



Reader

Tweedaagse basiscursus ondernemingsrecht*

Overzicht rechtspersonen – Aandeelhouders – Statuten - Fusie - Overname –
Opvolging - Aansprakelijkheid

Donderdag 30 januari en 6 februari 2020
BCN Utrecht CS

Basiscursus

Tweedaagse basiscursus ondernemingsrecht*

Overzicht rechtspersonen – Aandeelhouders – Statuten - Fusie -
Overname – Opvolging - Aansprakelijkheid

© Sdu Opleidingen & Events, Den Haag 2020

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s) redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

Inhoudsopgave

Welkomstbrief	4
Programma	5
1. Prof. mr. C.A. Schwarz, Toezicht in het familiebedrijf	7
2. Prof. mr. C.A. Schwarz, Het nieuwe BV-recht, gezien vanuit erfrechtelijk perspectief	32
3. Prof. mr. C.A. Schwarz, Enkele overpeinzingen over het arrest Reinders-Didam	46
4. Prof. mr. C.A. Schwarz en Mr. dr. R.A. Wolf, 'Perikelen rond de vaststelling en publicatie van de jaarrekening en aansprakelijkheid in het kader daarvan.'	49
5. Modernisering Personenvennootschappen september 2016	57
6. Prof. mr. C.A. Schwarz, Het commissariaat in het familiebedrijf, gedachten over nuancering van Aansprakelijkheid, Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2013-6	189
7. Prof. mr. C.A. Schwarz, Vergaderrechten van het management en besluitvorming buiten Vergadering, TvOB 2014-5	195



Prinses Beatrixlaan 116
Postbus 20025
2500 EA Den Haag
Telefoon (070) 378 98 96
www.sdu.nl/opleidingen

Abn-Amro 43 61 48 315
Postbank 30 77 29
Handelsregister Den Haag 27193898

Aan de deelnemers van de basiscursus

Tweedaagse basiscursus ondernemingsrecht*

Geachte deelnemer,

Hierbij ontvangt u het cursusmateriaal behorende bij de Tweedaagse basiscursus ondernemingsrecht.

Tijdens deze cursus krijgt u van een expert in het vak en tevens zeer ervaren en deskundig docent de basisbeginselen van de verschillende ondernemingsrechtsvormen uitgelegd. De belangrijkste hoofdthema's zoals de keuze bepalende factoren bij inrichting van de organisatie, personenvennootschappen, de (aansprakelijkheids)positie van aandeelhouders, bestuurders en toezichthouders, vormgeving statuten en aandeelhoudersovereenkomsten, geschillen in de onderneming, fusies, overnames en beschermingsconstructies alsook bijvoorbeeld de bescherming tegen vijandige overnames bij beursvennootschappen komen aan de orde. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan de voor de ondernemingsrechtpraktijk belangrijke aspecten van het jaarrekeningenrecht. Op deze manier wordt u voorzien van solide en praktische basiskennis in het ondernemingsrecht en kunt u de opgedane kennis meteen toepassen tijdens uw werkzaamheden en in de praktijk.

Mocht u studiepunten van de NOVA of KNB willen ontvangen, verzoeken wij u zowel bij **aankomst** als bij **vertrek** de presentielijst te tekenen. Deze lijst ligt bij de inschrijfbalie van Sdu Juridische Opleidingen. Circa 2 weken na de cursus ontvangt u uw deelnemerscertificaat.

Na de cursus ontvangt u van ons een digitale evaluatie. Wij zouden het zeer op prijs stellen indien u een moment de tijd wilt nemen om dit evaluatieformulier in te vullen. Wij wensen u een plezierige en leerzame dag.

Met vriendelijke groet,
Sdu Opleidingen & Events

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Crescens Akkermans'.

drs. Crescens Akkermans
Congresmanager

Programma Tweedaagse basiscursus ondernemingsrecht

Dag 1

Personenvennootschappen, de BV en NV

09:00 – 09:30 uur

Ontvangst en inschrijving

09:30 – 11:00 uur

Personenvennootschappen deel 1

- Inrichting, functioneren en aansprakelijkheid van maatschap
- Vennootschap onder firma
- Commanditaire vennootschap

prof. mr. C.A. (Kid) Schwarz

11:00 – 11:15 uur

Pauze

11:15 – 12:45 uur

Personenvennootschappen deel 2

- Recente rechtspraak en de plannen voor modernisering van het personenvennootschapsrecht
- De personenvennootschap als steeds aantrekkelijker alternatief

prof. mr. C.A. (Kid) Schwarz

12:45 – 13:30 uur

Lunch

13:30 – 15:00 uur

De BV en NV deel 1

- Organisatie van de kapitaalvennootschap: organen, taken en verantwoordelijkheden
- Aandeelhouders, bestuur en Raad van Commissarissen
- Voor- en nadelen van een one tier board structuur

prof. mr. C.A. (Kid) Schwarz

15:00 – 15:15 uur

Pauze

15:15 – 16:45 uur

De BV en NV deel 2

- Een rechtseconomische analyse van de kapitaalvennootschap
- Machtsverhoudingen in de vennootschap
- Inrichting van de organisatie
- De positie van kapitaalverschaffers
- Soorten en aanduidingen van aandelen
- Certificering van aandelen
- De mogelijkheden van het nieuwe BV-recht

prof. mr. C.A. (Kid) Schwarz

Spreker

Prof. mr. C.A. (Kid) Schwarz

Hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law te Rotterdam en partner Baker Tilly Berk.

Programma Tweedaagse basiscursus ondernemingsrecht

Dividend, balans, aansprakelijkheid, vertegenwoordiging, fusies en overnames

Dag 2

09:00 – 09:30 uur

Ontvangst en inschrijving

09:30 – 11:00 uur

Dividend, balans en aansprakelijkheid

- Het dividendbeleid bij de (NV en) de BV
- De aard van het dividendbesluit
- Balanstest en uitkeringstest
- Interne aansprakelijkheid van bestuurders
- Externe aansprakelijkheid van bestuurders

prof. mr. C.A. (Kid) Schwarz

11:00 – 11:15 uur

Pauze

11:15 – 12:45 uur

Dividend, balans en aansprakelijkheid (vervolg)

- Het dividendbeleid bij de (NV en) de BV
- De aard van het dividendbesluit
- Balanstest en uitkeringstest
- Interne aansprakelijkheid van bestuurders
- Externe aansprakelijkheid van bestuurders

prof. mr. C.A. (Kid) Schwarz

12:45 – 13:30 uur

Lunch

13:30 – 15:00 uur

Vertegenwoordiging en tegenstrijdig belang

- Vertegenwoordiging bij NV en BV
- De regeling van het tegenstrijdig belang

prof. mr. C.A. (Kid) Schwarz

15:00 – 15:15 uur

Pauze

15:15 – 16:45 uur

Fusies en overnames

- Fusie en overname
- De bedrijfsfusie, de aandelenfusie en de juridische fusie (splitsing)
- Beschermingsmaatregelen
- Actuele rechtspraak

prof. mr. C.A. (Kid) Schwarz

Spreker

Prof. mr. C.A. (Kid) Schwarz

Hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law te Rotterdam en partner Baker Tilly Berk.

Toezicht in het familiebedrijf; enkele aspecten.

1. Inleiding

In mijn bijdrage aan het Gronings congres 2016 heb ik mij gericht op twee onderwerpen gerelateerd aan het toezicht in het familiebedrijf. Het eerste is de aansprakelijkheidspositie van de commissaris in de two tier board in vergelijking met die van de niet-uitvoerend bestuurder in de one tier board die uitsluitend met het toezicht op de uitvoerend bestuurder(s) is belast. Het tweede onderwerp is de problematiek van de regeling van het tegenstrijdig belang en de positie van commissarissen wanneer het gehele bestuur met een tegenstrijdig belang besmet blijkt. Ik heb in mijn voordracht een aantal vragen opgeworpen die niet met zekerheid te beantwoorden zijn, vooral ook gegeven het feit dat de Memories van toelichting bij de Wet Bestuur en Toezicht (ingevoerd per 1 januari 2013), de Wet Flexibilisering en Vereenvoudiging BV-recht (ingevoerd op 1 oktober 2012) en het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen (verder 'Wetsvoorstel BTR')¹ niet uitblinken in heldere uitleg. Tijdens het congres merkte een van de deelnemers op dat hij van mij geen definitieve antwoorden ontving op de vragen die ik opwierp. Los van het feit dat een wetenschappelijk congres mijns inziens vooral gericht moet zijn op het aanzwengelen van discussies die tot gepaste verdieping leiden, is het aan de praktijk zelf om, op basis van de voorhanden informatie, standpunten te bepalen. Probleem hierbij vormt het gebrek aan jurisprudentie op de opgeworpen vragen. Onderstaand zal ik toch een aanzet tot beantwoording van een aantal vragen doen.

2. Vormgeving van het toezicht; de one en de two tier board

Sinds de invoering van de Wet Bestuur en Toezicht kennen we bij NV en BV de mogelijkheid om te kiezen voor een one tier board structuur, in plaats van de klassieke verdeling tussen bestuur en toezicht in de vorm van een raad van bestuur en een raad van commissarissen. Men spreekt in dit verband wel van een unitary board structure, waarin de toezichthouders lid zijn van de board, en van een dual board structure, waarin het bestuursorgaan wordt onderscheiden van de raad van commissarissen (verder 'RvC'). De aanleiding om de mogelijkheid van een unitary board structure ook in Nederland mogelijk te maken voor NV en BV en, in het Wetsvoorstel BTR, zelfs voor alle rechtspersonen van Boek 2, heeft enerzijds te maken met de wens om aansluiting te zoeken bij het angelsaksisch denken over de vormgeving van het bestuur en anderzijds met het doel op die wijze de wensen van buitenlandse partijen die zich willen bedienen van een Nederlandse rechtsvorm te accommoderen. Daarnaast wordt bereikt dat een Nederlandse kapitaalvennootschap, die in het buitenland opereert, aldaar herkenbaar wordt. Probleem is dat er diverse vormen van inrichting van de unitary board structure zijn, waarbij de keuzes die de Nederlandse wetgever heeft gemaakt het model minder goed hanteerbaar maken voor bijvoorbeeld Amerikaanse consumenten van de rechtsvorm.² Onze regeling schrijft voor dat het bestuur wordt voorgezeten door een niet uitvoerend bestuurder, waarbij aansluiting wordt gevonden bij het Engels model van een unitary board structure terwijl het Amerikaans model uitgaat van een uitvoerend bestuurder (CEO) als voorzitter van de

¹ Zie in dat kader het preadvies van de Vereeniging Handelsrecht, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2016, m.n. de mooie bijdrage van J. Blanco Fernandez.

² Men zie voor een vergelijkend kader met de verschillende inrichtingsmodellen W.J.L. Calkoen, *The one-tier board in the changing and converging World of corporate governance* (diss. Rotterdam), Groningse serie dl.85, Deventer: Kluwer 2012.

board.³ Maar wat hier ook van zij, het uitgangspunt is dat de bestuurstaak berust bij het bestuur. De wet bepaalt immers dat, behoudens beperkingen volgens de statuten, het bestuur is belast met het besturen van de rechtspersoon.⁴ Vervolgens schrijft de wet voor dat bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerend bestuurders en één of meer uitvoerend bestuurders.⁵ Wanneer wordt gekozen voor een unitary board structuur worden, binnen dat bestuur, vervolgens taken verdeeld tussen uitvoerend en niet -uitvoerend bestuurders, welke taakverdeling er toe leidt dat (in ieder geval) de niet-uitvoerend bestuurders worden belast met het toezicht op de taakuitoefening door bestuurders. De vraag of bij de niet-uitvoerend bestuurders ook andere taken komen te berusten, is afhankelijk van de verdere statutaire taakverdeling tussen de twee categorieën van bestuurders. Denkbaar is dat alle overige taken, behoudens die genoemd in de laatste zin van art.2: 129a en 239a lid 1 BW, aan de uitvoerend bestuurders worden toebedeeld.

Met deze taakverdeling als uitgangspunt werd, bij invoering van de mogelijkheid tot het inrichten van de unitary board, in de praktijk regelmatig het standpunt ingenomen dat we nu twee modellen hadden om het commissariaat vorm te geven, waaraan dan de conclusie werd verbonden dat die keuze niet van grote invloed zou zijn op het risicoprofiel van de toezichthouder in de persoon van de commissaris in traditionele zin enerzijds, en anderzijds dat van de niet-uitvoerend bestuurder, uitgerust met een uitsluitend toezichthoudende taak.⁶ Mijns inziens is dat standpunt slecht verdedigbaar.

Wanneer we kijken naar het aansprakelijkheidsprofiel van een commissaris in vergelijking met een niet-uitvoerend bestuurder met een vergelijkbare taak, is een eerste vraag of het aansprakelijkheidsrisico enkel en volledig afhangt van de taakverdeling tussen uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders. Het komt mij voor dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, omdat de wet uitdrukkelijk bepaalt dat elke bestuurder, dus ook de niet-uitvoerend bestuurder, verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Vervolgens wordt aangegeven dat tot de taak van een bestuurder alle bestuurstaken behoren die niet bij of krachtens de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.⁷ De taakverdeling lijkt dus niet van invloed op de vraag of bestuurders verantwoordelijk en aansprakelijk zijn voor het algemeen bestuursbeleid, maar slechts relevant als argument om zich te kunnen disculperen bij een aansprakelijkstelling vanwege

³Zie A.A. Bootsma, *Ondernemingsrecht* 2016, p.533/534, die voorstelt de mogelijkheid te bieden om, in afwijking van het bepaalde in art. 2:129a lid 1 BW, de mogelijkheid te creëren om het voorzitterschap van het bestuur aan een uitvoerend bestuurder over te laten, of om de positie van CEO en voorzitter in één persoon te verenigen.

⁴ Zie art. 2:129 en 239 lid 1 BW voor NV resp. BV als ook het voorgestelde art. 2:9 BW in het Wetsvoorstel BTR dat op deze punten inhoudelijk niet afwijkt van het huidige artikel. Nadat in die artikelen in lid 1 wordt aangegeven dat, behoudens statutaire beperkingen, het bestuur als orgaan belast is met het besturen van de rechtspersoon, wordt in lid 2 aangegeven dat elke bestuurder tegenover de vennootschap gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak, bij welke taakvervulling de bestuurders zich richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming.

⁵ Art. 2:129a en 239a lid 1 BW. In het Wetsvoorstel BTR wordt in het voorgestelde art. 2:9 lid 1 BW bepaald dat het bestuur belast is met het besturen van de rechtspersoon, terwijl het voorgestelde art. 2:9a lid 1 BW aangeeft dat de bestuurstaken kunnen worden verdeeld over uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders. Deze nieuwe wettelijke regeling maakt het mogelijk om de unitary bestuursstructuur in te voeren bij alle rechtspersonen van Boek 2 BW.

⁶ Vgl. T.M.L. van Es, *V&O* 2007-3, p. 50 e.v. en P.J. Biemond, *V&O* 2008-5, p. 102 e.v.

⁷ Zie het voorgestelde lid 2 van art. 2:9 BW in het wetsvoorstel BTR.

tekortschietend en schadeveroorzakend functioneren, in het geval dit gelegen is in een specifiek statutair aan de andere bestuurder(s) toebedeelde taak.⁸

3. Zelfstandige besluitvorming door één of meer bestuurders

Een argument voor deze uitleg kan worden ontleend aan de uitwerking van de wettelijke regeling die het mogelijk maakt om, in het kader van de taakverdeling tussen bestuurders, op basis van een regeling bij of krachtens de statuten de situatie te creëren waarin bestuurders, hetzij alleen, hetzij gezamenlijk met een medebestuurder, zelfstandig kunnen besluiten over zaken die tot de hen toebedeelde taak behoren. Zo is het mogelijk om de financiële aangelegenheden toe te delen aan een speciaal voor die taak benoemde bestuurder, die bij de uitvoering van die taak de bevoegdheid krijgt zelfstandig te besluiten. Deze regeling geeft inhoud aan een taakverdeling tussen bestuurders en geeft een vereenvoudigde besluitvorming wanneer is gekozen voor een unitary board structure.⁹ Tegelijkertijd breekt gebruikmaking van deze wettelijke mogelijkheid in op het uitgangspunt dat alle bestuurders, dus ook de niet-uitvoerend bestuurders met een toezichthoudende taak, steeds bij besluitvorming en vertegenwoordiging van de vennootschap betrokken zijn, dus inderdaad steeds aan de bestuurstafel aanzitten.

De mogelijkheid om bepaalde bestuurders, al dan niet gezamenlijk optredend, zelfstandig de bevoegdheid te geven om te besluiten op bepaalde terreinen, helpt bij de vormgeving van de one tier board structuur, waarin de niet-uitvoerend bestuurders uitsluitend als taak hebben het houden van toezicht op het uitvoerend bestuur. Bepaald kan immers worden dat alle besluiten van het bestuur, die geen betrekking hebben op het toezicht in ruime zin, worden genomen door de uitvoerend bestuurders (al dan niet gezamenlijk handelend), zodat de niet-uitvoerend bestuurders geen bestuurlijke taak op die terreinen hebben en dus ook niet bij die besluitvorming zijn betrokken. Wel zullen zij zich steeds voorzien moeten weten van de voor de uitoefening van de toezichthoudende taak noodzakelijke informatie, waarbij ik overigens zou menen dat de verplichting om de overige bestuurders te informeren wanneer besluitvorming en uitvoering van onderdelen van het beleid op statutaire basis zijn toegekend aan bepaalde bestuurders, met name ook op die bestuurders rust. Het verkrijgen van de voor de toezichthoudende taak benodigde informatie zal voor een niet-uitvoerend bestuurder, die onderdeel uitmaakt van het bestuursorgaan, in beginsel niet moeilijk zijn. De in het algemeen gehanteerde visie dat de niet-uitvoerend bestuurder steeds per definitie beter is geïnformeerd dan de commissaris, aan welke visie veelal de grotere kans op aansprakelijkheid als toezichthouder wordt verbonden, zou ik niet per definitie willen delen. Bij NV en BV bepaalt de wet dat het bestuur verplicht is om de raad van commissarissen tijdig de voor diens taak noodzakelijke gegevens te verschaffen, welke verplichting in het wetsvoorstel BTR op de besturen van alle rechtspersonen van Boek 2 wordt gelegd.¹⁰ In die situatie lijkt mij dat, nu geldend voor alle rechtspersonen van Boek 2 BW, commissarissen steeds over gelijke informatie zullen beschikken als de niet-uitvoerend bestuurders die, naast het houden van toezicht, geen andere

⁸ Art. 2:9b lid 1 BW en art. 2:9c lid 3 BW in het wetsvoorstel BTR. Dit geldt dus zowel de potentiële aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon, dus de interne aansprakelijkheid, alsook de aansprakelijkheid ten opzichte van derden.

⁹ Art. 2:9a lid 2 BW in het wetsvoorstel BTR. Zie de MvT bij de Wet Bestuur en Toezicht, *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 763, nr. 3, p.17 (MvT).

¹⁰ Zie de art. 2:141 en 251 lid 1 BW en art. 2:11a lid 1 BW in het wetsvoorstel BTR.

bestuurlijke taken hebben terwijl ook de besluitvorming op die terreinen op statutaire basis wordt toegekend aan de uitvoerend bestuurders. De niet-uitvoerend bestuurder functioneert dan feitelijk als commissaris en is niet op de hoogte van de dagelijkse gang van zaken. Overigens zou ik hier willen bepleiten om, op de voet van het voorgestelde art. 2:11a lid 1 BW in het wetsvoorstel BTR, ook de uitvoerend bestuurders aan wie bepaalde taken zijn toebedeeld en die zelfstandig beslissingsbevoegd zijn, wettelijk te verplichten om terstond alle relevante informatie aan, met name, de niet-uitvoerend bestuurders te doen toekomen.¹¹ Ik stel voor dit te bewerkstelligen door de tekst van het voorgestelde art. 2:9a lid 2 BW als volgt te wijzigen:

“Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk. *De aldus besluitende bestuurders verschaffen de met een toezichthoudende taak belaste bestuurder(s) tijdig de voor de uitoefening van hun taak noodzakelijke gegevens. Daarnaast informeren zij hun collega uitvoerend bestuurders binnen een redelijke termijn.*”

Omgekeerd kan de mogelijkheid worden gecreëerd dat niet-uitvoerend bestuurders zelfstandig besluiten, bijvoorbeeld over aangelegenheden die betrekking hebben op de vormgeving van het toezicht op de uitvoerend bestuurders en de vormgeving van het systeem van risk-management. Maar de taakverdeling met daarop aansluitende zelfstandige bevoegdheid tot besluitvorming door bepaalde bestuurders ontslaat de andere bestuurders, die niet bij die besluitvorming waren betrokken, niet uit de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor die besluitvorming. In de toelichting wordt opgemerkt als volgt:

*“Indien een desbetreffend besluit (op basis van art. 2:129a/239a lid 3 BW, CAS) wordt genomen, wordt dit toegerekend aan het bestuur. De bestuurders blijven – zoals dat geldt voor elk bestuursbesluit – collectief verantwoordelijk voor de besluiten die door een of meer bestuurders zijn genomen. Vanwege de collectieve verantwoordelijkheid hebben alle bestuurders er belang bij dat zij vernemen of een besluit op de voet van artikel 2:129a/239a lid 3 BW is genomen. Ik meen dat de bestuurder die een dergelijke bevoegdheid heeft gekregen, zijn medebestuurders binnen een redelijke termijn moet informeren over aldus genomen besluiten. (...) Overigens ligt het ook op de weg van de medebestuurders dat zij periodiek informeren of besluiten zijn genomen op grond van artikel 129a/239a lid 3 BW.”*¹²

Daarbij komt dat bij de keuze voor een unitary board structure niet evident is welke bestuurstaken bij welke bestuurders komen te liggen. In de toelichting wordt opgemerkt dat in het spraakgebruik de uitvoerend bestuurders worden belast met de dagelijkse gang van zaken, maar dat niet helder is wat dit inhoudt. Het zal er in de praktijk op neerkomen dat men beoogt de feitelijke en dagelijkse aansturing bij de uitvoerend bestuurders te leggen en de niet uitvoerend bestuurders een meer, of uitsluitend, toezichthoudende rol toe te kennen. De inhoud van zo’n taakverdeling zal van vennootschap tot vennootschap verschillen, waarbij als vangnet de regel geldt dat niet specifiek aan een bestuurder toegekende taken toevallen aan het bestuur als geheel. Bij de toelichting op lid 1 van art. 2:239a BW wordt opgemerkt dat bestuurders, aan wie geen specifieke toezichthoudende taken zijn opgedragen, als hoofdtak hebben het algemeen besturen van de rechtspersoon.

¹¹ Zie ook het citaat uit de Kamerstukken bij noot 12.

¹² Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p.12.

Taakverdelingen bij het onderscheiden tussen taken van uitvoerend- en niet- uitvoerend bestuurders laten onverlet dat de verantwoordelijkheid, ook voor de taakuitoefening door de uitvoerend bestuurders, blijft berusten bij het bestuur. Opgemerkt wordt:

“Er is niet gekozen voor de aanduiding ‘toezichthoudend bestuurder’ omdat de taken van de niet uitvoerend bestuurders meer omvatten dan advisering en toezicht houden in de bij ons tot op heden bekende zin. De bestuursleden die belast zijn met algemene bestuurstaken zullen meer dan de commissarissen actief betrokken zijn bij het algemene beleid van de vennootschap. Zij nemen immers deel aan en zijn direct verantwoordelijk voor de besluitvorming over de algemene beleidslijnen.”¹³

Later merkt de minister in dit verband op, naar aanleiding van de vraag of het aansprakelijkheidsrisico van de niet-uitvoerend bestuurder groter is dan dat van de commissaris, na de overweging dat zij meer betrokken zijn bij besluitvorming over de algemene beleidslijnen:

“Verondersteld mag worden dat de niet uitvoerend bestuurders vaak eerder en meer informatie over (de consequenties van) het bestuursbeleid ontvangen dan commissarissen. Vanuit de gedachte dat kennis over misstanden verplicht tot ingrijpen, kan een uitvoerend bestuurder onder omstandigheden inderdaad eerder aansprakelijk zijn dan de commissaris met een meer beperkte taak in het dualistische bestuursstelsel. Of in een specifiek geval aansprakelijkheid optreedt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Aansprakelijkheid treedt niet op tenzij de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, aldus art. 2:9 lid 2 BW (...).”¹⁴

Het is van belang te constateren dat, in een unitary board structure, de taakverdeling tussen uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders op zich geen uitsluiting van aansprakelijkheid met zich brengt, ook niet voor onderdelen van het beleid waarmee een bestuurder geen enkele betrokkenheid heeft, omdat die beleidsonderdelen niet tot zijn takenpakket behoren terwijl hij ook geen rol speelt bij de bestuurlijke besluitvorming wanneer deze op statutaire basis is toegekend aan de bestuurders die met die taak zijn belast. De taakverdeling ontslaat dus niet van verantwoordelijkheid en, in beginsel, ook niet van aansprakelijkheid, maar geeft slechts argumenten om onder omstandigheden disculpatie te bepleiten ten aanzien van een individu, waarbij de bewijslast bij laatstgenoemde ligt. Dit maakt de positie van de niet-uitvoerend bestuurder met een uitsluitend toezichthoudende taak, in ieder geval dogmatisch bezien, anders dan die van de commissaris. De commissaris is immers niet belast met het besturen van de vennootschap, maar slechts met het toezicht op en de advisering van het bestuur. Het is op basis van de parlementaire geschiedenis en bij het ontbreken van richtinggevende jurisprudentie na de wetwijziging, niet helder of, bij een gelijksoortige taak van de niet-uitvoerend bestuurder als die van de commissaris, de omvang van diens disculpatiemogelijkheden leidt tot een feitelijk gelijk aansprakelijkheidsprofiel als dat van de commissaris. Zoals ik hiervoor opmerkte is het feit dat - na invoering van het voorgestelde art. 2:11a lid 1 in het Wetsvoorstel BTR geldend voor alle rechtspersonen - het informatieniveau van beide type toezichthouders theoretisch gelijk, zeker wanneer mijn voorstel tot aanpassing van het voorgestelde art. 2:9a lid 2 BW zou worden overgenomen. In de praktijk zal, zoals hieronder aan de orde komt, de kans op aansprakelijkheid van de niet-uitvoerend bestuurder mijns inziens groter blijken.

¹³ Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p.15 (MvT).

¹⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p.4

4. Wettelijke bevoegdheidsverdeling.

Bij de wettelijke toedeling van bevoegdheden is de wetgever terughoudend. Wanneer wordt gekozen voor een unitary board structuur, bepaalt de wet dat de taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders niet door een taakverdeling kan worden ontnomen aan de niet uitvoerend bestuurders.¹⁵

Deze formulering lijkt drie zaken te impliceren. Op de eerste plaats berust de toezichthoudende taak in ieder geval steeds bij de niet-uitvoerend bestuurders. Op de tweede plaats wordt in deze regeling niet uitgesloten dat toezichthoudende taken ook kunnen berusten bij uitvoerend bestuurders nu het uitgangspunt is dat de niet-uitvoerend bestuurders toezicht houden op de uitvoerend bestuurders, alsook op elkaar. Maar ook de uitvoerend bestuurder zal moeten optreden wanneer hij op de hoogte raakt van het feit dat een mede uitvoerend-bestuurder (en naar ik zou willen aannemen ook een niet-uitvoerend bestuurder) zijn taak niet naar behoren vervult.¹⁶ Op derde plaats is het houden van toezicht een collegiale taak van de niet-uitvoerend bestuurders, dus kan deze niet uitsluitend worden toegekend aan één of meer niet-uitvoerend bestuurders.

Conclusie is dat er een tailor-made systeem van toekenning van uitvoerende en toezichthoudende taken kan worden ontwikkeld, maar dat de taken die niet zijn toebedeeld aan individuele of gezamenlijke bestuurders als taak worden gezien van het bestuur, dus een gezamenlijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid met zich brengen.¹⁷

Naast het toezicht bepaalt de wettelijke regeling dat het voorzitterschap van het bestuur niet aan een uitvoerend bestuurder kan worden toebedeeld. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheid tot het doen van voordrachten tot het benoemen van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van de uitvoerend bestuurders. De toelichting¹⁸ merkt op dat het hier gaat om taken die in een duaal systeem typisch zijn neergelegd bij de commissarissen en die nauw aansluiten bij toezicht en advies, alsmede om taken die niet uitsluitend bij uitvoerend bestuurders mogen worden neergelegd in verband met het vermijden van belangenconflicten. Deze bevoegdheden kunnen niet aan een uitvoerend bestuurder worden toebedeeld en berusten dus steeds, en bij uitsluiting, bij de niet uitvoerend bestuurder(s). Ten slotte volgt uit de formulering, inhoudend dat de toezichthoudende taak niet aan de niet-uitvoerend bestuurders kan worden ontnomen, dat alle andere taken wel aan die bestuurders kunnen worden ontnomen, of, zoals de toelichting het formuleert: *“Alle andere bestuurstaken kunnen desgewenst worden toebedeeld aan de uitvoerend bestuurders.”*¹⁹ Hierboven werd opgemerkt dat zo’n taakverdeling niet leidt tot het wegvallen van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van die niet-uitvoerend bestuurders voor (de uitvoering van) die overige taken, maar dat die taakverdeling slechts werkt als argument voor disculpatie door de niet-uitvoerend bestuurder.

¹⁵ Zie art. 2:129a en 239a, alsmede het gelijkkluidend voorgestelde art. 2:9a lid 1 Wetsvoorstel BTR.

¹⁶ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 16 (MvT).

¹⁷ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14 (MvT). Uiteraard naast de taken en de verantwoordelijkheden die niet of niettegenstaande een taakverdeling sowieso aan de collegialiteit worden toegerekend.

¹⁸ Bij het gelijkkluidend art. 2:129a en 239a lid 1 bij invoering van de Wet bestuur en toezicht, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 16 (MvT).

¹⁹ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 16 (MvT).

Overigens maakt deze inventarisatie het onderscheid tussen uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders niet evident. De uitleg in de memorie van toelichting helpt ook niet echt. Daar wordt opgemerkt:

*“In het voorgestelde lid 1 (van art. 2:129a/239a BW, CAS) is bepaald dat binnen één bestuursorgaan een taakverdeling kan worden gemaakt. Zo kunnen een of meer bestuurders zich in het bijzonder bezig houden met de dagelijkse leiding van deze vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Deze bestuurders worden aangeduid als ‘uitvoerend bestuurders’. Bestuurders aan wie geen specifieke uitvoerende taken zijn opgedragen, hebben als hoofdtaak het algemeen besturen. Deze bestuurders worden aangeduid als ‘niet uitvoerend bestuurders’. Taken die niet specifiek aan individuele bestuurders zijn toebedeeld, vallen toe aan het bestuur als geheel, dat wil zeggen aan zowel de niet uitvoerende als de uitvoerende bestuurders.”*²⁰

Iets verder wordt echter opgemerkt dat de besluitvorming van lid 1 van de beide artikelen moet worden onderscheiden van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. In zijn algemeenheid kunnen wij deze stelling onderschrijven, maar het is vreemd dat een niet-uitvoerend bestuurder, aan wie geen (specifieke) uitvoerende taken zijn toegedeeld, in beginsel wel individueel vertegenwoordigingsbevoegd is.²¹ Kortom, het onderscheid tussen uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurder zal in de praktijk niet altijd even eenvoudig te maken zijn, omdat het hebben van een toezichthoudende taak niet onderscheidend is voor het zijn van niet-uitvoerend bestuurder, terwijl het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid geen onderscheidend kenmerk blijkt te zijn voor een niet-uitvoerend bestuurder.

Geconcludeerd moet dus worden dat de taakverdeling geen standaard kent en zal afhangen van de wensen die men in een voorkomend geval heeft ten aanzien van de bestuursstructuur, alsook van de aard van de organisatie die wordt vormgegeven. Daarnaast blijkt de taakverdeling geen beperking van verantwoordelijkheid ten aanzien van het algemeen beleid met zich te brengen, doch slechts een rol te spelen bij de mogelijkheden om als individueel bestuurder aan een aansprakelijkheid tegenover de vennootschap of ten opzichte van derden te ontkomen. Deze steviger betrokkenheid van de niet-uitvoerend bestuurder bij het bestuur(sbeleid) van de vennootschap verscherpt in zijn algemeenheid het aansprakelijkheidsprofiel van de niet-uitvoerend bestuurder met een toezichthoudende taak ten opzichte van de commissaris, die immers, zoals wel wordt aangenomen, in hoge(re) mate leidt aan een informatieachterstand in vergelijking met bestuurders. Hierboven heb ik aangegeven mij niet in deze visie te kunnen vinden omdat, in ieder geval theoretisch, het informatieniveau van een commissaris en een uitsluitend met toezicht belast niet-uitvoerend bestuurder die niet bij de besluitvorming op het overig beleid betrokken is, vergelijkbaar is bij NV en BV en voor alle rechtspersonen van Boek 2 BW zal zijn na invoering van het Wetsvoorstel BTR.

²⁰ Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 763, nr. 3, p.17

²¹ En zulks op grond van het bepaalde in de art. 2:130 en 240 lid 2 BW. Het uitgangspunt in een unitary board is dat alle bestuurders, naast het bestuur als college, de vennootschap zelfstandig kunnen vertegenwoordigen, ook als de taak van een bestuurder niet in de uitvoerende sfeer ligt. Het ligt voor de hand om de vertegenwoordigingsmacht van niet uitvoerend bestuurders met een uitsluitend toezichthoudende taak aan hen te ontnemen, bijvoorbeeld door statutair te bepalen dat niet uitvoerend bestuurders niet bevoegd zijn de vennootschap zelfstandig te vertegenwoordigen. Zodanige beperking van de vertegenwoordigingsmacht is alsdan gebaseerd op een wettelijke bepaling (art. 2:130/240 lid 2 BW), zodat de onbevoegdheid van die bestuurder met succes aan de derde kan worden tegengeworpen. Zie lid 3 van bedoelde artikelen.

Dit maakt dan ook de in de praktijk wel voorkomende structuur, waarin de niet-uitvoerend bestuurders zich gedragen als commissaris, en, zoals bij een RvC, slechts met een beperkte frequentie met de uitvoerend bestuurders in vergadering bijeenkomen, levensgevaarlijk. De veronderstelde grotere betrokkenheid van de niet-uitvoerend bestuurder bij het bestuur en het bestuursbeleid zal in de praktijk aanleiding geven tot het eerder aannemen van zijn aansprakelijkheid dan een commissaris. De gezamenlijke bestuursverantwoordelijkheid blijft, zo valt uit de parlementaire geschiedenis op te maken, gewoon bij het bestuursorgaan berusten. In de MvT wordt opgemerkt:

*“Een taakverdeling brengt in de gezamenlijke verantwoordelijkheid geen wijziging. Iedere bestuurder blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het bestuur en voor de besluiten die door het orgaan worden genomen. Bestuurders die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast, nemen evenzeer deel aan de besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen. (...) Verantwoordelijkheid is de opmaat voor de regeling van de aansprakelijkheid. Het beginsel van collectief bestuur leidt ertoe dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde.”*²²

5. De toezichthoudende taak

Wanneer de niet-uitvoerend bestuurder niet uitsluitend belast en bezig is met het houden van toezicht op het uitvoerend bestuur, kunnen die andere bestuurlijke activiteiten uiteraard van invloed zijn op de aansprakelijkheid van de niet-uitvoerend bestuurder. Zoals eerder opgemerkt, is het uitgangspunt bij de keuze voor een one tier board dat de niet-uitvoerend bestuurders steeds belast zijn met het toezicht op de taakuitoefening door de uitvoerend bestuurders, maar dat zij, tenzij statutair anders geregeld, daarnaast gewoon ook belast zijn met het bestuur en de vertegenwoordiging van de vennootschap. In dat geval zal de aansprakelijkheid van de niet-uitvoerend bestuurder tenminste gelijk zijn aan die van de uitvoerend bestuurders.

Wanneer de niet-uitvoerend bestuurders echter uitsluitend zijn belast met het toezicht en ook niet deelnemen aan de bestuurlijke besluitvorming op alle overige terreinen, ligt de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid anders en meer in lijn met die van de commissaris in het two tier model. Echter, ook in die situatie moet het risico van aansprakelijkheid toch aanmerkelijk hoger worden ingeschat. Dat heeft vooral te maken met het feit dat het niet betrokken zijn bij de besluitvorming door de niet-uitvoerend bestuurders niet betekent dat zij niet aansprakelijk zijn voor de effecten van die besluitvorming, omdat – zoals eerder opgemerkt – deze besluiten worden toegerekend aan alle bestuurders.

Daarbij komt dat de niet-uitvoerend bestuurder met uitsluitend toezichthoudende taken en bevoegdheden, onder omstandigheden toch feitelijk bij de bestuurlijke besluitvorming over andere onderwerpen dan het toezicht zal zijn betrokken.

Dit zal bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer het gaat om besluitvorming door het bestuur over de vormgeving van de strategie van de vennootschap. Algemeen wordt immers aangenomen dat de bepaling van de strategie het prerogatief is van het bestuur van de vennootschap, waarbij in de

²² Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 763, nr.3, p.8

rechtspraak wordt uitgegaan van het feit dat bestuurlijke besluitvorming op deze punten plaatsvindt onder directe betrokkenheid van de raad van commissarissen.²³ Het lijkt mij dat deze directe betrokkenheid van de toezichthouders in een one tier board noodzakelijkerwijze plaatsvindt doordat de niet-uitvoerend bestuurders, ook wanneer besluitvorming op het stuk van de strategie in gevolge de statutaire regeling bij (een deel van) de uitvoerend bestuurders berust, in dit geval rechtstreeks bij en in de besluitvorming worden betrokken. Wanneer deze analyse juist is, is de conclusie dat de strategie valt onder de algemene bestuursverantwoordelijkheid, waarvoor alle bestuurders, ongeacht de vraag of ze uitvoerend- of niet-uitvoerend bestuurder zijn en ongeacht enige taakverdeling, steeds verantwoordelijk en aansprakelijk zijn en zich, door de rechtstreekse betrokkenheid bij de besluitvorming op deze punten, niet zullen kunnen disculperen.

Een ander belangrijk verschil tussen de positie van commissarissen en die van de niet-uitvoerend bestuurder met alleen een toezichthoudende taak is de slagkracht. Zo is niet ongebruikelijk om, ook bij niet-structuurvennootschappen, bepaalde ingrijpende bestuursbesluiten statutair te onderwerpen aan (voorafgaande) goedkeuring van het toezichthoudend orgaan.²⁴ In die situaties heeft de raad van commissarissen dus een blokkerende stem, in ieder geval waar het betreft de interne verhoudingen. De vraag of deze positie ook kan worden toegekend aan niet-uitvoerend bestuurders met een toezichthoudende taak is, omdat het in beginsel om bestuursbesluiten gaat, afhankelijk van de vraag of de niet-uitvoerend bestuurders een meerderheidsstem hebben in het bestuur. Voor de hand ligt statutair te bepalen dat de besluitvorming over deze goedkeuring bij de niet-uitvoerend bestuurders wordt gelegd en tevens te bepalen dat ten aanzien van het desbetreffend besluit de niet-uitvoerend bestuurders een versterkt stemrecht toekomt voor het geval de uitvoerend bestuurders zich met de besluitvorming wensen in te laten, en zeker wanneer de niet-uitvoerend bestuurders binnen het bestuur een minderheid vormen.

Bedoelde beperkte slagkracht van de niet-uitvoerend bestuurders in verhouding tot die van commissarissen, is ook aan de orde wanneer het gaat om het besluit tot schorsing van een bestuurder door de niet-uitvoerend bestuurders. Een bestuurder kan, zo bepaalt de wet, steeds worden geschorst door de raad van commissarissen, tenzij deze bevoegdheid statutair zou zijn onthouden.²⁵ Bij toepassing van het one tier board systeem bepaalt de wet²⁶ dat een uitvoerend bestuurder te allen tijde kan worden geschorst door *het bestuur*. Ook hier geldt dus dat in een one tier board structuur de schorsing van een uitvoerend bestuurder slechts mogelijk is wanneer de niet-uitvoerende bestuurders in het bestuur in de meerderheid zijn. Ook in dit verband is het raadzaam in de statuten te bepalen dat het initiatief tot schorsing van een bestuurder wordt genomen door de niet-uitvoerend bestuurders die met een toezichthoudende taak zijn belast, terwijl eveneens bepaald zou moeten worden dat in het kader van de besluitvorming over de schorsing de niet-uitvoerend bestuurders over een zodanig meervoudig stemrecht binnen het bestuur beschikken dat zij een meerderheid van stemmen hebben.

²³ Vgl de HR in de ASMI casus (ECLI:NL:HR:2010:BM0976), waarbij werd aangenomen dat de strategie een aangelegenheid betreft die aan het bestuur is, onder toezicht van de RvC en dat over handelingen waartoe het bestuur bevoegd is, geen voorafgaand overleg met aandeelhouders vereist is. Zie ook HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (ABN AMRO). Zie ook de procedure die speelde in de affaire Boskalis/Fugro over de agendering van aan strategie gerelateerde onderwerpen, het kort geding vonnis van de Rb. Den Haag; ECLI:NL:RBDHA:2015:3452

²⁴ Vgl. art. 2:274 BW.

²⁵ Zie art. 2: 147 en 257 BW. Deze bepaling wordt bij invoering van het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen aangetroffen in art. 2:11 lid 7 BW.

²⁶ Art. 2:134 en 244 lid 1 BW en art. 2:9a lid 4 Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen.

6. Verantwoordelijkheid voor het algemeen financieel beleid.

Een andere vraag is wat verder behoort tot de algemene bestuursverantwoordelijkheid die alle bestuurders dragen. Hieronder lijkt mij in ieder geval ook de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor het algemeen financieel beleid te moeten worden begrepen, dus ook wanneer het financieel beleid wordt overgelaten aan één of meer uitvoerende bestuurders, die bijvoorbeeld ook zelfstandig over dat beleid kunnen besluiten en daarnaast de vennootschap in dat beleid kunnen vertegenwoordigen. In dat geval wordt dat besluit immers toegerekend aan het bestuur, terwijl bovendien, sinds de invoering van de anti-misbruikwetten in de jaren '80 van de vorige eeuw,²⁷ het uitgangspunt is dat alle bestuurders steeds verantwoordelijk en aansprakelijk zijn voor het algemeen financieel beleid. Dit betekent dat alle bestuurders zich steeds moeten vergewissen van het feit dat de financiën van de vennootschap op orde zijn.

Ook al gaat het hier om een aangelegenheid die tot de verantwoordelijkheid behoort en dus tot aansprakelijkheid aanleiding kan geven van alle bestuurders, dient ook hier te worden aangenomen dat een individueel bestuurder zich zal kunnen disculperen wanneer wordt aangetoond dat hem geen ernstig verwijt valt te maken, waarbij een taakverdeling de disculpatiemogelijkheden kan vergroten.²⁸ Een en ander betekent dat, wanneer er sprake is van een one tier board bestuursstructuur waarbij het bepalen en uitvoeren van het financieel beleid volledig aan de uitvoerend bestuurders is toebedeeld, een niet-uitvoerend bestuurder met een zuiver toezichthoudende taak zich, mede met een beroep op die taakverdeling, onder omstandigheden kan disculperen.

7. De Wet Bestuurdersaansprakelijkheid

Het uitgangspunt van gezamenlijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders voor het algemeen financieel beleid is, onder meer, neergelegd in de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA)²⁹. De WBA, neergeslagen in art. 36 Invorderingswet 1990, voorziet in een persoonlijke hoofdelijke aansprakelijkheid voor bestuurders van de vennootschap, wanneer de vennootschap niet voldoet aan de verplichting tot afdracht van bepaalde belastingen en premies volksverzekeringen en werknemersverzekeringen.³⁰ De regeling heeft betrekking op het bestrijden van misbruik van rechtspersonen, is dus gerelateerd aan onbehoorlijk bestuurderschap en werd ingevoerd op basis van de mogelijkheid die de Zesde Europese Richtlijn inzake harmonisatie van de Omzetbelasting in Europa bood om wettelijk te bepalen dat een andere persoon dan de belastingplichtige hoofdelijk

²⁷ Wet van 21 mei 1986, houdende wijziging van enige sociale verzekeringswetten, de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds en enige fiscale wetten in verband met misbruik van rechtspersonen. Stb. 1986, 276. Zie ook art. 23 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.

²⁸ Men zou kunnen denken aan de situatie waarin een lid van het bestuur speciaal wordt belast met de leiding van de vestiging in afgelegen streken met beperkte internettoegang etc.

²⁹ Wet van 21 mei 1986, Stb. 276.

³⁰ Zie lid 2 van bedoeld art. 36 Invorderingswet 1990. Ten aanzien van de fiscale problematiek zijn, naast genoemd art. 36 Invorderingswet 1990, ook relevant de beleidsregels die worden aangetroffen in de Leidraad Invorderingswet 2008. Voor wat betreft een gelijksoortige aansprakelijkheid voor de afdrachten voor pensioenbijdragen zie men art. 23 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.

verplicht is de belasting te voldoen.³¹ De Leidraad Invorderingswet bepaalt dat, wanneer de actie van de Ontvanger in beginsel samenloopt met die van de curator in geval van faillissement, overleg tussen fiscus en curator plaatsvindt waarbij bezien wordt welke actie zal worden ingesteld, te weten de actie zijdens de fiscus op grond van bedoeld art. 36 Invorderingswet, dan wel de actie door de curator op grond van, bijvoorbeeld, art. 2:248 BW. In de Leidraad wordt aangegeven dat in beginsel de actie zijdens de curator de voorkeur heeft.³²

De hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders bij het niet tijdig doen van de verschuldigde afdrachten belastingen, sociale premies en verplichte bedrijfstakpensioenfondspremies, is in deze wettelijke regeling het uitgangspunt. Het doel is immers om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan door op deze wijze de publieke middelen zeker(der) te stellen. De aansprakelijkheidspositie van bestuurders wordt vooral bepaald door de vraag of voldaan is aan de op iedere bestuurder rustende verplichting tot tijdige melding van een dreigende betalingsonmacht aan de Ontvanger. De melding geschiedt schriftelijk, op basis waarvan de Ontvanger bepaalt of hij voldoende is geïnformeerd, dan wel nadere informatie verlangt, die vervolgens duidelijk, stellig en zonder voorbehoud moet worden verstrekt binnen de gestelde redelijke termijn voor aanlevering.

Van betalingsonmacht is volgens de Leidraad sprake wanneer de vennootschap voor betaling van de relevante belastingen:

- onvoldoende liquide middelen (kasmiddelen, banktegoeden en direct opneembare kredietruimte) heeft;
- tijdelijk te weinig liquide middelen heeft om te betalen maar in redelijkheid wordt verwacht dat die verplichting op korte termijn kan worden nagekomen;
- wel over voldoende liquide middelen beschikt, maar deze aanwendt voor betaling van andere opeisbare betalingsverplichtingen.³³

De meldingsplicht grijpt in op de vraag of de in beginsel aansprakelijke bestuurder zich zal kunnen disculperen door aan te tonen dat het ontstaan van de betalingsonmacht niet is te wijten aan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan het ontstaan van de betalingsonmacht.

Indien niet of niet-tijdig aan de meldingsplicht is voldaan, is het voor de betrokken bestuurders in feite onmogelijk om zich te disculperen wanneer een aansprakelijkstelling wordt gelanceerd. Wil de bestuurder zich kunnen disculperen door aan te tonen dat de betalingsonmacht niet is te wijten aan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur, terwijl geen geldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, dan zal die bestuurder eerst moeten aantonen dat het niet voldoen aan de verplichting om tijdig de dreigende betalingsonmacht te melden, niet aan hem is te wijten. Slaagt hij in dit bewijs, dan kan hij zich vervolgens disculperen door aan te tonen dat het ontstaan van de

³¹ Zie art. 21 lid 1 onder a van de Zesde Richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid- Staten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag.

³² Art. 36.1 van de Leidraad Invorderingswet 2008 bepaalt: Als een rechtspersoon waarop dit artikel van toepassing is, faillieert en de ontvanger is voornemens de bestuurder(s) van de gefailleerde rechtspersoon aansprakelijk te stellen, neemt hij contact op met de curator om te overleggen over de vraag wie tot aansprakelijkstelling zal overgaan. Aansprakelijkstelling door de curator geniet de voorkeur, tenzij blijkt dat de bewijspositie van de ontvanger sterker is.

³³ Art. 36.5.1. Leidraad Invorderingswet 2008.

betalingsonmacht niet is te wijten aan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur in de relevante periode van drie jaar voorafgaand aan het ontstaan van de betalingsonmacht.

Anders geformuleerd, in geval van niet-tijdige of niet correcte melding van betalingsonmacht zal de individuele bestuurder zich slechts aan hoofdelijke aansprakelijkheid voor het bedrag dat niet wordt afgedragen kunnen onttrekken door te voldoen aan een dubbele bewijsopdracht.

Het aantonen dat het niet melden van de dreigende betalingsonmacht niet aan de bestuurder te wijten is, is moeilijk. Bestuurders hebben op dit punt een gezamenlijke verantwoordelijkheid die iedere bestuurder ertoe dwingt om zich regelmatig op de hoogte te stellen van de financiële positie van de rechtspersoon, terwijl de bestuurder die positie ook moet kunnen doorgronden. Taakverdelingen tussen bestuurders helpen ook niet echt. In de parlementaire geschiedenis wordt overwogen dat de individuele bestuurder het bestuur moet informeren over zijn activiteiten en instructies van het bestuur in dit kader zal moeten opvolgen. Zo zal de financiële bestuurder steeds de opdracht moeten krijgen om het bestuur steeds tijdig te informeren over de financiële stand van zaken en een dreigende betalingsonmacht. Maar als de financieel bestuurder hierin tekort schiet maakt dit, volgende de minister, geen verschil en leidt de collectieve verantwoordelijkheid in beginsel ook tot aansprakelijkheid van de niet-geïnformeerde bestuurder. In feite gaat het hier dus om een risicoaansprakelijkheid, samenhangend met de aanvaarding van een bestuursfunctie in een meerhoofdig bestuur.³⁴ Slechts in de situatie waarin de bestuurder zich onmogelijk van de financiële situatie kon vergewissen en tot dreigende melding kon overgaan, waarbij gedacht moet worden aan coma's en hart-longmachines dan wel verblijf diep in het regenwoud of solozeiltochten rond de wereld, kan worden aangetoond dat de bestuurder geen verwijt treft ten aanzien van het niet tijdig melden van de dreigende betalingsonmacht. En alleen dan zal de bestuurder in staat zijn zich te disculperen in het kader van zijn aansprakelijkheid door aan te tonen dat de betalingsonmacht niet aan hem is te wijten.³⁵ Meer bepaald is het voldoen aan de meldingsplicht van betalingsonmacht, dan wel het bewijs dat niet-melding niet aan betrokkene is te wijten, een voorwaarde om tot disculpatie te worden toegelaten.

