
Consultatiereactie personenvennootschappen

Prof. mr. Chr.M. Stokkermans

1 december 2022

INLEIDING

Op 10 oktober 2022 heeft het ministerie van J&V een tweede ambtelijk voorontwerp voor een Wet modernisering personenvennootschappen in consultatie gebracht (het **Voorontwerp**). Daarbij gevoegd zijn een toelichting (**MvT**), alsmede een voorontwerp invoeringswet (**Invoeringsontwerp**) met toelichting (**MvT Invoeringsontwerp**). Bij de consultatiestukken behoren verder twee fiscale stukken, aangeduid als 'Voorontwerp fiscaal gedeelte personenvennootschappen' (het **Voorontwerp Fiscaal**) en 'MvT Voorontwerp fiscaal gedeelte personenvennootschappen' (de **MvT Fiscaal**).

Hieronder volgt een commentaar bij deze stukken. Eerst komen de hoofdpunten die discussie verdienen aan de orde. Daarna volgt vanaf p. 47 een aanvullend artikelsgewijs commentaar met vooral technische verbeterpunten. In dat artikelsgewijs commentaar wordt mede ingegaan op het Invoeringsontwerp. De fiscale voorstellen blijven buiten beschouwing, afgezien van enkele civielrechtelijk getinte opmerkingen, met name in § 1.4 en in het artikelsgewijs commentaar aan het slot van deze consultatiereactie.

Aan dit commentaar liggen drie rode draden ten grondslag:

- Ten eerste, er is behoefte aan 'bescheiden personenvennootschapsrecht'. Allerlei enthousiast bedachte bijzonderheden en afwijkingen van geldend recht waarvoor geen goede reden wordt gegeven, met moeilijk overzienbare consequenties, kunnen het best worden geschrapt.
- Ten tweede, er is behoefte aan regelgeving die goed binnen het geldende algemeen vermogensrecht past. Met dit principe kan het voorstel coherenter en eenvoudiger worden gemaakt; dit bevordert ook de rechtszekerheid.
- Ten derde, er is haast geboden. Het is een brevet van onvermogen van de hele ondernemingsrechtgemeenschap dat we al zo lang vruchteloos over modernisering van de personenvennootschappen spreken. De nu voorliggende consultatiestukken bevatten ook te veel technische

omissies,¹ en reageren onvoldoende op diverse verstandige punten die in de eerdere consultatie of al eerder naar voren zijn gebracht.

De eerste twee rode draden (bescheidenheid en inpassing) zijn volgens mij belangrijk om de derde rode draad (nu snelheid, graag) te realiseren.

Opvallend in de voorstellen is dat weinig kenbare aandacht aan rechtsvergelijking is besteed. In de MvT, p. 15/16, staat weliswaar dat de ontwikkelingen in andere landen op het gebied van personenvennootschappen bij het ontwerpen van het voorstel betrokken zijn, maar hoe is onduidelijk. De MvT verwijst t.a.p. kort naar het rapport van de werkgroep en noemt enige literatuur. Bij de genoemde literatuur ontbreekt een verwijzing naar literatuur waarin de recente, omvangrijke wetwijzigingen in België en Duitsland worden besproken.² Die buitenlandse ontwikkelingen rond personenvennootschappen zouden juist een belangrijke inspiratiebron voor Nederland kunnen zijn. Dit geldt nog het meest voor het Belgische WVV, het modernste ondernemingsrechtelijke wetboek van Europa,³ dat inhoudelijk en taalkundig dicht bij ons staat. In het navolgende wordt dit op enkele specifieke plaatsen benoemd.

De hoofdpunten ter discussie die aan bod komen, werden al besproken tijdens een besloten studiemiddag aan de Erasmus School of Law op 30 november 2022. Mensen uit wetenschap en praktijk deden hieraan mee. De discussie vond plaats aan de hand van een concept van deze consultatiereactie en heeft (met dank aan de deelnemers!) tot diverse aanpassingen geleid die in deze eindversie zijn verwerkt.

Hopelijk zal in deze consultatieperiode verder debat over de genoemde hoofdpunten plaatsvinden en kunnen snel nadien breed gedragen knopen worden doorgehakt. Tijdens een symposium op 20 april 2023 te Rotterdam, georganiseerd vanuit het Instituut voor Ondernemingsrecht (IVO), zal deze synthese worden gezocht.

Degenen die de wet van 1838 hebben voorbereid, verdienen intussen een groot compliment. Het blijkt behoorlijk lastig om iets beters te verzinnen!

¹ Een aanzienlijk aantal inhoudelijke en taalkundige aandachtspunten in met name de MvT blijft in dit commentaar buiten beschouwing.

² Zie onder meer H. de Wulf, in: *Ondernemingsrecht in de Lage Landen* (IVOR nr. 117) 2020; K. Maresceau e.a., *TvOB* 2020/2; Chr.M. Stokkermans, *Met Duitse en Belgische ogen kijken naar ons (personen)vennootschapsrecht*, *Ondernemingsrecht* 2021/92.

³ Aldus terecht: H.J. de Kluiver, *Over de beurs-BV en modernisering NV-recht*, *WPNR* 2022/7390, p. 807.

1. HOOFDPUNTEN TER DISCUSSIE

De volgende hoofdpunten verdienen discussie:

1. Beperking tot beroep en bedrijf
2. Vennootschapstypen en aanduiding: spv/opv of maatschap/vof?
3. Constitutief vereiste voor rechtspersoonlijkheid, en rechtspersoon i.o.
4. Rechtspersoonlijkheid in de zin van Titel 7.13 BW
5. Omzetting spv in opv met vermogensovergang onder algemene titel
6. Deelnamerecht; vruchtgebruik en pandrecht op uitkeringen
7. Vennotenaansprakelijkheid bij de spv
8. Aansprakelijkheid uitgetreden vennoot bij opv
9. Aansprakelijkheid en draagplicht voor beroepsfouten bij de opv
10. Structuurwijziging na ontbinding
11. CV, commanditaire vennoten en handelsregister
12. Omzetting vereniging, stichting of ovm in opv, en omgekeerd
13. Juridische fusie en splitsing

Hierna worden deze kwesties achtereenvolgens besproken. Telkens geef ik aan waar volgens mij de discussie zit, wat de plussen en minnen van het voorstel zijn, en hoe de oplossing van knelpunten eruit kan zien.

1.1 Bepanking tot beroep en bedrijf

1.1.1 De kwestie

Art. 800 lid 1 laat uitsluitend personenvennootschappen toe in gevallen van “samenwerking in de uitoefening van een beroep of bedrijf”. De huidige wet (art. 7A:1655 BW) kent een dergelijke beperking niet. Waarom deze beperking nu wordt voorgesteld, wordt in de MvT (p. 8, 25, 30 en 32) niet toegelicht. Er ontbreekt trouwens een overgangsregeling voor bestaande personenvennootschappen die niet aan de nieuwe, krappe omschrijving voldoen.

De MvT vermeldt dat beleggingsactiviteiten en houdsteractiviteiten onder de term ‘beroep of bedrijf’ *kunnen* vallen (MvT, p. 32). In welke gevallen dit zo is, wordt echter niet vermeld. Zo is een concrete vraag: als twee gepensioneerde broers via een gezamenlijke beleggingsrekening samen wat geld willen beleggen, kunnen zij er dan voor kiezen dit in het verband van een personenvennootschap te doen? Het is onduidelijk. Zo wordt met een vage, nog niet bestaande grensafbakening rechtsonzekerheid gecreëerd. Er dreigt ook een behoorlijke afwijking van het normale spraakgebruik, waarin ‘beleggen’ iets anders is dan beroeps- of bedrijfsuitoefening.

Een ander voorbeeld van rechtsonzekerheid rond “samenwerking in de uitoefening van een beroep of bedrijf” (art. 800 lid 1) betreft de stille vennootschap. Stel, de ene vennoot (A) oefent op eigen naam een onderneming uit. De ander (B) is louter, ter financiering, stille vennoot en oefent niet zelf een beroep of bedrijf uit. B is in dit geval in beginsel niet aansprakelijk voor de ondernemingschulden van A, want A oefent zijn bedrijf op eigen naam uit. Naar huidig recht kan een dergelijke constructie zonder meer als maatschap bestaan. Het is onduidelijk of dit onder het Voorontwerp een stille vennootschap kan zijn. Bij de praktijkvoorbeelden die in de MvT (p. 8 en 13/14) worden genoemd, komt dit geval niet voor. In die voorbeelden zijn alle vennoten huisartsen, artsen, timmerlieden of advocaten. Op wiens ‘beroep’ of ‘bedrijf’ het Voorontwerp het oog heeft, staat nergens. In de voorgestelde aanpassingen van de Comptabiliteitswet (Voorontwerp Fiscaal, art. IX) is ervan uitgegaan dat een natuurlijke persoon die vennoot is in een

stille vennootschap per definitie zelf een beroep of bedrijf uitoefent. Zie MvT Fiscaal (artikelsgewijs), bij art. IX, onderdelen A t/m H. Het heeft er zo de schijn van dat de zojuist genoemde stille vennootschap tussen A en B onder het Voorontwerp niet bestaanbaar is.

Tegenover deze analyse staan de signalen die ik ontving, dat met art. 800 lid 1, en de verwijzing daarin naar 'beroep of bedrijf', geen beperking is beoogd ten opzichte van het nu geldende recht.

1.1.2 Plussen

In de voorstellen worden geen voordelen voor de geschetste, mogelijke beperkingen benoemd. Ik zie er ook geen.

1.1.3 Minnen

Nadelen voor de geschetste, mogelijke beperkingen ten opzichte van het geldende recht zijn: rechtsonzekerheid en onnodige beperking van het toepassingsgebied van de personenvennootschap. Invoering van een nieuw, onduidelijk constitutief criterium geeft onnodige rechtsonzekerheid. De beperking lijkt gebruik van de personenvennootschap voor onder meer collectieve belegging in bepaalde gevallen uit te sluiten. In de uitgesloten gevallen kan niet (meer) worden geprofiteerd van de voordelen die de personenvennootschap biedt (afgescheiden vermogen of rechtspersoonlijkheid), zonder duidelijke reden, terwijl zowel nationaal als internationaal de personenvennootschap (in het bijzonder de cv) juist aantrekkelijk kan zijn als vehikel voor collectieve belegging. Dit treft zowel bestaande als nieuwe gevallen. Andere landen kennen ook geen beperking tot beroep of bedrijf.

1.1.4 Oplossing

De omschrijving van personenvennootschap in art. 800 lid 1 kan worden vervangen door een ruimere, waarbij de omschrijving van 'vennootschap' uit het Ontwerp-Maeijer tot uitgangspunt kan dienen. Deze luidt:

“Vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening van twee of meer personen, de vennoten, welke samenwerking is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten

behoefte van alle vennoten door middel van inbreng door ieder van de vennoten.”

Deze omschrijving heeft wel nog enige verfijning. Beter dan ‘vermogensrechtelijk voordeel’ is ‘vermogensvoordeel’. Verder hoeft dat voordeel niet per se ‘door middel van inbreng’ gerealiseerd te worden. Het voordeel kan ook uit andere elementen van de samenwerking voortvloeien.

Overigens is het goed om voor ogen te houden dat art. 800 lid 1 slechts ziet op de vennootschap als overeenkomst. Daarnaast wordt de term vennootschap ook wel gebruikt ter aanduiding van een groep personen (de gezamenlijke vennoten) of rechtspersoon. Afhankelijk van de context wordt de ene of de andere betekenis bedoeld. Wellicht verdient dit nog verduidelijking in de uiteindelijke wettekst.

1.2 Vennootschapstypen en aanduiding: spv/opv of maatschap/vof?

1.2.1 De kwestie

Het Voorontwerp (art. 800) schrapt de huidige rechtsvormen maatschap en vof en vervangt deze door 'stille personenvennootschap' (**spv**) en 'openbare personenvennootschap' (**opv**). Dat is een nogal rigoureuze stap.

Als alternatief kan worden gedacht aan een herpositionering van 'maatschap' en 'vof'. De maatschap leeft dan voort als de vennootschapsvorm zonder rechtspersoonlijkheid; en bij de vof wordt de beperking tot 'bedrijf' opgeheven en rechtspersoonlijkheid geïntroduceerd. Precies dit onderscheid tussen maatschap (geen rechtspersoon) en vof (wel rechtspersoon, niet meer beperkt tot 'bedrijf') wordt in België gemaakt.⁴

1.2.2 Plussen

Het voordeel van de nieuwe terminologie uit het Voorontwerp (spv/opv) wordt in de MvT (p. 33 en 34) niet onderbouwd. Het onderscheid circuleert al geruime tijd in de literatuur en eerdere voorstellen. Een zekere aansluiting is er ook bij het onderscheid dat in uitvoeringsregelingen over het handelsregister wordt gemaakt tussen stille en openbare maatschap (al is onduidelijk of ingeschreven stille maatschappen in de nieuwe opzet spv kunnen of opv moeten worden).⁵

Door de termen maatschap en vof te schrappen, hoeven bestaande openbare maatschappen die rechtspersoon willen worden, niet de status van vof aan te nemen en kunnen zij zich maatschap blijven noemen.

1.2.3 Minnen

De nieuwe terminologie uit het Voorontwerp dringt onnodig juridisch jargon aan de samenleving op. Het onderscheid tussen 'stil' en 'openbaar' heeft niet veel werfkracht, indien het onderscheidend criterium bij het al dan niet voeren

⁴ Zie Chr.M. Stokkermans, *Ondernemingsrecht 2021/92*, p. 563/564.

⁵ Maatschappen worden als 'stil' of 'openbaar' in het handelsregister ingeschreven, waarbij curieus genoeg de 'stille maatschap' verplicht wordt een naam op te geven, terwijl kenmerkend voor de stille maatschap is dat zij niet onder een gemeenschappelijke naam aan het handelsverkeer deelneemt. Zie Chr.M. Stokkermans, *Procederen met personenvennootschappen*, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation (VCL) 2021-2022*, p. 242/243.

van een vennootschapsnaam wordt gelegd (zoals het Voorontwerp doet). Een 'stille vennootschap' hoeft dan immers niet stil te zijn.⁶

Bij de bestaande term 'maatschap' is die verwarring er niet. Denk aan 'Ad en Els de Boer, handelend in maatschap'.⁷ Bij dergelijk optreden door de vennoten is de maatschap niet stil, maar wordt ook niet onder een vennootschapsnaam gehandeld. De vennoten treden samen op, onder hun eigen namen. Op zichzelf is juist, zoals de MvT herhaaldelijk stelt (onder meer op p. 8), dat de vennoten van een stille vennootschap onder eigen naam optreden. Onderdeel van de definitie van stille vennootschap in het Voorontwerp is immers het ontbreken van een vennootschapsnaam (art. 800 lid 3 jo. lid 2). Handelen op eigen naam is evenwel niet beperkt tot handelen op naam van één vennoot; het kan ook gezamenlijk handelen in vennootschapsverband betreffen, zoals in het gegeven voorbeeld van Ad en Els de Boer.

Verder doet 'openbaar' denken aan beursvennootschappen en openbare bibliotheken, terwijl personenvennootschappen in beginsel juist een besloten karakter hebben. De term 'vof' (vennootschap onder firma), daarentegen, drukt vrij precies uit wat het Voorontwerp met 'openbare vennootschap' bedoelt: een vennootschap die onder een naam aan het verkeer deelneemt.

De termen maatschap en vof zijn vertrouwd. In andere landen spreekt men ook niet van stil en openbaar.

Aanduiding van de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid als 'stil' werpt verder een onnodige horde op voor het stellen van een formeel criterium voor rechtspersoonlijkheid. Een formeel criterium voor rechtspersoonlijkheid (zoals inschrijving in het handelsregister) laat noodzakelijkerwijs ruimte voor het bestaan van vennootschappen die onder een naam optreden zonder rechtspersoon te zijn. Dergelijke vennootschappen kunnen beter niet 'stil' worden genoemd, want dat is verwarrend. In § 1.3 wordt besproken dat aan een formeel criterium voor rechtspersoonlijkheid behoefte bestaat. Bij een keuze voor die oplossing ligt het nog meer voor de hand om de niet-rechtspersoon als 'maatschap' en de rechtspersoon als 'vof' aan te duiden. De term 'opv' is verwarrend in relatie tot de cv. Volgens art. 800 lid 4 is een cv een bepaald type opv; als gevolg hiervan gelden de meeste bepalingen uit het

⁶ Chr.M. Stokkermans, Sleutels voor personenvennootschapsrecht (IVOR nr. 102), 2017, p. 136-139.

⁷ Zie Stokkermans 2017, p. 136.

Voorontwerp mede voor de cv. In art. 820 lid 3 (opv kan ‘naar cv wijzigen’) ziet de term opv echter juist niet mede op de cv. Deze inconsistentie wordt veroorzaakt doordat in de voorgestelde opzet een term ontbreekt voor de opv die geen cv is. Het bestaande onderscheid tussen vof en cv, daarentegen, biedt een helder en eenduidig terminologisch kader.

Verder legt de “p” in spv/opv (de p van personenvennootschap) onnodig de nadruk op een theoretisch onderscheid tussen personen- en kapitaalvennootschappen. Dat onderscheid is achterhaald. De huidige wet noemt maatschap, vof en cv ook geen ‘personenvennootschappen’. Introductie van die term is nergens voor nodig. De nieuwe Belgische wet doet dat ook niet. Daar is juist in de wet opgenomen dat van het ‘persoonlijke’ karakter van maatschap, vof en commanditaire vennootschap kan worden afgeweken (art. 4:1 WVV). In België valt bovendien op dat de bv uitdrukkelijk geen ‘kapitaalvennootschap’ is (art. 5:1 WVV).⁸ Ook in Nederland lijkt een logische volgende stap voor de bv te zijn om het verplichte ‘kapitaal’ af te schaffen.⁹

1.2.4 Oplossing

Vervang de in het Voorontwerp gehanteerde termen spv en opv door de vertrouwde termen maatschap en vof. Handhaaf dat zowel maatschap als vof worden ingeschreven in het handelsregister. Nu wordt de stille maatschap zonder onderneming in Nederland niet ingeschreven; die regel kan wellicht worden geschrapt. De figuur van de ‘openbare’ maatschap kan net als nu wel een bescheiden rol blijven spelen in het procesrecht (vgl. art. 51 Rv over de betekening van exploitatie).

Hierna in deze notitie zal ik overigens de termen spv en opv hanteren, omdat dit de termen uit het Voorontwerp zijn.

⁸ Art. 5:1 WVV luidt: “De besloten vennootschap is een vennootschap zonder kapitaal waarin de aandeelhouders slechts hun inbreng verbinden.”

