

CONSULTATIE TWEDE AMBTELIJK VOORONTWERP MODERNISERING PERSONENVENNOOTSCHAPPEN

REACTIE QUIST GEUZE MEIJEREN

12 januari 2023

INLEIDING

Graag maakt Quist Geuze Meijeren (“**Q.G.M**” of “**wij**”) gebruik van de mogelijkheid te reageren op het tweede ambtelijk voorontwerp van de Wet modernisering personenvennootschappen (“**Voorontwerp**”). Voordat wij inhoudelijk ingaan op het Voorontwerp, merken wij op dat wij de voortgang in de modernisering van het personenvennootschapsrecht verwelkomen en in het algemeen te spreken zijn over de richting van dit Voorontwerp. In jurisprudentie en literatuur bestaat de nodige onduidelijkheid over de duiding van het geldende personenvennootschapsrecht. Deze onduidelijkheid heeft gevolgen voor zowel bestaande ondernemingen die door middel van personenvennootschappen worden gedreven als voor ondernemers die een keuze moeten maken inzake de best passende rechtsvorm voor hun onderneming. Het Voorontwerp vormt een welkome volgende stap in het wegnemen van deze onduidelijkheid.

Q.G.M kan zich vinden in de meeste fundamentele keuzes die zijn gemaakt in het Voorontwerp, zoals het onderscheid tussen stille en openbare personenvennootschappen, de opheffing van het onderscheid tussen de maatschap en de vennootschap onder firma (“**vof**”) en tussen het beroep en bedrijf, het deelnamerecht en de afschaffing van het algehele beheersverbod voor de commanditaire vennoot. Hoewel ten aanzien van deze onderwerpen ook andere oplossingen denkbaar zijn, lijken de voorgestelde regelingen ons over het geheel genomen in beginsel werkbaar en vormen zij een verbetering voor de praktijk in vergelijking met het huidige recht.

Deze reactie heeft niet tot doel een integrale en gedetailleerde beoordeling van het Voorontwerp te verschaffen. Veeleer willen wij enkele centrale thema’s uitlichten die in het Voorontwerp (en het daarin voorgestelde systeem van personenvennootschappen) een belangrijke rol spelen en waarin, wat ons betreft, nog nadere aanpassingen gewenst zijn. Wij zullen ten aanzien van deze thema’s suggesties doen voor het uiteindelijke wetsvoorstel.

De navolgende kernthema’s zullen aan bod komen en dienen, wat ons betreft, nadere overdenking bij en voorafgaand aan het opstellen van het uiteindelijke wetsvoorstel.

(1) **Ontstaansmoment en rechtspersoonlijkheid**

Wij pleiten voor meer rechtszekerheid ten aanzien van het ontstaansmoment van de openbare personenvennootschap. Daarnaast doen wij een suggestie voor optionele rechtspersoonlijkheid, in plaats van rechtspersoonlijkheid die van rechtswege intreedt. Wij stellen vragen bij de overgang van stil naar openbaar (en *vice versa*), alsook bij de keuzes om de rechtspersoonlijkheid exclusief toe te kennen aan de openbare persoonsvennootschap.

(2) **Rechtssubjectiviteit van de stille personenvennootschap**

Meer duidelijkheid is gewenst ten aanzien van de mate van rechtssubjectiviteit van de stille personenvennootschap. Onduidelijk is in hoeverre in het Voorontwerp aansluiting is gezocht bij bestaande jurisprudentie.

(3) Dwingend en regelend recht

Wij juichen toe dat in het Voorontwerp aandacht is besteed aan de mate van dwingendheid van bepalingen. De vraag is echter hoe omgegaan moet worden met bepalingen die van regelend recht zijn. Daarnaast lijkt de memorie van toelichting (“MvT”) niet altijd consistent ten aanzien van de dwingendheid van bepalingen.

(4) De aard van de commanditaire vennootschap (“cv”)

Enkele keuzes in het Voorontwerp doen het verschil tussen de klassieke vof en de cv vervagen. Wij pleiten onder andere voor een limitering op de bevoegdheid tot verlening van volmacht aan de commanditaire vennoot.

Deze punten lichten wij hieronder nader toe.