8. Kritiek op de bewijslast bij niet melden van dreigende betalingsonmacht

De dubbele bewijslast bij niet correcte melding is feitelijk ondoenlijk en is in de literatuur fel bekritiseerd, met name ook omdat op deze wijze een risico op aansprakelijkheid werd geïntroduceerd dat ook (overigens) behoorlijk handelende bestuurders treft. Het uitgangspunt van de wetgever was dat een onbehoorlijk bestuurder –waarbij op dat moment vooral werd gedacht aan de 'koppelbaas', die geen administratie voerde en geen afdrachten deed- niet tijdig en correct zou kunnen melden en dat bestuurders die geen tijdige melding deden wel onbehoorlijk bestuurder moesten zijn. Daarmee werd betrokken misbruiker afgesloten van de mogelijkheid zich te disculperen door aan te tonen dat de betalingsonmacht niet aan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur te wijten was. Maar in de praktijk bleek regelmatig niet te worden gemeld vanwege bijvoorbeeld onbekendheid met de regeling of andere oorzaken, waardoor het al dan niet behoorlijk besturen niet

³⁴ Zie P.L. Dijk e.a., Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, Serie praktijkhandleidingen, Zwolle, WEJ Tjeenk Willink 1988, verwijzend naar de MvA EK p.5 en de Nota nav het Eindverslag EK p.3 Wet van 21 mei 1986 Stb 1986, 276

³⁵ Art. 36 lid 4 Invorderingswet

de toetssteen voor aansprakelijkheid bleek te zijn, maar veeleer de vraag of al dan niet tijdig werd gemeld.³⁶ Uit onderzoek was inmiddels gebleken dat het niet-melden niet alleen te wijten was aan onbekendheid met de regeling, maar dat melding ook achterwege bleef uit vrees voor de negatieve effecten van de door de uitvoeringsinstanties in te zetten maatregelen bij het voldoen aan de meldingsplicht.³⁷

Bij toetsing van deze dubbele bewijsopdracht oordeelde het Europees Hof van Justitie deze in strijd met artikel 21 van de Zesde Richtlijn³⁸ in samenhang met de communautaire beginselen van rechtszekerheid en evenredigheid, zodat deze niet zou mogen worden gehanteerd.³⁹ Het Hof overwoog dat genoemd artikel een lidstaat toestaat om iemand onder omstandigheden tot hoofdelijke voldoening van de eigen belastingschuld van een lichaam verplicht te houden waarbij men zich dienaangaande op vermoedens mag baseren, “... *maar dit neemt niet weg dat dergelijke vermoedens niet op een dusdanige wijze mogen worden geformuleerd dat het voor de belastingplichtige in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk wordt het tegendeel te bewijzen. (...) Een dergelijke regeling moet evenwel de algemene rechtsbeginselen eerbiedigen die deel uitmaken van de communautaire rechtsorde, met name het rechtszekerheids- en het evenredigheidsbeginsel.*”⁴⁰

Beoordeling van de vraag of het nationale recht in strijd is met deze uitgangspunten is aan de nationale rechter. De HR oordeelde, in afwijking van het advies van de AG, dat van deze strijd geen sprake is bij de regeling in art.36 van de Invorderingswet.⁴¹ De HR overweegt:

“De regeling van artikel 36, lid 4, gaat daarmee niet verder dan de wetgever voor dit doel redelijkerwijs noodzakelijk kon achten. Van een bestuurder mag worden gevergd dat hij van de financiële situatie van het lichaam waarvan hij bestuurder is, en meer in het bijzonder van eventuele betalingsmoeilijkheden van dat lichaam, op de hoogte is of zich daarvan onverwijld op de hoogte laat stellen. Voor een bestuurder is het als regel niet onmogelijk of uiterst moeilijk om ervoor te zorgen dat in het geval van betalingsmoeilijkheden met betrekking tot een openstaande belastingschuld tijdig mededeling daarvan aan de ontvanger wordt gedaan. Dat de regeling ook geldt indien niet is gebleken van enig misbruik en dat de mededeling moet worden gedaan binnen de door de Invorderingswet bepaalde termijn, wil zij de bestuurder kunnen ontlasten, doet aan het voorgaande niet af.”

De regeling vormt slechts een krachtige stimulans voor bestuurders om de financiële situatie van de vennootschap te monitoren en een dreigende betalingsonmacht te melden, willen zij zich kunnen disculperen.⁴²

³⁶ Vgl. W. van Nispen tot Sevenaer, Fiscaal tijdschrift FED 1995, 242, p.827 e.v. Zie ook de uitgebreide literatuurverwijzing door AG van Ballegooijen bij HR 21 januari 2011, JOR 2011, 68.

³⁷ Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II, 1991-1992, 17050 nr.147, p.6 e.v., waarnaar door AG van Ballegooijen wordt verwezen, zie noot 24.

³⁸ Richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting

³⁹ Zie HvJ EG van 11 mei 2006, nr. C-384/04, V-N 2006/27.14 (Federation of Technological Industries e.a.).

⁴⁰ Zie het arrest onder nr. 32 e.v.

⁴¹ HR: ECLI:NL:HR:2011:BL0202.

⁴² De conclusie is dat, zoals Vetter dat noemt, de ‘onnozelaar’ bij een ontbrekende of te late melding, niet het recht krijgt om aannemelijk te maken dat er geen ‘misbruikachtergrond’ was en/of dat de schade voor de ontvanger door dit nalaten gering was. Zie J.J. Vetter, Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht 2007/05.

9. Aard van de melding van betalingsonmacht.

Mij lijkt de aard van de melding van betalingsonmacht een vertegenwoordigingshandeling door het bestuur of een bestuurder te zijn. De verplichting tot melding rust op de vennootschap en in dat kader wordt de vennootschap bij de melding vertegenwoordigd. Art. 36 lid 2 van de Invorderingswet 1990 bepaalt als volgt:

“Het lichaam⁴³ (...) is verplicht om onverwijld nadat gebleken is dat het niet tot betaling van loonbelasting, omzetbelasting, accijns, verbruiksbelasting van alcoholvrije dranken, verbruiksbelasting van pruimtabak of snuiftabak, een van de in artikel 1 van de Wet belastingen op milieugrondslag genoemde belastingen of de kansspelbelasting in staat is, daarvan mededeling te doen aan de ontvanger en, indien de ontvanger dit verlangt, nadere inlichtingen te verstrekken en stukken over te leggen. Elke bestuurder is bevoegd om namens het lichaam aan deze verplichting te voldoen. (..).”

Het gaat derhalve om de verplichting tot het doen van een melding van dreigende betalingsonmacht door de vennootschap, waartoe, in afwijking van een eventuele statutaire beperking van de vertegenwoordigingsmacht op grond van het bepaalde in de artt.2: 130 en 240 lid 2 BW, elke bestuurder bevoegd is. De wet bepaalt immers dat statutair kan worden afgeweken van de hoofdregel dat de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid, naast het bestuur als orgaan, mede toekomt aan elke statutaire bestuurder. Ingevolge bedoelde wettelijke bepaling is een uit de wet voortvloeiende beperking van de vertegenwoordigingsmacht (in ieder geval) de statutaire bepaling dat een bestuurder niet vertegenwoordigingsbevoegd is, dan wel vertegenwoordigingsbevoegd is wanneer hij gezamenlijk optreedt met een mede-bestuurder of een niet-bestuurder.⁴⁴ De wettelijke regeling in lid 2 van art.36 Invorderingswet 1990 grijpt op deze regeling in en bepaalt feitelijk dat iedere bestuurder de dreigende betalingsonmacht van de vennootschap *moet* en *mag* melden.

10. Meldingsplicht en de positie van de commissaris en de niet-uitvoerend bestuurder.

Commissarissen kunnen, wanneer zij niet als feitelijk bestuurder zijn aan te merken, niet aansprakelijk worden tegenover de fiscus c.s. op grond van de Wet Aansprakelijkheid Bestuurders. Commissarissen kunnen immers niet optreden als vertegenwoordiger van de vennootschap, nu hen de algemene vertegenwoordigingsmacht niet toekomt, en zij derhalve geen melding kunnen doen van een dreigende betalingsonmacht. Zij kunnen natuurlijk wel aansprakelijk gehouden worden wanneer kan worden aangetoond dat de ontstane financiële situatie (mede) te wijten is aan hun tekortschietend toezicht, maar bij zodanige aanspraak kan de individuele commissaris steeds trachten zich te ontdoen van aansprakelijkheid door aan te tonen dat hem geen ernstig verwijt treft dat kan worden gerelateerd aan het in onvoldoende mate gehouden toezicht. En ook hier kunnen taakverdelingen tussen commissarissen een belangrijke rol spelen. Het feit dat zij niet onderworpen

⁴³ Het gaat hier dan, ingevolge lid 1, om een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam in de zin van de Algemene wet inzake rijksbelastingen dat volledig rechtsbevoegd is, voor zover het aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen.

⁴⁴ Zie voor een analyse van het richtlijnenstelsel van vertegenwoordiging inclusief een voorstel tot wijziging, R. Hollemans/C.A. Schwarz, TvOB 2016, p.110 e.v. en 188 e.v.

zijn aan de meldingsplicht van betalingsonmacht maakt dat zij steeds een beroep op disculpatie zullen kunnen doen, dus anders dan bestuurders die niet (gerechtvaardigd) hebben voldaan aan hun meldingsplicht.

Hoe anders ligt een en ander voor de niet-uitvoerend bestuurder die uitsluitend belast is met het houden van toezicht op de uitvoerend bestuurders en besluitvorming op alle andere terreinen overlaat aan de uitvoerend bestuurders. Hiervoor werd opgemerkt dat ook de niet-uitvoerend bestuurder bestuursverantwoordelijkheid draagt gezien de veronderstelde actieve betrokkenheid bij het financieel beleid. In beginsel zal hij zich kunnen disculperen wanneer hij aansprakelijk wordt gesteld wanneer (de uitvoering van) dat bestuursbeleid tot schade voor de vennootschap of derden heeft geleid, waardoor hij evenals een commissaris niet aansprakelijk is. In het kader van die disculpatie is de taakverdeling binnen het bestuur relevant en zal hij mijns inziens kunnen aantonen dat hem geen ernstig verwijt treft, bijvoorbeeld omdat zijn collega financieel bestuurder hem niet tijdig alle informatie heeft doen toekomen waarop hij als toezichthouder had kunnen acteren. Ik zou, de vergelijking trekkend met de positie van de commissaris, willen aannemen dat de niet-uitvoerend bestuurder, uitgerust met die beperkte taak, zich, zoals een commissaris, niet actief hoeft bezig te houden met het (algemeen) financieel beleid maar daar slechts toezicht op uitoefent, op basis van de noodzakelijke gegevens die hem door de uitvoerend bestuurder(s) moet worden verschaft.

Dit verhaal gaat echter niet op wanneer het gaat om een aansprakelijkheid jegens de ontvanger c.s. op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid. Die wettelijke regeling legt immers de *plicht* tot melding van dreigende betalingsonmacht op aan elke bestuurder, terwijl de bevoegdheid tot het verrichten van de melding aan elke bestuurder wordt toegekend. De consequentie van het systeem van deze wet is dat de niet-uitvoerend bestuurder alleen dan een beroep op disculpatie zal kunnen doen, als hij de dreigende betalingsonmacht (tijdig) heeft gemeld, dan wel hij slaagt in het bewijs van het feit dat het niet melden van de betalingsonmacht niet aan hem is te wijten, in welk kader een beroep op zijn bijzondere positie als toezichthouder niet het gewenste effect lijkt te kunnen sorteren.

De conclusie is derhalve dat, wil een niet-uitvoerend bestuurder met een zuiver toezichthoudende taak zich kunnen disculperen in het kader van de persoonlijke aansprakelijkheid op deze grond, hij zich steeds op de hoogte moet weten van de financiële situatie van de vennootschap. Dit dwingt de toezichthouder in de one tier board dus zich als bestuurder dagelijks te verdiepen in de financiële situatie van de vennootschap en, bij waarneming van een dreiging van betalingsonmacht, tot directe melding van deze dreiging over te gaan. De verplichting en de bevoegdheid tot melding van dreigende betalingsonmacht berust immers bij iedere bestuurder, ongeacht de statutaire (en feitelijke) taakverdeling.

Door de werking van deze wettelijke regeling is het aansprakelijkheidsrisico van de toezichthouder in de positie van een niet-uitvoerend bestuurder, in vergelijking met die van een commissaris in traditionele zin, in potentie enorm groot. Deze consequentie komt mij ongerijmd voor en lijkt ook onbedoeld te zijn ontstaan. Een en ander zou mijns inziens moeten leiden tot aanpassing van de Wet Aansprakelijkheid Bestuurders, waarvoor ik binnenkort, in een andere publicatie, een voorstel zal formuleren.

Vast staat dat, in vergelijking met de positie van de commissaris in het traditioneel model, er ook op dit punt sprake is van een krachtig verscherpt aansprakelijkheidsprofiel van de niet-uitvoerend bestuurder die met een zuiver toezichthoudende taak is belast.

11. Samenvattend

Het aansprakelijkheidsprofiel van de niet-uitvoerend bestuurder is onduidelijk maar is in ieder geval aanmerkelijk ongunstiger dan dat van een traditioneel commissaris. Dat heeft niet alleen te maken met de veronderstelde feitelijke kennis van het gedefinieerde en uitgevoerde bestuursbeleid binnen de vennootschap, ook als de taak zich volledig beperkt tot het houden van toezicht op de uitvoerend bestuurders, maar vooral met de onduidelijkheid met betrekking tot het effect van de verdeling van taken in relatie tot de aanname dat iedere bestuurder steeds verantwoordelijk en aansprakelijk is voor het algemeen beleid en het algemeen financieel beleid. Onder omstandigheden zal een bestuurder zich kunnen disculperen, met name wanneer hij kan aantonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt in het kader van ontstane schade door tekortschietend bestuur. De binnen de vennootschap gekozen taakverdeling, met name binnen de unitary board, vormt hier een mogelijke bron voor ammunisie. Maar onduidelijk is wat, ook bij zo'n taakverdeling, de mogelijkheden tot disculpatie zijn wanneer het beleid, en met name het algemeen financieel beleid, blijkt te falen waardoor schade wordt veroorzaakt. Hierboven werd gewezen op de positie van de niet-uitvoerend bestuurder met een puur toezichthoudende taak, wanneer het gaat om het vormgeven van de strategie binnen de vennootschap. Geconcludeerd werd dat de in de rechtspraak aangenomen directe betrokkenheid van de commissaris bij dit onderdeel van het bestuursbeleid in het klassieke systeem, in een one-tier board structuur moet worden uitgelegd als een veronderstelde betrokkenheid en participatie in de besluitvorming door de uitvoerend bestuurders, van de niet-uitvoerend bestuurders, ook wanneer statutair is voorzien in de situatie waarin de niet-uitvoerend bestuurder slechts betrokken is bij bestuurlijke besluitvorming in het kader van het bepalen en het uitvoeren van het toezichtbeleid. Dit aspect draagt bij aan een verscherping van het aansprakelijkheidsprofiel van de niet-uitvoerend bestuurder in relatie tot de positie van de commissaris in de vergelijkbare situatie, nu die slechts met de toezichthoudende taak is belast en, anders dan de niet-uitvoerend bestuurder, niet in het bestuurlijk besluitvormingsproces is betrokken. Daarnaast lijkt te moeten worden aangenomen dat ook de niet-uitvoerend bestuurder steeds aansprakelijk en verantwoordelijk is voor het algemeen financieel beleid. En dit terwijl, zoals werd geconstateerd, de mogelijkheid voor krachtdadig optreden door de niet-uitvoerend bestuurder geringer blijkt te zijn dan die van een commissaris, bijvoorbeeld bij het hanteren van vetorechten ten aanzien van bestuursbesluiten of in het kader van de schorsing van (uitvoerend) bestuurders. Wanneer een bestuurder op grond van tekortschietende taakvervulling wordt aangesproken, zal hij zich in beginsel steeds kunnen disculperen wanneer hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, waarbij taakverdeling en toekenning van zelfstandige beslissingsbevoegdheid aan uitvoerend bestuurders zeker relevant zal zijn. Anders dan een commissaris blijkt de niet-uitvoerend bestuurder met een uitsluitend toezichthoudende taak, zich dagelijks met het binnen de vennootschap gedefinieerde en uitgevoerde financiële beleid bezig te moeten houden wil hij zich überhaupt kunnen disculperen wanneer hij wordt aangesproken op grond van de Wet Aansprakelijkheid Bestuurders, een aansprakelijkheid waarmee een commissaris volstrekt geen rekening behoeft te houden. Deze toezichthouder zal, anders dan de commissaris, steeds tijdig een dreigende betalingsonmacht van de vennootschap *moeten* melden op basis van zijn eigen waarnemingen en rechtsgeldig *kunnen* melden op basis van de wettelijke regeling.

De conclusie lijkt mij te moeten zijn om voorzichtigheid te betrachten bij de keuze voor een unitary board structuur in het familiebedrijf. De posities zijn onzeker, de wetgeving is onduidelijk en richtinggevend jurisprudentie ontbreekt.

12. De regeling van het tegenstrijdig belang en de positie van de commissaris

Een tweede punt waaraan ik op het congres aandacht besteedde, was de regeling van het tegenstrijdig belang in relatie tot de positie van de toezichthouder. Bij invoering van de nieuwe regeling van het tegenstrijdig belang bij inwerkingtreding van de Wet Bestuur en Toezicht op 1 januari 2013, kwam een einde aan de oude regeling die, in geval van een direct of indirect tegenstrijdig belang bij bestuurlijke besluitvorming van een bestuurder, de bevoegdheid tot vertegenwoordiging onttrok aan het bestuur en alle individuele bestuurders.⁴⁵ De nieuwe wettelijke regeling gaat uit van het wegvallen van de bevoegdheid tot het deelnemen aan beraadslaging en besluitvorming door een met een tegenstrijdig belang besmette bestuurder. De formulering van deze bepaling geeft aan dat het gaat om een regeling van dwingendrechtelijke aard.

Vervolgens bepaalt de regeling dat, wanneer niemand meer kan besluiten omdat alle bestuurders met een tegenstrijdig belang zijn besmet, het besluit wordt genomen door de raad van commissarissen. Ook deze regel is dwingendrechtelijk geformuleerd en geeft mijns inziens geen mogelijkheden voor statutaire afwijking.

Wanneer alle bestuurders zijn besmet met een tegenstrijdig belang en er geen RvC is ingesteld, wordt de aandeelhoudersvergadering bevoegd te besluiten, maar van deze regeling kan statutair worden afgeweken. Zo is dus denkbaar statutair te bepalen dat bij besmetting van alle bestuurders terwijl geen RvC aanwezig is, het bestuur en de bestuurders op gewone voet tot beraadslaging en besluitvorming bevoegd zijn.⁴⁶

De situatie van een totale besmetting van alle bestuurders zal vooral aan de orde zijn in geval van een Directeur Enig Aandeelhouder (DEA). Wanneer in die situatie een RvC is ingesteld, is dit orgaan dwingendrechtelijk steeds het orgaan dat besluit wanneer de DEA een tegenstrijdig belang heeft.

13. Het besluit tot bestuurlijke goedkeuring van een uitkeringsbesluit en de positie van de RvC

Een van de vragen waarop tot op dit moment nog geen eenduidig antwoord is gevonden, is de vraag of een bestuursbesluit tot het goedkeuren van een uitkeringsbesluit door aandeelhouders genomen, een tegenstrijdig belang besluit is wanneer een bestuurder ook aandeelhouder is.⁴⁷ Voorstanders van de visie dat het goedkeuringsbesluit van een door de aandeelhouder genomen uitkeringsbesluit in die omstandigheden geen tegenstrijdig belang besluit vormt, wijzen met name op de uiterst smalle

⁴⁵ Zie art.2: 146 en 256 BW (oud). In dat geval werd een eventueel aanwezige RvC bevoegd. Statutair kon worden bepaald dat, ook indien een RvC was ingesteld, bestuurders en bestuur vertegenwoordigingsbevoegd bleven. Maar wat de regeling ook was, de Algemene Vergadering moest steeds in staat worden gesteld om een bijzonder vertegenwoordiger aan te wijzen die besloot over het al dan niet vertegenwoordigen van het met een tegenstrijdig belang besmette besluit.

⁴⁶ Zie het bepaalde in lid 6 van de artt.129 en 239 BW.

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld W. Bosse in Fiscaal Tijdschrift Vermogen (ftV), januari 2014, p.17 e.v., B. Bier, Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht (TvJ) 2014, p.94 e.v., B. Cornelisse, TvOB 2013, nr.6, p. 211 e.v., F. Leijten in M. Lückerath e.a., Corporate Governance Jaarboek 2012/2013, Deventer, Kluwer 2012, p.96 e.v. en D. Ohmann, Bedrijfsjuridische Berichten (Bb) 2012, nr.45

marge die het bestuur wordt toegekend in de wettelijke regeling met betrekking tot dividenduitkeringen.

De wet bepaalt immers dat, wanneer de aandeelhouders besluiten tot een uitkering, dat uitkeringsbesluit geen gevolgen heeft zolang het bestuur geen goedkeuring aan dat uitkeringsbesluit heeft verleend.⁴⁸ Dus, anders dan onder het oude recht bij de BV en het huidige recht bij de NV, creëert het uitkeringsbesluit thans niet meer direct een vorderingsrecht van aandeelhouders op de vennootschap.⁴⁹ Dat vorderingsrecht ontstaat bij de BV thans eerst op het moment waarop het bestuur van de vennootschap het uitkeringsbesluit van aandeelhouders goedkeurt. Bij de verlening van de goedkeuring, die volgens de parlementaire geschiedenis overigens blijkt uit de betaalbaarstelling van het dividend door de BV, dient het bestuur de door veel bestuurders gevreesde 'uitkeringstest' toe te passen, waaruit moet blijken dat de vennootschap, na de uitkering, kan voortgaan met het betalen van haar voorzienbaar opeisbare vorderingen op termijn van ongeveer een jaar. Probleem is dat in de praktijk bepaald niet helder is hoe zodanige uitkeringstest moet worden vormgegeven nu het voor deskundigen onbegrijpelijk is hoe de drie door de wetgever aangeduide en te betrekken parameters, te weten solvabiliteit, liquiditeit maar met name rentabiliteit na de uitkering, in deze test moeten worden meegenomen. Belangrijk punt hierbij is dat, wanneer de uitkeringstest niet goed is afgelegd en de vennootschap, na de uitkering, discontinue wordt, de bestuurders aansprakelijk worden voor het in de boedel terugbrengen van hetgeen aan aandeelhouders is uitgekeerd, welk bedrag wordt verhoogd met de wettelijke rente.⁵⁰ De door de wetgever in dit kader aan het bestuur toegekende ruimte tot het weigeren van de goedkeuring aan het uitkeringsbesluit is krap geformuleerd, nu de wet bepaalt dat het bestuur die goedkeuring slechts weigert indien het bestuur weet of redelijkerwijze behoort te voorzien dat de BV na de uitkering niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden binnen genoemde termijn van ongeveer een jaar na de uitkering.

Schrijvers die menen dat het leerstuk van het tegenstrijdig belang geen rol speelt bij de goedkeuring van het uitkeringsbesluit wanneer een bestuurder ook aandeelhouder is, baseren hun visie op de zienswijze dat de goedkeuring geen besluit is, althans niet als zodanig kan worden beschouwd, nu er geen discretionaire ruimte aan het bestuur wordt gelaten, ertoe leidend dat de bestuurder bij zijn afweging het vennootschappelijk belang in eigenlijke zin niet kan meewegen.⁵¹ De formulering leidt tot de conclusie dat het bestuur in feite altijd tot uitkering van het door de aandeelhouders besloten dividend behoort over te gaan, tenzij kan worden aangetoond dat, na de uitkering, de BV continuïteitsproblemen zal hebben binnen de relevante periode van ongeveer een jaar na de uitkering. Anderen zijn van mening dat er in deze omstandigheden wel sprake is van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder die ook aandeelhouder is. Immers, wanneer de goedkeuring door het

⁴⁸ Vgl. art.2: 216 lid 2 BW. Zie over de wettelijke regeling die werd ingevoerd in het kader van de operatie gericht op flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht op 1 oktober 2012. Zie M. en R. Canisius, *Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht*, diss. UM, Nijmeegse serie DI. 127, Deventer, Kluwer 2015.

⁴⁹ Zo'n vorderingsrecht ontstond wanneer de uitkering werd besloten door de aandeelhoudersvergadering binnen de uit de laatst vastgestelde jaarrekening blijken 'vrije ruimte'. Zie bij de NV art.2: 105 BW.

⁵⁰ Art.2: 216 lid 3 BW. In het systeem van de wet moet de bestuurder dus hetgeen hij als uitkering aan aandeelhouders heeft bewerkstelligd terugbrengen in de boedel, waarbij hij een soort van regresvordering krijgt op de aandeelhouders, althans voor zover die (ook) wisten of hadden moeten weten dat de uitkering niet kon plaatsvinden.

⁵¹ Zie Cornelisse, t.a.p. noot 47, p. 218.

bestuur niet wordt verleend ontstaat er geen vorderingsrecht op het dividend bij aandeelhouders, hetgeen dus betekent dat de bestuurder die aandeelhouder is geneigd zou kunnen zijn te besluiten tot de goedkeuring van de uitkering, ook al zou dit besluit in strijd zijn met de vennootschappelijke belangen.

Wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang wordt bij bestudering van de parlementaire geschiedenis niet helder. Het feit dat een bestuurder een eigen belang heeft hoeft, volgens de toelichting, niet te leiden tot de aanname van een tegenstrijdig belang.

*“Daarvan is geen sprake zolang de belangen van de bestuurder parallel lopen met de belangen van de vennootschap. Zo leidt de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst met of het bezit van aandelen in de vennootschap niet automatisch tot een tegenstrijdig belang van de bestuurder. (...) Of sprake is van een tegenstrijdig belang, moet van geval tot geval worden beoordeeld.”*⁵²

Zekerheid kan niet worden verschaft. Wel kan worden opgemerkt dat het de vraag is of de belangen van de bestuurder die ook aandeelhouder is, in dit geval parallel lopen met de belangen van de BV, nu de aandeelhouder bij goedkeuring van het uitkeringsbesluit dividend zal ontvangen, terwijl niet helder is hoe het vennootschappelijk belang wordt gediend wanneer liquiditeiten het vennootschappelijk vermogen als dividend verlaten.

Mijns inziens is het zaak, zeker als adviseur, rekening te houden met het feit dat in deze situatie zeer wel denkbaar is dat een rechter zal komen tot de conclusie dat er sprake is van een tegenstrijdig belang besluit dat kan worden vernietigd op grond van art.2: 15 BW, ten gevolge waarvan de basis aan de dividenduitkering komt te ontvallen en een vordering uit onverschuldigde betaling tegen de aandeelhouders die het dividend ontvingen kan worden ingesteld. Wanneer hierdoor schade ontstaat voor de vennootschap zal de bestuurder, die besloot met een tegenstrijdig belang, voor die schade aansprakelijk kunnen worden gesteld.⁵³

14. De bestuurder die het uitkeringsbesluit goedkeurt heeft een tegenstrijdig belang; de eerste situatie

Wanneer wij uitgaan van het in deze omstandigheden ontstaan van een tegenstrijdig belang, is het interessant om aan twee situaties te denken. De eerste is die, waarin een DEA besluit tot een pittig

⁵² Tweede Kamer 2008-2009, 31763 nr.3, p. 11/12.

⁵³ Die aansprakelijkheid voor de ontstane schade zal dan in ieder geval gebaseerd kunnen worden op de regeling van de interne aansprakelijkheid van art.2: 9 BW, welke actie, als bekend, ook door de curator kan worden ingesteld in geval van faillissement, handelend als vertegenwoordiger van de gefailleerde BV. Overigens zou ik willen aannemen dat, wanneer gebruikmakend van de regeling in art.2: 216 lid 1 BW het besluit tot het uitkeren van dividend statutair aan het bestuur zou worden toegekend, de bestuurder die tevens aandeelhouder is, niet beperkt wordt in zijn beslissingsbevoegdheid door de regeling van het tegenstrijdig belang. Dat standpunt lijkt mij te kunnen worden gebaseerd op het feit dat besluitvorming over een dividenduitkering niet leidt tot het ontstaan van een vordering van aandeelhouders. Daarvoor is immers nodig dat het bestuur formeel zou besluiten tot goedkeuring van haar eigen uitkeringsbesluit. Dat die twee rollen in die omstandigheden toch worden onderscheiden, dus het bestuur handelend op basis van een gedelegeerde aandeelhoudersbevoegdheid, waarna een formele goedkeuring moet volgen van dat besluit, is niet gek wanneer men zich realiseert dat, wanneer een DEA tot een uitkering besluit, het gaat om een aandeelhoudersbesluit dat vervolgens goedkeuring behoeft van het bestuur, dat door dezelfde persoon wordt gevormd.

dividend.⁵⁴ Als gezegd creëert dit aandeelhoudersbesluit in het BV-recht geen vorderingsrecht voor de aandeelhouder op de vennootschap, nu hiervoor goedkeuring van het uitkeringsbesluit noodzakelijk is. De bestuurder die enig aandeelhouder is dient zich, in deze opvatting, te realiseren dat er sprake is van een tegenstrijdig belang besluit. Aannemende dat er geen RvC binnen de BV is ingesteld moet het goedkeuringsbesluit worden genomen door de aandeelhoudersvergadering. In deze omstandigheden lijkt mij wijs om het uitkeringsbesluit door de aandeelhoudersvergadering in de volgende sfeer te formuleren: “Hierbij besluit ik als enig aandeelhouder in de BV Y tot uitkering van een dividend van X, waarbij ik, gegeven het feit dat het besluit tot goedkeuring op grond van de wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang in casu niet kan worden genomen door het bestuur, als aandeelhouder(svergadering) tevens besluit tot goedkeuring van de uitkering.”⁵⁵

Stel dat de DEA het goedkeuringsbesluit in zijn hoedanigheid van aandeelhouder neemt en vervolgens in zijn hoedanigheid van bestuurder goedkeurt, blijkend uit het feit dat hij het dividend betaalbaar stelt. En stel vervolgens dat de uitkeringstest niet correct is gedaan en de vennootschap ten gevolge van de uitkering omvalt. In dat geval zou de curator het goedkeuringsbesluit kunnen vernietigen waardoor de DEA, in hoedanigheid van bestuurder, aansprakelijk zou worden voor het terugbrengen in de boedel van de door hem uitgekeerde dividenden. Maar het correct besluiten in zijn hoedanigheid van aandeelhouder tot het goedkeuren van het uitkeringsbesluit zou in dat geval ook leiden tot zijn aansprakelijkheid voor hetzelfde bedrag, maar nu in zijn hoedanigheid van aandeelhouder in de BV. Effectief zou het gevolg in beide situaties hetzelfde zijn. De DEA moet het ontvangen dividend met rente terugstorten in de boedel.

Is het dan onzin om, uitgaande van de veilige aanname dat er sprake is van een tegenstrijdig belang bij goedkeuring van het uitkeringsbesluit, het traject formeel goed vorm te geven als hierboven geschetst? Dat lijkt mij niet steeds het geval te zijn omdat de consequentie voor de DEA effectief hetzelfde is als achteraf komt vast te staan dat de goedkeuring van het uitkeringsbesluit op basis van de uitkeringstest niet had mogen plaatsvinden. De zaak zou immers geheel anders liggen wanneer het faillissement van de BV niet wordt veroorzaakt door de uitkering, maar door een calamiteit die niets met die uitkering te maken heeft. Alsdan zou de curator het besluit tot goedkeuring van het uitkeringsbesluit kunnen vernietigen op grond van art.2: 15 BW, waardoor de bestuurder die met een tegenstrijdig belang tot de goedkeuring van het uitkeringsbesluit besloten heeft, verantwoordelijk en aansprakelijk zou worden voor het terugbrengen van de uitkering die aan de aandeelhouder heeft plaatsgevonden. Wanneer echter het traject met het oog op het tegenstrijdig belang correct zou zijn afgelegd op boven geschetste wijze, zou de curator in deze situatie geen grond hebben om de bestuurder aansprakelijk te stellen op grond van art.2: 216 lid 3 BW nu de uitkering op dat moment goed mogelijk was, terwijl ook het besluit tot goedkeuring van de uitkering niet zou kunnen worden vernietigd vanwege een tegenstrijdig belang, waardoor de DEA niet aansprakelijk kan worden gesteld, noch als bestuurder, noch als aandeelhouder.

⁵⁴ Deze situatie doet zich vaak voor in het MKB. In 2008 bleek 70% van de toen aanwezige ongeveer 600.000 BV's een DEA-situatie te zijn. Inmiddels staat de teller van het aantal BV's op ruim 900.000. Het lijkt niet onaannemelijk dat er nog steeds in zo'n 70% van de gevallen sprake is van een DEA-situatie. Of dit ook zo is zou eenvoudig te controleren zijn, ware het niet dat de Kamer van Koophandel een voor wetenschappers onbetaalbare fee berekend voor de te plegen 'computer run'.

⁵⁵ Hieraan zou kunnen worden toegevoegd 'op basis van de uitkomsten van de door het bestuur afgelegde uitkeringstest in de zin van art.2: 216 Lid 2 BW.'

Vanuit dit perspectief valt er in de DEA-situatie veel voor te zeggen zekerheidshalve te acteren op basis van de aanname dat er sprake is van een tegenstrijdig belang.

15. De tweede situatie.

De tweede situatie is die waarin de enig bestuurder van een BV tevens een minderheidspakket aandelen in de vennootschap houdt. Wanneer de aandeelhoudersvergadering, eventueel onder onthouding of tegenstemmen van de aandeelhouder die ook de bestuurder is, besluit tot een stevige dividenduitkering, zal de bestuurder vervolgens moeten besluiten tot goedkeuring van de uitkering. Hij zal die goedkeuring verlenen wanneer zijn onderzoek aangeeft dat de vennootschap binnen een termijn van ongeveer een jaar geen continuïteitsproblemen zal ondervinden als gevolg van de uitkering. Maar ook hier dient veiligheidshalve te worden aangenomen dat er sprake is van een tegenstrijdig belang besluit, nu zijn goedkeuring zou leiden tot het ontvangen van een (vordering op een) evenredig deel van het dividend door hem als aandeelhouder. Dus ook hier zal de bestuurder zich van besluitvorming over de goedkeuring van de uitkering moeten onthouden, en zal het besluit tot goedkeuring, tenzij statutair anders bepaald, moeten worden genomen door de aandeelhoudersvergadering. Ook hier dreigt immers een aansprakelijkheidsgevaar, niet zozeer wanneer de uitkering leidt tot de situatie waarin niet meer kan worden voldaan aan voorzienbaar opeisbare vorderingen, want dat risico is er in alle gevallen, maar met name wanneer de vennootschap na de uitkering faillieert door een andere oorzaak dan die uitkering. Ook dan zal de curator het besluit tot goedkeuring van de uitkering door het bestuur, op grond van de tegenstrijdig belang regeling, kunnen vernietigen, met alle gevolgen van dien.

16. Alle bestuurders besmet terwijl er een RvC is ingesteld.

Wanneer in de BV een RvC is ingesteld en alle bestuurders zijn besmet met een tegenstrijdig belang, dwingt, in de aanname dat het goedkeuringsbesluit een tegenstrijdig belang besluit is wanneer de bestuurder(s) ook aandelen houd(t)en, de wettelijke regeling tot besluitvorming door de RvC. Dat kan, afhankelijk van de bemensing door de RvC, tot problemen leiden. In mijn inleiding op het congres gaf ik het voorbeeld waarin een maatschappelijk georiënteerde DEA een RvC heeft ingesteld, niet zo zeer als toezichthouder –de RvC heeft in een DEA situatie immers geen serieuze toezichthoudende taak⁵⁶– maar als klankbord voor de sturing van zijn organisatie. In dat verband heeft hij gekozen voor een samenstelling met de dominee, de pastoor, de rabbijn en de moefti.

Wanneer in deze casus de aandeelhouder besluit tot een dividenduitkering, zal de RvC dit uitkeringsbesluit moeten goedkeuren, wil uitkering mogelijk zijn. Dit leidt tot de situatie waarin de schriftgeleerden een uitkeringstest zullen moeten verrichten waarna het gewogen besluit moet worden genomen tot het al dan niet uitkeren van dividend.

In dit geval zullen de commissarissen niet door diepgevoelde vreugde worden overmand. Ook al niet omdat, wanneer men de bestuurder vraagt om de uitkeringstest te verrichten, de reactie is dat hij zich, op basis van de wettelijke regeling, moet onthouden van beraadslaging over het

⁵⁶ Zie C.A. Schwarz, *TvOB* 2013-6, p. 186 e.v.

goedkeuringsbesluit, terwijl zeer verdedigbaar is dat het betrokken zijn bij de uitkeringstest daaronder moet worden begrepen. In de praktijk blijken accountants ook niet erg genegen tot het verrichten van een uitkeringstest, zeker niet als in de loop van het boekjaar al dividenduitkeringen hebben plaatsgevonden, zulks in verband met het beklemmend aansprakelijkheidsperspectief dat zich in de rechtspraak voor de accountant ontwikkelt.⁵⁷ Wanneer de commissarissen besluiten tot het goedkeuren van het uitkeringsbesluit en de uitkering ook doen plaatsvinden, maar de vennootschap blijkt die uitkering niet te kunnen dragen, zullen commissarissen aansprakelijk worden voor het terugbrengen in de boedel van het uitgekeerde bedrag verhoogd met de wettelijke rente over dit bedrag. Deze aansprakelijkheid lijkt mij naar huidig recht te kunnen worden gebaseerd op het feit dat de commissarissen, bij het bewerkstelligen van de dividenduitkering, een daad van bestuur verrichten.⁵⁸ Weliswaar is, naar de letter der wet, de regeling niet van toepassing, nu deze situatie niet statutair zal zijn voorzien en er ook geen sprake is van een besluit van de algemene vergadering dat commissarissen bevoegd maakt, maar ik zou menen dat de van overeenkomstige toepassing van deze bepaling voor de hand ligt, nu er immer sprake is van het verrichten van een daad van bestuur, daar waar het besluit een direct extern effect genereert, te weten de betaalbaarstelling van het dividend dan wel het ontstaan van de dividendvordering bij de aandeelhouder.⁵⁹ Daarbij komt dat de ratio van de regeling is gelegen in het creëren van aansprakelijkheid als bestuurder voor die gevallen waarin een niet-bestuurder bevoegd is tot het verrichten van bestuurshandelingen, waarbij vooral werd gedacht aan het vertegenwoordigen door de RvC in gevallen van een tegenstrijdig belang van een bestuurder onder het oude recht.⁶⁰

De rol van art.2: 151 en 261 BW is, volgens de wetgever, thans uitgespeeld. Overwogen wordt dat deze bepalingen dan ook kunnen vervallen nu zij slechts van belang waren bij vertegenwoordiging door anderen dan bestuurders in de oude regeling van het tegenstrijdig belang⁶¹, alsook in gevallen van belet of ontstentenis van bestuurders.⁶² Met name lijkt uit de eerste overweging te kunnen worden afgeleid dat bedoelde artikelen onder de huidige regeling van het tegenstrijdig belang niet meer zouden gelden wanneer, op basis van die regeling, anderen dan bestuurders daden van bestuur verrichten. Als aangegeven deel ik deze visie, als het dat al zou zijn, niet. Ik zou menen dat juist in gevallen als het onderhavige die regeling nodig blijft om de aansprakelijkheid van commissarissen te

⁵⁷ ECLI:NL:HR:2010:BM1688. Zie NJ 2012,194.

⁵⁸ Zie art. 251 en 261 BW. Het gaat hier, zo lijkt mij, om een besluit van de RvC tot goedkeuring van de uitkering en dus ook tot betaalbaarstelling van dat dividend, dus niet om het goedkeuren van een bestuurshandeling of het daartoe machtigen in de zin van het tweede lid. Wanneer betaling van de dividendvordering later zou plaatsvinden zou het bestuur in beginsel opnieuw moeten besluiten over de vraag of de uitkering kan plaatsvinden, waarbij in theorie het hele circus weer opnieuw zou moeten beginnen.

⁵⁹ En wanneer men al van mening zou zijn dat dit artikel niet de basis voor aansprakelijkheid van commissarissen zou kunnen vormen, zou een andere grondslag voor die aansprakelijkheid gelegen zijn in het bepaalde in art.2: 216 lid 4 BW, nu goed verdedigbaar is dat in deze gevallen de commissarissen het dividendbeleid van de vennootschap mede hebben bepaald als ware zij bestuurders.

⁶⁰ Zie Dortmund, Handboek NV en BV nr.263. De ratio leges was dat personen die bevoegdelijk, waartoe een bevoegdheid, in casu zelfs verplichting, om te besluiten dwingendrechtelijk uit de wet voortvloeiend mijns inziens zeker dien te worden begrepen, moet leiden tot een aansprakelijkheid die in een vergelijkbaar geval de bestuurder zou treffen.

⁶¹ Zie de artt. 156 en 246 BW (oud) die in geval van een tegenstrijdig belang de vertegenwoordigingsbevoegdheid ontnamen aan bestuur en bestuurders, tenzij statutair anders bepaald, waarbij die bevoegdheid vervolgens kwam te berusten bij commissarissen of bij een bijzonder vertegenwoordiger die werd aangewezen door de aandeelhoudersvergadering.

⁶² Wetsvoorstel BTR, 2015-2016, 34491 nr.3, p.13.

bepalen, tenzij die aansprakelijkheidsnorm in de wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang zou worden opgenomen.⁶³

Ik zou menen dat deze situatie te allen tijde vermeden zou moeten worden nu het hier situaties betreft waarmee een RvC niet behoort te worden geconfronteerd. De oplossing is om statutair te voorzien in een belet- of ontstentenis regel, waarbij, voor het geval men van mening zou zijn dat het ontstaan van een tegenstrijdig belang niet van nature onder het begrip belet of ontstentenis begrepen wordt, met zoveel woorden wordt bepaald dat de situatie van een tegenstrijdig belang van een bestuurder kwalificeert als een situatie van belet. In dat geval zal er immers steeds een beletbestuurder kunnen optreden, waardoor de taak tot besluitvorming in dit kader niet bij de commissarissen komt te liggen. De wettelijke regeling voorziet thans in een verplichting om statutair bij NV en BV te voorzien in een regeling van belet of ontstentenis van één of meer bestuurders.⁶⁴ Deze regeling wordt enigszins gewijzigd in de algemene regeling van belet en ontstentenis als voorzien voor alle rechtspersonen in het wetsvoorstel BTR. Aldaar wordt bepaald dat de statuten voorschriften moeten bevatten: *‘ omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van elk van de bestuurders (onderstreping. CAS). ’* Vervolgens bepaalt de regeling dat in die situatie degene die op basis van de statutaire regeling is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, voor wat betreft deze bestuursdaden, met een bestuurder wordt gelijkgesteld.⁶⁵

Mijns inziens heeft de wetgever de samenhang tussen de nieuwe regeling van het tegenstrijdig belang en de regeling van belet of ontstentenis niet voldoende voorzien, wellicht vanwege het feit dat in de tegenstrijdig belangregeling een keurige voorziening is gegeven met betrekking tot de vraag wanneer zich een tegenstrijdig belang voordoet en wie bevoegd wordt te besluiten wanneer alle bestuurders met een tegenstrijdig belang besmet zijn, en vanwege het feit dat de wetgever zich niet bewust is geweest dat in dit geval de besluitvorming een direct extern effect heeft, nl. het ontstaan van het vorderingsrecht voor aandeelhouders.

Wanneer, zoals ik voorstel, gebruikmakend van deze regeling wordt vermeden dat commissarissen aansprakelijk worden wanneer zij het uitkeringsbesluit goedkeuren in geval van een volledige besmetting van het bestuur, zal voor dit punt een expliciete regeling in de statuten moeten worden opgenomen, aangevende dat in dat geval sprake is van belet, op welk moment direct de reeds aangewezen beletbestuurder actief wordt, dan wel de algemene vergadering kan besluiten tot aanwijzing van een beletbestuurder in het kader van het nemen van dat besluit. De consequentie is, zo lijkt mij, in huidig en komend recht gelijk, te weten dat degene die deze daad van bestuur verricht aansprakelijk wordt als (ware hij de) bestuurder (die hetzelfde besluit neemt).

17. De problematiek in de situatie van een unitary board

Ingeval van inrichting van de vennootschap op basis van een unitary board structure, komt de vraag op of het aansprakelijkheidsrisico voor de niet-uitvoerend bestuurder met een uitsluitend

⁶³ Ook Huizink meent dat er gevallen denkbaar zijn die het belang van handhaving van deze bepalingen rechtvaardigen. Zie Preadvies Vereniging Handelsrecht 2016, p.22

⁶⁴ Art. 134 en 244 lid 4 BW.

⁶⁵ Het betreft het voorgestelde art.2: 9 lid 6 BW

toezichthoudende taak anders ligt. Waar, in de casus als hierboven aan de orde, de belangen van de commissarissen kunnen worden beschermd door, in geval van een volledig met een tegenstrijdig belang besmet bestuur, statutair een belet bestuur(der) aan te (doen) wijzen, lijkt zulks niet mogelijk wanneer alle uitvoerende bestuurders wel, en de niet-uitvoerend bestuurders niet met een tegenstrijdig belang besmet zijn. Uitgangspunt van de regeling van het tegenstrijdig belang is immers dat alleen de bestuurders met een tegenstrijdig belang niet mogen deelnemen aan de beraadslagingen en de besluitvorming, terwijl de overige bestuursleden in positie blijven. Dat zou dus in deze casus betekenen dat de toezichthouders in de unitary board, voor zover die geen tegenstrijdig belang hebben, moeten besluiten over de goedkeuring van het uitkeringsbesluit.

Ik zou menen dat ook in dit geval de toezichthouders niet met de besluitvorming moeten worden opgezadeld. Het lijkt aanbevelenswaardig om ook in deze bestuursstructuur te bepalen dat, wanneer een bestuurder met een tegenstrijdig belang is besmet, in de statuten een beletregeling wordt opgenomen die ertoe leidt dat in zo'n geval de besluitvorming wordt overgenomen door een daartoe door bijvoorbeeld de aandeelhoudersvergadering (al dan niet tevoren) aangewezen beletbestuurder. Dit is onder het huidig recht mogelijk en nuttig, bijvoorbeeld bij de vormgeving van een joint-venture (bestuur) in gevallen waarin bestuurders worden benoemd die (ook) over bijzondere, voor de leiding van de onderneming onmisbare, kennis beschikken. In die situaties is het wenselijk dat, ingeval van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder, de betrokken joint-venture partner direct een beletbestuurder met de vereiste deskundigheid kan benoemen om op die wijze de balans en de noodzakelijke kennis in het bestuur te handhaven.

Er ontstaat echter twijfel of, naar komend recht, op deze wijze de belet- of ontstentenisvoorziening kan worden benut. In de toelichting op het nieuw voorgestelde art. 2:9 lid 6 BW staat een tekst die in dit verband vragen oproept⁶⁶:

“Aangezien de tegenstrijdig-belangregeling voor de NV en de BV sinds 2013 niet meer uitgaat van een ‘vertegenwoordigingsregel’, zijn de bepalingen (gedoeld wordt op de artt. 2:151 en 261 BW, CAS) nu alleen nog van belang in het kader van ontstentenis of belet. De regel wordt daarom met dit voorstel toegevoegd aan de algemene regeling voor ontstentenis en belet van bestuurders. De formulering van de regel is daarbij aangepast om tot uitdrukking te brengen dat het toepassingsbereik van de regel beperkt is tot gevallen van ontstentenis of belet van elk van de bestuurders. In de gevallen waarin er slechts ten aanzien van een deel van de bestuurders sprake is van ontstentenis of belet, kunnen de nodige bestuurshandelingen verricht worden door de overige bestuurders. Hiermee wordt voorkomen dat derden, zonder dat toepassing wordt gegeven aan de wettelijke en statutaire besluitvormingsregels en waarborgen voor de benoeming van een bestuurder, feitelijk voor enige tijd deel kunnen uitmaken van het bestuur. Voor de gevallen dat er slechts ten aanzien van een deel van de bestuurders sprake is van ontstentenis of belet, kan in de statuten bijvoorbeeld geregeld worden dat de resterende bestuurders bepaalde bestuurshandelingen vooraf voor advies dienen voor te leggen aan een bepaalde derde, of dat de resterende bestuurders voor bepaalde besluiten vooraf goedkeuring dienen te krijgen van de raad van commissarissen.”

Bij bestudering van deze tekst ontstaat de indruk dat het in de toekomst niet meer mogelijk zou zijn om bij belet of ontstentenis van één van de bestuurders een vervanger aan te wijzen. Deze uitleg zou een onverdedigbare inbreuk op de huidige praktijk vormen en overigens ook strijdig zijn met de tekst

⁶⁶ Wetsvoorstel BTR, 2015-2016, 34491 nr.3, p.13.

van de voorgestelde wettelijke regeling in art. 2:9 lid 6 BW, waarin staat dat de statuten voorschriften kunnen bevatten “(...) *voor het geval van ontstentenis of belet van een of meerdere bestuurders.*” Zou de zinsnede in de geciteerde toelichting “(...) *dat het toepassingsbereik van de regel beperkt is tot gevallen van ontstentenis of belet van elk van de bestuurders*” dan proberen uit te drukken dat alleen wanneer het gehele bestuur door de beletbestuurder wordt ‘waargenomen’, er sprake is van een situatie waarin de beletbestuurder voor de door hem verrichte bestuursdaden met een bestuurder wordt gelijkgesteld? Ook deze uitleg lijkt niet voor de hand te liggen, omdat dit met zich zou brengen dat de ‘waarnemer’ bij belet of ontstentenis van slechts één van de vijf bestuurders, wat zijn rechten en verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en derden betreft, niet als bestuurder zou worden aangemerkt. De vraag zou dan zijn waarop diens aansprakelijkheid, met name tegenover derden, zou moeten worden gebaseerd.

Kortom en in conclusie: de exegese van de toelichting brengt geen helderheid. Ik zou graag willen aannemen dat een statutaire belet- of ontstentenisregel steeds kan worden ingezet ter vervanging van één of meerdere bestuurders en dat, ook als de beletbestuurder niet het gehele bestuur ‘waarneemt’, hij bij schending van zijn verplichtingen tegenover de vennootschap of derden, steeds als bestuurder wordt aangemerkt. Gebruikmakend van deze mogelijkheid zou, ook in de unitary board situatie, de positie van de toezichthouders in geval van tegenstrijdig belang van de uitvoerend bestuurders, goed beschermd kunnen worden.

Leiden, 6 januari 2017.

Kid Schwarz.

Kid Schwarz is als hoogleraar Ondernemingsrecht verbonden aan de Erasmus School of Law te Rotterdam, en aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht. Hij is partner bij BakerTillyBerk.

Het nieuwe BV-recht, gezien vanuit erfrechtelijk perspectief.

Prof.mr. C.A. Schwarz, Hoogleraar Handels- en Ondernemingsrecht Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Maastricht.

Inleiding.

Mij viel het genoeg ten deel om te mogen spreken op het landelijk notarieel studentencongres dat op 18 april j.l. te Nijmegen werd gehouden. De opdracht was te verhalen over de relatie tussen erfrecht en vennootschapsrecht. Ik besloot met name in te gaan op het nieuwe BV-recht en de mogelijkheden die daar geboden worden om te komen tot optimalisering van de structuur van opvolging in het familiebedrijf.

Op 1 oktober 2012 werd het BV-recht ingrijpend gewijzigd¹. Er kwam een einde aan een periode van ruim veertig jaar waarin de BV feitelijk een kopie was van de NV, waarbij de wettelijke kenmerken van die BV werden gezocht in het feit dat er geen aandelen aan toonder werden uitgegeven, terwijl de aandelen niet vrijelijk overdraagbaar mochten zijn². Bij de recente wijziging van het BV-recht werd de concordantie met het NV-recht doorbroken en waardoor de BV nu een eigen regeling kent die de mogelijkheden voor flexibele inrichting, in verhouding tot de NV, krachtig vergroot. Sindsdien kan binnen de BV oneindig worden genuanceerd in het toekennen van zeggensmacht en vorderingsrechten aan aandelen, ook bij gelijke nominale waarde en zelfs tussen aandelen van één soort. Ook kunnen aandelen zonder stemrecht of zonder winstrecht worden uitgegeven en kan een aandeel worden gecreëerd dat onoverdraagbaar is. Een ander belangrijk verschil met de regeling van de NV is, dat sinds 1 oktober 2012 de regels van kapitaalbescherming in het BV-recht zijn geschrapt. Dat was ook goed mogelijk nu de 2^e Europese Harmonisatierichtlijn Vennootschapsrecht, die ons het kapitaalbeschermingsrecht bracht³, slechts van toepassing was op de NV en dus onverplicht in het BV-recht werd ingevoerd. Die onverplichte invoering, waarbij het minimumkapitaal van € 18.000 voor de BV werd ingevoerd, alsook allerlei andere voor de praktijk lastige bepalingen⁴, maakte de BV, in de ogen van de wetgever van 2012, onaantrekkelijk voor de consument van die rechtsvorm, en werden geschrapt.

In mijn inleiding te Nijmegen heb ik gezien hoe de nieuwe mogelijkheden die het BV-recht thans biedt, kunnen worden benut bij de problematiek van opvolging in het familiebedrijf. Op verzoek van de organisatie heb ik enkele van deze overpeinzingen aan het papier toevertrouwd.

¹ De Wet Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (Kamerstukken 31058, Stb.2012,299) en de Invoeringswet Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (Kamerstukken 32426, Stb.2012, 300) traden op die datum in werking.

