

Aan Ministerie van Justitie en Veiligheid / Ministerie van Financiën
Van Van Doorne N.V.
Inzake Reactie Van Doorne N.V. op consultatie herziene voorontwerp Wet modernisering
personenvennootschappen
Datum 10 februari 2023

Inleiding

Geachte mevrouw Yeşilgöz-Zegerius, geachte mevrouw Kaag,

Wij hebben met veel belangstelling kennisgenomen van het herziene voorontwerp van de Wet modernisering personenvennootschappen (het "**Consultatievoorstel**").

Wij constateren dat het Consultatievoorstel een belangrijke verbetering inhoudt van de regeling voor personenvennootschappen. Over de noodzaak om tot een betere regeling te komen dan de huidige archaïsche en verspreide regeling is al veel gezegd en behoeft hier geen herhaling.

Het doel van de voorgestelde regeling is om te komen tot een betere en modernere regeling voor ondernemers. Naar onze mening wordt dit doel met het Consultatievoorstel bereikt. Daarnaast is de voorgestelde regeling evenwichtig als het gaat om de balans tussen een betere regeling voor ondernemers enerzijds, en de bescherming van de belangen van schuldeisers anderzijds.

Er valt veel positiefs valt te zeggen over het Consultatievoorstel maar wij zien ook enkele punten die verbeterd kunnen worden én punten die verbeterd moeten worden. De materiële punten die daarbij de meeste aandacht verdienen zijn de rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap (punt 3) en de toepassing van artikel 810 lid 5 BW (punt 4).

Wij maken daarnaast graag gebruik van de mogelijkheid om een aantal suggesties in overweging te geven. Wij hebben deze suggesties opgedeeld in twee onderdelen, onderdeel I ziet op het civielrechtelijke kader en onderdeel II ziet op de fiscaliteit.

Tot nadere toelichting zijn wij vanzelfsprekend bereid.

Hoogachtend,

Arnout Stroeve (notaris)
Maarten Appels (toegevoegd notaris)
Luuk Bossers (kandidaat-notaris)

Jan Roeland (advocaat – fiscalist)
Peter van Velthoven (advocaat – fiscalist)

Onderdeel I – civiel

1. Artikel 800 BW – Onderscheid beroep en bedrijf

- 1.1 Het Consultatievoorstel beoogt terecht volledig afscheid te nemen van het reeds lang verouderde onderscheid tussen beroep en bedrijf. Dit onderscheid is niet langer van deze tijd en kan daarom worden gemist. Daarmee komt terecht ook het verschil in aansprakelijkheid te vervallen. In het Consultatievoorstel is het verlaten van het onderscheid echter niet volledig doorgevoerd. Zo treffen wij het onderscheid nog aan in het voorgestelde artikel 800 lid 1 BW en in het voorgestelde artikel 805 lid 3 BW. De Ontwerp Memorie van Toelichting geeft aan dat dit onderscheid een optie is, die van belang is voor bestaande maatschappen en vennootschappen onder firma. De gedachte is begrijpelijk maar consequent is het niet. Naar wij menen kunnen deze verwijzingen in de uiteindelijke wet worden gemist.
- 1.2 Het schrappen van de verwijzing naar het onderscheid tussen beroep en bedrijf in artikel 800 lid 1 BW zou een leemte veroorzaken, en deze zal moeten worden opgevuld. Dit kan naar onze mening geschieden door het meer algemene begrip 'onderneming' – zoals de wet dit reeds hanteert voor de activiteiten die de vennootschapsvormen van Boek 2 BW ontplooien – voor het begrippenpaar beroep of bedrijf in de plaats te stellen.
- 1.3 Men vergelijkte in dit verband artikel 1:1 van het Belgische Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: 'Een vennootschap wordt opgericht bij een rechtshandeling door één of meer personen, vennoten genaamd, die een inbreng doen. Zij heeft een vermogen *en stelt zich de uitoefening van één of meer welbepaalde activiteiten tot voorwerp*. Een van haar doelen is aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen" (curs. toegevoegd).

Suggestie:

De eerste volzin van artikel 800 lid 1 BW komt te luiden: "*Personenvennootschap is de overeenkomst tot samenwerking tot de uitoefening van een onderneming voor gezamenlijke rekening met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen met inbreng door ieder van de partijen, de vennoten.*"

2. Artikel 801 e.v. BW – Dwingend recht

- 2.1 Diverse bepalingen zijn in het Consultatievoorstel dwingendrechtelijk van aard verklaard. Bij diverse bepalingen is deze keuze begrijpelijk en zouden wij haar willen ondersteunen. In het bijzonder de bepalingen die de belangen van crediteuren mede beogen te beschermen, zoals de administratieplicht (het voorgestelde artikel 805 BW) en de vereffeningbepaling (het voorgestelde artikel 818 BW), zijn daarmee terecht als dwingendrechtelijk van aard in het Consultatievoorstel opgenomen.
- 2.2 Ten aanzien van de hierna onder 2.3. uiteengezette bepalingen, menen wij dat het dwingendrechtelijk karakter niet noodzakelijk is. Niet noodzakelijk dwingend recht dient onzes inziens zoveel mogelijk te worden vermeden. Dit geldt temeer voor het personenvennootschapsrecht, nu dit rechtsgebied als onderdeel van het contractenrecht vertrekt vanuit het beginsel van de partijautonomie (zoals terecht benadrukt onder nummer 3 Ontwerp Memorie van Toelichting).

