

## Reactie op het concept wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen

Met onderstaande reactie wil de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON) reageren op het concept wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen (het “**voorontwerp**”). De VON is het er graag mee eens dat het tijd wordt dat de wetgeving die van toepassing is op personenvennootschappen gemoderniseerd wordt.

Als gezegd staat rechtspersoonlijkheid centraal in het voorontwerp.<sup>1</sup> Het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan een personenvennootschap brengt fundamentele vragen met zich. In deze fase zal de VON op hoofdlijnen een aantal kernpunten benoemen.

Bij het opstellen van een definitief wetsontwerp zijn voor de VON zijn de volgende kernzaken van belang:

- > *Rechtspersoonlijkheid moet niet automatisch kunnen ontstaan maar vereist wilsuiking en actieve handeling van de eerste vennoten van een personenvennootschap*
- > *Voor het doen ontstaan van rechtspersoonlijkheid zijn vormvoorschriften nodig; waarbij een akte en inschrijving in het Handelsregister een minimum lijkt, notariële betrokkenheid kan aanvullend van grote meerwaarde zijn*
- > *Er moet ook een mogelijkheid voor partijen zijn een personenvennootschap aan te gaan zonder rechtspersoonlijkheid*
- > *Naast een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid zou een personenvennootschap met beperkte rechtspersoonlijkheid kunnen worden gecreëerd die geen registergoederen of aandelen kan verkrijgen en een personenvennootschap met volledige rechtspersoonlijkheid die wel NV/BV-aandelen en registergoederen kan verkrijgen. In het kader van fraudebestrijding ligt het voor de hand om de totstandkoming en overdracht van aandelen in de laatste variant met verplichte notariële tussenkomst te laten plaatsvinden*
- > *Er moet een formele vereffeningprocedure worden geïntroduceerd; de situatie van “zwevend vermogen” in het geval van voortzetting door één vennoot moet worden vermeden*
- > *Voor personenvennootschappen-rechtspersonen moeten mogelijkheden tot omzetting, fusie en splitsing worden geïntroduceerd*
- > *ter voorkoming van fraude met de rechtspersoonlijkheid dient te allen tijde voor overheidsinstanties kenbaar te zijn wie als vennoot bij de personenvennootschap betrokken zijn*
- > *overnamebepalingen en voortzettingbepalingen kunnen een gift inhouden. De wetgeving omtrent een schenking of gift des doods dient ook van toepassing te zijn op personenvennootschappen*

---

<sup>1</sup> Hetgeen ook de vraag oproept of als daadwerkelijk wordt gekozen voor een personenvennootschap die per definitie rechtspersoon is, deze regeling conceptueel niet beter kan worden opgenomen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

## Rechtspersoonlijkheid

Het voorontwerp stelt, zoals ook in de huidige wet, dat er sprake is van een personenvennootschap indien en zodra aan een aantal materiële kenmerken is voldaan. Aan het zijn van een personenvennootschap wordt anders dan in de huidige wet in het voorontwerp direct rechtspersoonlijkheid toegekend. Dit levert allerlei problemen op die niet in het voorontwerp zijn onderkend. Dit door het voorontwerp gecreëerde automatisme is niet in het belang van de rechtszekerheid en dient te worden aangepast.

Om rechtspersoon te zijn is van belang daarvan kennis te dragen. Dat geldt zowel voor de rechtspersoon zelf als voor anderen (m.n. wederpartijen). Het moet klip en klaar zijn dat een rechtspersoon bestaat en onder welke naam. Dat is momenteel niet anders voor alle reeds bestaande varianten (publiekrechtelijke en privaatrechtelijke) rechtspersonen en hetzelfde geldt voor natuurlijk persoon. Wederpartijen van twee of meer personen hebben een meer dan gerechtvaardigd belang te weten wie zij tegenover zich hebben (die personen of een vennootschap-rechtspersoon): om die duidelijkheid te bevorderen is minimaal vereist dat de vennootschap-rechtspersoon (i) een naam heeft; en (ii) een aanduiding van de species in de naam voert. Tevens moeten basale gegevens van de rechtspersoon kenbaar zijn, waaronder de bepalingen rondom de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Deze gegevens worden idealiter opgenomen in het Handelsregister zodat wederpartijen eenvoudig op een logische plek inzage kunnen hebben in deze gegevens.

