

Reactie internetconsultatie voorontwerp wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen

Amsterdam, 28 mei 2019

Van mr. G.M. Portier – notaris Linklaters LLP
D. de Gilder

1 Introductie

- 1.1** Wij verwelkomen het initiatief om de huidige verouderde wetgeving omtrent personenvennootschappen te moderniseren. Nu de vorige poging hiertoe is gestrand wegens onvoldoende steun bij de beoogde gebruikers, lijkt het raadzaam om een aantal uitgangspunten te formuleren dat kan bijdragen aan de succesvolle implementatie van het wetsvoorstel. Daartoe behoren in ieder geval dat bestaande personenvennootschappen geen wijzigingen behoeven aan te brengen in hun naamgeving of juridische documentatie, dat formaliteiten (en kosten) voor het aangaan van personenvennootschappen beperkt zijn en dat gebruikers zoveel mogelijk flexibiliteit wordt geboden om hun vennootschap naar eigen wensen in te richten, zonder afbreuk te doen aan de rechtszekerheid en de rechtmatige belangen van andere belanghebbenden.
- 1.2** Het voorontwerp voldoet op veel punten aan deze uitgangspunten, maar in onze reactie willen wij graag aandacht vragen voor een aantal aspecten dat nadere overweging behoeft. Het betreft (i) de soorten vennootschappen met de gekozen naamgeving, (ii) de rechtspersoonlijkheid, (iii) de volmacht tot levering en (iv) de overgang onder algemene titel bij voortzetting van de onderneming door de enig overblijvende vennoot. Ten slotte zullen wij een aantal voorstellen doen voor verbetering van het voorontwerp ten aanzien van deze aspecten.

2 Soorten vennootschappen en naamgeving

- 2.1** In het voorontwerp vervalt het kunstmatige onderscheid tussen (stille) maatschappen ter uitoefening van een beroep en vennootschappen onder firma ter uitoefening van een bedrijf. Aangezien naar huidig recht het onderscheid tussen beroep en bedrijf niet altijd duidelijk is en het verschil in aansprakelijkheid tussen deze rechtsvormen niet langer op een breed maatschappelijk draagvlak lijkt te kunnen rekenen, is het logisch dat nog slechts twee typen vennootschappen zullen resteren, de vennootschap en de commanditaire vennootschap. Het is echter verwarrend dat in art. 800 leden 2 en 3 ten onrechte de indruk wordt gewekt dat de aanduidingen vennootschap onder firma en maatschap nog juridisch relevant zijn. Over tien jaar begrijpt niemand meer waarom in de wet nog naar deze niet langer bestaande rechtsvormen wordt verwezen.

Wij zouden ons kunnen voorstellen dat het gebruik van de termen maatschap en vennootschap onder firma verwarring zou kunnen wekken bij derden, maar die verwarring zou alleen volledig

De informatie in dit bericht is vertrouwelijk van aard en kan onder een geheimhoudingsplicht vallen of anderszins beschermd zijn.

Linklaters LLP is een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid (limited liability partnership) naar het recht van Engeland en Wales en is aldaar ingeschreven onder nummer OC326345. Linklaters LLP is een advocatenkantoor erkend en gereguleerd de Solicitors Regulation Authority. De term "partner" dient in verband met Linklaters LLP te worden gelezen als een vennoot van Linklaters LLP dan wel een medewerker of consultant van Linklaters LLP of een met haar verbonden onderneming of rechtspersoon van soortgelijke aard en hoedanigheid. Een lijst met de namen van vennoten van Linklaters LLP ligt samen met een lijst met de namen en kwalificaties van de niet-vennoten die in dit kader als partner dienen te worden beschouwd, ter inzage op het kantoor van Linklaters LLP te One Silk Street, Londen EC2Y 8HQ, Engeland. Bedoelde personen zijn hetzij solicitors hetzij toegelaten buitenlandse advocaten of EU-advocaten. Linklaters LLP is tevens ingeschreven in het Nederlandse handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 34367130.