- 2.3 Andere dwingendrechtelijke bepalingen dienen echter te worden verduidelijkt. Als voorbeeld luidt artikel 817 lid 5 BW namelijk dat "*van dit artikel niet ten nadele van derden kan worden afgeweken*". We begrijpen dat deze bepaling is opgenomen ter bescherming van het handelsverkeer, met in het bijzonder schuldeisers, maar scheidt vooralsnog geen duidelijkheid en het dwingendrechtelijke karakter is daarmee in onze ogen (te) subjectief. Hetzelfde geldt voor artikel 814 BW (verbondenheid van de vennoten en de openbare personenvennootschappen jegens derden) en 815 BW (voorzetting openbare personenvennootschap of onderneming door de enig overgebleven vennoot).

Suggestie:

De bepalingen waarvan wij menen dat zij niet van dwingend recht behoren te zijn, althans waarvan het dwingendrechtelijk karakter nader zou moeten worden onderbouwd, zijn: artikel 800 lid 2 en 810 (zie eveneens hierna onder 3., betreffende de rechtspersoonlijkheid van een openbare vennootschap), 814 (verbondenheid van de vennoten en de openbare personenvennootschappen jegens derden), 815 (voorzetting openbare personenvennootschap of onderneming door de enig overgebleven vennoot) en 817 (taak vereffenaars).

3. Artikel 800 BW – Rechtspersoonlijkheid

- 3.1 Het Consultatievoorstel bepaalt in artikel 800 lid 1 BW dat iedere openbare personenvennootschap een rechtspersoon is. De voordelen die samenhangen met het zijn van rechtspersoon zijn duidelijk (vereenvoudiging van toe- en uittreden van vennoten en het vermijden van een bijzondere gemeenschap) en deze behoeven wat ons betreft geen verdere discussie. Wat wel discussie behoeft is (i) hoe en wanneer deze rechtspersoonlijkheid tot stand komt en (ii) de vraag waarom rechtspersoonlijkheid niet een optie is. De openbare personenvennootschap wordt op dit moment gebruikt door ondernemers die om diverse redenen kiezen geen vennootschap op te richten met rechtspersoonlijkheid. Dit ondanks het feit dat het oprichten van - bijvoorbeeld - een besloten vennootschap eenvoudig is, en de kosten ervan overzichtelijk zijn. Ondernemers die ervoor kiezen om een personenvennootschap aan te gaan die geen "Boek 2 rechtspersoon" is, zouden volgens ons **de keuze** moeten hebben om van de vennootschap een rechtspersoon te maken. We betreuren het dan ook dat de optie van rechtspersoonlijkheid uit het eerdere ontwerp van Titel 7:13 BW niet in het Consultatievoorstel is opgenomen. Het is voorstelbaar dat de rechtspersoonlijkheid van een openbare personenvennootschap onwenselijk kan, zijn bijvoorbeeld in het kader van (internationale) fiscale structurering.
- 3.2 Daarnaast is de vraag waarom een stille personenvennootschap is uitgesloten van rechtspersoonlijkheid. Op pagina 13 en 14 van de Ontwerp Memorie van toelichting worden twee praktijkvoorbeelden gegeven van een artspraktijk als stille maatschap enerzijds en een timmerbedrijf als openbare personenvennootschap anderzijds. De goederenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke uitdagingen waarmee de artspraktijk in het voorbeeld te maken heeft (aanschaf bedrijfspand, aanneme personeel, aangaan van ICT-diensten en eventuele toekomstige toe- en uittreding) zijn naar onze mening niet fundamenteel anders dan bij een openbare personenvennootschap. Het kunnen opteren voor rechtspersoonlijkheid kan daarom ook uitkomst bieden voor (de vennoten van) de stille personenvennootschap.
- 3.3 Naast dit meer principiële punt, zien wij ook juridische bezwaren tegen de voorgestelde regeling waar het gaat om rechtspersoonlijkheid: aan de openbare personenvennootschap wordt van rechtswege

rechtspersoonlijkheid toegekend op grond van artikel 800 lid 1 BW, zij het dat een openbare vennootschap die niet is ingeschreven bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel op grond van artikel 810 lid 4 BW is uitgesloten van bepaalde handelingen. Dit zorgt voor tal van praktische bezwaren en komt de rechtszekerheid niet ten goede. Wij adviseren om de rechtspersoonlijkheid – indien door de vennoten gewenst - pas toe te kennen aan de openbare personenvennootschap vanaf het moment van inschrijving bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