1. ONTSTAANSMOMENT EN RECHTSPERSOONLIJKHEID

- 1.1. In de praktijk ontstaan regelmatig problemen met het afgescheiden vermogen van de personenvennootschap. Toe- en uittreding van vennoten is in goederenrechtelijke zin gecompliceerd en ook voor schuldeisers van personenvennootschappen is het niet altijd duidelijk wat tot het vermogen van de personenvennootschap behoort. In het Voorontwerp is aan de openbare personenvennootschap rechtspersoonlijkheid toegekend (art. 800 lid 2 jo art. 810 lid 1). Hiermee is beoogd meer duidelijkheid te verschaffen in het rechtsverkeer omtrent het vermogen van de vennootschap, hetgeen duidelijk resoneert in de MvT. Hierbij wordt benadrukt dat de rechtspersoonlijkheid een andere rechtspersoonlijkheid betreft dan de rechtspersoonlijkheid die aan in Boek 2 BW geregelde vennootschappen wordt toegekend.¹
- 1.2. Q.G.M kan zich vinden in de keuze van de wetgever aan personenvennootschappen enige mate van rechtspersoonlijkheid toe te kennen, mede om de hierboven genoemde problemen te kunnen ondervangen. Daarnaast sluiten wij ons geheel aan bij de gedachte dat de personenvennootschap, ondanks een mate van rechtspersoonlijkheid, primair een overeenkomst is en geen instituut zoals de in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen. Een al te vergaande gelijkenis met die rechtspersonen is ongewenst, aangezien de personenvennootschap zijn bestaansrecht kan verliezen zodra deze te institutioneel opgezet wordt. Dit klinkt ook duidelijk door in de MvT.²
- 1.3. Echter, wij menen dat in het Voorontwerp en de MvT nog onvoldoende duidelijk naar voren komt in hoeverre de personenvennootschap gelijkenis vertoont met de rechtspersonen in Boek 2 BW dan wel daarvan verschilt. Ten aanzien van *governance* en besluitvorming, zoals geregeld in het Voorontwerp, is het voor ons bijvoorbeeld niet duidelijk in hoeverre overeenstemming is beoogd met de systematiek van Boek 2 BW. Een voorbeeld biedt art. 803 lid 1, dat bepaalt dat een besluit wordt genomen met instemming van alle vennoten, tenzij bij overeenkomst anders wordt afgesproken. Bij een eerste lezing geeft dit blijk van een institutionele benadering van de personenvennootschap, waarbij aan de gezamenlijke vennoten als waren zij een orgaan de bevoegdheid wordt verleend om besluiten te nemen/met besluiten in te stemmen. Daarnaast lijkt de keuze voor het woord ‘instemming’ aan te geven dat de vennoten dienen in te stemmen met

¹ MvT, p. 9 en p. 68-69.

² MvT, p. 68: “De bijzondere overeenkomst van personenvennootschap is leidend voor de aard, inrichting en vormgeving van de personenvennootschap. De rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap is met name bedoeld om duidelijkheid en zekerheid te geven over het vermogen van de personenvennootschap en om het toe- en uittreden van vennoten te vereenvoudigen. Regels over interne vormgeving van de rechtspersoon, zoals de mogelijkheid om organen te hebben, ontbreken.”

een besluit dat door iemand anders is genomen, terwijl bedoeld is te zeggen dat het besluit slechts bij unanimiteit tot stand komt. Wij bevelen dan ook aan dit punt uitgebreider te behandelen teneinde een vervaging van het onderscheid tussen personenvennootschappen en Boek 2 BW-rechtspersonen tegen te gaan en onduidelijkheid te voorkomen. Essentieel voor het succes van de personenvennootschappen is immers hun bestaansrecht als alternatief voor Boek 2 BW-rechtspersonen.

- 1.4. Meer specifiek hebben wij twijfels over de hanteerbaarheid en effectiviteit van bepaalde keuzes in het Voorontwerp ten aanzien van rechtspersoonlijkheid. Hieronder zullen wij enkele knelpunten onder de aandacht brengen, die wat ons betreft dienen te leiden tot herziening van het Voorontwerp.