Belangrijke informatie betreffende ons juridisch statuut en toegepaste reglementering vindt U op www.linklaters.com/regulation.
A38979286

worden weggenomen als bestaande personenvennootschappen verboden zouden worden om deze aanduidingen te blijven gebruiken. Nu de MvT (p.20) echter om begrijpelijke redenen bepaalt dat een nieuwe vennootschap die een beroep of bedrijf uitoefent zich naar keuze maatschap of vennootschap onder firma mag noemen, zien wij geen reden waarom bestaande maatschappen of vennootschappen onder firma deze keuzevrijheid zou moeten worden onthouden. Art. 800 leden 2 en 3 kunnen derhalve worden geschrapt, zolang uit de MvT maar duidelijk blijkt dat keuzevrijheid ten aanzien van naamgeving bestaat en bestaande namen niet behoeven te worden aangepast.

- 2.2** De wettelijke omschrijving van vennootschap in art. 800 lid 1 vereist onder meer een overeenkomst tot de uitoefening van een *beroep of bedrijf*. Wij nemen aan dat deze bepaling dwingendrechtelijk moet zijn. Volgens de MvT bij dit artikel mogen de termen beroep en bedrijf ruim worden opgevat en kan een vennootschap ook worden aangegaan voor één handeling of één project. Het is onduidelijk dat enerzijds de eis wordt gesteld dat sprake moet zijn van uitoefening van een beroep of bedrijf, maar dat vervolgens met een ruime interpretatie wordt getracht om andere economische activiteiten onder deze begrippen te laten vallen die daar in het spraakgebruik normaliter niet toe zouden behoren. Het lijkt ons daarom beter om in de wettelijke omschrijving op de nemen "Vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking ter uitoefening van economische activiteiten met inbreng door ieder van de partijen ... etc." en om de voorwaarde dat sprake moet zijn van uitoefening van een beroep of bedrijf te schrappen.

3 Rechtspersoonlijkheid

- 3.1** In art. 803 lid 1 wordt rechtspersoonlijkheid toegekend aan alle vennootschappen; zelfs aan vennootschappen die niet onder een gemeenschappelijke naam deelnemen aan het rechtsverkeer. Evenals naar huidig recht blijft inschrijving in het handelsregister verplicht voor vennootschappen die een onderneming in Nederland drijven, maar dit is volgens het voorontwerp geen voorwaarde voor het ontstaan (van rechtspersoonlijkheid) van de vennootschap.
- 3.2** Uit art. 803 lid 3 blijkt dat voor de rechtspersoonlijkheid van niet-ingeschreven vennootschappen wordt aangesloten bij de regeling die thans geldt voor informele verenigingen. Deze verenigingen hebben rechtspersoonlijkheid, maar kunnen geen registergoederen verkrijgen en kunnen ook geen erfgenaam zijn zolang hun statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte. Aansluiting bij een bestaande wettelijke regeling kan voordelen hebben, maar gelet op de grote verschillen tussen informele verenigingen en personenvennootschappen, ligt deze keuze in dit geval niet erg voor de hand.
- 3.3** Personenvennootschappen kunnen beschikken over (zeer grote) vermogens en nemen geregeld actief deel aan het handelsverkeer. In onze waarneming zijn informele verenigingen die actief deelnemen aan het rechtsverkeer daarentegen zeldzaam en beschikken deze verenigingen meestal niet over noemenswaardig vermogen. Ze zijn in de regel ook niet gericht op het behalen van vermogensrechtelijke voordelen en zelfs als zij daar wel op gericht zijn, geldt het uitkeringsverbod aan de leden, waardoor er geen sprake van kan zijn dat deze voordelen onder de leden worden verdeeld. Een informele vereniging die aandelen op naam verkrijgt is een zeldzaamheid. Doordat informele verenigingen een andere functie hebben in het rechtsverkeer, zijn de praktische ervaringen met de beperkte rechtspersoonlijkheid van deze rechtsvorm in het handelsverkeer schaars en wordt in de literatuur nauwelijks aandacht besteed aan de daaraan verbonden voor- en nadelen.