- 3.4 Het belang van het optioneel maken van rechtspersoonlijkheid is ook van belang voor de stille personenvennootschap die later als openbare vennootschap wordt ingeschreven bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Op grond van artikel 810 lid 2 BW gaat het vermogen vanuit de bij de stille personenvennootschap behorende bijzondere gemeenschap op het moment van inschrijving onder algemene titel over naar de openbare personenvennootschap. Deze overgang onder algemene titel zal in veel gevallen welkom zijn en resulteren in een efficiënte overgang van vermogen, nu geen separate leveringshandelingen vereist zijn om het vermogen uit de bijzondere gemeenschap over te laten gaan op de openbare vennootschap. De overgang van vermogen is echter een gegeven en zou onbedoeld tot onwenselijke situaties kunnen leiden.

Suggestie:

Wij raden aan om rechtspersoonlijkheid te verbinden met de inschrijving in het handelsregister de Kamer van Koophandel. Wij geven in overweging om rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap als optie aan te bieden, ook in geval van de inschrijving van een stille personenvennootschap als openbare vennootschap in het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

4. Artikel 810 lid 5 BW – Toepassing 2:11 BW bij 'besturen'

- 4.1 In artikel 810 lid 5 BW is bepaald dat op een openbare vennootschap die door een rechtspersoon in de zin van deze titel of in de zin van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt bestuurd, en op zijn beurt een rechtspersoon in voornoemde zin bestuurt, artikel 2:11 BW van overeenkomstige toepassing is. Deze schakelbepaling is zowel onnodig ALS onwenselijk. Ten eerste is de bepaling taalkundig onduidelijk, als gevolg waarvan ook de strekking van deze bepaling onduidelijk is. Wij vermoeden dat de woorden "*een rechtspersoon in voornoemde zin*" betrekking hebben op zowel een Boek 2 Rechtspersoon als een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Wij zetten de (aannemelijkste) varianten waarop artikel 810 lid 5 BW volgens het huidige ontwerp van toepassing zou zijn, kort uiteen:

- variant 1: de openbare vennootschap heeft een besloten vennootschap als "bestuurder". De openbare vennootschap bestuurt op haar beurt een besloten vennootschap (B.V.¹ – OV – B.V.²);
- variant 2: de openbare vennootschap heeft een openbare vennootschap als "bestuurder". De openbare vennootschap bestuurt op haar beurt een besloten vennootschap (OV¹ – OV² – B.V.);
- variant 3: de openbare vennootschap heeft een besloten vennootschap als "bestuurder". De openbare vennootschap bestuurt op haar beurt een openbare vennootschap (B.V. – OV¹ – OV²);
- variant 4: de openbare vennootschap heeft een openbare vennootschap als "bestuurder". De openbare vennootschap bestuurt op haar beurt een openbare vennootschap (OV¹ – OV² – OV³).

4.2 Artikel 2:11 BW luidt als volgt:

"De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is."

Als hoofdregel binnen het rechtspersonenrecht geldt dat een rechtspersoon-bestuurder zelf aansprakelijk is voor het gevoerde bestuur. Daardoor blijft de indirecte bestuurder in principe buiten schot. De wetgever heeft het echter onwenselijk geacht dat een natuurlijke persoon, bestuursaansprakelijkheid zou kunnen ontlopen door het 'tussenschuiven' van rechtspersonen. Om deze situatie te ondervangen is artikel 2:11 BW geïntroduceerd. In dit artikel wordt bepaald dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op de personen die daarvan bestuurders waren ten tijde van het ontstaan van de betreffende aansprakelijkheid. Hierdoor werkt aansprakelijkheid verticaal door de keten van rechtspersonen.

4.3 Het betreft hier enkel (claims uit hoofde van) bestuurdersaansprakelijkheid. Indien een rechtspersoon-bestuurder zich op enig moment jegens een schuldeiser – bijvoorbeeld – als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zijn de indirecte bestuurders van die rechtspersoon-bestuurder derhalve niet via artikel 2:11 BW mede verbonden jegens die schuldeiser.