⁹ Zie L. Timmerman & Chr.M. Stokkermans, *Oprichten zonder omwegen* (IVOR nr. 119), 2020, p. 121/122.

1.3 Constitutief vereiste voor rechtspersoonlijkheid, en rechtspersoon i.o.

1.3.1 De kwestie

Het Voorontwerp noemt elke personenvennootschap “die op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een door de personenvennootschap gevoerde naam aan het rechtsverkeer deelneemt” een opv, en verheft deze tot de rechtspersoonlijkheid. Dit wijkt af van het Ontwerp-Maeijer, waarin rechtspersoonlijkheid bij notariële akte werd verkregen. Het wijkt ook af van het voorstel van de werkgroep-Van Olffen, dat inschrijving in het handelsregister als vereiste voor rechtspersoonlijkheid stelde.

Opmerkelijk is dat het Voorontwerp niet van de opv verlangt dat in haar naam een aanduiding van de rechtsvorm wordt opgenomen. Ook wordt een zetelkeuze niet verplicht gesteld (zie art 1:10 lid 3 BW, zoals voorgesteld in het Invoeringsontwerp, en p. 15 MvT Invoeringsontwerp). Bij nv en bv gelden wel dergelijke vereisten qua naamgeving en zetel (art. 2:66/177 BW).

1.3.2 Pluszen

De in het Voorontwerp gemaakte keuze van rechtspersoonlijkheid voor de niet-ingeschreven opv wordt niet toegelicht. Mij zijn ook geen voordelen bekend. Volgens mij is er vanuit de samenleving geen behoefte aan een personenvennootschap die al voorafgaand aan de inschrijving in het handelsregister rechtspersoon wordt.

Wellicht is de gemaakte keuze ingegeven door het idee dat ondernemers die onbelangrijke formaliteiten over het hoofd zien niet met zware punitieve sancties belast moeten worden. Deze onderbouwing zou zwak zijn. De inschrijving in het handelsregister als formeel criterium voor rechtspersoonlijkheid is geen ‘onbelangrijke formaliteit’. Zij biedt immers het grote voordeel van rechtszekerheid voor de vennoten zelf én voor derden. Het onthouden van rechtspersoonlijkheid aan de niet-ingeschreven vennootschap vormt dan ook geen punitieve sanctie, maar een proportioneel rechtsgevolg.

De figuur waarin het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid wordt gekoppeld aan een materieel criterium, in combinatie met het verkrijgen van volledige rechtsbevoegdheid na voldoening aan een formeel criterium, kent min of meer

een precedent bij de vereniging (vgl. art. 2:4, 2:26 en 2:30 BW). Waarom dit voorbeeld voor de opv gevolgd moet worden, is niet duidelijk.

Waarom van de opv geen aanduiding van de rechtsvorm in haar naam en geen zetel worden verlangd, wordt evenmin uitgelegd. Ik kan geen ander voordeel bedenken dan dat men bestaande gevallen niet met nieuwe regels wil belasten (wat met een overgangsregeling geadresseerd kan worden).

1.3.3 Minnen

Het in het Voorontwerp gekozen, feitelijke criterium voor rechtspersoonlijkheid is vaag, waardoor onduidelijk is wanneer de rechtspersoonlijkheid precies verkregen zou worden. Zo kan bij het aangaan van contracten met, en de overdracht van goederen aan, personen handelend in een vennootschap onduidelijkheid ontstaan over de vraag of die personen zelf dan wel een van hen te onderscheiden rechtspersoon als partij heeft te gelden. Het rechtsverkeer wordt zo met onnodige rechtsonzekerheid opgezaagd. In het Voorontwerp wordt bovendien de mogelijkheid gegeven dat het vermogen van een spv onder algemene titel aan een later opgerichte rechtspersoon wordt overgedragen (zie § 1.5). Derden hoeven die mogelijkheid niet te verwachten, waardoor die vermogensovergang tegenover hen niet gerechtvaardigd hoeft te zijn.

Aan de rechtsonzekerheid (en verwarring) draagt nog bij dat de voorontwerper heeft gemeend een overgangsregeling te moeten maken voor de vof (naar huidig recht) die voldoet aan de omschrijving van een spv (naar nieuw recht). Zie het Invoeringsontwerp (art. 218 lid 3 Overgangswet NBW) en de MvT Invoeringsontwerp (p. 11). Het zou aan de duidelijkheid aanmerkelijk bijdragen, indien men minstens alle entiteiten die als vof in het handelsregister staan ingeschreven voor toekennen van rechtspersoonlijkheid in aanmerking laat komen. Vgl. ook art. 810 lid 2, dat ervan uitgaat dat een spv 'door inschrijving' openbaar kan worden, waarover § 1.5.

De regeling van de informele vereniging (art. 2:30 BW) is geen sterk precedent voor de regeling in het Voorontwerp. De karakteristieken van de vereniging (waaronder het winstuitdelingsverbod; art. 2:26 lid 3 BW) waarborgen dat deze figuur slechts op kleine schaal en voor beperkte doelen wordt gebruikt.

Toepassing van dit precedent op vennootschappen brengt rechtsonzekerheid

en frauderisico's mee. Het is niet voor niks dat de figuur bij de andere rechtspersonen van Boek 2 BW, waaronder nv en bv (vennootschapstypen) en coöperatie en ovm (verenigingen met trekken van vennootschappen) niet voorkomt.

Een openbare personenvennootschap die niet is ingeschreven kan volgens art. 810 lid 4 onder meer geen aandelen in een nv of bv verkrijgen of bestuurder zijn van een andere rechtspersoon. Dit beperkt het risico op misbruik en voorkomt zoveel mogelijk onduidelijkheid, aldus MvT p. 26. Deze observatie gaat eraan voorbij dat aanmerkelijk minder misbruikrisico en meer duidelijkheid valt te verwachten, indien de rechtspersoonlijkheid afhankelijk wordt gesteld van inschrijving van de vennootschap in het handelsregister.¹⁰

Het voorgestelde moment waarop de rechtspersoonlijkheid van de opv ontstaat, levert voorts een complicatie op bij de voorgestelde mogelijkheid van omzetting van een spv in een opv. Wanneer die omzetting (door het gaan gebruiken van een vennootschapsnaam) voorafgaat aan de inschrijving van de opv in het handelsregister, gaat het vermogen van de spv volgens het voorstel (nog?) niet op de opv over. Hierdoor ontstaat de onnodig ingewikkelde figuur van een vennootschap-rechtspersoon (de opv) met vermogen (het oude spv-vermogen) dat zich buiten die rechtspersoon bevindt. Zie § 1.5.

Dat niet wordt vereist dat een aanduiding van de rechtsvorm in de vennootschapsnaam wordt opgenomen en dat geen keuze voor een zetel in Nederland wordt vereist, heeft verschillende nadelen:

- Een vereiste dat een aanduiding van de rechtsvorm in de naam van de opv wordt opgenomen, werkt verhelderend in het rechtsverkeer. Het is dan meteen duidelijk dat men met een bepaald type rechtspersoon te maken heeft; er kan geen misverstand bestaan dat de handelsnaam van een natuurlijke persoon of van een ander type rechtspersoon is bedoeld, of de naam van een vereniging. Het is daarom aantrekkelijk een dergelijk voorschrift wel op te nemen. Voor bestaande gevallen kan eventueel een uitzondering worden gemaakt.

¹⁰ Onduidelijkheid rond de voorgestelde beperkte rechtsbevoegdheid is er bijvoorbeeld over de vraag de niet-ingeschreven opv aandelen in een GmbH of Sàrl kan verkrijgen.

- Een zetelkeuze is bij de opv om ipr-technische redenen gewenst.¹¹ Met de keuze voor een zetel in Nederland kan worden bereikt dat – naar internationaal privaatrecht – sprake is van een Nederlandse vennootschap en niet een samenwerkingsverband dat aan het recht van een ander land is onderworpen (voor Nederland: art. 10:117 e.v. BW). Dit is in het bijzonder van belang, indien de feitelijke vestiging van de vennootschap buiten Nederland is gelegen. Het zetelbegrip speelt ook een rol bij de regels over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter en de relatieve bevoegdheid van rechters binnen Nederland.¹²

Het voorgestelde begrip ‘openbaar’ als materieel criterium voor rechtspersoonlijkheid levert ook problemen van overgangsrecht op, aangezien alle `bestaande openbare maatschappen en vof's gedwongen zullen worden rechtspersoon te worden. Bij een formeel onderscheid tussen maatschap en vof daarentegen kan rond de invoering van titel 7.13 aan deze vennootschappen de keuze worden gelaten of zij voort willen als maatschap (geen rechtspersoon) dan wel als vof (wel rechtspersoon).¹³ Net als nu kan worden toegelaten dat de maatschap onder een naam wordt gevoerd.

1.3.4 Oplossing

Het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid kan aan een uitdrukkelijke keuze voor de rechtsvorm van een vof of cv plus inschrijving in het handelsregister worden gekoppeld. De maatschap is dan geen rechtspersoon, ook niet als deze in het handelsregister staat ingeschreven.

Nog aantrekkelijker komt mij voor om voor rechtspersoonlijkheid (bij vof en cv) als formeel constitutief vereiste te stellen: inschrijving in het handelsregister dan wel een notariële akte (waarna inschrijving alsnog moet volgen, zonder constitutieve werking). De keuze kan aan de (beoogde) vennoten worden gelaten, voor maximale flexibiliteit voor het rechtsverkeer. Waar *time of the essence* is, kan dan op de notaris worden vertrouwd.¹⁴

¹¹ Overigens zal ook beslist moeten worden of de opv als rechtspersoon in de zin van de art. 10:119 e.v. BW zal hebben te gelden. In het Invoeringsontwerp is dat nu niet bepaald; het lijkt me wel gewenst.

¹² Zie Stokkermans 2021-2022, p. 254-255. Voor het aanvragen van het faillissement van de rechtspersoon, zie ook verderop bij de voorgestelde wijziging van art. 2 lid 3 Fw.

¹³ Zie over de problematiek van het overgangsrecht ook het slot van deze notitie, onder “Invoeringsontwerp, art. 218 lid 4 Overgangswet NBW”.

¹⁴ Aldus reeds Stokkermans 2017, p. 244/245.

Voor gevallen waarin er behoefte is om al rechtshandelingen namens de vof/cv te verrichten voordat zij rechtspersoon wordt, kan worden voorzien in de figuur van de vof/cv i.o. De i.o.-vorm is al bekend bij de rechtspersonen van Boek 2 BW. Aangesloten kan worden bij de wettelijke regeling voor nv/bv (art. 2:93/203 BW). Ook het Franse recht kent de i.o.-vorm voor personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Naar Frans voorbeeld kan gelden dat de vennootschapsovereenkomst van een nog niet ingeschreven opv al wel een geldige vennootschap (als samenwerkingsverband) oplevert, maar nog geen rechtspersoonlijkheid.

Door al voorafgaand aan het ontstaan van de rechtspersoon namens een vof/cv i.o. op te treden, maken de vennoten duidelijk dat het de bedoeling is dat de rechtshandelingen die zij aangaan op de rechtspersoon zullen overgaan. Dit rechtvaardigt dat de vermogensovergang zonder verdere instemming van de wederpartijen kan gebeuren.

Bepaald kan worden dat een aanduiding van de rechtsvorm in de naam van de vof/cv moet worden opgenomen. Ook kan verplicht worden gesteld dat bij het handelsregister een in de vennootschapsovereenkomst opgenomen zetel in Nederland wordt ingeschreven. In de Invoeringswet kan, in plaats van het voorgestelde art. 1:10 lid 3 BW, worden bepaald dat vof en cv rechtspersoon zijn in de zin van de art. 1:10 lid 2 en art. 10:119 e.v. BW.

Tevens is gewenst om voor de personenvennootschap-rechtspersoon eenzelfde regeling te geven als voor nv en bv in art. 2:75/186 lid 1 BW is opgenomen. Uit alle geschriften, gedrukte stukken en aankondigingen waarin de vennootschap partij is of die van haar uitgaan, met uitzondering van telegrammen en reclames, moeten dan haar volledige naam en haar woonplaats (zetel) duidelijk blijken.

1.4 Rechtspersoonlijkheid in de zin van titel 7.13 BW

1.4.1 De kwestie

Verwacht wordt dat toekenning van rechtspersoonlijkheid aan de opv voor meer duidelijkheid in het handelsverkeer gaat zorgen (MvT, p. 12). Echter, ingevolge art. 810 lid 1 laatste volzin wordt in wetsbepalingen buiten titel 7.13 BW met 'rechtspersoon' niet op de opv bedoeld, tenzij in de betrokken wetsbepaling anders is bepaald. Zoals ter gelegenheid van het eerdere voorontwerp al is opgemerkt, roept deze regeling veel vragen op.¹⁵ Het grootste probleem schuilt wellicht in de maatschappelijk verwarring die ontstaat, wanneer men een zo belangrijke categorie rechtspersonen als de opv van het algemene wettelijke begrip rechtspersoon uitsluit.

Het alternatief is om uit te gaan van een uniform begrip 'rechtspersoon'. Waar dienstig kan dan in specifieke gevallen de opv worden uitgezonderd van bepaalde voor rechtspersonen gegeven regels.

Aan het Voorontwerp lijkt ook geen helder idee ten grondslag te liggen over wat precies met 'rechtspersoonlijkheid' wordt bedoeld. In de MvT, p. 26 wordt over de 'aard' van de rechtspersoonlijkheid van de opv benadrukt "dat het hier om een specifieke van Boek 2 afwijkende rechtspersoonlijkheid gaat, met een eigen (...) karakter". De rechtspersoonlijkheid van de opv zou 'beperkt van aard' zijn dan bij Boek 2-rechtspersonen (MvT, p. 69). Volgens mij is dit onjuist. De essentie van rechtspersoonlijkheid is eenvoudig: de rechtspersoon staat voor het vermogensrecht in beginsel gelijk met de natuurlijke persoon, waardoor zij een eigen vermogen kan hebben. Hierin staan opv, bv en andere typen rechtspersoon precies gelijk.¹⁶ Er zijn geen onderscheidingen in de 'aard' van de rechtspersoonlijkheid; wel zijn er verschillende typen rechtspersoon (rechtsvormen).

Onvoldoende inzicht bij de voorontwerper over het wezen van rechtspersoonlijkheid komt ook naar voren op p. 84 MvT. Daar staat over de opv dat een verklaring jegens de personenvennootschap, waaronder een verklaring waarin de verjaring wordt gestuit, naar huidig en toekomstig recht ook als een verklaring naar de gezamenlijke vennoten geldt en behoudens

¹⁵ Stokkermans, *MvO* 2019, p. 103.

¹⁶ Stokkermans 2017, p. 282-288.

bijzondere omstandigheden ook zal doorwerken naar de vennoten. Daarbij wordt verwezen naar het *Levensverzekeringsadvies*-arrest uit 2020.¹⁷ Deze opmerking in de MvT gaat eraan voorbij dat het genoemde arrest gaat over de personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid en berust op de gedachte dat een verklaring aan de vennootschap dan een verklaring aan de vennoten zelf is. Bij de personenvennootschap-rechtspersoon ligt het juist niet voor de hand om een verklaring aan de rechtspersoon mede als verklaring aan de vennoten (in privé) op te vatten.

1.4.2 Plussen

Een toelichting op de in het Voorontwerp gemaakte keuze ontbreekt (zie MvT, p. 69). Hierdoor is onduidelijk waarom de voorontwerper de opv buiten het algemene wettelijke begrip rechtspersoon laat.

Mogelijk heeft men vooral aan bepaalde vennootschapsrechtelijke en fiscale verschillen gedacht (Boek 2 BW geldt in beginsel niet voor de opv, en de opv is transparant voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting). Het begrip rechtspersoon komt evenwel in veel meer wetsbepalingen voor (zie hierna). Vennootschapsrechtelijke en fiscale verschillen vormen daardoor geen sterk argument voor de in het Voorontwerp gekozen richting.

In veel gevallen zal ‘rechtspersoon’ mede op de personenvennootschap-rechtspersoon behoren te slaan.

1.4.3 Minnen

De voorgestelde regeling leidt er waarschijnlijk toe dat in vele wetten vermeld moet gaan worden dat daar met ‘rechtspersoon’ tevens op de opv wordt bedoeld. In veel wet- en regelgeving omvat ‘rechtspersoon’ zowel privaats- als publiekrechtelijke en zowel Nederlandse als buitenlandse rechtspersonen. Om daar op al die plaatsen dan specifiek bij te moeten gaan zetten dat de regeling ook voor de opv geldt, is niet overzichtelijk en niet efficiënt. Voorbeelden hiervan zijn art. 1:10 en 10:119 BW. Zie § 1.3.4.

Een zoektocht naar wet- en regelgeving met het woord ‘rechtspersoon’ leverde 994 resultaten op. Willekeurige voorbeelden zijn: de Aanbestedingswet 2012, de Arbeidsomstandighedenwet, de Auteurswet, de Binnenvaartwet, de Databankwet, de Erfgoedwet, de Gezondheidswet, de Landbouwwet, de

¹⁷ HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1315 (*Levensverzekeringsadvies*), r.o. 3.3.2 en 3.3.3.

Mededingingswet, de Ontheffingswet, de Plantgezondheidswet, de Spellingswet, de Telecommunicatiewet, de Visserijwet 1963, de Warenwet, de Wet Huis voor klokkenluiders, de Wet afbreking zwangerschap, de Wet agrarisch grondverkeer, de Wet basisadministratie grootschalige topografie, de Wet bescherming bedrijfsgeheimen, de Wet dieren, de Wet financiering politieke partijen, de Wet handhaving consumentenbescherming, de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens, de Wet kinderopvang, de Wet natuurbescherming, de Wet op de architectentitel, de Wet op de kansspelen, de Wet op het financieel toezicht, de Wet op het notarisambt, de Wet pleziervaartuigen 2016, de Wet sociale werkvoorziening, de Wet voorkeursrecht gemeenten, de Wet windenergie op zee, en het Wetboek van Strafrecht.

Voor alle in totaal 994 vindplaatsen zal bekeken moeten worden of de personenvennootschap-rechtspersoon wel of niet onder de daar gegeven regeling voor 'rechtspersoon' dient te vallen. De gemaakte keuze zal ook moeten worden toegelicht. Dat dit nu nog steeds ontbreekt in de consultatiedocumenten is jammer. Het is geen detail dat tot de eindfase van dit wetgevingstraject kan wachten, maar een aspect dat potentieel van belang is voor het antwoord op de vraag of de figuur van een personenvennootschap-rechtspersoon überhaupt een goed idee is en, zo ja, welke constitutieve vereisten het beste aan die figuur gesteld kunnen worden.