² Vgl art.2: 175 en 195 BW (oud).

³ De meest recente versie is Directive 2012/30 O.J.Eur.Comm. (nr. L315)74(2012).

⁴ Men denke aan de 'nachgründungsregeling' van art.2: 204c BW (oud) en het verbod van financiële assistentie van art.2: 207c BW (oud).

Opvolging in het familiebedrijf.

Het familiebedrijf wordt terecht gezien als de spil van de Nederlandse economie. De Nederlandse welvaart is in hoge mate verknoopt met de activiteiten van, en met name ook de werkgelegenheid binnen, de 600.000 BV's waarin een belangrijk deel van het MKB is gestructureerd. Waar ik mij minder comfortabel bij voel is de, veelal aansluitend op deze waarneming geuite, visie dat de kracht van het MKB gelegen zou zijn in die familieondernemingen omdat daarin eenheid de standaard is, de familie steeds gezamenlijk optrekt en er slechts naar de lange termijn wordt gekeken, dat het model van financiering daar per definitie geheel op is afgestemd en dat in het familiebedrijf dan ook nooit dividend wordt uitgekeerd. In de praktijk zie ik over het algemeen een sterk van dit ideaalbeeld afwijkend beeld, waarin ruziënde aandeelhouders elkander met scherpe voorwerpen achternazitten en waar uitbundig wordt geprocedeerd tussen aandeelhouders die zich diep in de loopgraaf van het eigen gelijk hebben ingegraven.

Ik geef direct toe dat dit een vertekend beeld is nu de jurist helaas vaak bij het samenwerkingsverband wordt betrokken als de ruzie in volle hevigheid is uitgebroken, maar moet toch constateren dat een al te zonnige blik op de kracht van de familierelatie kan leiden tot slecht georganiseerde samenwerkingsverbanden waarin, proactief, vaak niets is geregeld voor het geval de warme familiebanden verkillen. Er rust mijns inziens dan ook een belangrijke taak op de ondernemersadviseur, om de cliënt te wijzen op de noodzaak vóóraf regelingen te ontwerpen die voorkomen dat de vennootschap, bij spanningen in de familie, schade lijdt of zelfs direct stil valt vanwege verlamningsverschijnselen.

Een en ander lijkt vooral te maken te hebben met het feit dat ondernemers hun vermogen veelal voor het overgrote deel hebben zitten in de aandelen in het familiebedrijf, hetgeen er toe leidt dat de nalatenschap vaak voor het grootste deel uit aandelen bestaat. Het vererven van aandelen brengt in beginsel zeggenschap met zich mee in de aandeelhoudersvergadering, bij welk orgaan de essentiële macht binnen de vennootschap berust. De aandeelhoudersvergadering gaat immer over alle belangrijke besluiten, zoals de benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen⁵, alsook over de vaststelling van de jaarrekening en de vraag of er uitkeringen aan aandeelhouders worden gedaan⁶. Andere dwingendrechtelijk aan de aandeelhoudersvergadering toekomende bevoegdheden zijn die tot wijziging der statuten⁷ en tot ontbinding van de vennootschap. De aandeelhouders zijn, als het ware, de goden van de rechtspersoon. Ze hebben de macht in de vennootschap, gaan over de financiering van de activiteiten, over aard en karakter van de rechtspersoon, alsook over leven en dood van de rechtspersoon. Andere essentiële bevoegdheden

⁵ Vgl. de art.2: 242 en 244 BW. Benoeming en ontslag van bestuurders berust bij een structuurvennootschap, waarin steeds een raad van commissarissen moet worden ingesteld, niet bij de aandeelhouders maar bij die RvC, terwijl commissarissen worden benoemd door de aandeelhoudersvergadering. In het structuurmodel is ontslag van individuele commissarissen door de aandeelhoudersvergadering niet mogelijk. Bij disruptieve verschillen van inzicht tussen management en toezicht rest binnen de structuurvennootschap slechts het paardenmiddel van het opzeggen van vertrouwen in alle commissarissen, leidend tot het ontslag van alle commissarissen en benoeming van nieuwe commissarissen door de Ondernemingskamer (van het Gerechtshof te Amsterdam). Zie art.2: 271a BW.

⁶ Art.2: 216 BW

⁷ Art.2: 231 BW

binnen de BV, zoals die tot uitgifte van nieuwe aandelen⁸, zijn, tenzij statutair anders is bepaald, ook in handen van de aandeelhouders en tenslotte bepaalt de wet dat alle bevoegdheden die niet door wet of statuten aan een ander orgaan zijn toebedeeld, bij de aandeelhoudersvergadering berusten⁹.

Twee casusposities.

Laten we aannemen dat de ondernemer bij zijn overlijden vier kinderen achterlaat, zijnde drie broers en zus Greet. Wanneer, zoals niet ongebruikelijk en veelal, gegeven de samenstelling van de nalatenschap, onvermijdelijk, alle kinderen voor een kwart aandeelhouder in de vennootschap zijn geworden, is de kans op familiale spanningen groot. Dat zal vooral aan de orde zijn wanneer slechts één van de kinderen in het bestuur van de BV betrokken is en de andere uitsluitend de rol van aandeelhouder vervullen. Hieronder zal naar deze situatie worden verwezen als “Situatie I”. In dat geval is de bestuurder, en laten we aannemen dat dat Greet is, in hoge mate afhankelijk van haar broers, die als aandeelhouders met argusogen kijken naar de performance van het bestuur, het honoreringsniveau van het bestuur en de mogelijkheden tot uitkering van dividend. Maar ook wanneer alle kinderen zowel aandeelhouder als bestuurder zijn (“Situatie II”), is de kans op ongelukken groot. Vader waant meestal al zijn kinderen arend en ziet voor hen allen een belangrijke rol binnen de aandeelhoudersvergadering en het bestuur weggelegd. In de praktijk ontstaan ook in deze situatie vaak ruzies die leiden tot het ontslag van één van de aandeelhouders als bestuurder. Het is daarom van groot belang de zaken tevoren goed te regelen en te voorkomen dat een onderneming schade lijdt doordat de aandeelhouders ruziënd over straat gaan. Hieronder zal, als eerder aangekondigd, vooral worden gekeken naar de mogelijkheden die het nieuwe recht biedt in het kader van het optimaliseren van het opvolgingsmodel in deze twee situaties.

Zeggenschap en continuïteit; ‘principal-agent’ problemen

Wanneer Pa geconfronteerd wordt met de situatie waarin slechts één van de kinderen (Greet) bereid en in staat is op te volgen en de andere drie alleen aandeelhouder zullen worden (Situatie I), moet hij rekening houden met de gegeven spanning in de relatie aandeelhouder en bestuur. In Situatie I is de bestuurder minderheidsaandeelhouder en mag verschil van inzicht verwacht worden tussen bestuur en aandeelhouders, in welk geval de bestuurder steeds wordt geconfronteerd met een driekwart meerderheid in de aandeelhoudersvergadering die, als gezegd, de doorslaggevende macht in de BV heeft.

De spanning die tussen aandeelhouders en bestuurder aanwezig is wordt door rechtseconomen wel geduid als één van de binnen de BV te identificeren ‘principal-agent’ problemen. In dit kader gelden allerhande theorieën, maar een veel gehanteerde is die waarin de aandeelhouders gezien worden als de eigenaar in economische zin van de onderneming die de BV in stand houdt, dus vanuit dat perspectief worden beschouwd als ‘principals’. In juridische zin is de onderneming die door de BV in stand wordt gehouden eigendom van de rechtspersoon, die wordt bestuurd door de bestuurder, die in dit verband wordt geduid als de ‘agent’ van de aandeelhouders. De spanning die tussen

⁸ Art.2: 206 BW

⁹ Art.2: 217 BW

aandeelhouders en bestuurders aanwezig is heeft te maken met de economische strevingen van beide categorieën betrokkenen bij de vennootschap, die bij analyse nogal haaks op elkaar blijken te staan. Het economisch streven van de aandeelhouder is immers een zo groot mogelijke 'return on investment', dus grote dividendstromen en/of een hevige toename van de waarde van de aandelen, terwijl, in die economische benadering, het belang van de bestuurder is gelegen in riante beloning, stevige bonussen, mooie optieregelingen en luxe automobielen alsook een grote maatschappelijke status, en zulks bij een per definitie sub-optimale performance van de bestuurder. We zien in deze gechargeerde schets dat de economische belangen diametraal tegenover elkander staan. Immers, naarmate de bestuurder zijn behoeften beter kan bevredigen zal de beloning van aandeelhouders geringer zijn en omgekeerd. Deze situatie noopt, en dat is algemeen aanvaard, de kapitaalverschaffer zijn principal-agent relatie met het bestuur te managen, bijvoorbeeld door een scherpe toezichtstructuur op het bestuur te creëren (denk aan instelling van aandeelhouderscommissies of een Raad van Commissarissen, men spreekt in dit verband van 'monitoring instrumenten'). Een andere mogelijkheid is te streven naar parallelle van belangen van aandeelhouders en bestuurders, bijvoorbeeld door het salaris van bestuurders in hoge mate afhankelijk te maken van de in de onderneming gegenereerde winst, dan wel door het creëren van 'alignment' door bestuurders optieregelingen toe te kennen, waardoor zij ook een aandeelhoudersbelang krijgen (men spreekt in dit verband wel van 'bonding')¹⁰.

Wanneer Pa zijn aandelen in gelijke mate aan zijn kinderen doet toekomen terwijl die kinderen ook allen in de directie vertegenwoordigd zijn, hebben we te maken met Situatie II en een optimistisch erflater. Wanneer de aandelen vererven aan de drie broers en Greet, terwijl ze vanaf dat moment ook gevierden de directie voeren, wordt er niet alleen een gelijke behandeling en een gelijke beloning via de managementfee gecreëerd, maar is er in theorie ook sprake van een 'alignment of interest' tussen erfgenamen. Op deze wijze zal de hierboven geschetste spanning tussen bestuur en aandeelhouders minder pregnant aan de orde zijn omdat alle aandeelhouders ook bestuurder van de vennootschap zijn en er dus in beginsel geen sprake zal zijn van potentiële spanningen tussen bestuur en aandeelhouders. In de praktijk blijkt succes op de langere termijn ook in deze opzet niet verzekerd. In die praktijk ontstaat regelmatig frictie omdat bijvoorbeeld de broers een ander beeld hebben van de kwaliteiten van Greet dan vader. In dat geval zal de aandeelhoudersvergadering kunnen besluiten tot het ontslag van Greet als bestuurder, die vanaf dat moment geen management fee meer ontvangt en vervolgens aanspraak zal willen maken op een alternatieve geldstroom, te weten een redelijk dividend op het door haar aan de BV ter beschikking gesteld vermogen¹¹. Zij verschaft immers een kwart van dat vermogen. De broers zullen roepen dat zij, net als hun grootvader en vader, ook geen dividend zullen uitkeren en dat zij bovendien gelezen hebben dat het uitkeren van dividend in het familiebedrijf volstrekt ongebruikelijk is.

¹⁰ Een mooi introducerend boek in dit verband: Kraakman e.a., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press 2009.

¹¹ Overigens zou het gevaar hetzelfde zijn in de situatie die in de praktijk regelmatig voorkomt, waarin de aandelen zijn gecertificeerd, terwijl alle kinderen zowel bestuurder van de BV alsook, als certificaathouders, bestuurder zijn in de Stichting Administratiekantoor. In deze situatie zou, in ons voorbeeld, een machtsblok van de drie broers aanwezig zijn in het bestuur van de stichting, waarin wordt besloten over de wijze waarop de stichting in de aandeelhoudersvergadering zal stemmen op de aandelen die zij in de BV houdt. Zie over certificering meer hieronder.

Hieronder zal worden gezien op welke wijze het nieuwe BV-recht kan bijdragen tot een betere beheersing van voorzienbare spanningen bij opvolging in het familiebedrijf in Situatie I en Situatie II.

Benoeming en ontslag van bestuurders is een bevoegdheid van aandeelhouders; certificering van aandelen.

We hebben gezien dat het uitgangspunt van de wet is dat bestuurders te allen tijde kunnen worden benoemd en ontslagen door de aandeelhouders. Dat betekende onder het oude recht dat, in mijn voorbeelden, iedere bestuurder/aandeelhouder als bestuurder steeds a merci is van zijn familieleden, die immers gezamenlijk 75% van de stemrechten in handen hebben en dus steeds kunnen besluiten tot het ontslag van een bestuurder¹². Als gezegd is die kans groot wanneer slechts één van de vier kinderen bestuurder van de BV is, maar ook in situatie II is er een gerede kans op het ontstaan van verschil van inzicht over de kwaliteit van de samenwerking en van het functioneren van individuele bestuurders, leidend tot ontslag van die bestuurder. Vanuit dat perspectief werd vaak gekozen voor certificering van de aandelen.

De gedachte bij deze constructie is de plaatsing van een extra schakel in de relatie tussen de vennootschap enerzijds en de kapitaalverschaffer anderzijds. Deze extra schakel wordt gevormd door het Administratie Kantoor (AK). Ten aanzien van de keuze van de rechtsvorm van het AK is men vrij. Denkbaar is dat een natuurlijk persoon als AK optreedt. Het trieste gegeven dat natuurlijke personen, na verloop van een zekere periode, het tijdelijke voor het eeuwige verwisselen, geeft in de praktijk een duidelijke voorkeur te zien voor de keuze van een rechtspersoon als AK. Al naar gelang het doel dat met de certificering wordt nagestreefd, kan men opteren voor een BV of een vereniging, maar gebruikelijker is de keuze voor de rechtsvorm van de stichting. Dit laatste hangt vooral samen met het feit dat de stichting geen leden kent en er dus ook geen ledensubstraat is dat, krachtens de wet, essentiële bevoegdheden binnen de rechtspersoon heeft. Met name dient hier te worden gedacht aan de bevoegdheid tot benoeming van bestuurders die binnen de Stichting AK, tenzij statutair anders bepaald, door het stichtingsbestuur zelf wordt uitgeoefend. Deze bestuurders vormen, nadat de aandelen bij de stichting zijn ondergebracht, feitelijk de algemene vergadering van de vennootschap, waarvan de aandelen werden gecertificeerd. Het bestuur stemt immers op de aandelen die door de stichting worden gehouden.

De certificering met een stichting als AK geeft het volgende beeld.

Vennootschap ---'1'----Stichting AK ----'2'-----Kapitaalverschaffer

De aandelen worden gehouden door de Stichting AK. Tussen de vennootschap en de stichting bestaat dus een aandeelhoudersrelatie ('1') terwijl de feitelijk kapitaalverschaffer geen aandeelhouder maar certificaathouder wordt. De certificaathouder ontleent zijn rechten aan een overeenkomst ('2') die tussen certificaathouders en de stichting AK tot stand wordt gebracht, welke overeenkomst meestal

¹² Zie art.2: 242 BW (oud). Benoeming en ontslag van bestuurders vond steeds plaats door de aandeelhoudersvergadering.

wordt aangeduid met de naam 'administratievoorwaarden'. In deze overeenkomst wordt altijd geregeld dat alle dividenden die de stichting als aandeelhouder ontvangt direct worden doorbetaald aan de certificaathouders, evenals de opbrengst van de aandelen bij liquidatie van de vennootschap. Op deze wijze worden de zeggenschapsrechten aan het aandeel verbonden en die berusten bij de aandeelhouder/AK, ontkoppeld van de aan het aandeel verbonden vorderingsrechten, die feitelijk bij certificaathouders komen te berusten. Deze situatie kan door Pa, uiteraard voor zijn overlijden, worden gecreëerd door oprichting van de stichting AK met Pa als enig bestuurder, en overdracht van al zijn aandelen in de BV aan die stichting, die als contraprestatie alle certificaten van aandelen aan Pa uitreikt.

Het resultaat van de operatie is dat er economisch gezien geen verschil is tussen deze situatie en die waarin de kapitaalverschaffer rechtstreeks aandelen in de vennootschap houdt. Ook in geval van certificering van aandelen wordt de kapitaalverschaffer/certificaathouder economisch wel beschouwd als eigenaar van de door de vennootschap in stand gehouden onderneming. Bezien vanuit juridisch perspectief ligt de zaak echter geheel anders. De kapitaalverschaffer is immers geen aandeelhouder maar certificaathouder, terwijl de juridische eigendom van de aandelen/het aandeelhouderschap bij het AK is komen te berusten. Voor Pa verandert er in deze situatie feitelijk niets. Als enig bestuurder van de stichting AK oefent hij feitelijk het stemrecht op de aandelen in de BV uit terwijl hij, als enig certificaathouder, recht heeft op ontvangst van dividenden en andere aan de aandelen verbonden vermogensrechten. Het grote voordeel van deze constructie is dat, wanneer Pa het tijdelijke voor het eeuwige heeft verwisseld, er in zijn nalatenschap geen aandelen in de BV worden aangetroffen, doch uitsluitend certificaten van aandelen. En aan die certificaten zijn, zoals zojuist werd geconstateerd, geen stemrechten in de aandeelhoudersvergadering verbonden. Een en ander brengt met zich dat de vennootschap na het overlijden van Pa, niet verscheurd kan worden doordat de erfgenamen naar eigen inzicht het stemrecht op de aandelen kunnen uitoefenen. Het stemrecht op de aandelen blijft immers berusten bij (het bestuur van) de stichting AK. Uiteraard werkt dit instrument slechts dan optimaal wanneer, na het overlijden van Pa, de samenstelling van het bestuur van de stichting goed is doordacht. Want stel dat, zoals in situatie I, Pa heeft bepaald dat zijn kinderen allen 25% van de certificaten van aandelen in de BV zullen erven, maar dat de statuten van de stichting bepalen dat, na het overlijden van Pa, het bestuur wordt gevormd door Greet, die ook bestuurder van de BV wordt. Dan zal het gedaan zijn met de familievrede. Immers, de bestuurder van de BV die tevens enige bestuurder van het AK is, is feitelijk ook de enig aandeelhouder in de BV, terwijl de broers als certificaathouder aan de zijlijn staan. In die gevallen is de kans groot dat het bestuur van de BV, gesteund door het bestuur van de stichting als enig aandeelhouder in de BV, zal besluiten tot het reserveren van alle winsten en het herinvesteren van dat geld in de BV, onder toekenning van een imposante bestuurdersbeloning. De erfgenamen/certificaathouders zullen, wanneer zij zich door dit beleid tekort gedaan voelen, niet anders kunnen dan een beroep doen op de rechter, waarbij overigens een praktisch probleem is dat zij de proceskosten in privé moeten dragen terwijl de BV c.q. diens bestuurder zal procederen op kosten van de BV. Deze statutaire inrichting is derhalve een recept voor ellende.

Benoeming van alle erfgenamen/certificaathouders in het bestuur van de stichting vormt ook geen oplossing, omdat bij te verwachten verschil van inzicht de zaak zal moeten worden uitgevochten binnen het stichtingsbestuur. In de praktijk wordt veelal geadviseerd het bestuur van de stichting AK, na het overlijden van Pa, tripartiet te doen samenstellen, door in de statuten van de stichting te bepalen dat na het verscheiden van Pa er drie bestuurders worden benoemd, één door de BV (dat zal

Greet zijn die zowel certificaathouder als bestuurder van de vennootschap is), één door de certificaathouders (dat zal één van de broers zijn), welke twee bestuursleden gezamenlijk een derde onafhankelijk bestuurder benoemen. In Situatie I wordt op die manier een duurzaam model gecreëerd. Wanneer bestuur en kapitaalverschaffers het met elkaar eens zijn over bijvoorbeeld het reserveringsbeleid, speelt de derde bestuurder geen rol. Maar wanneer er onenigheid ontstaat, bijvoorbeeld over de financiering van de BV uit eigen vermogen of uit vreemd vermogen met uitkering van het eigen vermogen als dividend, zal de derde onafhankelijke bestuurder de balans laten scharnieren tussen de belangen van de BV en die van de kapitaalverschaffers.

In Situatie II biedt de certificering geen oplossing wanneer, na het overlijden van Pa, alle erfgenamen niet alleen bestuurder en certificaathouder in de BV zijn, maar ook allen deel uitmaken van het bestuur van de stichting AK. In dat geval zou het resultaat slechts zijn dat de ruzies die potentieel zullen gaan plaatsvinden in de algemene vergadering, nu in het bestuur van de stichting zullen worden uitgevochten. Alleen wanneer het bestuur van de stichting AK bestaat uit onafhankelijk bestuurders¹³, zou de certificering in deze situatie functioneel kunnen zijn. Het ligt echter niet voor de hand om in familievennootschappen de zeggensmacht op de aandelen volledig te onttrekken aan de feitelijk kapitaalverschaffers/de familie.

Oplossingsscenario's in het nieuwe BV-recht; zeggensmacht en aandelen.

Tot 1 oktober 2012 werd het aandeel gedefinieerd als een recht dat twee onlosmakelijk met het aandeel verbonden elementen kent, te weten een vorderingsaspect (financiële rechten) en een lidmaatschapsaspect (zeggenschapsrechten). De aandeelhouder heeft een vordering op de BV, welke vordering overigens onlosbaar is, maar welk recht zich vertaalt in een recht op dividend en recht op het liquidatiesaldo. In die zin is de positie van de aandeelhouder goed vergelijkbaar met die van een uitiem achtergesteld crediteur. Daarnaast maakt het aandeelhouderschap de aandeelhouder tot, wat wel wordt aangeduid, lid van de vereniging van kapitaalverschaffers, die de kapitaalvennootschap eigenlijk is. De aandeelhouder heeft dus lidmaatschapsrechten, waarbij het met name gaat om de vergaderrechten en het stemrecht op de aandeelhoudersvergadering.

Naar het recht tot 1 oktober 2012 zijn deze rechten steeds onlosmakelijk aan het aandeel verbonden en kan geen vervreemding van vorderingsrecht of lidmaatschapsrecht plaatsvinden zonder dat het aandeel wordt overgedragen. Dit gegeven vormde een krachtige impuls voor het gebruik van de certificeringsconstructie, waarmee wel een feitelijke ontkoppeling van lidmaatschapsrecht en vorderingsrecht kan worden gecreëerd. In die constructie berust de zeggensmacht, zoals we net zagen, bij het administratiekantoor, maar het vorderingsrecht, op basis van de administratievoorwaarden en dus feitelijk, bij de certificaathouders. In het nieuwe recht wordt met het uitgangspunt van onlosmakelijke verbondenheid tussen lidmaatschapsrechten en financiële rechten gebroken. In het nieuwe BV-recht kan een aandeel worden ontdaan van bedoeld lidmaatschapsrecht¹⁴ of vorderingsrecht¹⁵ en kan gevarieerd worden in zeggensmacht bij aandelen van een gelijk bedrag of een gelijke soort. Ten aanzien van het variëren in zeggensmacht bij aandelen

¹³ Of wanneer alle belangrijke besluiten feitelijk in handen worden gelegd van onafhankelijke bestuursleden binnen de stichting

¹⁴ Zie art.2: 228 lid 4 BW

¹⁵ Zie art.2: 216 lid 7 BW

van een bepaalde soort of aanduiding¹⁶ geldt het volgende. Uitgangspunt is dat aandeelhouders stemrecht toekomt in de aandeelhoudersvergadering en dat aandelen van een zelfde bedrag een gelijk stemrecht kennen. Bij aandelen van verschillend bedrag is het aantal stemmen van iedere aandeelhouder gelijk aan het aantal malen dat het kleinste aandeel deelbaar is op het gezamenlijk bedrag van zijn aandelen¹⁷. Statutair kan van deze uitgangspunten worden afgeweken¹⁸. In het oude recht kon dat slechts door gebruik te maken van het lastige systeem van het degressief stemrecht¹⁹. In het nieuwe recht zijn de mogelijkheden tot variatie fors verruimd. Zo is denkbaar dat aandelen van een zelfde bedrag maar van verschillende soort verschillende stemmenmacht kennen, of dat de rekenkundige relatie tussen aandelen van verschillend bedrag anders wordt vormgegeven dan het wettelijk uitgangspunt zoals hierboven genoemd. Ook is naar nieuw recht denkbaar dat binnen aandelen van een bepaalde soort wordt gevarieerd in stemmenmacht, bijvoorbeeld door aan bepaalde aangeduide aandelen meer stemrecht toe te kennen dan aan de overige aandelen van die soort. Statutaire regelingen in deze zin kunnen niet slechts betrekking hebben op een bepaald besluit, maar gelden voor alle besluiten van de algemene vergadering.

Men realiseert zich overigens dat het verbinden van afwijkende rechten aan aandelen van een bepaalde aanduiding in een bestaande BV, evenals het creëren van aandelen van een bepaalde soort, een statutenwijziging vergt waarin deze positie wordt verankerd²⁰. Er is derhalve geen verschil waar het betreft *de procedure* voor het creëren van aandelen van een bepaalde soort of van een bepaalde aanduiding. Het belangrijkste verschil *in resultaat* is dat bij het creëren van aandelen met een bepaalde aanduiding er binnen bestaande aandelen van een gelijke soort wordt gevarieerd in aan die aandelen toegekende rechten. In dat geval worden dus geen nieuwe aandelen uitgegeven en verandert er niets aan de binnen de BV bestaande kapitaalsverhoudingen.

Aandelen zonder stemrecht

Het aandeel zonder stemrecht geeft aan de houder/eigenaar dus niet het recht om stem uit te oefenen in de aandeelhoudersvergadering. De aandeelhoudersvergadering moet in dit verband worden gezien als het orgaan waarin alle personen die risicodragend kapitaal aan de vennootschap verschaffen (ook wel aangeduid als de 'equity partners') vertegenwoordigd zijn. Het is dus niet zo dat een aandeel zonder stemrecht per definitie geen zeggensmacht binnen de bv vertegenwoordigt. De houder van een aandeel zonder stemrecht is wel aandeelhouder, en heeft dus alle aandeelhoudersrechten (waaronder het vergaderrecht), behalve het recht om stem uit te brengen

¹⁶ Een aandeel van een bepaalde aanduiding is dus een aantal binnen een bepaalde soort aangewezen aandelen waaraan andere rechten worden verbonden in vergelijking met de niet aangeduide aandelen binnen die soort. Een aantal van een bepaalde aanduiding is dus de aandelen van Dhr. Jansen of de aandelen genummerd 1 tot en met 20. Aandelen van een bepaalde soort of aanduiding kunnen slechts worden gecreëerd in de statutaire regeling van de vennootschap.

¹⁷ Zie art.2:228 lid 3 BW

¹⁸ Zie art.2: 228 lid 4 BW

¹⁹ Zie art.2: 228 lid 4 BW (oud)

²⁰ Bij statutenwijziging waarbij van de wettelijke uitgangspunten inzake zeggensmacht wordt afgeweken, geldt dat besluitvorming moet plaatsvinden bij algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatst kapitaal vertegenwoordigd is. Zie art.2: 228 lid 3 BW.

binnen de aandeelhoudersvergadering. Zeer wel denkbaar is dat de houder van aandelen zonder stemrecht wel zeggenschap heeft in andere organen van de vennootschap, zoals bijvoorbeeld de vergadering van houders van aandelen zonder stemrecht. In het nieuwe BV-recht is ook de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding een orgaan van de vennootschap, aan welk orgaan organisatierechtelijke rechten kunnen worden toegekend²¹. Op dit punt kom ik hieronder nog terug.

Aandelen zonder stemrecht of certificering?

Nu naar huidig recht aandelen zonder stemrecht kunnen worden uitgegeven²², komt de vraag op of het instrument van certificering van aandelen overbodig is geworden en in onbruik zal geraken. Immers, zowel aandeelhouders zonder stemrecht als houders van certificaten van aandelen zijn verschaffers van risico dragend vermogen aan de vennootschap zonder dat hen stemrecht in de algemene vergadering toekomt. In de toelichting wordt als voordeel van het gebruik van aandelen zonder stemrecht genoemd dat de invoeringskosten lager zijn nu er geen administratiekantoor, dat als gezegd meestal in de vorm van een stichting wordt gegoten, hoeft te worden ingericht. Daarnaast kan er bij aandelen zonder stemrecht worden bereikt dat er geen stemrecht in de aandeelhoudersvergadering ontstaat, terwijl bij certificering van aandelen de aandelen worden gehouden door het administratiekantoor, dat stemrecht op de aandelen uitoefent. Bij de uitoefening van het stemrecht op de aandelen door het bestuur van het administratiekantoor zal er zeker rekening gehouden (moeten) worden met de belangen van de certificaathouders, de feitelijk verschaffers van het risicodragend vermogen zijn²³. Deze lijst van voor- en nadelen kan worden uitgebreid, bijvoorbeeld met de constatering dat aan stemrechtloze aandelen steeds vergaderrecht is verbonden omdat er aandeelhouderschap ontstaat, terwijl statutair het vergaderrecht aan bepaalde of alle certificaten kan worden onthouden. Daarnaast kan worden opgemerkt dat uitgifte van stemrechtloze aandelen is onderworpen aan het dwingend recht van Boek 2 BW, terwijl bij de vormgeving van certificaten, vooral in de relatie tussen administratiekantoor en certificaathouder, contractsvrijheid bestaat, waardoor oneindige mogelijkheden bestaan om vorm te geven aan aard en inhoud van het certificaat.

Aandelen zonder winstrecht of met beperkte winstrechten.

Het aandeel zonder winstrecht is een nieuwe verschijning per 1 oktober 2012. In het kader van de winstrechten is het uitgangspunt dat aandeelhouders van aandelen met een gelijk nominaal bedrag een gelijke winstaanspraak hebben, maar dat daarvan statutair, of per uitkering, met instemming van alle aandeelhouders kan worden afgeweken²⁴. Dit geldt overigens niet alleen de aanspraak op de operationele winst die de vennootschap maakt, maar ook op de winstreserves en op het overschot

²¹ Zie art.2: 189a BW. Zie C.A. Schwarz, Inleiding tot het nieuwe BV-recht, Uitgeverij Paris, Zutphen 2012.

²² Zie art.2: 228 lid 4 BW. Zie R.A. Wolf, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV, Serie Vanwege het Van der Heijden Instituut Dl. 116, Kuwer, Deventer 2013.

²³ Kamerstukken II 2008/09, 31058 nr.6, p.19.

²⁴ Zie art.2: 216 lid 6 BW.

bij liquidatie van de vennootschap²⁵. Statutair kan worden bepaald dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding geen, of slechts in beperkte mate, recht geven op deling in de winst en/of de reserves van de vennootschap. De mogelijkheid om feller te kunnen variëren op winstaanspraken van aandeelhouders en winstrechten aan bepaalde aandelen in het geheel te onthouden biedt, evenals het creëren van aandelen zonder stemrecht, aantrekkelijke mogelijkheden bij estate planning.

De nieuwe regeling van benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen.

Als eerder opgemerkt worden bestuurders in beginsel benoemd en ontslagen door de aandeelhoudersvergadering. Van dit uitgangspunt kan, sinds de invoering van het nieuwe BV-recht, statutair worden afgeweken in die zin dat benoeming van een of meerder bestuurders plaatsvindt door een (of meerdere) vergadering(en) van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding²⁶. Vergaderingen van een bepaald soort of aanduiding aandelen hebben, ook in dit opzicht²⁷, in de vennootschap de positie van orgaan van de vennootschap. De (vergadering van) houders van een soort aandelen of aangeduide aandelen binnen een soort, kunnen dus statutair de bevoegdheid ontvangen om bestuurders te benoemen en te ontslaan. Deze innovatie in het BV-recht is vooral aantrekkelijk voor de vormgeving van joint venture verhoudingen binnen de vennootschap en biedt grote voordelen boven het aloude systeem van bindende voordrachten bij benoeming van bestuurders door de aandeelhoudersvergadering. Het probleem bij bindende voordrachten door bijvoorbeeld prioriteitsaandeelhouders is dat het bindend karakter door de aandeelhoudersvergadering aan de voordracht kan worden ontnomen bij besluit genomen met een twee derden meerderheid van de uitgebrachte stemmen die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal moet vertegenwoordigen²⁸. Zonder daar uitvoerig op in te gaan zal helder zijn dat structurering van de bedrijfsopvolging door gebruikmaking van bindende voordrachten in zowel situatie I als II minder aantrekkelijk is, nu drie van de vier erfgenamen steeds het bindend karakter aan een voordracht zouden kunnen ontnemen.

Wanneer de bevoegdheid tot benoeming van bestuurders wordt gelegd bij de vergaderingen van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, wordt de mogelijkheid geschapen benoeming en ontslag van 'eigen' bestuurders bij verschillende aandeelhouders in de familievennootschap te leggen. Wanneer erflater, zoals zowel in situatie I als II aan de orde is, de aandelen in zijn BV wil nalaten aan zijn vier kinderen, zou denkbaar zijn dat ieder der kinderen een eigen soort aandelen ontvangt, terwijl de vergadering van elke soort aandelen het recht krijgt om één van de vier bestuursleden te benoemen. In de situatie waarin vergaderingen van een bepaald type of aanduiding het recht krijgen een bestuurder te benoemen, ontstaat het gevaar dat de bestuurders zich vooral zullen laten leiden door de belangen van de aandeelhouders die hem benoemden. Dit gevaar van 'partijdig bestuurderschap' kan worden voorkomen door af te wijken van het wettelijk uitgangspunt dat iedere bestuurder wordt geschorst en ontslagen door degene die hem benoemde. In het nieuwe recht kan gekozen worden voor een statutaire inrichting waarin de

²⁵ Kamerstukken I 2011/12, 31058 nr.C, p.23

²⁶ Art.2: 242 lid 1 BW.

²⁷ Zie ook art.2: 189a BW

²⁸ Art.2: 243 BW.

bevoegdheid tot schorsing en/of ontslag wordt gelegd bij het orgaan dat tot benoeming kan besluiten, dus de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, maar die bevoegdheid ook te geven aan een ander orgaan²⁹. Dus een bestuurder door de vergadering van aandeelhouders A benoemd, wordt als uitgangspunt ook ontslagen door de vergadering van aandeelhouders A, maar statutair kan die ontslagbevoegdheid ook worden toegekend aan een ander orgaan van de vennootschap. In dit verband lijkt een keuze voor de aandeelhoudersvergadering voor de hand te liggen, maar dat is bij vererving van de aandelen aan de vier kinderen niet handig. In dat geval zou, bij ruzie tussen Greet en de drie broers, de algemene vergadering Greet, die door de vergadering van aandeelhouders Greet is benoemd, steeds kunnen ontslaan. De drie broers controleren immers met 75% van de aandelen de aandeelhoudersvergadering. Beter is de ontslagbevoegdheid toe te kennen aan een onafhankelijk samengesteld orgaan, zoals een raad van commissarissen.

Onoverdraagbare aandelen.

Tenslotte biedt het nieuwe BV-recht de mogelijkheid om aandelen statutair onoverdraagbaar te maken³⁰. De wet bepaalt dat de overdraagbaarheid van aandelen statutair voor een bepaalde termijn kan worden uitgesloten, waarbij in de toelichting termijnen van vijf en ook twintig jaar worden genoemd, en dat overdracht van onoverdraagbare aandelen ongeldig is, naar moet worden aangenomen vanwege het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid aan de zijde van de 'overdrager'. Men realiseert zich dat het bij onoverdraagbare aandelen gaat om de *overdracht* van aandelen, dus de verkrijging van aandelen onder bijzondere titel, en niet om de *overgang* van aandelen, dus de verkrijging van aandelen onder algemene titel. Overgang van aandelen onder algemene titel (van rechtswege), speelt bij verkrijging krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht, of bij een juridische fusie of juridische splitsing. De mogelijkheid van verkrijging onder algemene titel kan door een statutaire bepaling niet worden beperkt. De verkrijging van onoverdraagbare aandelen onder algemene titel leidt tot de situatie waarin de verkrijger aandeelhouder wordt, terwijl ook hij niet in staat is deze over te dragen. Het gebruik van onoverdraagbare aandelen blokkeert dus de mogelijkheid van overdracht van aandelen binnen de BV, op welke wijze aandeelhouders en hun rechtsopvolgers onder algemene titel voor langere tijd in de vennootschap kunnen worden gebonden.

Het nieuwe BV-recht en optimalisering van de bedrijfsopvolging; Situatie I

In situatie I is er in de kinderschare maar één opvolger aanwezig, Greet, die bereid is in de onderneming te gaan werken. De andere drie kinderen zullen dus als outside kapitaalverschaffer bij de BV betrokken zijn. De adviseur voorziet in dit verband verschillende problemen. In de eerste plaats moet worden gewezen op potentiële spanningen tussen Greet als bestuurder en de drie broers als meerderheidsaandeelhouders in de vennootschap. Met name zit de dreiging hier in meningsverschillen ten aanzien van de financiering van de onderneming, waar de broers kiezen voor financiering met vreemd vermogen, terwijl Greet als bestuurder een sterke voorkeur heeft voor

²⁹ Art.2: 244 lid 1 BW.

³⁰ Art.2: 195 lid 3 BW

continuïteit door financiering met eigen vermogen. Kortom, de eeuwige discussie over reservering of uitkering, welke discussie gemakkelijk kan leiden tot ontwrichtende ruzies en ontslag van Greet als bestuurder van de BV. Als alternatief voor certificering van aandelen, dat tot voor kort als enig probaar middel voor handen was, zou thans gedacht kunnen worden aan een structuur waarbij Greet, als bestuurder van de BV, na het overlijden van Pa aandelen met stemrecht ontvangt, terwijl de broers, als outside-kapitaalverschaffers, aandelen zonder stemrecht ontvangen.

Op deze wijze zou worden voorkomen dat potentiële conflicten tussen aandeelhouders op de aandeelhoudersvergadering zullen worden uitgevochten en beslist. Aldaar stemt immers slechts Greet, die als enige aandelen met stemrecht heeft ontvangen. Wanneer voor deze aanpak zou worden gekozen, zullen de belangen van de broers als aandeelhouders zonder stemrecht moeten worden beschermd. Immers, in geval van meningsverschillen zou Greet, als enig stemgerechtigd aandeelhouder, jaarlijks kunnen besluiten om alle winsten toe te kennen aan de reserves en geen besluit tot uitkering van dividend te nemen, onder gelijktijdige verhoging van het door haar genoten directiesalaris. In dat geval zouden de broers naar de rechter moeten stappen om een redelijk dividend af te dwingen, hetgeen in de praktijk niet altijd even eenvoudig, maar wel altijd erg kostbaar blijkt te zijn. Beter is om tevoren een redelijk dividendbeleid te definiëren en statutair of bij aandeelhoudersovereenkomst tussen partijen vast te leggen, bijvoorbeeld inhoudend dat er jaarlijks een bedrag van € x zal worden uitgekeerd aan de houders van aandelen zonder stemrecht zolang de solvabiliteit van de vennootschap boven een niveau van y% ligt. Op die wijze worden de financiële belangen van de broers netjes geregeld.

Probleem zou dan nog kunnen zijn dat de broers toch ontevreden zijn en direct na het overlijden van Pa van hun aandelen af willen. Het gevaar van derden die zouden kunnen toetreden tot de BV kan uiteraard bestreden worden door te voorzien in een statutaire blokkeringsregeling, in dit geval inhoudend dat de broers, alvorens rechtsgeldig hun aandelen over te kunnen dragen aan een derde, deze eerst aan Greet of de vennootschap zullen moeten aanbieden³¹. Het nieuwe recht biedt de mogelijkheid statutair te bepalen dat, wanneer die aanbieding aan de orde is binnen een termijn van bijvoorbeeld vijf jaar na het overlijden van Pa, de broers niet de waarde economisch verkeer voor de aandelen zullen ontvangen maar genoeg moeten nemen met die waarde minus een malus/korting omdat zij uit willen treden voordat een statutair bepaalde termijn is verstreken³². Desalniettemin kan die aanbieding leiden tot problemen voor Greet, die meestal niet in staat blijkt om binnen korte tijd na opvolging van Pa die aandelen te kopen of door de BV te doen kopen, waardoor de broers in de gelegenheid komen de aandelen aan een geïnteresseerde derde over te dragen. Gebruikmakend van het nieuwe BV-recht zou ook dit laatste probleem kunnen worden opgelost doordat Pa statutair bepaalt dat de aandelen zonder stemrecht, die na zijn overlijden door de zoons zullen worden verkregen, voor een termijn van vijf jaren niet overdraagbaar zullen zijn³³.

Resultaat van de door Pa tot stand te brengen statutaire inrichting is dan dat de zeggensmacht in de BV na zijn overlijden bij Greet komt te berusten terwijl de drie zoons die niet opvolgen aandelen zonder stemrecht zullen verkrijgen. Deze aandelen zullen voor een periode van vijf jaar na het overlijden van Pa niet overdraagbaar zijn. De zoons hebben dus te maken met een lock-up periode van vijf jaar. Daar staat echter tegenover dat zij een gegarandeerd dividend op de aandelen zullen

³¹ Zie art.2: 195 lid 1 BW

³² Zie art.2: 192 en dan met name lid 3, BW.

³³ Zie art.2: 195 lid 3 BW

ontvangen in die vijf jaar, na welke periode zij hun aandelen kunnen overdragen voor de waarde economisch verkeer aan Greet. In die vijf jaar kan zij zorg dragen voor het opzetten van een financiële structuur die de overname van de aandelen van de broers na vijf jaar mogelijk doet zijn.

Het nieuwe BV-recht en optimalisering van de bedrijfsopvolging; Situatie II

In het geval waarin de vier kinderen alle vier bestuurder en aandeelhouder in de BV worden, dreigt het gevaar van spanningen en ontslag van, bijvoorbeeld, Greet door de drie broers als bestuurder van de BV. Vanaf dat moment mist zij haar inkomsten/management fee en zal de verscheurende discussie over het al dan niet uitkeren van dividend aanvangen. De broers zullen zich in hun positie als bestuurders op het standpunt stellen dat de belangen van de vennootschap niet zijn gediend met uitkering van dividend, en constateren dat de algemene vergadering (die door hen wordt beheerst) ook geen gebruik maakt van haar bevoegdheid tot besluitvorming over uitkering van dividend, nog los van het feit dat als de algemene vergadering dat wel zou doen dat besluit tot uitkering, naar nieuw recht, eerst gevolgen met zich brengt nadat het bestuur van de BV het besluit goedkeurt, blijkend uit de feitelijke betaalbaarstelling van het dividend³⁴. Wanneer Greet kan aantonen dat er, gegeven de in de benchmark gebruikelijke solvabiliteits- en liquiditeitsratio's, geen bedrijfseconomische noodzaak is tot het passeren van het dividend, is de kans groot dat een dividendstroom in rechte kan worden afgedwongen. Een enquêteprocedure lijkt de meest voor de hand liggende rechtsgang in het kader van het afdwingen van een redelijk dividend door zus als verschafter van een kwart van het eigen vermogen van de BV, waartegenover in redelijkheid een vergoeding zou moeten staan. Maar (enquête) procedures zijn kostbaar. Greet zou geholpen kunnen worden door gebruik te maken van het bepaalde in art.2: 224a BW, welke bepaling de mogelijkheid biedt aan de houders van 1% van het kapitaal in de BV om het gehele jaar door agendapunten voor te stellen voor een komende aandeelhoudersvergadering, welke punten moeten worden opgenomen op de agenda voor die vergadering, tenzij zwaarwichtige belangen zich daartegen verzetten. Voorstelbaar is dat zus aan het bestuur van de BV vraagt het voeren van een redelijk dividendbeleid te agenderen, bijvoorbeeld bestaande uit uitkering van de helft van de operationele winst wanneer de BV blijkens de laatst vastgestelde jaarrekening aan bepaalde solvabiliteits- en liquiditeitsratio's voldoet. Te voorzien valt dat op de daaropvolgende aandeelhoudersvergadering het voorstel (met drie stemmen vóór en één stem tegen) zal worden afgewezen, maar het resultaat is dan in ieder geval dat er een besluit genomen is tot het niet voeren van een redelijk dividendbesluit als voorgesteld, welk besluit door Greet kan worden voorgedragen voor vernietiging door de rechter. Vernietiging van een besluit tot het niet voeren van het voorgesteld redelijk dividendbesluit heeft uiteraard niet het effect dat een redelijk dividend zal worden betaald. De vraag of de rechter zo ver kan worden gebracht dat deze, bijvoorbeeld in de vorm van een verklaring voor recht, een redelijk dividendbeleid zal definiëren moet hier in het midden blijven. Intussen wordt de zaak binnen de BV op deze manier wel op interessante wijze opgeschud en zal het bestuur zich realiseren dat de vernietiging van het besluit tot het niet voeren van het redelijk dividendbeleid als voorgesteld, de positie van Greet krachtig kan versterken in een vervolgens door haar aan te spannen enquête procedure. De kans is groot dat de broers hierdoor naar de onderhandelingstafel worden gedreven.

³⁴ Zie art.2: 216 lid 2 BW

Los van deze oplossingsscenario's blijft de vraag of, pro-actief en gebruikmakend van de mogelijkheden die het nieuwe BV-recht biedt, Pa een beter model voor deze wijze van bedrijfsopvolging zou kunnen (doen) ontwerpen.

Het antwoord op die vraag luidt mijns inziens bevestigend. Gebruikmakend van de nieuwe mogelijkheden zou Pa, met het oog op de opvolging, de statuten van de BV kunnen wijzigen en het kapitaal kunnen verdelen in vier soorten aandelen, in de toekomst te koppelen aan de vier kinderen, onder gelijktijdige statutaire bepaling dat iedere vergadering van aandeelhouders van een soort aandelen een bestuurder in de vennootschap benoemt. Dat zou er toe leiden dat alle kinderen na het overlijden van Pa elk een eigen soort aandelen ontvangen. Als aandeelhouders stemmen die kinderen over alle besluiten in de aandeelhoudersvergadering, maar aan die algemene vergadering wordt, gebruikmakend van het nieuwe recht, de bevoegdheid tot benoeming van bestuurders onthouden. Deze bevoegdheid wordt, gebruikmakend van het eerder genoemde art.2: 242 BW, statutair gelegd bij de vergaderingen van de verschillende soorten aandelen, die dus elk in staat zullen zijn één van de vier bestuurders van de BV te benoemen na het vererven van de aandelen.

Wanneer we, zoals wij als westerlingen te weinig doen, in generaties denken, zien we op de langere termijn vier familiestaken, waarbij die staken elk met een eigen soort aandelen in de BV vertegenwoordigd zijn. Elke staak benoemt een eigen bestuurder die, naast de belangen van de vennootschap, uiteraard ook de belangen van zijn achterban in zijn besluitvorming zal betrekken. Een prachtig model, zij het dat het potentieel gevaar dreigt dat de bestuurders de belangen van de eigen achterban te zwaar laten wegen ten opzichte van het vennootschappelijk belang. Het nieuwe recht biedt ook hier een oplossing, gelegen in de eerder gesignaleerde mogelijkheid de bevoegdheid tot ontslag van een bestuurder niet alleen bij het benoemend orgaan te leggen, maar eveneens bij een ander orgaan, zoals een RvC. Denkbaar is dus dat Pa statutair bepaalt dat, na zijn overlijden, ieder kind eigen aandelen krijgt en de vergadering van houders van die soort een bestuurder benoemt en ontslaat, maar dat die ontslagbevoegdheid tevens bij de onafhankelijk oordelende RvC komt te liggen. Op deze wijze zou in situatie II in ieder geval voorkomen worden dat één der erfgenamen na het overlijden van Pa direct als bestuurder uit de BV wordt gezet en er gevechten ontstaan over dividenden c.q. uitkoopbedragen. De aanpak in situatie II is niet ideaal, maar bij deze inrichting in combinatie met een verdere aankleding van de rol van de RvC, kan ook hier een redelijk functionerende structuur worden ontworpen waarbij de belangen van de erfgenamen en die van de vennootschap in juiste afweging kunnen worden gebracht.

Conclusie.

Een eerste inventarisatie van de mogelijkheden die het nieuwe BV-recht biedt in het kader van optimalisering van het plan voor opvolging in het familiebedrijf, biedt een boeiend perspectief voor een duurzamer opvolgingstraject. In het doordenken van deze mogelijkheden ligt een prachtige taak voor de jeugdig maatschappelijk bewogen jurist.

Enkele overpeinzingen over het arrest Reinders-Didam.

Tot de wijziging van het BV-recht op 1 oktober 2012 was de perceptie van het uitkeringsbesluit van aandeelhouders binnen die vennootschap, als direct extern werkend besluit, breed aanvaard. Wanneer de Algemene Vergadering (AV) de door het bestuur opgestelde jaarrekening vaststelde, werd daarmee de vrije ruimte binnen het eigen vermogen van de vennootschap bepaald. Die vrije ruimte was het verschil tussen het eigen vermogen van de vennootschap en het, binnen het systeem van kapitaalbescherming waarneembare, beklemd vermogen. Het beklemd vermogen was de som van het gestort kapitaal, het opgevraagd kapitaal en de wettelijke- en statutaire reserves. Binnen de bij de vaststelling van de jaarrekening op deze wijze bepaalde vrije ruimte, kon de AV rechtsgeldig dividendbesluiten nemen. Dit systeem geldt thans nog slechts bij de NV, op welke rechtsvorm het kapitaalbeschermingsrecht van de gewijzigde tweede EG-Richtlijn, zoals neergeslagen in Boek 2 BW, van toepassing is.

Het extern werkend karakter van het uitkeringsbesluit maakt dit besluit tot een afgerond geheel. Dit brengt met zich dat het bestuur bij het nemen en uitvoeren van dat besluit geen rol speelt. Bij betaalbaarstelling van het dividend door het bestuur acteert het bestuur niet als bestuur, maar als 'bode'. Anders geformuleerd, door het nemen van het uitkeringsbesluit wordt de vordering van aandeelhouders op de vennootschap gecreëerd, en betaalbaarstelling van het dividend vereist geen actie van bestuur of bestuurders in die hoedanigheid. De conclusie diende dan ook te zijn dat het betaalbaar stellen van het op deze wijze besloten dividend in beginsel niet tot bestuurdersaansprakelijkheid kan leiden. Probleem hierbij is dat het financieel beeld uit de vastgestelde jaarrekening niet altijd even accuraat is, omdat die jaarrekening in het MKB in veel gevallen eerst geruime tijd na sluiting van het boekjaar wordt vastgesteld, en aldus een beeld uit het verleden vormt. Anders gezegd, de uit de laatst vastgestelde jaarrekening blijkende vrije ruimte bleek, door ontwikkelingen na sluiting boekjaar, niet steeds ook effectief aanwezig te zijn.

Een belangrijk arrest van de Hoge Raad, waaruit bleek dat deze problematiek een rol speelde, was het Nimox arrest (HR 8 november 1991, NJ 1992, 174). De HR oordeelde dat, ook al viel het uitkeringsbesluit door Nimox genomen in haar 100% dochtervennootschap Auditrade binnen de vrije ruimte blijkend uit de laatst vastgestelde jaarrekening, het bewerkstelligen van dit besluit leidde tot aansprakelijkheid van Nimox jegens crediteuren van haar dochter. Deze dochter was inmiddels gefailleerd. Hoewel een schokkend arrest, gegeven de vormgeving van het toenmalige kapitaalbeschermingsrecht binnen de BV, was de uitkomst dogmatisch in te bedden. Nimox werd aansprakelijk gehouden als aandeelhouder in de failliete dochter, omdat zij bij het nemen van het uitkeringsbesluit ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid van een tekort, op grond van de bij Nimox aanwezige kennis van de financiële positie van de dochter. Het bestuur van de dochter was in deze casus niet in beeld. Er was geen sprake van betaalbaarstelling van dividend. Na het creëren van de vordering door het uitkeringsbesluit cedeerde Nimox die vordering op haar dochter aan een derde.

Nog interessanter was het arrest van het Hof Arnhem van 19 februari 2002, JOR 2002, 56 (Reinders Didam), waarin de moedermaatschappij, die bestuurder in de dochter was, als aandeelhouder in die dochter een uitkeringsbesluit nam. Dit uitkeringsbesluit viel binnen de uit de laatst vastgestelde balans blijvende vrije ruimte. Vervolgens verrekenende de moeder de aldus ontstane vordering met een verplichting die zij aan de dochter had. Nadien failleerde de dochter. Het Hof oordeelde dat de moedermaatschappij, in de hoedanigheid van bestuurder van de dochter, aansprakelijk was voor het op deze wijze effectueren van het uitkeringsbesluit, en daarmee ook Reinders, als bestuurder van de moeder op grond van art. 2: 11 BW. Overigens was deze Reinders ook enig indirect houder van alle aandelen in de moeder. Hoewel het uitkeringsbesluit rechtsgeldig was genomen werd niet de moeder als aandeelhouder aansprakelijk gehouden, zoals bij Nimox aan de orde was, maar oordeelde het Hof dat de moeder (en dus Reinders) als bestuurder van de dochter aansprakelijk was op grond van art. 2: 248 BW.