- 3.4** Aansluiting bij de beperkte rechtspersoonlijkheid van informele verenigingen heeft als bezwaar dat het moment van ontstaan van deze rechtspersoonlijkheid onduidelijk kan zijn. Volgens het voorontwerp ontstaat een vennootschap door het aangaan van een (vormvrije) overeenkomst. Een vennootschap met rechtspersoonlijkheid kan derhalve ontstaan bij mondelinge overeenkomst. De verplichting tot het opmaken van een akte ter bewijs van het bestaan van de vennootschap vervalt. De levering van goederen aan, en de verkrijging van goederen van een krachtens mondelinge overeenkomst opgerichte vennootschap met rechtspersoonlijkheid lijkt ons een hachelijke zaak, want hoe kun je controleren of die mondelinge overeenkomst voldoet aan de wettelijke omschrijving van een vennootschap? En hoe lever je overigens aandelen of vorderingen op naam aan een vennootschap zonder naam?
- 3.5** Ook het moment van beëindiging van de rechtspersoonlijkheid zoals voorzien in het voorontwerp kan onduidelijk zijn. De vereffening van een niet-ingeschreven vennootschap eindigt blijkens art. 818 lid 1 op het tijdstip waarop de schulden van de vennootschap zijn voldaan en aan de vereffenaar geen baten meer bekend zijn. De vennootschap houdt vervolgens op te bestaan met ingang van de dag volgend op de dag waarop de vereffening eindigt. Daarmee wordt het mogelijk gemaakt om zonder dat derden daarmee bekend zijn een vennootschap met rechtspersoonlijkheid te laten verdwijnen. Dat is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid onwenselijk. Bij levering van aandelen of andere goederen aan een rechtspersoon moet duidelijk zijn of die rechtspersoon nog bestaat, aangezien anders onzekerheid kan ontstaan omtrent de eigendom van de betreffende goederen.
- 3.6** Bij transacties met rechtspersonen moeten wederpartijen door middel van raadpleging van het handelsregister kunnen controleren of een rechtspersoon bestaat en wie bevoegd is om de betreffende rechtspersoon te vertegenwoordigen. De inschrijving in het handelsregister biedt derden zekerheid, doordat zij in beginsel op de juistheid van de ingeschreven gegevens mogen vertrouwen. De MvT (p.7) onderschrijft dit belang, maar wekt ten onrechte de indruk dat de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan personenvennootschappen duidelijkheid zal scheppen voor schuldeisers en andere belanghebbenden, omdat zij kennis kunnen nemen van de belangrijkste gebeurtenissen binnen de vennootschap. Deze duidelijkheid bestaat namelijk alleen voor ingeschreven vennootschappen. Voor niet-ingeschreven vennootschappen zijn de belangrijkste gebeurtenissen, zoals het ontstaan en einde van de vennootschap, niet kenbaar.

4 Volmacht tot levering

- 4.1** In art. 803 lid 2 is opgenomen dat de vennootschap bevoegd is om bij inbreng in naam van de daartoe gerechtigden te voldoen aan de voor de levering vereiste voorschriften. Deze wettelijk gecreëerde bevoegdheid is een noviteit die praktisch lijkt, maar ook vragen oproept. Ten eerste wordt niet bepaald of deze bevoegdheid eindigt bij faillissement van de rechthebbende. Tevens lijkt het niet mogelijk dat de rechthebbende deze bevoegdheid beperkt of herroept. Wij kunnen ons echter voorstellen dat een vennoot niet wil dat zijn goederen worden geleverd aan de rechtspersoon, bijvoorbeeld als de andere vennoot niet meer aan zijn overeengekomen inbrengverplichtingen kan voldoen wegens faillissement of doordat de andere vennoot zijn inbreng goederen in strijd met de inbrengovereenkomst heeft vervreemd aan een andere partij. In die gevallen zal de gedupeerde vennoot de mogelijkheid willen hebben om zijn verplichting tot levering aan de vennootschap op te schorten.
- 4.2** In de eerste zin van art. 803 lid 2 wordt bepaald dat inbreng tot het vermogen van de vennootschap behoort. Ons is echter niet duidelijk waarom in die zin tevens wordt bepaald dat

hetgeen ten behoeve van de vennootschap wordt verworven tot het vermogen van de vennootschap behoort. Gaat het dan om vermogen dat van de vennoten wordt verkregen of ook verkrijgingen van derden? Dat laatste lijkt een overbodige constatering en ook als het zou gaan om verkrijgingen van vennoten, dan zien wij niet direct welke verkrijgingen worden bedoeld anders dan die krachtens inbreng.