Onduidelijk ontstaansmoment

- 1.5. Het exacte ontstaansmoment van de openbare personenvennootschap (en daarmee de verkrijging van rechtspersoonlijkheid) is op dit moment onduidelijk. Volgens het Voorontwerp is een personenvennootschap openbaar als zij (i) handelt onder een door de personenvennootschap gevoerde naam en (ii) op een voor derden duidelijk kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelneemt. Op dat moment kwalificeert een personenvennootschap volgens het Voorontwerp als een openbare personenvennootschap en verkrijgt zij van rechtswege rechtspersoonlijkheid (art. 800 lid 2). Inschrijving van de openbare vennootschap in het handelsregister is vereist (zie art. 810 lid 4), maar is als zodanig niet een constitutief vereiste voor het ontstaan van de openbare personenvennootschap en de (daarmee) verkrijgende rechtspersoonlijkheid. Het moment van inschrijving en het moment van verkrijging van rechtspersoonlijkheid kunnen dan ook verschillen.
- 1.6. Of sprake zal zijn van het ontstaan van de personenvennootschap, is dus afhankelijk van de omstandigheden van het geval of een personenvennootschap *‘op een voor derden duidelijk kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelneemt’*. Dit constateert ook de MvT.³ Daarmee is onduidelijk wanneer een personenvennootschap openbaar is (en rechtspersoonlijkheid verkrijgt). Deze onduidelijkheid lijkt ons problematisch en risicovol, bijvoorbeeld ten aanzien van het exacte moment dat het vennootschapsvermogen onder algemene titel is overgegaan op de personenvennootschap. Meer in het algemeen vinden wij de onlosmakelijke verbondenheid tussen het ontstaansmoment van de openbare personenvennootschap en de verkrijging van rechtspersoonlijkheid niet wenselijk. Het is goed voorstelbaar dat een openbare personenvennootschap geen rechtspersoonlijkheid wenst te verkrijgen.⁴ Onze suggestie zou dan ook zijn om de rechtspersoonlijkheid als zodanig los te koppelen van het ontstaansmoment van de (openbare) personenvennootschap. Dit zou wat ons betreft ook meebrengen dat het voor een stille personenvennootschap mogelijk zou moeten zijn om rechtspersoonlijkheid te verkrijgen (zie hierover meer onder 1.13).
- 1.7. In navolging van het voorgaande pleiten wij er allereerst voor om aan te knopen bij een objectief ontstaansmoment van de openbare personenvennootschap. De inschrijving in het handelsregister ligt hierbij voor de hand.⁵ In het huidige Voorontwerp is inschrijving reeds verplicht, maar een niet-ingeschreven openbare personenvennootschap kan ook bestaan. Voor deze niet-ingeschreven

³ MvT, p. 34.

⁴ Wij verwijzen hierbij naar de consultatiereactie op het Voorontwerp van de Vereniging van Accountants- en Belastingadviesbureaus ‘VLB’ d.d. 20 december 2022, waar VLB eveneens pleit voor optionele rechtspersoonlijkheid, aangezien het voor veel van hun klanten nadelige gevolgen zou hebben om een vennootschap te hebben mét rechtspersoonlijkheid, zie p. 1-4.

⁵ Zie ook MvT, p. 34: *‘Een openbare personenvennootschap kan zich als zodanig inschrijven in het handelsregister. Dan volgt vanzelfsprekend uit de inschrijving dat sprake is van een openbare personenvennootschap’*.

openbare personenvennootschappen is een regeling opgenomen die aan haar bepaalde beperkingen oplegt. Deze tussenvorm van de niet-ingeschreven openbare personenvennootschap kan echter geheel worden gemist als inschrijving in het handelsregister constitutief zou worden gemaakt. Denkbaar is dat bepaalde personenvennootschappen geen behoefte zullen hebben aan erfgenaamschap, bestuurderschap of verkrijging van registergoederen of aandelen op naam, maar ook van dergelijke personenvennootschappen kan naar onze mening inschrijving worden verlangd alvorens zij als vennootschap ontstaan. Een inschrijvingsplicht is immers geen kostbare of grote last. Zou inschrijving het aanknopingspunt worden voor het ontstaan van de openbare personenvennootschap, dan is art. 810 lid 2 logischer: door inschrijving in het handelsregister wordt een stille personenvennootschap openbaar. Ook art. 810 lid 3 is dan beter te plaatsen in het systeem: nietigheid of vernietiging van de vennootschapsovereenkomst tast het bestaan van de openbare vennootschap niet aan, omdat haar bestaan is gekoppeld aan de inschrijving. Voor een stille personenvennootschap is inschrijving uiteraard niet vereist, aangezien kenbaarheid in veel mindere mate een rol speelt bij een stille personenvennootschap.

- 1.8. Het voorgaande brengt onzes inziens een grotere mate van flexibiliteit en zekerheid met zich mee dan door het huidige Voorontwerp wordt geboden. Ondernemers zijn vrij om een openbare vennootschap aan te gaan zonder dat ze onmiddellijk gebonden zijn aan rechtspersoonlijkheid. Daarnaast biedt de inschrijving in het handelsregister een objectief bepaalbaar ontstaansmoment, hetgeen de rechtszekerheid bevordert. Mocht de inschrijving in het handelsregister als constitutieve eis niet worden overgenomen in een nieuw concept, lijkt de sanctie van art. 810 lid 4 (beperkte rechtsbevoegdheid) ons onvoldoende en bovendien fraudegevoelig. Immers, het kan goed denkbaar zijn dat vennoten van een openbare personenvennootschap genoeg nemen met deze beperkte rechtsbevoegdheid en niet geïnteresseerd zijn in volledige rechtsbevoegdheid. Bij een informele vereniging (art. 2:30 BW) is de keuze voor de beperkte rechtsbevoegdheid een bewuste keuze, terwijl de beperkte rechtsbevoegdheid in het geval van een niet-ingeschreven openbare personenvennootschap is ingestoken als sanctie. Een vergelijkbare sanctie als geldt voor bestuurders van een niet-ingeschreven BV en NV (art. 2:69/180 lid 2 BW) ligt derhalve meer voor de hand.