In het voorontwerp kan een personenvennootschap rechtspersoon worden zónder een naam te dragen en zónder te worden ingeschreven in een register. Het is binnen het systeem van het Nederlands vennootschapsrecht, in het bijzonder gelet op de verregaande gevolgen die kleven aan het zijn van rechtspersoon als zelfstandig rechtssubject ongewenst een rechtspersoon in het leven te kunnen roepen zonder een expliciete actie en wilsuiting daartoe door de "oprichters". Een situatie kan ontstaan dat er ineens een rechtspersoon bestaat zonder dat de vennoten er zelf weet van hebben, laat staan derden. Daar komt bovenop dat het zijn van rechtspersoon vervolgens leidt tot allerlei consequenties (bijvoorbeeld op goederenrechtelijk, verbintenisrechtelijk en fiscaal terrein) waarvan de betrokkenen geen weet hebben laat staan dat ze die consequenties kunnen overzien.

Ook het omgekeerde kan natuurlijk het geval zijn: partijen kunnen van mening zijn dat er sprake is van een rechtspersoon maar na verloop van tijd kan hen blijken dat daarvan toch geen sprake is omdat niet aan de materiële kenmerken is voldaan. In de tussentijd kan er wel namens een rechtspersoon gehandeld zijn en eventueel vermogen zijn verkregen. Weliswaar lijkt artikel 815 van het voorontwerp daar een regeling voor te geven, maar de juridische gevolgen van alle onduidelijkheid in te de tussentijd kunnen groot zijn en aanleiding geven tot veel rechtsonzekerheid.

Het past volgens de VON bij de essentie van de rechtspersoon als vondst of creatie van het recht, dat een rechtspersoon daadwerkelijk, door wilsuiting, in het leven moet worden geroepen. Dat moet niet enkel door feitelijke gedragingen van betrokken kunnen plaatsvinden die dan via een (meestal niet formeel vastgestelde) kwalificatie van het voldoen aan materiële kenmerken leidt tot het ontstaan van een rechtspersoon.

### *Formele ontstaansvereisten*

Hoewel de VON van mening is dat niet elke personenvennootschap een rechtspersoon moet zijn (zie de volgende paragraaf) is de VON van mening dat het wenselijk is dat voor rechtspersoonlijkheid kan worden gekozen. Aan de rechtspersoonlijkheid zijn in voordelen verbonden die in de toelichting bij het voorontwerp uiteen worden gezet. De vraag is echter op welke wijze de rechtspersoonlijkheid tot stand moet komen.

Gelet op het voorgaande is de VON van mening dat voor de oprichting van een personenvennootschap, wil zij rechtspersoonlijkheid verkrijgen, formele ontstaansvereisten moeten gelden. Onder andere ter voorkoming van discussie over een elementair gegeven als de vraag of er rechtspersoonlijkheid is verkregen, pleit de VON voor een vereiste dat notariële tussenkomst en inschrijving in het Handelsregister nodig is voor volledige rechtsbevoegdheid van een personenvennootschap-rechtspersoon. Daarnaast is een *light* variant denkbaar van een personenvennootschap-rechtspersoon die haar rechtspersoonlijkheid verkrijgt enkel door inschrijving in het Handelsregister; bij die variant past een beperkte rechtsbevoegdheid. Daarbij merken wij voor nu kort op dat de invulling van de beperkte rechtsbevoegdheid die is opgenomen in het voorontwerp vatbaar is voor verduidelijking (wij noemen voor nu slechts één willekeurig voorbeeld: dienen onder het begrip registergoederen ook bijv. onroerende zaken buiten Nederland te worden begrepen?).

Zoals hiervoor vermeld is het onwenselijk dat een rechtspersoon ontstaat zonder dat deze aan de materiële kenmerken voldoet. Dit zou ook in het rechtsverkeer, bijvoorbeeld ten aanzien van registergoederen en NV/BV-aandelen, uitermate veel onduidelijkheid creëren. In het voorontwerp wordt de toets of aan de materiële kenmerken is voldaan gelegd bij het Handelsregister. De vraag is echter of het Handelsregister daartoe wel is toegerust en welke kosten dat met zich brengt en hoe die worden afgewenteld op betrokkenen. Niet voor niets werd in het wetsvoorstel dat in 2011 werd ingetrokken een notariële akte als vereiste voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid geëist. Daardoor is duidelijk dat er wilsovereenstemming is tussen partijen over die aangelegenheden die kwalificeren als personenvennootschap (en niet iets anders), hetgeen bovendien is vastgelegd in een akte.