4.4 Het is daarnaast de vraag in hoeverre deze systematiek van 2:11 BW zich verdraagt met de aard en het karakter van de openbare personenvennootschap. In de Ontwerp Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat de openbare personenvennootschap voor wat betreft de aard en invulling van de rechtspersoonlijkheid, *"om een specifieke van Boek 2 afwijkende rechtspersoonlijkheid gaat, met een eigen invulling en karakter. De reden hiervoor is dat de onverkorte toepassing van alle regels van Boek 2 BW ten aanzien van rechtspersonen niet nodig is en niet goed past bij de contractuele aard van de personenvennootschap"* (pagina 26 en 27). Zo heeft de openbare personenvennootschap geen organen (zoals het statutair bestuur, de algemene vergadering etc.) en heeft het begrip 'besluit' een andere betekenis dan een besluit van een orgaan van een Boek 2 rechtspersoon. Ook geldt er voor de openbare personenvennootschap geen specifieke regeling ten aanzien van de taakvervulling en aansprakelijkheid van bestuurders zoals bedoeld in 2:9 BW. Dit is voor de openbare personenvennootschap echter ook niet nodig, vennoten besturen de personenvennootschap in principe gezamenlijk en de vennoten zijn op grond van artikel 814 lid 1 BW naast de openbare personenvennootschap hoofdelijk verbonden voor verbintenissen van de openbare vennootschap. Het is voor deze regeling niet relevant door wie de openbare personenvennootschap wordt bestuurd. Crediteuren kunnen zodoende naast de openbare personenvennootschap altijd de vennoten hoofdelijk aanspreken.

4.5 Hoe werkt artikel 810 lid 5 BW in de praktijk dan uit? De bepaling is zoals opgemerkt toegespitst op openbare personenvennootschap die door een rechtspersoon wordt bestuurd. Het begrip 'bestuur' komt echter in het Consultatievoorstel slechts twee keer voor en wel in ditzelfde lid 5. Ook het begrip '*besturen*' komt slechts éénmaal in het Consultatievoorstel voor waarbij in artikel 803 lid 2 BW tot uitdrukking wordt gebracht dat de '*vennoten de personenvennootschap gezamenlijk besturen*'. Het hele concept van bestuurdersaansprakelijkheid waarvoor artikel 2:11 BW is opgesteld ontbreekt in zijn geheel in het Consultatievoorstel. Zoals opgemerkt in 4.3 en 4.4, is de hele gedachte van artikel 2:11 BW het tegengaan van misbruik waarbij de rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid wordt gebruikt om bestuursaansprakelijkheid van natuurlijke personen te voorkomen. Er wordt in artikel 810 lid 4 BW

dus een antimisbruikbepaling geïntroduceerd die een non-existente aansprakelijkheid beoogt te voorkomen, namelijk bestuurdersaansprakelijkheid. De bepaling kan dus geen toepassing vinden.

- 4.6 Indien artikel 810 lid 4 BW is bedoeld om te voorkomen dat natuurlijke personen door middel van het 'tussenschuiven' van rechtspersonen (openbare personenvennootschappen en Boek 2 rechtspersonen) handelend als *vennoten* van een openbare personenvennootschap hoofdelijke aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 814 lid 1 BW ontlopen dan merken wij daar het volgende over op.
- 4.7. Eén van de belangrijkste verschillen tussen de openbare personenvennootschap en bijvoorbeeld de besloten vennootschap is de beperkte aansprakelijkheid. Aandeelhouders van een besloten vennootschap zijn in principe voor niet meer aansprakelijk dan voor de volstorting van de aandelen. Bestuurders besturen en vertegenwoordigen de vennootschap. Indien de vennootschap in faillissement komt te verkeren zijn de aandeelhouders en de bestuurders niet aansprakelijk (tenzij uiteraard verwijtbaar is gehandeld). Dit is anders bij de openbare personenvennootschap waarbij crediteuren de vennoten naast de openbare personenvennootschap kunnen aanspreken (zie artikel 814 BW).
- 4.8 In variant 1 (B.V.¹ – OV – B.V.²) kan de crediteur de besloten vennootschap aanspreken in zijn hoedanigheid van vennoot van de openbare personenvennootschap, indien de openbare personenvennootschap zijn verplichtingen niet nakomt. Indien de besloten vennootschap (B.V.¹) de vordering van de crediteur niet kan voldoen zal deze entiteit ook in faillissement komen te verkeren. Aannemende dat er door het bestuur van de besloten vennootschap niet verwijtbaar is gehandeld, eindigt hier de aansprakelijkheid en zal de crediteur van de openbare personenvennootschap zich moeten voegen als concurrent schuldeiser van de openbare personenvennootschap en de besloten vennootschap die vennoot was (B.V.¹). De situatie is onder huidig recht niet anders.
- 4.9 In variant 2 (OV¹ – OV² – B.V.) werkt deze casus anders uit. De vennoot van de openbare personenvennootschap (OV²) die zelf ook een openbare personenvennootschap is (OV¹) heeft immers geen beperkte aansprakelijkheid. De vennoten van deze openbare personenvennootschap zullen op hun beurt hoofdelijk verbonden zijn voor de schulden. Een antimisbruik bepaling is derhalve niet nodig, de hoofdelijke verbondenheid wordt van rechtswege doorgegeven aan een vennoot die zelf ook de rechtsvorm van openbare personenvennootschap heeft.
- 4.10 Variant 3 (B.V. – OV¹ – OV²) leidt niet tot een andere uitkomst dan in variant 1. De besloten vennootschap is niet aansprakelijk indien niet verwijtbaar is gehandeld, zoals uiteengezet onder 4.8.
- 4.11 In variant 4, waarbij de openbare vennootschap die vennoot is (OV¹) in een andere openbare vennootschap (OV²) is, is het gevolg hetzelfde als in variant 2, in overeenstemming met 4.9.
- 4.12 Wij vragen ons af of de geschetste varianten moeten worden ondervangen. Wij menen dan dit niet het geval is en zelfs (zeer) onwenselijk is. Het laten doorwerken van de hoofdelijke verbondenheid zou immers kunnen resulteren in een fundamentele inbreuk van de beginsel dat besloten of naamloze vennootschap beperkte aansprakelijkheid kent. In structuren waarbij een openbare personenvennootschap is aangegaan door rechtspersonen (hetgeen in de praktijk veelvuldig zal voorkomen) heeft een hoofdelijke verbondenheid van de rechtspersoon-vennoten tot gevolg dat deze aansprakelijkheid van rechtswege wordt doorwerkt tot aan (uiteindelijk) een natuurlijke persoon bestuurder, de besloten vennootschap kent alsdan geen beperkte aansprakelijkheid meer hetgeen kan niet bedoeld kan zijn. Derden kunnen door raadpleging van het handelsregister kennis nemen van het feit dat de vennoten al dan niet natuurlijke personen zijn. Indien een openbare personenvennootschap