Een hoofdregel (ook nog eens weggestopt in een niche; art. 810 lid 1 laatste volzin van een regeling over de 'personenvennootschap') die een belangrijke categorie rechtspersonen uitsluit van een algemeen begrip rechtspersonen, wekt verwarring in de hand. Veel mensen zullen er niet op bedacht zijn. Deze verwarring dient zich al aan in de fiscale voorstellen die onderdeel zijn van de consultatiedocumenten.

In het Voorontwerp Fiscaal wordt voorgesteld om in art. 2 lid 1 sub e Wet Vpb 1969 "andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen" te vervangen door "andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen niet zijnde openbare personenvennootschappen". Dat de opv hier een rechtspersoon wordt genoemd is verwarrend, omdat zij volgens art. 810 lid 1 laatste zin helemaal geen rechtspersoon in de zin van de Wet Vpb 1969 is. In de Wet Vpb 1969, of de voorgestelde aanpassingen daarvan, is immers niet anders bepaald. Deze verwarring speelt ook bij het voorgestelde art. 3 lid 1 onderdeel a Wet Vpb

1969 (daar wordt ‘andere rechtspersonen’ vervangen door ‘andere rechtspersonen niet zijnde openbare personenvennootschappen’).

Een ander definitieprobleem speelt bij de voorgestelde wijzigingen in de Wet belastingen van rechtsverkeer (WBR). Volgens de voorgestelde nieuwe tekst van art. 52 WBR valt onder het begrip ‘rechtspersoon’ namelijk niet enkel de rechtspersoon, maar ook de opv. Taalkundig is het nogal curieus. Dat ‘rechtspersoon’ hier op twee verschillende manieren wordt gebruikt (de ene keer inclusief, de andere keer exclusief opv) is dubbelhartig. Verder is onduidelijk, want niet toegelicht, of bedoeld is dat een opv ook ‘rechtspersoon’ is in de zin van art. 4 lid 3 WBR (hier betreft het niet het o.g.-lichaam, maar de aandeelhouder in een o.g.-lichaam).

In de MvT Fiscaal (artikelsgewijs), bij art. IX, onderdelen A t/m H worden de voorgestelde wijziging van de Comptabiliteitswet besproken. Hier wordt gesteld dat de opv geen aparte regeling in de Comptabiliteitswet behoeft, nu deze rechtsvorm al onder het in die wet bedoelde begrip ‘rechtspersoon’ zou vallen. Dit is incorrect, aangezien de opv in wetgeving buiten titel 7.13 BW juist niet als rechtspersoon heeft te gelden, tenzij in die andere wetgeving anders is bepaald (aldus art. 810 lid 1 laatste volzin). In de Comptabiliteitswet, of de voorgestelde aanpassingen daarvan, is niet anders bepaald.

Alleen al in deze (voorgestelde) fiscale wetsbepalingen – waarover de voorontwerper nota bene al herhaaldelijk heeft nagedacht – wordt de gevreesde verwarring rond het begrip ‘rechtspersoon’ manifest.

1.4.4 Oplossing

Het is duidelijker om de regel van art. 810 lid 1 te schrappen. Dan geldt dat de personenvennootschap-rechtspersoon ook rechtspersoon is in de zin van wet- en regelgeving buiten Titel 7.13 BW. Waar dienstig kan in specifieke gevallen de opv van bepaalde voor rechtspersonen gegeven regels worden uitgezonderd.

Mocht blijken dat de term rechtspersoon weinig consistent hanteerbaar is, dan valt te overwegen voor de opv een andere oplossing dan rechtspersoonlijkheid te vinden, een oplossing die (in het normale spraakgebruik) minder aanleiding tot verwarring zal geven.

1.5 Omzetting spv in opv met vermogensovergang onder algemene titel

1.5.1 De kwestie

Art. 810 lid 2 gaat ervan uit dat een spv kan worden omgezet in een opv. Indien dat gebeurt 'door inschrijving in het handelsregister', gaat het vennootschapsvermogen op de rechtspersoon over.

1.5.2 Plussen

De in het Voorontwerp gemaakte keuze wordt niet toegelicht. Ik zie ook geen voordelen. Voor zover mij bekend, is er vanuit de samenleving geen behoefte aan de hier besproken vermogensovergang onder algemene titel.

1.5.3 Minnen

Twee of meer personen kunnen samen een rechtshandeling verrichten. Zij kunnen bijvoorbeeld een opdracht aanvaarden en aandelen in een bv verkrijgen. De opdracht en de bv-aandelen kunnen dan niet zomaar aan een derde worden overdragen. In beginsel gelden er immers overdrachtsbeperkingen (art. 2:195 en 6:159 BW). Onduidelijk is waarom dit anders moet zijn, in het geval deze personen vennoten in een spv zijn. Dat de spv een afgescheiden vermogen heeft, en de verplichting van de opdrachtnemers net als de bv-aandelen tot dat afgescheiden vermogen behoren, maakt dit niet anders. Dat sprake is van vermogensscheiding heeft een verhaalfunctie en doet verder niet af aan het persoonlijke karakter van de vennoten als gezamenlijke opdrachtnemers en aandeelhouders.

Er zijn weliswaar schrijvers die bepleiten dat het vermogen van een volwaardige onderneming onder algemene titel overdraagbaar zou moeten zijn, maar over merites en uitwerking van dat idee wordt verschillend gedacht. Bovendien is voor een spv geen vereiste dat daarin een volwaardige onderneming wordt uitgeoefend.¹⁸

Het voorgestelde art. 810 lid 2 maakt de weg vrij om door omzetting van een spv in een opv onverhoeds aan persoonlijk bedoelde rechtsposities te

¹⁸ Zie ook de MvT Fiscaal (artikelsgewijs), bij art. I onderdeel B. Hier wordt onderkend dat de personenvennootschap een materiële onderneming (in fiscale zin) kan uitoefenen, maar niet hoeft uit te oefenen.

ontkomen. Het creëren van een bijzondere wettelijke opening daartoe is ongewenst. Derden hoefden bij het aangaan van transacties met de vennoten van een spv niet bedacht te zijn op deze mogelijkheid. De faciliteit lijkt ook fraudegevoelig.

Ook voor de vennoten kan de onvoorziene (en mogelijk niet eens opgemerkte) overgang naar de rechtspersoonlijkheid onvermoede en onbedoelde gevolgen hebben. Dit staat in schril contrast met het geval van de vermogensovergang onder algemene titel die bij een juridische fusie of splitsing aan de orde is. De procedure daarvoor is met veel waarborgen omkleed, waarbij de rechtszekerheid en de voorlichting aan betrokkenen, door de notaris, een belangrijke plaats innemen. In essentie vertoont de overgang onder algemene titel van vennootschapsvermogen van de vennoten (spv) op de rechtspersoon (opv) sterke gelijkenis met de figuur van een juridische splitsing. De vennoten laten een deel van hun vermogen op de nieuwe rechtspersoon overgaan. Waarom alle waarborgen die Boek 2 BW voor de juridische splitsing kent hierbij overboord gezet moeten worden, is onduidelijk.

Bij tot het vennootschapsvermogen behorende registergoederen, zoals onroerende zaken, speelt nog een bijzondere complicatie. De overgang van dergelijke zaken van de vennoten (de spv) op de rechtspersoon (de opv) zal aan het kadaster moeten worden opgegeven, net als bij een overgang ingevolge juridische splitsing. Verschil met het splitsingsgeval is evenwel dat daarbij een notaris betrokken is. Die zal op de opgaveverplichting bedacht zijn. Bij de figuur van art. 810 lid 2 zal doorgaans geen notaris betrokken zijn en valt te verwachten dat de vennoten vaak niet aan de opgaveplicht zullen denken. Voor zover zij dat wel doen, zullen zij de moeite van de opgave wellicht niet willen nemen (ter besparing van kosten en/of omdat zij het belang ervan niet inzien). Die opgave zal ingevolge art. 10a jo. art. 18 van de Kadasterwet overigens via de notaris moeten verlopen.

Notariële bemoeienis is in een geval als dit ook belangrijk. De manier waarop het kadaster onroerende zaken registreert die (blijkens de notariële verkrijgingsakte) tot het vermogen van een personenvennootschap behoren, is namelijk niet steeds duidelijk. Een bepaalde (notariële) recherche om vast te stellen of bij een omzetting van spv in opv onroerende zaken overgaan, is daardoor onontbeerlijk. Voorbijgaan aan deze aandachtspunten zal tot

vervuiling van het kadaster leiden, daarmee afbreuk doen aan de rechtszekerheid die het kadaster beoogt te bieden, en later tot extra kosten leiden.

Verder regelt art. 810 lid 2 slechts wat er met het vennootschapsvermogen gebeurt, in het geval de spv door inschrijving een opv (en dus rechtspersoon) wordt. *Niet* geregeld is de situatie dat de opv-status (volgens de kenmerken van art. 800 lid 2) anders dan door inschrijving wordt bereikt. Het Voorontwerp lijkt ervan uit te gaan dat dan wel een opv (dus rechtspersoon) ontstaat, maar het uit de spv-tijd stammende vennootschapsvermogen buiten die rechtspersoon wordt gehouden.¹⁹ Dat levert een erg ingewikkelde situatie op met vennootschapsvermogen deels in en buiten de rechtspersoon.²⁰ Wordt de opv vervolgens alsnog in het handelsregister ingeschreven, dan zou het oude spv-vermogen nog steeds niet overgaan. In dat geval is de opv-status immers niet 'door inschrijving in het handelsregister', maar al eerder verworven, waardoor ook die situatie buiten de reikwijdte van art. 810 lid 2 blijft.²¹ Dit is allemaal onnodig ingewikkeld.

Begrijpelijk is dat art. 810 lid 2 niet voorziet in een vermogensovergang van spv op opv voordat de opv in het handelsregister wordt ingeschreven.

Onduidelijkheid over het precieze moment van de vermogensovergang is immers ongewenst. Daarnaast speelt een rol dat de niet-ingeschreven opv volgens art. 810 lid 4 beperkt rechtsbevoegd is. Bepaalde vermogensbestanddelen die wel tot het (afgescheiden) vennootschapsvermogen van een spv kunnen behoren, zoals onroerende zaken, kunnen niet tot het vermogen van een niet-ingeschreven opv (als rechtspersoon) behoren. Het in de voorgaande alinea geschetste probleem kan dus niet worden opgelost door de voorgestelde vermogensovergang op de

¹⁹ Vreemd is ook dat ineens wordt verondersteld dat een vennootschap door inschrijving opv kan worden. Volgens art. 800 lid 2 is dat niet een manier om opv te worden.

²⁰ Onduidelijk in het Voorontwerp is of het buiten de rechtspersoon gebleven vennootschapsvermogen het karakter van een afgescheiden vermogen behoudt. Hoewel dit voor de hand lijkt te liggen, kent het Voorontwerp uitsluitend voor de spv bepalingen die op een afgescheiden vermogen beogen te duiden (art. 801 lid 1 sub a en art. 802).

²¹ De MvT Fiscaal (artikelsgewijs), bij art. VI onderdeel C, lijkt er overigens vanuit te gaan dat bij latere inschrijving van de rechtspersoon het oude vennootschapsvermogen wel alsnog op de rechtspersoon overgaat. Op het eerdere moment van de omzetting van spv in opv zou die laatste (als rechtspersoon) al economisch eigenaar van tot het vennootschapsvermogen behorende registergoederen worden.

rechtspersoon reeds voorafgaand aan de inschrijving in het handelsregister te laten plaatsvinden.²²

Overigens laat het Voorontwerp onduidelijkheid bestaan over de gevolgen van een omzetting als bedoeld in art. 810 lid 2 voor de vennotenaansprakelijkheid. Het komt ongerechtvaardigd voor, indien de omzetting tot enige aansprakelijkheidsvermindering zou leiden. Stel, A, B en C hebben een spv en huren in dat verband gezamenlijk een praktijkpand. Vervolgens zetten zij de spv om in een opv, door inschrijving in het handelsregister. Daarna treedt A uit. Is A nu nog aansprakelijk voor na zijn uittreden opkomende huurtermijn (wat de verhuurder mag verwachten nu hij de huurovereenkomst mede met A aanging), of niet (volgens de regel van art. 814 lid 5)? De eerste oplossing is redelijk jegens de verhuurder, maar is onaantrekkelijk voor A. In wezen heeft A zo niet zoveel aan de omzettingsfaciliteit van art. 800 lid 2. A, B en C hadden beter vanaf de start een opv kunnen hebben. De faciliteit van art. 800 lid 2 laat het aangaan van een spv aantrekkelijker lijken dan het in werkelijkheid is. Dit is onnodig verwarrend.

1.5.4 Oplossing

Deze faciliteit van omzetting van een spv in een opv (of: van maatschap in vof; zie § 1.2) kan beter worden geschrapt. Wel pleit ik voor een regeling voor de opv (vof/cv) i.o.; zie § 1.3.

²² Dit probleem speelt ook in het overgangsrecht; zie aan het slot van deze notitie onder “Invoeringsontwerp, art. 218 lid 4 Overgangswet NBW”.

1.6 Deelnamerecht; vruchtgebruik en pandrecht op uitkeringen

1.6.1 De kwestie

Art. 811 lid 1 omschrijft het ‘deelnamerecht’ in een opv als “het geheel van de vorderingen van de vennoot op het vermogen van de [opv]”. De MvT, p. 73 spreekt van een vermogensrecht bestaande uit alle vorderingen van de vennoot op het vermogen²³ van de personenvennootschap.” En voegt toe: “Het gaat hier onder meer om de vergoeding bij uittreden en het recht op periodieke winstuitkering”. Deze toevoeging is naar maatstaven van algemeen vermogensrecht onjuist. Een vorderingsrecht op een uitkering (of een uittreedvergoeding) vloeit wel voort uit het deelnamerecht, maar ligt er niet in besloten. Het ontstaat pas wanneer het zich uit het deelnamerecht verzelfstandigt. Doorgaans gebeurt dit op het moment waarop de uitkering betaalbaar wordt gesteld of, in het geval van een uittreedvergoeding, op het moment van uittreden. Art. 811 lid 3 onderkent dit ook.²⁴ Zie ook MvT, p. 77, met verwijzing naar HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9463 (*ING Bank/Nederend q.q.*). De omschrijving van art. 811 lid 1 behoeft aanpassing hierop.

Het ‘deelnamerecht’ in een opv is sterk vergelijkbaar met het ‘aandeel’ in een nv of bv.²⁵ Aandelen in een nv of bv zijn in wezen in mootjes gehakte deelnamerechten.²⁶ In Boek 2 BW wordt het aandeel in een nv of bv terecht niet als geheel van de vorderingen van de aandeelhouder op (het vermogen van) de vennootschap aangeduid.

Volgens art. 812 kunnen vruchtgebruik en pandrecht niet alleen worden gevestigd op het deelnamerecht, maar ook op een recht op uitkering. Vanuit een oogpunt van algemeen vermogensrecht roept dit vragen op. Boek 2 BW regelt niet dat vruchtgebruik en pandrecht op uitkeringen op bv-aandelen gevestigd kunnen worden. De mogelijkheden daartoe volgen eenvoudigweg uit de regels van Boek 3 BW. Zowel een vruchtgebruik als een pandrecht kan bij

²³ Dat van een vordering ‘op het vermogen’ sprake zou zijn, is onjuist. Het vermogen is immers geen rechtssubject.

²⁴ Volgens art. 811 lid 3 ‘ontstaat’ het recht op een uittreedvergoeding bij uittreden.

²⁵ Om deze reden heb ik eerder de term ‘vennootschapsaandeel’ voorgesteld voor wat het Voorontwerp nu met ‘deelnamerecht’ lijkt te bedoelen. Stokkermans 2017, p. 252/253. Tegen de term deelnamerecht heb ik overigens geen bezwaar.

²⁶ Stokkermans 2017, p. 189.

voorbaat worden gevestigd.²⁷ Dus waarom zou men dit bij uitkeringen op het deelnamerecht in een opv afzonderlijk regelen? De voorgestelde regeling voegt niets toe.²⁸

Wellicht is bedoeld – ik speculeer nu – dat bij de opv toekomstige rechten op uitkeringen en op een uittreedvergoeding toch al op voorhand in het deelnamerecht besloten zouden liggen en bestaan. Dit zou tot opmerkelijke afwijkingen van het algemene vermogensrecht leiden. Stel, eerst wordt bij voorbaat een pandrecht op een uittreedvergoeding gevestigd (voor pandhouder A), vervolgens wordt een pandrecht op het deelnamerecht gevestigd (voor pandhouder B), en weer wat later gaat de vennoot failliet, waardoor hij uittreedt en gerechtigd wordt tot de uittreedvergoeding. Naar algemeen vermogensrecht trekt pandhouder B aan het langste eind. Door zaaksvervanging komt zijn pandrecht op het recht op de uittreedvergoeding te rusten, terwijl het pandrecht van A als posterieur wordt gezien (omdat het verpande goed pas later ontstaat) en bovendien op grond van art. 35 lid 2 Fw niet eens beklijft. Indien de bedoeling van het Voorontwerp is om deze systematiek te doorbreken, zou pandhouder A voorrang krijgen boven pandhouder B.

De voorgestelde regeling over vruchtgebruik op uitkeringen roept ook nog een ander probleem op. Aan een dergelijk vruchtgebruik bestaat doorgaans geen behoefte, omdat uitkeringen doorgaans direct na betaalbaarstelling worden voldaan. Het recht op de uitkering levert dan helemaal geen vruchten op (zoals rente wegens te late betaling).²⁹ Indien de bedoeling is om een winstuitkering integraal aan de vruchtgebruiker te laten toekomen, dan kan dat volgens het algemene vermogensrecht niet met een vruchtgebruik op het recht op die winstuitkering worden bereikt. Het is onmogelijk dat goederen waarop een recht van vruchtgebruik rust, vruchten zijn van datzelfde goed.

Winstuitkeringen kunnen worden aangemerkt als vruchten van een

²⁷ Ten aanzien van vruchtgebruik is dit uitdrukkelijk geregeld in art. 3:231 BW. Art. 35 lid 2 Fw blokkeert de totstandkoming van een vruchtgebruik of pandrecht dat bij voorbaat is gevestigd op een goed dat pas ontstaat bij of na het faillissement van de hoofdgerechtigde.

²⁸ Wel volgt uit art. 812 lid 4 ten onrechte dat een pandrecht op een recht op uitkering (lid 2) niet kan worden uitgesloten.

²⁹ Zie ook Chr.M. Stokkermans, Eenvoudig personenvennootschapsrecht, *MvO* 2019, nummers 3 & 4, p. 103.

deelnamerecht, en niet als vrucht van zichzelf. Vgl. voor huurvorderingen: HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331 (*Telecom Vastgoed/KPN*).