Het lijkt op het eerste oog misschien kostenverhogend en weinig efficiënt om hiervoor de notaris in te schakelen. Indien echter deze taak bij het Handelsregister wordt gelegd zal deze ook ter bescherming van het rechtsverkeer de nodige beoordelingen moeten doen en hier zullen ook kosten mee gepaard gaan. De notaris opereert in een vrij speelveld met een goed concurrerende markt. Door de marktwerking werkt de notaris snel en efficiënt. Daarbij is elke notaris tot minimaal €25 miljoen verzekerd, is het notariaat goed geautomatiseerd, is er een goed werkend tuchtrecht en is de notaris thans ook al als poortwachter actief. Doordat elke notariële akte centraal digitaal wordt gearchiveerd is deze digitale aktebak een digitale bron die doorzocht kan worden door overheidsdiensten die daartoe gerechtigd zijn.

Het notariaat is daarnaast niet alleen in staat om nationale partijen te faciliteren. Zij is ook goed in staat om internationale partijen die participeren in een personenvennootschap te checken en de

rechtsgeldigheid van hun besluitvorming te beoordelen. Bijkomend voordeel is de adviserende rol die de notaris kan vervullen.

Overheidsdiensten die een monopolie hebben, werken zelden net zo efficiënt als de markt. Daarbij komt dat het Handelsregister nog geheel niet bezig is om deze nieuwe vorm van beoordeling omtrent de rechtsgeldigheid van een rechtspersoon te toetsen, iets waar het notariaat al jarenlange ervaring mee heeft.

In Boek 2 BW is een regeling opgenomen voor het geval een rechtspersoon niet tot stand is gekomen. Daarbij worden enkel formele kenmerken betrokken bij de beantwoording van de vraag of een rechtspersoon daadwerkelijk tot stand is gekomen. Met het oog op de rechtszekerheid kan de VON zich voorstellen dat voor de personenvennootschap-rechtspersoon hetzelfde geldt: als aan formele kenmerken is voldaan (akte (al dan niet notarieel) en inschrijving), zouden vervolgens niet materiële kenmerken moeten bepalen of de personenvennootschap-rechtspersoon daadwerkelijk bestaat. De VON meent dat de tussenkomst van de notaris en diens deskundigheid om te beoordelen of er wel of niet aan de essentiële kenmerken is voldaan bij het aangaan van een personenvennootschap, een grote bijdrage kunnen leveren aan de rechtszekerheid.

Ten aanzien van de invulling van de notariële betrokkenheid en de daarmee gepaard gaande kosten is het goed te vermelden dat de VON van mening is dat voor heel veel gevallen (kostbaar) maatwerk niet nodig zal zijn. Voor een overgrote meerderheid van de gevallen zal kunnen worden volstaan met een standaard, door het notariaat te ontwikkelen modelvennootschapsovereenkomst. Zodoende zal door de notariële betrokkenheid bij het aangaan van de personenvennootschap-rechtspersoon de rechtszekerheid gewaarborgd zijn, terwijl de daarmee gepaard gaande kosten beperkt kunnen blijven.

### **Behoeftte aan vormvrije samenwerkingsvorm zonder rechtspersoonlijkheid**

Niet alle deelnemers die in samenwerking willen deelnemen aan het rechtsverkeer hebben behoefte aan een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid. Sterker, er zijn voldoende situaties denkbaar waaraan daar juist geen behoefte bestaat. Net zoals de eenmanszaak in een grote behoefte voorziet, zal er altijd behoefte zijn aan een eenvoudige, vormvrije ondernemingsvorm om met twee of meer personen te ondernemen in gezamenlijkheid (noem het een "samenwerking", "tweemanszaak" of "meermanszaak"). Deze samenwerkingsvormen komen in zeer diverse vormen voor. Enkele voorbeelden:

- Een nauwe samenwerking voor een specifiek project en voor beperkte duur (bijvoorbeeld een notaris en een advocaat die samen een overnametraject begeleiden);
- Een losse samenwerking voor lange duur op een bepaald gebied (een partij met specifieke deskundigheid die bij ingewikkelde aangelegenheden een generalist advies verstrekt en meekijkt);
- De klassieke VOF zoals wij die nu kennen (samenwerken in een bedrijf);
- De klassieke CV zoals wij die nu kennen (samenwerking tussen ondernemer en geldschieder)
- Een nauwe samenwerking op een specifiek object (verhuur van een gezamenlijk bedrijfsgebouw of meerdere bedrijfsgebouwen),
- Enzovoort.

