan een toetredende vennoot.

Overigens hebben wij ook vraagtekens over art. 812 lid 2 in combinatie met art. 800 waar staat dat iedere vennoot verplicht is tot inbreng. Moet de toetredende vennoot dat ook altijd? Ook wanneer hij de rechtsverhouding van een uittredende vennoot overneemt?

Bij het ophouden te bestaan van een vennoot/rechtspersoon die deelneemt aan een juridische fusie of zuivere splitsing zijn het automatisch uittreden alsmede de werking van de uittredingsvergoeding dan wel de vergoedingsplicht van art. 813 lid 5 eveneens aandachtspunten. Zonder specifieke regeling in de vennootschapsovereenkomst leiden deze vormen van herstructurering *niet* tot overgang van een vennootschapsaandeel maar tot uittreding van de vennoot die ophoudt te bestaan (op grond van art. 813 lid 1 sub c) in combinatie met een vergoedingsplicht of uittredingsvergoeding in de zin van art. 813 lid 5. Mogelijk wordt de vennootschap zelfs ontbonden op grond van art. 814 lid 1 sub b, wanneer er niet tenminste twee vennoten overblijven. Zijn deze uitgangspunten voor dergelijke vormen van herstructurering uitdrukkelijk de bedoeling?

2.9 Commanditaire vennootschap

Met betrekking tot de regelingen omtrent de commanditaire vennootschap vragen wij ons allereerst af of het inderdaad de bedoeling is dat art. 820 een bepaling van regelend recht is. Een lezing van 820 in samenhang met art. 801 van het consultatievoorstel suggereert dat er bij een commanditaire vennootschap afgeweken kan worden van het vereiste van het hebben van een commanditaire vennoot. Wij kunnen ons niet voorstellen dat dit inderdaad de bedoeling van de wetgever was. Verder is de bewoording van de definitie onvoldoende helder geformuleerd, zeker in combinatie met de ontbindingsgronden van art. 814 lid 1. Zo rijst de vraag wat er gebeurt er als er maar één (gewone) vennoot overblijft in een cv (naast een of meer commanditaire vennoten) en wat er gebeurt als er enkel commanditaire vennoten overblijven.

In het consultatievoorstel maakt art. 821 lid 5 duidelijk dat art. 804 leden 1 en 2 van toepassing zijn op de commanditaire vennoot. Deze artikelleden bepalen dat de vennoten de vennootschap gezamenlijk besturen en dat besluiten van de vennoten worden genomen met instemming van alle vennoten. De nieuwe hoofdregel lijkt derhalve te worden dat commanditaire vennoten de vennootschap mede besturen en dat zij tevens met alle besluiten van de vennootschap moeten instemmen. Naar onze mening zou dit niet de hoofdregel moeten zijn, hooguit een mogelijkheid. Daar lijkt ook de MvT bij aan te sluiten. Hierin wordt immers gesteld dat art. 821 lid 5 er niet aan in de weg staat om een commanditaire vennoot op basis van de overeenkomst invloed of inspraak op de besluitvorming te geven. Echter, nu art. 801 bepaalt welke bepalingen van dwingend recht zijn en art. 821 lid 5 en 804 leden 1 en 2 daarin niet zijn genoemd, zou de commanditaire vennoot deze invloed of inspraak als hoofdregel hebben. Met dus de mogelijkheid tot het opnemen van een afwijkende regeling in de vennootschapsovereenkomst. Bij bestaande en toekomstige vennootschapsovereenkomsten waarin niets op dit punt wordt bepaald - hetgeen voor bestaande overeenkomsten niet vaak het geval zal zijn - is de commanditaire vennoot dan steeds mede bestuurder en zal met besluiten moeten instemmen. Wij betwijfelen of de wetgever dit zo heeft bedoeld. Dit is ook een punt van aandacht voor het overgangsrecht.

Afsluitend zouden we graag verduidelijking zien met betrekking tot de inschrijving van de cv. Betekent niet-inschrijving dat de cv niet bestaat? Of dat deze een vof is? Of zijn er andere tijdelijke gevolgen; een soort cv i.o.?