Nu zou men kunnen zeggen dat de door het Hof gekozen oplossing van deze casus bevredigend was omdat Reinders beticht kon worden van het onrechtmatig doen verdwijnen van verhaalsmogelijkheden van crediteuren terwijl het faillissement van de dochter voorspelbaar was. Barbertje werd terecht gehangen, zoals J.B. Huizink constateert in Themis 2015-3, p.132. Immers, de aansprakelijkheid van de moeder in hoedanigheid van bestuurder op grond van art. 2: 248 BW had het voordeel dat het gehele boedeltekort in het faillissement van de dochtermaatschappij kon worden gevorderd. Indien de moeder als goed geïnformeerd aandeelhouder aansprakelijk zou zijn, zou immers slechts het bedrag van het besloten dividend kunnen worden gevorderd.

Dogmatisch is deze oplossing echter slecht te verdedigen, vooral omdat het dividendbesluit door de moeder als aandeelhouder werd genomen, waarbij direct werd besloten dat het bedrag van het dividend door verrekening met de verplichting van de moeder jegens de dochter in rekening-courant zou plaatsvinden. Door de besluitvorming op deze wijze te structureren was er geen rol weggelegd voor het bestuur van de dochter. De verrekening door de moeder als debiteur van de dochter, kon immers eenzijdig worden bewerkstelligd. Anders geformuleerd, het bestuur kon de besluitvorming door de aandeelhouder niet blokkeren en, vervolgens, ook niet de verrekening door de moeder, zoals M.L. Lennarts schrijft in TvOB 2012, p.180. Zie uitgebreid de Maastrichtse dissertatie van Maurice en Raymond Canisius, *Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht*, Serie monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 127, Deventer: Kluwer 2014.

Het is te betreuren dat de HR vervolgens oordeelde dat de klacht niet tot cassatie kon leiden en niet noopte tot beantwoording van rechtsvragen rakend aan de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling (art. 81 RO). Een en ander lijkt te zijn veroorzaakt doordat in het cassatiemiddel niet het punt is opgeworpen dat de moeder, als aandeelhouder, tot uitkering en, als crediteur, tot verrekening van de dividendvordering besloot. Het bestuur kon, als gezegd, tegen het uitkeringsbesluit en de verrekeningsverklaring niets ondernemen. In dit verband schrijft A-G Timmerman in noot 3 van zijn conclusie als volgt:

“Al eerder heeft een andere rechter in een overigens enigszins ander geval het medewerken door het bestuur aan het doen van een omvangrijke dividenduitkering waartoe de aandeelhoudersvergadering heeft besloten als kennelijk onbehoorlijk bestuur aangemerkt. Zie Rb. Rotterdam 15 april 1999, JOR 1999, 168. In het uitvoerige cassatiemiddel in dit geding wordt niet de klacht opgeworpen dat het medewerking verlenen door het bestuur aan c.q. het zich niet verzetten tegen een onrechtmatig

uitkeringsbesluit dat de aandeelhoudersvergadering heeft genomen geen kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert c.q. kan opleveren. Dit is de reden waarom ik niet uitvoerig op deze belangrijke kwestie ben ingegaan.”

Mijn conclusie is dat het arrest van het Hof dogmatisch eigenlijk niet verdedigbaar is en dat de HR een kans heeft laten liggen om, bijvoorbeeld op instigatie van de AG, in een obiter dictum te bepalen dat, ook in situaties als deze, waarin de enig aandeelhouder ook bestuurder van de vennootschap is, de rollen scherp moeten worden onderscheiden. Het is grappig om waar te nemen dat een dogmatisch onverdedigbaar arrest vervolgens in het nieuwe BV-recht is gecodificeerd. De regeling die in het nieuwe art. 2: 216 BW is neergelegd, elimineert het direct extern effect dat aan het uitkeringsbesluit is verbonden, door te bepalen dat dit besluit geen gevolgen heeft –lees; geen vorderingsrecht voor aandeelhouders creëert – zolang het bestuur bedoeld besluit niet van haar goedkeuring voorziet. Deze wetgeving grijpt in op het dogmatisch effect van het uitkeringsbesluit en geeft het bestuur een rol, ook in situaties als die in bovengenoemde arresten aan de orde waren. Het uitkeringsbesluit op basis waarvan een schuld van de moeder aan de dochter wordt verrekend, heeft immers in die nieuwe regeling geen effect zonder de goedkeuring van het uitkeringsbesluit door het bestuur. Overigens is interessant dat, wanneer het bestuur later blijkt ten onrechte goedkeuring te hebben verleend aan een uitkeringsbesluit, de aansprakelijkheid van bestuurders in de nieuwe wettelijke regeling niet ziet op het tekort in faillissement, zoals de conclusie was in Reinders Didam, maar volgens de toelichting slechts op het bedrag van de uitkering met wettelijke rente.

De analyse van, met name, de casus Reinders Didam brengt de gebroeders Canisius in hun dissertatie tot de conclusie dat de uitkeringstest restrictief moet worden geïnterpreteerd. Ik zou daaraan willen toevoegen dat, wanneer een vergelijkbare casus zich in het huidige NV-recht voordoet, waarin die formele rol van het bestuur bij het effectueren van het uitkeringsbesluit niet is verankerd, de conclusie zou moeten zijn dat de moeder niet als bestuurder, maar slechts als aandeelhouder aansprakelijk kan zijn.

Perikelen rond de vaststelling en publicatie van de jaarrekening en aansprakelijkheid in het kader daarvan. Een reactie

Prof. mr. C.A. Schwarz en Mr. dr. R.A. Wolf

In deze bijdrage wordt bepleit dat de overeenkomstig artikel 2:210 lid 5 BW vereenvoudigd vastgestelde jaarrekening binnen acht dagen na haar vaststelling gedeponeerd moet worden om te voorkomen dat het onweerlegbare vermoeden van onbehoorlijk bestuur van artikel 2:248 lid 2 BW zal gelden en de bestuurder daardoor in een lastige(re) procespositie komt te verkeren. Beter zou zijn dat artikel 2:210 lid 5 BW geschrapt of gewijzigd wordt of dat statutair van deze bepaling wordt afgeweken.

1 Inleiding

Van Hooff geeft in het *Maandblad voor Ondernemingsrecht*¹ enkele interessante bespiegelingen over de publicatieplicht en bestuurdersaansprakelijkheid. Graag geven wij een reactie op de stelling van Van Hooff dat schending van de publicatieplicht van artikel 2:210 lid 5 jo. artikel 2:394 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) niet leidt tot bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van artikel 2:248 lid 1 of 2 BW.

Artikel 2:210 lid 5 BW is een ongelukkige bepaling, die vele pennen in beweging heeft gebracht.² De wetgever heeft twee keer een kans gemist om de onduidelijkheid of de mogelijk ongewenste gevolgen van deze bepaling weg te nemen. De eerste kans was de Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013.³ De tweede kans was de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening.⁴

2 De publicatietermijn van de jaarrekening

De jaarrekening doorloopt op hoofdlijnen de volgende stappen: het opmaken door het bestuur,⁵ het vaststellen door de algemene vergadering⁶ en tot slot de publicatie door de rechtspersoon.⁷ Bij de laatste stap van de publicatie van de jaarrekening kunnen twee situaties worden onderscheiden.

In de eerste situatie is sprake van een vastgestelde jaarrekening. In dat geval bepaalt de wet dat de jaarrekening binnen acht dagen na vaststelling moet worden gepubliceerd (art. 2:394 lid 1 BW). De conclusie kan niet anders zijn dan dat ook in het geval van een vereenvoudigde vaststelling op grond van het bepaalde in artikel 2:210 lid 5 BW die publicatietermijn geldt. Van Hooff is het overigens met deze conclusie eens.⁸

In de tweede situatie is de jaarrekening wel opgemaakt, maar nog niet vastgesteld. Artikel 2:394 lid 2 BW bepaalt dat de opgestelde jaarrekening onverwijld moet worden gepubliceerd wanneer deze niet is

vastgesteld binnen twee maanden na het verstrijken van de voor het opmaken voorgeschreven termijn. Deze (laatste) termijn bedraagt vijf maanden na de balansdatum (art. 2:210 lid 1 BW). Deze termijn kan worden verlengd met ten hoogste zes maanden bij besluit van de algemene vergadering op grond van bijzondere omstandigheden. Dat de Hoge Raad in het arrest *Brens q.q./Sarper*⁹ niet zwaar tilt aan de vereisten voor het verlengen van de termijn bij besluit van de algemene vergadering moge zo zijn, een en ander neemt niet weg dat het opstellen van de jaarrekening uiterlijk binnen elf maanden na balansdatum moet zijn afgerond. Artikel 2:394 lid 3 BW bepaalt dat de jaarrekening, wat ook de geldende termijn voor opstelling moge zijn, in ieder geval uiterlijk binnen dertien maanden na het einde van het boekjaar gepubliceerd moet worden. Wordt de jaarrekening binnen twee maanden na het verstrijken van de opmaaktermijn, zoals bedoeld in artikel 2:210 lid 1 BW, toch vastgesteld, dan geldt dat de jaarrekening binnen acht dagen na de vaststelling gepubliceerd moet worden met als uiterste termijn de dertienmaandentermijn.¹⁰ De Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening verkort (1) de dertienmaandentermijn van artikel 2:394 lid 3 BW tot twaalf maanden en (2) de verlengingstermijn van zes maanden van artikel 2:210 lid 1 BW tot vijf maanden voor boekjaren vanaf 2016. In het onderstaande zal van de thans nog geldende termijnen voor het boekjaar 2015 worden uitgegaan.

Van Hooff concludeert dat in beide situaties alleen de termijn van dertien maanden relevant is voor het antwoord op de vraag wat te laat publiceren is. Hij schrijft: 'Voor de toepassing van artikel 2:248 lid 2 BW is de achtdagentermijn echter niet relevant.'¹¹ Als dat zo is, dan is artikel 2:394 lid 1 BW een dode letter. Anders gezegd, het onderscheid tussen een vastgestelde en niet-vastgestelde jaarrekening is kennelijk – volgens Van Hooff – voor wat betreft de termijn waarbinnen deze jaarrekeningen gepubliceerd moeten worden, niet (meer) relevant. Sluitende argumentatie voor dit standpunt treffen wij echter niet aan, laat staan dat aan een cliënt enige zekerheid kan worden gegeven met betrekking tot de vraag of deze visie in rechte overeind zal blijven. Wij geven Van Hooff direct toe dat de regeling van artikel 2:210 lid 5 BW ondoordacht is. Een betrokken jurist zal in een voorkomend geval waarschijnlijk geneigd zijn de ongerijmdheid van de regeling weg te redeneren door het ontwikkelen van de door Van Hooff voorgestane opvatting. Wij menen echter dat het essentieel is dat zekerheid moet kunnen worden verstrekt over het feit dat die opvatting ook in een aansprakelijkheidsprocedure overeind zal blijven. Die zekerheid is er niet. Sterker nog, de minister acht het verschil tussen een vastgestelde en niet-vastgestelde jaarrekening, en de publicatietermijnen die in dat kader gelden, wel degelijk relevant. In de memorie van toelichting bij de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening is het volgende te lezen:¹²

'In Nederland geldt thans op basis van het derde lid van artikel 394 een uiterste publicatietermijn van dertien maanden na afloop van het boekjaar. (...) De nieuwe voorgeschreven publicatietermijn heeft tot gevolg dat de uiterste publicatietermijn in het derde lid van artikel 394 van dertien maanden wordt verkort tot twaalf maanden. Het tweede lid van artikel 394 schrijft voor dat de opgemaakte jaarrekening openbaar moet worden gemaakt indien de jaarrekening niet binnen

twee maanden na de termijn voor het opmaken van de jaarrekening is vastgesteld. De termijn voor het opmaken van de jaarrekening is voor NV's en BV's vijf maanden na afloop van het boekjaar. Deze termijn kan door de algemene vergadering wegens bijzondere omstandigheden worden verlengd met zes maanden (artikel 2:101 en 210 BW). Hiermee komt de uiterste termijn voor het opmaken van de jaarrekening op elf maanden. (...) Op basis van het huidige recht kan men daarmee uitkomen op een uiterste publicatietermijn van de (opgemaakte) jaarrekening van dertien maanden: vijf of zes maanden voor het opmaken van de jaarrekening plus zes of vijf maanden uitstel van het opmaken, plus twee maanden om de jaarrekening vast te stellen, maakt in totaal dertien maanden. Omdat de uiterste publicatietermijn niet meer dan twaalf maanden mag bedragen, wordt voorgesteld de verlengingstermijn van zes maanden voor NV's en BV's (...) met een maand te verkorten.'

De publicatietermijn van dertien maanden wordt door de minister dus uitsluitend in het kader van artikel 2:394 lid 2 en 3 BW geplaatst. Is de jaarrekening vastgesteld, dan geldt artikel 2:394 lid 1 BW onverkort.¹³ Dat volgt ook uit de memorie van toelichting bij de Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013:¹⁴

'De datum van vaststelling heeft ook gevolgen voor de deponering bij het handelsregister, die immers binnen acht dagen na vaststelling van de jaarrekening moet plaatsvinden (artikel 394 lid 1).'

Aan deze regel is ook vastgehouden in de Wet elektronisch deponeren van bescheiden in het handelsregister.¹⁵ Op grond van deze wetswijziging kan de jaarrekening uitsluitend langs elektronische weg bij het handelsregister worden aangeleverd. Deponering wordt dus (nog) makkelijker. Op het moment van schrijven van deze bijdrage was de datum van inwerkingtreding van deze wetswijziging nog niet bekend.¹⁶ Na inwerkingtreding geldt een gewijzigde tekst van artikel 2:394 lid 1 BW.

3 Tijdige publicatie en bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW

Het tijdig publiceren van de jaarrekening na haar vaststelling is van belang bij de vaststelling van de externe bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 2:248 BW. Het systeem in die bepaling is dat bij faillissement van de vennootschap bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn als sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling en als dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement (lid 1). Als het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting tot tijdige openbaarmaking van de jaarrekening ex artikel 2:394 BW, of niet voldaan heeft aan de boekhoudplicht ex artikel 2:10 BW, geldt op basis van artikel 2:248 lid 2 BW dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Tevens geldt het weerlegbare vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. Dit vermoeden houdt in dat wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting van artikel 2:10 of 2:394 BW, wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap is. De curator bevindt zich in dat geval in een makkelijke positie. Hij

hoeft slechts te stellen dat de jaarstukken niet tijdig gepubliceerd zijn. De bestuurder is dan aansprakelijk, tenzij (1) sprake is van een onbelangrijk verzuim, (2) het faillissement het gevolg is van een andere oorzaak (en niet van de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur op basis van het niet voldoen aan de verplichting van art. 2:10 of 2:394 BW), (3) de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur op basis van het niet voldoen aan de verplichting van artikel 2:10 of 2:394 BW niet aan de bestuurder in kwestie is te wijten en (4) de aansprakelijkheid van de bestuurder voor het boedelttekort moet worden gematigd tot nihil.

Uit het Van Schilt/Jansen-arrest¹⁷ volgt dat artikel 2:248 lid 2 BW ziet op *alle* verplichtingen voortvloeiende uit artikel 2:394 BW. Daarmee verdraagt zich niet de stelling van Van Hooff dat schending van de artikel 2:394 BW-verplichting niet leidt tot de toepasselijkheid van artikel 2:248 lid 2 BW.¹⁸ Immers, vanwege deze schending staat vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. In beginsel is daarmee de aansprakelijkheid van het bestuur een gegeven, waarbij de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen het onbehoorlijk bestuur en het faillissement van de vennootschap wordt ‘omgedraaid’. De enige manier om aan de aansprakelijkheid op basis van artikel 2:394 jo. artikel 2:248 lid 2 BW te ontkomen, is het weerleggen van het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling geen belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap. Op de bestuurder(s) lig(t)(gen) daarvan de stelplicht en de bewijslast.¹⁹

Gelet op dit wettelijke systeem hebben wij er eerder op gewezen dat een bestuurder persoonlijk aansprakelijk *kan* zijn bij niet-tijdige deponering. Ter vermindering van dit risico doet het bestuur er, gelet op het voorgaande, goed aan de jaarrekening tijdig na haar vereenvoudigde vaststelling te deponeren en niet de termijn van dertien maanden af te wachten.²⁰

In de literatuur wordt op grond van het Brens q.q./Sarper-arrest²¹ aangenomen dat een depot van de vastgestelde jaarrekening binnen de termijn van dertien maanden na einde boekjaar (art. 2:394 lid 3 BW) niet leidt tot boedelaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 2 BW.²² Ook Van Hooff huldigt deze opvatting onder verwijzing naar literatuur en dit arrest.²³ De Hoge Raad overwoog:

‘Bij de beantwoording van de vraag of een niet tijdig voldoen aan de in art. 2:394 neergelegde publikatieverplichting al dan niet een onbelangrijk verzuim als vorenbedoeld oplevert, moet in aanmerking worden genomen dat de ingrijpende bepaling van art. 2:248 lid 2 eerste zin haar rechtvaardiging vindt in het belang dat crediteuren van de vennootschap hebben bij naleving van de daar vermelde voorschriften, en dat het voor die crediteuren niet van belang is of de termijn voor het opmaken van de jaarrekening op formeel juiste wijze is verlengd, aangezien zij in elk geval rekening dienen te houden met de mogelijkheid dat tot de door de wet toegestane verlenging is besloten. De regels betreffende de termijnen waarbinnen volgens art. 2:210 het bestuur zijn daar bedoelde voorbereidende taak moet verrichten en de wijze waarop de algemene vergadering aan het bestuur nog een

verlenging kan toestaan, zijn van belang voor de taakverdeling binnen de vennootschap. Voor de crediteuren is in feite slechts van belang dat de jaarrekening niet later wordt gepubliceerd dan op het uiterste tijdstip dat in geval van verlenging van de termijn voor het opmaken geldt, dus uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar. Een redelijke uitleg van het bepaalde in art. 2:248 brengt daarom mee dat bij de beantwoording van voormelde vraag een overschrijding van de termijn voor openbaarmaking buiten beschouwing wordt gelaten voor zover die overschrijding het gevolg is van het ontbreken van een geldig besluit tot verlenging van de termijn geldende voor het opmaken van de jaarrekening.’ (r.o. 3.3)

Naar onze mening heeft het Brens q.q./Sarper-arrest alleen betrekking op de situatie waarin geen verlengingsbesluit in de zin van artikel 2:210 lid 1 BW is genomen. Over vaststelling rept de Hoge Raad niet. In het geval van een vereenvoudigde vaststelling in de zin van artikel 2:210 lid 5 BW gaat het niet om een verlengingsbesluit voor het opmaken van de jaarrekening. Artikel 2:210 lid 5 BW ziet op de wijze van vaststelling van de jaarrekening. Kort gezegd, bepaalt dat artikellid dat als alle aandeelhouders ook bestuurder van de vennootschap zijn, de ondertekening van de jaarrekening tevens als haar vaststelling geldt. Op grond van artikel 2:394 lid 1 BW moet de op die wijze vastgestelde jaarrekening vervolgens binnen acht dagen worden gepubliceerd. De Hoge Raad noemt in het Brens q.q./Sarper-arrest de dertienmaandentermijn slechts in het kader van het ‘uiterste tijdstip’ voor publicatie van de jaarrekening. Zoals gesteld, er kan echter al eerder een verplichting tot publicatie zijn ontstaan.²⁴

Gelijk A-G Asser in zijn conclusie onder het arrest schreef, is het besluit tot verlenging van de termijn om de jaarrekening op te maken een besluit met interne werking. De algemene vergadering geeft het bestuur van de vennootschap een langere termijn voor het opmaken van de jaarrekening. Deze besluitvorming is voor derden, onder wie crediteuren, onzichtbaar. De Hoge Raad kende daarom aan het ontbreken van dit besluit, terecht, geen gewicht toe.

4 De vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening: een extern besluit

Bij een vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening is (ook) de vraag aan de orde of sprake is van een extern besluit. Zoals wij eerder opgemerkt hebben, is dat onduidelijk.²⁵ Wij zouden vooralsnog tot uitgangspunt willen nemen dat de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening in de zin van artikel 2:210 lid 5 BW externe werking heeft, althans beoogt te hebben. De minister beschouwt de publicatieverplichting als een ‘*zeer fundamentele verplichting van het bestuur*’ of ‘een van de wezenlijke ten opzichte van derden die met de vennootschap te maken hebben meest belangrijke bestuurstaken’.²⁶ Ook het citaat uit de memorie van toelichting van het eerdergenoemde voorstel van de Verzamelwet wijst op het feit dat de publicatieverplichting een van de belangrijkste bestuurstaken is. Ook wijst de minister in deze memorie van toelichting nogmaals op de datum van vaststelling en tijdige publicatie.²⁷ Geparafraseerd zou kunnen worden opgemerkt dat de termijn van dertien maanden geldt als het moment

waarop belanghebbenden uiterlijk kennis moeten kunnen nemen van een al dan niet vastgestelde jaarrekening, en dat deze termijn in geval van een artikel 2:210 lid 5 BW-situatie een kortere termijn, namelijk een termijn van elf maanden en acht dagen, is. Immers, belanghebbenden weten dat in het geval van een ‘één directeur-groootaandeelhouder’-situatie de jaarrekening uiterlijk binnen elf maanden en acht dagen moet zijn gepubliceerd.

5 Conclusie

De essentie van al het voorgaande is dat een bestuurder van een vennootschap moet vermijden ooit in een artikel 248 lid 2 BW-situatie terecht te komen. Als de jaarrekening niet binnen elf maanden en acht dagen na haar vereenvoudigde vaststelling gepubliceerd wordt, dan is de onbehoorlijke taakvervulling een feit. Processueel staat de bestuurder dan 1-0 achter. Hij moet het vervolgens hebben van het weerlegbare vermoeden van ontbreken van causaliteit. Meer in het bijzonder moet hij stellen en bewijzen dat deze onbehoorlijke taakvervulling geen belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap is. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. In het Verify-arrest²⁸ heeft de Hoge Raad de regels daarover nog eens op een rij gezet:

‘Van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW is sprake indien het niet voldoen aan de verplichtingen als bedoeld in dat artikellid in de omstandigheden van het geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Indien het, zoals in dit geval, gaat om een overschrijding van de termijn van art. 2:394 lid 3 BW voor openbaarmaking van de jaarrekening, geldt dat het antwoord op de vraag of een overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten (HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189).’

En:

‘(...) in geval van een relatief korte overschrijding van de termijn van art. 2:394 lid 3 BW [zijn] geen hoge eisen (...) te stellen aan de verklaring die daarvoor wordt gegeven (vgl. HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994, NJ 1993/713 en HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1981, NJ 1996, 406).’

Bij een onbelangrijk verzuim speelt de dertienmaandentermijn dus wél een rol. Echter, in een faillissement is er meestal meer aan de hand dan alleen het niet-tijdig publiceren van de jaarrekening.

Kort en goed, zolang de wetgever artikel 2:210 lid 5 BW niet geschrapt of gewijzigd heeft of indien niet statutair van deze bepaling is afgeweken, zijn oplettendheid en tijdig deponeren vereist om te voorkomen dat het onweerlegbare vermoeden van onbehoorlijk bestuur zal gelden en de bestuurder daardoor in een lastige(re) procespositie komt te verkeren. *Better safe than sorry*. En een adviseur moet de bestuurder in ieder geval wijzen op de risico's die het overschrijden van deze termijn met zich brengen, zodat de bestuurder een weloverwogen beslissing kan nemen.²⁹ Meer en anders hebben wij in onze eerdere bijdrage in het Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur niet gesteld.³⁰

Noten

- 1** J.E.P.A. van Hooff, Aansprakelijkheid voor het boedelttekort en de publicatieplicht: wat is te laat deponeren?, MvO 2015, afl. 1/2, p. 29-34.
- 2** Zie de door Van Hooff 2015 aangehaalde literatuur.
- 3** Kamerstukken 33771, Stb. 2014, 540 (publicatie wet) en 541 (gedeeltelijke inwerkingtreding) en Stb. 2015, 247 (gedeeltelijke inwerkingtreding).
- 4** Kamerstukken 34176, Stb. 2015, 349 (publicatie wet) en 351 (inwerkingtreding per 1 november 2015).
- 5** Art. 2:210 lid 1 en 2 BW.
- 6** Art. 2:210 lid 3 t/m 7 BW.
- 7** Art. 2:394 lid 1 t/m 3 BW.
- 8** Van Hooff 2015, p. 32.
- 9** HR 11 juni 1993, NJ 1993/713 m.nt. Ma (Brens q.q./Sarper).
- 10** Zie ook Van der Heijden & Van der Grinten/Dortmond, *Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 330.1, p. 723.
- 11** Van Hooff 2015, p. 33, r.k.
- 12** Kamerstukken II 2014/15, 34176, 3, p. 34 (MvT).
- 13** Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de vaststelling binnen de uiterste publicatietermijn van dertien maanden van art. 2:394 lid 3 BW plaatsvindt.
- 14** Kamerstukken II 2013/14, 33771, 3, p. 6 (MvT).
- 15** Wijziging van de Handelsregisterwet 2007, het Burgerlijk Wetboek en de Wet op de formeel

buitenlandse vennootschappen in verband met deponering van bescheiden in het handelsregister langs elektronische weg, Kamerstukken 34262, Stb. 2015, 505.

16 Op 8 december 2015 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel als hamerstuk afgedaan.

17 HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2 m.nt. Ma, r.o. 4.4.1.

18 Van Hooff 2015, p. 32. In zijn conclusie in par. 3 op p. 34 formuleert Van Hooff het zuiverder.

19 HR 30 november 2007, NJ 2008/91 m.nt. Ma (Blue Tomato). Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/570 onder c.

20 C.A. Schwarz & R.A. Wolf, De vereenvoudigde vastgestelde jaarrekening. De gemiste kans van (het voorstel van) de Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013, TvOB 2014, afl. 1, p. 27-28.

21 HR 11 juni 1993, NJ 1993/713 m.nt. Ma (Brens q.q./Sarper).

22 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/569; H. Beckman, Depot van de jaarrekening en andere daarmee verband houdende jaarrekeningperikelen, Ondernemingsrecht 2013/59; H. Beckman, Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland, Deventer: Kluwer 2013, p. 684; H. Beckman e.a., Sdu Commentaar Ondernemingsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, art. 2:394 BW, aant. C1, laatste alinea (bijgewerkt tot 2 april 2015).

23 Van Hooff 2015, p. 30-33 en de aldaar in de noten genoemde literatuur.

24 Kamerstukken II 1987/88, 20556, 3, p. 5 (MvT).

25 Schwarz & Wolf 2014, p. 27-28.

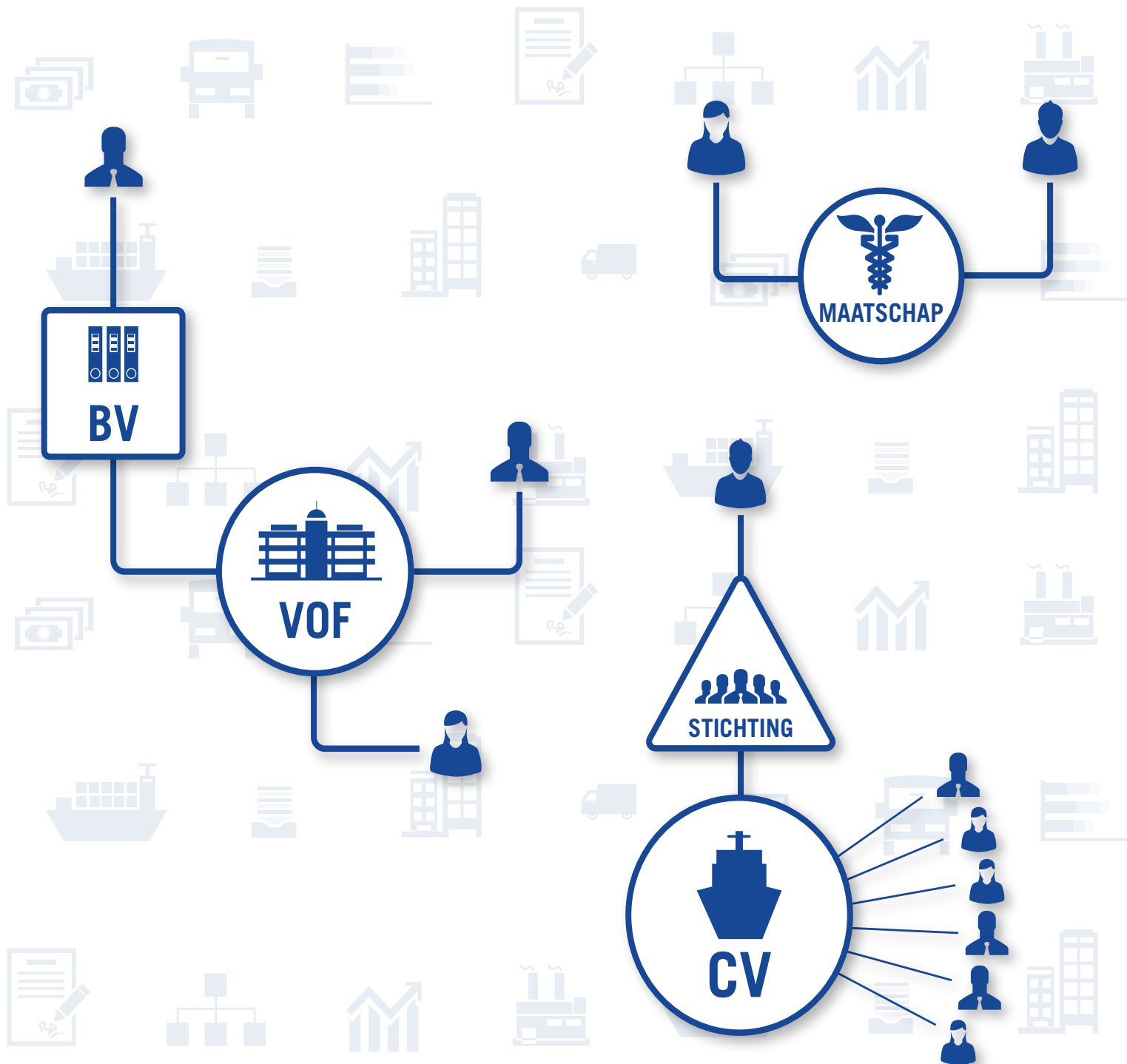
26 Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 18, 22 en 27 (MvA).

27 Kamerstukken II 2013/14, 33771, 3, p. 6 (MvT).

28 HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, NJ 2014/7 m.nt. P. van Schilfgaarde (Verify), r.o. 3.6.2 en 3.6.4. Zie ook HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, NJ 2013/401 (Apeldoornse Asbestsanering).

29 Vgl. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, NJ 2015/267.

30 Schwarz & Wolf 2014.



Werkgroep personenvennootschappen

September 2016

MODERNISERING PERSONENVENNOOTSCHAPPEN

Modernisering Personenvennootschappen

Rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen

prof. mr. M. van Olfen (voorzitter)

mr. J.M. Blanco Fernández

mw. mr. S. Drion

prof. dr. P.H.J. Essers

mr. W.J.M. Gitmans

mr. V.A.E.M. Meijers

prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers

mr. A.J.S.M. Tervoort

prof. mr. W.J.M. van Veen

prof. mr. D.F.M.M. Zaman

mr. E.A. van Dooren (secretaris)

mr. T. Salemink (secretaris)

Amsterdam, September 2016

VOORWOORD

De werkgroep is samengesteld uit juristen en fiscalisten uit praktijk, wetenschap en bedrijfsleven. Wat hen bindt is een bijzondere interesse voor de personenvennootschap, de maatschap, de vennootschap onder firma (VOF) en de commanditaire vennootschap (CV). De werkgroep is een particulier initiatief om te komen tot een nieuwe wettelijke regeling voor de personenvennootschap.

De huidige wettelijke regeling voor de personenvennootschap dateert uit 1838 en is sinds die tijd niet noemenswaardig herzien. De regeling is verspreid uitgewerkt in verschillende wetten en aangevuld door veel rechtspraak en juridische literatuur. Als gevolg daarvan is de rechtsfiguur van de personenvennootschap niet gemakkelijk toegankelijk en ten opzichte van andere westerse landen, zowel binnen als buiten de EU, sterk verouderd. Tot op heden zijn er twee initiatieven geweest tot vernieuwing van de wettelijke regeling van de personenvennootschap. Een eerste poging is ondernomen in de 50'er jaren van de vorige eeuw met het voorontwerp-Van der Grinten voor titel 7.13 van het (nieuw) Burgerlijk Wetboek. Die poging is nimmer omgezet in een voorstel van wet. Eind 2002 is een nieuwe poging gedaan met een voorstel van wet dat de eindstreep niet heeft gehaald.

Over deze (voor-)ontwerpen is veel geschreven en gesproken. Voor- en tegenstanders van de gepresenteerde voorstellen hebben zich luid en duidelijk laten horen. Omdat de tegenstellingen op verschillende onderwerpen nogal groot zijn, lijkt de wetgever niet op korte termijn met een nieuw voorstel te zullen komen. De werkgroep acht het niet gewenst dat er nog lange tijd met de huidige wettelijke regeling moet worden voortgeploeterd. Vandaar een nieuw initiatief.

De werkgroep is haar werkzaamheden gestart in 2012. Zij heeft zichzelf ten doel gesteld een aanzet te geven tot een nieuwe wettelijke regeling voor de personenvennootschap, waarin aanbevelingen zijn opgenomen voor het oplossen van knelpunten en lacunes in het huidige recht en zo bij te dragen aan de noodzakelijke modernisering en innovatie van dit rechtsgebied. Daarbij is rekening gehouden met de fiscale implicaties van bepaalde keuzes. In de werkgroep zijn over diverse onderwerpen pittige discussies gevoerd. Daaruit blijkt dat binnen en buiten de werkgroep verschillende visies bestaan op onderwerpen als rechtspersoonlijkheid, (beperking van) aansprakelijkheid, nut en noodzaak van wettelijke regelingen voor reorganisaties en handhaving van de indeling in vennootschappen zoals wij die vandaag kennen. De ideale regeling die recht doet aan de wensen van eenieder is simpelweg niet beschikbaar. De werkgroep heeft op verschillende onderwerpen een keuze moeten maken, waarbij andere alternatieven ook denkbaar waren geweest.

De werkgroep heeft een ontwerp van dit rapport en het bijgaande voorstel voor een wettelijke regeling besproken met de Commissie Vennootschapsrecht op 4 april 2016. Een aangepast rapport en het voorstel voor een wettelijke regeling is besproken tijdens het op 15 juni 2016 gehouden symposium in Amsterdam: 'Naar een nieuwe regeling voor de Personenvennootschap'. De werkgroep heeft een definitief rapport en voorstel voor een wettelijke regeling op 26 september 2016 aangeboden aan de minister van Veiligheid en Justitie.

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding en uitgangspunten 9

- 1.1 Doelstelling 9
- 1.2 Uitgangspunten 9
 - 1.2.1 Eén wettelijke regeling 9
 - 1.2.2 Een spoorboekje met regelend recht als uitgangspunt 9
 - 1.2.3 Elimineren van niet effectieve regels en vermindering van (administratieve) lasten 10
 - 1.2.4 Een gebalanceerde bescherming van crediteuren 10
 - 1.2.5 Beperken van rechtsonzekerheid 10
 - 1.2.6 Ontwikkelingen in andere landen. Faciliteren van de behoeften van nationale en internationale praktijk 11
 - 1.2.7 Handhaven van de mogelijkheid van fiscale transparantie voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Gevolgen voor overdrachtsbelasting 11

Hoofdstuk 2 Materiële kenmerken. Beroep en bedrijf 12

Hoofdstuk 3 Handhaven van de maatschap, VOF en CV; beperking van aansprakelijkheid voor beroepsfouten 13

Hoofdstuk 4 Rechtspersoonlijkheid 14

- 4.1 Invoering personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid 14
- 4.2 Verkrijgen van rechtspersoonlijkheid 14
- 4.3 Gebreken in de overeenkomst; ontbinding van de rechtspersoon 15
- 4.4 Overgangsregeling/gevolgen huidige personenvennootschappen 15

Hoofdstuk 5 Bestuur 16

- 5.1 Bestuur 16
- 5.2 Vertegenwoordiging 16

Hoofdstuk 6 Gebondenheid van vennoten tegenover derden 18

- 6.1 Gebondenheid bij toe- en uittreding 18
 - 6.1.1 Toetreding 18
 - 6.1.2 Uittreding 19
- 6.2 Beperking van aansprakelijkheid voor beroepsfouten 19

Hoofdstuk 7 Het vermogen van de vennootschap 21

- 7.1 Geen afgescheiden vermogen voor de stille vennootschap **21**
- 7.2 Een afgescheiden vermogen voor de openbare niet-ingeschreven vennootschap **21**
- 7.3 Toe- en uittreden van vennoten **21**
- 7.4 Vruchtgebruik en pandrecht **22**

Hoofdstuk 8 Commanditaire vennootschap 23

- 8.1 Algemeen **23**
- 8.2 Naamvoerings- en bestuursverbod **23**
- 8.3 CV op aandelen **24**

Hoofdstuk 9 Herstructurering 25

- 9.1 Algemeen **25**
- 9.2 Toe- en uittreding. Opvolging **25**
- 9.3 Wijziging soort personenvennootschap **26**
- 9.4 Omzetting **26**
- 9.5 Fusie en splitsing **27**

Hoofdstuk 10 Ontbinding en vereffening 28

Hoofdstuk 11 Fiscaliteit 29

Bijlagen

- Bijlage samenstelling werkgroep **31**
- Bijlage fiscale aspecten **32**
- Voorstel Titel 7.13 **47**
- Voorstel Memorie van Toelichting **63**

1. Inleiding en uitgangspunten

1.1 Doelstelling

De werkgroep heeft zich ten doel gesteld een aanzet te geven tot een nieuwe wettelijke regeling voor de personenvennootschap. Zij doet daarbij aanbevelingen voor het oplossen van knelpunten en het invullen van lacunes in het huidige recht inzake de personenvennootschap en beoogt invulling te geven aan een noodzakelijke modernisering en innovatie. De concrete aanbevelingen zijn uitgewerkt in een ontwerp voorstel van wet dat van een (memorie van) toelichting is voorzien. Het ontwerp bevat waar wenselijk en mogelijk eveneens een codificatie van het nu geldende recht. Het ontwerp en de memorie van toelichting zijn als bijlagen bij dit rapport gevoegd.

Dit rapport geeft een overzicht van de belangrijkste onderwerpen die de werkgroep heeft gesignaleerd in de huidige wettelijke regeling over de personenvennootschappen die in de praktijk tot problemen of onduidelijkheden leiden dan wel aanvulling behoeven. Ten aanzien van deze onderwerpen wordt vervolgens aangegeven welke alternatieve oplossingen door de werkgroep zijn besproken en welke oplossing volgens de werkgroep aanbeveling verdient. De werkgroep heeft bij het doen van de concrete aanbevelingen en de daarbij behorende uitwerking noodzakelijkerwijs keuzes moeten maken.

1.2 Uitgangspunten

De werkgroep heeft conform haar doelstelling primair aandacht geschonken aan het lokaliseren van knelpunten en lacunes in het recht inzake de personenvennootschap en het aandragen van oplossingen daarvoor. De werkgroep heeft voorts aandacht besteed aan mogelijkheden om de wettelijke regeling voor de personenvennootschap met behoud dan wel bevordering van rechtszekerheid te vereenvoudigen, te flexibiliseren en te innoveren. Daarmee wordt gehoor gegeven aan een roep tot heroverweging die al langere tijd klinkt.

De werkgroep heeft zich door de volgende uitgangspunten laten leiden.

1.2.1 Eén wettelijke regeling

De wettelijke regeling voor de personenvennootschap is thans neergelegd in verschillende wetten. De maatschap vindt haar basis in Boek 7A. De VOF en de CV vinden een (verdere) uitwerking in het Wetboek van Koophandel. Op de personenvennootschap is het algemene vermogensrecht bij wijze van aanvullend recht van toepassing. Een zo verspreide regeling draagt niet bij aan de kenbaarheid en het gebruik van de personenvennootschap. Om die reden zal zo veel als mogelijk worden voorzien in een regeling in één wet. In dit opzicht ligt deze exercitie in het verlengde van het wetgevingsproject dat in 1954 is ingezet door E.M. Meijers met de eerste wetsvoorstellen en dat mede was gericht op het incorporeren van het handelsrecht in het Burgerlijk Wetboek.

1.2.2 Een spoorboekje met regelend recht als uitgangspunt

Een groot deel van de gebruikers van de personenvennootschap bevindt zich in de sfeer van midden- en kleinbedrijf, agrarische ondernemingen en dienstverlening. Dergelijke gebruikers van de personenvennootschap hebben baat bij een wettelijke regeling die zo veel als mogelijk voorziet in een spoorboekje. Daarmee is hun samenwerking als het ware al vorm gegeven en bestaat er minder behoefte aan lijvige en uitgewerkte overeenkomsten. Tegelijkertijd moet worden onderkend dat een “one model fits

all” benadering beklemmend of zelfs verstikkend kan werken. Ondernemers die een *custom made* regeling willen uitwerken moeten daar zo veel als mogelijk in worden vrij gelaten. Dwingendrechtelijke bepalingen moeten beperkt blijven tot regelingen ter bescherming van specifieke stakeholders, zoals crediteuren.

1.2.3 Elimineren van niet effectieve regels en vermindering van (administratieve) lasten

Bij het doornemen van het bestaande recht heeft de werkgroep zich mede de vraag gesteld of bestaande regels effectief zijn en of de effectiviteit in verhouding staat tot de daarmee verband houdende (administratieve) lasten. Dit heeft vooral met betrekking tot voortzetting van de activiteiten van een vennootschap in een ander (samenwerkings)verband geleid tot de aanbeveling een aantal regels te schrappen en die te vervangen door meer gebruikersvriendelijke bepalingen.

1.2.4 Een gebalanceerde bescherming van crediteuren

De regeling van aansprakelijkheid van vennoten van een personenvennootschap is naar huidig recht gecompliceerd en kan leiden tot vragen omtrent de redelijkheid daarvan. Daarbij kan worden gedacht aan de aansprakelijkheid van vennoten bij toe- en uittreding. In dat verband is nog onlangs door de Hoge Raad met betrekking tot het huidige recht beslist dat vennoten die toetreden tot een VOF mede verbonden zijn voor alle verbintenissen van de VOF die bestaan op het moment van toetreden.¹ Ook kan worden gedacht aan de aansprakelijkheid van commanditaire vennoten bij overtreding van verboden.² Een onevenredig groot aansprakelijkheidsrisico kan een remmend effect hebben op de bereidheid te participeren in een personenvennootschap waardoor uiteindelijk de continuïteit van ondernemingen gedreven in de vorm van een personenvennootschap in het gedrang kan komen. Maar ook moet worden gedacht aan de ontwikkeling van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid in andere landen.³ De groei van het gebruik van deze rechtsvormen toont aan dat daaraan althans in die landen grote behoefte bestaat. Ook in Nederland worden dergelijke buitenlandse rechtsvormen met een beperking van aansprakelijkheid gebruikt. De gebruikers worden daarbij gesteund door de zich snel ontwikkelende jurisprudentie over de vrijheid van vestiging van vennootschappen. Deze ontwikkeling is structureel in een hoge versnelling gekomen na het arrest van het Europese Hof van Justitie van 9 maart 1999 in de Centros zaak.⁴ In deze context past ook de roep naar een vennootschapsvorm die meer bescherming biedt tegen persoonlijke aansprakelijkheid.

1.2.5 Beperken van rechtsonzekerheid

Het recht inzake de personenvennootschap verschaft een juridische basis aan met name het midden- en kleinbedrijf. Het moet daarom op de praktijk gericht recht zijn en daarnaast een grote mate van helderheid en zekerheid bieden. Om die reden en met het oog op het beperken van (extra) administratieve lasten heeft de werkgroep als uitgangspunt genomen dat rechtsregels die in praktijk, literatuur en jurisprudentie zijn uitgekristalliseerd en overigens niet omstreden zijn of door evident betere vervangen kunnen worden, ongewijzigd gehandhaafd kunnen worden. Hierbij past ook het streven om waar mogelijk invoeringsfricties te vermijden.

¹ HR 13 maart 2015, NJ 2015, 241, m.nt. Van Schilfgaarde.

² Zie art. 21 K waarover recent nog in matigende zin HR 29 mei 2015, NJ 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde.

³ Bijvoorbeeld de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk (LLP en LLC) en de Bondsrepubliek Duitsland (Partnerschaftsgesellschaft Angehöriger Freier Berufe en Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung).

⁴ C-212/97, ECR 1999, I-1459; NJ 2000, 48 m.nt. P. Vlas; JOR 1999/117 m.nt. G. van Solinge.

De werkgroep heeft echter ook moeten constateren dat in het huidige recht veel onderwerpen niet uitgekristalliseerd zijn of omstreden zijn of soms door evident betere vervangen kunnen worden. Daarbij kan met name worden gedacht aan de rechtsbevoegdheid van een personenvennootschap.

1.2.6 Ontwikkelingen in andere landen. Faciliteren van de behoeften van nationale en internationale praktijk

De evolutie van de personenvennootschap heeft in andere landen niet stil gestaan. In veel landen is de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid geïntroduceerd; in 1994 in Duitsland; in 2003 in Engeland.

1.2.7 Handhaven van de mogelijkheid van fiscale transparantie voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Gevolgen voor overdrachtsbelasting

Voor de praktijk is het van groot belang dat de fiscale transparantie behouden blijft. Door de personenvennootschap niet als een voor de vennootschapsbelasting zelfstandig lichaam aan te merken, wordt fiscaal als het ware door de personenvennootschap heen gekeken. Een van de gevolgen hiervan is dat verliezen van een personenvennootschap voor de toepassing van de inkomsten- en vennootschapsbelasting rechtstreeks kunnen worden verrekend met de 'eigen' positieve resultaten van de vennoten. Daarnaast zijn voor de vennoten van een personenvennootschap verschillende fiscale ondernemingsfaciliteiten van toepassing die niet gelden voor de aandeelhouders van een BV. Voor de overdrachtsbelasting geldt een andere systematiek. Voor de toepassing van die belasting is bepalend wie als (economisch) eigenaar van de onroerende zaak moet worden aangemerkt: is dat de personenvennootschap of zijn dat de vennoten van de personenvennootschap? Dit wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk 11 en in de bijlage over de fiscale aspecten.

2. Materiële kenmerken. Beroep en bedrijf

De huidige omschrijving van de personenvennootschap in artikel 1655 van Boek 7A wordt algemeen als onvoldoende bruikbaar beschouwd. Zo komt het meest kenmerkende element van de overeenkomst van vennootschap, de eis tot samenwerking tussen partijen, in de omschrijving niet voor. De in het artikel genoemde verplichting van vennoten om iets in gemeenschap te brengen wordt daarentegen doorgaans niet als een vereiste voor het bestaan van een overeenkomst van vennootschap beschouwd. De werkgroep is van oordeel dat een betere omschrijving noodzakelijk is. Daarbij kiest het wetsvoorstel voor een systeem van materiële kenmerken: de vennootschap is alleen de overeenkomst die voldoet aan alle kenmerken genoemd in artikel 1. In het verlengde hiervan ligt dat een overeenkomst die aan deze kenmerken voldoet steeds als vennootschap moet worden gekwalificeerd, ook al zijn partijen zich er niet van bewust dat zij een vennootschap vormen. Deze keus is in lijn met het bestaande recht.⁵ In de wettelijke systematiek kwalificeert de personenvennootschap als bijzondere overeenkomst. De wettelijke regeling dient daarom te worden opgenomen in Boek 7.

De werkgroep heeft bij het vormen van een vennootschapsbegrip een evenwicht trachten te vinden tussen enerzijds een ruim begrip dat toepasselijk zou zijn op uiteenlopende samenwerkingsvormen en anderzijds een eng begrip dat alleen toepasselijk zou zijn op de meest gangbare vennootschappen. Een ruim begrip zou bijvoorbeeld ook van toepassing zijn op samenwerkingsverbanden met een ideëel doel of buiten de commerciële sfeer, terwijl een eng begrip bijvoorbeeld zou vereisen dat bij elke vennootschap alle vennoten in het resultaat van de vennootschap delen. Het een noch het andere vindt de werkgroep wenselijk. Het komt haar voor dat een doelmatige afbakening niet zo ruim moet zijn dat ook ideële verbanden daaronder vallen, maar ook niet zo eng dat bij alle vennootschappen sprake moet zijn van verplichte deelname van alle vennoten in het resultaat. Het voorgestelde begrip is naar het oordeel van de werkgroep ruim genoeg om het overgrote deel van de vennootschappelijke samenwerkingsverbanden te omvatten, daarbij ruimte latend voor wat uitzonderlijke situaties, en eng genoeg om samenwerkingsverbanden uit te sluiten die om verschillende redenen niet goed inpasbaar zijn in de algehele regeling van de personenvennootschap.

Het huidige recht maakt onderscheid tussen vennootschappen die gericht zijn op de uitoefening van een beroep en die welke gericht zijn op de uitoefening van een bedrijf. De eerste vorm wordt als maatschap in het Burgerlijk Wetboek geregeld. De tweede wordt als VOF of CV in het Wetboek van Koophandel geregeld. Het wetsvoorstel zet de lijn naar verdere integratie van Burgerlijk Wetboek en Wetboek van Koophandel door en geeft een integrale regeling voor de personenvennootschap in het Burgerlijk Wetboek. Het onderscheid tussen beroep en bedrijf behoudt wel enige betekenis in verband met het – evenals onder huidig recht bestaande – onderscheid in verbondenheid tussen de maatschap (gelijke delen) en de vennootschap onder firma (hoofdelijkheid) en met de voorgestelde specifieke aansprakelijkheidsregeling voor beroepshandelingen (zie hierover paragraaf 6.2).

5 HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, m.nt. Van Schilfgaarde.

3. Handhaven van de maatschap, VOF en CV; beperking van aansprakelijkheid voor beroepsfouten

De werkgroep acht het wenselijk om binnen de rechtsvorm personenvennootschap afzonderlijke soorten voor beroep en bedrijf te handhaven. De praktijk is vertrouwd met het onderscheid beroep/bedrijf, terwijl niet gebleken is dat het onderscheid tot problemen leidt. Ook in andere landen wordt een dergelijk onderscheid toegepast. De afschaffing van een onderscheid tussen beroep en bedrijf zou ook leiden tot invoeringsfricties. Het onderscheid biedt ook de mogelijkheid om een eigen aansprakelijkheidsregime voor de beroepsuitoefening in te voeren. Beroepsbeoefenaren worden in beginsel beschermd tegen aansprakelijkheid voor beroepsfouten die niet door henzelf maar door een medevenoot zijn gemaakt. Zie nader over dit onderwerp paragraaf 6.2.

In het verlengde van de handhaving van het onderscheid tussen beroep en bedrijf ligt de handhaving van het in het huidige recht bestaande verschil tussen maatschap en vennootschap onder firma. Ook in het wetsvoorstel is de maatschap de vennootschap voor de uitoefening van een beroep en de vennootschap onder firma de vennootschap voor de uitoefening van een bedrijf. Met de bijzondere regeling van de aansprakelijkheid voor beroepsbeoefenaren in de maatschap sluit het voorstel aan bij de tendens in andere landen om rechtsvormen die specifiek zien op de beroepsuitoefening te creëren. Daarnaast kent het wetsvoorstel de commanditaire vennootschap, die net als de vennootschap onder firma gericht is op bedrijfsuitoefening, maar waarbij de commanditaire vennoten niet verbonden zijn voor de schulden van de vennootschap. Door de maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap te handhaven worden ook invoeringsfricties voorkomen.