De voorgestelde regeling over pandrecht op een deelnamerecht bevat nog een toevoeging. Ook als het deelnamerecht niet-overdraagbaar is, kan het volgens het voorstel verpandbaar zijn. Dit vormt een uitzondering op de hoofdregel (art. 3:228 BW), dat uitsluitend overdraagbare goederen verpandbaar zijn.

1.6.2 Plussen

Waarom het deelnamerecht als een samenstel van vorderingen wordt omschreven en waarom vruchtgebruik en pandrecht op uitkeringen wordt geregeld, wordt in de MvT niet uitgelegd. Ik zie ook geen voordelen.

Het voorstel om een pandrecht op een niet-overdraagbaar deelnamerecht toe te laten is aantrekkelijk, omdat het overdraagbaar maken van een deelnamerecht (met het oog op verpandbaarheid) al snel een ongewenste inbreuk op de beslotenheid van de vennootschap kan geven, en ook ongewenste fiscale consequenties kan hebben. Bij vestiging van het pandrecht op een deelnamerecht kan worden gezorgd dat overdracht door executie niet aan de orde hoeft te komen. De pandgever kan immers zo nodig uit de vennootschap treden; de pandhouder kan zich dan op de (vervangende) uittreedvergoeding verhalen. Bij vestiging van het pandrecht kan de pandhouder bedingen dat hij dit uittreden zo nodig kan afdwingen (zie art. 812 lid 3).

1.6.3 Minnen

De omschrijving van het deelnamerecht als een samenstel van vorderingen en de regeling voor vruchtgebruik en pandrecht op uitkeringen wijken onnodig af van het algemene vermogensrecht, zijn verwarrend en complicerend, en lijken geen nuttig doel te dienen.

De mogelijkheid om pandrecht op een niet-overdraagbaar deelnamerecht te vestigen wijkt eveneens af van het algemene vermogensrecht (art. 3:228 BW), maar dient een aanvaardbaar doel (zie boven).

1.6.4 Oplossing

De omschrijving van het deelnamerecht als een samenstel van vorderingen kan het beste in overeenstemming worden gebracht met de regels van het algemene vermogensrecht.

De regeling voor vruchtgebruik en pandrecht op uitkeringen kan het best worden geschrapt, om geen onnodige complexiteit toe te voegen en het algemene vermogensrecht zijn werk te laten doen.

De mogelijkheid tot het vestigen van pandrecht op een niet-overdraagbaar deelnamerecht is verdedigbaar omdat dit in een gerechtvaardigde behoefte voorziet en het slechts een beperkte en overzichtelijke afwijking van het algemeen vermogensrecht betreft.

1.7 Vennotenaansprakelijkheid bij de spv

1.7.1 De kwestie

De vennotenaansprakelijkheid bij de spv is in het Voorontwerp niet geregeld. Dit brengt mee dat hiervoor de regels van het commune recht zullen gelden. De vennoten zijn voor schulden die zij gezamenlijk aangaan voor gelijke delen aansprakelijk, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn (art. 6:6 lid 1 BW). Het uittreden van een vennoot uit de spv bevrijdt hem in beginsel niet van schulden die (mede) door hem als vennoot zijn aangegaan. Na uittreden gelden geen van het algemene vermogensrecht afwijkende verjaringstermijnen. Of de *Biek*-regel dat nieuwe vennoten individueel aansprakelijk worden voor nieuwe schulden voortvloeiend uit oude rechtsverhoudingen, voor de spv zal gelden, is niet duidelijk.³⁰ Vennootschapsschulden zijn mede verhaalbaar op het vennootschapsvermogen, dat een afgescheiden vermogen is. De individuele verbondenheid van de vennoten (in hun privévermogens) is niet subsidiair ten opzichte van hun gezamenlijke verbondenheid (in het vennootschapsvermogen).

In deze opzet is de vennotenaansprakelijkheid voor vennootschapsschulden bij de spv dus in beginsel voor gelijke delen; bij de opv is die hoofdelijk. Wordt, in plaats van het onderscheid spv/opv, gekozen voor een herpositionering van maatschap en vof naar Belgisch voorbeeld, zoals ik bepleit (zie §§ 2 en 3), dan ontstaat meer keuzevrijheid (en daardoor 'concurrentie' tussen maatschap en vof). Een vennootschap tot uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam (nu per se een vof) kan dan naar keuze als maatschap (zonder rechtspersoonlijkheid) of als vof (rechtspersoon) worden opgezet. De maatschapsvorm kan dan aantrekkelijk worden om de hoofdelijkheid bij de vof te ontgaan. De vraag is of dat jegens wederpartijen redelijk is. Een alternatief is om het toepassingsbereik van de 'voor gelijke delen'-regel naar internationaal voorbeeld enigszins in te perken.³¹

³⁰ Er is wel opgemerkt dat het *Biek*-arrest een openbare maatschap betrof en niet zonder meer mag worden aangenomen dat de regels uit het arrest ook voor de stille maatschap gelden.

³¹ Zie Stokkermans 2017, p. 24 (Frankrijk), p. 39 (Duitsland), p. 56/57 (Engeland), p. 206 (voorstel voor Nederland).

1.7.2 Plussen

Gezien het gebrek aan rechtspersoonlijkheid van de spv, ligt voor de vennotenaansprakelijkheid voor de hand dat het algemene vermogensrecht tot uitgangspunt wordt genomen. De regeling neemt afstand de huidige situatie dat Boek 7A-aansprakelijkheid in voorkomende gevallen de aansprakelijkheidsregels uit het commune recht doorkruist. Door samenloop kan op dit moment immers gebeuren dat een vennoot die zich bij een door de maatschap aanvaarde opdracht voor de beroepsfout van een collega kan disculperen (art. 7:407 lid 2 BW) toch voor gelijk deel aansprakelijk is (Boek 7A BW).³²

De regeling van het Voorontwerp brengt mee dat de spv niet bij uitstek geschikt zal zijn voor gevallen waarin regelmatig toe- en uittreding van vennoten wordt voorzien. Dat levert geen minpunt op, want er zijn genoeg andere rechtsvormen waaruit (beoogde) vennoten kunnen kiezen die daar beter geschikt voor zijn.

1.7.3 Minnen

Dat de Nederlandse hoofdregel in het commune recht – aansprakelijkheid voor gelijke delen – ook geldt voor gezamenlijke schulden die in de uitoefening van ondernemingsactiviteiten worden aangegaan, wijkt af van de internationale norm. Het oude handelsrecht gaat ook buiten vof-verband uit van hoofdelijkheid bij pluraliteit van schuldenaren. Dat gold niet voor schulden in de uitoefening van een beroep, omdat beroepsactiviteiten buiten het handelsrecht vielen. Breed wordt aangenomen dat dit onderscheid tussen beroep en bedrijf niet meer van deze tijd is en dat beroep op één lijn met bedrijf gesteld kan worden.

Of in de nieuwe opzet nieuwe vennoten van een spv individueel aansprakelijk worden voor nieuwe schulden voortvloeiend uit oude rechtsverhoudingen, is onduidelijk.

1.7.4 Oplossing

Om beter aan te sluiten bij de internationale norm en onevenwichtigheid tussen spv en opv (maatschap/vof nieuwe stijl) te voorkomen, kan worden

³² Ook deze regel volgt uit het *Biek*-arrest.

overwogen om het aantal gevallen van hoofdelijkheid in het commune recht uit te breiden. Verschillende varianten zijn denkbaar. Het heeft mijn voorkeur om hoofdelijkheid te aanvaarden in het geval twee of meer in beroep of bedrijf optredende personen zijn verbonden voor dezelfde schuld. Ook kan worden bepaald dat bij twijfel of een schuld in de uitoefening van een beroep of bedrijf is aangegaan, deze nieuwe hoofdregel wordt toegepast.

Voor de aansprakelijkheid van nieuwe vennoten voor nieuwe schulden voortvloeiend uit oude rechtsverhoudingen, kan naar het commune recht worden verwezen. Zo is er ruimte voor de rechter om hiervoor criteria te ontwikkelen. De spv is niet specifiek bedoeld voor gevallen waarin toe- en uittreden te voorzien zijn. Vennoten die op zoek zijn naar rechtszekerheid over vennotenaansprakelijkheid bij vennotenwissels kunnen beter kiezen voor een andere rechtsvorm, zoals de opv.

1.8 Aansprakelijkheid uitgetreden vennoot bij opv

1.8.1 De kwestie

Volgens art. 814 zijn de vennoten van een opv (die dus rechtspersoon is) hoofdelijk naast de opv verbonden voor verbintenissen van de opv jegens derden (lid 1). Deze vennotenaansprakelijkheid is een wettelijke aansprakelijkheid. Immers, zonder deze bepaling zou slechts de rechtspersoon aansprakelijk zijn. Vennoten kunnen slechts worden aangesproken voor zover de opv 'in verzuim' is (lid 2). De rechtspersoon wordt zo hoofdschuldenaar; de (wettelijke) vennotenaansprakelijkheid krijgt een afhankelijk en subsidiair karakter.

Volgens art. 814 lid 5 blijft een uitgetreden vennoot aansprakelijk voor vennootschapsschulden die ten tijde van het uittreden bestaan. Voor deze schulden gaat een enigszins beperkte verjaringstermijn gelden. Er is niets geregeld over schulden waarvoor de grondslag voorafgaand aan het uittreden is gelegd, maar die pas na het uittreden ontstaan. Denk hierbij aan huurverplichtingen die na uittreden ontstaan uit een voordien aangegane huurovereenkomst, en aan gevallen van sluipende schade.³³ Dit gebrek aan een regeling suggereert³⁴ dat een uitgetreden vennoot al niet meer jegens de verhuurder aansprakelijk is voor de eerste huurtermijn die vervalt na inschrijving van het uittreden in het handelsregister.

1.8.2 Plussen

Het voorstel om van de vennotenaansprakelijkheid een wettelijke aansprakelijkheid te maken met een subsidiair en afhankelijk karakter, past goed bij het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de opv. Het uitgangspunt dat de vennotenaansprakelijkheid hoofdelijk is, sluit aan bij de regeling die voor de openbare vennootschap redelijk wordt gevonden en bovendien in bepaalde gevallen al geldt.

Dat een uitgetreden vennoot niet aansprakelijk wordt voor vennootschapsschulden die na uittreden ontstaan maar waarvoor de grondslag eerder werd gelegd (zoals huurverplichtingen die na uittreden ontstaan uit een

³³ Nog een ander voorbeeld: de verplichting uit een vóór het uittreden door de vennootschap toegekende calloptie die na het uittreden wordt uitgeoefend.

³⁴ De vennotenaansprakelijkheid bij de opv is een wettelijke aansprakelijkheid (zie boven). Zonder wettelijke basis, dus geen vennotenaansprakelijkheid.

voordien aangegane huurovereenkomst) is gunstig voor de uitgetreden vennoot.

1.8.3 Minnen

Het voorstel om van de vennotenaansprakelijkheid een wettelijke aansprakelijkheid te maken met een subsidiair en afhankelijk karakter kent m.i. geen wezenlijke nadelen.

Dat een uitgetreden vennoot niet aansprakelijk wordt voor vennootschapsschulden die na uittreden ontstaan maar waarvoor de grondslag eerder werd gelegd (zoals huurverplichtingen die na uittreden ontstaan uit een voordien aangegane huurovereenkomst) is nogal ongunstig voor de vennootschapsschuldeiser (zoals de verhuurder). De voorgestelde regel steekt ook onevenwichtig af tegenover schulden die vlak voor uittreden ontstaan. De uitgetreden vennoot blijft nog vijf jaar aansprakelijk voor de huurtermijn over de maand voorafgaand aan zijn uittreden (welke verjaringstermijn ook nog gestuit kan worden), en is in het geheel niet aansprakelijk voor de huurtermijn over de maand na zijn uittreden. Hier laat het Voorontwerp de uitgetreden vennoot wel erg makkelijk weggkomen.

1.8.4 Oplossing

In art. 814 lid 5 kan worden bepaald dat een uitgetreden vennoot mede aansprakelijk wordt voor na uittreden ontstane vennootschapsschulden die hun oorsprong vinden in vóór het uittreden verrichte rechtshandelingen. Voor deze categorie vordering zou naar Duits voorbeeld een vervaltermijn van vijf jaar na ontstaan gehanteerd kunnen worden.³⁵

³⁵ Vgl. over de vervaltermijn uit het Duitse recht: Stokkermans 2017, p. 223-225.

1.9 Aansprakelijkheid en draagplicht voor beroepsfouten bij de opv

1.9.1 De kwestie

Art. 814 lid 3 bevat een regeling over vennotenaansprakelijkheid bij beroepsfouten en de interne draagplicht daarbij. Indien de opv een opdracht heeft ontvangen waarvan de uitvoering door de opdrachtgever aan een vennoot is toevertrouwd, en deze een beroepsfout maakt, heeft zijn vennotenaansprakelijkheid geen subsidiair en afhankelijk karakter en kunnen de overige vennoten zich disculperen. De draagplicht voor de schade wordt gelijkgetrokken met de externe aansprakelijkheid, tenzij de vennoten anders zijn overeengekomen.

Opvallend aan deze regeling is het nieuwe criterium van het 'toevertrouwd zijn'. Het herinnert aan twee bepalingen uit de opdracht-regeling van titel 7.7 BW. Opdrachten kunnen aan een opdrachtnemer worden gegeven 'met het oog op' een bepaalde, daar werkzame persoon, die dan naast de opdrachtnemer voor zijn beroepsfout aansprakelijk kan zijn (art. 7:404 BW). Verder zijn bij een opdracht aan een pluraliteit van opdrachtnemers alle opdrachtnemers hoofdelijk voor een beroepsfout aansprakelijk, maar kan een 'onschuldige' onder hen zich disculperen, indien de beroepsfout niet aan hem 'toerekenbaar' is (art. 7:407 lid 2 BW). Waarom in art. 814 lid 3 van die formuleringen is afgeweken, wordt in de MvT niet vermeld. Uiteraard is wel duidelijk dat art. 7:407 lid 2 BW niet rechtstreeks van toepassing is bij een opdracht aan de opv, aangezien in dat geval alleen de rechtspersoon opdrachtnemer is; er is dus geen pluraliteit van opdrachtnemers. Art. 7:404 BW speelt nog wel een rol. Een opdracht kan immers aan de opv worden verleend 'met het oog op' een persoon (al dan niet vennoot, of, via een persoonlijke bv, indirect vennoot) die bij de opv werkzaam is.

De voorgestelde draagplichtregeling is eveneens opvallend. Onduidelijk is waarom intern niet voor een 'ernstig verwijt' criterium (of soortgelijke verhoogde drempel) wordt gekozen.

1.9.2 Plussen

Dat het Voorontwerp voorziet in een disculpatiemogelijkheid voor 'onschuldige' vennoten jegens derden sluit goed aan bij het commune recht (art. 7:407 lid 2 BW) en is daarmee goed verdedigbaar.

Dat een regeling wordt getroffen voor de draagplicht bij beroepsfouten, kan de rechtszekerheid bevorderen. De mogelijkheid van contractuele afwijking van het wettelijk uitgangspunt biedt aantrekkelijke flexibiliteit.

1.9.3 Minnen

Het gekozen criterium van het 'toevertrouwd zijn' is nieuw en roept vragen op. Het criterium drukt niet precies uit wat wordt bedoeld. Volgens de MvT, p. 89, is geen disculpatieruimte bedoeld voor de vennoot aan wie de opdracht weliswaar op papier niet is 'toevertrouwd', maar die wel feitelijk de uitvoering op zich heeft genomen. Daar komt bij dat in veel beroepsvennootschappen geen beroepsbeoefenaren vennoot zijn, maar persoonlijke bv's van beroepsbeoefenaren. Dat een opdracht waarbij een beroepsvennootschap opdrachtnemer is aan een dergelijke persoonlijke bv zou worden 'toevertrouwd' komt eigenlijk niet voor en zou ook gewrongen en kunstmatig zijn.

De regeling die de (interne) draagplicht gelijkstelt met de (externe) aansprakelijkheid komt te streng voor. Het kan zijn dat een 'onschuldige' vennoot zich extern kan disculperen, omdat hij part noch deel aan de gemaakte beroepsfout had. Dat behoort dan in beginsel onverlet te laten dat hij mede draagplichtig kan zijn, onder het motto 'waar gehakt wordt, vallen spaanders'. Alle vennoten delen mee in de winsten die met het uitvoeren van opdrachten worden gemaakt; zij dragen dan in beginsel ook in de kosten van de 'normale' fouten die daarbij gemaakt kunnen worden. Intern kan de beroepsfout gelden als een wanprestatie onder de verplichting van de vennoot om zijn arbeid in te brengen. Een redelijke uitleg van die verplichting zal doorgaans meebrengen dat (de schade uit) de 'normale' beroepsfout die wordt gemaakt in de uitvoering van een aan de opv verstrekte opdracht, intern voor rekening van de opv komt. Vgl. de beperkte draagplicht voor fouten van werknemers en ingehuurde zzp'ers die met werknemers vergelijkbaar zijn.

1.9.4 Oplossing

In plaats van het criterium 'toevertrouwd zijn' kan worden aangesloten bij het criterium 'toerekenbaar aan' uit art. 7:407 lid 2 BW. In de MvT kan dan worden opgemerkt dat de rechtspersoonlijkheid van de opv er niet aan in de weg staat dat de beroepsfout van een vennoot aan deze vennoot toerekenbaar kan zijn. Neemt de beroepsbeoefenaar via een persoonlijke bv als vennoot in de personenvennootschap deel, dan kan een beroepsfout die door of onder verantwoordelijkheid van die beroepsbeoefenaar wordt gemaakt, aan die bv toerekenbaar zijn. Los van de vennotenaansprakelijkheid van art. 814 lid 3 kan art. 7:404 BW nog aansprakelijkheid meebrengen van de beroepsbeoefenaar die als vennoot of indirecte vennoot bij de opv werkzaam is.

De voorgestelde draagplichtregeling kan worden aangepast: de gelijkstelling met de externe vennotenaansprakelijkheid kan worden vervangen door een 'ernstig verwijt' criterium (of soortgelijke verhoogde drempel).

1.10 Structuurwijziging na ontbinding

1.10.1 De kwestie

Voor het geval een opv wordt ontbonden door het uittreden van de voorlaatste vennoot geeft art. 815 lid 1, voor een periode van drie maanden nadien, drie opties:

- (1) De opv wordt tijdelijk voortgezet door de overgebleven vennoot; of
- (2) De opv wordt ontbonden onder voortzetting van de activiteiten door de enig overgebleven vennoot; of
- (3) Er wordt aangevangen met vereffening.