enkel besloten vennootschappen heeft als vennoten dan dient deze derde te begrijpen dat het verhaal op deze rechtspersoon-vennoten beperkt zal zijn tot het vermogen van de betreffende rechtspersoon.

Conclusie :

Artikel 810 lid 5 BW dient geen doel, en moet komen te vervallen.

5. Artikel 805 lid 3 BW – Administratieplicht

- 5.1 Het derde lid van het voorgestelde artikel 805 BW bepaalt dat de vennoten verplicht zijn *"van de vermogenstoestand van de personenvennootschap en van alles betreffende activiteiten van de personenvennootschap, naar de eisen van het beroep of het bedrijf, op zodanige wijze een administratie te voeren"*, opdat *"te allen tijde de rechten en verplichtingen van de personenvennootschap kunnen worden gekend"*.
- 5.2 Deze bepaling sluit aan bij artikel 2:10 BW. In zoverre is begrijpelijk dat voor de weergegeven bewoordingen is gekozen. Niettemin zouden wij in overweging willen geven de frase "van alles betreffende het beroep of het bedrijf van de vennootschap, naar de eisen van dat beroep of bedrijf" te schrappen. Deze frase voegt namelijk niets toe aan de norm van het voorgestelde artikel dat niet reeds blijkt uit de verplichting tot het voeren van een administratie opdat te allen tijde de rechten en verplichtingen kunnen worden gekend. Verder is "alles" een norm waaraan in veel gevallen niet zal kunnen worden voldaan.

Suggestie:

Artikel 805 lid 3 BW komt als volgt te luiden: *"De vennoten zijn verplicht van de vermogenstoestand van de personenvennootschap op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze gedurende zeven jaren te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend."*

6. Artikel 819 BW – Opheffing beheersverbod commanditaire vennoot

- 6.1 Het Consultatievoorstel brengt veranderingen mee met betrekking tot zowel de beheershandelingen als de vertegenwoordigingshandelingen van de commanditaire vennoot. Hoewel de beperking in deze handelingen enigszins door de Hoge Raad is genuanceerd (vergelijk HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413 (*Lunchroom "De Katterug"*) en HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2516 (*Distriport*)), geldt op grond van de huidige wet in beginsel hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle schulden en verbintenissen van de vennootschap voor de commanditaire vennoot die het beheersverbod overtreedt.
- 6.2 Artikel 819 BW bepaalt dat artikel 803 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is op de commanditaire vennoot. In artikel 803 lid 1 BW is bepaald dat besluiten van de vennoten worden genomen met instemming van alle vennoten. De wetgever maakt hier een drastische omslag door als hoofdregel de commanditaire vennoot in beginsel volledig bestuurs- en besluitbevoegd binnen de commanditaire vennootschap ("C.V.") te maken, zoals tevens blijkt uit de Ontwerp Memorie van Toelichting (pagina 104 en 105).

- 6.3 Bij de hoofdregel van gezamenlijke bestuurs- en besluitvorming plaatsen wij onze vraagtekens. We zijn van mening dat in het huidige maatschappelijke verkeer een dergelijk beheersverbod weliswaar achterhaald is, maar dat gezamenlijke bestuurs- en besluitvorming in onze ogen niet de hoofdregel maar een *mogelijkheid* moet zijn. Afgaande op de invulling van artikel 819 BW lijkt de wetgever eigenlijk ook deze mening toegedaan door te stellen dat van de in artikel 819 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing verklaarde artikelen, alsnog kan worden afgeweken (vergelijk ook pagina 106 van de Ontwerp Memorie van Toelichting).
- 6.4 Het is in onze optiek nogal resoluut om het beheersverbod om te zetten in een hoofdregel van volledige beheersbevoegdheid. Bovendien doet dat in onze ogen af aan het karakter van de C.V., waar een commanditaire vennoot (in beginsel) slechts door geldschieting meedeelt in de voordelen van een samenwerkingsovereenkomst.