Het wetsvoorstel regelt ook de stille vennootschap. Dit is de vennootschap die niet aan het rechtsverkeer deelneemt. Naar huidig recht zou deze soort worden aangeduid als een stille maatschap. In de praktijk speelt zij een niet onbelangrijke rol. Zie over de regeling betreffende de gebondenheid van de vennoten bij de stille vennootschap en het vermogen van de stille vennootschap nader paragraaf 6.1 respectievelijk paragraaf 7.1

4. Rechtspersoonlijkheid

4.1. Invoering personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid

De openbare vennootschap is, naast een overeenkomst tussen de vennoten, ook een eenheid die onder eigen naam aan het rechtsverkeer deelneemt. Deze deelname aan het rechtsverkeer doet rechtsverhoudingen ontstaan tussen de vennootschap en derden. De regeling van deze verhoudingen is in het huidige recht bijzonder ingewikkeld. Wegens het ontbreken van rechtspersoonlijkheid van de vennootschap worden de verhoudingen toegerekend aan de gezamenlijk handelende vennoten. Dit leidt tot moeilijke dogmatische onderscheidingen en kosten voor het toe- en uittreden van vennoten. Om een voorbeeld te noemen: de dagvaarding van een vennootschap en de vennoten levert in de praktijk nogal eens moeilijkheden op.⁶ De toekenning van de rechtspersoonlijkheid aan de openbare vennootschap biedt naar het oordeel van de werkgroep de beste oplossing voor een efficiënte regeling van de deelname van de vennootschap aan het rechtsverkeer. De werkgroep zet op dit punt de oplossingsrichtingen voort uit het voorontwerp-Van der Grinten en de ontwerptitel 7.13.

De toekenning van rechtspersoonlijkheid aan de personenvennootschap laat onverlet dat de vennootschap primair een overeenkomst tussen de vennoten is. De werkgroep heeft daarom, voortbouwend op de systematiek van het Burgerlijk Wetboek, ervoor gekozen de vennootschap als benoemde overeenkomst in Boek 7 te regelen en niet als een rechtspersoon in Boek 2.

4.2 Verkrijgen van rechtspersoonlijkheid

De werkgroep acht het gewenst dat over het bestaan van de vennootschap als rechtspersoon zo min mogelijk onzekerheid bestaat. Met het oog daarop is ervoor gekozen verkrijging en verlies van de rechtspersoonlijkheid aan een eenvoudige, formele en openbare handeling te verbinden. De rechtspersoon ontstaat met ingang van de dag volgend op de dag dat de vennootschap in het handelsregister is ingeschreven. De rechtspersoon eindigt na ontbinding met ingang van de dag volgend op de dag waarop de beëindiging van de vereffening is ingeschreven in het handelsregister. Hiermee kan snel en efficiënt, door raadpleging van het handelsregister, zekerheid over het bestaan van de rechtspersoon worden verkregen.

De werkgroep heeft gediscussieerd over de wenselijkheid om voor de totstandkoming van de rechtspersoon een notariële akte te eisen, zoals dat voor de rechtspersonen van Boek 2, met uitzondering van de zogenoemde informele vereniging, geldt. Hoewel de notariële tussenkomst voordelen biedt, meent de werkgroep dat een lichtere formaliteit, zoals de inschrijving in het handelsregister, de voorkeur verdient. Het voornaamste doel van de formaliteit, namelijk zekerheid omtrent het ontstaan van de rechtspersoon, kan door de inschrijving worden verkregen. Het komt de werkgroep voor dat de inschrijving in handelsregister voor het MKB kostenefficiënter en gemakkelijker is dan de gang naar de notaris. Dit sluit ook aan bij regelingen op dit punt in buitenlandse rechtsstelsels en het voorstel voor een nieuwe titel 7.13 BW van 1972.

De werkgroep heeft onderkend dat het vereiste van inschrijving, hoe wenselijk ook, niet geheel kan worden afgedwongen. Er moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat vennootschappen aan het

⁶ Vgl. HR 15 maart 2013, NJ 2013, 290, m.nt. Van Schilfgaarde.

rechtsverkeer deelnemen die niet in het handelsregister zijn ingeschreven. Het wetsvoorstel voorziet in dit probleem. De vennootschap die niet is ingeschreven heeft niet het voordeel van de rechtspersoonlijkheid. Daarnaast wordt de beschermingsbepaling van het huidige artikel 29 WvK gehandhaafd met uitbreiding van het toepassingsbereik tot alle openbare vennootschappen. Hierdoor worden geen nieuwe soorten vennootschappen gecreëerd. De bepaling geldt als sanctie voor een vennootschap die niet is ingeschreven. Een dergelijke regeling bestaat ook in Boek 2.

4.3 Gebreken in de overeenkomst; ontbinding van de rechtspersoon

Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid van ontbinding van de vennootschap wanneer de vennootschap niet blijkt te voldoen aan de materiële kenmerken van de overeenkomst van vennootschap. Het is denkbaar dat een dergelijke overeenkomst als vennootschap in het handelsregister wordt ingeschreven. In dat geval ontstaat toch een rechtspersoon. Iedere belanghebbende kan dan vorderen dat de rechter de rechtspersoon ontbindt. Dit stelsel, waarin het ontstaan van de rechtspersoon enigszins wordt losgemaakt van de geldigheid van de daaraan ten grondslag liggende rechtshandeling, vertoont een zekere gelijkenis met de regeling van Boek 2 (artikel 4 lid 2 en 21).

4.4 Overgangsregeling/gevolgen huidige personenvennootschappen

De invoering van rechtspersoonlijkheid leidt tot een wijziging in de rechtspositie van bestaande personenvennootschappen. Deze ontberen in het huidige recht rechtspersoonlijkheid. Het vermogen van de vennootschap is gemeenschappelijk vermogen van de vennoten. Het zijn van rechtspersoon brengt voor de personenvennootschap mee dat het vennootschappelijk vermogen aan de rechtspersoon en niet aan de vennoten toebehoort. Voor deze wijziging moet een overgangsregeling worden gecreëerd. De werkgroep bepleit eenzelfde soort regeling die de wetgever bij de invoering van Boek 2 heeft voorzien voor de vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid, dus de vereniging van artikel 30 van Boek 2. Een op het tijdstip van inwerkingtreding van het wetsvoorstel bestaande vennootschap die is ingeschreven bezit van dat tijdstip af rechtspersoonlijkheid. Goederen die op dat tijdstip aan de vennootschap zouden toebehoren, indien zij, toen het goed te haren behoefte werd verkregen, reeds rechtspersoon was geweest, gaan bij het inwerking treden van het wetsvoorstel van rechtswege op haar over (artikel 37 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek). Deze oplossing heeft als voordeel dat er geen veranderingen optreden in de vermogensrechtelijke positie van de vennootschap: het vermogen waartoe de vennoten vóór de invoering van het wetsvoorstel gezamenlijk (als vennoten) gerechtigd waren, komt op het tijdstip van inwerkingtreding van het wetsvoorstel van rechtswege toe aan de vennootschap rechtspersoon. In verband met de vereiste titelrecherche bij een latere overdracht, zouden registergoederen en aandelen op naam waar voor de levering een notariële akte is voorgeschreven moeten worden uitgezonderd. Zie hierover ook artikel 6 van het onderhavige voorstel met de daarbij behorende toelichting. Indien een stille vennootschap vóór de invoering van rechtspersoonlijkheid al is ingeschreven, dienen haar vennoten deze uit te schrijven of te accepteren dat de vennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt.

5. Besturen van de vennootschap

5.1 Bestuur

De huidige wet spreekt niet over het bestuur van de vennootschap, maar over het ‘beheer’. Deze term geeft niet goed weer wat de inhoud van deze activiteit is. Heden ten dage worden onder ‘beheer’ werkzaamheden verstaan van hoofdzakelijk administratieve aard, gericht op het in stand houden van een bepaald vermogen. Bovendien kan het begrip ‘beheren’ juridisch het misverstand oproepen dat daden van beschikking, zoals de eigendomsoverdracht van een activum van de vennootschap, daaronder niet zijn begrepen. In hedendaags taalgebruik wordt de hier bedoelde activiteiten gezamenlijk veeleer aangeduid met de term ‘besturen’. In het ontwerp wordt het begrip ‘beheer’ dan ook vervangen door het begrip ‘bestuur’. Inhoudelijk is gekozen voor een stelsel waarbij voor alle vennootschapsvormen geldt dat het bestuur berust bij alle vennoten gezamenlijk.⁷ Deze regel sluit ook het nauwst aan bij de persoonlijke aansprakelijkheid van iedere vennoot. Mochten de vennoten een hiervan afwijkende bestuursregeling willen treffen dat staat hun dat vrij: de wettelijke regeling is van regelend recht.

Daarnaast is iedere vennoot bevoegd tot het verrichten van alle handelingen die gelet op het doel van de vennootschap tot haar normale werkzaamheden behoren. Daarmee beoogt het ontwerp te voorkomen dat voor alledaagse activiteiten de instemming van alle vennoten nodig is, wat tot onwenselijke inefficiënties in de besluitvorming zou kunnen leiden. Nieuw is de hieraan toegevoegde regel dat iedere vennoot ook bevoegd is tot het verrichten van handelingen die geen uitstel kunnen lijden, ook al vallen die buiten de normale werkzaamheden van de vennootschap.

In overeenstemming met wat thans al als geldend recht wordt aangenomen, maar niet in de wet is opgenomen, is uitdrukkelijk bepaald dat alle vennoten verplicht zijn aan de andere vennoten rekening en verantwoording af te leggen omtrent hun activiteiten ten behoeve van de vennootschap.

5.2 Vertegenwoordiging

Als hoofdregel is opgenomen dat iedere gewone vennoot van een openbare vennootschap bevoegd is haar te vertegenwoordigen. Deze regel stemt inhoudelijk overeen met de regel die naar huidig recht geldt voor de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. Zij wijkt ten aanzien van de maatschap af van de huidige regeling. Naar huidig recht wordt de maatschap zelf in beginsel slechts verbonden indien alle maten voor iedere externe handeling van de maatschap volmacht hebben verleend om hen te vertegenwoordigen. De werkgroep is van mening dat het niet gewenst is dit onpraktische onderscheid, dat niet goed aansluit bij de wijze waarop maatschappen veelal aan het rechtsverkeer deelnemen, te laten voortbestaan. Het staat partijen vrij ook op dit punt een van de wet afwijkende regeling te treffen.

Voor wat betreft de gebondenheid van de vennoten jegens derden, kan in belangrijke mate worden teruggevallen op de algemene leerstukken omtrent hoofdelijke verbondenheid dan wel verbondenheid voor gelijke delen. De hoofdregel dat bij de vennootschap onder firma elke vennoot bevoegd is de vennootschap en andere vennoten te verbinden, is gehandhaafd. In de literatuur is gediscussieerd over de vraag of

⁷ Met uitzondering van de commanditaire vennoten van een CV; zie hieronder bij 7.2.

hetzelfde uitgangspunt niet ook voor de openbare maatschap zou moeten gelden.⁸ Ten einde de op dit punt wenselijke verduidelijking te realiseren, wordt voorgesteld ook voor de maatschap - die in het bestel van het voorliggende ontwerp steeds een openbare vennootschap is - te bepalen dat in beginsel elk van de vennoten bevoegd is tot vertegenwoordiging. De hoofdregel dat bij de vennootschap onder firma de verbondenheid hoofdelijk is, is gehandhaafd nu niet gebleken is dat dit als knelpunt wordt ervaren. Ook is gehandhaafd de hoofdregel dat bij de maatschap de verbondenheid voor gelijke delen geldt.

⁸ Zie Asser/Maeijer V, nr. 109 e.v. en aldaar genoemde literatuur.

6. Gebondenheid van vennoten tegenover derden

Naar de mening van de werkgroep is er op enkele punten ten aanzien van de gebondenheid van vennoten tegenover derden behoefte aan verduidelijking of verandering. Dit betreft in het bijzonder de verbondenheid van een toegetreden vennoot voor verbintenissen die dateren van vóór zijn toetreden (§ 6.1.1) en het voortduren van de verbondenheid na het uitreden (§ 6.1.2). Een met de verbondenheid tegenover derden verband houdend aspect is voorts de aansprakelijkheid van een vennoot voor beroepsfouten van één of meer andere vennoten. Dit laatste naar aanleiding van de in paragraaf 1 genoemde roep voor de invoering van een met de LLP vergelijkbare rechtsvorm (§ 6.2).

6.1 Gebondenheid bij toe- en uittreding

6.1.1 Toetreding

De verbondenheid van een vennoot voor verbintenissen van de vennootschap die dateren van vóór zijn toetreden is een belangrijk aandachtspunt. In de literatuur en jurisprudentie worden op dit punt verschillende standpunten ingenomen, waarbij de benadering soms verschilt al naar gelang sprake is van een maatschap dan wel een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap.⁹ De werkgroep is van mening dat op dit punt voor alle verschijningsvormen van de personenvennootschap dezelfde eenduidige regeling moet gelden.

Het onverkort aannemen van aansprakelijkheid voor alle verbintenissen van de vennootschap, leidt naar het oordeel van de werkgroep niet tot goede resultaten. Hieraan ligt mede ten grondslag dat door het toetreden van een nieuwe vennoot bestaande crediteuren niet worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden en zelfs - gezien de verbondenheid van de toegetreden vennoot voor verbintenissen van na zijn toetreden - reeds profijt hebben van zijn toetreden. Het aannemen van de genoemde aansprakelijkheid kan het toetreden tot een bestaande vennootschap gezien daaraan verbonden risico's ontmoedigen. Als de desbetreffende risico's al uit een grondige due diligence zouden kunnen worden gekend, doet dit immers aan persoonlijke verbondenheid niet af. Hierbij komt dat eventuele garanties of afspraken omtrent de draagplicht voor de desbetreffende schulden, geen waarde hebben bij faillissement van de vennootschap en haar vennoten. Hiermee kunnen deze risico's dan ook niet afdoende worden afgedekt.

Ten einde de genoemde risico's adequaat te vermijden, zou de vennootschap moeten worden ontbonden om vervolgens met de beoogde persoon een nieuwe vennootschap aan te gaan. De hiermee gepaard gaan discontinuïteit is evenwel mede gezien de hieraan verbonden kosten en fiscale implicaties, niet zonder bezwaren. Zij staat bovendien haaks op het uitgangspunt dat de identiteit van de vennootschap bij wisseling van vennoten behouden blijft, hetgeen in het bijzonder ook voor derden en dus voor het rechtsverkeer van groot belang is, en het streven om het toe- en uitreden van vennoten zoveel mogelijk te faciliteren.

De werkgroep is daarom van mening dat een genuanceerdere benadering moet worden gekozen. Deze houdt in dat een toegetreden vennoot slechts verbonden is voor prestaties waartoe de vennootschap zich reeds vóór het toetreden van de toegetreden vennoot contractueel heeft verbonden, maar die eerst na

⁹ HR 13 maart 2015, NJ 2015, 241, m.nt. Van Schilfgaarde.

diens toetreden opeisbaar worden. Hierbij kan worden gedacht aan prestaties die verschuldigd worden uit duurovereenkomsten of financieringsovereenkomsten. Ook indien hieromtrent niets zou zijn geregeld, mag veelal worden aangenomen dat een vennoot door zijn toetreden tot de vennootschap, er blijkt van geeft vanaf dat moment verantwoordelijkheid te willen nemen voor de uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen van de vennootschap. Door dit uitgangspunt wettelijk vast te leggen, wordt op dit punt helderheid verschaft.

6.1.2 Uittreding

Omtrent de aansprakelijkheidspositie van een uitgetreden vennoot bevat de wet - de situatie dat het uittreden niet is ingeschreven in het handelsregister daargelaten - geen bijzondere regeling. In de praktijk wordt op dit punt aangenomen dat persoonlijke aansprakelijkheid van een vennoot jegens de wederpartij blijft bestaan indien hij uittreedt maar dat de uitgetreden vennoot niet aansprakelijk is voor schulden die ontstaan na de uittreding. De werkgroep kiest voor een wat andere benadering. Hieraan ligt ten grondslag dat een vennoot na zijn uittreden geen invloed meer kan uitoefenen op het financiële beleid en het bestuur van de vennootschap. Dit rechtvaardigt dat ter zake van die voortdurende aansprakelijkheid een bijzondere verjaringstermijn wordt opgenomen.

Voorop blijft staan dat de uittredende vennoot niet ontheven wordt van zijn verbondenheid voor de op het moment van zijn uittreden bestaande verbintenissen. In navolging van enkele buitenlandse rechtsstelsels,¹⁰ en in aansluiting op pleidooien hiervoor in de literatuur en vanuit de rechtspraktijk¹¹ is ten aanzien van de rechtsvorderingen tegen de uitgetreden vennoot tot nakoming van ten tijde van het uittreden bestaande verbintenissen van de openbare vennootschap gekozen voor een verjaringstermijn van vijf jaren. Deze regeling was ook opgenomen in artikel 824 van de ontwerptitel 7.13 en geldt ook voor het EESV.¹²

6.2 Beperking van aansprakelijkheid voor beroepsfouten

In de literatuur is meermalen aandacht gevraagd voor de wenselijkheid van een personenvennootschap die een zekere mate van afscherming van aansprakelijkheid biedt. In dit kader is wel verwezen naar buitenlandse rechtsfiguren zoals de LLP en de Duitse Partnerschaftsgesellschaft Angehöriger Freier Berufe. Een belangrijk kenmerk van deze rechtsfiguren is dat schade veroorzaakt door beroepsfouten slechts verhaald kan worden op het vermogen van de verantwoordelijke vennoot naast het vermogen van de vennootschap. De overige vennoten zijn voor die schade niet aansprakelijk.

De werkgroep is van mening dat aan de behoefte op dit punt tegemoet moet worden gekomen. Hiertoe is een regeling ontworpen die zal gelden voor de maatschap, zijnde de personenvennootschap voor het vrije beroep. De strekking van deze regeling is dat slechts de vennoot of vennoten die met de uitvoering van een door de maatschap aanvaarde opdracht zijn belast, naast de maatschap, aansprakelijk zijn voor schade die het gevolg is van een beroepsfout. Hiermee wordt voldaan aan het in de praktijk en literatuur veelvuldig

¹⁰ Zie § 159 Duits HGB en artikel 591 Zwitsers OR; vgl. echter section 17 (2) van de Engelse Partnership Act 1890.

¹¹ Zie Wiersma, preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen 1970, p. 103 en Van Solinge, preadvies Ver. Handelsrecht 1974, p. 103.

¹² Zie art. 37 lid 1 EG-Verordening Europese Economische Samenwerkingsverbanden.

geuite verlangen te kunnen beschikken over een rechtsvorm die fiscale transparantie en inrichtingsvrijheid combineert met een beperking van aansprakelijkheid voor beroepsfouten.

De werkgroep onderkent dat er rechtsstelsels zijn waar verschijningsvormen van de personenvennootschap beschikbaar zijn die een (veel) verder gaande bescherming tegen persoonlijke aansprakelijkheid bieden. Hierbij dient te worden aangetekend dat voor deze rechtsvormen specifieke voorschriften gelden ter bescherming van crediteuren, vergelijkbaar met voorschriften die plegen te gelden bij kapitaalvennootschappen. De discussie over de wenselijkheid van de introductie van een dergelijke rechtsvorm is naar de mening van de werkgroep nog onvoldoende uitgekristalliseerd.

7. Het vermogen van de vennootschap

7.1 Geen afgescheiden vermogen voor de stille vennootschap

Het vermogen van de personenvennootschap behoort naar huidig recht in gemeenschappelijke gerechtigdheid toe aan de vennoten. De Hoge Raad heeft bepaald dat dit vermogen afgescheiden is van het overige vermogen van de vennoten, en uitsluitend ter beschikking staat van de crediteuren van de vennootschap. Het arrest HR 15 maart 2013, NJ 2013, 290, m.nt. Van Schilfgaarde roept de vraag op of dit uitgangspunt ook geldt voor de stille maatschap. Op dit punt is het scheppen van duidelijkheid gewenst. De werkgroep stelt vast dat het aannemen van een afgescheiden vermogen voor de stille vennootschap gezien de verstreckende gevolgen die dit heeft voor de positie van crediteuren van de vennoten, onwenselijk is. Hierin wordt zij gesteund in de literatuur naar aanleiding van het Biek Holdings-arrest.

Dit laat onverlet dat het gemeenschappelijk vennootschappelijke vermogen een zekere verhaalspreferentie kan genereren voor gemeenschappelijke crediteuren van de vennoten. Indien alle vennoten voor een bepaalde schuld zijn verbonden, kan immers die schuld op het gemeenschappelijke vermogen worden verhaald. Deze verhaalspreferentie wordt na ontbinding van de vennootschap door artikel 192 en artikel 193 lid 3 van Boek 3 geconserveerd. Deze verhaalspreferentie is echter niet gereserveerd voor schulden die in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf door de vennoten zijn aangegaan. In zoverre verschilt deze verhaalspreferentie van het afgescheiden karakter van het vermogen van een niet-ingeschreven openbare vennootschap.

7.2 Een afgescheiden vermogen voor de openbare niet-ingeschreven vennootschap

De openbare vennootschap verkrijgt zoals hierboven is toegelicht, rechtspersoonlijkheid door haar inschrijving in het handelsregister. De werkgroep heeft gemeend dat rekening moet worden gehouden met de situatie dat de vennoten nalaten de vennootschap in te schrijven. Derden die handelen met een openbare maar niet ingeschreven vennootschap behouden in het voorstel van de werkgroep de bescherming die zij ook naar huidig recht genieten. Indien deze materie ongeregeld zou worden gelaten, zou zij door de rechter moeten worden ingevuld. Het ligt in de rede dat dit er uiteindelijk toe zal leiden dat deze vennootschappen, gelijk onder huidig recht, een afgescheiden vermogen hebben. Er is aldus geen redelijk belang mee gediend om deze situatie ongeregeld te laten. Het ontwerp voorziet er daarom in dat de niet-openbare vennootschap een afgescheiden vermogen heeft.

Wordt de vennootschap vervolgens ingeschreven in het Handelsregister, dan gaat het vennootschappelijk vermogen onder algemene titel over op de rechtspersoon. Zie hierover tevens paragraaf 4.4.

7.3 Toe- en uittreden van vennoten

Naar huidig recht wordt het toe- en uittreden van vennoten bemoeilijkt doordat het onverdeelde aandeel in de gemeenschappelijke vermogensbestanddelen dient te worden geleverd. Bij uittreden van een vennoot, door de uittredende vennoot aan de voortzettende vennoten en in het geval dat een vennoot toetreedt, door de voortzettende vennoten aan de toetredende vennoot. In het geval van het uittreden van een vennoot zouden deze complicaties kunnen worden voorkomen door aan de verdeling goederenrechtelijke werking toe te kennen. Voor deze oplossing is niet gekozen omdat uit een eerder wetgevingstraject blijkt dat hiervoor

weinig enthousiasme bestaat. Bovendien zou hiermee nog geen vereenvoudiging worden bereikt voor het geval dat een vennoot wenst toe te treden.

Het gewenste resultaat wordt in het wetsvoorstel bereikt door het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de (in het handelsregister ingeschreven) openbare vennootschap. Het toe- en uittreden behoeft dan nog slechts financieel te worden afgewikkeld - waarvoor een regeling van aanvullend recht is opgenomen.

Het toe- en uittreden van vennoten zal als gevolg van deze regeling aanmerkelijk worden vereenvoudigd en tot een aanzienlijke kostenreductie leiden.

7.4 Vruchtgebruik en pandrecht

In de praktijk bestaan veel vragen rondom de (on)mogelijkheid tot het vestigen van een recht van vruchtgebruik of een pandrecht op de positie van vennoot in een personenvennootschap. Daarbij dient bedacht te worden dat het zijn van vennoot naar huidig recht een contractuele verhouding meebrengt die als zodanig (als hoofdregel) niet overdraagbaar is. Niettemin bestaat er in de praktijk wel degelijk behoefte om ten aanzien van rechten die een vennoot heeft een beperkte rechten te kunnen vestigen. In het wetsvoorstel wordt een regeling voor deze beperkte rechten uitgewerkt. Omdat ook in het ontwerp als uitgangspunt geldt dat de positie van vennoot niet vrij overdraagbaar is, is nagedacht over een alternatieve vorm van uitwinning voor een pandhouder. Die is gevonden met de mogelijkheid voor de pandhouder om namens de pandgever de vennootschap op te zeggen en daarmee een uittreedvergoeding te incasseren.

8. Commanditaire vennootschap

8.1 Algemeen

In de structuur van het ontwerp is de commanditaire vennootschap een gekwalificeerde vorm van de openbare vennootschap. Een zogenoemde stille commanditaire vennootschap is dan ook als zodanig onbestaanbaar. Op de commanditaire vennootschap zijn alle bepalingen van het ontwerp over de openbare vennootschap van toepassing, tenzij de aard van de commanditaire vennootschap zich daartegen verzet of de speciaal voor de commanditaire vennootschap geschreven bepalingen van afdeling 4 van het ontwerp een andere regeling geven.

8.2 Naamvoerings- en bestuursverbod

Naar huidig recht mag de naam van de commanditaire vennoot niet voorkomen in de naam van de commanditaire vennootschap. Dit verbod is in de ogen van de werkgroep niet meer van deze tijd. In het ontwerp wordt het naamvoeringsverbod dan ook geheel afgeschaft.

Ook is het de commanditaire vennoot verboden om namens de vennootschap rechtshandelingen te verrichten. Dit laatste betreft ook het handelen krachtens volmacht. Overtreding van dit verbod leidt tot aansprakelijkheid voor alle verbintenissen van de vennootschap. De Hoge Raad heeft op dit punt een nuancering aangebracht, in die zin dat de omvang van de aansprakelijkheid proportioneel dient te zijn aan de ernst van de schending van het verbod.¹³ Dit laat evenwel het thans nog geldende uitgangspunt onverlet. De werkgroep is van mening dat er thans geen goede gronden meer zijn om een commanditaire vennoot integraal uit te sluiten om namens de vennootschap aan het rechtsverkeer deel te nemen. Voorop blijft staan dat de commanditaire vennoot in die hoedanigheid niet bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. De belangrijkste noviteit ten opzichte van het huidige recht is dat de commanditaire vennoot krachtens volmacht naar buiten mag optreden. Hierop zijn de in Boek 3 gegeven regels van toepassing.

In dit systeem kan een commanditair directeur-enig aandeelhouder zijn van een BV of NV die optreedt als besturend vennoot van de commanditaire vennootschap. Daarmee komt het wetsvoorstel tegemoet aan een in de praktijk veel gehoorde wens.

In zoverre wordt, in aansluiting op ontwikkelingen in het buitenland en op hetgeen in de literatuur wordt bepleit, het huidige verbod voor de commanditaire vennoot om daden van beheer te verrichten, opgeheven. Om misbruik te voorkomen bepaalt het ontwerp, in aansluiting op artikel 138 en 248 van Boek 2, dat de commanditaire vennoot aansprakelijk is voor het faillissementstekort, indien zijn handelen krachtens volmacht een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de commanditaire vennootschap.

¹³ HR 29 mei 2015, NJ 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde.

8.3 CV op aandelen

Het ontwerp kent geen bijzondere voorziening voor de commanditaire vennootschap op aandelen. Deze rechtsfiguur is in 1975 afgeschaft, omdat het handhaven van deze rechtsfiguur in verband met een dan verplichte aanpassing aan de eerste EG-richtlijn (die ook voor deze rechtsfiguur geldt) tot een uitvoerige en gecompliceerde wetgevingsoperatie zou nopen, en voorts omdat het praktisch belang van deze rechtsfiguur gering was. De werkgroep is van oordeel dat deze argumenten nog steeds gelden.

9. Herstructurering

9.1 Algemeen

Ondanks het feit dat de personenvennootschap een veel gebruikte rechtsvorm is, ontbeert zij enige wettelijke faciliteit voor herstructurerings. De wettelijke regeling heeft niet de continuïteit van de onderneming als uitgangspunt. Het gevolg daarvan is dat zelfs de meest simpele vorm van herstructurering, zoals een toe- of uittreden van een vennoot, algemeen gepaard gaat met onduidelijkheden en een noodzaak tot het verrichten van veel handelingen. De wat meer ingewikkelde vormen van herstructurering, zoals een fusie van personenvennootschappen of een omzetting in een BV, vereisen een onevenredige aandacht en doorlooptijd. Wijzigingen van de juridische structuur en daarmee innovatie worden belemmerd. De werkgroep is van mening dat een nieuwe regeling voor de personenvennootschap gepaard moet gaan met een regeling die herstructurerings eenvoudiger maakt.

9.2 Toe- en uittreding. Opvolging

Naar huidig recht heeft het uittreden van een vennoot tot gevolg dat de personenvennootschap wordt ontbonden, tenzij de overeenkomst van vennootschap anders bepaalt; artikel 1683, sub 3 en 4 van Boek 7A. Algemeen wordt aangenomen dat deze gevolgen onwenselijk zijn. Daarom wordt doorgaans in vennootschapsovereenkomsten bepaald dat bij een uittreden van een vennoot de vennootschap door de andere vennoten wordt voortgezet, althans de overige vennoten de keuze hebben de vennootschap voort te zetten. Een dergelijke bepaling wordt ook wel aangeduid als een voortzettingsbeding. Naar huidig recht moet een voortzettingsregeling als gevolg van het feit dat het vermogen van de personenvennootschap (gemeenschappelijk) eigendom is van de vennoten gecombineerd worden met een regeling die accommodeert dat het vermogen na het vertrek van een vennoot uitsluitend (gemeenschappelijk) eigendom zal zijn van de voortzettende vennoten. Een dergelijke regeling wordt ook wel als een vermogensbeding aangeduid. Deze regelingen kunnen naar huidig recht bijzonder gecompliceerd zijn omdat zij een uitwerking geven op een kruispunt aan rechtsgebieden. Het verbintenissen-, vermogens-, erfrecht en fiscale recht kunnen met elkaar in verband komen. In verband met de voorgestelde rechtspersoonlijkheid, zie hoofdstuk 4, zal in de toekomst geen of minder behoefte zijn aan vermogensbedingen. Ook bij de personenvennootschap die rechtspersoon is, blijft echter aandacht nodig voor de gevolgen van een toe- of uittreden van een vennoot.

Omdat in de praktijk algemeen als uitgangspunt wordt genomen dat bij een uittreden van een vennoot de vennootschap wordt voortgezet door de voortzettende vennoten ligt het voor de hand dat een wettelijke regeling bij dat principe aansluit. Andere alternatieven liggen niet voor de hand. Die opzet is in het wetsvoorstel gevolgd in combinatie met een aantal bepalingen dat de verdere gevolgen van een uittreden regelt. Die bepalingen hebben voor een deel betrekking op de verhouding tussen de (ex) vennoten, zoals de wijze van afrekenen met elkaar. Ook de externe verhoudingen worden geregeld, zie daarvoor hoofdstuk 6.

De toetreding van vennoten brengt naar huidig recht vooral vragen mee over de interne en externe verplichtingen; zie voor de externe verhoudingen hoofdstuk 6. Vragen rondom de interne verhoudingen zien vooral op het proces. In het wetsvoorstel is als uitgangspunt genomen dat de vennootschap met de toetredster een toetredingsovereenkomst sluit. De opvolging van een vennoot zal veelal gestalte krijgen doordat ter gelegenheid van een uittreden van een vennoot een nieuwe vennoot toetreedt. Die toetreding kan langs dezelfde weg plaatsvinden als hiervoor vermeld. Ook een andere figuur is denkbaar, die van contract overneming. Het wetsvoorstel laat beide mogelijkheden open.

9.3 Wijziging soort personenvennootschap

Naar huidige recht bestaat geen wettelijke basis voor wijziging van een personenvennootschap die in een bepaalde soort is opgezet, bijvoorbeeld als maatschap, in een andere soort, bijvoorbeeld een VOF. Het huidige recht biedt ook geen regeling die een dergelijke wijziging accommodeert. Het wetsvoorstel voorziet in deze lacune. Een personenvennootschap die haar soort wijzigt kan daardoor rechtspersoon worden. Voor het verkrijgen van de rechtspersoonlijkheid is aangesloten bij de algemene regeling, zie hoofdstuk 3, waarin ook het eindigen van de rechtspersoonlijkheid is besproken. Een wijziging van de soort kan ook tot gevolg hebben dat de vennootschap haar rechtspersoonlijkheid zal verliezen. Een ontstaan van rechtspersoonlijkheid of het eindigen daarvan heeft noodzakelijkerwijs ook vermogensrechtelijke gevolgen. Die kunnen aldus worden geregeld dat het vermogen met inachtneming van de relevante wettelijke en contractuele bepalingen wordt overgenomen door de vennoten of de rechtspersoon. Een alternatief is dat er sprake is van een overgang onder algemene titel. De werkgroep heeft gekozen voor de overgang onder algemene titel om de wijziging voor de vennoten zo eenvoudig mogelijk te laten plaatsvinden. De werkgroep meent dat ondernemers over het algemeen voldoende verantwoordelijkheid hebben om er voor zorg te dragen dat die overgang waar relevant wordt gecommuniceerd of ingeschreven in de relevante registers. Waar een stille vennootschap wijzigt naar een openbare vennootschap en de vennoten goederen in een vennootschappelijke gemeenschap hebben waarvoor de wet voor de overdracht een levering bij notariële akte voorschrijft, is notariële tussenkomst voorgeschreven. Dat geldt niet bij de overgang van dergelijke goederen bij wijziging van een openbare naar een stille vennootschap. Voor die situaties is herleidbaar dat een rechtspersoon eigenaar is geweest. De wijziging van een soort kan gevolgen hebben voor de aansprakelijkheid van vennoten. Een vennoot kan zowel in een zwaarder als een lichter regime terecht komen. Een wijziging van de soort maakt geen einde aan het bestaan van de personenvennootschap als zodanig. Bij een afweging van alternatieven ligt het voor de hand dat de regeling zoals die op een vennoot van toepassing is op het moment van de wijziging voor het verleden zo veel als mogelijk blijft gelden. Daarom is er voor gekozen dat een wijziging van de soort wat betreft de aansprakelijkheid uitsluitend gevolgen kan hebben voor verbintenissen die na de wijziging worden aangegaan. Zie ook hoofdstuk 6.

9.4 Omzetting

De personenvennootschap is een populaire rechtsvorm. In de praktijk starten veel ondernemers met de personenvennootschap die in een later stadium wel wordt omgezet in een andere soort, veelal een BV. De omzetting van een personenvennootschap naar een andere soort is in het huidige recht niet gefaciliteerd en daarom algemeen een omslachtig proces. Door de in het wetsvoorstel opgenomen regeling van de openbare vennootschap als rechtspersoon is een relatief eenvoudige regeling voorhanden om die rechtspersoon een andere soort te laten kiezen, zoals ook voorzien in Boek 2 voor de daar geregelde rechtspersonen. De rechtspersoon blijft voortbestaan, maar krijgt een ander jasje. Waar een regeling wordt getroffen voor de omzetting van een personenvennootschap in een Boek 2 rechtspersoon ligt het voor de hand om ook een regeling te treffen voor de omzetting van een Boek 2 rechtspersoon naar een personenvennootschap. Bij het nadenken over een wettelijke regeling voor de omzetting is nagedacht over het opzetten van een eigen sui generis regeling of het aansluiten bij de regeling van Boek 2. Omwille van een zo eenvormig mogelijk systeem voor omzetting van rechtspersonen is aangesloten bij de regeling van Boek 2. Voorzien wordt in een regeling waarbij de personenvennootschap zich kan omzetten in een commerciële Boek 2 rechtspersoon en andersom. In alle voorgestelde gevallen van omzetting komt deze tot stand met de notariële akte waarin de omzetting is opgenomen. Een omzetting van een personenvennootschap in een Boek 2 rechtspersoon heeft

gevolgen voor de toekomstige aansprakelijkheid van vennoten. Anders dan bij de wijziging van de soort, zal door een omzetting niet langer een personenvennootschap bestaan. Die is immers omgezet in een ander soort rechtspersoon; er zijn geen vennoten meer.

9.5 Fusie en splitsing

Naar huidig recht is geen wettelijke regeling voorhanden die een fusie of splitsing van een personenvennootschap accommodeert. Het realiseren van een fusie of splitsing is daarmee ingewikkeld. Net als bij een uit- en toetreden van een vennoot komen bij een fusie of splitsing vele rechtsgebieden aan de orde die alle hun specifieke aandacht vragen.

Door de in het wetsvoorstel opgenomen regeling van de openbare vennootschap als rechtspersoon is ook een relatief eenvoudige regeling voorhanden gekomen om te voorzien in een fusie of splitsing. Door de rechtspersoonlijkheid kunnen vele problemen die verband houden met de vermogensrechtelijke gevolgen van een fusie of splitsing worden voorkomen, althans beperkt. Ook hier heeft de werkgroep nagedacht over de opzet van een geheel eigen regeling voor de fusie of splitsing van personenvennootschappen of het volgen van de systematiek van Boek 2. Omwille van de eenvormigheid is ook hier gekozen voor de systematiek van Boek 2. Er zijn echter twee afwijkingen ten opzichte van de regeling in Boek 2. Anders dan in Boek 2 is niet de mogelijkheid van verzet (gedurende een maand na aankondiging) voor crediteuren van de vennootschap tegen de fusie of splitsing opgenomen. Gegeven de (voortdurende) privé aansprakelijkheid van de bij de fusie of splitsing betrokken vennoten lijkt een dergelijke regeling niet nodig. Verder geldt niet de notariële akte als voorwaarde voor het tot stand komen van de fusie of splitsing. Waar de notariële akte geen vormvereiste is voor het ontstaan van de personenvennootschap rechtspersoon, zie hoofdstuk 3, lijkt het ook niet noodzakelijk die voor een fusie of splitsing van een personenvennootschap voor te schrijven. Een fusie of splitsing van een personenvennootschap zal evenals die van de Boek 2 rechtspersonen een vermogensovergang onder algemene titel tot gevolg hebben. Tot dat vermogen kunnen registergoederen behoren. De werkgroep heeft nagedacht over de vraag of een fusie of splitsing zonder verplichte notariële tussenkomst kan leiden tot een voor de praktijk onaanvaardbare vervuiling van de openbare registers. Bij een fusie of splitsing van een Boek 2 rechtspersoon is de notariële tussenkomst wel voorgeschreven en in de praktijk zorgt de notaris er ook voor dat de vermogensovergang onder algemene titel waar relevant wordt ingeschreven in de openbare registers. Een dergelijke nazorg ontbreekt als de notariële tussenkomst niet is voorgeschreven. Een verplichte notariële tussenkomst bij een fusie of splitsing kan ook nadelen hebben, deze zullen met name in de kostensfeer liggen. De werkgroep constateert dat er in het dagelijks leven vele vermogensovergangen onder algemene titel zonder notariële tussenkomst plaatsvinden waarbij registergoederen zijn betrokken. Daarbij kan worden gedacht aan het openvallen van nalatenschappen, maar ook aan fusies van buitenlandse rechtspersonen. De werkgroep meent dat in het huidige tijdperk, waarin ondernemers zich in het algemeen wel bewust zijn van hun situatie, de vrijheid moet worden gegeven die adviseurs bij een fusie of splitsing in te schakelen die voor de specifieke situatie relevant zijn. Indien een personenvennootschap eigenaar is van registergoederen ligt het voor de hand dat een notaris wordt ingeschakeld. En ook in andere situaties kan dat voor de hand liggen. De werkgroep meent dat om die reden de zorg voor vervuiling van registers niet zo groot is dat notariële tussenkomst verplicht moet zijn. Zie ook hoofdstuk 4 voor de mogelijkheid van verkrijging van rechtspersoonlijkheid zonder notariële tussenkomst.

10. Ontbinding en vereffening

De algehele ontbinding van de vennootschap leidt ertoe dat de interne en de externe verhoudingen waartoe de overeenkomst van vennootschap aanleiding geeft, beëindigd of tussen andere partijen voortgezet moeten worden. De huidige regeling van de ontbinding en vereffening is verdeeld over het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel. Het wetsvoorstel geeft een uniforme regeling voor alle personenvennootschappen.

Ontbinding doet niet de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap eindigen. Op dit punt volgt het wetsvoorstel de systematiek van Boek 2. De vennootschap blijft na ontbinding als rechtspersoon voortbestaan voor zover dit tot vereffening van het vermogen nodig is (artikel 31; vgl. artikel 19 lid 5 van Boek 2).

De vereffening van de vennootschap is zeer summier in de huidige wet geregeld. Het wetsvoorstel geeft een meer complete regeling. Er wordt bijvoorbeeld voorzien in de verplichting van de vereffenaars om rekening en verantwoording af te leggen. Wat betreft het aansprakelijkheidsregime in de vereffeningfase heeft de werkgroep ervoor gekozen het regime staande de vennootschap voort te zetten. De verbondenheid van de vennoten voor schulden van de vennootschap verandert niet in geval van ontbinding, ook niet indien het vermogen van de vennootschap ontoereikend is om alle schulden te voldoen. Van de aansprakelijkheid van vennoten jegens de vennootschapscrediteuren moet worden onderscheiden de onderlinge draagplicht ten aanzien van het tekort. De vennoten zijn in de onderlinge verhouding vrij om dat risico naar eigen inzicht te verdelen.

Het wetsvoorstel geeft, tot slot, een geactualiseerde regeling van de andere aspecten van de beëindiging van het bestaan van de vennootschap: inschrijving in het handelsregister, bewaring van de administratie en heropening van de vereffening.

11. Fiscaliteit

In dit hoofdstuk worden beknopt de fiscale aspecten van het ontwerp van de Werkgroep besproken. In een bijlage wordt meer uitgebreid op de fiscaliteit ingegaan.

Voor het belastingrecht was de Invoeringswet van titel 7.13 vooral van belang voor de overdrachtsbelasting. Voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting had de invoering van titel 7.13 weinig betekenis omdat vanaf het begin vast stond dat de regering de fiscale transparantie voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting wilde behouden. Daarmee was de grootste fiscale zorg weggenomen. De meeste fiscale aandacht is daarom uitgegaan naar de gevolgen voor de overdrachtsbelasting. Na de behandeling in de Tweede Kamer waren de meeste technische problemen wel opgelost. Het grootste kritiekpunt van fiscale zijde was dat het wetsvoorstel uitging van een optie voor rechtspersoonlijkheid van openbare vennootschappen. Voor de fiscale wetstoepassing leidde de mogelijkheid van een optie, waarop ook weer kon worden teruggekomen, tot extra uitvoeringscomplicaties.

Meer principiële kritiek vanuit vooral fiscaalwetenschappelijke zijde was het feit dat de invoering van titel 7.13 voor de staatssecretaris van Financiën geen reden was om te komen tot een meer fundamentele aanpassing van het fiscale ondernemingsrecht. Deze aanpassing zou moeten leiden tot een stelsel waarbij de keuze voor een rechtsvorm minder afhankelijk zou zijn van de fiscale gevolgen. In plaats van een principiële aanpassing, stonden in de Invoeringswet titel 7.13 slechts de fiscale aanpassingen die nodig waren voor de aansluiting met het civiele recht. In het huidige stelsel wordt de rechtsvormkeuze sterk beïnvloed door fiscale factoren.¹⁴ Daardoor bestaat het risico dat er wordt gekozen voor een rechtsvorm die weliswaar fiscaal past, maar waarbij men zich onvoldoende realiseert welke civielrechtelijke gevolgen, bijvoorbeeld op het terrein van de aansprakelijkheid, deze keuze met zich meebrengt.

Het door de werkgroep ontwikkelde alternatieve voorstel van invoering van een verplichte rechtspersoonlijkheid voor openbare personenvennootschappen komt tegemoet aan de praktische bezwaren van fiscale zijde, die zijn verbonden aan het bieden van een optie voor rechtspersoonlijkheid. Dit alternatief leidt wat dit betreft tot een duidelijke vereenvoudiging. Het alternatief biedt geen oplossing voor de door sommige fiscale wetenschappers geuite wens om te komen tot een stelsel van ondernemingsbelastingheffing, dat meer rechtsvormneutraal is.

Voor de praktijk is het van groot belang dat de fiscale transparantie behouden blijft. Door de personenvennootschap niet als een voor de vennootschapsbelasting zelfstandig lichaam aan te merken, wordt fiscaal als het ware door de personenvennootschap heen gekeken. Een van de gevolgen hiervan is dat verliezen van een personenvennootschap voor de toepassing van de inkomsten- en vennootschapsbelasting rechtstreeks kunnen worden verrekend met de 'eigen' positieve resultaten van de vennoten. Daarnaast zijn voor de vennoten van een personenvennootschap verschillende fiscale ondernemingsfaciliteiten van toepassing die niet gelden voor de aandeelhouders van een BV.

¹⁴ IB-ondernemingen hebben te maken met het progressieve inkomstenbelastingtarief, in combinatie met de mogelijkheid van vele ondernemingsfaciliteiten. Vpb-ondernemingen worden belast met vennootschapsbelasting, bij uitdeling worden de aandeelhouders geconfronteerd met de heffing volgens box 2 van de Wet IB 2001. Daarnaast dienen directeurgrotaandeelhouders rekening te houden met een fictief salaris. Veel ondernemingsfaciliteiten, zoals de zelfstandigenaftrek en de MKB-winstvrijstelling, zijn niet van toepassing voor de vennootschapsbelasting. Soms geldt ook het omgekeerde. Zo is de innovatiebox van art. 12b Wet Vpb 1969 niet van toepassing voor IB-ondernemers.

Voor de toepassing van de vennootschapsbelasting hoeft het bestaan van rechtspersoonlijkheid op grond van het voorstel geen gevolgen te hebben, aangezien in artikel 2, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969 met het begrip 'rechtspersonen' wordt bedoeld op de rechtspersonen in de zin van Boek 2. Zolang met de door de werkgroep beoogde rechtspersoonlijkheid van personenvennootschappen wordt bedoeld op andere rechtspersonen dan die van Boek 2, zijn er voor de toepassing van de vennootschapsbelasting dan ook geen gevolgen te verwachten.

Omdat Boek 2 op de openbare personenvennootschap niet van toepassing is, wordt de fiscale transparantie niet in gevaar gebracht.

Voor de overige vennootschapsbelastingaspecten alsmede de gevolgen voor de inkomstenbelasting kan worden verwezen naar de bijlage fiscale aspecten.

Het invoeren van rechtspersoonlijkheid bij een personenvennootschap heeft fiscaal vooral gevolgen voor de toepassing van de overdrachtsbelasting. Aangezien in het huidige stelsel niet de personenvennootschap zelf de eigendom verwerft van de onroerende zaken maar de vennoten, moet thans in de praktijk rekening worden gehouden met gevolgen voor de overdrachtsbelasting bij toe- en uitreden van vennoten alsmede bij wijzigingen in de winstverhoudingen. In een aantal gevallen is voorzien in vrijstellingen bij intreding of uittreding, maar deze zijn slechts onder strikte voorwaarden van toepassing. Het voorstel van de werkgroep brengt op dit terrein de meeste fiscale veranderingen teweeg. Deze zijn ook aan bod gekomen bij de parlementaire behandeling van de in de Eerste Kamer gestrande Invoeringswet titel 7.13; deze werden na de nodige discussie uiteindelijk redelijk bevredigend opgelost. Voor een overzicht hiervan kan wederom worden verwezen naar de bijlage.

BIJLAGE SAMENSTELLING WERKGROEP

De Werkgroep Personenvennootschap is begin 2012 gevormd. Zij bestaat uit de volgende leden:

prof. mr. M. van Olfen (voorzitter)

- Notaris, De Brauw Blackstone Westbroek en hoogleraar ondernemingsrecht (Van der Heijden Instituut, OO&R), Radboud Universiteit

mr. J.M. Blanco Fernández

- Advocaat te Amsterdam

mw. mr. S. Drion

- Secretaris ondernemingsrecht en corporate governance bij VNO-NCW en MKB-Nederland

prof. dr. P.H.J. Essers

- Hoogleraar belastingrecht verbonden aan de Tilburg Law School van Tilburg University

mr. W.J.M. Gitmans

- Oud-advocaat bij Dirkzwager te Nijmegen, voormalig lid van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de NOvA/KNB

mr. V.A.E.M. Meijers

- Universitair docent Universiteit Leiden en Tsinghua University, notaris te Den Haag

prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers

- Voormalig Juridisch Adviseur Koninklijke Philips; emeritus hoogleraar ondernemingsrecht Tilburg University

mr. A.J.S.M. Tervoort

- Advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag

prof. mr. W.J.M. van Veen

- Hoogleraar Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, Vrije Universiteit Amsterdam, verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO), Counsel corporate law, Baker&McKenzie Amsterdam N.V.

prof. mr. D.F.M.M. Zaman

- Hoogleraar Notarieel Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden en Counsel Loyens & Loeff N.V.

mr. E.A. van Dooren (secretaris)

- Promovendus Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit

mr. T. Salemink (secretaris)

- Advocaat bij Lemstra Van der Korst, tevens verbonden als onderzoeker aan het Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit

BIJLAGE FISCALE ASPECTEN

1. Algemeen

In deze bijlage zal worden geïnventariseerd welke gevolgen het voorstel heeft voor de vennootschapsbelasting (paragraaf 2), de inkomstenbelasting (paragraaf 3) en de overdrachtsbelasting (paragraaf 4). In paragraaf 5 is een rechtsvergelijkend overzicht opgenomen van de fiscale behandeling van personenvennootschappen op het terrein van fiscale (non-)transparantie in een aantal landen. Ter afsluiting zal in paragraaf 6 aandacht worden besteed aan de belangrijkste fiscale wetswijzigingen die nodig zullen zijn als dit voorstel door de wetgever wordt overgenomen.

2. Vennootschapsbelasting

2.1 Fiscale transparantie

Voor de praktijk is het van groot belang dat de fiscale transparantie behouden blijft. Door de personenvennootschap niet als een voor de vennootschapsbelasting zelfstandig lichaam aan te merken, wordt fiscaal als het ware door de personenvennootschap heen gekeken. Een van de gevolgen hiervan is dat verliezen van een personenvennootschap voor de toepassing van de inkomsten- en vennootschapsbelasting rechtstreeks kunnen worden verrekend met de ‘eigen’ positieve resultaten van de vennoten. Daarnaast zijn voor de vennoten van een personenvennootschap verschillende fiscale ondernemingsfaciliteiten van toepassing die niet gelden voor de aandeelhouders van een BV.

Voor de toepassing van de vennootschapsbelasting hoeft het bestaan van rechtspersoonlijkheid op grond van het voorstel geen gevolgen te hebben, aangezien in art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969 met het begrip ‘rechtspersonen’ wordt bedoeld op de rechtspersonen in de zin van Boek 2. Zolang met de door de werkgroep beoogde rechtspersoonlijkheid van personenvennootschappen wordt bedoeld op andere rechtspersonen dan die van Boek 2, zijn er voor de toepassing van de vennootschapsbelasting dan ook geen gevolgen te verwachten.

Omdat Boek 2 op de openbare personenvennootschap niet van toepassing is, wordt de fiscale transparantie niet in gevaar gebracht.

De Werkgroep meent dat het niet nodig is om expliciet in de wet op te nemen dat de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid fiscaal transparant is. Zolang het maar duidelijk is dat met het begrip rechtspersonen in art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969 uitsluitend wordt bedoeld op de Boek 2-rechtspersonen, is naar de mening van de Werkgroep de fiscale transparantie in de huidige vorm gegarandeerd. Dat was ook de algemene mening destijds tijdens de behandeling van de Invoeringswet van titel 7.13. In dit verband is ook de toerekeningsfictie van art. 3.7 (nieuw), Wet IB 2001 van belang, waarin eveneens wordt uitgegaan van transparantie. Dit zal ook in de memorie van toelichting als zodanig expliciet moeten worden bevestigd.

2.2 Open CV

Non-transparantie van een personenvennootschap zal wel aan de orde zijn bij een open CV als bedoeld in art. 2, eerste lid, onderdeel a van de Wet Vpb 1969. In de praktijk leidt de afbakening van de transparante besloten CV van de non-transparante open CV nog wel eens tot problemen aangezien bijvoorbeeld de aanwezigheid van slechts één vennoot die geen toestemming hoeft te geven voor toe- of uittreding van commanditaire vennoten al kan leiden tot een open CV (zie de definitie van een open CV in art. 2, derde lid, onderdeel c, Algemene wet inzake rijksbelastingen).