Bij optie (1) kan de ontbonden opv worden 'hersteld' door alsnog een tweede vennoot te laten toetreden (art. 815 lid 2). Bij een keuze voor optie (2) gaat het vennootschapsvermogen een (ruime) maand later onder algemene titel op de laatste vennoot over, behoudens een schuldeisersverzetsprocedure, en krijgen oude vennootschapsschuldeisers voorrang in hun verhaal op oude vennootschapsgoederen (art. 815 leden 3, 5 en 6). Behoort een beklemd stichtingsvermogen tot het vermogen van de ontbonden opv, dan kan dit slechts met toestemming van de rechter op de laatste vennoot overgaan (art. 815 lid 4). Van deze regels kan niet ten nadele van derden worden afgeweken (art. 815 lid 7).

1.10.2 Plusen

Dat het uittreden van de laatste vennoot niet dwingend tot vereffening moet leiden, is aantrekkelijk. Er kunnen immers goede alternatieven voor een vereffening bestaan.

1.10.3 Minnen

De manier waarop de alternatieven zijn vormgegeven en verwoord, roept vragen op. Onduidelijk is waarom en in hoeverre de opv na het uittreden van de voorlaatste vennoot als 'ontbonden' moet worden aangemerkt. Kan de opv alsnog (zonder dat eerst een tweede vennoot hoeft toe te treden) in een bv worden omgezet? Dat kan een aantrekkelijk alternatief zijn, maar volgens art. 821 lid 1 kan een ontbonden opv niet in een bv worden omgezet.

Verder is onduidelijk waarom de vermogensovergang onder algemene titel van optie (2) aan het vereiste van een 'voortzetting van de activiteiten' wordt

onderworpen. Onduidelijk is ook wat precies met dat vereiste wordt bedoeld; dat geeft rechtsonzekerheid. De vermogensovergang is in vergelijking met een juridische fusie ook met maar weinig waarborgen omkleed. Zo ontbreekt een verplichte tussenkomst van de notaris en kan vermogen overgaan op natuurlijke personen (die met de noorderzon kunnen verdwijnen) en op niet EU/EER-rechtspersonen, wat bij juridische fusie niet is toegelaten. Waarom voor dit relatief losse regime wordt gekozen, maakt de MvT niet duidelijk; ik zie daar ook geen goede redenen voor. Daarbij is ook geen zichtbare aandacht besteed aan de functie die de scherpere waarborgen bij juridische fusie vervullen, terwijl die mij juist nuttig voorkomen en frauderisico's helpen beperken; zie ook hetgeen hierboven is opgemerkt in § 1.5.3, naar aanleiding van de in art. 810 lid 2 voorziene vermogensovergang onder algemene titel bij omzetting van een spv in een opv.

Een complicerende factor bij de geregelde overgang van een beklemd stichtingsvermogen (art. 815 lid 4) is dat het veelal een saldopost betreft. Het bekleemde vermogen bestaat dan niet uit specifieke vermogensbestanddelen die voor een overgang onder algemene titel vatbaar zijn. Daardoor is onduidelijk wat er met het bekleemde stichtingsvermogen gebeurt, indien of zolang de toestemming van de rechter niet is verleend. Ook is onduidelijk welke criteria de rechter dient te hanteren bij het al dan niet verlenen van toestemming.

In art. 815 lid 3 is onduidelijk wat het gevolg is, indien de laatste vennoot verzuimt zijn keuze voor optie (2) aan een vennootschapsschuldeiser kenbaar te maken. Ook is onduidelijk op welke wijze de mededeling aan schuldeisers gedaan moet worden, en of de mededelingsverplichting ook geldt jegens aan de vennootschap onbekende schuldeisers.

Bij optie (2) vindt de vermogensovergang onder algemene titel plaats op de eerste dag van de maand volgend op de dag nadat drie maanden na het uittreden van de voorlaatste vennoot zijn verstreken, tenzij een schuldeiser intussen bij de rechter bezwaar heeft gemaakt en deze daarop nog niet onherroepelijk heeft beslist (art. 815 lid 5). Dat is een vrij ingewikkelde en rigide regeling. Bovendien laat de regeling open dat de laatste vennoot pas daags vóór het verstrijken van de drie-maandsperiode kenbaar maakt voor

optie (2) te kiezen. Schuldeisers hebben dan helemaal geen tijd gehad om binnen de drie-maandsperiode bezwaar aan te tekenen.

In het geval van optie (2) verdient ook de voorrangregeling voor oude vennootschapsschuldeisers nog aandacht (art. 815 lid 6). De voorrang geldt voor oude vennootschapsgoederen die op de laatst overgebleven vennoot zijn overgegaan. Onduidelijk is of en hoe de regels van zaaksvervanging gelden, indien de laatste vennoot, nadat het vennootschapsvermogen op hem is overgegaan, een of meer van de voormalige vennootschapsgoederen vervreemdt. Verder is onduidelijk of de voorrang ook voor de vruchten van de voormalige vennootschapsgoederen geldt, en hoe dat dan precies werkt. Een regeling van deze aspecten lijkt bovendien tot hetzij een vrij lege dop dan wel behoorlijk complexe situaties te kunnen leiden.

1.10.4 Oplossing

Om al deze moeilijkheden te vermijden en de regeling overzichtelijk en beheersbaar te houden, zijn de volgende aanpassingen denkbaar.

Toegevoegd kan worden dat de opv zich binnen drie maanden na het uittreden van de voorlaatste vennoot nog kan omzetten in een bv.

In plaats van optie (2) kan worden toegelaten dat de opv binnen drie maanden na het uittreden van de voorlaatste vennoot nog partij bij een juridische fusie kan zijn.

Verder kan worden uitgesloten dat een stichting of een rechtspersoon met een voormalig stichtingsvermogen zich in een opv kan omzetten (zie ook § 1.12).

1.11 CV, commanditaire vennoten en handelsregister

1.11.1 De kwestie

Volgens de MvT, p. 35, geldt: “Een commanditaire vennootschap is per definitie een openbare personenvennootschap die is ingeschreven. Er is niet voorzien in de mogelijkheid van een niet in het handelsregister ingeschreven CV of een stille CV, omdat dit teveel onzekerheid voor derden zou opleveren.” Uit de tekst van het Voorontwerp blijkt dit niet. Indien al moet worden aangenomen dat in art. 800 lid 4 de passage “die als zodanig wordt ingeschreven in het handelsregister” op de cv (en niet op de commanditaire vennoot) slaat,³⁶ dan nog duidt het ‘wordt’ in het aangehaalde zinsdeel niet op een constitutief vereiste, maar op een verplichting die ook na het cv worden vervuld kan worden. Art. 800 lid 4 suggereert aldus dat art. 800 lid 2 (de opv kan al voorafgaand aan de inschrijving in het handelsregister rechtspersoonlijkheid verwerven) ook voor de cv geldt.

De ontwerper van het Voorontwerp lijkt niet te bedoelen dat alle vennoten (dus ook de commanditaire vennoten) hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden die door de cv worden aangegaan zolang zij niet is ingeschreven. Art. 814 lid 6 (over aansprakelijkheid bij de niet-ingeschreven opv) ontbreekt immers in het rijtje opv-bepalingen dat in art. 819 lid 2 (over commanditaire vennoten) van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Bovendien zou aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot er niet aan in de weg hoeven staan dat sprake is van een cv (en van commanditaire vennoten).³⁷

Elders op p. 35 MvT staat: “In de Invoeringswet zal worden bepaald dat commanditaire vennoten die ten minste een bepaald belang hebben, ook moeten zijn ingeschreven in het handelsregister. Bij de omschrijving van het belang wordt aangesloten bij artikel 3, lid 1, onderdeel d, van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.” In het Invoeringsontwerp is dit nog niet terug te vinden. Ik duid deze in te schrijven commanditaire vennoten maar even als ‘groot’ aan, en de overige commanditaire vennoten als ‘klein’. Het voorstel

³⁶ Doordat vóór het aangehaalde zinsdeel geen komma staat, is taalkundig de zuiverste uitleg dat ‘die’ op de commanditaire vennoot terugslaat. Dit suggereert dat iedere commanditaire vennoot in het handelsregister zou moeten worden ingeschreven, hetgeen wordt weersproken door een andere passage op p. 35 MvT, waar staat dat alleen commanditaire vennoten met een bepaald minimumbelang in het handelsregister hoeven te worden ingeschreven.

³⁷ Vgl. HR 23 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BB9390 (*Caravan-cv*).

roept de vraag op of grote en kleine commanditaire vennoten die volgens de cv-overeenkomst mogen meebesturen, niet als zodanig ook ingeschreven moeten worden. Verder gaat het voorstel zonder toelichting voorbij aan pleidooien om naar (onder meer) Duits voorbeeld sowieso alle commanditaire vennoten inschrijfplichtig te maken. Dit vergroot de duidelijkheid in het verkeer (dat een persoon commanditair vennoot is, is dan immers voor eenieder kenbaar) en kan helpen frauderisico's te beperken.

1.11.2 Plussen

De uit de MvT blijkende bedoeling om uitsluitend in het handelsregister ingeschreven cv's toe te laten, sluit goed aan bij de in § 1.3 bepleite regeling voor de opv (vof). Hierin is voor rechtspersoonlijkheid inschrijving in het handelsregister vereist en kan daarbuiten de figuur van de opv (vof) i.o. worden gebruikt.

Het voordeel van de voorgestelde regeling om alleen grote commanditaire vennoten inschrijfplichtig te maken lijkt te zijn dat kleine commanditaire vennoten niet met additionele administratieve verplichtingen worden belast.

1.11.3 Minnen

Tegen inschrijving van de vennootschap in het handelsregister als constitutief vereiste voor de cv (en daarnaast de mogelijkheid van een cv i.o.) zie ik geen bezwaar.

De uitsluiting van kleine commanditaire vennoten van de inschrijfplicht is dat in het verkeer onnodige onduidelijkheid blijft bestaan over de vraag wie precies de vennoten zijn. Het enkele feit dat een persoon als gewoon vennoot staat ingeschreven, laat onverlet dat een niet-ingeschreven vennoot eveneens gewoon vennoot kan zijn. Het zou primair aan de commanditaire vennoot moeten zijn om jegens derden duidelijk te maken dat hij aanspraak op beperkte aansprakelijkheid maakt. De manier bij uitstek om dat te doen is inschrijving in het handelsregister.

Een inschrijfplicht is te meer gewenst, nu derden er rekening mee hebben te houden dat commanditaire vennoten, groot en klein, bevoegd kunnen zijn aan het bestuur deel te nemen.

Bovendien zullen commanditaire vennoten in cv-verband ondernemingsactiviteiten kunnen ontplooiën. Zo laat het Voorontwerp toe dat bijvoorbeeld advocaten of loodgieters hun gezamenlijke advocatenpraktijk of loodgietersbedrijf uitoefenen in een cv. Zij kunnen zelf de commanditaire vennoten zijn. Een bv waarvan de cv enig aandeelhouder is, kan als besturend vennoot worden aangesteld.³⁸ Per saldo is deze constructie vergelijkbaar met die van een Engelse LLP, waarvan de vennoten worden ingeschreven bij de Engelse equivalent van ons handelsregister.³⁹ De ‘actieve’ commanditaire vennoot combineert fiscale transparantie van de cv met beperkte aansprakelijkheid. Daaraan het voorrecht van anonimiteit toevoegen dat aan andere ondernemers niet toekomt, komt mij niet gerechtvaardigd voor. Dat bepaalde ondernemersfaciliteiten in de IB-sfeer aan de commanditaire vennoot worden onthouden,⁴⁰ doet hieraan niet af.

1.11.4 Oplossing

In het Voorontwerp kan worden verduidelijkt dat inschrijving van de vennootschap in het handelsregister (of eerdere notariële akte; vgl. § 1.3) een constitutief vereiste voor de cv is (met daarnaast de mogelijkheid van een cv i.o.).

Voor iedere commanditaire vennoot kan, net als voor iedere gewone vennoot, een verplichting tot inschrijving in het handelsregister worden voorzien. Daarbij kan worden bepaald dat de niet-ingeschreven commanditaire vennoot hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk is voor de vennootschapsschulden (behoudens matiging, indien daartoe gronden bestaan).⁴¹ Voor commanditaire vennoten die bij invoering van titel 7.13 BW nog niet staan ingeschreven kan worden bepaald dat, zolang de inschrijving nog niet is geschied, de cv gehouden is op eerste redelijk verzoek van een belanghebbende aan deze bekend moet maken wie de commanditaire vennoten zijn.

³⁸ Vgl. de Duitse Einheits-GmbH & Co. KG, die ook wordt genoemd in het artikelsgewijze commentaar bij art. 819 verderop in deze consultatiereactie.

³⁹ Stokkermans 2017, p. 335.

⁴⁰ Over het ‘verbondenheidscriterium’ en de nu geldende uitzondering daarop voor beroepsuitoefening (art. 3.5 Wet IB 2001), zie Stokkermans 2017, p. 365/366. In het Voorontwerp Fiscaal wordt deze uitzondering afgeschaft.

⁴¹ Een uitzondering zou gemaakt kunnen worden voor commanditaire vennoten van gereguleerde beleggings-cv’s. Aldus reeds Stokkermans 2017, p. 320.

1.12 Omzetting vereniging, stichting of ovm in opv, en omgekeerd

1.12.1 De kwestie

Het Voorontwerp laat toe dat een opv wordt omgezet in een private rechtspersoon als bedoeld in Boek 2 BW. Waarom deze mogelijkheid voor alle rechtspersonen van Boek 2 BW wordt gegeven, is niet toegelicht. Deze 'completeheid' lijkt vooral voort te komen uit theoretisch systeemdenken (binnen Boek 2 BW zijn alle omzettingen mogelijk, dus het ligt voor de hand dat naar titel 7.13 BW uit te breiden), en minder vanuit de wens om in een praktische behoefte te voorzien. De vraag is of deze completeheid nadelen meebrengt die beter voorkomen kunnen worden.

1.12.2 Plussen

Zoals gezegd ziet het voorgestelde bouwwerk rond omzetting er systematisch begrijpelijk uit.

1.12.3 Minnen

Dat er vanuit de praktijk een behoefte zou bestaan aan de mogelijkheid om een opv in een vereniging of stichting om te zetten, of omgekeerd, is mij niet bekend. Deze mogelijkheden dragen onnodig bij aan de complexiteit van het Voorontwerp. Of alle (ook fiscale) implicaties van deze mogelijkheden goed zijn doordacht, is onduidelijk. De omzetting van een vereniging of stichting in een opv lijkt ook nogal fraudegevoelig. Het voorgestelde vereiste van rechterlijke tussenkomst (art. 821 lid 2 sub c en art. 822 leden 5 en 6) doet daaraan niet af, vanwege het geringe zicht op de situatie dat de rechter doorgaans heeft en het gebrek aan toezicht na omzetting. Het voormalig verenigings- of stichtingsvermogen kan na omzetting worden blootgesteld aan bedrijfsrisico's die niets met het voormalige verenigings- of stichtingsdoel te maken hebben. Er kunnen ook makkelijk ongeoorloofde uitkeringen worden gedaan zonder dat dit in de gaten loopt. Het lijkt erop dat de inspanningen van de overheid om meer zicht op verenigingen en stichtingen te krijgen, zo makkelijk omzeild kunnen worden.

Dat de vennootschapsovereenkomst na omzetting van een stichting in een opv een clause over het voormalige stichtingsvermogen moet bevatten (art. 822 lid 7), lost dit niet op. Deze clause hoeft niet eens openbaar te zijn. De

fraudegevoeligheid wordt nog versterkt doordat rekening gehouden moet worden met de regels van vrije vestiging binnen de EU. De jurisprudentie op dat vlak brengt mee dat een opv zich makkelijk in een buitenlandse rechtspersoon zal kunnen omzetten (en omgekeerd), ook al zien de Venootschapsrichtlijn en de Mobiliteitsrichtlijn niet op personenvenootschappen. Voormalig stichtingsvermogen kan langs die weg nog verder uit beeld raken.

Er is nog een bron van complexiteit en verhoogd frauderisico rond vermogen dat door omzetting van een stichting in een opv is beland. Dit betreft de voorgestelde mogelijkheid om, indien er nog maar één vennoot is, het opv-vermogen op die laatste vennoot te laten overgaan. Volgens art. 815 lid 4 is in dat geval toestemming van de rechter vereist.⁴² Ook hier geldt dat de rechter soms te weinig informatie en argumenten kan hebben om toestemming te weigeren, terwijl er in beginsel geen enkele restrictie geldt ten aanzien van de persoon van de verkrijger (natuurlijke persoon of rechtspersoon; waar ook ter wereld gevestigd), als die maar de laatste vennoot is. Na de vermogensovergang hoeft de verkrijger ook niet meer in het handelsregister geregistreerd te worden of blijven,⁴³ indien de verkrijger geen Nederlandse rechtspersoon is en geen onderneming in Nederland verkreeg.

Verder valt nog op dat sancties die Boek 2 BW kent bij inbreuken op de vermogensklem van art. 2:18 lid 6 BW, in het voorontwerp niet aan de orde komen. Gedoeld wordt op doeloverschrijding (art. 2:7 BW), ontbinding van de rechtspersoon (art. 2:21 lid 3 BW) en bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:9 BW).⁴⁴

De prominente plaats die het Voorontwerp inruimt voor de mogelijke omzetting van een opv in een onderlinge waarborgmaatschappij (**owm**) en omgekeerd,⁴⁵ doet vreemd aan. Een owm oefent het verzekeringsbedrijf uit

⁴² Onduidelijk op basis van de voorgestelde tekst is of de toestemming van de rechter slechts voor overgang van het voormalige stichtingsvermogen is vereist, dan wel voor het de overgang van het gehele opv-vermogen. Het eerste komt al helemaal ongewenst voor, want dan treedt in feite een vermogensplitsing op; complicerend is ook dat het voormalig stichtingsvermogen als bedoeld in art. 18 lid 6 BW vaak niet uit vermogensbestanddelen bestaat, maar veeleer een saldopost is.

⁴³ De voorgestelde regeling lijkt bijvoorbeeld toe te laten dat een 'kleine' commanditaire vennoot, die volgens het Voorontwerp niet in het handelsregister ingeschreven hoeft te staan (vgl. § 1.11), als laatste vennoot overblijft en als verkrijger onder algemene titel van het opv-vermogen optreedt.

⁴⁴ Asser/Kroeze 2-I 2015/7.1.

⁴⁵ In de kopjes van art. 821 en 822.