- 4.3** De regeling in het voorontwerp komt er op neer dat het bestaan van de bevoegdheid tot levering van ingebrachte goederen afhangt van de vraag of daadwerkelijk inbreng van die goederen heeft plaatsgevonden door een rechthebbende. Dat zal niet altijd duidelijk zijn. Als een vennoot bijvoorbeeld een deel van een bestaande onderneming inbrengt in een vennootschap, kan het soms lastig zijn om vast te stellen welke goederen en overeenkomsten tot het ingebrachte deel van de onderneming behoren. Deze problematiek doet zich ook voor bij juridische splitsingen en is daar opgelost doordat een beschrijving moet worden opgemaakt aan de hand waarvan nauwkeurig en objectief kan worden vastgesteld welke vermogensbestanddelen zijn afgesplitst. Bij twijfel of goederen zijn ingebracht in een vennootschap zal een rechthebbende zelf willen kunnen beslissen of de verplichting tot levering bestaat en niet het risico willen lopen dat de vennootschap deze goederen aan zichzelf kan leveren op basis van de bevoegdheid in art. 803 lid 2. Als er al een bevoegdheid tot levering aan de vennootschap zou moeten worden toegekend, zal daarvoor in ieder geval als eis moeten worden gesteld dat aan de hand van een schriftelijke inbrengovereenkomst nauwkeurig en objectief kan worden vastgesteld dat de te leveren goederen ook daadwerkelijk door de rechthebbende zijn ingebracht.

5 Overgang onder algemene titel

- 5.1** Volgens het voorontwerp kunnen de activiteiten van een vennootschap bij uittreding van één of meer vennoten worden voortgezet door de overblijvende vennoten. Een speciale regeling geldt bij voortzetting van de onderneming door de enig overgebleven vennoot. In art. 819 van het voorontwerp is bepaald dat die vennoot de ontbinding en voortzetting onverwijld dient in te schrijven in het handelsregister. In dat geval houdt de vennootschap op te bestaan en gaat het vermogen van de vennootschap onder algemene titel over op de voortzettende vennoot met ingang van de dag volgend op de dag van inschrijving. Dat geeft duidelijkheid voor derden omtrent het moment van beëindiging van de rechtspersoonlijkheid en de overgang onder algemene titel. Bij vennootschappen die niet zijn ingeschreven in het handelsregister vindt die overgang onder algemene titel echter plaats op het moment dat alle andere vennoten zijn uitgetreden en de laatst overgebleven vennoot de onderneming voortzet. Dat moment is voor derden niet kenbaar en daardoor kan rechtsonzekerheid ontstaan. Het voorontwerp voorkomt in de woorden van de MvT (p. 73) dat registergoederen 'zomaar' overgaan op de vennoot die de activiteiten voortzet, maar voor andere goederen en overeenkomsten is het net zo belangrijk dat voor derden duidelijkheid bestaat omtrent het tijdstip van de overgang.
- 5.2** Voor een overgang onder algemene titel bij fusies of splitsingen bestaan uitgebreide wettelijke bepalingen die er op gericht zijn om de belangen van crediteuren en andere belanghebbenden te beschermen. Verder worden partijen door de verplichte notariële tussenkomst voorgelicht omtrent de bijzondere aspecten en risico's die zijn verbonden aan een dergelijke overgang. Zo kunnen bijvoorbeeld bestaande leningsovereenkomsten en andere contracten bepalen dat de lening opeisbaar wordt en kunnen contracten opzegbaar zijn bij een overgang onder algemene titel. Ook dienen partijen er op gewezen te worden dat bijvoorbeeld vergunningen en strikt persoonlijke rechten niet vatbaar zijn voor overgang onder algemene titel en dat ook voor andere goederen aanvullende handelingen nodig kunnen zijn (zoals inschrijving in een

aandeelhoudersregister, merkenregister of handelsregister), voordat rechten ten aanzien van die betreffende goederen (volledig) kunnen worden uitgeoefend. Daarnaast dienen eventuele fiscale gevolgen van de overgang onder algemene titel te worden onderzocht. Aan deze aspecten wordt in het voorontwerp ten onrechte geen aandacht besteed en wij vragen ons af of de voordelen van de voorgestelde overgang onder algemene titel van een onderneming wel opwegen tegen de rechtsonzekerheid en complexe juridische vraagstukken die daarmee kunnen ontstaan.