Verkrijging rechtspersoonlijkheid en betrokkenheid notaris

- 1.9. Het Voorontwerp kiest ervoor de rechtspersoonlijkheid onlosmakelijk te koppelen aan de openbare personenvennootschap (art. 800 lid 2). Naast dat wij van mening zijn dat rechtspersoonlijkheid breder ingezet zou moeten kunnen worden dan voor de openbare personenvennootschap (zie 1.13 e.v.), willen wij een optionele rechtspersoonlijkheid voorstellen in plaats van een van rechtswege intredende rechtspersoonlijkheid. Deze optionele rechtspersoonlijkheid houdt in dat rechtspersoonlijkheid een vrijwillige keuze is van de vennoten en niet automatisch is gekoppeld aan het ontstaansmoment van de personenvennootschap. Praktisch betekent dit dat ervoor gekozen kan worden aan de openbare personenvennootschap pas op een later moment rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Als de hiervoor beschreven route gevolgd wordt, verkrijgt een openbare personenvennootschap vanaf het objectief bepaalbaar ontstaansmoment (inschrijving in het handelsregister) niet zonder meer ook rechtspersoonlijkheid. Uiteraard blijft het mogelijk om de rechtspersoonlijkheid gelijktijdig aan het ontstaansmoment toe te kennen.
- 1.10. Vanwege de verstrekende (goederenrechtelijke) gevolgen, zouden wij willen pleiten voor een objectief ontstaansmoment van rechtspersoonlijkheid voor een openbare of een stille personenvennootschap die dit wenst te verkrijgen. Dit hoeft onzes inziens geen notariële akte te zijn, maar kan bijvoorbeeld een verklaring zijn waarvan een notarieel proces-verbaal wordt gemaakt. Dit heeft als voordeel dat het moment waarop de vennootschap de rechtspersoonlijkheid

verkrijgt vast staat en objectief bepaalbaar is. Een bijkomend voordeel is dat deze notariële betrokkenheid de mogelijkheid biedt de vennoten voor zover nodig nader te adviseren over de gevolgen van de verkrijging van rechtspersoonlijkheid en of en in hoeverre dit voor deze vennoten de meest gewenste opzet is. Deze notariële tussenkomst zou ook digitaal kunnen geschieden, mede in het licht van de mogelijkheid om in de nabije toekomst online een BV op te richten.⁶ Voor het verlies van rechtspersoonlijkheid van een personenvennootschap zouden wij een overeenkomstige regeling willen voorstellen.

Overgang van openbare naar stille personenvennootschap (en vice versa)

- 1.11. Ook de overgang van een stille personenvennootschap naar een openbare personenvennootschap roept vragen op. Onder het huidige Voorontwerp is niet ondenkbaar dat een openbare personenvennootschap op enig moment van kleur verschiet en kwalificeert als stille personenvennootschap. Wat gebeurt er met het vermogen van de personenvennootschap in een dergelijk geval? De ene dag is er sprake van een rechtspersoon met een eigen vermogen, waarbij de vennoten deelnamerechten hebben op het vermogen van de personenvennootschap. De volgende dag kan sprake zijn van een personenvennootschap *zonder* rechtspersoonlijkheid, waarbij de vennoten ieder een aandeel zouden hebben in een afgescheiden vermogen (een bijzondere gemeenschap). Dit is onwenselijk. In het Voorontwerp lijkt dit punt, met verstreckende goederenrechtelijke gevolgen, onvoldoende te zijn meegewogen. Het is begrijpelijk dat de wetgever heeft gekozen voor een systeem waarin ook plaats is voor een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.⁷ Echter, het feit dat de overgang van een openbare personenvennootschap mét rechtspersoonlijkheid naar een stille personenvennootschap zónder rechtspersoonlijkheid niet zonder meer mogelijk is en verstreckende goederenrechtelijke gevolgen heeft, verdient meer aandacht in het huidige Voorontwerp. Wij zouden ons voor kunnen stellen dat een overgang van een openbare personenvennootschap naar een stille personenvennootschap niet wordt gefaciliteerd. Dit zou betekenen dat, zodra een openbare personenvennootschap stil wenst te worden, zij als openbare personenvennootschap ontbonden dient te worden. Een nieuw opgerichte stille personenvennootschap kan door de oud-vennoten vervolgens eenvoudig worden aangegaan. Overigens verwachten wij dat in de praktijk weinig behoefte bestaat aan een overgang van een openbare personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid naar een stille personenvennootschap.
- 1.12. Evenmin is duidelijk hoe de overgang van een stille naar een openbare personenvennootschap geschiedt. In de praktijk is het immers wél goed voorstelbaar dat vennoten van een stille personenvennootschap op enig moment – geleidelijk – onder een gemeenschappelijke naam gaan handelen, wat tot gevolg heeft dat de personenvennootschap gaat kwalificeren als openbare personenvennootschap in de zin van art. 800 lid 2. Zonder een objectief vast te stellen ontstaansmoment, kan hierover onduidelijkheid optreden. Dit is temeer zo, indien vastgehouden wordt aan rechtspersoonlijkheid die van rechtswege intreedt en daarmee het ingrijpende rechtsgevolg van overgang onder algemene titel (810 lid 2). Onder andere in het licht van verhaal, beslag en insolventie (maar ook bijvoorbeeld voor de overdracht van goederen), is het van belang om te kunnen traceren of en op welk moment het vermogen toebehoort aan de openbare personenvennootschap of behoort tot het tot de stille personenvennootschap behorende gemeenschappelijke vermogen. Ook dit pleit onzes inziens voor aansluiting bij een objectief ontstaansmoment voor het ontstaan van een openbare personenvennootschap als ook de