(art. 53 lid 2 BW), hetgeen nu juist voor (onder meer) personenvennootschappen verboden is (art. 3:20 Wft). Een omzetting van opv naar ovm of omgekeerd zou dus gepaard moeten gaan met een wijziging van de activiteiten, en mogelijk overdracht van een verzekeringsportefeuille. Het lijkt een curieus geval, dat met minder aandacht toe kan. Eenvoudiger nog is om de mogelijkheid te schrappen.

1.12.4 Oplossing

De mogelijkheid van omzetting van een stichting of ovm in een opv, en omgekeerd, kan worden geschrapt. Ook kan worden uitgesloten dat een rechtspersoon met een voormalig stichtingsvermogen als bedoeld in art. 2:18 lid 6 BW in een opv wordt omgezet.

1.13 Juridische fusie en splitsing

1.13.1 De kwestie

In het Voorontwerp is ruimte gereserveerd voor de mogelijkheid van fusie of splitsing van een opv. Zie het kopje van Afdeling 4 en de daarbij horende voetnoot in het Voorontwerp. Volgens die voetnoot volgen de onderwerpen fusie en splitsing in een later wetsvoorstel. Kennelijk beoogt het ministerie dit niet in samenhang met de nu gedane voorstellen te behandelen.

1.13.2 Plussen

De behoefte in praktijk en wetenschap om nu zo snel mogelijk tot invoering van titel 7.13 BW te komen, is groot. In dit licht is begrijpelijk dat niet-essentiële regelingen niet aanstonds worden meegenomen.

1.13.3 Minnen

De vraag is dan hoe essentieel een regeling voor fusie en splitsing is.

Mij komt voor dat in plaats van de gecompliceerde en fraudegevoelige regeling van een vermogensovergang onder algemene titel op de laatste vennoot uit art. 815 beter gekozen kan worden voor een eenvoudige fusieregeling. Die regeling kan, om het overzichtelijk te houden, beperkt blijven tot verkrijging door een nv of bv. Het wegfuseren van een eenpersoons-opv in een nv of bv lijkt sterk op de veel voorkomende fusievorm die doorgaans als moeder/dochter-fusie wordt aangeduid. De opv-regeling kan daarbij aansluiten.

Voor het overige is een regeling die fusies tussen opv's, en van opv's met nv's en bv's, faciliteert eveneens makkelijk te maken, indien men de bestaande fusieregels van titel 2.7 BW tot uitgangspunt neemt.

Uiteraard is discussie mogelijk over de vraag of fusies waarbij opv's betrokken zijn, aan andere regels dan die voor nv en bv onderworpen kunnen worden. Deze discussie kan evenwel beter buiten de nu lopende modernisering van de personenvennootschappen worden gehouden. Tegelijkertijd is onnodig om bepaalde fusiefaciliteiten op die discussie te laten wachten. Door nu eerst gewoon het stramien van titel 2.7 BW te volgen kunnen alvast eenvoudig grote stappen worden gezet.

Nu meteen mogelijk maken dat een opv partij wordt bij een juridische splitsing, lijkt inderdaad gecompliceerd. Dit rechtvaardigt om deze mogelijkheid nu niet te regelen.

1.13.4 Oplossing

De regeling voor een vermogensovergang onder algemene titel zoals neergelegd in art. 815 kan worden vervangen door een fusieregeling die nauw aansluit bij titel 2.7 BW. De regeling kan worden beperkt tot fusies van opv's en fusies van opv's met nv's en bv's.

2. AANVULLEND ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR

In het onderstaande aanvullend commentaar worden dubblures met de hierboven genoemde hoofdpunten zoveel mogelijk vermeden.

Art. 800. Volgens lid 1 geldt voortaan voor elke personenvennootschap het aktevereiste als bewijsvoorschrift. Nu geldt dat aktevereiste alleen voor vof en cv. De uitbreiding van het vereiste wordt in de MvT niet toegelicht. Het lijkt beter dit aktevereiste uitsluitend te stellen voor opv en cv, en dus niet voor de spv. De bestaande bewijsverhoudingen in kwesties als ‘Dierenartsenpraktijk Asten’ blijven dan onveranderd.⁴⁶ Verder verdient verduidelijking of het aktevereiste uitsluitend geldt bij het eerste aangaan van de vennootschap of ook bij latere toetreding.

Aan het slot van lid 2 kunnen de woorden ‘met rechtspersoonlijkheid’ worden geschrapt, want een opv is in de opzet van het Voorontwerp steeds rechtspersoon (zie art. 810 lid 1).

Het is verwarrend hoe in lid 4 naar de ‘gewone, niet-commanditaire, vennoot’ wordt verwezen. Art. 819 lid 2 verklaart allerlei bepalingen over de ‘gewone vennoot’ van overeenkomstige toepassing op de commanditaire vennoot, maar in de bepalingen waarnaar wordt verwezen, wordt helemaal niets over ‘gewone vennoten’ bepaald. Er wordt alleen iets bepaald over ‘vennoten’. De enige bepaling waarnaar art. 819 lid 2 verwijst en waarin iets over ‘gewone vennoten’ staat, is art. 800 lid 4. Daar wordt bepaald dat de cv naast ten minste één ‘gewone vennoot’ ten minste ook één commanditaire vennoot heeft. Deze verwijzing naar gewone vennoot hoort dus juist *niet* van overeenkomstige toepassing op de commanditaire vennoot te zijn.

Een geschikte oplossing is om art. 800 lid 4 te herformuleren als volgt: “Een commanditaire vennootschap is een als zodanig in het handelsregister ingeschreven vennootschap. Zij kent één of meer gewone vennoten en één of meer commanditaire vennoten. Een commanditaire vennoot is niet verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap jegens derden.” Voor de overzichtelijkheid kan deze bepaling het beste van art. 800 naar art. 819 worden overgebracht. Aan de bepaling kan dan nog worden toegevoegd (er even vanuit gaande dat de term opv wordt vervangen door vof): “Het in deze

⁴⁶ HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876.

titel voor de vof en haar vennoten bepaalde is van overeenkomstige toepassing op de cv en haar vennoten, voor zover daarvan in deze afdeling niet wordt afgeweken.” Wat nu art. 819 lid 2 is, kan dan worden geherformuleerd als volgt: “Op de commanditaire vennoot is uitsluitend van toepassing hetgeen voor vennoten van een vof is bepaald in ...”

Art. 801. Volgens lid 1 kan ‘alles’ dat tot verwezenlijking van het doel kan bijdragen, worden ingebracht. Dat sprake moet zijn van een actieve bijdrage komt in de formulering niet tot uitdrukking, maar is wel de bedoeling (zie MvT, p. 38). Mijn suggestie is om terug te keren naar de tekst van art. 7A:1662 BW.

Volgens lid 3 is iedere vennoot bevoegd nakoming van de verbintenis tot inbreng te vorderen. Deze bepaling en de MvT (p. 39) maken niet duidelijk of de vennoot die nakoming vordert in privé of namens de vennootschap optreedt, en/of deze ook medevennoten en/of de vennootschap bij de nakomingsactie dient te betrekken. Ook is onduidelijk of een dergelijke actie ook mogelijk is bij andere gevallen, Hierbij kan worden gedacht aan gevallen waarin vertegenwoordigingsbevoegde vennoten met een tegenstrijdig belang nalaten om namens de vennootschap op te treden. Ook is onduidelijk wie de kosten van de nakomingsactie draagt. Dit alles behoeft verduidelijking.⁴⁷

Art. 802. Volgens lid 1 kan geen verdeling worden gevorderd. De bepaling is zelfs van dwingend recht (art. 802 lid 4). Dit miskent dat vennoten in veel gevallen juist wel tot verdeling willen overgaan (uitkeringen, terugbetaling van kapitaal, uittreedvergoeding bij uittreden), of daarop redelijkerwijs aanspraak kunnen maken. Dit verdient aanpassing.

Lid 2 eerste volzin (“Een vennoot kan niet beschikken over zijn aandeel in afzonderlijke goederen die behoren tot de gemeenschap”) verdient aanvulling met: “, en zijn schuldeisers kunnen een zodanig aandeel niet uitwinnen”. Deze aanvulling sluit aan bij de regeling voor bijzondere gemeenschappen in art. 3:190 lid 1 BW. De verwijzing in de MvT (p. 41/42) naar art. 3:178 BW rechtvaardigt het ontbreken van deze aanvulling niet, omdat de daar bedoelde, voor een deelgenoot geldende beperking niet per se ook voor de schuldeisers van die deelgenoot geldt.⁴⁸

⁴⁷ Vgl. Stokkermans in: Geschriften vanwege de VCL 2021-2022, p. 283-286.

⁴⁸ Vgl. Stokkermans 2017, p. 88 e.v., 156, 165, 166, 169, 202 en 268-271.

Art. 803. Onscherpe formulering in lid 1. Een besluit = een vennotenbesluit? Dan in hele document zo aanpassen.

In lid 2 staat: “De vennoten besturen de personenvennootschap gezamenlijk.” Wat wordt bedoeld met het besturen van ‘de personenvennootschap’? Is niet preciezer om te zeggen dat ‘de zaken van de personenvennootschap’ worden bestuurd,⁴⁹ of woorden van gelijke strekking?

Bij lid 2: aanvullend kan voor de opv worden gedacht aan een ‘ernstig verwijt’-maatstaf voor interne bestuurdersaansprakelijkheid (à la art. 2:9 BW). Deze kan vervolgens ook gebruikt worden voor externe aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Aansprakelijkheidsbeperkingen uit art. 814 gelden dan niet. Deze ‘ernstig verwijt’-maatstaf kan ook worden doorgetrokken naar de besturende commanditaire vennoot; vgl. art. 819 lid 3, waarover hierna.

In lid 3 aan de tweede zin toevoegen dat deze bevoegdheid bij de opv alleen gebruikt mag worden voor handelen in naam van de vennootschap, en voor zover de vennoot daartoe ook bevoegd is. Als uitgangspunt geldt immers dat een vennoot niet bevoegd is om handelingen voor rekening van de opv op zijn eigen naam te verrichten.

Onduidelijk is (in lid 4) of het herroepen of beperken wegens gewichtige redenen door ‘de overige vennoten’ enkel gezamenlijk of ook individueel kan geschieden. Verder staat nergens dat de herroeping ook op de vertegenwoordigingsbevoegdheid kan zien (bijv. niets hierover in art. 813). Zou die mogelijkheid niet ook wenselijk zijn?

Art. 804. In lid 1: bij besluit = een besluit. Waarom is niet ook een pendant van art. 2:8 lid 2 BW opgenomen?

Art. 805. De passage over ‘deelgenoten in een gemeenschap’ (lid 4 sub c) is kennelijk overgeschreven uit art. 3:15j lid sub b BW. Hier in de context van art. 805 lid 4 is onduidelijk wat wordt bedoeld.

Art. 806. Volgens MvT p. 56 wordt het huidige verbod op bepaling van de winstaandelen door een derde (art. 7A:1671 BW) afgeschaft, omdat een derde kan helpen bij onzekerheid en onenigheid. Totale afschaffing van het verbod gaat evenwel een stap verder dan het oplossen van gevallen van onzekerheid

⁴⁹ Aldus bijvoorbeeld het kopje van titel 3, Boek 4 van het WvV (België).

en onenigheid over de uitwerking van een overeengekomen winstverdelingsafpraak. De afschaffing verdient daarom nadere motivering.

Lid 2 tweede zin (“Iedere vennoot heeft na vaststelling van het resultaat en het winstdeel recht op uitkering.”) miskent dat het resultaat niet in het vennootschapsvermogen hoeft te vallen. In plaats van uitkeringen uit dat vermogen kan dus sprake zijn van verrekeningen bovenlangs. Bovendien zou uitkering ook bij in het vennootschapsvermogen gevallen winst, geen automatisme moeten zijn. Daaraan zou een uitkeringsbesluit ten grondslag moeten liggen, dat zich bij paulianeuze uitkering leent voor vernietiging. Wel kan als regelend recht worden bepaald dat iedere vennoot in beginsel aanspraak kan maken op een besluit tot uitkering van de winst.

Art. 807. In de leden 1 en 2 hoeft ‘Opvolging’ niet apart geregeld te worden.

Dat een nieuwe vennoot vanaf zijn toetreding deelt in het resultaat (lid 2), volgt al uit de toetreding zelf. Interessanter is in hoeverre de nieuwe vennoot eventueel in oud resultaat deelt, en dat staat er niet. Die vraag hoeft ook niet bij wijze van regelend recht beantwoord te worden. Dat belast de bewijspositie onnodig, indien de kwestie niet duidelijk door partijen is geregeld. Lid 2 kan integraal vervallen.

Art. 808. De voorgestelde regel dat de mogelijkheid van uittreden door opzegging aan de medevennoten niet kan worden uitgesloten (lid 1 sub a jo. lid 5) komt te streng voor in het geval de vennootschap[voor bepaalde tijd is aangegaan. Ook zou toelaatbaar moeten zijn dat volgens de vennootschapsovereenkomst de opzegging van een vennoot niet tot zijn uittreden leidt, maar tot algehele ontbinding van de vennootschap.

Voorgesteld wordt de regel dat de dood van een vennoot tot een uittreden leidt, tenzij anders overeengekomen (lid 1 sub c). Anders dan in het huidige recht (art. 7A:1688 BW) is daarbij geen regeling getroffen voor het geval van voortzetting met erfgenamen. Een dergelijke regeling lijkt toch wenselijk. Vergelijk de uitgebreide Belgische regeling in art. 4:18 WVV, die ook voortzetting met een legataris regelt. Die regeling biedt uitkomst in het geval vennootschap en erflater voortzetting met één van meerdere erfgenamen wensen, en die ene erfgenaam daarmee (na de dood van de erflater) instemt.

Onduidelijk is of de uitstoting wegens gewichtige redenen door 'de overige vennoten' (lid 1 sub d) alleen gezamenlijk of ook individueel kan geschieden.

De in lid 3 gegeven bevoegdheid tot uitstoten of uittreden via de rechter om 'gewichtige redenen' komt aan 'een of meer vennoten' toe. Dit suggereert dat eerder in het Voorontwerp (art. 803 lid 4 en art. 808 lid 1) met 'de overige vennoten' op de overige vennoten gezamenlijk wordt gedoeld (of de enige andere vennoot, waar van toepassing). Zie ook art. 809 lid 3.

[Tbd wat gelet op het algemeen vermogensrecht zonder rechter moet kunnen. Ook aandacht gewenst voor de vraag of arbitrage als alternatief voor de rechter kan.]

De nieuwe regel van lid 4 (uittreden leidt slechts tot ontbinding van de vennootschapsovereenkomst ten aanzien van de uittredende vennoot) geldt voor alle soorten personenvennootschap. Ook voor de spv geldt dus straks de hoofdregel dat uittreden niet leidt tot algehele ontbinding (MvT, p. 63). Zou voor spv's niet de oude regel moeten blijven gelden, dus algehele ontbinding tenzij anders afgesproken?

Moet het dwingend recht van lid 5 ook voor de rechterlijke bevoegdheid van lid 3 gelden?

Art. 809. Ook in lid 3 'een of meer vennoten'. Vgl. bij art. 808 lid 3.

Moet het dwingend recht van lid 4 ook voor de rechterlijke bevoegdheid van lid 3 gelden?

Art. 810.

Het is wat curieus wat in lid 3 staat: een nietige opv wordt ontbonden. Dit behoeft verduidelijking. Naar ik aanneem wordt bedoeld dat de vennootschap als overeenkomst nietig kan zijn (op basis van materiële kenmerken kan bijvoorbeeld sprake zijn van een arbeidsovereenkomst), zonder dat dit de rechtspersoonlijkheid van de *would be* vennootschap aantast; de rechtspersoon wordt dan echter wel ontbonden. De vraag is of in een dergelijk geval van ontbinding andere mogelijkheden dan vereffening geboden moeten worden (vgl. art. 815).

Te overwegen valt om een regeling als in art. 2:21 lid 3 BW ("De rechtbank kan een rechtspersoon ontbinden, indien deze de in dit boek voor zijn rechtsvorm

gestelde verboden overtreedt of in ernstige mate in strijd met zijn statuten handelt.”) op te nemen.

Art. 811. Lid 2 spreekt van overdracht van een deelnamerecht ‘aan een derde’. Dit miskent dat het deelnamerecht ook aan een medevennoot of de vennootschap overdraagbaar zou moeten zijn. Verder hoeft in het kader van de overdracht van een deelnamerecht niet van een toe- en uittreding te worden gesproken. De woorden ‘aan een derde’, en de laatste volzin, kunnen vervallen.

Bij lid 3: indien overdracht van een deelnamerecht niet als een geval van toe- en uittreden wordt aangemerkt (zoals ik zojuist heb voorgesteld), kunnen de woorden ‘anders dan door overdracht van zijn deelnamerecht’ vervallen. [tbd]

Art. 812. In Lid 1 tweede volzin kan ‘een deelnamerecht’ worden gewijzigd in ‘het deelnamerecht’. Volgens het uitgangspunt van het Voorontwerp heeft een vennoot immers slechts één deelnamerecht.

Art. 813. Hier wordt naar analogie van art. 2:130 lid 3 BW bepaald dat alleen de opv zich op een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een vennoot kan beroepen. Onduidelijk is waarom deze afwijking van de hoofdregels van burgerlijk recht (art. 3:69 lid 3 jo. art. 3:78 BW) in dit geval geboden zou zijn.

Blijkens de MvT, p. 83, is ervan afgezien een regeling op te nemen die de opv toestaat een namens haar gestelde rechtshandeling te vernietigen wegens doeloverschrijding. Doeloverschrijding wordt ook wel als handelen *ultra vires* aangeduid. Ter toelichting stelt de MvT dat, door de mogelijkheid van inschrijving van voorwaarden en beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid in het handelsregister, een dergelijke regeling weinig zin zou hebben. Deze keuze van de voorontwerper is m.i. onjuist. De rechtvaardiging van een (wettelijke) *ultra vires* regeling schuilt erin dat in een bevoegdheidstoekenning impliciet besloten ligt dat deze slechts gebruikt mag worden binnen het doel waarvoor de bevoegdheid is verleend. Om nu van vennoten te vragen dat men die beperking voortaan maar moet expliciteren, wijkt af van de norm (waaronder art. 2:7 BW) en komt onzinnig voor.⁵⁰

⁵⁰ Wellicht heeft de voorontwerper een voorschot willen nemen op een discussie die (ook) bij nv en bv gevoerd kan worden over nut en noodzaak van art. 2:7 BW. Vgl. Asser/Kroeze 2-I 2022/72 en daar vermelde literatuur.