2.10 Herstructurering

Naar huidig recht bestaan er geen regelingen voor herstructurering, slechts voortzetting van een ontbonden vof in een eenmanszaak is geregeld in art. 30 WvK. Het consultatievoorstel bevat volgens de MvT geen regeling voor herstructurering, al kunnen art. 819 en 822 wel als zodanig worden gekwalificeerd. Bij art. 819 (voortzetting van vennootschap als eenmanszaak) wordt een mogelijk nadeel van overgang onder algemene titel genoemd: namelijk dat de overgebleven vennoot aangesproken kan worden voor schulden van de vennootschap die vóór zijn toetreden zijn ontstaan. De MvT noemt als mogelijke oplossing het inbrengen van de bedrijfsactiviteiten in een Boek 2 rechtspersoon, zoals een BV. De omzetting van rechtspersonen zal echter in een apart wetgevingstraject worden opgenomen, dus wij kunnen in dit stadium niet inschatten hoe dit wordt gefaciliteerd en of het daarmee een eenvoudige en aantrekkelijke keuze is. Art. 822 voorziet hiernaast in een regeling voor de aansprakelijkheid bij wisseling van de rol van een (commanditaire) vennoot binnen een cv. Hierbij geldt onder meer dat gewone vennoten die commanditair vennoot worden, tot maximaal 5 jaar na inschrijving in het handelsregister jegens derden aansprakelijk blijven voor verbintenissen van de vennootschap. Wij gaan er vanuit dat hier uitschrijving van de gewone vennoot wordt bedoeld aangezien commanditaire vennoten niet worden ingeschreven in het handelsregister.

Voor het overige zijn er geen herstructureringsvoorstellen gedaan in het consultatievoorstel. Wij geven hierbij enkele aandachtspunten en doen een aantal voorstellen.

De systematiek van omzetting kan net zoals de Werkgroep in 2016 had voorgesteld het beste aansluiten bij Boek 2. Er is dan dus steeds een notariële akte voor de omzetting vereist. Omzetting van een personenvennootschap naar een Boek 2-rechtspersoon zorgt ervoor dat vennoten (dan aandeelhouders of leden) in beginsel niet langer persoonlijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die na de omzetting worden aangegaan. In aansluiting op de eerdere twee gestrande wetsvoorstellen heeft de Werkgroep ervoor gekozen dat de (voormalige) vennoten aansprakelijk blijven voor de verbintenissen die aangegaan zijn vóór de omzetting, met een verjaringstermijn van vijf jaar. Daar zijn wij het mee eens.

Met betrekking tot de mogelijkheid tot fusie en splitsing van een vennootschap is in het voorstel van de Werkgroep enkel een regeling opgenomen voor de fusie of splitsing van een vennootschap met of in een andere vennootschap. Omwille

van de eenvormigheid heeft de Werkgroep ook hier de voorgestelde regeling voor een belangrijk deel gebaseerd op die van de fusie en splitsing van de Boek 2-rechtspersonen. Anders dan in Boek 2 ontbreekt echter de mogelijkheid van verzet voor crediteuren van de vennootschap tegen de fusie of splitsing. De Werkgroep achtte de mogelijkheid van verzet niet noodzakelijk vanwege de (voortdurende) privéaansprakelijkheid van de bij de fusie of splitsing betrokken vennoten. Wij sluiten ons hierbij aan.

Afsluitend zouden wij ook graag een regeling zien voor fusie met andere rechtsvormen, ook grensoverschrijdend.

2.11 Fiscale aspecten en overgangsrecht

Het consultatievoorstel bevat geen fiscale regeling of overgangsrecht. Wij geven hierbij enkele aandachtspunten en doen een aantal voorstellen.

2.11.1 Fiscale aspecten

Het consultatievoorstel bevat geen fiscale maatregelen. Wij begrijpen dat o.a. de fiscale maatregelen op een later moment zullen worden geconsulteerd. Wij willen alvast twee belangrijke fiscale aspecten aanstippen, namelijk de gevolgen voor de overdrachtsbelasting en de fiscale transparantie.

In het consultatievoorstel kan een personenvennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgen en daardoor ook registergoederen op naam verwerven. Dat vergt nadere uitwerking rondom de heffing van overdrachtsbelasting. Bij inbreng van een onroerende zaak in een vennootschap verkrijgen niet de vennoten, maar verkrijgt de vennootschap de onroerende zaak. Wij menen samen met de Werkgroep dat de vrijstelling van art. 15, eerste lid, onderdeel e, onder 2° van de Wet belastingen van rechtsverkeer met verwijzing naar art. 5 van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer ("Uitvoeringsbesluit") analoog dient te worden toegepast op deze verkrijging. Eveneens sluiten wij aan bij het voorstel van de Werkgroep om voor vennootschappen, die rechtspersoonlijkheid verkrijgen vanwege het consultatievoorstel de driejaars-bezitseis van art. 5, derde lid, van het Uitvoeringsbesluit buiten toepassing te laten. Dit zorgt namelijk voor gelijkheid met nieuwe samenwerkingsverbanden, die meteen rechtspersoonlijkheid verkrijgen en waar deze eis niet voor geldt.

Voor de praktijk is het van groot belang dat een transparante personenvennootschap fiscaal transparant blijft. Een expliciete bevestiging dat het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid geen gevolgen heeft voor de fiscale transparantie van een personenvennootschap is voor de praktijk noodzakelijk. Voor de internationale praktijk willen wij daarnaast graag aandacht vragen voor een aanpassing van het toetsingskader, zoals dat is opgenomen in het 'Besluit kwalificatie buitenlandse samenwerkingsverbanden' (Besluit van 11 december 2009, CPP2009/519M), naar aanleiding van het consultatievoorstel.

