

Memo

Aan
Ministerie van Justitie en
Veiligheid en Ministerie van
Financiën

Van
Flynth adviseurs en
accountants B.V.

Datum
10 februari 2023

Onderwerp
Consultatie Wetsvoorstellen modernisering
personenvennootschappen

Flynth Adviseurs en Accountants heeft met belangstelling kennis genomen van het tweede ambtelijk voorontwerp van de Wetsvoorstellen modernisering personenvennootschappen en de Memorie van Toelichting (MvT) daarop en maakt graag van de gelegenheid gebruik om hierop een reactie te geven.

Deze reactie beoogt niet om alle voorontwerpen geheel en gedetailleerd te becommentariëren, maar is bedoeld om meer aandacht te vragen voor bepaalde onderwerpen die naar onze mening een nadere toelichting behoeven. Een groot aantal knelpunten is in VLB verband reeds aan de orde gesteld. Omdat Flynth Adviseurs en Accountants ook heeft bijgedragen aan de reactie van VLB, zou dit een herhaling van reeds ingebrachte knelpunten betekenen. Wij onderschrijven daarom de reactie van VLB en geven ten aanzien van die reactie alleen een herhaling als dit voor de duidelijkheid en/of samenhang gewenst is.

Beroep en bedrijf

Anders dan naar huidig recht is slechts sprake van een personenvennootschap wanneer het samenwerkingsverband een beroep of bedrijf uitoefent. In de MvT wordt in dit kader opgemerkt dat het onderscheid tussen beroeps- en bedrijfsactiviteiten daarmee verdwijnt. De wijziging gaat echter verder dan dat, terwijl een verdere toelichting daarop of onderbouwing daarvan ontbreekt.

De MvT vermeldt weliswaar dat de termen “beroep” en “bedrijf” ruim moeten worden uitgelegd, maar geeft verder nauwelijks handvatten om die termen nader in te vullen. Er vanuit gaande dat een beperking ten opzichte van het huidige recht niet is beoogd, is een verduidelijking op dit punt gewenst.

Ook ontbreekt een (overgangs)regeling voor bestaande personenvennootschappen die mogelijk onder het nieuwe recht niet meer als personenvennootschap kwalificeren.

Aanbevelingen:

- verduidelijking van de termen “beroep” en “bedrijf”;
- het verschaffen van duidelijkheid over de vraag of de voorgestelde wijziging verder strekt dan het enkel laten vervallen van het onderscheid tussen beroep en bedrijf;

- het voorzien in een overgangsregeling voor bestaande personenvennootschappen die onder de nieuwe regeling niet meer als personenvennootschap kwalificeren.

Stille maatschap

Het huidig recht onderscheidt drie typen personenvennootschappen: de maatschap, de vennootschap onder firma (vof) en de commanditaire vennootschap (cv). De grondvorm is de maatschap. De vof is een gekwalificeerde vorm van de maatschap en de cv is weer een gekwalificeerde vorm van de vof en daarmee tevens een gekwalificeerde vorm van de maatschap.

De maatschap kent twee verschijningsvormen, te weten “stil” en “openbaar”. De kwalificatie “stil” en “openbaar” is niet in de wet te vinden, maar volgt meer uit de wettelijke definitie van de maatschap en vof. Ingevolge art. 7A:1655 BW is de maatschap: “... *eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen.*”

Wanneer aan alle materiële kenmerken van de maatschap wordt voldaan is sprake van een maatschap.

De vof wordt in art. 16 WvK als volgt gedefinieerd: “*De vennootschap onder eene firma is de maatschap, tot de uitoefening van een bedrijf onder eenen gemeenschappelijke naam aangegaan.*”

Wanneer aan alle materiële kenmerken van de maatschap wordt voldaan én onder een gemeenschappelijke naam een bedrijf wordt uitgeoefend is sprake van een vof. Wordt onder gemeenschappelijke naam geen bedrijf maar een beroep uitgeoefend, dan blijft het samenwerkingsverband een maatschap. Vanwege de gemeenschappelijke naam wordt dit samenwerkingsverband in de praktijk als “openbare” maatschap aangeduid. De “stille” maatschap is een samenwerkingsverband dat voldoet aan alle materiële kenmerken van de maatschap, maar niet als zodanig onder een gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelneemt. De “stille” maatschap kan in tegenstelling tot een “openbare” maatschap ook een bedrijf uitoefenen zonder dat het samenwerkingsverband als vof kwalificeert.