⁶ Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het notarisambt in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1151 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht (PbEU 2019, L 186)

⁷ MvT, p. 27.

loskoppeling van het ontstaan van een openbare personenvennootschap en de verkrijging van rechtspersoonlijkheid.

Exclusieve en verplichte koppeling van rechtspersoonlijkheid aan een openbare personenvennootschap

- 1.13. In de derde plaats – in het verlengde van het voorgaande – achten wij de keuze om rechtspersoonlijkheid *exclusief en verplicht* te koppelen aan een openbare vennootschap, niet geheel begrijpelijk. Ten eerste vanwege het hiervoor geschetste probleem: zodra de rechtspersoonlijkheid inherent gekoppeld is aan de openbare personenvennootschap, doen zich problemen voor zodra de aard van de personenvennootschap wijzigt (naar een stille personenvennootschap). Wenselijker zou het wat ons betreft zijn dat de rechtspersoonlijkheid niet per definitie verbonden is aan het zijn van een openbare personenvennootschap (en daarmee de vereisten van art. 800 lid 2).
- 1.14. Daarnaast is het ontbreken van de mogelijkheid om rechtspersoonlijkheid te kunnen *ontkoppelen* van de openbare personenvennootschap én om rechtspersoonlijkheid te kunnen *koppelen* aan een stille personenvennootschap of een stille commanditaire vennootschap onzes inziens onnodig beperkend. In de MvT komt naar voren dat voornamelijk het afgescheiden vermogen een belangrijke reden is om personenvennootschappen enige mate van rechtspersoonlijkheid te verschaffen.⁸ De categorische uitsluiting van stille personenvennootschappen is, in het licht van die reden, niet goed te plaatsen. Immers, ook voor stille personenvennootschappen is zeer wel denkbaar dat een goederenrechtelijk eigen vermogen van de personenvennootschap wenselijk is, bijvoorbeeld ten behoeve van de toe- en uitreding van vennoten. Het is niet duidelijk waarom stille personenvennootschappen de voordelen van de rechtspersoonlijkheid categorisch worden ontzegd.
- 1.15. In het verlengde hiervan is niet goed te begrijpen waarom een cv in het Voorontwerp per definitie openbaar is (zie art. 800 lid 4). In de praktijk bestaat behoefte een cv ook stil te kunnen voeren. Mocht deze behoefte om een stille cv te voeren bestaan, dan zal voor een derde duidelijkheid moeten bestaan over het feit dat enkele vennoten niet kunnen worden aangesproken, zo benadrukt ook de MvT.⁹ Een inschrijving in het handelsregister met deze beperking lijkt ons hiervoor niet zonder meer vereist om de gewenste zekerheid voor derden te kunnen bieden. Wij hebben niet de indruk dat de stille cv, zoals deze onder het huidige recht kan bestaan, vaak tot problemen heeft geleid.

Conclusie

- 1.16. Uit het bovenstaande volgt, overkoepelend, dat Q.G.M voorstander is van een minder stringente wijze waarop de rechtspersoonlijkheid geregeld kan worden dan thans is opgenomen in het Voorontwerp. In het bijzonder zouden ten aanzien van het ontstaansmoment van de openbare personenvennootschap scherpere en duidelijkere keuzes gemaakt kunnen worden. Een andere suggestie is dat de verkrijging van rechtspersoonlijkheid als zodanig wordt losgemaakt van het stil of openbaar zijn van de personenvennootschap. Onzes inziens dient rechtspersoonlijkheid optioneel te zijn (wat de flexibiliteit bevordert) en dient zij op een objectief vast te stellen moment te ontstaan, wat kan worden gerealiseerd door middel van een bepaalde vorm van notariële tussenkomst hetgeen de rechtszekerheid bevordert voor derden én de vennoten zelf.

⁸ Zie bijv. MvT, p. 9, 10, 12 en 67.

⁹ MvT, p. 35-36.