Het voorstel heeft geen gevolgen voor deze problematiek.

2.3 Internationale samenwerkingsverbanden

Het voorstel heeft naar verwachting geen wezenlijke invloed op de problematiek rond (kwalificatie van) internationale samenwerkingsverbanden.¹

Doordat de (fiscale) wetgever niet onverkort heeft aangesloten bij het wel of geen rechtspersoon zijn (in de zin van Boek 2) voor het onderscheid tussen transparante en non-transparante samenwerkingsverbanden, in combinatie met het bestaan van afwijkende stelsels in andere landen, zullen ook in de opzet van het ontwerp vele problemen blijven bestaan bij de fiscale kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsvormen (hybride rechtsvormen). Dit leidt herhaaldelijk tot internationale dubbele belasting of dubbele non-belasting. Voor de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden door de Nederlandse fiscus wordt aan de hand van het Nederlandse civiele recht getracht de buitenlandse personenvennootschap zo goed mogelijk te duiden. De kwalificatie die in het buitenland aan het samenwerkingsverband wordt toegekend, is daarbij niet van belang. De buitenlandse fiscus past in de regel eenzelfde systematiek toe voor de kwalificatie van Nederlandse samenwerkingsverbanden. In het Besluit van 11 december 2009, BNB 2010/58 zijn de kaders neergelegd waarbinnen de Belastingdienst toetst of een buitenlands samenwerkingsverband of een buitenlandse rechtsvorm voor de Nederlandse belastingheffing als een transparant of als een zelfstandig belast lichaam moet worden aangemerkt. Voor de beoordeling is vooral van belang of (a) het samenwerkingsverband de juridische eigendom kan hebben van de vermogensbestanddelen waarmee het de activiteiten uitoefent, (b) hoe de aansprakelijkheid van de participanten is geregeld, (c) of het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal heeft en (d) of de participaties vrij overdraagbaar zijn. In diverse belastingverdragen staan hierover inmiddels expliciete regels. Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht van de behandeling van personenvennootschappen de bijlage.

Het voorstel heeft naar de inschatting van de werkgroep op deze problematiek niet of nauwelijks invloed. De rechtspersoonlijkheid die wordt geïntroduceerd heeft immers uitdrukkelijk niet de bedoeling de fiscale transparantie van personenvennootschappen af te schaffen. De onderneming van de rechtspersoonlijkheid bezittende openbare vennootschappen wordt ook na invoering van het voorstel voor rekening van de vennoten gedreven. Bovendien blijven de gewone vennoten verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap. Wel verdient het aanbeveling dat het hiervoor onder (a) aangeduide toetsingscriterium wordt aangepast in die zin dat het feit dat de personenvennootschap juridisch eigenaar is van de vermogensbestanddelen alleen een indicatie kan zijn voor een non-transparant lichaam als deze juridische eigendom tot gevolg heeft dat de onderneming van deze personenvennootschap niet voor rekening en risico van de vennoten wordt gedreven maar voor rekening en risico van deze personenvennootschap zelf.²

¹ Zie voor een recent overzicht: A.J.A. Stevens, Enige internationaalrechtelijke fiscale aspecten van personenvennootschappen, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht 2015/140, blz. 124 e.v.

² Vergelijk eveneens de arresten HR 2 juni 2006, BNB 2006/288, m.nt. Juch (het Delaware LLC-arrest) en HR 23 september 2011, BNB 2012/12, m.nt. Van Eijdsen (het Ohio LLC-arrest). Uit laatst vermeld arrest blijkt dat de aansprakelijkheid van de participanten rechtstreeks uit het toepasselijke vennootschapsrecht zal moeten voortvloeien, om sprake te kunnen zijn van fiscale transparantie in het geval het samenwerkingsverband rechtspersoonlijkheid heeft. Zie A.J.A. Stevens, t.a.p., blz. 127.

2.4 Overgang van de ene rechtsvorm naar de andere

Fiscaal is het van groot belang dat de overgang van de ene rechtsvorm naar de andere fiscaal zo min mogelijk wordt belemmerd. De fiscale regels op dit terrein bieden echter allerm minst een coherent beeld. Soms wordt gekozen voor een betalingsfaciliteit voor de afrekening van de stakingswinst, in andere gevallen wordt gekozen voor een doorschuifregeling. Ook de voorwaarden waaronder een betalingsfaciliteit kan worden verleend of waaronder doorschuiving mogelijk is, verschillen per situatie.

Het voorstel heeft naar de inschatting van de werkgroep geen invloed op deze problematiek.

Overigens bestaat er in de praktijk behoefte aan een regeling die het mogelijk maakt dat personenvennootschappen die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting fiscaal geruisloos kunnen fuseren of splitsen analoog aan art. 14a en 14b Wet Vpb 1969. In het voorstel wordt daarin voorzien.

3. Inkomstenbelasting

3.1 Nijvere maten in stille vennootschappen (bijvoorbeeld deelvisser)

IB-ondernemerschap van nijvere maten in een stille vennootschap is niet mogelijk vanwege het verbondenheidscriterium art. 3.4 Wet IB 2001 ('rechtstreekse verbondenheid voor verbintenissen betreffende de onderneming'); zie HR 14 november 2008, BNB 2009/98, m.nt. Cornelisse. Gelet op de belangrijkste redenen waarom het verbondenheidscriterium in de Wet IB 2001 is ingevoerd – het uitsluiten van de commandiet van de IB-ondernemingsfaciliteiten en de strijd tegen de man-vrouw-firma – is het naar de mening van de werkgroep nooit de bedoeling van de wetgever geweest om de categorie van de nijvere maten van het ondernemerschap uit te sluiten. Nijvere maten die zelfstandige beroepsbeoefenaren zijn, kunnen overigens wel IB-ondernemers zijn op grond van art. 3.5 Wet IB 2001, waarin het zelfstandig uitgeoefende beroep en de beoefenaar van dit zelfstandig beroep worden gelijkgesteld aan een onderneming respectievelijk ondernemer (zie HR 8 juli 2011, V-N 2011/62.12).

Het voorstel en de daarin opgenomen wijziging in de regeling rond het 'beheersverbod' brengen voor deze problematiek geen verandering.

De Werkgroep meent dat het verbondenheidscriterium van art. 3.4 Wet IB 2001 zou moeten worden afgeschaft. Dit criterium is ingevoerd vanwege het in de ogen van de wetgever oneigenlijke gebruik van de commanditaire vennootschap en van de man-vrouw firma. Voor beide figuren zijn echter in de sfeer van de ondernemingsfaciliteiten al passende maatregelen getroffen, zodat daarvoor het verbondenheidscriterium niet nodig is.

3.2 Commanditaire vennoten

Vanwege het verbondenheidscriterium is de commanditaire vennoot in de regel geen IB-ondernemer. Als de commanditaire vennoot het bestuursverbod van art. 20, lid 2, WvK overtreedt, dan wordt deze wel verbonden en zou er dus IB-ondernemerschap ontstaan (HR 23 januari 2009, BNB 2009/99, m.nt. Essers). Dit is eigenlijk een perverse prikkel om het bestuursverbod te overtreden vanwege de IB-ondernemingsfaciliteiten.

Het voorstel brengt op dit punt geen verandering.

In het geval de commanditaire vennoot op grond van art. 22, lid 1 en lid 3 van het voorstel krachtens volmacht handelt en dit handelen een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap wordt hij jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. In theorie zou dit kunnen leiden tot IB-ondernemerschap, maar dit zal zich in de praktijk niet gauw voordoen, mede gelet op het feit dat het verlenen van IB-ondernemerschap met terugwerkende kracht niet mogelijk is.

Een andere hiermee samenhangende vraag is of de commanditaire vennoot die een beslissende invloed uitoefent op het optreden van de gewone vennoten als IB-ondernemer kan worden aangemerkt, bijvoorbeeld in het geval van een directeur-groootaandeelhouder die met zijn eigen BV een CV-overeenkomst sluit. In de toelichting op het voorstel wordt duidelijk gemaakt dat het is toegestaan dat een commanditaire vennoot

interne bestuurs-, advies- en goedkeuringsrechten toekomt. In zoverre biedt dit iets meer duidelijkheid. De spanning met het bestuursverbod blijft echter aanwezig, in het bijzonder in het geval van een BV-CV-structuur. Als de commandiet in een gezagsverhouding verkeert ten opzichte van een gewone vennoot, dan is er volgens de toelichting op het voorstel geen sprake van een vennootschapsverhouding en is van een beperkte aansprakelijkheid geen sprake. Fiscaal zal dan sprake zijn van resultaat uit overige werkzaamheden of zelfs uit een dienstbetrekking (zie HR 13 september 2000, BNB 2000/356, m.nt. Spek).

3.3 In- en uittreden van vennoten

Omdat de openbare personenvennootschap voor de IB en Vpb transparant blijft, heeft dit voorstel geen fiscale gevolgen voor de in- en uittreding van vennoten.³

³ Zie voor een recent overzicht: M.L.M. van Kempen, Inbreng, toetreden, uittreden en terugtreden bij personenvennootschappen, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht 2015/140, blz. 111 e.v.

4. Overdrachtsbelasting

4.1 Algemeen

Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid bij een personenvennootschap heeft fiscaal vooral gevolgen voor de toepassing van de overdrachtsbelasting. Aangezien in het huidige stelsel niet de personenvennootschap zelf de eigendom verwerft van de onroerende zaken maar de vennoten, moet nu in de praktijk rekening worden gehouden met gevolgen voor de overdrachtsbelasting bij toe- en uitreden van vennoten en bij wijzigingen in de winstverhoudingen. In een aantal gevallen is voorzien in vrijstellingen bij intreding of uittreding, maar deze zijn slechts onder strikte voorwaarden van toepassing.

Het voorstel brengt op dit terrein de meeste fiscale veranderingen teweeg. Deze zijn ook aan bod gekomen bij de parlementaire behandeling van de in de Eerste Kamer gestrande Invoeringswet titel 7.13; deze werden na de nodige discussie uiteindelijk redelijk bevredigend opgelost.

In het navolgende worden de overdrachtsbelastingaspecten besproken bij vermogensovergangen bij openbare en stillen vennootschappen. Daarbij wordt uitgegaan van de situatie dat een openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt door inschrijving in het handelsregister. Deze rechtspersoonlijkheid gaat verloren door inschrijving van de ontbinding in het handelsregister. In het onderstaande worden vijf situaties beschreven:

1. Inbreng van een onroerende zaak in een stille vennootschap
2. Inbreng van een onroerende zaak in een openbare vennootschap
3. Beëindiging rechtspersoonlijkheid openbare vennootschap
4. Opvolging van vennoten in een stille vennootschap
5. Opvolging van vennoten in een openbare vennootschap

De werkgroep heeft zich gebaseerd op de huidige wet en de voormalige fiscale begeleiding bij de Invoeringswet titel 7.13. Geen aandacht wordt besteed aan het vastgoedlichaam van art. 4 WBR en aan buitenlandse stelsels.

4.2 Inbreng van onroerende zaak in een stille vennootschap

Dan is sprake van een voor de overdrachtsbelasting belaste verkrijging door de overige vennoten. Is de onroerende zaak onderdeel van een ingebrachte onderneming: verkrijging is vrijgesteld onder de voorwaarden vermeld in art. 15, lid 1, onderdeel e, 1e, WBR (onder andere moet de inbrenger worden bijgeschreven op de kapitaalrekening voor ten minste 90% van de waarde van de ingebrachte onderneming) juncto art. 4 Uitvoeringsbesluit WBR.

In art. 15, lid 1, onderdeel e, 1e, WBR zal daartoe de term 'een vennootschap die geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft, moeten worden vervangen door 'een stille vennootschap'.

4.3 Inbreng van onroerende zaak in een openbare vennootschap

Dan is sprake van een voor de overdrachtsbelasting belaste verkrijging door de openbare vennootschap. Is de onroerende zaak onderdeel van een ingebrachte onderneming, dan kan analoog aan het huidige art. 15, lid 1, onderdeel e, 2e, WBR juncto art. 5 Uitvoeringsbesluit WBR een vrijstelling worden verleend. Een van de voorwaarden is dan dat de oprichters in de openbare vennootschap geheel of nagenoeg geheel in

dezelfde verhouding gerechtigd zijn als in het vermogen van de omgezette onderneming. Ook geldt de eis dat de vennoten nog gedurende drie jaren in het bezit moeten blijven van hun deelgerechtigdheid (art. 5, lid 3, Uitvoeringsbesluit). Daartoe zal de openbare vennootschap moeten worden toegevoegd aan de bestaande tekst van art. 15, lid 1, onderdeel e, 2e, WBR. In de situatie dat een vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft verkregen maar de registergoederen nog niet zijn overgegaan omdat daarvoor een aparte notariële akte is vereist, blijven deze goederen in de gemeenschap van vennoten totdat zij met een notariële akte worden geleverd aan de rechtspersoon. Doordat de goederen in de gemeenschap van vennoten blijven, is geen (extra) overdrachtsbelasting verschuldigd. Indien de notariële akte is verleden en de registergoederen zijn overgegaan aan de vennootschap is eventueel de hiervoor bedoelde inbrengvrijstelling, analoog aan het huidige art. 15, lid 1, onderdeel e, 2e, WBR van toepassing.

Als in het voorstel wordt voorzien in een overgangsregeling waardoor alle bestaande openbare maatschappen, VOF's en CV's rechtspersonen zullen worden, in combinatie met een overgang van rechtswege van het bestaande vennootschapsvermogen op de rechtspersoon, kan analoog aan het hiervoor gestelde, door een overgangsregeling een vrijstelling worden verleend voor de verkrijging van rechtswege door de openbare vennootschap van een onroerende zaak die onderdeel is van een onderneming, eventueel onder dezelfde voorwaarden als vermeld in art. 15, lid 1, onderdeel e, 2e, WBR juncto art. 5 Uitvoeringsbesluit WBR. Eventueel zou ervoor kunnen worden geopteerd om voor bestaande openbare vennootschappen die als gevolg van de invoering van het voorstel rechtspersoon gaan worden, niet de eis te stellen dat de vennoten nog gedurende drie jaren in het bezit moeten blijven van hun deelgerechtigdheid (art. 5, lid 3, Uitvoeringsbesluit). Dit om ongelijkheid tegenover nieuwe samenwerkingsverbanden die meteen rechtspersoonlijkheid krijgen en niet met deze eis worden geconfronteerd te voorkomen (zie M.L.M. van Kempen, WFR 2007/6729).

4.4 Beëindiging rechtspersoonlijkheid openbare vennootschap

Als de openbare vennootschap haar rechtspersoonlijkheid verliest, vindt een voor de overdrachtsbelasting belaste verkrijging plaats door de vennoten. Hiervoor zou een vrijstelling kunnen worden verleend analoog aan art. 15, lid 1, onderdeel f, 2e, WBR juncto art. 4a Uitvoeringsbesluit WBR. In dat geval geldt niet de voorwaarde dat van de geruisloze terugkeerregeling van art. 14c Wet Vpb 1969 moet worden gebruikgemaakt, omdat de openbare vennootschap voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting transparant is. Ook in dat geval zal de onderneming gedurende drie jaren moeten worden voortgezet door de vennoten (art. 4a, lid 2, Uitvoeringsbesluit). De vrijstelling is niet van toepassing als de openbare vennootschap wordt ontbonden en onderneming wordt toegescheiden aan een (inbrengende) vennoot. In dat geval is sprake van een belaste verkrijging door de vennoot die de onderneming voortzet. Op grond van art. 15, lid 1, onderdeel f, 1e, WBR geldt alleen voor de ontbinding van een vennootschap die geen rechtspersoon is een uitbrengvrijstelling.

4.5 Opvolging van vennoten in een stille vennootschap

In geval van toetreding, uittreding en vervanging van vennoten in een stille vennootschap is sprake van een voor de overdrachtsbelasting belaste verkrijging. De nieuwe vennoot verkrijgt, of bij uittreden de achterblijvende vennoten verkrijgen een (grotere) deelgerechtigdheid in de economische of juridische eigendom van de tot het vennootschapsvermogen behorende onroerende zaken. Behoort tot het vennootschapsvermogen een onroerende zaak die door een van de zittende vennoten in het verleden

is ingebracht met gebruikmaking van de inbrengvrijstelling van art. 15, lid 1, onderdeel e, 1e, WBR dan kan toetreding, uittreding of vervanging van een andere vennoot vrijgesteld van overdrachtsbelasting plaatsvinden. Daartoe moet de onroerende zaak eerst met behulp van de uitbrengvrijstelling van art. 15, lid 1, onderdeel f, 1e, WBR worden toebedeeld aan de vennoot die de onroerende zaak in het verleden had ingebracht. Vervolgens kan toetreding, uittreding of vervanging van een andere vennoot plaatsvinden zonder dat er een verkrijging wordt geconstateerd, aangezien de (economische eigendom) van de onroerende zaak zich op dat moment bevindt bij de oorspronkelijke inbrenger. Als laatste stap wordt de onroerende zaak opnieuw ingebracht met behulp van de inbrengvrijstelling van art. 15, lid 1, onderdeel e, 1e, WBR juncto art. 4, lid 2, Uitvoeringsbesluit WBR.

Treedt een nieuwe vennoot toe en kan geen gebruik worden gemaakt van de hiervoor genoemde uitbrengvrijstelling gecombineerd met de inbrengvrijstelling, dan wordt in de praktijk ook wel de bestaande vennootschap ontbonden zonder dat het vennootschapsvermogen wordt verdeeld. Vervolgens wordt een nieuwe vennootschapsovereenkomst gesloten tussen de oude vennoten en de nieuwe vennoot, waarin wordt vastgesteld dat de oude vennoten het vermogen van de ontbonden vennootschap inbrengen in de nieuwe vennootschap met een voorbehoud van stille reserves. Op die manier kan men gebruik maken van de inbrengvrijstelling van art. 15, lid 1, onderdeel e, 1e, WBR⁴.

4.6 Opvolging van vennoten in een openbare vennootschap

Bij toetreding, uittreding en vervanging van vennoten in een openbare vennootschap blijft de rechtspersoon juridische en economische eigenaar van het vennootschapsvermogen. Dit betekent dat er in beginsel (dit kan anders zijn bij een vastgoedvennootschap als bedoeld in art. 4 WBR) geen sprake is van een verkrijging voor de overdrachtsbelasting.

⁴ Zie eveneens M.L.M. van Kempen, t.a.p., blz. 121 en 122.

5. Rechtsvergelijkend overzicht van fiscale (non-)transparantie van personenvennootschappen

Het onderstaande overzicht is voornamelijk ontleend aan de nationale rapporten die werden gemaakt ter voorbereiding van het Congres over 'Corporate Income Tax Subjects' van de *European Association of Tax Law Professors* (EATLP), dat werd gehouden op 31 mei en 1 juni 2013 in Lissabon (www.eatlp.org).

In het algemeen worden drie criteria gebruikt om personenvennootschappen (inclusief commanditaire vennootschappen) als transparant of non-transparant aan te merken: rechtspersoonlijkheid, de mate van aansprakelijkheid bij de partners en de mogelijkheid om vrijelijk aandelen in de entiteit over te dragen. Sommige landen kennen ook een optiestelsel. Onder bepaalde voorwaarden kan een entiteit dan zelf kiezen om al dan niet als transparant te worden behandeld. Transparant betekent dat niet de personenvennootschap zelf maar de partners in de heffing worden betrokken; non-transparant betekent dat de entiteit zelf wordt belast met (in de regel) vennootschapsbelasting.

Het meest toegepaste criterium is rechtspersoonlijkheid. Kapitaalvennootschappen, zoals NV's, BV's, GmbH's, SA's etc. zijn in de regel non-transparant. Maar niet alle rechtspersonen zijn ook altijd vennootschapsbelastingplichtig, terwijl er ook vennootschapsbelastingplichtige lichamen zijn die toch geen rechtspersoonlijkheid hebben.

Een van de weinige landen die consequent de transparantie laten afhangen van de rechtspersoonlijkheid is **Rusland**. In dat land zijn openbare personenvennootschappen inclusief commanditaire vennootschappen rechtspersonen en dus non-transparant; stille personenvennootschappen zijn geen rechtspersonen en dus transparant.

De meeste landen gaan in beginsel wel uit van rechtspersoonlijkheid als hoofdcriterium, maar maken hierop diverse uitzonderingen. In **Duitsland** zijn bijvoorbeeld sommige niet geregistreerde associaties zonder rechtspersoonlijkheid en ook sommige (vrijgestelde) fondsen toch non-transparant. Personenvennootschappen zijn in Duitsland transparant; commanditaire vennootschappen op aandelen die wel rechtspersoonlijkheid hebben, zijn transparant op het niveau van de beherende vennoten. In **Nederland** zijn het open beleggingsfonds voor gemene rekening en de burgerlijke maatschap waarvan de aandelen zonder toestemming van andere maten overdraagbaar zijn, vennootschapsbelastingplichtig en dus non-transparant, ondanks dat zij geen rechtspersoonlijkheid hebben; andere personenvennootschappen zijn transparant met uitzondering van de open commanditaire vennootschap (deze is slechts transparant op het niveau van de beherende vennoten). Non-transparant zijn ook coöperaties en verenigingen op coöperatieve grondslag, onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of bank optreden en verenigingen en stichtingen die op de voet van de Woningwet zijn toegelaten als instellingen die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn. Andere verenigingen en stichtingen en andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen zijn alleen belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting 'indien en voor zover zij een onderneming drijven'. In **Italië** zijn collectieve beleggingsfondsen non-transparant; personenvennootschappen zijn transparant, dit geldt ook voor commanditaire vennootschappen, die wel rechtspersoonlijkheid hebben. In **Oostenrijk** worden buitenlandse

entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid, die niet overeenkomen met transparante Oostenrijkse entiteiten en sommige fondsen beschouwd als non-transparant; personenvennootschappen zijn transparant ook al zijn ze 'quasi-rechtspersonen'. In **Polen** worden sommige entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid en buitenlandse entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid die in hun woonstaat als non-transparant worden beschouwd, voor de Poolse vennootschapsbelasting als non-transparant beschouwd; personenvennootschappen zijn transparant. In **Spanje** worden pensioenfondsen, beleggingsfondsen en dergelijke beschouwd als non-transparant; personenvennootschappen worden beschouwd als transparant ook als ze rechtspersoonlijkheid hebben. In **Zweden** zijn sommige beleggingsfondsen non-transparant; personenvennootschappen inclusief commanditaire vennootschappen worden beschouwd als transparant ook al hebben ze rechtspersoonlijkheid. In **Zwitserland** zijn onroerendgoedbeleggingsfondsen non-transparant; personenvennootschappen, inclusief commanditaire vennootschappen zijn transparant. In Denemarken zijn personenvennootschappen, inclusief commanditaire vennootschappen altijd transparant, hoewel ze worden beschouwd als rechtspersonen. Hetzelfde geldt voor **Finland, Noorwegen, Turkije** (wel mogelijkheid bij een joint venture om te opteren voor non-transparantie) en **Luxemburg** (met uitzondering van de commanditaire vennootschap op aandelen, die als non-transparant wordt beschouwd). In het **Verenigd Koninkrijk** hebben personenvennootschappen inclusief commanditaire vennootschappen geen rechtspersoonlijkheid; ze worden altijd als transparant beschouwd. In **Frankrijk** leidt in beginsel de beperkte aansprakelijkheid van de partners tot non-transparantie, inclusief commanditaire vennootschappen op aandelen. Personenvennootschappen hebben rechtspersoonlijkheid, maar worden toch als transparant gezien (hoewel berekening van het belastbaar inkomen geschiedt op het niveau van de personenvennootschap). De meeste personenvennootschappen waarbij er geen beperkte aansprakelijkheid bij de partners is, kunnen opteren voor non-transparantie. Omgekeerd kunnen vennootschappen waarvan de partners beperkte aansprakelijkheid hebben onder bepaalde voorwaarden opteren voor transparantie. In de Verenigde Staten zijn personenvennootschappen waar er geen beperkte aansprakelijkheid is van de partners altijd transparant; bepaalde vennootschappen met publiekelijk verhandelbare aandelen zijn altijd non-transparant. Bij andere entiteiten geldt dat er kan worden geopteerd voor transparantie of non-transparantie ('check-the-box' systeem).

Enigszins afwijkend van het vorenstaande patroon zijn België, Hongarije, Portugal en Griekenland. In **België** zijn personenvennootschappen (Société en nom collectif), inclusief de commanditaire vennootschap (Société en Commandite par Actions en Société en Commandite Simple) rechtspersonen. Als zij een onderneming drijven, worden zij als non-transparante lichamen in de vennootschapsbelasting betrokken. In **Hongarije** zijn personenvennootschappen en commanditaire vennootschappen ondanks het ontbreken van rechtspersoonlijkheid non-transparant als ze ondernemingsactiviteiten verrichten. Dit geldt ook voor eenmansondernemingen. In **Portugal** zijn commerciële personenvennootschappen eveneens non-transparant. Algemeen wordt echter aangenomen dat personenvennootschappen waarin de factor kapitaal niet cruciaal is, toch in aanmerking komen voor transparantie.

Het meest bijzondere stelsel heeft **Griekenland**. Vóór 1 januari 2013 waren kapitaalvennootschappen (rechtspersonen) non-transparant en personenvennootschappen (geen rechtspersonen) transparant. Met ingang van die datum worden echter alle entiteiten voor fiscale doeleinden beschouwd als non-transparant en zijn dezelfde tarieven en belastingregels van toepassing. Zowel de winst van kapitaalvennootschappen als van personenvennootschappen wordt belast tegen een tarief van 26%.

Bij uitdelingen aan de aandeelhouders/partners wordt een finale inhoudingsbelasting geheven van 10%. Personenvennootschappen die een eenvoudige boekhouding mogen voeren, waarin de relaties tussen de onderneming van de personenvennootschap en de partners niet goed worden bijgehouden (single-entry accounting), worden voor de eerste € 50.000 winst belast tegen 26% en over het resterende voor 33%. In dat geval vindt geen heffing meer plaats bij de partners.

6. Wettelijke aanpassingen

Voor veranderingen in de fiscale wetgeving die op grond van het voorstel noodzakelijk zijn, kan aansluiting worden gezocht bij een aantal van de in de Invoeringswet titel 7.13 voorgestelde aanpassingen in de fiscale regelgeving.

De belangrijkste aanpassingen zien op:

Art. 2, eerste, tweede en derde lid, AWR: aanpassing terminologie: 'maat- en vennootschappen' wordt 'vennootschappen'; 'beherende' vennoot wordt 'gewone' vennoot.

Art. 33, eerste en tweede lid, Invorderingswet 1990: 'openbare vennootschap' toevoegen en 'volledig aansprakelijke vennoot van een vennootschap'.

Art. 3.7 (nieuw) Wet IB 2001:

'Openbare vennootschap.

1. Voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen worden bij een openbare vennootschap en bij daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen, de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven toegerekend aan de vennoten als bij een stille vennootschap.
2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing bij een commanditaire vennootschap. De eerste volzin vindt geen toepassing bij een open commanditaire vennootschap voor zover het betreft de commanditaire vennoten.'

Art. 4.40 Wet IB 2001: toevoeging van een volzin: 'De eerste volzin is niet van toepassing ingeval sprake is van een omzetting als bedoeld in art. 35 (voorstel werkgroep).' (Geen doorschuiving aanmerkelijkbelangclaim bij omzetting BV in openbare vennootschap).

Art. 3, onderdeel b Wet Vpb 1969: vervallen van 'andere'.

Art. 14 Wet Vpb 1969: bedrijfsfusie: lid 10 toevoegen:

'Ingeval een openbare vennootschap op de voet van art. 34 (voorstel werkgroep) wordt omgezet in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een naamloze vennootschap, wordt aangenomen dat de vennoten hun aandelen in het vermogen van de openbare vennootschap voor de waarde in het economische verkeer van de tot dat vermogen behorende bezittingen en schulden hebben overgedragen aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of de naamloze vennootschap. Voor de toepassing van dit artikel wordt een in de eerste volzin bedoelde omzetting met een bedrijfsfusie gelijkgesteld, voor zover de omzetting betrekking heeft op een gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel van een onderneming. Dit lid vindt geen toepassing bij de omzetting van een open commanditaire vennootschap voor zover het betreft de commanditaire vennoten.'

Art. 14a Wet Vpb 1969: splitsing: lid 12 toevoegen:

'Ingeval een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op de voet van art. 35 (voorstel werkgroep) wordt omgezet in een openbare vennootschap, wordt aangenomen dat de besloten

vennootschap haar vermogen voor de waarde ervan in het economische verkeer heeft overgedragen aan de vennoten van de openbare vennootschap. Voor de toepassing van dit artikel wordt een in de eerste volzin bedoelde omzetting met een splitsing gelijkgesteld, voor zover de omzetting betrekking heeft op een gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel van een onderneming.'

Art. 14c Wet Vpb 1969: geruisloze terugkeer uit BV: lid 9 toevoegen:

'Voor de toepassing van dit artikel en de daarop berustende bepalingen wordt met ontbinding gelijkgesteld een omzetting op de voet van artikel 35 (voorstel werkgroep).'

Art. 1 Wet DB 1965: belastingplicht: in het vijfde lid, twee leden toevoegen:

6. Voor de toepassing van het eerste lid wordt bij een openbare vennootschap en een daarmee vergelijkbare buitenlandse vennootschap niet die vennootschap maar worden de vennoten als gerechtigden aangemerkt.

7. Het zesde lid is van overeenkomstige toepassing bij een commanditaire vennootschap. De eerste volzin vindt geen toepassing bij een open commanditaire vennootschap voor zover het betreft de commanditaire vennoten.'

Art. 4 WBR: onroerende zaak lichamen: in art. 4 WBR staat reeds het begrip 'rechtspersoon'. Dit ziet op rechtspersonen in Boek 2. Derhalve zal aan dit artikel moeten worden toegevoegd de openbare vennootschap als bedoeld in het voorstel. Ook de definitie van aanmerkelijk belang in art. 4, derde lid, WBR zal moeten worden aangepast aan de openbare vennootschap.

Art. 15 WBR: Zie paragraaf 4 hiervoor.

Art. 52 WBR: toevoegen:

3. aandeel: aandeel van een vennoot in een openbare vennootschap, alsmede in een vennootschap die naar het recht van een andere Staat is opgericht of ontstaan en naar aard en inrichting daarmee vergelijkbaar is;

4. rechtspersoon: rechtspersoon en de openbare vennootschap, alsmede de vennootschap die naar het recht van een andere Staat is opgericht of ontstaan en naar aard en inrichting daarmee vergelijkbaar is.'

Art. 56 (nieuw) WBR: overgangsbepaling

Successiewet: voor de gift- en erfbelasting blijft de transparantiegedachte gelden.

Art. 1 Successiewet 1956: toevoegen:

'Indien een aandeel in een openbare vennootschap of in een daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm wordt verkregen, wordt de verkrijging voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen op dezelfde wijze behandeld als de verkrijging van een aandeel in een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.

Verkrijgingen door of schenkingen door een openbare vennootschap of een daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm worden geacht te zijn verkregen door, respectievelijk te zijn gedaan door de vennoten op dezelfde wijze als bij een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.'

Art. 24 Successiewet 1956: aan lid 2 toevoegen:

‘indien ter zake van een verkrijging door een openbare vennootschap of een daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm overdrachtsbelasting is betaald en in verband met deze verkrijging van de vennoten van die vennootschap of buitenlandse rechtsvorm recht van successie, van schenking of van overgang wordt geheven, wordt – voor zover artikel 13 Wet op belastingen van rechtsverkeer geen toepassing heeft gevonden – de overdrachtsbelasting betaald over het bedrag waarover dat rechts is verschuldigd op dat recht in mindering gebracht net zo als bij een verkrijging door een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.’

Art. 7b (nieuw) Natuurschoonwet 1928

‘Voor de toepassing van artikel 8a worden de bezittingen en schulden van een openbare vennootschap of een daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvorm als bezittingen en schulden van de gezamenlijke vennoten beschouwd.’

VOORSTEL TITEL 7.13

Afdeling 1: Algemene bepalingen

Artikel 1 Begrip

1. Vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking die is gericht op de uitoefening van een beroep of bedrijf met inbreng door ieder van de vennoten en met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen.
2. In wettelijke bepalingen buiten deze titel wordt met “vennootschap” bedoeld of mede bedoeld op de openbare vennootschap in de zin van artikel 3 lid 2, voor zover niet anders blijkt.

Artikel 2 Regelend recht

De afdelingen 2 tot en met 5 van deze titel zijn van regelend recht, voor zover niet anders blijkt. Van de bepalingen van de andere afdelingen kan slechts worden afgeweken, voor zover dat uit de wet blijkt.

Artikel 3 Openbaar en stil

1. De vennootschap is openbaar of stil.
2. Openbare vennootschap is de vennootschap die op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een door haar gevoerde naam aan het rechtsverkeer deelneemt.
3. Stille vennootschap is de vennootschap die niet openbaar is.

Artikel 4 Soorten openbare vennootschappen

1. Maatschap is de openbare vennootschap die is gericht op de uitoefening van een beroep.
2. Vennootschap onder firma is de openbare vennootschap die is gericht op de uitoefening van een bedrijf.
3. Commanditaire vennootschap is de openbare vennootschap die is gericht op de uitoefening van een bedrijf bestaande uit een of meer gewone vennoten, die verbonden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap en een of meer commanditaire vennoten, die niet verbonden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap.
4. Een openbare vennootschap moet op alle geschriften, gedrukte stukken en aankondigingen waarin zij partij is of die van haar uitgaan, met uitzondering van telegrammen en reclames, haar naam, soort en adres vermelden.
5. Waar in deze titel wordt gesproken van vennoten zijn daaronder alle vennoten begrepen, en waar gesproken wordt van gewone vennoten de andere vennoten dan de commanditaire vennoten.

Artikel 5 Inschrijving

De openbare vennootschap met een onderneming in Nederland dient ingeschreven te worden in het handelsregister.

Artikel 6 Rechtspersoonlijkheid

1. Een openbare vennootschap is rechtspersoon met ingang van de dag volgend op de dag dat zij als openbare vennootschap is ingeschreven in het handelsregister. Zij staat wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet anders voortvloeit.
2. Op het moment dat de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt, gaat al wat behoort tot de

vennootschappelijke gemeenschap onder algemene titel over op de rechtspersoon, met dien verstande dat goederen die worden geleverd bij notariële akte, eerst overgaan nadat aan de voor de levering daarvan vereiste voorschriften is voldaan. Zolang daaraan niet is voldaan zijn op de desbetreffende vennootschappelijke goederen de leden 3, 4 en 5 van artikel 7 van overeenkomstige toepassing. De vennootschap is bevoegd in naam van de daartoe gerechtigden aan de voor levering vereiste voorschriften te voldoen.

3. Binnen een maand nadat zij rechtspersoonlijkheid heeft verkregen doet de openbare vennootschap daarvan opgave aan de beheerders van de andere openbare registers dan het in artikel 5 genoemde register waarin de verkrijging van rechtspersoonlijkheid kan worden ingeschreven.
4. In wettelijke bepalingen buiten deze titel wordt met “rechtspersoon” niet mede bedoeld op een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, tenzij anders blijkt.

Artikel 7 Niet- ingeschreven openbare vennootschap

1. Zolang de openbare vennootschap niet in het handelsregister is ingeschreven kan geen beroep worden gedaan op doeloverschrijding of een beperking van een gewone vennoot de vennootschap te vertegenwoordigen jegens een derde die daarvan onkundig is.
2. Indien ter zake van een niet in het handelsregister ingeschreven openbare vennootschap een vennootschappelijke gemeenschap bestaat, geldt daarvoor het hierna in dit artikel bepaalde.
3. Er kan geen verdeling worden gevorderd van de vennootschappelijke gemeenschap noch van een daartoe behorend goed.
4. Een vennoot kan niet beschikken over zijn aandeel in afzonderlijke goederen die behoren tot de vennootschappelijke gemeenschap. Een vennoot kan niet beschikken over zijn aandeel in die gemeenschap als geheel, behoudens bij toetreding van een nieuwe vennoot of voortzetting na zijn uittreden. Zijn schuldeisers kunnen een aandeel als bedoeld in de vorige volzinnen niet uitwinnen.
5. Tot de vennootschappelijke gemeenschap behorende schulden kunnen op de tot de gemeenschap behorende goederen worden verhaald, ook al zijn na het ontstaan van die schulden vennoten uitgetreden of toegetreden.
6. Vorderingen en schulden die niet beide tot de vennootschappelijke gemeenschap behoren kunnen niet met elkaar worden verrekend.
7. Op de vereffening van een ontbonden vennootschap zijn de bepalingen van afdeling 2 van titel 7 van Boek 3 van toepassing.

Artikel 8 Stille vennootschap

Op de stille vennootschap zijn artikel 7 leden 3, 4 en 7, artikel 9 en 10, de artikelen 11 tot en met 17, de artikelen 20, 21, 24, 25, 26, 27 leden 1, 2, en 3, de artikelen 28 en 29 en artikel 31 lid 1 van overeenkomstige toepassing.

Artikel 9 Redelijkheid en billijkheid

1. De vennoten gedragen zich jegens elkaar naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.
2. Een tussen de vennoten als gevolg van de overeenkomst van vennootschap geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Artikel 10 Gemeenschap

Slechts de waarde van het aandeel van een vennoot in de waarde van de vennootschap valt in een gemeenschap van goederen waarin hij is gehuwd of als partner is geregistreerd, tenzij de positie van een vennoot krachtens de overeenkomst van vennootschap vrij overdraagbaar is.

Afdeling 2. Verhoudingen van de vennoten tot elkaar en tot de vennootschap

Artikel 11 Wijziging overeenkomst

De overeenkomst van vennootschap kan met instemming van alle vennoten worden gewijzigd.

Artikel 12 Inbreng

1. Alles wat tot de verwezenlijking van het doel van de vennootschap kan bijdragen, kan worden ingebracht. Op de inbreng van een goed zijn de bepalingen omtrent koop en op de inbreng van genot van een goed de artikelen 201 tot en met 231 van Boek 7 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet.
2. Een verplichting tot inbreng van een goed verplicht tot inbreng van zowel de juridische als de economische gerechtigdheid daarvan.
3. Iedere vennoot kan naast de vennootschap ten behoeve van de vennootschap de naleving van de verplichting tot inbreng vorderen.

Artikel 13 Verplichtingen vennoten jegens elkaar

Het is een vennoot niet toegestaan om:

- a. namens de vennootschap met zichzelf of een natuurlijk persoon of rechtspersoon die tot hem in een verhouding staat als bedoeld in artikel 46 lid 1 sub 3°, 4°, 5° of 6° van Boek 3, een rechtshandeling te verrichten, tenzij een dergelijke rechtshandeling gebruikelijk onder dezelfde voorwaarden ook met derden wordt verricht dan wel een tegenstrijdig belang tussen de vennoot en de vennootschap is uitgesloten;
- b. een voordeel dat aan de vennootschap behoort toe te komen, ten koste van de vennootschap tot eigen baat te benutten of tot baat te benutten van een natuurlijk persoon of rechtspersoon als bedoeld onder a;
- c. activa van de vennootschap anders dan met het oog op de verwezenlijking van het doel van de vennootschap aan te wenden;
- d. handelingen te verrichten of te doen verrichten die concurreren met de activiteiten van de vennootschap.

Artikel 14 Het besturen van de vennootschap

1. De vennoten besturen de vennootschap gezamenlijk.
2. Besluiten van de vennoten worden genomen met instemming van alle vennoten.
3. Iedere gewone vennoot is bevoegd voor rekening van de vennootschap alle handelingen te verrichten die gelet op het doel van de vennootschap tot haar normale werkzaamheden behoren, alsmede handelingen die geen uitstel kunnen lijden.
4. Andere handelingen dan bedoeld in lid 3 behoeven de instemming van alle vennoten.
5. De vennoten zijn verplicht rekening en verantwoording jegens elkaar af te leggen omtrent hun activiteiten ten behoeve van de vennootschap. Van het bepaalde in dit lid kan niet worden afgeweken.

6. De bevoegdheid van een gewone vennoot tot handelen voor rekening van de vennootschap voortvloeiend uit de overeenkomst van vennootschap kan door de overige vennoten worden herroepen of beperkt wegens gewichtige redenen. De mogelijkheid tot herroeping of beperking wegens gewichtige redenen kan niet worden uitgesloten.

Artikel 15 Administratieplicht en verantwoording

1. De gewone vennoten zijn verplicht van de vermogenstoestand van de vennootschap en van alles betreffende het beroep of bedrijf van de vennootschap, naar de eisen van dat beroep of bedrijf, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend.
2. De gewone vennoten zijn verplicht de in lid 1 bedoelde boeken, bescheiden en andere gegevensdragers gedurende zeven jaren te bewaren of te doen bewaren.
3. De op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, uitgezonderd de op papier gestelde balans en staat van baten en lasten, kunnen op een andere gegevensdrager worden overgebracht en bewaard, mits de overbrenging geschiedt met juiste en volledige weergave van de gegevens en deze gegevens gedurende de volledige bewaartijd beschikbaar zijn en binnen redelijke tijd leesbaar kunnen worden gemaakt.
4. Onverminderd het bepaalde in artikel 15j van Boek 3, kunnen ieder van de vennoten, de erfgenamen van een overleden vennoot, de deelgenoten in een gemeenschap, alsmede in geval van faillissement van de vennootschap, de schuldeisers van de vennootschap, openlegging van tot de administratie van de vennootschap behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers vorderen, voor zover de betrokkene daarbij een rechtstreeks en voldoende belang heeft.
5. Van het bepaalde in dit artikel kan niet worden afgeweken.

Artikel 16 Boekjaar en jaarrekening

1. Het boekjaar van een vennootschap is het kalenderjaar.
2. De gewone vennoten zijn behoudens verlenging door de vennoten met ten hoogste vier maanden, verplicht jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de balans en de staat van baten en lasten van de vennootschap op te maken en op papier te stellen. Van het bepaalde in dit lid kan niet worden afgeweken.
3. De balans en de staat van baten en lasten moeten binnen een redelijke termijn na het opmaken daarvan ter vaststelling aan de vennoten worden voorgelegd. De bevoegdheid tot vaststelling kan niet aan derden worden toegekend.

Artikel 17 Deel in resultaat

1. De vennoten delen in het resultaat van de vennootschap als volgt:
 - a. iedere vennoot deelt voor een gelijk deel in de winst en in het verlies;
 - b. is het deel van een vennoot slechts in de winst of het verlies bepaald, dan geldt dit deel voor winst en verlies;
 - c. de vaststelling van het bedrag van ieders deel geschiedt door alle vennoten tezamen.
2. Iedere vennoot heeft na de vaststelling van de balans en de staat van baten en lasten recht op uitkering van zijn vastgestelde deel in de winst. De bevoegdheid tot vaststelling kan niet aan derden worden toegekend. Uitkering geschiedt in geld.

Afdeling 3. Verhoudingen van de vennoten en de vennootschap tegenover derden

Artikel 18 Vertegenwoordiging

1. Iedere gewone vennoot is bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen.
2. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging omvat alle handelingen die het doel van de vennootschap op enigerlei wijze kunnen dienen.

Artikel 19 Verbondenheid

1. De gewone vennoten van een vennootschap onder firma en van een commanditaire vennootschap zijn naast de vennootschap hoofdelijk verbonden voor prestaties waartoe de vennootschap zich heeft verbonden, tenzij de wet anders bepaalt of met de wederpartij anders is overeengekomen.
2. De vennoten van een maatschap zijn naast de maatschap voor gelijke delen verbonden voor de prestaties waartoe de maatschap zich heeft verbonden, tenzij de wet anders bepaalt of met de wederpartij anders is overeengekomen.
3. Indien een maatschap een opdracht heeft ontvangen die strekt tot het verrichten van een beroepshandeling, is lid 2 daarop niet van toepassing. In dat geval is iedere vennoot die met de uitvoering is belast naast de maatschap voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming of fout bij de nakoming, tenzij die niet aan hem kan worden toegerekend, de wet anders bepaalt of met de wederpartij anders is overeengekomen. Indien niet blijkt wie met de opdracht is belast, worden alle vennoten geacht daarmee belast te zijn.
4. Een gewone vennoot is slechts verbonden voor prestaties waartoe de vennootschap zich heeft verbonden en die opeisbaar zijn geworden na zijn toetreden.
5. Een rechtsvordering tegen een uitgetreden gewone vennoot tot nakoming van ten tijde van zijn uittreden bestaande verbintenissen van de vennootschap, verjaart op het tijdstip dat ook de rechtsvordering tegen de vennootschap verjaart, en in ieder geval verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgend op die waarop zijn uittreden in het handelsregister is ingeschreven. Ontstaat een rechtsvordering na die inschrijving, dan begint op dat tijdstip die verjaringstermijn te lopen.

Artikel 20 Vruchtgebruik

1. Vruchtgebruik kan worden gevestigd op de rechten van een vennoot op uitkeringen ten laste van het vermogen van de vennootschap, alsmede op een vergoeding bij uittreding of opvolging. De overeenkomst van vennootschap kan de vestiging van een vruchtgebruik als bedoeld in artikel 30 van Boek 4 niet beperken. Het vruchtgebruik wordt gevestigd door een daartoe bestemde akte en mededeling aan de vennootschap door de vervreemder of verkrijger.
2. Indien uit de overeenkomst van vennootschap voortvloeit dat de positie van vennoot vrij overdraagbaar is, kan het vruchtgebruik ook op deze positie als zodanig worden gevestigd.
3. De vruchtgebruiker verkrijgt niet de aan de positie van een vennoot verbonden zeggenschapsrechten.
4. Van lid 1, laatste twee volzinnen en van lid 3 kan niet worden afgeweken.

Artikel 21 Verpanding

1. Tenzij zulks bij de overeenkomst van vennootschap is uitgesloten of beperkt, kan pandrecht worden gevestigd op de rechten van een vennoot voortvloeiend uit de overeenkomst van vennootschap. Dat pandrecht omvat alle aanspraken op alle uitkeringen ten laste van het vermogen van de vennootschap,

alsmede een vergoeding bij uittreding of opvolging. Het pandrecht wordt gevestigd bij een daartoe bestemde akte als bedoeld in artikel 94 van Boek 3.

2. Indien de overeenkomst van vennootschap dat uitdrukkelijk toelaat kan bij de vestiging van het pandrecht of nadien worden bedongen dat de pandhouder bevoegd is namens de pandgever de vennootschap op te zeggen als deze jegens de pandhouder in verzuim is. Op een zodanige opzegging door de pandhouder is artikel 24 lid 2 toepasselijk.
3. Indien uit de overeenkomst van vennootschap voortvloeit dat de positie van vennoot vrij overdraagbaar is, kan het pandrecht ook op deze positie als zodanig worden gevestigd.
4. De pandhouder verkrijgt niet de aan de positie van een vennoot verbonden zeggenschapsrechten.
5. Van lid 1, laatste volzin en van lid 4 kan niet worden afgeweken.

Afdeling 4. De commanditaire vennootschap

Artikel 22 Bijzondere kenmerken

1. De commanditaire vennoot is uitgesloten van de bevoegdheid rechtshandelingen te verrichten ten name van de vennootschap, tenzij hem daartoe volmacht is verleend.
2. De commanditaire vennoot draagt niet verder bij in de verliezen van de vennootschap dan tot het bedrag van de overeengekomen inbreng.
3. Indien het handelen krachtens volmacht door een commanditaire vennoot een belangrijke oorzaak is van het faillissement, is de commanditaire vennoot jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening kunnen worden voldaan.
4. De rechter kan het bedrag waarvoor een commanditaire vennoot aansprakelijk is verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van het handelen door de commanditaire vennoot, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld.
5. De commanditaire vennootschap heeft geen in aandelen verdeeld kapitaal.
6. Van de leden 3 tot en met 5 kan niet worden afgeweken.

Artikel 23 Aansprakelijkheid

1. Wordt een gewone vennoot een commanditaire vennoot dan vindt artikel 19 lid 5 toepassing.
2. Wordt een commanditaire vennoot een gewone vennoot dan vindt artikel 19 lid 4 toepassing.

Afdeling 5. Uittreding en toetreding

Artikel 24 Uittreding van vennoten met voortzetting van de vennootschap

1. Een vennoot treedt uit zonder dat zulks leidt tot ontbinding van de vennootschap in haar geheel, door:
 - a. zijn opzegging aan de andere vennoten;
 - b. het intreden van een gebeurtenis die of tijdstip dat krachtens de overeenkomst van vennootschap het uittreden van een vennoot tot gevolg heeft;
 - c. zijn onbekwaam worden, faillissement, toepassing schuldsaneringsregeling natuurlijke personen of surseance van betaling;
 - d. zijn overlijden, of, indien hij een rechtspersoon is, wanneer hij ophoudt te bestaan;
 - e. opzegging aan die vennoot, indien dat in de overeenkomst van vennootschap is voorzien;
 - f. de beslissing door de rechter in de gevallen die de wet bepaalt.

2. Een opzegging is vernietigbaar indien zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid is geschied.
3. Onverminderd het bepaalde in artikel 25 lid 2 zijn de artikelen 265 tot en met 279 van Boek 6 niet van toepassing.
4. Van lid 1, onderdeel f en van lid 2 kan niet worden afgeweken.

Artikel 25 Rechterlijk bevel tot uittreding

1. De rechter kan op vordering van ieder van de vennoten de uittreding van een vennoot bevelen op grond van gewichtige redenen of op andere gronden die in de overeenkomst van vennootschap zijn voorzien. De rechter kan de vordering ook toewijzen indien dat tot gevolg heeft dat slechts een vennoot overblijft en de vennootschap om die reden op grond van artikel 28 wordt ontbonden. Artikel 31 vindt in dat geval toepassing.
2. De rechter kan de vordering toewijzen onder door hem te stellen voorwaarden en een vennoot die in de naleving van zijn verplichtingen is tekortgeschoten met overeenkomstige toepassing van artikel 277 van Boek 6 tot schadevergoeding veroordelen.

Artikel 26 Uittreedvergoeding

1. De uittreedvergoeding is het bedrag dat de vennootschap aan de uittredende vennoot dient te voldoen dan wel dat de uittredende vennoot aan de vennootschap dient te voldoen.
2. De uittreedvergoeding is gelijk aan het aandeel van de uittredende vennoot in de waarde van de vennootschap per de datum van uittreden. Het in artikel 17 lid 1 bepaalde is van overeenkomstige toepassing.
3. Bij het bepalen van de waarde van het aandeel als bedoeld in lid 2 wordt uitgegaan van de waarde in het economisch verkeer bij voortzetting van de vennootschap.
4. De vennootschap vrijwaart de uitgetreden vennoot voor aansprakelijkheid voor haar verbintenissen ten tijde van de uittreding.

Artikel 27 Toetreding en opvolging

1. Toetreding tot de vennootschap van een nieuwe vennoot geschiedt met instemming van alle vennoten.
2. Vanaf het tijdstip van de toetreding gelden voor de toetredende vennoot de rechten en verplichtingen die voor hem door toetreding uit de overeenkomst van vennootschap voortvloeien.
3. Indien een vennoot wordt opgevolgd vindt het bepaalde in dit artikel overeenkomstige toepassing. Ten aanzien van de uittredende vennoot zijn de artikelen 19 lid 5 en 26 van overeenkomstige toepassing, tenzij sprake is van opvolging onder algemene titel.
4. Indien de rechtspositie van een vennoot vrij overdraagbaar is, geschiedt de opvolging van een vennoot door een daartoe bestemde akte, en mededeling daarvan aan de vennootschap door de vervreemder of verkrijger. Van het bepaalde in dit lid kan niet worden afgeweken.

Afdeling 6. Algehele ontbinding, vereffening en verdeling

Artikel 28 Algehele ontbinding

1. De vennootschap wordt in haar geheel ontbonden:
 - a. in de gevallen genoemd in de overeenkomst van vennootschap;
 - b. ingevolge een daartoe strekkend besluit van de vennoten;
 - c. in het geval waarin een of meer vennoten uittreedt en niet ten minste twee vennoten overblijven;
 - d. na faillietverklaring door hetzij de opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, hetzij door insolventie;
 - e. in de gevallen in de wet voorzien.
2. Wanneer de vennoten de vennootschap stilzwijgend voortzetten nadat zich een grond voor algehele ontbinding heeft voorgedaan, is de vennootschap voor onbepaalde tijd verlengd.
3. Onverminderd het bepaalde in artikel 29 lid 3 zijn de artikelen 265 tot en met 279 van Boek 6 niet van toepassing.