In de agrarische praktijk komt de “stille” maatschap veelvuldig voor. Onder huidig recht heeft dit onder meer als voordeel dat de maten - in tegenstelling tot de vennoten van een vof - niet hoofdelijk maar voor gelijke delen aansprakelijk zijn voor de verbintenissen van de maatschap. Ook in de voorgestelde regeling kan dit een factor van overweging zijn bij de keuze voor een openbare personenvennootschap of stille personenvennootschap. Bovendien is de verwachting dat de stille personenvennootschap als ondernemingsvorm in populariteit zal toenemen wanneer de voorgestelde regeling voor wat betreft de overdrachtsbelasting (waarbij bedoeld wordt op art. 15 lid 1 b WBR) ongewijzigd blijft. Daarom achten wij het van belang dat in het uiteindelijke wetsvoorstel en de daarbij behorende stukken meer duidelijkheid wordt gegeven over de positie van de “stille” personenvennootschap in het wetsontwerp. Het doorschuiven van de huidige discussies rondom de stille maatschap naar het nieuwe rechtsstelsel lijkt ons ongewenst.

Stil versus geheim

Het onderscheidende kenmerk tussen “stil” en “openbaar” is het naar buiten treden onder een voor derden kenbare gemeenschappelijke naam.

De term “stil” blijkt in de praktijk aanleiding te geven voor discussie. Soms wordt gedacht dat “stil” betekent dat van het bestaan van de maatschap niet naar buiten toe mag blijken omdat anders sprake zou zijn van een openbare maatschap (in geval door het samenwerkingsverband een beroep wordt uitgeoefend) of een vennootschap onder firma (in geval door het samenwerkingsverband een bedrijf wordt uitgeoefend). Dit lijkt ons niet juist. “Stil” staat niet gelijk aan geheim, “stil” betekent ons inziens enkel dat niet onder een gemeenschappelijke naam naar buiten toe wordt opgetreden. De maten hoeven hun samenwerkingsverband niet voor de buitenwereld geheim te houden en kunnen wanneer zij in maatschapsverband optreden, voor en namens de tussen hen bestaande maatschap, oftewel in naam van alle maten als zodanig, verplichtingen aangaan. Vanwege de jarenlange discussie die hierover al wordt gevoerd, komt het ons als wenselijk voor dat op dit punt meer duidelijkheid komt.

Aanbevelingen:

- Verduidelijk of het naar buiten treden in vennootschapsverband (maar zonder gemeenschappelijke naam) - bijvoorbeeld wanneer de vennoten handelen “voor en namens de tussen hen bestaande maatschap” – het zijn van een “stille” maatschap of in de toekomst een stille personenvennootschap al dan niet in de weg staat.

Gemeenschappelijke naam en inschrijving

Ook aan een stille maatschap kan een onderneming toebehoren¹. Op grond van art. 5 sub a Hregw 2007 dient die onderneming vervolgens in het handelsregister te worden ingeschreven.

Het inschrijven van de onderneming van de stille maatschap stuit in de praktijk op praktische problemen. Bij de inschrijving dient een “naam” te worden opgegeven terwijl de stille maatschap geen naam heeft.

Het lijkt ons niet wenselijk dat de onmogelijkheid om de onderneming van een stille maatschap in te schrijven in het handelsregister zonder opgave van een “naam” van de stille maatschap er toe zou leiden dat de stille maatschap plotsklaps een vennootschap onder firma of openbare vennootschap zou worden.

Aanbeveling

- Los de knelpunten met betrekking tot de inschrijving van de onderneming van de “stille” maatschap op door bijvoorbeeld (i) de inschrijving ook mogelijk te maken zonder opgave van een (handels)naam of (ii) te verduidelijken dat de enkele inschrijving van een (handels)naam niet betekent dat de “stille” maatschap of stille vennootschap hierdoor openbaar wordt.

Aansprakelijkheid

Naar huidig recht zijn de maten van de maatschap voor gelijke delen aansprakelijk voor de verbintenissen van de maatschap. In de voorgestelde regeling komt deze specifieke aansprakelijkheidsregeling voor de maatschap te vervallen. De hoofdelijke aansprakelijkheid voor de openbare vennootschap is geregeld in art. 814 van afdeling 2, maar deze afdeling

¹ Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 3 mei 2011, nr. WJZ / 11060014, houdende wijziging van de Beleidsregel van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 23 juni 2008, nr. WJZ / 8074645, inzake het ondernemingsbegrip in het handelsregister in verband met de inschrijving van stille maatschappen.