2.11.2 Overgangsrecht

Aangezien personenvennootschappen onder huidig recht geen rechtspersoonlijkheid hebben en zij op grond van het consultatievoorstel rechtspersoonlijkheid verkrijgen bij het aangaan van de vennootschapsovereenkomst, is overgangsrecht noodzakelijk. Dit geldt ook indien wordt gekozen voor toevoeging van een schriftelijkheidsvereiste voor de oprichting. Bestaande personenvennootschappen die reeds een schriftelijke overeenkomst (met naam, doel en rechtsvorm) hebben, krijgen dan automatisch rechtspersoonlijkheid op het moment van inwerkingtreding van het consultatievoorstel. Bestaande personenvennootschappen zonder schriftelijke overeenkomst krijgen geen rechtspersoonlijkheid. Zij zullen eerst een overeenkomst dienen op te stellen om zodoende rechtspersoonlijkheid te verkrijgen. Tot die tijd blijven zij een personenvennootschap naar huidig recht dus met afgescheiden vermogen. Mocht worden gekozen voor het schriftelijkheidsvereiste als slechts een bewijsvoorschrift, dan krijgen in beginsel alle personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid bij het in werking treden van het wetsvoorstel. De vraag is hoe dit vorm moet worden gegeven. Volgens het voorstel van de Werkgroep zou het gemeenschappelijke vermogen van de vennootschap dan onder algemene titel overgaan op de rechtspersoon. Anders dan in de eerste versie van hun voorstel, worden in het definitieve voorstel van de Werkgroep registergoederen en aandelen op naam uitgezonderd op de regel van overdracht onder algemene titel. De Werkgroep meent daarbij – ons inziens terecht – dat vanwege de vereiste titelrecherche bij een latere overdracht notariële tussenkomst verplicht is om aan de leveringsvereisten te voldoen. Hierbij zal moeten worden verduidelijkt of buitenlandse registergoederen en aandelen op naam van de vennootschap eveneens zijn uitgezonderd van de regel van overgang onder algemene titel.

De Werkgroep stelt verder voor om goederen die juridisch gezien aan een vennoot toebehoren, maar waarvan het genot of economische eigendom is ingebracht in de vennootschap, uit te sluiten van de overgang onder algemene titel. Dit is naar ons idee een logische keuze voor de mkb-praktijk. Een vennoot kan er bijvoorbeeld bewust voor hebben gekozen om niet de juridische eigendom van een pand in te brengen in een vof, maar alleen het genot daarvan. Buiten de mkb-praktijk, waar bijvoorbeeld een personenvennootschap in concernverband wordt gehouden, is het juist onpraktisch dat goederen die nu voor de vennootschap worden gehouden, straks onderdeel voor onderdeel moeten worden geleverd aan de vennootschap. Met deze overgangsregeling wordt voorkomen dat – voornamelijk binnen de mkb-praktijk – goederen moeten worden terug geleverd waarvan de vennoten de juridische eigendom willen houden. Er vindt echter in de toekomst een potentiële lastenverzwaring plaats voor de praktijk waar de vennoten de goederen juist juridisch hadden willen inbrengen, maar dit alleen niet eerder hadden gedaan vanwege de extra kosten en tijd die hiermee gemoeid gaan door de vereiste leveringshandelingen bij elke toe- of uittreding van een vennoot. Daar zal in het wetsvoorstel dus nog aandacht aan moeten worden besteed.

2.12 Overige opmerkingen

Wij liepen tijdens de lezing van art. 816 (vereffening van de vennootschap) nog aan tegen de vraag of turboliquidatie van de vennootschap een mogelijkheid is. Aangezien boek 2 (m.u.v. art. 4 lid 2 en art. 5) niet van toepassing is verklaard op de personenvennootschap, kan de mogelijkheid tot turboliquidatie dus niet voortvloeien uit art. 2:19 lid 4 BW. Een soortgelijke bepaling is mogelijk wenselijk.

Tot slot zouden wij graag een integrale regeling zien voor de modernisering van de personenvennootschappen, oftewel inclusief overgangsrecht, fiscale bepalingen en bepalingen voor herstructurering. Alleen met een dergelijk totaalplaatje is het mogelijk een volledig oordeel te vormen. Wij vragen dan ook om deze voorstellen eerst in consultatie te brengen, alvorens dit voorstel (afzonderlijk) bij de Tweede Kamer in te dienen.

3. Contactgegevens

Marianne F.E. de Waard-Preller

Notaris | Partner

T: + 31 (0)10 22 40 269

M: + 31 (0)6 53 46 80 19

E: Marianne.deWaard@nautadutilh.com

Suzanne S.M. Rutten

Professional support lawyer

T +31 (0)20 71 71 954

M +31 (0)6 53 49 79 72

E Suzanne.Rutten@nautadutilh.com