Suggestie:

Een aparte beheersbepaling voor de C.V. opnemen, welke het beheersverbod als neergelegd is in artikel 20 lid 2 juncto artikel 21 WvK handhaaft, maar met de mogelijkheid om per vennootschapsovereenkomst hiervan af te wijken door middel van het hanteren van een gezamenlijke bestuurs- en besluitvorming.

7. Artikel 819 lid 3 BW – Vertegenwoordigingsbevoegdheid commanditaire vennoot

- 7.1 In beginsel geldt nog steeds de hoofdregel dat de commanditaire vennoot de C.V. niet mag vertegenwoordigen. Echter kan de commanditaire vennoot op grond van artikel 819 lid 3 BW de C.V. wél vertegenwoordigen indien hem daartoe volmacht is verleend. De volmacht kan doorlopend zijn of voor bepaalde transacties zijn verstrekt. Artikel 821 lid 3 BW geeft aan dat volmacht verlening mogelijk is, maar geeft niet aan door wie de volmacht wordt verleend.
- 7.2 De Ontwerp Memorie van Toelichting geeft aan dat de volmacht verlening geschiedt door de andere vennoten (pagina 12). Dat de commanditaire vennoot voortaan de C.V. kan vertegenwoordigen past in onze optiek prima bij zijn primaire rol als geldschietter en daarbij in de huidige tijdsgeest. Het is daarbij achterhaald dat een commanditaire vennoot op basis van een volmacht de C.V. niet zou kunnen vertegenwoordigen. Daarbij verdient wel de aanbeveling om in artikel 821 lid 3 BW duidelijk op te nemen wie de volmacht verleent aan de commanditaire vennoot. Uit het huidige ontwerp leiden wij dat niet af: vallen onder "gezamenlijke vennoten" (i) alle vennoten of (ii) slechts de vennoten, die al dan niet op basis van een volmacht, vertegenwoordigingsbevoegd zijn? Aangezien op grond van het Consultatievoorstel de commanditaire vennoot voortaan in beginsel deelneemt aan de beheers- en besluitvorming binnen de C.V., ligt het voor de hand dat alle vennoten besluiten de volmacht te verlenen, tenzij per overeenkomst afgeweken.

Suggestie:

Artikel 819 lid 3 komt als volgt te luiden: "*de commanditaire vennoot vertegenwoordigt uitsluitend de commanditaire vennootschap indien hem daartoe volmacht is verleend door de andere vennoten, tenzij door de vennoten anders overeengekomen.*"

8. Artikel 800 lid 4 BW – Gevolgen niet-inschrijving commanditaire vennoot in het handelsregister

- 8.1 Op grond van artikel 800 lid 4 BW dient de C.V. te worden ingeschreven in het handelsregister om daadwerkelijk de openbare vennootschap te kwalificeren als een C.V. Volgens de Ontwerp Memorie van Toelichting zal verder in de Invoeringswet worden bepaald dat commanditaire vennoten die ten minste een bepaald belang hebben, ook moeten zijn ingeschreven in het handelsregister (pagina 35). De Ontwerp Memorie van Toelichting stelt daarnaast op pagina 35 en 36 dat een commanditaire vennootschap per definitie een openbare personenvennootschap is die is ingeschreven. Er is niet voorzien in de mogelijkheid van een niet in het handelsregister ingeschreven C.V., omdat dit teveel onzekerheid voor derden zou opleveren. Zonder inschrijving is elke vennoot volledig aansprakelijk en kan er ook geen commanditaire vennoot zijn.
- 8.2 Deze bepaling veroorzaakt een leemte in de wet. Dit zou namelijk betekenen dat een C.V. pas kwalificeert als een C.V. indien de commanditaire vennoot is ingeschreven in het handelsregister. Tussen het moment van het overeenkomen van een C.V. en het daadwerkelijk inschrijven van de C.V. (en commanditaire vennoot) is sprake van een tijdsbestek waarin de (uiteindelijke) commanditaire vennoot volledig aansprakelijk zou zijn. Dit lijkt ons ongewenst en zal voor onduidelijkheid zorgen. Wanneer is de C.V. daadwerkelijk overeengekomen: bij het aangaan van de C.V. – overeenkomst of de registratie van de commanditaire vennoot in het handelsregister? Wij zouden menen dat het aangaan van de C.V. overeenkomst het moment is dat de C.V. tot stand komt. Om tegemoet te komen aan de in de Ontwerp Memorie van Toelichting genoemde problemen in het kader van kenbaarheid richting derden zou in artikel 819 BW bepaald kunnen worden de vennoten van de C.V. (dus ook de commanditaire vennoten) hoofdelijk aansprakelijk zijn tot het moment van registratie van de C.V. in het handelsregister van de Kamer van Koophandel.
- 8.3 Ten slotte zien wij niet in waarom commanditaire vennoten in het handelsregister vermeld dienen te worden naast de reeds bestaande verplichting om (onder andere) commanditaire vennoten met een belang van >25% in te schrijven in het UBO register.