Artikel 29 Algehele ontbinding wegens gewichtige redenen

1. De rechter kan op vordering van ieder der vennoten de vennootschap ontbinden wegens gewichtige redenen, of op gronden die in de overeenkomst van vennootschap zijn voorzien.
2. Op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie ontbindt de rechter een rechtspersoon die door inschrijving krachtens artikel 6 is ontstaan indien de vennootschap niet voldoet aan de omschrijving van artikel 1 of indien de overeenkomst van vennootschap nietig of vernietigd is. Alvorens de ontbinding uit te spreken geeft de rechter zo mogelijk gelegenheid om de vennootschap aan de omschrijving te laten voldoen. De vennoten of bij ontbreken daarvan degenen die als vertegenwoordigers van de rechtspersoon staan ingeschreven worden gehoord.
3. De rechter kan een vordering of verzoek als hiervoor bedoeld toewijzen onder door hem te stellen voorwaarden. Hij kan de gevolgen van de toewijzing nader bepalen en een of meer vereffenaars aanwijzen. De rechter kan een partij die in de naleving van haar verplichtingen is tekortgeschoten met overeenkomstige toepassing van artikel 277 van Boek 6 tot schadevergoeding veroordelen.

Artikel 30 Inschrijving en gevolgen van ontbinding en vereffening

1. De vennootschap blijft na ontbinding als rechtspersoon voortbestaan voor zover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is.
2. De ontbinding wordt ingeschreven in het handelsregister. De verplichting tot inschrijving berust bij ieder van de gewone vennoten. Bij ontbinding door de rechter op grond van artikel 29 draagt de griffier van het desbetreffende gerecht zorg voor inschrijving van de in kracht van gewijsde gegane uitspraak tot ontbinding van de vennootschap en de eventuele aanwijzing van de vereffenaar.
3. De vereffening geschiedt door de gewone vennoten gezamenlijk, tenzij de vennoten anders overeenkomen of de rechter na ontbinding op grond van artikel 29 een of meer vereffenaars benoemt. Zijn er twee of meer vereffenaars dan kan ieder van hen alle werkzaamheden verrichten tenzij anders is bepaald. De rechter kan op verzoek van een vennoot een of meer vereffenaars aanwijzen.
4. Ontslaat de rechter een vereffenaar, dan kan hij een of meer andere benoemen. Ontbreken vereffenaars, dan benoemt de rechtbank een of meer vereffenaars op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie. De vereffenaar die door de rechter is benoemd, heeft recht op de beloning welke deze hem toekent.

5. Een benoeming tot vereffenaar door de rechter gaat in daags nadat de griffier de benoeming aan de vereffenaar heeft meegedeeld; de griffier doet de mededeling terstond, indien de beslissing die de benoeming inhoudt, bij voorraad uitvoerbaar is en anders, zodra zij in kracht van gewijsde is gegaan.
6. Iedere vereffenaar doet aan de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven, opgave van zijn optreden als zodanig en van de gegevens over zichzelf die van een vennoot worden verlangd.
7. De rechtbank kan een vereffenaar met ingang van een door haar bepaalde dag ontslaan, hetzij op diens verzoek, hetzij wegens gewichtige redenen op verzoek van een medevereffenaar, het openbaar ministerie of ambtshalve.
8. De vereffenaar legt na voltooiing van de vereffening rekening en verantwoording af aan de vennoten. De ontslagen vereffenaar legt rekening en verantwoording af aan degenen die de vereffening voortzetten. Is de opvolger door de rechter benoemd, dan geschiedt de rekening en verantwoording ten overstaan van de rechter.
9. Blijkt de vereffenaar dat de schulden de baten vermoedelijk zullen overtreffen, dan doet hij aangifte tot faillietverklaring, tenzij alle bekende schuldeisers desgevraagd instemmen met voortzetting van de vereffening buiten faillissement.
10. De vennoten zijn verplicht een tekort in het vermogen van de vennootschap aan te vullen voor zover zij daarvoor draagplichtig zijn.
11. De vereffenaars zijn met uitsluiting van de niet met de vereffening belaste vennoten bevoegd tot vertegenwoordiging van de vennootschap. Artikel 19 is van overeenkomstige toepassing.
12. Tot het overschot na voldoening van de schuldeisers van de vennootschap zijn de vennoten gerechtigd. Artikel 17 is van overeenkomstige toepassing.
13. Iedere vennoot heeft het recht tot inzage in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers.

Artikel 31 Voortzetting onderneming van de vennootschap door enig overblijvende vennoot

1. Na algehele ontbinding van de vennootschap kan, indien de vennoten zulks zijn overeengekomen, één van de gewezen vennoten de activiteiten van de vennootschap onder de door haar gevoerde handelsnaam voortzetten.
2. De voortzettende vennoot is gehouden de ontbinding van de vennootschap met gelijktijdige voortzetting van de activiteiten onverwijld in te schrijven in het handelsregister. De vennootschap houdt op te bestaan met ingang van de dag volgend op de dag dat de ontbinding is ingeschreven in het handelsregister en haar vermogen gaat onder algemene titel over op de voortzettende vennoot. Afdeling 6 is niet van toepassing.
3. Artikel 19 lid 5 en artikel 26 vinden overeenkomstige toepassing op een niet voortzettende vennoot, met dien verstande dat de uittreedvergoeding dient te worden voldaan door de voortzettende vennoot.
4. Artikel 6 lid 3 is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 32 Opgave einde vereffening en bewaarplicht. Heropening vereffening

1. De vereffening eindigt op het tijdstip waarop de schulden van de vennootschap zijn voldaan en aan de vereffenaar geen baten meer bekend zijn. De vereffenaar doet van die beëindiging opgave aan het handelsregister.
2. De vennootschap houdt op rechtspersoon te zijn met ingang van de dag volgend op de dag waarop de beëindiging van de vereffening is ingeschreven in het handelsregister.

3. De vereffenaar of een daartoe door de vereffenaar aangewezen derde bewaart de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de ontbonden vennootschap gedurende zeven jaren nadat haar vereffening is geëindigd. Ontbreekt een bewaarder, dan wordt hij op verzoek van een belanghebbende benoemd door de rechtbank in het arrondissement waar een van de voormalige vennoten woonplaats heeft. De bewaarder doet opgave van zijn naam en adres aan de registers waarin de vennootschap was ingeschreven.
4. Op verzoek van een belanghebbende kan de rechtbank de vereffening heropenen en zo nodig een vereffenaar benoemen. In dat geval herleeft de rechtspersoon, doch uitsluitend ter afwikkeling van de heropende vereffening. De griffier draagt zorg voor inschrijving van de uitspraak tot heropening van de vereffening en de eventuele aanwijzing van de vereffenaar, zodra zij in kracht van gewijsde is gegaan.

Afdeling 7. Wijziging en omzetting

Artikel 33 Wijzigen in een andere soort van vennootschap

1. Een vennootschap kan zich wijzigen in een andere soort van vennootschap.
2. Wijziging beëindigt het bestaan van de vennootschap en haar mogelijke hoedanigheid van rechtspersoon niet. Bij wijziging van een stille vennootschap in een openbare vennootschap is artikel 6 van overeenkomstige toepassing. Wijziging van een openbare vennootschap in een stille vennootschap heeft tot gevolg dat zij als rechtspersoon met ingang van de dag volgend op de dag dat zij niet langer als openbare vennootschap in het handelsregister is ingeschreven ophoudt te bestaan en haar vermogen onder algemene titel overgaat op de vennoten.
3. Na wijziging blijven de vennoten van de gewijzigde vennootschap voor schulden die zijn ontstaan voor de wijziging aansprakelijk op dezelfde voet als zij aansprakelijk waren voor de wijziging. Van het bepaalde in de vorige zin kan ten gunste van wederpartijen worden afgeweken.
4. Artikel 5 en artikel 6 lid 3 zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 34 Omzetting van een openbare vennootschap in een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij

1. Een openbare vennootschap kan zich omzetten in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, een naamloze vennootschap, een coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij.
2. Voor de omzetting zijn vereist:
 - a. een daartoe strekkende overeenkomst van de vennoten of, indien de overeenkomst van vennootschap hierin voorziet, een daartoe strekkend besluit van de vennoten met een aanduiding daarin hoeveel aandelen ieder van de vennoten zal nemen en een omschrijving van de daaraan verbonden rechten en verplichtingen, dan wel, ingeval van omzetting in een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij, welke rechten en verplichtingen ieder van de vennoten zal verkrijgen;
 - b. ingeval van omzetting in een naamloze vennootschap, een verklaring van een accountant als bedoeld in artikel 393 lid 1 van Boek 2, waaruit blijkt dat het eigen vermogen van de openbare vennootschap op een dag binnen vijf maanden vóór de omzetting ten minste het bedrag belooft van het gestorte deel van het geplaatste kapitaal volgens de akte van omzetting, vermeerderd met het totaal bedrag van de schadeloosstelling waarop de vennoten die de openbare vennootschap overeenkomstig lid 3 van dit artikel hebben opgezegd recht kunnen doen gelden. Bij het eigen vermogen mag de waarde worden geteld van hetgeen onverwijld na de omzetting op aandelen zal worden gestort;

- c. een notariële akte van omzetting die de statuten van de besloten vennootschap, naamloze vennootschap, coöperatie of onderlinge waarborg maatschappij bevat alsmede, indien van toepassing, de gevolgen van de opzegging door een of meer vennoten overeenkomstig lid 3. Aan de akte worden gehecht de onder a bedoelde overeenkomst of het aldaar bedoelde besluit en, indien van toepassing, de onder b bedoelde accountantsverklaring.
3. Een vennoot die niet heeft ingestemd met de omzetting is bevoegd binnen één maand nadat het besluit als bedoeld in lid 2 sub a tot stand is gekomen op te zeggen tegen de datum van omzetting. De artikelen 19 lid 5 en 26 vinden overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de in artikel 19 lid 5 genoemde termijn van vijf jaren aanvangt na de aanvang van de dag volgend op die waarop de omzetting in het handelsregister is ingeschreven.
4. De akte van omzetting kan niet eerder worden verleden dan na verloop van de in lid 3 genoemde termijn van één maand, tenzij alle vennoten hebben ingestemd met de omzetting of alle daartoe gerechtigde vennoten hebben afgezien van het recht tot opzegging.
5. Omzetting beëindigt het bestaan van de rechtspersoon niet.
6. Artikel 6 lid 3 is van overeenkomstige toepassing

Artikel 35 Omzetting van een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een openbare vennootschap

1. Een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, een naamloze vennootschap, een coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij kan zich omzetten in een openbare vennootschap.
2. Voor de omzetting zijn vereist:
 - a. een notariële akte van omzetting die de overeenkomst van vennootschap bevat, of waaraan een door alle partijen die vennoot worden ondertekende overeenkomst wordt gehecht;
 - b. een aanduiding in die akte van de hoedanigheid van gewone vennoot of commanditaire vennoot en de rechten en verplichtingen die de onderscheiden aandeelhouders of de onderscheiden leden zullen verkrijgen in de openbare vennootschap;
 - c. het naleven van artikel 100 van Boek 2 dat ingeval van een omzetting van een naamloze vennootschap in een openbare vennootschap van toepassing is;
 - d. een besluit tot omzetting genomen met inachtneming van de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging.
3. Aandeelhouders of leden die niet met het besluit tot omzetting hebben ingestemd worden geen vennoot in de openbare vennootschap tenzij zij binnen één maand na de datum van het besluit alsnog met het besluit tot omzetting instemmen. Aandeelhouders of leden hebben recht op schadeloosstelling voor het verlies van hun aandeelhouder- of lidmaatschap.
4. Het voorstel tot omzetting vermeldt het bedrag van de schadeloosstelling als bedoeld in het derde lid, vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen. De deskundigen brengen over de waardebepaling schriftelijk bericht uit, dat met de oproeping tot de vergadering waarop over de omzetting wordt beslist, wordt meegezonden. Indien tussen partijen op grond van de statuten of een overeenkomst waarbij de om te zetten rechtspersoon en de desbetreffende aandeelhouders of leden partij zijn, bepalingen over de vaststelling van de waarde van de aandelen, het lidmaatschap of de vaststelling van de schadeloosstelling gelden, stellen de deskundigen hun bericht op met inachtneming daarvan. De benoeming van deskundigen kan achterwege blijven, indien de statuten of een overeenkomst waarbij de om te zetten rechtspersoon en de desbetreffende aandeelhouders of leden partij zijn, een duidelijke maatstaf bevatten aan de hand waarvan de schadeloosstelling zonder meer kan worden vastgesteld.

5. De vennoten zijn slechts verbonden voor prestaties waartoe de vennootschap zich heeft verbonden en die opeisbaar zijn geworden na de omzetting en wel op de wijze als geldt voor de gekozen vorm. Van het bepaalde in de vorige zin kan ten gunste van wederpartijen worden afgeweken.
6. Omzetting beëindigt het bestaan van de rechtspersoon niet.
7. Artikel 5 en artikel 6 lid 3 zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 36 Beperkingen in mogelijkheid tot omzetting

Een rechtspersoon als bedoeld in artikel 35 lid 1 kan zich niet omzetten:

- a. indien hij is ontbonden en reeds uit hoofde van de vereffening een uitkering is gedaan;
- b. indien hij een vermogen heeft in de zin van artikel 18 lid 6 van Boek 2;
- c. gedurende zijn faillissement of surseance van betaling.

Afdeling 8. Fusie en splitsing van openbare vennootschappen

Artikel 37 Fusie openbare vennootschappen

1. Een fusie van een openbare vennootschap is de rechtshandeling van twee of meer openbare vennootschappen waarbij een van deze het vermogen van de ander onder algemene titel verkrijgt of waarbij een openbare vennootschap die bij de fusie tot stand komt hun vermogen onder algemene titel verkrijgt. Met uitzondering van de verkrijgende openbare vennootschap houden de fuserende openbare vennootschappen op te bestaan. De vennoten van de verdwijnende openbare vennootschappen worden door de fusie vennoot van de verkrijgende openbare vennootschap, behoudens in het in lid 4 bedoelde geval.
2. De openbare vennootschappen stellen gezamenlijk een voorstel tot fusie op. Dat voorstel bevat ten minste:
 - a. de soort en naam van iedere openbare vennootschap die partij is bij de fusie;
 - b. de naam, de zetel, het adres en de soort van de verkrijgende openbare vennootschap;
 - c. de overeenkomst van vennootschap van de verkrijgende vennootschap, zoals die bij van kracht worden van de fusie komt te luiden;
 - d. indien van toepassing, de namen van degenen die na het van kracht worden van de fusie de hoedanigheid van commanditaire vennoten zullen hebben;
 - e. voor zover zulks niet in de overeenkomst van vennootschap is opgenomen, een uiteenzetting van de rechten en verplichtingen van de vennoten na de fusie.
3. Een fusie van openbare vennootschappen behoeft een besluit van de vennoten van iedere vennootschap die bij de fusie is betrokken. Zodanig besluit wordt genomen op de wijze als daarvoor is bepaald in de overeenkomst van vennootschap. Ontbreekt zodanige bepaling dan wordt het besluit genomen met dezelfde meerderheid als is vereist voor een wijziging van de overeenkomst van vennootschap. Vereist de overeenkomst voor wijziging van afzonderlijke bepalingen verschillende meerderheden, dan is voor een besluit tot fusie de grootste daarvan vereist.
4. Een vennoot die niet voor het besluit tot fusie heeft gestemd, is bevoegd binnen één maand na de datum van het besluit tot fusie de vennootschap op te zeggen tegen de datum van de fusie. Zegt een vennoot de vennootschap op dan heeft hij recht op een vergoeding die wordt vastgesteld als in artikel 26 is voorzien voor de uittreedvergoeding.
5. Nadat alle bij de fusie betrokken openbare vennootschappen hebben ingestemd met de fusie op de

wijze als in lid 3 bepaald stellen zij ten bewijze daarvan een gezamenlijke schriftelijke verklaring op. Die verklaring wordt onverwijld ingeschreven in het handelsregister na verloop van de in lid 4 genoemde termijn van één maand. Eerdere inschrijving is mogelijk indien alle vennoten hebben ingestemd met de fusie of hebben afgezien van het recht tot opzegging.

6. De fusie wordt van kracht met ingang van de dag volgend op die waarop zij is ingeschreven in het handelsregister.
7. Beperkte rechten als bedoeld in de artikelen 20 en 21 die zijn gevestigd op de rechten van een vennoot in een verdwijnende vennootschap gaan over op dezelfde rechten die de betrokken vennoot verkrijgt in de verkrijgende vennootschap. Bij het uittreden van de vennoot verkrijgt de rechthebbende van een recht als bedoeld in artikel 20 of 21 eenzelfde recht op de vergoeding als bedoeld in lid 4.
8. Artikel 19 lid 4 vindt geen toepassing op de vennoten die door de fusie vennoot worden van de verkrijgende vennootschap.
9. Artikel 6 lid 3 is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 38 Splitsing openbare vennootschappen

1. Splitsing is zuivere splitsing en afsplitsing.
2. Een openbare vennootschap kan zuiver splitsen of afsplitsen.
3. Een zuivere splitsing van een openbare vennootschap is de rechtshandeling waarbij het vermogen van een openbare vennootschap die bij de splitsing ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig een bij de splitsing opgemaakte beschrijving wordt verkregen door twee of meer andere openbare vennootschappen. Haar vennoten worden door de splitsing vennoot in de verkrijgende openbare vennootschappen, behoudens het in lid 8 genoemde geval of voor zover bij de splitsing is bepaald dat onderscheiden vennoten vennoot worden van onderscheiden verkrijgende openbare vennootschappen.
4. Een afsplitsing van een openbare vennootschap is de rechtshandeling waarbij een deel van het vermogen van een openbare vennootschap die bij de splitsing niet ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de bij de splitsing opgemaakte beschrijving wordt verkregen door één of meer andere openbare vennootschappen. Haar vennoten worden door de splitsing vennoot van ten minste één verkrijgende vennootschap behoudens het in lid 8 genoemde geval.
5. Partij bij de splitsing is de splitsende openbare vennootschap alsmede elke verkrijgende openbare vennootschap met uitzondering van openbare vennootschappen die bij de splitsing tot stand komen.
6. De openbare vennootschappen die partij zijn bij de splitsing stellen gezamenlijk een voorstel tot splitsing op. Dat voorstel bevat ten minste:
 - a. de soort en naam van iedere openbare vennootschap die partij is bij de splitsing;
 - b. de naam, de zetel, het adres en de soort van iedere verkrijgende openbare vennootschap;
 - c. de overeenkomst van vennootschap van iedere verkrijgende vennootschap, zoals die bij het van kracht worden van de splitsing zal luiden;
 - d. indien van toepassing, de namen van degenen die bij het van kracht worden van de splitsing de hoedanigheid van commanditaire vennoten zullen hebben;
 - e. een beschrijving aan de hand waarvan nauwkeurig kan worden bepaald welke vermogensbestanddelen van de splitsende openbare vennootschap zullen overgaan op of toebedeeld aan elk van de verkrijgende openbare vennootschappen;
 - f. voor zover dat niet in de overeenkomst van vennootschap is opgenomen, een uiteenzetting van de rechten en verplichtingen van de vennoten van iedere verkrijgende vennootschap na de splitsing;

- g. ingeval onderscheiden vennoten vennoot worden in onderscheiden vennootschappen, welke vennoten in welke vennootschap vennoot worden en volgens welke criteria dit is vastgesteld.
7. Een splitsing van een openbare vennootschap behoeft een besluit van de vennoten van de splitsende vennootschap. Zodanig besluit wordt genomen op de wijze als daarvoor is bepaald in de overeenkomst van vennootschap. Ontbreekt zodanige bepaling dan wordt het besluit genomen met dezelfde meerderheid als is vereist voor een wijziging van de overeenkomst van vennootschap. Vereist de overeenkomst voor wijziging van afzonderlijke bepalingen verschillende meerderheden, dan is voor een besluit tot splitsing de grootste daarvan vereist. Het besluit tot splitsing waarbij onderscheiden vennoten vennoot worden in onderscheiden vennootschappen wordt genomen met instemming van alle vennoten.
 8. Een vennoot die niet voor het besluit tot splitsing heeft gestemd, is bevoegd binnen één maand na de datum van het besluit tot splitsing de vennootschap op te zeggen tegen de datum van de splitsing. Zegt een vennoot de vennootschap op dan heeft hij recht op een vergoeding die wordt vastgesteld als in artikel 26 is voorzien voor de uittreedvergoeding.
 9. Nadat alle bij de splitsing betrokken openbare vennootschappen hebben ingestemd met de splitsing op de wijze als in lid 7 bepaald, stellen zij ten bewijze daarvan een gezamenlijke schriftelijke verklaring op. Die gezamenlijke verklaring wordt onverwijld ingeschreven in het handelsregister na verloop van de in lid 8 genoemde termijn van één maand. Eerdere inschrijving is mogelijk indien alle vennoten hebben ingestemd met de splitsing of hebben afgezien van het recht tot opzegging. De splitsing wordt van kracht op de dag volgend op die waarop zij is ingeschreven in het handelsregister.
 10. Kan van een vermogensbestanddeel niet worden vastgesteld welke openbare vennootschap daarop na de splitsing de rechthebbende is, dan zijn de openbare vennootschappen die bij de splitsing betrokken zijn gezamenlijk rechthebbende.
 11. De rechthebbende van een beperkt recht als bedoeld in artikel 20 of 21 op rechten van een vennoot in de splitsende openbare vennootschap verkrijgt een gelijk beperkt recht op dezelfde rechten van de betrokken vennoot in een verkrijgende openbare vennootschap. Indien de splitsende openbare vennootschap na de splitsing voortbestaat en de betrokken vennoot daarvan niet per de splitsing ophoudt daarvan vennoot te zijn, blijft daarnaast het bestaande beperkte recht in stand. Bij het uittreden van de vennoot verkrijgt de rechthebbende van een recht als bedoeld in artikel 20 of 21 eenzelfde recht op de vergoeding als bedoeld in lid 8.
 12. Artikel 6 lid 3 is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 39 Aansprakelijkheid

1. De verkrijgende openbare vennootschappen en de voortbestaande gesplitste openbare vennootschap zijn aansprakelijk tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste openbare vennootschap ten tijde van de splitsing.
2. Voor ondeelbare verbintenissen zijn de verkrijgende openbare vennootschappen en de voortbestaande gesplitste openbare vennootschap elk voor het geheel aansprakelijk.
3. Voor deelbare verbintenissen is de verkrijgende openbare vennootschap waarop de verbintenis is overgegaan of, zo de verbintenis niet op een verkrijgende openbare vennootschap is overgegaan, de voortbestaande gesplitste openbare vennootschap voor het geheel aansprakelijk. De aansprakelijkheid voor deelbare verbintenissen is voor elke andere openbare vennootschap beperkt tot de waarde van het vermogen dat zij bij de splitsing heeft verkregen of behouden.

4. Andere openbare vennootschappen dan de openbare vennootschap waarop de verbintenis is overgegaan of, zo de verbintenis niet op een verkrijgende openbare vennootschap is overgegaan, dan de voortbestaande gesplitste openbare vennootschap zijn niet tot nakoming gehouden voordat laatstbedoelde openbare vennootschap in de nakoming van de verbintenis is tekort geschoten.
5. Ten aanzien van de aansprakelijkheid zijn de bepalingen betreffende hoofdelijke verbondenheid van overeenkomstige toepassing.
6. Artikel 19 lid 4 vindt geen toepassing op de vennoten die door de splitsing vennoot worden van een verkrijgende vennootschap.
7. Een vordering tegen een gewone vennoot van een zuiver splitsende openbare vennootschap tot nakoming van ten tijde van de splitsing bestaande verbintenissen die niet zijn overgegaan op een verkrijgende openbare vennootschap waarvan die persoon voor of bij de splitsing gewone vennoot is geworden, verjaart op het tijdstip dat ook de vordering tegen de betrokken openbare vennootschap verjaart, en in ieder geval door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgend op die waarop de splitsing is ingeschreven in het handelsregister.

Artikel 40 Beperkingen in mogelijkheid tot fusie of splitsing

Een openbare vennootschap kan geen partij zijn bij een fusie of splitsing:

- a. indien zij geen rechtspersoon is;
- b. indien zij is ontbonden en reeds uit hoofde van de vereffening een uitkering is gedaan;
- c. gedurende haar faillissement of surseance van betaling.

Artikel 41 Vernietiging van een fusie of splitsing

1. Een niet door de rechter vernietigde fusie is geldig. De rechter kan een fusie alleen vernietigen wegens nietigheid, het niet van kracht zijn of een grond tot vernietiging van een voor de fusie vereist besluit van de vennoten.
2. Vernietiging geschiedt door een uitspraak van de rechter van de woonplaats van de verkrijgende openbare vennootschap op vordering van een vennoot of andere belanghebbende tegen de openbare vennootschap.
3. De bevoegdheid tot het instellen van de vordering tot vernietiging vervalt door herstel van de grond tot vernietiging als bedoeld in lid 1 of door verloop van zes maanden na de inschrijving van de fusie in het handelsregister.
4. Heeft de eiser tot vernietiging van de fusie schade geleden door een verzuim dat tot vernietiging had kunnen leiden, en vernietigt de rechter de fusie niet, dan kan de rechter de vennootschap veroordelen tot vergoeding van de schade. De vennootschap heeft daarvoor verhaal op de schuldigen aan het verzuim en, tot ten hoogste het genoten voordeel, op degenen die door het verzuim zijn bevoordeeld.
5. De vernietiging wordt door de zorg van de griffier van het gerecht waar de vordering laatstelijk aanhangig was ingeschreven in het handelsregister.
6. De vennootschappen zijn hoofdelijk verbonden voor verbintenissen die, ten laste van de vennootschap waarin zij gefuseerd zijn geweest, zijn ontstaan na de fusie en voordat de vernietiging in het handelsregister is ingeschreven.
7. De onherroepelijke uitspraak tot vernietiging van een fusie is voor ieder bindend. Verzet door derden en herroeping zijn niet toegestaan.

8. Leden 1 tot en met 7 zijn van overeenkomstige toepassing op de splitsing, waarbij
- a. de in lid 2 bedoelde vordering tot vernietiging geschiedt tegen alle verkrijgende openbare vennootschappen en de voortbestaande gesplitste openbare vennootschap;
 - b. de veroordeling tot de in lid 5 bedoelde schadevergoeding kan worden uitgesproken jegens de verkrijgende openbare vennootschappen en de voortbestaande openbare gesplitste vennootschap;
 - c. de in lid 7 bedoelde hoofdelijke aansprakelijkheid zich uitstrekt tot de verkrijgende openbare vennootschappen en de voortbestaande openbare gesplitste vennootschap.

Voorstel memorie van toelichting

1. Inleiding

- 1.1 Het wetsvoorstel strekt tot vaststelling van titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek, waarin de regeling met betrekking tot de personenvennootschappen is neergelegd. De nieuwe titel vervangt de huidige negende titel van Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek (artikelen 1655 tot en met 1688), die betrekking heeft op de maatschap, en van de derde titel van het Eerste Boek van het Wetboek van Koophandel (artikelen 15 tot en met 34), waarin de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap zijn geregeld. Deze beide regelingen stammen in hoofdzaak al uit 1838. Weliswaar zijn zij zowel bij de invoering van Boek 2 als bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 aangepast aan de daarin vervatte nieuwe systematiek en terminologie, maar deze aanpassingen hadden een beperkt inhoudelijk karakter. De desbetreffende regelingen bevatten nog steeds verouderde en weinig duidelijk geredigeerde bepalingen. Zij zijn bovendien lapidair, lacuneus en weinig systematisch. Het onderhavige wetsvoorstel geeft een coherente, systematische regeling voor de personenvennootschap waarin bestaande knelpunten worden opgelost en de toepassingsmogelijkheden worden uitgebreid. Dit past in het streven de juridische infrastructuur voor ondernemers te moderniseren en daardoor mede te bevorderen dat Nederland aantrekkelijk blijft als vestigingsland voor nationale en internationale ondernemingen.
- 1.2 In het Ontwerp Burgerlijk Wetboek (het zogenoemde Groene Boek), vierde gedeelte, uit 1972 was al een voorontwerp voor titel 7.13 met bijbehorende toelichting opgenomen, opgesteld door Prof. Mr. W. C. L. van der Grinten. Dit voorontwerp heeft niet geleid tot een wetsvoorstel. Naar de tekst en toelichting hiervan zal waar relevant worden verwezen met de aanduidingen voorontwerp-Van der Grinten respectievelijk toelichting-Van der Grinten. Pas in 2002 is een hierop volgend wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (nummer 28 746) ingediend. Dit wetsvoorstel werd in 2005 door de Tweede Kamer aangenomen. In 2007 werd dit wetsvoorstel gevolgd door de daarbij bijbehorende Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (nummer 31 065). Hierna: ontwerptitel 7.13, respectievelijk Invoeringswet titel 7.13. In 2011 werden deze beide wetsvoorstellen echter ingetrokken omdat de primaire doelstelling van de wetgeving – het faciliteren van ondernemers – in beide wetsvoorstellen onvoldoende tot zijn recht kwam.¹ Als voorwaarde voor het initiëren van een nieuw wetgevingstraject voor de regeling van de personenvennootschap is geformuleerd dat, mede in het licht van het destijds nog te voltooien wetgevingsproject tot modernisering van het BV-recht, duidelijk moet zijn of en, zo ja, welke kwesties in de praktijk leven die wetswijziging wenselijk maken.²
- 1.3 Het wetgevingsproject gericht op modernisering van het BV-recht heeft geleid tot ingrijpende wetswijzigingen die op 1 oktober 2012 in werking zijn getreden. Nu dit omvangrijke wetgevingsproject is voltooid, is de tijd rijp om de wetgeving over de personenvennootschap ter hand te nemen. De intrekking van de genoemde wetsvoorstellen heeft er niet toe geleid dat de roep om modernisering van de wetgeving op het terrein van het personenvennootschapsrecht is verstomd. Het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) voerde in 2013 een onderzoek uit naar de ervaringen

¹ Kamerstukken II (2011–2012), 28 746, nr. 7.

² Handelingen II 2011/12.

met de huidige regeling van de personenvennootschap.³ Uit het onderzoek komt naar voren dat er ondanks de knelpunten in de huidige regeling en de modernisering van het BV-recht, behoefte blijft bestaan aan de personenvennootschap. Niet alleen biedt de personenvennootschap de gewenste fiscale transparantie maar daarnaast wordt onder meer aangevoerd dat zij eenvoudig en tegen lagere kosten beschikbaar is dan de BV, een grotere inrichtingsvrijheid en een informeel karakter bezit en met minder administratieve lasten is omgeven dan de BV.

2. Behoeft aan oplossing van knelpunten en onduidelijkheden in de huidige regeling

2.1 De huidige regeling van de personenvennootschappen kent echter een aantal knelpunten, bezwaren en onduidelijkheden die in de praktijk belemmerend werken en die haar minder aantrekkelijk maken. Een belangrijk knelpunt houdt verband met het feit dat de het vermogen van de personenvennootschap in gemeenschappelijke gerechtigdheid toebehoort aan de vennoten. Dit heeft onder meer tot gevolg dat bij het toetreden van vennoten telkens door alle vennoten een onverdeeld aandeel in alle goederen die behoren tot het vermogen van de vennootschap aan de nieuwe vennoot moet worden geleverd. Hierbij moeten de voor elk vermogensbestanddeel geldende leveringsvoorschriften in acht worden genomen. Laat men dit na, dan kunnen er gemakkelijk verschillende goederenrechtelijke gemeenschappen ontstaan, wat onvermijdelijk onoverzichtelijke situaties tot gevolg heeft. Ook bij het uittreden van een vennoot moet een levering plaatsvinden van diens onverdeelde aandeel in elk van de goederen van de vennootschap. Deze levering dient te geschieden door de uittredende vennoot aan alle vennoten die de vennootschap voortzetten. In de praktijk zijn contractuele regelingen gebruikelijk die het voortzetten na uittreden van een vennoot wel vergemakkelijken, maar deze vergen deskundige en dus kostbare bijstand. Bovendien moet bij de uitvoering van deze regelingen de hierboven uiteengezette omslachtige handelwijze worden gevolgd. Ook het ontbreken van de mogelijkheid om als zelfstandige entiteit rechten en verplichtingen aan te kunnen gaan en het feit dat veel rechtsonzekerheid bestaat over het verstrekken van zekerheden op deelnemingen in personenvennootschappen in het kader van een financiering, leiden in de praktijk tot beperkingen van de huidige rechtsvorm.

2.2 Het ontwerp lost een belangrijk deel van de hierboven uiteengezette knelpunten op door rechtspersoonlijkheid toe te kennen aan de openbare personenvennootschap. Naar huidig recht heeft de personenvennootschap die als zodanig aan het rechtsverkeer deelneemt weliswaar geen rechtspersoonlijkheid, maar wel rechtspersonenrechtelijke kenmerken. Het voorstel voor een nieuwe titel 7.13 BW van 1972 ging in de opzet van het nieuwe BW reeds uit van rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap. In dit verband kan worden genoemd dat het vermogen van de openbare personenvennootschap is afgescheiden van het vermogen van de vennoten en pas beschikbaar is voor verhaal door privé-crediteuren van de individuele vennoten nadat de zaakschuldeisers zijn betaald en de vennootschap wordt ontbonden. De openbare personenvennootschap kan voorts, los van haar vennoten, failliet worden verklaard. Bovendien is wisseling van vennoten mogelijk met behoud van de identiteit van de vennootschap. De openbare personenvennootschap kan daarnaast ook onder haar eigen naam in juridische procedures optreden. Het toekennen van rechtspersoonlijkheid

³ De resultaten van dit onderzoek zijn gepubliceerd in Postmoderne rechtsvormen, ZIFO-reeks deel 8, Deventer, Kluwer, 2013 en tevens op <http://www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/organisatie/onderzoeksinstituten-en-centra/vu-zifo/publicaties/ZIFO-reeks/index.asp> (hierna: ZIFO-onderzoek).

aan de openbare personenvennootschap is daarom geen ingrijpende wijziging ten opzichte van het huidige recht. Voor het bevorderen van de gebruiksvriendelijkheid en daarmee de aantrekkelijkheid van de rechtsvorm is het evenwel een belangrijke en noodzakelijke stap, wat ook blijkt uit het bovengenoemde praktijkonderzoek van het ZIFO. Het markeert vooral in goederenrechtelijke zin de scheiding tussen het privé- en zakelijke vermogen van een vennoot. In veel andere jurisdicties heeft de openbare personenvennootschap rechtspersoonlijkheid of een daarmee vergelijkbare zelfstandige rechtsbevoegdheid. Rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap zal daarom naar verwachting ook de bruikbaarheid in het internationale verkeer bevorderen. Rechtspersoonlijkheid neemt bovendien hindernissen weg voor de toegang tot rechtsfiguren als omzetting, fusie en splitsing van personenvennootschappen. Het huidige recht biedt de personenvennootschap deze reorganisatiefaciliteiten niet, wat in de praktijk als knelpunt wordt ervaren. In dit wetsvoorstel wordt naast de toekenning van rechtspersoonlijkheid in een regeling van deze reorganisatiemogelijkheden voorzien.

- 2.3 Een algemeen gevoeld bezwaar tegen de huidige regeling is voorts dat zij verspreid is over twee wetboeken (het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel) en dat het personenvennootschapsrecht hieruit niet langer goed gekend kan worden. Op wezenlijke onderwerpen is bestudering van de jurisprudentie en handboeken nodig om het geldende recht te kennen. De huidige regeling sluit bovendien op tal van punten niet meer aan bij de praktijk en hedendaagse inzichten. In dit verband kunnen bijvoorbeeld worden genoemd dat de personenvennootschap naar huidig recht in beginsel eindigt bij het uittreden van een vennoot, wat meestal niet de bedoeling van de vennoten zal zijn als wordt uitgegaan van continuïteit van het beroep of bedrijf, en dat bij de verdeling van de winst meer gewicht wordt toegekend aan de inbreng van kapitaal dan aan de inbreng van arbeid. Weliswaar is het mogelijk en gebruikelijk hierin contractueel te voorzien, maar dit laat onverlet dat herziening van de huidige wettelijke regeling op deze punten wenselijk is. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de wettelijke positie van de commanditaire vennoot die tal van vragen oproept en is achtergebleven bij de rechtsontwikkeling.

3. Uitgangspunten

- 3.1 Dit ontwerp berust op dezelfde uitgangspunten als die welke zijn gehanteerd bij de succesvolle modernisering van het BV-recht.⁴ Voorop staat dat de personenvennootschap voor alle categorieën gebruikers een bruikbare rechtsvorm moet zijn, die zo veel mogelijk tegemoet komt aan de behoeften die in de praktijk leven. Dit sluit aan bij het algemene streven naar wetgeving die een infrastructuur biedt waarin bedrijven de inrichting van de rechtsvorm kunnen afstemmen op de aard en inhoud van de ondernemingsactiviteiten. Het wetsvoorstel brengt de regeling van de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap, die nu over twee wetboeken zijn verspreid, samen in een geïntegreerde regeling. Het geeft een coherente, systematische regeling voor de personenvennootschappen die bestaande knelpunten oplost en de door ondernemers gewenste toepassingsmogelijkheden verruimt.
- 3.2 Om de doelstellingen van het wetsvoorstel te realiseren, is het niet noodzakelijk om te voorzien in nieuwe rechtsvormen voor de personenvennootschap. De bestaande rechtsvormen, de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap, worden gehandhaafd. Het voordeel

⁴ Ingevoerd per 1 oktober 2012. Zie Stb. 2012, 299, 300 en 301.

daarvan is dat de praktijk daarmee vertrouwd is. Een al te ingrijpende wijziging van de wettelijke regeling zou onnodige inspanningen en kosten vereisen van zowel de ondernemers als van de (juridische) adviespraktijk. Wel wordt, nu de huidige wetgeving hier niet in voorziet, een scherper onderscheid gemaakt tussen de stille vennootschap enerzijds en de openbare vennootschap anderzijds.⁵ De wijzigingsvoorstellen betreffen dan ook geen fundamentele verandering, maar zijn er op gericht de beginselen, ontwikkelingen en tendensen in het bestaande recht door te trekken. Het is daarmee een zo veel mogelijk neutrale codificatie. Een andere reden om te kiezen voor deze aanpak is een praktische: het ontwerpen van geheel nieuwe rechtsvorm(en) zou naar alle verwachting lang duren, terwijl de omstandigheden op nationaal en internationaal niveau vragen om een herziening op de korte termijn.

3.3 Dit alles laat onverlet dat het ontwerp vernieuwingen bevat om knelpunten op te lossen en toepassingsmogelijkheden te vergroten. Een van de meest in het oog springende vernieuwingen is dat de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid verwerft. Rechtspersoonlijkheid vloeit voort uit de wet, doordat de openbare vennootschap wordt ingeschreven in het handelsregister. Tot het vennootschappelijk vermogen is dan de vennootschap als rechtspersoon gerechtigd en zijn dit niet meer de vennoten gezamenlijk. Zoals hierboven is uiteengezet, wordt het toe- en uittreden van vennoten aanzienlijk vereenvoudigd doordat de goederenrechtelijke afwikkeling tot het verkrijgen respectievelijk beëindigen van deelgerechtigdheid in het vennootschappelijke vermogen achterwege kan blijven. Rechtspersoonlijkheid brengt voorts mee dat de personenvennootschap als een zelfstandig rechtssubject en niet langer uitsluitend als de collectiviteit van de gezamenlijke vennoten, naar buiten kan optreden. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 6.

3.4 Rechtspersoonlijkheid komt slechts toe aan de openbare vennootschap en niet aan de stille vennootschap, die immers niet als zodanig aan het rechtsverkeer deelneemt en niet wordt ingeschreven in het handelsregister. Om deze reden en omdat de personenvennootschap primair blijft berusten op de overeenkomst van vennootschap en daarin blijft verschillen van de rechtspersonen van Boek 2 (Rechtspersonen) wordt evenals in het voorontwerp-Van der Grinten en het ontwerptitel 7.13 voorgesteld de nieuwe wettelijke regeling voor de openbare personenvennootschappen niet op te nemen in Boek 2, maar als bijzondere overeenkomst te regelen in titel 7.13 BW. De gevolgen van rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap wijken voorts af van de rechtspersoonlijkheid ingevolge Boek 2, doordat op haar niet toepasselijk zijn de algemene bepalingen van titel 2.1 en evenmin de algemene regelingen van de titels 2.6, 2.7, 2.8 en 2.9. Ook blijven de vennoten, anders dan aandeelhouders en ieder van de in Boek 2 geregelde rechtspersonen, persoonlijk verbonden voor verbintenissen die de vennootschap is aangegaan. Een vernieuwing op dit punt is dat in de regeling voor de maatschap een bepaling is opgenomen die ertoe strekt het risico op persoonlijke aansprakelijkheid voor een beroepsfout die is gemaakt door een mede-vennoot te beperken. In de praktijk is behoefte aan deze figuur, blijkens onder andere het feit dat voor de beoefening van het vrije beroep in Nederland wordt gekozen voor een buitenlandse personenvennootschapsvorm, zoals de LLP. Ook in de literatuur is bepleit een rechtsvorm te introduceren die vergelijkbare bescherming biedt als de LLP. De beoogde vernieuwing is op dit punt in lijn met ontwikkelingen in het buitenland. Verwezen wordt naar de toelichting bij afdeling 3.

⁵ De behoefte hieraan blijkt ook uit het ZIFO-onderzoek, par. 3.

- 3.5 Of een samenwerkingsovereenkomst kwalificeert als een personenvennootschap wordt bepaald door haar materiële kenmerken. Als een overeenkomst niet voldoet aan de omschrijving van de personenvennootschap, valt zij buiten het kader van titel 7.13. Dit sluit niet uit dat bepalingen uit deze titel naar analogie van toepassing kunnen zijn op de desbetreffende overeenkomst. In de overeenkomst van vennootschap kan niet worden afgeweken van regelingen die betrekking hebben op de belangen van derden in het rechtsverkeer en bepalingen over het tot stand komen van de vennootschap, haar vorm, omzetting, fusie of splitsing. Voor wat betreft de verhoudingen tussen de vennoten is het uitgangspunt dat de wet regelend recht bevat. De gebruikers blijven daarom vrij hun overeenkomst naar hun eigen behoeften in te richten. Dat biedt alle ruimte tot maatwerk. Voor aangelegenheden waarvoor zij geen regeling hebben getroffen, vallen zij terug op de wet, die, zoals al opgemerkt, in hoofdzaak een codificatie van het bestaande recht beoogt te bieden. Het voordeel voor de praktijk – en daarom ook voor de belasting van de rechterlijke macht – is dat veel minder vragen en conflicten zullen rijzen over de uitleg van de nieuwe (gecodificeerde) regeling. Waar de vennoten beperkt zijn in het regelen van hun onderlinge verhoudingen en de wet van dwingend recht is, is dit in de desbetreffende bepaling tot uitdrukking gebracht.
- 3.6 In dit wetsvoorstel is uitsluitend de regeling met betrekking tot de vennootschap opgenomen. De hieruit voortvloeiende wijzigingen in andere boeken van het Burgerlijk Wetboek en in de overige wetgeving en het overgangsrecht zullen worden neergelegd in een afzonderlijke Invoeringswet. Daarin zullen ook de fiscale gevolgen van het wetsvoorstel worden geregeld.

4. Algemeen

- 4.1 De nu voorgestelde titel 7.13 telt acht afdelingen, die als volgt kort kunnen worden gekenschetst. Afdeling 1 bevat de algemene bepalingen. Hier vindt men behalve een omschrijving van het begrip vennootschap de onderscheiding tussen de stille vennootschap en de drie verschijningsvormen van de openbare vennootschap, de maatschap, vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. In afdeling 1 is voorts een regeling gegeven voor de verplichting tot inschrijving in het handelsregister van de openbare vennootschap en de gevolgen van het uitblijven daarvan en voor de openbare personenvennootschap het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid.
- 4.2 Afdeling 2 bevat de regels die betrekking hebben op de verhoudingen van de vennoten tot elkaar en tot de vennootschap. Hierin worden geregeld de inbreng in de vennootschap, de maatstaven van redelijkheid en billijkheid naar welke de vennoten zich tegenover elkaar moeten gedragen, de besluitvorming, het bestuur van de vennootschap, de administratieplicht en de jaarrekening. In het algemeen beogen deze bepalingen het geldende recht te moderniseren zonder inhoudelijke wijzigingen aan te brengen. Zoals opgemerkt onder 2.2 sluit de huidige regeling over de gerechtigdheid tot de winst echter niet aan bij de huidige inzichten. Zij is vervangen door de regel dat de winst in beginsel gelijk wordt verdeeld.
- 4.3 In afdeling 3 zijn de regels opgenomen die gelden voor de verhouding van de vennoten en de vennootschap tegenover derden. Bepaald is dat iedere vennoot vertegenwoordigingsbevoegd is. Voor de maatschap is dit een afwijking van het huidige recht, dat inhoudt dat een maat in beginsel de maatschap niet kan binden. Wat betreft de verbondenheid voor vennootschapsschulden wordt geen

wijziging voorgesteld ten opzichte van het nu geldende recht, met één belangrijke uitzondering. Deze heeft betrekking op persoonlijke aansprakelijkheid voor beroepsfouten gemaakt door een andere vennoot bij de uitvoering van een overeenkomst van opdracht die door de maatschap is aangegaan. Voor deze schade is in beginsel slechts de vennoot die belast is met de uitvoering van de opdracht – naast de vennootschap – persoonlijk aansprakelijk. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 19 lid 2. Hiermee wordt voldaan aan het in de praktijk en literatuur veelvuldig geuite verlangen te kunnen beschikken over een rechtsvorm die fiscale transparantie en inrichtingsvrijheid combineert met een beperking van aansprakelijkheid voor (andere dan eigen) beroepsfouten. Verder bevat deze afdeling bepalingen over de aansprakelijkheid van vennoten voor verbintenissen van de vennootschap. Deze wijken niet wezenlijk af van het huidige recht. Voor wat betreft de aansprakelijkheid van een vennoot voor schulden die zijn ontstaan vóór zijn toetreden is er in het ontwerp voor gekozen dat een toegetreden vennoot niet voor deze verbintenissen is verbonden. Dit wijkt voor de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap af van de jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 13 maart 2015, NJ 2015, 241, m.nt. Van Schilfgaarde). Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 19 lid 4. In overeenstemming met de corresponderende regeling in ontwerptitel 7.13, is voorts een verjaringstermijn opgenomen voor de verbondenheid van een uitgetreden vennoot voor verbintenissen van de vennootschap. In het huidige recht ontbreekt een dergelijke regeling. Ten slotte bevat afdeling 3 een regeling over het vestigen van vruchtgebruik en pandrecht op rechten van een vennoot die voortvloeien uit de overeenkomst van vennootschap. In het huidige recht ontbreekt een dergelijke regeling, en deze wordt nu voorgesteld om in het kader van een betere financierbaarheid van personenvennootschappen duidelijkheid te scheppen over de mogelijkheden tot het vestigen van de genoemde beperkte rechten en de implicaties daarvan.

4.4 Afdeling 4 bevat een afzonderlijke regeling van de commanditaire vennootschap. De belangrijkste noviteit ten opzichte van het huidige recht is dat de commanditaire vennoot krachtens volmacht naar buiten mag optreden. In zoverre wordt, in aansluiting op ontwikkelingen in het buitenland en op wat in de literatuur wordt bepleit, het huidige verbod voor de commanditaire vennoot om daden van beheer te verrichten, opgeheven. Om misbruik te voorkomen, bepaalt het ontwerp, in aansluiting op art. 2:138/248 BW, dat de commanditaire vennoot aansprakelijk is voor het faillissementstekort als zijn extern optreden een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de commanditaire vennootschap.

4.5 In afdeling 5 van het ontwerp zijn de bepalingen over uittreding en toetreding van vennoten opgenomen. Het ontwerp breekt met de verouderde opzet van het huidige recht waarin ieder uittreden in beginsel leidt tot ontbinding van de vennootschap. Evenals in ontwerptitel 7.13, wordt deze hoofdregel in het onderhavige wetsvoorstel omgekeerd en is bepaald dat een uittreden in beginsel niet de ontbinding van de vennootschap tot gevolg heeft. De continuïteit van de vennootschap en daarmee van de daarin geëxploiteerde onderneming staat daarmee in het ontwerp voorop. Deze bepaling is van regeland recht, zodat de vennoten voor een andere regeling kunnen opteren. Voorts voorziet afdeling 5 in bepalingen van regeland recht over de (financiële) afwikkeling van het uittreden, het toetreden en de opvolging van vennoten. Anders dan het huidige recht bevat het ontwerp ook een uitdrukkelijke regeling van de voortzetting van de onderneming van een vennootschap door een enig overgebleven vennoot om de nadelige gevolgen van discontinuïteit voor schuldeisers en andere belanghebbenden te voorkomen.

4.6 Afdeling 6 bevat een specifiek voor de vennootschap geldende regeling voor ontbinding van de vennootschap, vereffening van haar zaken en verdeling van haar vermogen. De regeling over de ontbinding van de vennootschap stemt grotendeels overeen met het huidige recht, zij het dat in verband met de rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap enkele aanvullende regelingen noodzakelijk zijn. Daarbij is, waar dat nuttig bleek, aansluiting gezocht bij de regeling in Boek 2, onder meer over de vereffening van de vennootschap. Op de vereffening van de personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid blijft titel 3.7 BW van toepassing, aangezien die nu in de praktijk geen noemenswaardige problemen meebrengt.

4.7 Geheel nieuw is de regeling van afdeling 7. Hierin is neergelegd dat en onder welke voorwaarden een personenvennootschap van een bepaalde soort wijzigt in een personenvennootschap van een andere soort. Een uitdrukkelijke regeling ontbreekt in het huidige recht. Daarnaast wordt een regeling gegeven voor de omzetting van een openbare personenvennootschap in een BV, NV, coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij en omgekeerd voor een omzetting van een BV, NV, coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij in een openbare personenvennootschap. Naar huidig recht is dit niet mogelijk, anders dan bijvoorbeeld in de Bondsrepubliek Duitsland ('Umwandlungsgesetz'). Dit heeft tot gevolg dat de omzetting van een personenvennootschap in een NV of BV bewerkelijk is. Door te voorzien in bijvoorbeeld een omzettingsregeling wordt op dit punt een knelpunt voor personenvennootschappen weggenomen.

4.8 Een geheel nieuwe faciliteit wordt eveneens gegeven in afdeling 8. In deze afdeling is een regeling opgenomen die het onder bepaalde, nauwkeurig beschreven voorwaarden een openbare personenvennootschap mogelijk maakt met een andere openbare personenvennootschap te fuseren of zich in een of meer andere openbare personenvennootschappen te splitsen. Daarbij is, evenals dat in Boek 2 is gebeurd, voorzien in de waarborgen voor vennootschapsschuldeisers. Deze waarborgen strekken ertoe te voorkomen dat vennootschapscrediteuren door een fusie of splitsing worden beknot in hun aansprakelijkstellings- en verhaalsmogelijkheden.

5. Fiscale aspecten

Wat de belastingheffing betreft worden geen wezenlijke veranderingen voorgesteld in het nu geldende regime. In de Invoeringswet zal aan de fiscale gevolgen nader aandacht worden besteed.

6. Beoordeling lastenverzwaring en invoeringskosten

Belangrijke veranderingen en vernieuwingen van wettelijke regelingen kunnen individuele screening en aanpassing van alle bestaande overeenkomsten van vennootschap noodzakelijk maken, en leiden tot daarmee gepaard gaande directe en indirecte kosten. Om onnodige acties en kosten voor het bedrijfsleven te voorkomen bouwt het ontwerp nadrukkelijk voort op de huidige wettelijke regelingen. Alleen om knelpunten op te lossen, duidelijkheid te verschaffen of tegemoet te komen aan de noodzaak tot vernieuwing, is van het huidige recht afgeweken. Daarom worden geen nieuwe rechtsvormen voorgesteld. Bovendien bevat het wetsontwerp meer dan het huidige recht een regeling van regelend recht. Hiermee wordt partijen de ruimte gelaten andere keuzes te maken en worden onzekerheden over uitleg van de wet verminderd. Daarnaast worden bepalingen voorgesteld die de reorganisatiemogelijkheden voor ondernemers uitbreiden, zoals omzetting, fusie en splitsing. Voor ondernemers die daarvan gebruik maken betekent

dit een belangrijke vereenvoudiging en kostenbesparing voor die reorganisaties. Zoals hierboven al is uiteengezet leidt rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap tot een belangrijke vereenvoudiging van het toe- en uittreden van vennoten en van de daarmee naar huidig recht gepaard gaande kosten.