2. RECHTSSUBJECTIVITEIT VAN DE STILLE PERSONENVENNOOTSCHAP

- 2.1. Nu de stille personenvennootschap in het Voorontwerp geen rechtspersoonlijkheid heeft, zal voor haar *rechtssubjectiviteit* kunnen worden aangeknoopt bij de bestaande jurisprudentie hierover.¹⁰ Onduidelijk is echter in hoeverre dit de bedoeling is, aangezien veel van deze jurisprudentie aanknoopt bij de vof (min of meer het equivalent van de openbare personenvennootschap). Kan een stille personenvennootschap procederen, zoals personenvennootschappen dat onder het huidige recht kunnen? Wie is werkgever bij een stille personenvennootschap, of kan een stille personenvennootschap geen werkgever zijn, omdat zij door het aangaan van een arbeidsovereenkomst voldoet aan de kenmerken van een openbare personenvennootschap?
- 2.2. Onder het huidige recht leidt dit al tot verwarring, bijv. als het gaat om de mate van rechtssubjectiviteit van de vof.¹¹ Enkele van de problemen die in de praktijk leven en die nu voor de openbare personenvennootschap worden opgelost met toekenning van de rechtspersoonlijkheid, blijven bestaan voor de stille personenvennootschap. In de MvT wordt hier wat ons betreft te weinig aandacht aan besteed. Wij zouden graag zien dat hier in een nieuw concept dieper op wordt ingegaan. Meer in het bijzonder zijn de volgende vragen hierbij van belang.
- 2.3. Allereerst is het de vraag of een stille personenvennootschap ook eigen procesbevoegdheid toekomt.¹² Voor de vof is dit in de literatuur onomstreden, maar voor de stille maatschap wordt wel betoogd dat deze geen procesbevoegdheid toekomt.¹³ Aangezien naar huidig recht aanvaard is dat ook de stille en openbare maatschap een afgescheiden vermogen hebben, betoogt Kroeze echter dat het ook voor de hand ligt procesbevoegdheid aan te nemen voor de stille en openbare maatschap.¹⁴ Wij zouden dit willen doortrekken naar de stille personenvennootschap, aangezien deze ook een *'gebonden, van het privévermogen afgescheiden, vermogen kent waarop schuldeisers van de personenvennootschap zich kunnen verhalen'*.¹⁵
- 2.4. Daarnaast is het de vraag of een stille personenvennootschap aangemerkt kan worden als pleger van een onrechtmatige daad (of bijv. zelfstandig drager van de risicoaansprakelijkheid van art. 6:170 BW). Voor de vof is dit, opnieuw, geheel helder: deze kan als rechtsbevoegde vennootschap een onrechtmatige daad plegen. Wij zouden willen betogen dat dit voor een stille personenvennootschap niet geldt (naar analogie van de maatschap), maar dat wel een onrechtmatige daad aan de gezamenlijke vennoten kan worden toegerekend.¹⁶ Terughoudendheid zou echter op zijn plaats zijn, gezien de verstreckende gevolgen die dit heeft in de sfeer van de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten.¹⁷

¹⁰ Zie bijvoorbeeld HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5569 (*Duijsens/Van den Steenhoven*); HR 6 februari 2015, NJ 2017/8 (*VDV Totaalbouw*).

¹¹ Zie bijv. C.M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht (IVOR nr. 102) (diss. Rotterdam)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 3.3.3.2.

¹² Voor de vof volgt dit bijvoorbeeld uit HR 6 februari 2015, NJ 2017/8 (*VDV Totaalbouw*), r.o. 3.4.1: *'Ondanks het ontbreken van rechtspersoonlijkheid wordt de vof in het maatschappelijk verkeer gezien en op diverse plaatsen in de wet (art. 51 Rv, art. 4 lid 3 Fw) behandeld als een afzonderlijk rechtssubject dat zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen, wat strookt met het feit dat de vof een afgescheiden vermogen heeft.'*

¹³ Assink | Slagter 2013, § 99.1, p. 1904.

¹⁴ Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/66.

¹⁵ MvT, p. 40.

¹⁶ Naar analogie van het *Kleuterschool Babbel*-arrest gaat het er dan om of een onrechtmatige daad in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als een onrechtmatige daad van de gezamenlijke vennoten van dat moment, zie HR 6 april 1979, NJ 1980/34 (*Kleuterschool Babbel*).

¹⁷ Zie ook annotatie J.M. Blanco Fernández onder Hof Arnhem 15 maart 2011, JOR 2011/142 (*Al/Klepke*).