Suggestie:

Artikel 800 lid 4 BW komt als volgt te luiden: "een commanditaire vennootschap is een openbare personenvennootschap waaraan naast ten minste één gewone, niet-commanditaire, vennoot ten minste één commanditaire vennoot deelneemt, die niet is verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap jegens derden."

9. Artikel 812 BW – Vruchtgebruik en pandrecht

- 9.1 Het is terecht dat de wet een regeling zal inhouden voor vruchtgebruik en pandrecht. De voorgestelde regeling lijkt echter in sommige opzichten onnodig gecompliceerd. Op grond van artikel 812 leden 1 en 2 BW kan een vruchtgebruik of een pandrecht worden gevestigd op:
- een recht op uitkering ten laste van het vermogen;
 - een vergoeding bij uittreding; en
 - het deelnamerecht van de vennoot.
- 9.2 Het is de vraag wat de toegevoegde waarde is van een beperkt recht op het deelnamerecht van de vennoot naast de twee eerstgenoemde rechten. Het belang lijkt klein, omdat de economische waarde ligt besloten in het recht op uitkering en de vergoeding bij uittreden, en het maakt de regeling voor het vestigen van beperkte rechten in onze ogen onnodig gecompliceerd. We stellen daarom voor dat alleen

een beperkt recht op het deelnamerecht van de vennoot wettelijk wordt geregeld. Desgewenst kan in de Memorie van Toelichting worden toegelicht dat het uitgangspunt is dat tot het deelnamerecht behoren een recht op uitkering ten laste van het vermogen en een vergoeding bij uittreding. Mocht er dan toch nog behoefte zijn aan een pandrecht op een specifieke vordering, dan wordt dit geregeld door het algemene vermogensrecht van Boek 3 BW.

- 9.3 Verder stellen wij voor om in artikel 812 lid 2 BW mogelijk te maken dat een pandrecht in de vennootschapsovereenkomst wordt uitgesloten. Hoewel de vestiging van een pandrecht in de vennootschapsovereenkomst kan worden onderworpen aan de toestemming van de vennoten, verwachten wij dat er in de praktijk behoefte zal zijn om dit geheel uit te sluiten.

10. Artikel 821 BW – Omzetting

- 10.1 Wij juichen toe dat de mogelijkheid van omzetting is opgenomen in het Consultatievoorstel. Deze mogelijkheid biedt ondernemers die hun onderneming wensen voor te zetten in de vorm van een Boek 2 rechtspersoon veel voordelen. Hoewel wij groot voorstander van flexibiliteit zijn, wij zien niet goed in waarom de mogelijkheid om een openbare personenvennootschap om te zetten zich uitstrekt tot alle Boek 2 rechtspersonen. Zo betwijfelen wij of er in de praktijk behoefte bestaat om een openbare personenvennootschap om te zetten in een stichting, vereniging, coöperatie, naamloze vennootschap of onderlinge waarborgmaatschappij (of vice versa). Wij menen dat de rechtsfiguur omzetting enkel relevant is voor de besloten vennootschap en geven in overweging om de mogelijkheid tot omzetting te beperken tot de besloten vennootschap om te voorkomen dat de wetgeving nodeloos complex wordt terwijl er in de praktijk geen behoefte bestaat aan dergelijke exotische omzettingsvarianten.
- 10.2 Artikel 821 lid 5 BW bepaalt dat na de omzetting van een openbare personenvennootschap in een besloten vennootschap, aandeelhouder, *vruchtgebruiker en pandhouder* de aan een aandeel verbonden rechten pas kunnen uitoefenen indien zij zijn ingeschreven in het aandeelhoudersregister als bedoeld in artikel 2:194 BW. Hieruit leiden wij af dat het mogelijk is dat een vruchtgebruik of pandrecht gevestigd als bedoeld in artikel 812 BW van rechtswege converteert in een pandrecht op aandelen. Zoals eerder besproken in hoofdstuk 9 zijn er blijkens artikel 812 BW verschillende beperkte varianten van vruchtgebruik en pandrecht, namelijk ten aanzien van (i) het recht op uitkering, (ii) het recht op vergoeding bij uittreding en (iii) het deelnamerecht. Wij gaan er vanuit dat enkel een vruchtgebruik of pandrecht op een deelnamerecht converteert in een vruchtgebruik of pandrecht als bedoeld in artikel 2:97/198 BW. Het lijkt ons goed om dit te expliciteren in de wettekst of de Memorie van Toelichting.