Art. 814. Bij lid 6: aansprakelijkheidsbeperkingen bij de opv uit de voorgaande leden van art. 814 gelden in beginsel niet voor de niet in het handelsregister ingeschreven opv. Zoals aangegeven in § 1.3 bepleit ik om de figuur van de niet-ingeschreven opv te vervangen door een regeling voor de opv i.o. De hier in art. 814 lid 6 genoemde uitsluiting van aansprakelijkheidsbeperkingen kan dan gelden voor de opv i.o.

Het slot van art. 814 lid 6 maakt een uitzondering op de regel dat de vennoten van een niet-ingeschreven opv zonder beperking voor de vennootschapsschulden aansprakelijk zijn. De uitzondering geldt niet, aldus het Voorontwerp, indien 'de derde wist van een beperking in de bevoegdheid om de openbare personenvennootschap te vertegenwoordigen'. Kennelijk is het de bedoeling dat de beperkingen uit de eerdere leden van art. 814 in dat geval weer wel gelden. Dus bijvoorbeeld: zonder daartoe (zelfstandig) bevoegd te zijn, koopt een vennoot goederen namens de niet-ingeschreven opv. Uit art. 813 volgt dat de verkoper op die onbevoegdheid geen beroep kan doen. Stel, de vennootschap kiest er niet voor om de onbevoegdheid in te roepen. Dan leidt art. 814 lid 6 ertoe dat als de verkoper niet van de onbevoegdheid wist, iedere vennoot zonder beperking aansprakelijk is voor betaling van de koopsom. Wist de verkoper wel van de onbevoegdheid, dan kan hij de vennoten pas aanspreken indien de vennootschap in verzuim is (art. 814 lid 2). De gedachte achter deze bijzonderheid wordt in de MvT niet verklaard. Volgens mij is dit allemaal nodeloos ingewikkeld. De hier besproken uitzondering aan het slot van art. 814 lid 6 kan vervallen, indien wordt gekozen voor de genoemde regeling van een opv i.o.

Er speelt nog wel iets anders. Stel, een vennoot vertegenwoordigt de vennootschap onbevoegd, waarna de vennootschap zich op de onbevoegdheid beroept. De vraag is dan of niettemin de vennoot die zich aan de onbevoegde vertegenwoordiging bezondigde zelf nog wel gebonden dient te zijn. Naar geldend recht is dit het geval (art. 7A:1681 BW). Continuering van die regel is het overwegen waard.

Art. 815. Overweging verdient om in lid 1 een langere termijn dan drie maanden te hanteren, bijvoorbeeld een termijn van een jaar (zoals in

Deze bredere discussie kan m.i. beter buiten de grote wetgevingsoperatie tot modernisering van het personenvennootschapsrecht worden gehouden, want deze is al ingewikkeld genoeg.

Frankrijk). De regeling kan dan inhouden dat, tenzij anders overeengekomen, na het uittreden van de voorlaatste vennoot de vennoot gedurende een jaar als eenpersoonsvennootschap kan voortduren.

De optie van art. 815 lid 1 sub b (ontbinding onder voortzetting van de activiteiten door de enig overgebleven vennoot) behoeft heroverweging. De aanknopng bij een 'voortzetting van activiteiten', is onduidelijk.⁵¹ Beter kan duidelijk tot uitdrukking worden gebracht dat een keuze van de laatste vennoot wordt bedoeld om het vennootschapsvermogen onder algemene titel op zich te laten overgaan. Verder is er goede reden om voor deze vermogensovergang onder algemene titel aansluiting te zoeken bij de mogelijkheden van juridische fusie. Zie § 1.13. Dit maakt de regeling eenvoudig en brengt mee dat regels en beperkingen die voor juridische fusies gelden (uitsluitend tussen rechtspersonen die bovendien binnen de EU of de EER gevestigd moeten zijn) ook hier worden aangehouden. Hierin ligt een uitbreiding besloten (vermogensovergang kan ook naar anderen dan de laatste vennoot) en een beperking (geen natuurlijke personen, geen rechtspersonen buiten EU/EER als verkrijger). De MvT licht niet toe waarom hier andere regels zouden moeten gelden dan bij de juridische fusie,⁵² en ik zie dergelijke redenen ook niet. Door de aansluiting bij de fusieregels wordt de kans op misbruik en ongewenste gevolgen verminderd.

Lid 5 laatste volzin brengt mee dat van een overgang van 'aandelen op naam' opgave moet worden gedaan aan 'de openbare registers'. Ten onrechte is niet gespecificeerd op welke typen 'aandelen op naam' wordt bedoeld (er bestaan meer typen aandelen op naam dan in nv's en bv's). Bovendien is onduidelijk bij welke openbare registers de opgave gedaan zou moeten worden. Wordt aangesloten bij de fusieregeling, zoals hierboven voorgesteld, dan kan deze afwijking van die regels worden gemist.

Art. 816. De regel voor de opv in lid 1 komt overeen met art. 2:19 lid 5 eerste volzin BW. Ook de regel van de tweede volzin van die wetsbepaling verdient navolging (gebruik van de aanduiding 'in liquidatie').

⁵¹ In art. 815 lid 6 wordt verwezen naar 'voortzetting van de openbare personenvennootschap' door de enig overgebleven vennoot. Bedoeld zal zijn 'voortzetting van de activiteiten van de openbare personenvennootschap'.

⁵² Volgens MvT, p. 94, wil men onnodige kosten voor ondernemers vermijden< maar zijn normale fusiekosten dan 'onnodig'?

Bij lid 2: [Vennoten alleen gezamenlijk?] [Waarom de griffier? Ook hier beter nauw bij BW2 aansluiten?]

Bij lid 3: moet niet iedere vennoot de rechter om ontslag van een vereffenaar kunnen verzoeken?

Art. 817. Bij lid 5: ook ten nadele van vennoten dient afwijking op punten verboden te zijn. Dit geldt in elk geval voor de plicht tot en het recht op rekening en verantwoording.

Art. 818. Lid 2 kan beter aansluiten bij art. 2:19 lid 6 BW. Ook bij art. 2:19 lid 7 BW.

Art. 819. De verwijzing in lid 2 naar art. 800 kan worden beperkt tot art. 800 lid 1. Een verwijzing naar art. 800 lid 2 is onnodig, indien de cv uitsluitend in ingeschreven vorm wordt toegelaten. De verwijzing naar art. 801 lid 2 kan vervallen, want daar wordt niet naar vennoten verwezen. Verder ontbreekt een verwijzing naar art. 801 lid 3: ook commanditaire vennoten zouden bevoegd moeten zijn de nakoming van een verbintenis tot inbreng te vorderen.

Verder ontbreken de volgende verwijzingen:

- Naar art. 803 lid 5 om aan te geven dat ook rekening en verantwoording aan commanditaire vennoten moet worden gegeven.
- Naar art. 804 lid 2 om aan te geven dat indien een commanditaire vennoot gevolmachtigde is van de cv, de hier genoemde beperkingen gelden, tenzij anders overeengekomen.
- Naar art. 805 lid 4 om aan te geven dat ook commanditaire vennoten openlegging van de administratie moeten kunnen vorderen.
- Naar art. 810 lid 3 om ook de cv te betrekken bij herstel van een nietige of vernietigbare vennootschapsovereenkomst.
- Naar art. 815 om aan te geven dat tijdelijke voortzetting ook mogelijk is wanneer in een cv nog slechts één commanditaire vennoot overblijft, en dat de alsnog toetredende tweede vennoot een gewone of een commanditaire vennoot kan zijn (waarbij ook mogelijk is dat een opv wordt omgezet in een cv of andersom).
- Naar art. 816, omdat ook commanditaire vennoten aan de rechter om benoeming van een vereffenaar moeten kunnen vragen.

- Naar art. 817 lid 3 omdat de commanditaire vennoot die boven het bedrag van hetgeen hij al heeft ingebracht draagplichtig is, bij een tekort in vereffening naar rato van zijn draagplicht zal moeten bijstorten.

In lid 4 sub a zijn de woorden ‘als ware hij gewoon vennoot’ onduidelijk. Gewone vennoten kunnen immers worden uitgesloten van deelname aan het bestuur (art. 803 lid 2 jo lid 6). Bovendien kunnen commanditaire vennoten juist tot het bestuur worden toegelaten (art. 819 lid 2 jo. lid 6). De woorden ‘als ware hij gewoon vennoot’ kunnen worden geschrapt.

Daarnaast kan in lid 4 voor de formeel besturend commanditaire vennoot, net als voor andere besturend vennoten, worden gedacht aan een ‘ernstig verwijt’-maatstaf voor interne bestuurdersaansprakelijkheid (à la art. 2:9 BW), die vervolgens ook gebruikt kan worden voor externe aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Vgl. bij art. 803 lid 2.

In de MvT (p. 108) wordt gesteld dat de regeling is ontleend aan art. 2:138 lid 7 BW. Daarbij wordt eraan voorbijgegaan dat voor aansprakelijkheid op grond van die wetsbepaling sprake moet zijn van ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ (art. 2:138 lid 1 BW). Deze verhoogde drempel (die feitelijk samenvalt met ‘ernstig persoonlijk verwijt’) dient ook hier te gelden.

Verder valt te overwegen om naar Duits voorbeeld een regeling te treffen voor het geval de beherend vennoot bijvoorbeeld een bv is, waarvan de cv alle aandelen houdt. De regeling kan dan inhouden dat de zeggenschapsrechten over de aandelen in die bv namens de cv door de commanditaire vennoten worden uitgeoefend.⁵³ Dit kan de vennootschappelijke structuur bij onder meer infrastructurele projecten (waarin geregeld een cv/bv-constructie wordt toegepast) helpen vereenvoudigen.

Art. 820. De verwijzing in lid 1 naar art. 814 lid 5 moet zijn naar art. 814 lid 4. De verwijzing in lid 2 naar art. 814 lid 4 moet zijn naar art. 814 lid 5.

⁵³ Zie kort hierover Stokkermans in *Ondernemingsrecht* 2021/92, § 7. In Duitsland spreekt men van de Einheits-GmbH & Co. KG. Tijdens het symposium “10 jaar Flexbv” van de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat” dat op 9 november 2022 in Amsterdam werd gehouden, werd mijn voorstel hiertoe alvast positief ontvangen.

Duidelijker, en makkelijker in het rechtsverkeer, is om in lid 3 niet van een 'wijziging' van opv naar cv (of omgekeerd) te spreken, maar van een 'omzetting'. De regeling kan dan naar afdeling 4 worden overgebracht.

Verder is terminologisch inconsistent om te spreken van een wijziging (of omzetting) van opv in cv of omgekeerd. Een cv is volgens het Voorontwerp immers een type opv (art. 800 lid 4). Dit kan worden opgelost door de opv die geen cv is als vof aan te duiden. Vgl. § 1.2.

Art. 821. Tekstueel in lid 2: 'een besluit met daarbij' = 'een daartoe strekkend besluit alsmede'. En 'alsmede een beschrijving' = 'met daarbij een beschrijving'. Sub a, ter vervanging van de passage onder 1° en 2°: 'een aanduiding in het besluit van het aantal en de soort of aanduiding van de aandelen die bij elke vennoot wordt geplaatst, en de wijze van volstorting daarvan'.

In lid 3 behoeft verduidelijking dat een uittreedrecht van de niet-instemmende vennoot slechts aan de orde is, indien een geldig meerderheidsbesluit van de vennoten tot omzetting wordt genomen. Dit kan slechts, indien het is overeengekomen (art. 803 lid 1 jo. lid 6). Overweging verdient om de regeling aldus te vereenvoudigen dat omzetting slechts mogelijk is, indien alle vennoten daarmee instemmen.

Lid 4 is prima. De woorden 'de opzegging is afgewikkeld' laten weliswaar enige ruimte voor interpretatie, maar dat kan de rechter verder invullen.

Lid 5 eerste zin kan vervallen; indien een vennoot, of een pandhouder of vruchtgebruiker van een deelnamerecht, vóór omzetting bij de vennootschap bekend is, en de vennoot zijn deelnamerecht bij omzetting inwisselt voor aandelen in de bv, kan het niet zo zijn dat rechten zijn beknot zolang de vennootschap de gerechtigde na omzetting nog niet in het aandeelhoudersregister heeft ingeschreven. De tweede volzin kan eveneens worden geschrapt, want de positie van een aandeelhouder in de bv wordt geregeerd door het bv-recht (Boek 2 BW); daarover hoeft hier niets te worden geregeld. De derde volzin kan dan ook vervallen – wat daar bedoeld maar niet gezegd wordt, spreekt bovendien voor zich. De laatste volzin (over het geval waarin een opv kennelijk aandeelbewijzen zou hebben uitgegeven), kan beter worden vervangen door een verbod op het uitgeven van dergelijke aandeelbewijzen.

Art. 822. Overweging verdient om de regeling van lid 2 aldus te vereenvoudigen (sub d) dat omzetting slechts mogelijk is, indien alle aandeelhouders daarmee instemmen. Zo hoeven aandeelhouders in een nv of bv op dit moment helemaal niet te verwachten dat de vennootschap in een opv kan worden omgezet. Zonder unanimiteitsvereiste kan die omzettingmogelijkheid al snel als een sluiptweg voor uitstoting worden gebruikt, in gevallen waarin een gewone uitstoting niet is toegelaten.

Bij de leden 3 en 4: indien voor de omzetting unanimiteit van alle aandeelhouders wordt gevraagd, kunnen deze bepalingen vervallen.

Bij de leden 5, 6 en 7: indien de omzetting van een vereniging of stichting in een opv wordt uitgesloten (zoals in § 1.12 voorgesteld), kunnen deze bepalingen vervallen.

Art. 823. In lid 3 staat dat de omzetting het bestaan van de 'opv' niet beëindigt. Bedoeld is ongetwijfeld dat het bestaan van de 'rechtspersoon' niet wordt beëindigd, maar deze wel ophoudt opv te zijn. Dit behoeft dus correctie.

In lid 4 hoort na de woorden 'op dezelfde voet' taalkundig een zinswending 'als ...', die ontbreekt. Zonder het te expliciteren lijkt de bepaling ook uitsluitend te zien op het geval waarin een opv wordt omgezet in een BW2-rechtspersoon; voor die figuur is de bepaling incompleet, omdat geen aandacht wordt besteed aan nieuwe schulden uit oude rechtsverhoudingen. Verder is niet goed te begrijpen waarom hier wel de restaansprakelijkheid van de oude vennoot wordt geregeld (bij omzetting vanuit een opv), en niet de inloopaansprakelijkheid van de nieuwe vennoot (bij omzetting in een opv).

Invoeringsontwerp, algemeen. De invoeringsregeling is nog verre van compleet. Volgens de MvT, p. 28, zijn 'enkele andere invoeringsregels' opgenomen. Volgens de MvT, p. 29, zijn er al wel 'de nodige aanpassingen met het oog op een goede invoering' voorzien. Wat onder meer ontbreekt, is een aanpassing van art. 3:189 BW (om aan te geven dat van de personenvennootschappen voortaan alleen de spv (of: maatschap) nog onder die regeling zal vallen. Voorstellen voor aanpassing van de Handelsregisterwet en het Handelsregisterbesluit,⁵⁴ alsmede de Kadasterwet en de Notariswet,

⁵⁴ Is het de bedoeling dat de spv met onderneming in het handelsregister moet worden ingeschreven zoals dat nu voor de stille maatschap gebeurt? Of wil men de ingeschreven stille maatschap tot opv verheffen? Vgl. § 1.2. De MvT, p. 16 is daarover niet duidelijk.

ontbreken nog. Verder wordt nog een regeling gemist voor vrijwel alle wetten buiten titel 7.13 en Boek 2 BW waarin rechtspersoonlijkheid relevant is (vgl. § 1.4). Nader onderzoek behoeft wat moet gebeuren met verwijzingen naar maatschap, vof en cv in wetsbepalingen buiten Boek 7A BW, in het licht van de veranderingen die nu bij de personenvennootschappen worden doorgevoerd.

Indien wordt vastgehouden aan het voorstel dat nieuwe vennoten van een opv niet aansprakelijk worden voor vennootschapsschulden die voorafgaand aan hun toetreding ontstaan, verdienen onder meer de definities van 'dochtermaatschappij' en 'deelneming' (art. 2:24a en 2:24c BW) nog aandacht in de invoeringswet.

Invoeringsontwerp, art. 218 lid 4 Overgangswet NBW. Volgens het voorgestelde nieuwe art. 218 lid 4 Overgangswet NBW wordt elke (niet ontbonden) maatschap, vof of cv die bij inwerkingtreding van titel 7.13 aan de opv-criteria voldoet (art. 800 lid 2), rechtspersoon. Daarbij is bepaald dat de goederen van de vennootschap alsdan onder algemene titel op de rechtspersoon overgaan. In deze regeling is opmerkelijk dat de goederenovergang kennelijk zal plaatsvinden ongeacht of de betrokken vennootschap in het handelsregister is ingeschreven. Dit levert allerlei ongewenste complicaties op; vgl. § 1.5.

Opmerkelijk is verder dat uitsluitend goederen onder algemene titel overgaan, en dus kennelijk niet alle vermogensbestanddelen. In de MvT-Inv, p. 11, is dit toegelicht met een verwijzing naar een soortgelijke regeling die destijds is getroffen toen de informele vereniging rechtspersoon werd (art. 38 Overgangswet NBW). Er vindt dus een vermogensplitsing plaats, waarbij goederen wel en andere vermogensbestanddelen niet zullen overgaan. Over het nut en de mogelijke gevolgen van een dergelijke splitsing is in de MvT niets te vinden. Een dergelijke splitsing is ongewenst; zij zal tot allerlei ongewenste complicaties leiden. Dit geldt trouwens ook overigens voor het dwingende karakter van de overgang onder algemene titel.

Volgens mij dient – om het overzichtelijk te houden – sprake te zijn van een overgang onder algemene titel van het gehele vennootschapsvermogen die uitsluitend beschikbaar is voor in het handelsregister ingeschreven vennootschappen. Bovendien is behoefte aan een keuzemogelijkheid, zodat vennootschappen niet tegen hun zin in de rechtspersoonlijkheid worden geduwd. Om dit mogelijk te maken biedt het door mij bepleite behoud van de

maatschap uitkomst; zie § 1.2. De maatschap kent een ruimer toepassingsbereik dan de spv uit het Voorontwerp. Zij kan immers onder gemeenschappelijke naam naar buiten treden.

Ter gelegenheid van de invoering van titel 7.13 BW kan aan ingeschreven (openbare) maatschappen en vof's eenmalig de keuze worden gegeven om eventueel van type te veranderen. Een vof kan dan in een overgangperiode kiezen voor de maatschapsvorm en zo de status van niet-rechtspersoon behouden. Een openbare maatschap kan in diezelfde overgangperiode kiezen voor de vof-vorm en daarmee rechtspersoon worden. Ook aan cv's kan de mogelijkheid worden geboden zich desgewenst in een maatschap om te zetten. Daarbij kan een bijzondere overgangsregeling worden getroffen om dit voor bestaande cv's die de rechtspersoonlijkheid willen vermijden, werkbaar te maken.