- 2.5. Nog meer vragen rijzen. Zo is het onduidelijk of de stille personenvennootschap werkgever kan zijn. Onzes inziens is dit niet mogelijk en zal een werknemer in dienst zijn van de gezamenlijke vennoten van dat moment. De receptioniste van twee tandartsen die een gezamenlijk pand gebruiken in een stille personenvennootschap, zullen gezamenlijk de arbeidsovereenkomst tekenen en daarbij handelen in naam van de gezamenlijke vennoten van dat moment. Het zou aan te bevelen zijn als in het nieuwe concept MvT hier aandacht aan geschonken wordt.

3. DWINGEND EN REGELEND RECHT

- 3.1. Een duidelijke keuze die dit Voorontwerp maakt, is dat per artikel (of per afdeling, zoals het geval is bij afdeling 4) wordt aangegeven in hoeverre de regeling dwingend recht bevat. Hierbij komen verschillende varianten in de wettekst naar voren. In veel gevallen is de wetgeving geheel dwingend en luidt het laatste lid: ‘Van dit artikel kan niet worden afgeweken’ (zie bijv. art. 800 lid 5). In andere gevallen is een gedeelte van het artikel dwingend en luidt het laatste lid (bijvoorbeeld): ‘Van de leden 4 en 5 kan niet worden afgeweken’ (zie art. 803 lid 6). In sommige gevallen kan, tenslotte, ten aanzien van specifieke geadresseerden niet worden afgeweken. Zo luidt art. 817 lid 5: ‘Van dit artikel kan niet ten nadele van derden worden afgeweken’. Duidelijker komt dit naar voren in art. 823 waar ten aanzien van afdeling 4 is bepaald dat niet kan ‘worden afgeweken ten nadele van degene wiens belang door de bepaling wordt beschermd’.
- 3.2. Wij juichen het in het algemeen toe dat in dit Voorontwerp zo nadrukkelijk aandacht is besteed aan de in de praktijk voorkomende vraag of een bepaling van dwingend dan wel regelend recht is. De keerzijde van de gekozen systematiek is dat deze wetgeving minder flexibel maakt. Immers, toekomstige interpretaties of verruiming van wettelijke bepalingen (door de rechter) zorgen ervoor dat het dwingende karakter van een bepaald artikel (of lid) kan worden afgezwakt. Het gevaar is dat er, zoals nu het geval, een op het oog zeer duidelijke scheiding bestaat tussen dwingend en regelend recht, terwijl er in de doctrine en de jurisprudentie tal van relativeringen en uitzonderingen kunnen worden ontwikkeld op de dwingendheid van bepalingen (of andersom: bepalingen worden dwingender).
- 3.3. Daarnaast is het nog maar de vraag in hoeverre de bepalingen waarvan is bepaald dat daarvan niet kan worden afgeweken werkelijk dwingend zijn. Immers, in de MvT wordt de dwingendheid van bepalingen regelmatig afgezwakt.¹⁸ Daarnaast is de MvT soms minder duidelijk over de dwingendheid van bepalingen dan op het eerste gezicht uit het betreffende artikel lijkt te volgen.¹⁹
- 3.4. Belangrijker nog is de vraag in hoeverre bepalingen, die niet als dwingend recht worden aangemerkt, van regelend recht zijn. Als *a contrario* wél kan worden afgeweken, kan dit dan onbeperkt of zijn er ook bepalingen met een minimale ‘dwingende’ inhoud met voor het overige regelend recht? Een voorbeeld is art. 811 lid 1 (niet dwingend, zie lid 4): in hoeverre is deze bepaling regelend? Kunnen vennoten bepalen dat er in het geheel geen deelnamerechten zijn? Dat lijkt, gelet op de systematiek van dit Voorontwerp, onwaarschijnlijk.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld ten aanzien van art. 808, MvT, p. 61 en 62.

¹⁹ MvT, p. 56. De MvT noemt artikel 806 hier ‘voor het grootste gedeelte’ dwingend. Dit wekt verwarring, temeer omdat ten aanzien van lid 2 benadrukt wordt dat het gaat om niet dwingend recht (zie ook p. 57). Het gedeelte dwingend recht zou dan in lid 1 zitten, maar dit lijkt niet aannemelijk. Immers, in de MvT wordt benadrukt dat het zelfs mogelijk is om een vennoot in het geheel uit te sluiten van de winst. Als er iets dwingend zou zijn, lijkt het ons het meest aannemelijk dat hierbij is bedoeld op de eerste zin van lid 2, namelijk dat bij de vaststelling van het resultaat en het bedrag van ieders deel dient te geschieden bij besluit.