Onderdeel II – fiscaliteit

Het Consultatievoorstel kent aan openbare vennootschappen rechtspersoonlijkheid toe, zoals nader uiteengezet in punt 3. van onderdeel I. De voorgenumen flankerende fiscale maatregelen zijn in een separaat gedeelte opgenomen. Het uitgangspunt voor de flankerende fiscale maatregelen is bestendinging van de huidige fiscale wetgeving. Voor de heffing van inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, dividendbelasting, en erf- en schenkbelasting wordt de fiscale transparantie van personenvennootschappen gehandhaafd. Voor de overdrachtsbelasting (wegens het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid) en de bronbelasting leiden de flankerende fiscale maatregelen wél tot een fundamentele wijziging. Hierna signaleren wij enkele aandachtspunten voor wat betreft de flankerende fiscale maatregelen.

- I. Voor de overdrachtsbelasting is het van belang dat het volkomen duidelijk en eenduidig is wanneer een (stille) personenvennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt (en aldus een openbare personenvennootschap) wordt. Dit bepaalt namelijk het moment waarop de personenvennootschap de (economische en/of juridische) eigendom van onroerende zaken verkrijgt. Wat ons betreft dient hiertoe (enkel) te worden aangeknoopt bij een duidelijk, objectief bepaalbaar en kenbaar moment, zoals bijvoorbeeld de inschrijving van de personenvennootschap in het handelsregister (zie hiervoor eveneens onder 3.3 van onderdeel I)

- II. De overgangsrechtvrijstelling van artikel 56 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (nieuw ("**WBR**") voorziet in een overdrachtsbelastingvrijstelling voor de verkrijging van (fictieve) onroerende zaken door openbare personenvennootschappen als gevolg van de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW. Wat ons betreft moet aan artikel 56 van de WBR een ruimere werking worden gegeven, die in ieder geval ook de volgende gevallen dekt:
 - a. Er bestaat onduidelijkheid over de toepassing van de overdrachtsbelastingvrijstelling in het geval een personenvennootschappen (pas) op een later moment dan bij de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW rechtspersoonlijkheid verkrijgt, bijvoorbeeld door latere inschrijving in het handelsregister.
 - b. In de praktijk komen veel situaties voor waarbij een vastgoedpersonenvennootschap (vaak in de vorm van een C.V.) een groot aantal commanditaire vennoten kent en waarbij de beherend vennoot (vaak in de vorm van een stichting) de juridische eigendom van onroerende zaken houdt. Na de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW kan het wenselijk zijn de juridische eigendom van de onroerende zaken (ook) over te dragen aan de vastgoedpersonenvennootschap (met alsdan rechtspersoonlijkheid). De vrijstelling van artikel 56 van de WBR voorziet thans niet in deze situatie.

- III. Voor buitenlandse beleggers speelt de fiscale kwalificatie van beleggingsinstellingen (in de vorm van een personenvennootschap, dikwijls een C.V. of fonds voor gemene rekening) een belangrijke rol. Ondanks het behoud van fiscale transparantie voor onder meer de vennootschapsbelasting, merken sommige landen personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid aan als fiscaal niet-transparant. Dit levert (ons inziens onbedoeld) (nieuwe) kwalificatieconflicten en 'hybride mismatches' op, terwijl de indruk is dat de aangekondigde Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen beoogd dergelijke kwalificatieconflicten en 'hybride mismatches' te voorkomen c.q. op te hebben. In dat opzicht zou een keuzeregime niet onlogisch zijn.

- IV. Het Consultatievoorstel voorziet in regels bij omzetting van een openbare personenvennootschap in een B.V. of N.V. In beginsel leidt dit tot een eindafrekening, echter wordt een nieuwe doorschuiffaciliteit opgenomen. Deze doorschuiffaciliteit kent als voorwaarde dat alle vennoten in de om te zetten openbare personenvennootschap belastingplichtige lichamen zijn. Deze voorwaarde leidt ons inziens tot ongewenste belemmeringen en zou moeten worden geschrapt. Het Consultatievoorstel voorziet tevens in regels bij omzetting van een B.V. of N.V. in een openbare personenvennootschap. Ook deze omzetting leidt in beginsel leidt tot een eindafrekening, waarvoor een doorschuiffaciliteit van toepassing wordt verklaard. Voor de situatie dat de N.V. of B.V. zowel (vennootschapsbelastingplichtige) lichamen als natuurlijke personen als aandeelhouders heeft, is echter niet in een doorschuiffaciliteit voorzien. Deze situatie leidt ons inziens eveneens tot ongewenste belemmeringen; ook hiervoor zou een doorschuiffaciliteit moeten worden opgesteld.
- V. Tot slot merken wij op dat het Consultatievoorstel er vanuit lijkt te gaan dat de aangekondigde Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen (op grond waarvan de C.V. in alle gevallen fiscaal transparant wordt) eerder dan (of tegelijk met) het Consultatievoorstel zal worden ingevoerd, ook vanwege het voorgestelde Artikel II, onderdeel B.I.