De reden van deze overigens zeer beknopte opsomming is erin gelegen dat het huidige wetsvoorstel voor al deze diverse samenwerkingsvormen een one size fits all oplossing creëert waarbij rechtspersoonlijkheid centraal staat. Rechtspersoonlijkheid biedt in sommige (wellicht veel) gevallen voordelen. In andere gevallen zijn aan rechtspersoonlijkheid met name negatieve aspecten verbonden. De VON sluit niet uit dat dit nog nadrukkelijker aan het licht zal komen wanneer het wetsontwerp in samenhang kan worden beoordeeld met aanpassingen in andere civielrechtelijke en fiscale wetten.

Merkwaardig genoeg is de rechtsvorm van de personenvennootschap thans misschien wel zo populair vanwege de flexibiliteit die een puur contractueel geregelde samenwerking kent. De VON pleit er derhalve voor om rechtspersoonlijkheid niet dwingend aan een personenvennootschap op te dringen en daarmee de maximale flexibiliteit van deze rechtsvorm te behouden.

Indien rechtspersoonlijkheid geen vanzelfsprekende consequentie is maar een bewuste keuze dan is het ook minder bezwaarlijk om aan die keuze vormvoorschriften te verbinden die de vennoten en derden die met de rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschap handelen beschermen.

Gezien de bewezen staat van dienst van het notariaat lijkt het een voor de hand liggende keuze het notariaat een rol te geven bij deze vormvoorschriften, zeker bij vennootschap-rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid.

### **Formele vereffeningprocedure**

Een rechtspersoon is zelfstandig drager van rechten en plichten. Wanneer een rechtspersoon wordt ontbonden is het in het algemeen belang (en niet in de laatste plaats van de crediteuren) dat dit ordelijk gebeurt. Naar de mening van de VON zou het goed zijn deze personenvennootschap-rechtspersoon wat de vereffening van haar vermogen betreft gelijk te behandelen als overige rechtspersonen en de vereffening te laten plaatsvinden overeenkomstig de algemene regels van Titel 1 van Boek 2 Burgerlijk Wetboek.

Bijzondere aandacht verdient daarbij de in art. 819 voorontwerp geregelde situatie dat in het geval een in het Handelsregister ingeschreven vennootschap die met slechts een vennoot achterblijft, het vermogen van de vennootschap onder algemene titel overgaat op de overgebleven vennootschap. Vanuit een gedachte van schuldeisersbescherming heet dit een ongewenste uitwerking: vóór de ontbinding van de vennootschap heeft een schuldeiser verhaal op het vermogen van de rechtspersoon-vennootschap met daarenboven de mogelijkheid om daarnaast de vennoot aan te spreken indien de schuld niet wordt voldaan; na de ontbinding is men concurrent crediteur geworden van het vermogen van de overblijvende vennoot.

Een volgend aandachtspunt in dit kader is hoe het zit met een op het vennootschapsaandeel van de overblijvende vennoot gevestigd zekerheidsrecht. Hier lijkt niet (althans niet zonder dat partijen dit expliciet regelen) een vervanging voor in de plaats te komen.

De in art. 819 geregelde situatie zou in de ogen van VON het best kunnen worden opgelost door deze te behandelen langs de lijn van de juridische fusie uit Boek 2 Burgerlijk Wetboek: publicatie van een soort voorstel waaruit belanghebbenden kunnen opmaken wat er met hun rechtsverhouding staat te gebeuren in combinatie met een verzet regeling en notariële tussenkomst. Daarbij dient Naast eventuele andere waarborgen, dient in elk geval een regeling te worden getroffen voor vermogen dat is bezwaard met een zekerheidsrecht of een genotsrecht als

bijvoorbeeld vruchtgebruik, in de geest van regelingen zoals neergelegd in art. 2:319 en 2:320 Burgerlijk Wetboek.