4. AARD VAN DE CV

- 4.1. In het Voorontwerp zijn keuzes gemaakt die ertoe leiden dat het onderscheid tussen een openbare personenvennootschap en de cv vervaagt. Een belangrijk aspect hierbij is de mogelijkheid een commanditaire vennoot in vergaande mate gelijk te stellen met een gewone vennoot, zoals dat tot uitdrukking komt in art. 819 lid 3. In de praktijk is het op grond van deze bepaling mogelijk dat de commanditaire vennoot een (feitelijk) doorlopende volmacht verkrijgt om de openbare personenvennootschap te vertegenwoordigen.
- 4.2. Naar onze mening is in het huidige Voorontwerp de aard van de cv onvoldoende meegewogen. Het bestaansrecht van de cv is gelegen in het stringente onderscheid tussen gewone en commanditaire vennoten waarmee zij zich van de vof onderscheidt. De gewone vennoten hebben de dagelijkse leiding over de vennootschap, terwijl de commanditaire vennoten slechts financieel betrokken zijn. De crux van de cv is juist gelegen in dit onderscheid: de commanditaire vennoten zijn slechts financieel betrokken (en daarmee beperkt aansprakelijk) *omdat* zij niet betrokken zijn bij de dagelijkse gang van zaken binnen de vennootschap.
- 4.3. Het Voorontwerp geeft de commanditaire vennoot meer bevoegdheden die, onzes inziens, indruisen tegen de aard en het bestaansrecht van de cv. De al genoemde mogelijkheid tot vertegenwoordiging bij volmacht is wat ons betreft niet goed doordacht. Wij delen de in de praktijk gewenste vernieuwing om de commanditaire vennoot de mogelijkheid te bieden om de vennootschap te vertegenwoordigen,²⁰ maar achten deze mogelijkheid in het Voorontwerp te verstrekken. Immers, een doorlopende volmacht wordt met art. 819 lid 3 gefaciliteerd, wat ook nadrukkelijk wordt benoemd in de MvT.²¹ Wij achten dit onwenselijk, aangezien het onder het Voorontwerp mogelijk is om, gebruikmakend van een cv, een openbare personenvennootschap ‘na te bootsen’, zij het met een milder aansprakelijkheidsregime.
- 4.4. Het aansprakelijkheidsregime voor commanditaire vennoten is milder, aangezien zij slechts aansprakelijk zijn ingeval van faillissement mits zijn handelen krachtens volmacht een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de cv (art. 819 lid 4). Met een doorlopende volmacht hebben zij min of meer dezelfde vertegenwoordigingsbevoegdheden als een gewone vennoot, maar een aansprakelijkheid die veel minder ver strekt dan de aansprakelijkheid voor gewone vennoten (art. 814 lid 1). Dit lijkt ons onwenselijk. Onzes inziens zou het beter passen bij de aard van de cv de vertegenwoordigingsbevoegdheid van commanditaire vennoten te beperken tot *incidentele* vertegenwoordiging en daarmee de mogelijkheid tot doorlopende volmacht te elimineren. Een suggestie voor de redactie zou kunnen zijn: *‘De commanditaire vennoot vertegenwoordigt de commanditaire vennootschap uitsluitend indien hem daartoe volmacht is verleend, telkens voor een bepaald geval.’*
- 4.5. Daarnaast bestaan er nog overige vragen ten aanzien van de commanditaire vennoot. Ingevolge art. 819 lid 2 (met verwijzing naar art. 803 lid 1) mag hij mee besluiten, maar is hij niet bevoegd noodzakelijke handelingen te verrichten voor rekening van de vennootschap (art. 803 lid 3). De ratio hiervan is onduidelijk: ten aanzien van noodzakelijke handelingen lijkt het wenselijk dat de commanditaire vennoot deze kan verrichten voor rekening van de cv. Onduidelijk is waarom art. 819 lid 2 slechts verwijst naar art. 804 lid 1 en niet ook naar lid 2. Lid 1 bepaalt dat vennoten zich jegens elkaar dienen te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Lid 2 geeft een opsomming van handelingen waar een vennoot zich in beginsel van dient te onthouden, zoals het verrichten van concurrerende handelingen en het benutten van *corporate opportunities*. Het is onduidelijk waarom dit tweede lid niet ook zou moeten gelden voor de

²⁰ MvT, p. 107.

²¹ MvT, p. 107: *‘Deze volmacht kan doorlopend zijn of voor bepaalde transacties zijn verstrekt.’*

commanditaire vennoot. Ten slotte zou het wenselijk zijn om in art. 819 lid 2 ook een verwijzing op te nemen naar art. 805 lid 2, zodat een commanditaire vennoot eveneens mag meestemmen bij de vaststelling van de balans en staat van baten en lasten. In het verlengde daarvan zou ook art. 805 lid 4 kunnen worden opgenomen, zodat duidelijk is dat ook commanditaire vennoten vallen onder de reikwijdte van art. 805 lid 4 sub a (inzage voor vennoten).

AFSLUITING

Tot een nadere toelichting op onze bovenstaande bevindingen over het Voorontwerp zijn wij uiteraard graag bereid.

Hoogachtend,

Quist Geuze Meijeren

Paul Quist
Bianca Geuze
Vincent van Kampen
Stefan Kroezen
Wilbert Peters