geldt niet voor stille personenvennootschap. Voor de aansprakelijkheid van de vennoten van de stille personenvennootschap moet dus worden terug gevallen op het algemene verbintenissenrecht. Dit zou betekenen dat de vennoten voor gelijke delen aansprakelijk zijn voor de schulden die zij gezamenlijk zijn aangegaan, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn (art. 6:6 lid 1 BW). De MvT (pag. 8) lijkt er van uit te gaan dat de hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle personenvennootschappen gaat gelden. Dit blijkt echter niet uit het wetsvoorstel. Zonder nadere regeling ten aanzien van het voormelde blijft voor de stille personenvennootschap derhalve een ander aansprakelijkheidsregime gelden dan voor de openbare personenvennootschap.

Aanbeveling:

- verduidelijk welk aansprakelijkheidsregime van toepassing is op de stille vennootschap.

Overdrachtsbelasting

Voor de stille vennootschap verandert de fiscale behandeling niet. De vrijstellingen van artikel 15 lid 1 onderdeel b en e Wet op belastingen van rechtsverkeer (hierna: WBR) blijven onverkort van kracht. Voor de openbare vennootschap ligt dit anders. Met name de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR (hierna: "deze vrijstelling") is voor de bedrijfsopvolging binnen familiebedrijven van groot belang. Deze vrijstelling maakt het mogelijk om een bedrijf zonder heffing van overdrachtsbelasting in fasen over te dragen binnen een bepaalde familiekring.

Naar huidig recht geldt deze vrijstelling - mits aan alle voorwaarden wordt voldaan - voor alle personenvennootschappen. Zonder aanpassing van de voorgestelde regeling in het wetsontwerp, vervalt deze vrijstelling feitelijk voor openbare personenvennootschappen. Dit hangt samen met de rechtspersoonlijkheid van de openbare personenvennootschap. De gefaciliteerde bedrijfsopvolging in fasen is hierdoor bij de openbare vennootschap niet langer mogelijk.

Deze beperking zal er mogelijk toe leiden dat de openbare personenvennootschap voor familiebedrijven als ondernemingsvorm bijzonder onaantrekkelijk en kostbaar wordt. Wij vragen ons af of een dergelijke ontwikkeling gewenst is, daarom verzoeken wij de voorgestelde regeling op dit punt aan te passen. Een oplossing zou zijn om de optie voor rechtspersoonlijkheid optioneel te maken.

Aanbevelingen:

- Maak het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid optioneel;
- Maak een beroep op de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel b WBR ook mogelijk voor openbare vennootschappen om de gefaseerde bedrijfsoverdracht in (vooral) het familiebedrijf nog te blijven faciliteren.

Commanditaire vennootschap

De commanditaire vennoot kan in de voorgestelde regeling ook alleen arbeid of het gebruik en genot van goederen inbrengen. Betekent dit dat de commanditaire vennoot in dat geval niet hoeft bij te dragen in enig verlies van de cv? Of dat onder het wetsontwerp zo is, is onduidelijk.

In artikel 819 lid 4 wordt verder bepaald dat de commanditaire vennoot die krachtens volmacht de cv heeft vertegenwoordigd, in faillissement jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor een eventueel boedeltekort, wanneer dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Lid 5 geeft vervolgens de rechter de mogelijkheid het bedrag waarvoor de commanditaire vennoot kan worden aangesproken te verminderen.

Voor zover de commanditaire vennoot op basis van de volmacht een zekere beoordelingsruimte en/of beleidsvrijheid toekomt voor wat betreft de te verrichten rechtshandelingen, is deze aansprakelijkheid te begrijpen. Deze aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot gaat ons inziens in andere gevallen te ver. Dit is bijvoorbeeld het geval in de situatie dat de volmacht slechts is verleend ter uitvoering van een specifieke opdracht van de gewone vennoten. Dit komt in de praktijk voor in verband met belet of ontstentenis van de gewone vennoten, zonder dat de commanditaire vennoot enige vrijheid toekomt over het gebruik van de volmacht. In een voorkomend geval kan de rechter de aansprakelijkheid verminderen. Hiervoor is echter steeds een gang naar de rechter noodzakelijk.

Aanbevelingen:

- Verduidelijking van de draagplicht van de commanditaire vennoot in geval enkel arbeid en/of het gebruik en genot van goederen wordt ingebracht;
- Beperking van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot in geval wordt gehandeld op basis van een volmacht ter uitvoering van een specifieke opdracht van de gewone vennoten, zonder dat hiervoor altijd een gang naar de rechter noodzakelijk is.