### **Fusie, splitsing, omzetting**

Wij menen dat het van groot belang is een regeling voor fusie, splitsing en omzetting direct bij invoering van een vernieuwd personenvennootschapsrecht in te voeren. Een situatie moet worden vermeden waarbij men bijvoorbeeld een personenvennootschap wil omzetten in een BV maar daarvoor geen andere mogelijkheid openstaat dan ontbinding van de personenvennootschap gevolgd door inbreng in een nieuw op te richten BV. Personenvennootschappen die rechtspersoon zijn moeten gebruik kunnen maken van de reorganisatiemogelijkheden die Boek 2 Burgerlijk Wetboek al kent voor (nagenoeg) alle andere typen rechtspersonen. Gelet op de rol van de notaris bij de in Boek 2 geregelde vormen van fusie, splitsing en omzetting en de meerwaarde die dat biedt, met name op het terrein van de rechtszekerheid en de bescherming van belangen van derden, zou het voor de hand liggen de notaris ook die rol te geven ten aanzien van fusie, splitsing en omzetting van personenvennootschappen.

### **Fraudebestrijding en registratie vennoten**

De afgelopen jaren is er veel aandacht geweest voor bestrijding van fraude met rechtspersonen. Ook het infiltreren door de onderwereld in de bovenwereld is een belangrijk speerpunt geweest in het overheidsbeleid. Kort gezegd wenst de overheid meer controle te hebben op partijen die in een rechtspersoon participeren, zodat de rechtspersoon als vehikel niet kan worden misbruikt om vermogen over te hevelen aan onbetrouwbare partijen zonder dat de overheid daar kennis van heeft of grip op heeft. Juist bij fraudegevallen is de combinatie van rechtspersoonlijkheid en de overgang van de gerechtigdheid in een rechtspersoon zonder overheidstoezicht zeer gewenst. Onlangs heeft dit zelfs geleid tot het afschaffen van toonderaandelen zodat NV's niet meer voor deze transacties kunnen worden misbruikt.

De overdraagbaarheid van een aandeel in een personenvennootschap die rechtspersoon is lijkt echter te kunnen geschieden zonder enige registratievorm. Dit biedt de georganiseerde criminaliteit mogelijkheden om via personenvennootschappen vastgoedportefeuilles over te dragen zonder dat daar enige registratie aan te pas komt. Dit lijkt de VON niet wenselijk. Daarbij zal het voor het notariaat uitermate ingewikkeld worden om te beoordelen wie er vertegenwoordigingsbevoegd is en of de UBO wel juist is aangegeven.

Indien een personenvennootschap rechtspersoonlijkheid kan verkrijgen dient steeds duidelijk te zijn wie er gerechtigd zijn tot deze rechtspersoon en voor welk deel. Dit kan vanzelfsprekend via het notariaat maar voor een *light* variant rechtspersoon die geen registergoederen kan verkrijgen kan een eenvoudige registratie bij het Handelsregister volstaan.

Tot slot wil de VON nog een opmerking maken over de rechtszekerheid en het kostenaspect bij onroerend goed transacties. Door de jarenlange samenwerking tussen Kadaster en het notariaat gaat overdracht van registergoederen in Nederland zeer goedkoop, efficiënt en snel. Dit kan alleen op deze wijze geschieden doordat slechts notariële akten worden ingeschreven in het Kadaster. Daardoor heeft het Kadaster een zeer hoge mate van betrouwbaarheid. Indien die betrouwbaarheid in het gedrang komt zullen de kosten om dezelfde rechtszekerheid te realiseren snel stijgen door extra onderzoekskosten.

Als een personenvennootschap-rechtspersoon kan ontstaan die registergoederen en NV/BV-aandelen kan verkrijgen en aandelen in die personenvennootschap-rechtspersonen zonder notariële tussenkomst kunnen worden overgedragen dan kan de gerechtigdheid tot registergoederen en NV-BV-aandelen zonder notariële tussenkomst wijzigen. Dat is op zich bij vele rechtspersonen thans ook al het geval. Echter, dit wetsvoorstel bevat de optie dat bij het einde van de rechtspersoon, wanneer er slechts één vennoot overblijft, al het vermogen van de rechtspersoon op naam van de overblijvende vennoot overgaat. Dit is een variant die thans niet bestaat. Een partij kan dus eigendom claimen van een registergoed of NV-BV-aandelen dat/die ten name van een rechtspersoon heeft/hebben gestaan omdat deze rechtspersoon ontbonden is en hij de laatste vennoot was. De registratie van vennoten (inclusief commanditaire vennoten) is totaal niet geregeld. Dit levert forse problemen op voor het notariaat in de rechtszekerheid van ons rechtsverkeer met betrekking tot onroerend goed en NV/BV-aandelen.

### **Conclusie**

Al met al kent het wetsvoorstel nog een groot aantal haken en ogen. De VON zal de rechtsontwikkelingen op het gebied van de personenvennootschap met grote belangstelling volgen.