6 Voorstellen tot verbetering voorontwerp

- 6.1** Uit het oogpunt van vereenvoudiging onderschrijven wij de keuze in het voorontwerp om de soorten vennootschappen te beperken tot de vennootschap en de commanditaire vennootschap nu wij geen goede redenen zien om andere soorten personenvennootschappen te handhaven. Ook zien wij er geen bezwaar tegen dat een vennootschap zonder naam kan ontstaan bij (mondelinge) overeenkomst, indien wordt voldaan aan de wettelijke omschrijving van vennootschap. Een vergelijkbare situatie bestaat ook naar huidig recht waar het ontbreken van een schriftelijke overeenkomst van een vennootschap onder firma niet aan derden kan worden tegenworpen. Wij zien wel de hierboven beschreven praktische en juridische bezwaren als een vennootschap met rechtspersoonlijkheid kan ontstaan zonder dat derden kunnen beoordelen of aan de daarvoor geldende materiële kenmerken wordt voldaan, en er daardoor bijvoorbeeld bij levering van goederen aan die vennootschap onzekerheid kan ontstaan omtrent de vraag of de vennootschap wel juridisch eigenaar is geworden. Als gezegd, zien wij niet hoe een vennootschap zonder naam goederen op naam kan verkrijgen.
- 6.2** Naast de in de voorgaande paragrafen opgenomen aanbevelingen, stellen wij voor dat vennootschappen die niet zijn ingeschreven in het handelsregister geen rechtspersoonlijkheid hebben. Dat voorkomt onzekerheid omtrent het bestaan van rechtspersoonlijkheid voor die vennootschappen. Vennootschappen die willen beschikken over rechtspersoonlijkheid moeten een naam hebben en zich inschrijven in het handelsregister. Vennootschappen die zijn ingeschreven in het handelsregister kunnen dan op ieder moment aan het handelsregister opgeven dat zij opteren voor rechtspersoonlijkheid. Die rechtspersoonlijkheid kan ontstaan op het moment van de opgave. Dat is een eenvoudig, flexibel en goedkoop proces. Deze optionele rechtspersoonlijkheid heeft als additioneel voordeel dat partijen bij invoering van het wetsvoorstel niet behoeven te onderzoeken of het direct ontstaan van rechtspersoonlijkheid ongewenste juridische, commerciële of fiscale gevolgen heeft.
- 6.3** Het uittreksel uit het handelsregister dient aan te geven of de vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft of niet. Daarmee is de kenbaarheid voor derden gewaarborgd. De regeling moet zodanig zijn dat derden er op mogen vertrouwen dat een ingeschreven vennootschap bestaat en rechtspersoonlijk heeft, ook als de vennootschap niet voldoet aan de materiële kenmerken van een vennootschap of er andere oprichtingsgebreken zijn. Dat voorkomt dat partijen die handelen met een vennootschap met rechtspersoonlijkheid kunnen worden geconfronteerd met een vennootschap die niet rechtsgeldig tot stand is gekomen. Op grond van art. 815 lid 1 is de vennootschap in dergelijke gevallen wel ontstaan, maar kan deze worden ontbonden door de rechter.
- 6.4** Een punt van kritiek op het wetsvoorstel, dat in 2011 wegens praktische bezwaren is ingetrokken, was dat (commanditaire) vennootschappen met rechtspersoonlijkheid de letters OVR of CVR in hun naam dienden te voeren en daardoor hun naam moesten aanpassen om

rechtspersoonlijkheid te verkrijgen. Als de rechtspersoonlijkheid echter kenbaar is bij het handelsregister, is het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid niet nodig dat die rechtspersoonlijkheid ook nog eens blijkt uit de naamgeving van de vennootschap. Zo wordt voorkomen dat bestaande maatschappen en vennootschappen kosten moeten maken voor aanpassing van briefpapier en andere bedrijfsmiddelen die melding maken van de naam van de vennootschap om rechtspersoonlijkheid te verkrijgen.

- 6.5** De in art. 819 lid 1 van het voorontwerp opgenomen regeling voor de beëindiging van de rechtspersonen die zijn ingeschreven in het handelsregister kan met ons voorstel worden gehandhaafd. Art. 819 lid 2 kan worden geschrapt nu er geen vennootschappen met rechtspersoonlijkheid meer kunnen zijn die niet zijn ingeschreven in het handelsregister.

GMP / DdG