Verder verdient overweging om een bijzondere rechtsgang te creëren voor vennoten en wederpartijen van de vennootschap voor wie een overgang naar de rechtspersoonlijkheid nadelig uitpakt.

Invoeringsontwerp, art. 218 lid 10 Overgangswet NBW. In de laatste volzin van deze bepaling staat het volgende: "Een beperkt recht op de gemeenschap als geheel, rust na de inwerkingtreding van titel 7.13 op het gehele vermogen van de openbare personenvennootschap." Volgens de toelichting kan hierbij worden gedacht aan 'een vruchtgebruik dat op de gehele gemeenschap is gevestigd', alsof dit een vrij normaal geval is en er ook nog andere voorbeelden te bedenken vallen. Een verdere toelichting op nut, noodzaak en implicaties van deze bepaling ontbreekt. Het lijkt juridisch zuiverder en duidelijker om in het overgangsrecht uit te gaan van een overgang onder algemene titel van het gehele vennootschapsvermogen op de rechtspersoon (zie ook het commentaar bij art. 218 lid 4 hierboven). Voor het voortbestaan van beperkte rechten kan daarbij het beste bij het commune recht worden aangesloten.

Invoeringsontwerp, art. 218 leden 11, 12 en 13 Overgangswet NBW. Volgens lid 11 blijft een beperkt recht op een tot de gemeenschap behorend goed ook na inwerkingtreding van titel 7.13 rusten op dit goed, ook al is het van rechtswege naar het vermogen van de rechtspersoon overgegaan. In de toelichting op deze bepaling staat niet meer dan dat het bijvoorbeeld om een pandrecht op een bankrekening kan gaan (MvT Invoeringsontwerp, p. 14)⁵⁵. Zo

⁵⁵ Abusievelijk wordt daar driemaal verwezen naar art. 219 in plaats van art. 218.

is onduidelijk waarom deze overgangsbepaling nodig is. Uit het commune recht volgt immers al dat een beperkt recht dat op een goed rust, door een overgang onder algemene titel van dat goed niet verloren gaat.

Lid 12 gaat over rechtshandelingen die in vennootschapsverband door de vennoten zijn aangegaan voordat de vennootschap ingevolge de overgangsregeling rechtspersoon wordt. Die rechtshandelingen worden dan voortaan aan de rechtspersoon toegerekend. Ook hierbij is onduidelijk waarom men dit apart heeft willen regelen en het commune recht rond vermogensovergangen onder algemene titel dus kennelijk ontoereikend acht.

Volgens lid 13 blijft op verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst of rechtshandeling die voorafgaand aan invoering van titel 7.13 is verricht,⁵⁶ het oude recht van toepassing. Wat hiermee precies wordt bedoeld, is onduidelijk. Stel, vóór invoering van titel 7.13 treedt een werknemer in dienst van de vof; ingevolge lid 12 wordt de opv (rechtspersoon) werkgever.⁵⁷ Volgt nu uit lid 13 dat niettemin de vennoten eveneens werkgever blijven?⁵⁸

De laatste volzin van lid 13 brengt mee dat voor verbintenissen uit de wet die zijn ontstaan vóór invoering van titel 7.13, het oude recht blijft gelden. Stel, vóór invoering van titel 7.13 pleegt de vof een onrechtmatige daad, bij inwerkingtreding van titel 7.13 wordt de vof van rechtswege omgezet in een opv, en nadien ontstaat schade uit de eerdere onrechtmatige daad en daarmee, voor de benadeelde, een vordering tot schadevergoeding. Moet nu uit de samenhang van lid 12 (dat beperkt is tot rechtshandelingen) en lid 13 laatste volzin (inzake 'overige verbintenissen') worden afgeleid dat deze schade niet meer verhaalbaar is op het vennootschapsvermogen (dat nu in de rechtspersoon zit), maar nog wel op de individuele vennoten ten tijde van de omzetting?

Verder laat de voorontwerper, hier en elders, een belangrijk punt onbesproken dat de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) heeft benoemd. Zie haar reactie d.d. 29 mei 2019 op de eerdere consultatiedocumenten.⁵⁹ Stel, de vennoten van een vof hebben bij voorbaat een pandrecht gevestigd op

⁵⁶ Waarom hier 'overeenkomsten' naast 'rechtshandelingen' worden genoemd, is onduidelijk. Een overeenkomst is immers een type rechtshandeling.

⁵⁷ Drijft de vennootschap een onderneming, dan volgt dit ook uit art. 7:662 BW.

⁵⁸ Dat deze kwestie soms van belang is, blijkt bijvoorbeeld uit HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649 (*UWV/Bewindvoerder*). Vgl. ook het in § 1.4.2 aangehaalde arrest HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1315 (*Levensverzekeringsadvies*) en de vraag of (stuitings-)verklaringen aan de vennootschap nog als verklaringen aan de vennoten zullen gelden, nadat de vennootschap rechtspersoon is geworden.

⁵⁹ Deze reactie van de NVB is te vinden op www.internetconsultatie.nl.

goederen die zij van tijd tot tijd gezamenlijk, in vof-verband, zullen verkrijgen, tot zekerheid van de schulden die zij van tijd tot tijd in vof-verband zullen aangaan. Vervolgens wordt die vof, bij invoering van titel 7.13, van rechtswege omgezet in een opv. Komt dan ingevolge de eerdere pandakte een pandrecht te rusten op goederen die de opv nadien verkrijgt? De suggestie van de NVB om te verduidelijken dat dit het geval is, verdient steun.

Zoals de NVB t.a.p. heeft opgemerkt, rijst ook de vraag of dit pandrecht wel dekking zal bieden voor de schulden van de vennootschap-rechtspersoon. Zelfs als de (verplichting tot) verpanding van toekomstige goederen van rechtswege zou gaan gelden voor de vennootschap-rechtspersoon, blijven de vennoten immers de debiteuren van de voor wier verplichtingen het bestaande pandrecht strekt, zo schrijft de NVB terecht. Ook hier bepleit zij te verduidelijken dat het oude pandrecht zekerheid biedt voor de huidige en toekomstige verplichtingen van de vennootschap-rechtspersoon.

De NVB heeft in dit verband voorgesteld om 'continuïteit' aan te nemen tussen de oude vennootschap zonder en de nieuwe met rechtspersoonlijkheid. Anders gezegd: de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan de vennootschap dient onverlet te laten dat het nog steeds om dezelfde vennootschap gaat. De suggestie van de NVB om dit in het overgangsrecht en de daarbij te geven toelichting ondubbelzinning tot uitdrukking te brengen, verdient opvolging.

Invoeringsontwerp, Boek 1 BW. Het voorgestelde nieuwe lid 3 van art. 1:10 BW (over de woonplaats van een opv), kwam al eerder ter sprake in verband met de opv; zie § 1.3.

Bij de spv (niet-rechtspersoon) zal een eventuele zetel niet als woonplaats gelden; zie art. 1:10 BW. Te overwegen valt om bij de inschrijving van een spv in het handelsregister wél opgave van een zetel te verlangen en in art. 1:10 BW te bepalen dat die zetel dan ook als woonplaats geldt. Dit is vooral van belang voor ipr-regels en de rechtsmacht van rechters; zie § 1.3.

Het voorgestelde nieuwe lid 6 van art. 1:94 BW is gebrekkig geformuleerd. Slechts de 'waarde' van het aandeel (in een spv) of deelnamerecht (in een opv) valt volgens deze bepaling in de huwelijksgoederengemeenschap. Een 'waarde' is evenwel geen vermogensbestanddeel dat vatbaar is om in een dergelijke gemeenschap te vallen. Beter kan worden gesproken over waardeverrekening. Hiervoor kan worden aangesloten bij art. 1:94 lid 3 BW (verknochte goederen vallen in de gemeenschap 'voor zover die verknochtheid zich hiertegen niet

verzet'), waarbij volgens de jurisprudentie grond kan bestaan voor waardeverrekening.

Invoeringsontwerp, Boek 3 BW. Volgens dit ontwerp zal art. 3:193 lid 3 BW (over verzet tegen verdeling bij ontbonden maatschap of vennootschap) vervallen. Voor de opv is dat begrijpelijk, want die wordt rechtspersoon. Waarom deze wetsbepaling niet meer gewenst zou zijn voor de spv, wordt in de MvT niet uitgelegd. Dit behoeft nog aandacht.

Invoeringsontwerp, Fw. Het voorgestelde, gewijzigde art. 2 lid 3, eerste volzin, Fw maakt de rechter van het 'kantoor' van de opv bevoegd. In plaats hiervan kan de zin beter worden geschrapt. Dan geldt art. 2 lid 1 Fw, dat aanknoopt bij de 'woonplaats' van de schuldenaar. Hierbij ga ik ervan uit dat inschrijving van de vennootschap in het handelsregister wordt vereist voor rechtspersoonlijkheid en de rechtspersoon verplicht wordt een 'zetel' te kiezen en in het handelsregister in te schrijven, die dan ingevolge art. 1:10 BW als 'woonplaats' zal gelden.⁶⁰ Zie § 1.3.

Geldt het faillissementsrecht niet ook voor de spv?

Invoeringsontwerp, Rv. Het voorgestelde, gewijzigde art. 51 lid 2 Rv (over betekening van exploitatie ten aanzien van een spv) verlangt betekening aan alle vennoten. Een spv kan evenwel een kantoor hebben. Dat kantoor kan zelfs in het handelsregister zijn ingeschreven. In dat geval zou betekening aldaar m.i. ook toelaatbaar moeten zijn (als gezamenlijke woonplaats van de vennoten als groep; art. 1:14 BW). Dit kan worden verduidelijkt.

Fiscaal ontwerp. Bij het Voorontwerp Fiscaal en de MvT Fiscaal maak ik enkele civielrechtelijk getinte opmerkingen. Als algemene opmerking vooraf wijs ik op het gemis van een paginanummering in deze stukken, wat het verwijzen ernaar bemoeilijkt. De passages uit het Voorontwerp Fiscaal en de MvT Fiscaal die al aan de orde kwamen in § 1.4 (over rechtspersoonlijkheid in de zin van titel 7.13 BW), worden hieronder niet herhaald.

Blijkens de MvT Fiscaal, par. 1, Inleiding is het de bedoeling om het onderscheid tussen kapitaalvennootschap en personenvennootschap hoeksteen te maken van het (aan te passen) kwalificatiebeleid (buitenlandse) rechtsvormen. Dit lijkt problematisch nu dat onderscheid niet helder is en (internationaal) meer en

⁶⁰ Hiervoor is wel vereist dat de opv als 'rechtspersoon' in de zin van art. 1:10 BW wordt erkend.

meer aan betekenis verliest. Zie hierboven in § 1.2. Bezien kan worden of voor het kwalificatiebeleid concretere criteria gevonden kunnen worden.

In de MvT Fiscaal, par. 1.3 wordt ten onrechte gesteld dat een aandeelhouder in een kapitaalvennootschap in beginsel 'een beperkte aansprakelijkheid [heeft] die gemaximeerd is tot zijn ingebrachte kapitaal'. De aandeelhouder is in beginsel helemaal niet aansprakelijk voor schulden van de kapitaalvennootschap, en is jegens de vennootschap slechts tot inbreng gehouden voor zover hij deze heeft toegezegd en nog niet heeft voldaan. Voor wat een aandeelhouder al heeft ingebracht is hij (juist) niet meer tot inbreng gehouden.

In de MvT Fiscaal, par. 2.1 wordt gesproken over het belang van het 'civielrechtelijk kapitaal van de personenvennootschap' bij de omzetting van een opv in een nv, bv of coöperatie. Wat hier met 'civielrechtelijk kapitaal van een personenvennootschap' wordt bedoeld, is mij niet duidelijk. Civielrechtelijk is 'kapitaal' geen duidelijk begrip. Speelt dit alleen indien in het vennootschapscontract van een bepaald (nominaal) kapitaal wordt gesproken, of vallen alle als inbreng geboekte bedragen en wellicht ook ingehouden winsten onder dit begrip? Verder valt op dat, eveneens in de MvT Fiscaal, par. 2.1, een personenvennootschap wordt aangemerkt als een vennootschap zonder in aandelen verdeeld kapitaal. Het staat er tweemaal. Is bedoeld dat een opv wel steeds een kapitaal heeft of kan hebben, maar dat dit niet in aandelen verdeeld kan zijn? Dat is dan een beperking die uit de civielrechtelijke voorstellen niet voortvloeit,⁶¹ en niet wordt toegelicht. Elders wordt de mogelijkheid van een in aandelen verdeeld kapitaal weer wel erkend. Aldus bijvoorbeeld in het voorgestelde art. 4 lid 4 onderdeel a en art. 52 WBR.⁶² Aan de verwarring draagt nog bij dat in de MvT Fiscaal (artikelsgewijs), art. VI onderdeel D ter zake van art. 4 lid 4 onderdeel a WBR wordt gesproken over een in aandelen verdeeld 'vermogen' (in plaats van kapitaal). Deze fiscale passages in de voorstellen behoeven verduidelijking en aanpassing.

In de MvT Fiscaal (artikelsgewijs), art. I onderdeel E wordt gesproken over het 'ingebachte vermogen, zijnde het gestorte deel van het geplaatste kapitaal, ten tijde van de omzetting'. Dit ingebachte vermogen geldt volgens deze passage in de MvT Fiscaal als 'tegenprestatie' voor het bepalen van de omvang van de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang'. Onduidelijk is wat hier

⁶¹ Zie Stokkermans 2017, p. 189.

⁶² Zie ook de MvT Fiscaal (artikelsgewijs), art. VI onderdeel B.

precies wordt bedoeld. Stel, de waarde van het opv-vermogen wordt bij omzetting in een bv deels als nominaal kapitaal en deels als agio geboekt. Telt het agio-deel dan niet mee bij het bepalen van de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang?

Het voorgestelde art. 56 WBR gaat ervan uit dat een personenvennootschap een beleggingsfonds in de zin van art. 1:1 Wft kan zijn. Hoe zich dit verhoudt tot het voorgestelde vereiste van 'samenwerking in de uitoefening van een beroep of bedrijf' (art. 800 lid 1) is onduidelijk.

In de MvT Fiscaal (artikelsgewijs), bij art. I onderdeel B wordt de voorgestelde doorkijkbepaling van art. 2.14bis Wet IB 2001 besproken. Op basis van deze bepaling wordt winst van de opv in bepaalde gevallen aangemerkt als (in box 1 belaste) winst uit onderneming van de natuurlijke persoon/vennoot. Bij de genoemde gevallen mis ik de situatie waarin de opv geen materiële onderneming drijft maar de natuurlijke persoon vennoot dit wel doet, en diens deelneming in de opv als onderdeel van die onderneming kan worden aangemerkt.

De MvT Fiscaal (artikelsgewijs), bij art. VI onderdeel C gaat in op het geval waarin een spv een opv wordt (door op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een vennootschapsnaam naar buiten te gaan treden), maar nog niet wordt ingeschreven in het handelsregister. In dat geval gaat het vermogen van de vennootschap (nog?) niet op de rechtspersoon over (zie art. 810 lid 2). Volgens de MvT Fiscaal 'gaat de economische eigendom van de goederen (wel) meteen over naar de openbare personenvennootschap'. In de visie van de voorontwerper vindt hier dus een scheiding tussen juridische en economische eigendom plaats. Deze constructie (als onverhoeds gevolg van de enkele omstandigheid dat 'de vennootschap' die als spv begon, ineens een vennootschapsnaam is gaan hanteren) is behoorlijk ingewikkeld. De complexiteit draagt ertoe bij dat heroverweging van de criteria voor rechtspersoonlijkheid en het faciliteren van een vermogensovergang onder algemene titel van spv of opv geraden lijkt (vgl. §§ 1.3 en 1.5).

De MvT Fiscaal (artikelsgewijs), bij art. VI onderdeel C gaat nog een stap verder door het voor mogelijk te houden dat een niet-ingeschreven opv (althans een niet-ingeschreven opv die voorheen een spv was) registergoederen kan verkrijgen. Door de beperkte rechtsbevoegdheid van die opv (art. 810 lid 4) is het resultaat van een dergelijke verkrijging, aldus de MvT Fiscaal, dat de juridische eigendom zal toebehoren 'aan de vennoot of vennoten die,

handelend op eigen naam, de betreffende registergoederen ten behoeve van de [opv] hebben verworven'. Civielrechtelijk is dit onbeholpen uitgedrukt. Een niet-ingeschreven opv kan civielrechtelijk immers geen registergoederen verkrijgen, wel de economische eigendom van registergoederen. De tekst lijkt intussen te suggereren dat wanneer de vennoten van een niet-ingeschreven opv als zodanig registergoederen verkrijgen, de juridische eigendom daarvan tot een buiten de rechtspersoon gedacht (afgescheiden?) vennootschapsvermogen gaat behoren. Een dergelijke opv kan dan rechtspersoon en niet-rechtspersoon tegelijk zijn, ook ten aanzien van ander vermogen dan voormalig spv-vermogen. M.i. is dit allemaal nodeloos ingewikkeld. De complexiteit kan eenvoudig worden vermeden door rechtspersoonlijkheid uitsluitend op basis van formele criteria toe te laten en het idee van omzetting van een niet-rechtspersoon in een rechtspersoon te laten varen (afgezien van de rechtspersoon i.o.).

Een laatste opmerking betreft art. 33 lid 2 Invorderingswet. De huidige versie daarvan ziet op "de volledig aansprakelijke vennoot van een maat- of vennootschap". Vanuit civielrechtelijk oogpunt is dat wat betreft de maatschap onjuist. Als regel zijn de vennoten van een maatschap immers niet 'volledig', maar voor gelijke delen voor de maatschapsschulden aansprakelijk (art. 7A:1679 en 1680 BW). Volgens het Voorontwerp Fiscaal wordt de aangehaalde passage gewijzigd in "de volledig aansprakelijke vennoot van een personenvennootschap". Ook hier roept de verwijzing naar volledige aansprakelijkheid vragen op. Bij de voorgestelde spv geldt immers dat de vennoten in beginsel voor gelijke delen aansprakelijk zijn (zie § 1.7 hierboven). De voorgestelde opv kent volgens het Voorontwerp diverse beperkingen op de volledige aansprakelijkheid, waaronder subsidiariteit (art. 814 lid 2) en uitgesloten aansprakelijkheid van nieuwe vennoten voor oude vennootschapsschulden (art. 814 lid 5, waarover § 1.8 hierboven).

CMS