Afdeling 1: Algemene bepalingen

Artikel 1 Begrip

Eerste lid

1. De huidige omschrijving van de maatschap is opgenomen in artikel 1655 van Boek 7A en vormt de basis voor de omschrijvingen van de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. De omschrijving in artikel 1655 van Boek 7A bevat niet alle elementen die materieel zijn voor de overeenkomst van vennootschap en sluit bovendien niet goed aan bij de terminologie zoals die nu wordt gehanteerd in het Burgerlijk Wetboek. De omschrijving van het begrip «vennootschap», die is opgenomen in het eerste lid wijkt daarom af van genoemd artikel, zonder dat een inhoudelijke wijziging is beoogd. Zij is ontleend aan de ontwerptitel 7.13 en codificeert het huidige recht op dit punt.
2. In de eerste plaats is in de omschrijving tot uitdrukking gebracht dat de vennootschap een overeenkomst tot samenwerking is. Met samenwerking wordt hier bedoeld op samenwerking op voet van een min of meer gelijkwaardige positie. Als tussen partijen een gezagsverhouding bestaat, is niet voldaan aan de voor de personenvennootschap kenmerkende gelijkwaardige positie. Dat de partijen bij de overeenkomst een dergelijke samenwerking beogen, moet worden afgeleid uit de inhoud van de overeenkomst, mede in verband met de wijze waarop zij in feite ten uitvoer wordt gelegd; de subjectieve wil van partijen is om die reden niet beslissend. De samenwerking tussen de vennoten zal vaak min of meer duurzaam van aard zijn, maar noodzakelijk is dit niet. Een vennootschap met het oog op één bepaalde transactie of één bepaald werk is mogelijk. Het hiervoor toegelichte element samenwerking op voet van gelijkwaardigheid heeft in het bijzonder betekenis als criterium waarmee de vennootschap wordt onderscheiden van andere overeenkomsten, als bijvoorbeeld arbeidsovereenkomst, pacht en geldlening.
3. In de omschrijving is voorts opgenomen dat de samenwerking moet zijn gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ter verdeling onder de vennoten; zie in verband met dit laatste tevens artikel 17. Het oogmerk de winst te verdelen onderscheidt de vennootschap van de vereniging, die wel mag beogen winst te maken, maar die winst niet onder de leden mag verdelen (zie artikel 26 lid 3 van Boek 2). Anders dan in artikel 800 van de ontwerptitel 7.13 is in de omschrijving van vennootschap opgenomen dat de samenwerking gericht moet zijn op het uitoefenen van een beroep of bedrijf. Daaronder zijn mede begrepen beroeps- of bedrijfsmatige handelingen, zonder dat de vennoten daarvoor een gemeenschappelijke onderneming in stand houden. Ook het optreden als houdster- of beleggingsmaatschappij kan als het uitoefenen van een beroep of bedrijf worden aangemerkt. De omschrijving die werd gehanteerd in artikel 800 had tot gevolg dat onder meer gevallen waarin een goed wordt aangeschaft voor gezamenlijk gebruik ter besparing van kosten als vennootschap konden worden aangemerkt. Voor deze vormen van eenvoudige gemeenschappen volstaat echter de regeling in titel 7 van Boek 3. De onderhavige regeling moet hierop niet van toepassing zijn.
4. Het begrip voordeel moet ruim worden opgevat: daaronder valt niet alleen een positief voordeel, maar ook vermindering van verlies en besparing van kosten. Het moet echter wel een vermogensrechtelijk voordeel zijn: een zuiver ideëel voordeel als uitsluitend doel van de samenwerking is niet voldoende.

5. Ten slotte is in de omschrijving opgenomen het element dat in artikel 1655 van Boek 7A centraal staat en dat ook in het voorontwerp-Van der Grinten is neergelegd, te weten dat van de inbreng. De inbreng fungeert als middel voor het te bereiken doel van de vennootschap. Hierdoor onderscheidt de vennootschap zich van bijvoorbeeld een pot- of poolovereenkomst en de regeling van vermogensrechtelijke betrekkingen in samenlevingsverbanden buiten huwelijk. Waaruit de inbreng kan bestaan, wordt geregeld in artikel 12. Het element dat de samenwerking geschiedt voor gemene rekening, dat was opgenomen in artikel 800 van ontwerptitel 7.13, is niet overgenomen. De samenwerking geschiedt als regel voor gezamenlijke rekening, wat moge blijken uit het feit dat de vastgestelde winst onder de vennoten zal worden verdeeld en de vaststelling van de winst impliceert dat kosten en baten zijn verdisconteerd. Hieraan kan worden toegevoegd dat de vennoten in eventuele verliezen moeten bijdragen. Hierbij moet echter worden aangetekend dat de vennoten vrij zijn de draagplicht nader te regelen. Zij kunnen desgewenst bepalen dat bepaalde kosten niet voor rekening komen van de vennootschap en/of dat bepaalde vennoten van de verplichting tot dragen in de verliezen zijn uitgesloten. Zie nader de toelichting bij artikel 17.

Tweede lid

6. De begrippen «rechtspersoon» en «vennootschap» komen voor in tal van wettelijke bepalingen. Onder huidig recht kan het begrip vennootschap betrekking hebben op kapitaalvennootschappen zoals geregeld in Boek 2 en op vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen. Worden de begrippen rechtspersoon en vennootschap in een adem genoemd, zoals in artikel 24b van Boek 2 en artikel 105 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv), dan zal met vennootschap bedoeld worden op personenvennootschappen als een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap. Voorts kan daarmee bedoeld worden op een personenvennootschap naar buitenlands recht, ook als deze rechtspersoonlijkheid bezit. Na invoering van de onderhavige titel zullen openbare vennootschappen rechtspersoonlijkheid kunnen bezitten. Dat roept de vraag op of in wettelijke bepalingen buiten deze titel waar sprake is van «rechtspersonen», mede bedoeld wordt op deze rechtspersoonlijkheid bezittende personenvennootschappen. Voorts kan de vraag rijzen op welke wijze bepalingen die regels inhouden voor «rechtspersonen» en «vennootschappen» moeten worden toegepast op openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid.

7. Om de praktijk een handreiking te bieden, is gekozen voor algemene uitlegbepalingen in artikel 1 en artikel 6. Ingevolge het tweede lid van artikel 1 wordt met het begrip «vennootschap» steeds bedoeld of mede bedoeld op vennootschappen als bedoeld in artikel 1 (personenvennootschappen), ook als zij rechtspersoonlijkheid bezitten. Zie bijvoorbeeld artikel 336 van het Wetboek van Strafrecht, waar met «vennootschap» slechts bedoeld wordt op personenvennootschappen. Door de formulering wordt niet uitgesloten dat het begrip «vennootschap» mede betrekking heeft op kapitaalvennootschappen. Artikel 6, vierde lid geeft een uitlegregeling voor het begrip rechtspersoon. Verwezen wordt naar de toelichting bij artikel 6.

Artikel 2 Regelend recht

1. De vennootschap, zoals gedefinieerd in artikel 1, is een overeenkomst tot samenwerking. Het ligt daarom in de rede dat de in deze titel gegeven regeling aanvullend van aard is voor zover het de invulling betreft van de verhoudingen tussen de vennoten onderling. Hiervan hoeft niet te worden afgeweken vanwege het feit dat de openbare vennootschap als regel rechtspersoonlijkheid heeft. Zie hierover nader de toelichting bij artikel 6. Omdat voor het rechtspersonenrecht zoals dat is vastgelegd in Boek 2 als uitgangspunt is geformuleerd dat het dwingendrechtelijk van aard is (artikel 25 van Boek 2), lijkt het nuttig om in artikel 2 als uitgangspunt op te nemen dat de regeling voor de vennootschap in de onderhavige titel regelend van aard is, en te bepalen welke afdelingen in beginsel van regelend recht zijn en welke dwingendrechtelijk van aard zijn.
2. De contractsvrijheid behoort te prevaleren voor zover dit betrekking heeft op de invulling van de verhoudingen tussen de vennoten onderling, met inbegrip van de bevoegdheid om namens de vennootschap te handelen. Als er aanleiding is om op dit punt grenzen te stellen aan de contractsvrijheid, is dit bij de desbetreffende bepaling aangegeven en nader toegelicht. Voor wat betreft de implicaties van het deelnemen aan het rechtsverkeer kunnen geen van de wettelijke regeling afwijkende regelingen worden opgenomen in het vennootschapscontract. Zo kan bijvoorbeeld in het vennootschapscontract niet worden opgenomen dat de gewone vennoten van een personenvennootschap in afwijking van artikel 19 lid 1 niet hoofdelijk verbonden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap. Dit laat onverlet dat in individuele gevallen met de desbetreffende wederpartij van de vennootschap regelingen kunnen worden overeengekomen die van de wet afwijken, bijvoorbeeld met betrekking tot de vermogens of vermogensbestanddelen waarop verhaal mogelijk is.
3. De in deze afdeling en in de afdelingen 6 en 7 gegeven regelingen hebben overwegend geen betrekking op de invulling van de verhoudingen tussen de vennoten onderling. Deze regelingen staan slechts in beperkte mate ter dispositie van de vennoten. Waar dit het geval is, blijkt dit uit de desbetreffende regeling. Voor het overige hebben de in de afdelingen 1, 6 en 7 opgenomen bepalingen een ordenend karakter. Als een overeenkomst voldoet aan de materiële kenmerken van de (stille) vennootschap of een van haar verschijningsvormen, de maatschap, vennootschap onder firma of de commanditaire vennootschap, dan verbindt de wet daaraan bepaalde gevolgen. Voor de omzetting, fusie of splitsing van de openbare vennootschap vereist de wet het volgen van bepaalde voorschriften.
4. Het staat partijen vanzelfsprekend vrij om een overeenkomst te sluiten die niet voldoet aan de in artikel 1 gegeven omschrijving. Mochten zij in dat geval de overeenkomst willen aanmerken als maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap, dan verbindt de wet hieraan echter niet dat rechtsgevolg. Dit leidt niet tot ongeldigheid van die overeenkomst, mits deze zich mede gezien de bedoeling van partijen leent voor een andere kwalificatie. In het geval dat een overeenkomst kwalificeert als vennootschap in de zin van artikel 1, zijn haar specifieke kenmerken – net zoals naar huidig recht het geval is – bepalend voor haar nadere kwalificatie als stille vennootschap, maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap. De kwalificatie die partijen daaraan wensen te geven, is niet bepalend. Zie nader artikel 3, 4 en 33.

¹ Zie ZIFO-onderzoek, p. 25.

5. Partijen kunnen geen van de wet afwijkende regelingen treffen op het gebied van de op de vennootschap en vennoten rustende verplichtingen tot inschrijving in het handelsregister (artikel 5) en de daaruit voortvloeiende gevolgen (artikel 6), de gevolgen van niet-naleving van die verplichting (artikel 7) en de huwelijksvermogensrechtelijke implicaties (artikel 10). Dat van de in deze afdeling gegeven regeling niet kan worden afgeweken bij vennootschapscontract, volgt uit artikel 2 en behoeft geen toelichting

Artikel 3 Openbaar en stil

1. Aan een duidelijker onderscheid tussen de openbare en de stille vennootschap bestaat al onder huidig recht behoefte¹. In het onderhavige voorstel neemt het belang hiervan toe omdat aan dat onderscheid ingrijpende rechtsgevolgen zijn verbonden. Zo verkrijgt de openbare vennootschap door haar inschrijving rechtspersoonlijkheid. Zie nader artikel 6. De gewenste verduidelijking wordt bereikt door twee criteria te formuleren die de openbare vennootschap onderscheiden van de stille vennootschap:
- a. de vennootschap treedt op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten op; en
 - b. dit gebeurt onder een door haar gevoerde naam.

2. Het belang van het eerste criterium is hierin gelegen dat de vennootschap naar buiten optreedt, dat wil zeggen dat zij zich in het maatschappelijk verkeer op een voor derden duidelijk kenbare wijze als eenheid manifesteert. Dit houdt in dat namens haar en in haar naam wordt gehandeld. Wanneer de vennoten enkel op eigen naam handelen en de vennootschappelijke band uitsluitend bestaat in een interne verplichting tot verrekening en verdeling van eventuele winsten, is geen sprake van een openbare vennootschap.

Het tweede criterium hangt nauw samen met het eerste: het duidelijkste kenmerk dat een vennootschap als eenheid naar buiten optreedt, is dat zij dit doet onder een door haar gevoerde naam. Het hoeft hier niet te gaan om een door de vennoten gevoerde gemeenschappelijke naam. Ook als aan het rechtsverkeer wordt deelgenomen onder de namen van de vennoten die niet door een gemeenschappelijk element zijn verbonden, is sprake van een openbare vennootschap. Zo is bijvoorbeeld ook sprake van een openbare vennootschap als aan het rechtsverkeer wordt deelgenomen onder een aanduiding die een gemeenschappelijk element bevat, bijvoorbeeld «vof» of «maatschap». Een openbare vennootschap is ook een vennootschap die handelt onder een fantasienaam of onder een naam die een aanduiding van de activiteiten van de vennootschap bevat, bijvoorbeeld «Advocatencollectief Noord». Ook wanneer de vennootschap aan het verkeer deelneemt met gebruik van de namen van vennoten, bijvoorbeeld doordat de namen van alle vennoten op het briefpapier worden vermeld, is sprake van een openbare vennootschap. Pas als de vennootschap niet kenbaar onder een door haar gevoerde naam aan het rechtsverkeer deelneemt, is sprake van een stille vennootschap. Het enkele feit dat bij de wederpartij bekend is dat degene waarmee hij handelt dit doet in hoedanigheid van vennoot, brengt daarom niet mee dat sprake is van een openbare vennootschap. Aan het tweede criterium is dan immers niet voldaan. Het aldus gemaakte onderscheid tussen de openbare vennootschap en de stille vennootschap zal naar verwachting in een beperkt aantal gevallen, en dan primair voor maatschappen, gevolgen kunnen hebben voor de kwalificatie van bestaande personenvennootschappen als stil of openbaar.

3. De «stille» vennootschap is in het derde lid uitsluitend negatief omschreven als de vennootschap die niet openbaar is. Op deze wijze worden overlappingen en hiaten voorkomen. De stille vennootschap wordt in dit voorstel als zodanig aangeduid. Hier wijkt de terminologie af van het huidige recht, waarin niet alleen de personenvennootschap die niet onder gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelneemt, als maatschap wordt aangeduid, maar ook de openbare personenvennootschap die ter beoefening van een beroep is aangegaan. In dit voorstel wordt slechts de openbare vennootschap die tot uitoefening van een beroep is aangegaan als maatschap aangeduid. Voor de praktijk levert deze wijziging geen problemen op, aangezien de stille vennootschap per definitie niet als zodanig aan het rechtsverkeer deelneemt.

Artikel 4 Soorten openbare vennootschappen

1. Zoals al is toegelicht bij artikel 3, is de maatschap in het onderhavige voorstel een species van de openbare vennootschap. De stille vennootschap wordt, anders dan onder het huidige recht het geval is, niet langer als maatschap aangeduid. De maatschap is de openbare vennootschap die is gericht op de uitoefening van een beroep, waaronder begrepen het verrichten van beroepshandelingen. Met beroep wordt hier bedoeld op wat ook wel wordt aangeduid als vrij beroep. Het voorstel verschilt in dit opzicht van de ingetrokken ontwerptitel 7.13, waarin het onderscheid tussen maatschap als samenwerkingsvorm voor de uitoefening van een vrij beroep en de vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap als samenwerkingsvorm voor de uitoefening van een bedrijf niet werd gecontinueerd. Hoewel in de literatuur is betoogd dat de scheidslijn tussen vrij beroep en bedrijf niet steeds scherp getrokken kan worden, blijkt dit in de praktijk niet tot werkelijke problemen te leiden. Ook in andere landen wordt dit onderscheid gemaakt. Daarnaast zou de invoering van het onderscheid tot fricties leiden. Gegeven de uitgangspunten van dit wetsvoorstel, is de regeling op dit punt ongewijzigd gebleven.
2. Een vennootschapsvorm voor het vrije beroep is, ook in internationaal opzicht, bepaald niet ongebruikelijk. In dit verband kan worden gewezen op de Duitse Partnerschaftsgesellschaft en de Franse société civile professionnelle. De vrije beroepen onderscheiden zich door een combinatie van kenmerken van een bedrijf. Als onderscheidende kenmerken kunnen worden genoemd dat sprake is van een bijzondere, voor de verlening van bepaalde diensten vereiste kwalificatie, het toepasselijke tuchtrechtelijk toezicht, permanente educatie en de persoonlijke, eigen verantwoordelijkheid voor de te verlenen diensten. Deze diensten kenmerken zich veelal door een in hoofdzaak intellectuele prestatie en berusten op een vertrouwensband tussen beroepsbeoefenaar en cliënt. Daarnaast speelt, naast het persoonlijke belang van de cliënt/opdrachtgever, het aspect van het algemeen maatschappelijk belang bij een aantal beroepsgroepen (artsen, notarissen, accountants) een rol. Hoewel de maatschap als species van de personenvennootschap blijft bestaan, worden in het onderhavige wetsvoorstel op het punt van de vertegenwoordigingsbevoegdheid en aansprakelijkheid voor beroepsfouten voorstellen gedaan die afwijken van het huidige recht. Verwezen wordt naar de toelichting bij de artikelen 18 en 19.
3. De vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap zijn ook onder het huidige recht openbare vennootschappen. Handhaving van de huidige soorten sluit aan bij de bestaande praktijk. Er blijkt geen behoefte te zijn aan wijziging. Van praktisch belang is dat daarmee ook wordt voorkomen dat alle bestaande openbare vennootschappen zich zouden moeten bezinnen op de vraag of zij hun vorm zouden moeten aanpassen en daartoe nader advies zouden moeten inwinnen. Als onderscheidend kenmerk van de commanditaire vennootschap ten opzichte van de vennootschap onder firma is bepaald

dat zij een of meer vennoten heeft die niet voor de verbintenissen van de vennootschap zijn verbonden. De overeenkomst van vennootschap moet hierin voorzien. Met laatstbedoelde vennoten wordt bedoeld op de commanditaire vennoten. De draagplicht van de commanditaire vennoten is ingevolge artikel 22, tweede lid beperkt tot de hoogte van de overeengekomen inbreng. Partijen kunnen evenwel op dit punt anders overeenkomen, wat naar huidig recht omstreden is. De omvang van de draagplicht van de commanditaire vennoot maakt daarom geen deel uit van de omschrijving van de commanditaire vennootschap. Zie nader de toelichting bij artikel 22. Omdat in het onderhavige voorstel het onderscheid tussen beroep en bedrijf gehandhaafd blijft, is er geen ruimte voor een commanditaire vennootschap bij beroepsbeoefenaars.

4. Om dezelfde redenen als bij de naamloze en de besloten vennootschap is het wenselijk dat de vennootschap met rechtspersoonlijkheid in haar correspondentie haar naam en haar adres vermeldt en dat haar rechtsvorm in haar naam tot uitdrukking komt. Aldus is bepaald in lid 4 in een aan de artikelen 75 lid 1 en 66 lid 2 (respectievelijk 186 lid 1 en 177 lid 2) van Boek 2 ontleende formulering.
5. Het vijfde lid bevat een regel die van belang is voor de uitleg van de bepalingen in de voorgestelde titel 7.13. Waar in deze titel wordt gesproken van vennoten zijn daaronder alle vennoten begrepen, met inbegrip van de commanditaire vennoten. In gevallen waarin uitsluitend wordt bedoeld op de vennoten die extern voor de schulden van de vennootschap zijn verbonden, wordt in het wetsvoorstel gesproken van de gewone vennoten. De commanditaire vennoot is al gedefinieerd in lid 3.

Artikel 5 Inschrijving

Inschrijving van de maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap is nu al vereist op grond van de Handelsregisterwet 2007. Het voorschrift is in artikel 5 herhaald. De reden hiervoor is dat op grond van artikel 6 de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt met ingang van de dag volgend op de dag van inschrijving in het handelsregister. Artikel 5 brengt tevens tot uitdrukking dat de stille vennootschap zich niet leent voor inschrijving in het handelsregister. De vennoten in een stille vennootschap moeten zich weliswaar inschrijven in het handelsregister, maar ieder afzonderlijk als eenmanszaak, voor zover ieder van hen een onderneming drijft. De inschrijving in het handelsregister is alleen verplicht indien de vennootschap een onderneming heeft die in Nederland is gevestigd. Dit volgt uit art. 5 van de Handelsregisterwet 2007. Een vennootschap die niet verplicht is tot inschrijving, kan dit uit eigen beweging laten doen. De Handelsregisterwet 2007 zou op deze laatste onderwerpen aanpassing behoeven.

Artikel 6 Rechtspersoonlijkheid

Eerste lid

1. In het algemene gedeelte is de keuze voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de openbare vennootschap al toegelicht. De rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap vereenvoudigt in belangrijke mate de afwikkeling van het toe- en uittreden van vennoten en verduidelijkt de eigen identiteit als contractspartij. De rechtspersoonlijkheid heeft bovendien als voordeel dat in het onderhavige wetsvoorstel kan worden aangeknoopt bij figuren als omzetting, fusie en splitsing. Voor de aantrekkelijkheid van de personenvennootschap is het van belang dat de wet hierin voorziet.

2. De rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap verschilt niettemin fundamenteel van de rechtspersoonlijkheid van de NV en de BV. Zo zijn bij een openbare vennootschap de gewone vennoten – anders dan bij de NV en de BV - persoonlijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap en is een openbare vennootschap in de regel fiscaal transparant. De openbare vennootschap/rechtspersoon dient primair het faciliteren van het toe- en uittreden van vennoten. Anders dan in de ontwerptitel 7.13 en voor de oprichting van de NV, de BV, de stichting, de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, is voor het ontstaan van rechtspersoonlijkheid niet vereist dat de overeenkomst van vennootschap in een notariële akte is vastgelegd en dat hierin is bepaald dat zij rechtspersoonlijkheid heeft. Gezien de eigen aard van de rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap, is een eigen regeling geïndiceerd. Met het oog hierop bepaalt het eerste lid dat rechtspersoonlijkheid wordt verkregen met ingang van de dag volgend op de dag van inschrijving van de openbare vennootschap in het handelsregister. Door dit voorschrift wordt bewerkstelligd dat zowel de rechtspersoonlijkheid als het moment van ontstaan daarvan eenduidig vaststaat. De rechtszekerheid is hiermee gediend. Dit verdient in verband met de rechtszekerheid de voorkeur boven het koppelen aan de enkele ‘openbaarheid’ van de vennootschap in de zin van artikel 3 lid 2. Dat leidt immers noodzakelijk tot onzekerheid omtrent de bepaling van het tijdstip waarop de vennootschap op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een door haar gevoerde naam aan het rechtsverkeer deel is gaan nemen. In dit verband kan worden gewezen op de omvangrijke jurisprudentie over de vraag of en zo ja op welk moment een informele vereniging is ontstaan.
3. Het essentiële kenmerk van de rechtspersoon is, zoals artikel 5 van Boek 2 het uitdrukt, dat hij wat het vermogensrecht betreft gelijk staat met een natuurlijk persoon. Dit uitgangspunt geldt daarom op grond van het eerste lid ook voor de openbare vennootschap die rechtspersoon is. De overige bepalingen van titel 1 van Boek 2, die zijn geschreven voor de in dat Boek behandelde «institutionele» rechtspersonen passen in het algemeen echter niet goed bij de in de onderhavige titel geregelde vennootschap met rechtspersoonlijkheid, die in de eerste plaats door de overeenkomst worden beheerst; zie hiervoor de toelichting bij artikel 1.
4. De goederen die behoren tot de vennootschappelijke gemeenschap voordat de vennootschap is ingeschreven, vormen op grond van artikel 7 leden 3, 4 en 5 een vermogen dat is afgescheiden van de privévermogens van de vennoten. Hiervoor kan worden verwezen naar de toelichting bij artikel 7. Dit afgescheiden karakter dient behouden te blijven in de periode gelegen tussen inschrijving van de vennootschap en het voltooien van de vereiste leveringsvoorschriften. Dit is met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht in de tweede volzin van het tweede lid.

Tweede lid

5. Door het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid wordt de vennootschap onder algemene titel rechthebbende op de goederen die behoren tot de vennootschappelijke gemeenschap. Zoals hieronder nader uiteengezet dient ten aanzien van registergoederen en aandelen op naam die bij notariële akte dienen te worden geleverd, aan de voor die goederen gelden leveringsvoorschriften te worden voldaan. Ten einde voltooiing van de overgang van de desbetreffende goederen zoveel mogelijk te faciliteren, bepaalt de slotzin van het tweede lid dat de vennootschap bevoegd is de levering aan haarzelf namens de gezamenlijke deelgerechtigden te voltooien. De deelgerechtigden zijn als regel de vennoten. Niet ondenkbaar is dat

inmiddels een of meer vennoten zijn uitgetreden, zonder dat jegens hen een verdeling heeft plaats gevonden. De gekozen bewoordingen brengen tot uitdrukking dat de vennootschap ook namens deze deelgerechtigden, de levering kan bewerkstelligen. Hierdoor wordt voorkomen dat tweemaal - eenmaal ter opheffing van hun goederenrechtelijke gerechtigdheid en vervolgens om de overgang naar de vennootschap/rechtspersoon te realiseren - een leveringshandeling dient te plaats te vinden. Een en ander laat eventuele financiële aanspraken van de gewezen vennoten jegens de vennootschap en/of de voortzettende vennoten onverlet.

6. De levering van registergoederen en aandelen op naam in een BV en niet-beursgenoteerde NV vereist een notariële akte. De wetgever heeft notariële tussenkomst voorgeschreven met het oog de wenselijk geachte rechtszekerheid en het voorkomen van misbruik van de NV en BV. De notaris dient in dit kader onder meer een titelrecherche uit te voeren. De overgang onder algemene titel van de hier bedoelde goederen door het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid van de vennootschap onder algemene titel, is dan een omstandigheid waarmee de notaris in voorkomende gevallen rekening moet houden, waarbij zij aangetekend dat het handelsregister niet zodanig is ingericht dat een betrouwbare recherche kan worden uitgevoerd. Voor de overgang van deze vermogensbestanddelen is daarom met het oog op een toekomstige overdracht daarvan, een aanvullende regeling noodzakelijk. Het tweede lid bepaalt om die reden dat voor de overgang van de hier genoemde vermogensbestanddelen is vereist dat aan de voor levering daarvan vereiste voorschriften is voldaan.
7. Voor registergoederen brengt dit mee dat de overgang moet worden vastgelegd in een tussen partijen opgemaakte notariële akte gevolgd door inschrijving in het daartoe bestemde openbare register (artikel 89 van boek 3). Ten aanzien van aandelen op naam volstaat een notariële akte van levering (artikel 86/196 van boek 2). Voordat de aan het aandeel verbonden rechten kunnen worden uitgeoefend, dient aan de voorschriften genoemd in artikel 86a/196a lid 1 van boek 2 te zijn voldaan. Het betreft hier telkens een overgang en geen overdracht. Eventuele uit de wet of statuten voortvloeiende overdrachtsbeperkingen missen daarom toepassing bij deze overgang van de aandelen. De statuten kunnen evenwel bepalen dat de aandeelhouder die aandelen met voorbijgaan aan de overdrachtsbeperkingen heeft verkregen, gehouden is deze ter vervreemding aan te bieden.
8. In de praktijk komt niet zelden voor dat bepaalde vermogensbestanddelen in juridische gerechtigdheid toebehoren aan één van de vennoten, die deze goederen ten behoeve en voor rekening en risico van de vennootschap houden. Deze goederen gaan ingevolge deze regeling niet over op de rechtspersoon. De uit het vennootschapscontract voortvloeiende rechten en verplichtingen jegens de vennootschap, gaan evenwel ingevolge het bepaalde in het tweede lid van rechtsweg over op de vennootschap nadat zij rechtspersoonlijkheid heeft verkregen. Dit betreft ook de verplichting tot inbreng van een gebruiksrecht aan de vennootschap. Het staat de vennoten vrij om overeen te komen dat goederen waarvan slechts genot of economische eigendom is ingebracht, in goederenrechtelijke zin zullen worden ingebracht in de vennootschap. Daartoe moeten die goederen alsdan aan de vennootschap worden geleverd.
9. Een openbare vennootschap met een onderneming in Nederland moet worden ingeschreven in het handelsregister. Zie artikel 5 en de toelichting daarbij. Het is echter denkbaar dat vennoten een stille vennootschap zijn aangegaan en na enige tijd onder gemeenschappelijke naam – als openbare

vennootschap - aan het rechtsverkeer willen deelnemen. Het tweede lid anticipeert op deze situatie, door te bepalen dat wat behoort tot de vennootschappelijke gemeenschap van een openbare vennootschap die nog niet is ingeschreven in het handelsregister, van rechtswege overgaat op de rechtspersoon op het moment dat de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt. Deze bepaling faciliteert de overgang van de stille vennootschap naar de openbare vennootschap, doordat een overdracht van activa en passiva en overneming van overeenkomsten niet zijn vereist om de onderneming van een al bestaande – stille of openbare -vennootschap te doen overgaan naar de rechtspersoon. Lid 2 vindt ook toepassing als partijen voor of op de dag van inschrijving in het handelsregister als openbare vennootschap aan het rechtsverkeer hebben deelgenomen of daartoe vermogen hebben ingebracht. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de openbare vennootschap moet worden ingeschreven in het handelsregister en dat schending van dit voorschrift strafbaar is op grond van de Wet op de economische delicten. Dit laat in voorkomende gevallen de werking van lid 2 onverlet.

Derde lid

10. De verkrijging van rechtspersoonlijkheid kan ingevolge het tweede lid gepaard gaan met de overgang van registergoederen of andere goederen waarvan de gerechtigdheid in een openbaar register is vastgelegd. Om de goede werking van de bedoelde openbare registers te bevorderen, is in lid 3 bepaald dat opgave wordt gedaan van de overgang van de desbetreffende vermogensbestanddelen op de rechtspersoon. De notaris kan daarbij een faciliterende rol spelen.

Vierde lid

11. Zoals besproken in de toelichting bij artikel 1, tweede lid, komen de begrippen «rechtspersoon» en «vennootschap» voor in tal van wettelijke bepalingen. Na invoering van titel 7.13 zullen openbare vennootschappen in de regel rechtspersoonlijkheid bezitten. Dat roept de vraag op of in wettelijke bepalingen waar sprake is van «rechtspersonen», mede bedoeld wordt op deze rechtspersoonlijkheid bezittende personenvennootschappen. Voorts kan de vraag rijzen op welke wijze bepalingen die regels inhouden voor «rechtspersonen» en «vennootschappen» moeten worden toegepast op openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid.
12. Om de praktijk een handreiking te bieden, is gekozen voor een algemene uitlegbepaling in artikel 6. Het vierde lid van artikel 6 bepaalt dat, voor zover niet anders blijkt, met het begrip «rechtspersoon» niet mede wordt bedoeld op openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Dit strookt met het specifieke karakter van de rechtspersoonlijkheid van deze vennootschappen: behalve dat daardoor de openbare vennootschappen als rechtssubject worden erkend, is de rechtspersoonlijkheid er vooral om de goederenrechtelijke aspecten van de samenwerking te vereenvoudigen.

Artikel 7 Niet- ingeschreven openbare vennootschap

Eerste Lid

1. Een openbare vennootschap met een onderneming in Nederland moet worden ingeschreven in het handelsregister. Zie artikel 5 en de toelichting daarbij. Schending van dit voorschrift is een economisch delict in de zin van de Wet op de economische delicten. Als de vennootschap niet is ingeschreven in het handelsregister heeft dit tot gevolg dat zij geen rechtspersoonlijkheid verkrijgt en dat voor derden geen informatie over de vennootschap beschikbaar is. Als zij zonder zich te hebben ingeschreven niettemin

als openbare vennootschap deelneemt aan het rechtsverkeer moeten derden met wie zij heeft gehandeld deugdelijk worden beschermd. Hiertoe wordt aangesloten bij de bescherming die het huidige recht op dit punt biedt, in het bijzonder de regeling in artikel 29 WvK. Dat haar schuldeisers zich dan bij voorrang boven de privé-schuldeisers van de vennoten kunnen verhalen op de goederen in het afgescheiden vermogen beschermt het handelsverkeer op gelijke wijze als thans het geval is.

2. De regeling opgenomen in het eerste lid is ontleend aan artikel 29 WvK. Ook het voorontwerp-Van der Grinten (artikel 7.13.2.3) en de ontwerptitel 7.13 (artikel 811 lid 2) kenden een soortgelijke regeling. Als de inschrijving in het handelsregister nog niet heeft plaatsgevonden, bestaat in de eerste plaats met betrekking tot de vertegenwoordigingsbevoegdheid geen beperking voor doeloverschrijdende handelingen. Voorts geldt dat alle gewone vennoten in dat geval jegens derden onbeperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben. Het vorenstaande geldt niet wanneer de derde niet onkundig was van een in de overeenkomst opgenomen uitsluiting of beperking van een bevoegdheid
3. De openbare vennootschap die niet is ingeschreven in het handelsregister heeft geen rechtspersoonlijkheid. Het vermogen dat ten behoeve van de vennootschap wordt ingebracht en nadien wordt verworven, wordt daardoor evenals in het huidige recht gemeenschappelijk vermogen van de vennoten. Hiervoor wordt in de leden 2 tot en met 7 een regeling gegeven, waarmee het huidige recht wordt gecodificeerd. Naar huidig recht heeft dit vermogen een gebonden en voor de openbare vennootschappen tevens een afgescheiden karakter. Het gebonden karakter komt tot uitdrukking in het feit dat zolang de vennootschap niet is ontbonden, geen verdeling van het vermogen kan worden gevorderd. Deze regel die aansluit bij de artikelen 178 en 179 van Boek 3, is vastgelegd in lid 4. Een vennoot kan uiteraard wel beschikken over zijn aandeel in de gemeenschap als geheel bij zijn uittreding uit de vennootschap. Alsdan dient zijn aandeel in de gemeenschappelijke goederen aan de voortzettende vennoten of een toetredende vennoot die hem opvolgt, te worden overgedragen. De overdracht behoeft niet samen te vallen met het moment van uittreden. Een ander gevolg is dat de vennoten niet kunnen beschikken over hun aandeel in de goederen die behoren tot het gemeenschappelijk vermogen. Zie ook de artikelen 175, 190 en 191 van Boek 3. Een gevolg hiervan is dat privé-crediteuren van de vennoten op dit vermogen geen verhaal kunnen nemen. Zie het bepaalde in lid 5. Verhaal op het aandeel in het vermogen van de vennootschap is wel mogelijk na ontbinding van de vennootschap of na het uittreden van de desbetreffende vennoot. Het uittreden van een vennoot wordt onder meer bewerkstelligd door diens faillietverklaring, waartoe privé-crediteuren in voorkomende gevallen het initiatief kunnen nemen. Het gebonden karakter van de vennootschappelijke goederengemeenschap is niet uitsluitend van toepassing op de niet-ingeschreven openbare vennootschap. Dit geldt ook voor de stille vennootschap. Zie artikel 8 hierna.
4. De openbare vennootschap heeft naar huidig recht ook een afscheiden vermogen. Dit afgescheiden vermogen brengt mee dat vennootschapscrediteuren met voorrang boven de privé-crediteuren verhaal kunnen nemen op het vermogen van de vennootschap. Een ander kenmerk is dat het toe- of uittreden van een vennoot niet afdoet aan de mogelijkheid verhaal te nemen op het vennootschappelijk vermogen. Als het vermogen van de vennootschap voor schulden van de vennootschap is verbonden, brengt een wisseling van vennoten hierin geen verandering, aldus is de strekking van het vijfde lid. Het afgescheiden karakter van het vennootschappelijk vermogen wordt voorts tot uitdrukking gebracht in lid 6, waarin is

bepaald dat vorderingen en schulden die niet beide tot de vennootschappelijke gemeenschap behoren niet met elkaar kunnen worden verrekend. Deze bepaling correspondeert met artikel 127 van Boek 6. In dit verband moet worden opgemerkt dat de wettelijke regeling van de aansprakelijkheid van de vennoten door de onderhavige bepaling niet wordt gewijzigd.

5. Het zevende lid heeft betrekking op de vereffening van de ontbonden niet-ingeschreven openbare vennootschap. De in artikel 30 opgenomen regeling voor de vereffening van een ontbonden vennootschap is toegesneden op de openbare vennootschap/rechtspersoon. De bepalingen van afdeling 2 van titel 7 van Boek 3 blijven evenals in het huidige recht van toepassing op de afwikkeling van de ontbonden vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de niet-ingeschreven openbare vennootschap en de stille vennootschap. Deze bepalingen geven in de praktijk geen aanleiding tot problemen.

Artikel 8 Stille vennootschap

1. Artikel 8 geeft een regeling voor de stille vennootschap. De stille vennootschap is een samenwerkingsverband dat als zodanig niet deelneemt aan het rechtsverkeer. De stille vennootschap wordt daarom niet ingeschreven in het handelsregister. De wettelijke regeling van de stille vennootschap kan beperkt blijven. Het gegeven dat de stille vennootschap niet als zodanig deelneemt aan het rechtsverkeer, doet er niet aan af dat met het oog op de samenwerking een gemeenschappelijk vermogen tussen de vennoten kan worden gevormd. Dit vermogen heeft daardoor een gebonden karakter. Artikel 7 leden 3 en 4 worden om die reden van overeenkomstige toepassing verklaard. De ratio voor toepassing van artikel 7 lid 7 is al bij die bepaling toegelicht. Naast voornoemde artikelen zijn ook artikel 9 en 10 van overeenkomstige toepassing verklaard. Dat de regelingen omtrent de redelijkheid en billijkheid, respectievelijk de gemeenschap van gehuwden van toepassing zijn behoeft geen nadere toelichting.
2. De overige bepalingen waarnaar wordt verwezen in artikel 8 hebben voor een deel betrekking op de interne verhoudingen tussen de vennoten. Deze bepalingen zijn aanvullend van aard voor zover het gaat om wijziging van de overeenkomst (artikel 11), de inbreng (artikel 12), de in artikel 13 genoemde verplichtingen die een uitwerking zijn van de redelijkheid en billijkheid, het besturen van de vennootschap (artikel 14), en winstgerechtigdheid (artikel 17). De regelingen over de administratieplicht (artikel 15), verantwoording en het opmaken van de jaarrekening (artikel 16), de vestiging van beperkte rechten (artikel 20 en 21), het toe- en uittreden van vennoten (artikel 24 tot en met 27), de gronden voor algehele ontbinding (artikel 28 en 29) en de voortzetting door één vennoot (artikel 31), zijn deels regelend, deels dwingend van aard. Verwezen wordt naar de toelichting bij die bepalingen.

Artikel 9 Redelijkheid en billijkheid

1. Het bepaalde in artikel 248 lid 1 van Boek 6 is onverkort van toepassing op de overeenkomst van vennootschap. De overeenkomst van vennootschap heeft niet alleen de door de vennoten overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook de rechtsgevolgen die naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Het eerste lid vult deze regeling aan met een op de personenvennootschap toegesneden gedragsnorm, zoals ook wel bij andere bijzondere (duur)overeenkomsten is gebeurd; zie bij voorbeeld artikel 213 en 611 van Boek 7. Men vergelijkte voorts het voor rechtspersonen in het algemeen geldende artikel 8 lid 1 van Boek 2, dat voor

de verhouding tussen de rechtspersoon en de bij haar organisatie betrokkenen een bepaling van dezelfde strekking vormt. Niet voor niets wordt een personenvennootschap vanouds beschouwd als een contract «uberrimae fidei».

2. Het tweede lid geeft een regeling die goeddeels overeenstemt met artikel 248 lid 2 van Boek 6. Onder de regels die tussen de vennoten geleden <<als gevolg van de overeenkomst>> valt mede een ter uitvoering van de overeenkomst van vennootschap geldende regeling. Ook deze kunnen buiten toepassing blijven, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Bij de personenvennootschap is bijvoorbeeld denkbaar dat in het kader van de samenwerking protocollen of reglementen zijn vastgesteld of andere (meerderheids)beslissingen zijn genomen die voor de vennoten bindend zijn.

Artikel 10 Gemeenschap

1. Met de regel dat een vennoot niet over zijn aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap kan beschikken, strookt dat een zodanig aandeel in goederenrechtelijke zin ook niet valt in een gemeenschap van goederen waarin hij is gehuwd. Zou dit anders zijn, dan zouden, in het bijzonder bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap, bij een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid ernstige complicaties worden opgeroepen door het bestaan van twee ineengestrengelde gemeenschappen. Dit is ook bepaald in artikel 7.13.1.8 lid 3 voorontwerp-Van der Grinten en artikel 808 van de ontwerptitel 7.13, in overeenstemming met de rechtspraak van de Hoge Raad (zie de arresten aangehaald in Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 156). Deze complicaties doen zich niet voor bij de openbare vennootschap die is ingeschreven in het handelsregister. De betekenis van de in artikel 10 opgenomen bepaling is hier beperkter, nu tot uitdrukking wordt gebracht dat de zeggenschapsrechten die zijn verbonden aan de positie van vennoot uitsluitend door de vennoot/echtgenoot kunnen worden uitgeoefend.
2. Er bestaat evenwel geen bezwaar tegen de figuur dat tot de huwelijksgemeenschap weliswaar niet het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap behoort, maar wel het aandeel van de vennoot in de waarde van de vennootschap. Het gevolg hiervan is dat bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap het aandeel in deze waarde moet worden verrekend, wat hierop zal neerkomen dat in beginsel de andere echtgenoot een vordering op de echtgenoot-vennoot heeft ter grootte van de helft van de waarde van die deelgerechtigdheid.
3. Artikel 10 kan worden gezien als een nadere uitwerking van de verknochtheid bedoeld in artikel 94 lid 3 van Boek 1. Een uitzondering op de regel dat uitsluitend het aandeel in de waarde van de vennootschap in een huwelijksgemeenschap valt, is daarom aanvaardbaar als de positie van vennoot krachtens het vennootschapscontract vrij overdraagbaar is. Zie over deze figuur nader artikel 27 lid 4.
4. De hier besproken regeling behoort uiteraard op dezelfde wijze te gelden voor een gemeenschap die bestaat als gevolg van een geregistreerd partnerschap (vgl. artikel 80a van Boek 1).

Afdeling 2. Verhoudingen van de vennoten tot elkaar en tot de vennootschap

Algemene toelichting afdeling 2

Deze afdeling omvat de bepalingen die betrekking hebben op de onderlinge verhoudingen tussen de vennoten en de verhouding tussen de vennoten enerzijds en de vennootschap anderzijds.

Artikel 11 Wijziging overeenkomst

Dit artikel bepaalt dat de overeenkomst van vennootschap met instemming van alle vennoten kan worden gewijzigd. Ook zonder uitdrukkelijke bepaling in de wet zou dit gelden; de reden dat zij toch is opgenomen is de wens de gebruiker een handleiding aan te reiken over wat geldend recht is. Overigens is deze bepaling van regeland recht. Partijen kunnen dus bij overeenkomst afwijken van deze regel. Wijziging kan bijvoorbeeld plaats vinden met meerderheid van stemmen.

Artikel 12 Inbreng

1. In artikel 1 is in de omschrijving van het begrip vennootschap de inbreng door ieder van de vennoten opgenomen als het middel tot het bereiken van het vennootschappelijke doel. Uit deze omschrijving volgt ook dat ieder van de vennoten tot inbreng verplicht is. In het onderhavige artikel is die verplichting nader uitgewerkt.
2. In algemene zin kan men onder inbreng verstaan het leveren van een bijdrage tot het bereiken van het gemeenschappelijke doel; zie al voor het huidige recht HR 7 december 1955, NJ 1956, 163. Datgene wat ter beschikking is gesteld, wordt daarmee dienstbaar gemaakt aan het bereiken van het vennootschappelijke doel. Volgens lid 1 kan alles worden ingebracht dat tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap kan bijdragen. Die inbreng kan bestaan uit geld of (het genot van) een vermogensbestanddeel, maar is daartoe niet beperkt. Van oudsher is ook de inbreng van arbeid mogelijk geacht, zelfs in die vorm dat geen van de vennoten iets anders dan arbeid inbrengt. Daarnaast zijn nog andere vormen van inbreng mogelijk. Het moet echter wel gaan om een positieve prestatie: een loutere verplichting om niet te doen is geen prestatie die op zichzelf kan worden ingebracht, tenzij zij is verbonden aan een andere voor inbreng vatbare prestatie, zoals de inbreng van de activa en passiva die samen een gehele onderneming vormen. Zou een vennoot zich slechts verplichten tot een negatieve prestatie, dan wordt bovendien niet voldaan aan het uit artikel 1 lid 1 voortvloeiende vereiste van «samenwerking».
3. Niet vereist is dat de vennoten bij het aangaan van de vennootschapsovereenkomst daadwerkelijk iets inbrengen. Waar het om gaat is dat zij een verplichting tot inbreng op zich nemen, waarbij uit de overeenkomst of de aard van de inbreng kan voortvloeien dat die verplichting niet direct hoeft te worden nagekomen. Bijvoorbeeld bij de inbreng van arbeid laat dit zich ook niet goed anders denken.
4. De verplichting van de vennoten tot inbreng is een verbintenis. Dit betekent onder meer dat het voorwerp van die verbintenis, de prestatie, voldoende bepaalbaar moet zijn en niet in strijd mag zijn met de wet, de openbare orde of de goede zeden. Zie over de nakoming en niet-nakoming van die verbintenis wat hierna bij het derde lid is aangetekend.

5. Iedere vennoot is gehouden tot inbreng, dat wil zeggen dat hij iets moet afstaan voor het gemeenschappelijk doel. Zie ook de omschrijving van vennootschap in artikel 1 lid 1. Verbindt niet iedere vennoot zich hiertoe, dan is er geen overeenkomst van vennootschap. Wanneer een «vennoot» zich niet tot inbreng heeft verbonden, kunnen de overblijvende partijen die zich wel tot inbreng verbinden, alsnog een tussen hen geldende overeenkomst van vennootschap aangaan. Ook kan tussen de oorspronkelijke partijen op grond van conversie (artikel 42 van Boek 3) of door (her)kwalificatie sprake zijn van een samenwerkingsovereenkomst sui generis.
6. De tweede zin van lid 1 verklaart op de inbreng van een goed de bepalingen omtrent koop en op de inbreng van genot van een goed die omtrent huur van overeenkomstige toepassing; vgl. het huidige artikel 1662 lid 2 van Boek 7A, artikel 7.13.1.3 lid 2 voorontwerp-Van der Grinten en artikel 805 van de ontwerptitel 7.13. De vraag wanneer de aard van de rechtsverhouding zich tegen deze overeenkomstige toepassing verzet, behoort door de rechtspraak en de literatuur te worden beantwoord.
7. Na het eerste lid van het artikel, dat betrekking heeft op de inhoud van de inbreng, geeft het tweede lid enige regels over de wijze van inbreng, voor zover het de inbreng van goederen betreft. Wat de inbreng betreft van andere prestaties, vooral van arbeid, zijn nadere bepalingen niet noodzakelijk.
8. Inbreng kan op diverse manieren plaatsvinden; de wijze waarop een goed wordt ingebracht heeft gevolgen voor de goederenrechtelijke positie van wat is ingebracht. Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat als partijen in hun overeenkomst enkel spreken over inbreng van een goed, moet worden aangenomen dat zij bedoeld hebben de volledige (juridische en economische) inbreng van het goed en niet alleen het genot daarvan. Dit goed zal dan aan de gemeenschap of de rechtspersoon moeten worden geleverd, waarbij dan de verplichting tot inbreng de titel tot levering is. Het ingebrachte goed gaat behoren tot het vermogen van de vennootschap in juridische zin, dat wil zeggen tot het vermogen van de rechtspersoon, of, als die er niet is, een gemeenschap waarvan de vennoten de deelgenoten zijn. Het tweede lid houdt dan ook als hoofdregel in dat de overeengekomen inbreng van goederen verplicht tot het inbrengen van zowel de juridische als de economische deelgerechtigdheid van een goed in het vermogen van de vennootschap en, bij de vennootschap die niet rechtspersoon is, tot levering daarvan aan alle vennoten.
9. Noodzakelijk is het echter niet dat zowel de juridische als de economische gerechtigdheid van een goed wordt ingebracht. De vennoten kunnen overeenkomen dat zij slechts de economische deelgerechtigdheid van een goed inbrengen. Bij de inbreng van de economische deelgerechtigdheid van een goed blijft het goed in juridische zin aan de inbrengende vennoot toebehoren, maar komen de vermeerderingen of verminderingen van de waarde van het goed voor rekening van de vennootschap. Daarnaast blijft het mogelijk goederen in zuiver genot in te brengen. Bij deze vorm van inbreng blijven deze waardemutaties voor rekening van de inbrengende vennoot. Welke van deze inbrengvormen zich in een concreet geval voordoet, zal moeten worden vastgesteld door uitleg van de vennootschapsovereenkomst.
10. Anders dan de toelichting-Van der Grinten bij artikel 7.13.1.3, laatste alinea, wordt betoogd, maar in aansluiting op artikel 805 van de ontwerptitel 7.13 is het, mede gelet op artikel 15 van Boek 6, wenselijk in de wet uitdrukkelijk te bepalen wie nakoming van de verplichting tot inbreng kan vorderen.

Daartoe strekt lid 3. Op de mogelijkheid van een dergelijke «action sociale» is ook in de literatuur aangedrongen; zie Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 55. Deze bepaling laat vanzelfsprekend onverlet dat ook de vennootschap zelf nakoming kan vorderen.

Artikel 13 Verplichtingen vennoten tegenover elkaar

In artikel 9 is tot uitdrukking gebracht dat de verhoudingen tussen de vennoten niet uitsluitend worden bepaald door de inhoud van de overeenkomst van vennootschap, maar mede door de redelijkheid en billijkheid. In artikel 13 worden onder de letters a tot en met d enige concretisering gegeven van deze regel. Ook onder het geldende recht zullen de hier genoemde gedragingen over het algemeen in strijd zijn met wat op grond van de redelijkheid en billijkheid van de vennoten wordt gevorderd. Zoals uit de tekst van deze bepaling al blijkt is hier geen sprake van een limitatieve opsomming: ook andere handelingen en gedragingen kunnen in strijd komen met wat de redelijkheid en billijkheid vergt van de vennoten tegenover elkaar. Het is de vennoten overigens toegestaan op deze specifieke punten anders overeen te komen. Nu dit volgt uit de plaatsing van dit artikel in afdeling 2 behoeft dat, gelet op artikel 2, niet met zoveel woorden in de wettekst tot uitdrukking te worden gebracht.

Artikel 14 Het besturen van de vennootschap

1. Dit artikel, dat in de plaats komt van de huidige artikelen 1673 tot en met 1676 van Boek 7A, bevat een aantal algemene bepalingen over het bestuur van de vennootschap. Het begrip ‘bestuur’ vervangt de in de huidige wet voorkomende term ‘beheer’, dat in het moderne taalgebruik onvoldoende weergeeft wat de inhoud van de hier bedoelde werkzaamheid is. Bovendien kan het woord ‘beheer’ het misverstand oproepen dat beschikkingshandelingen daaronder niet zijn begrepen. De hier opgenomen bepalingen over de inrichting van het bestuur en de interne bevoegdheid van een gewone vennoot zijn van regelend recht. Voor deze onderwerpen bestaat dus de vrijheid om een en ander contractueel te regelen zoals men gewenst acht.
2. Het eerste lid bepaalt dat de vennoten de vennootschap gezamenlijk besturen. Nu dit, zoals zojuist vermeld, een regel van aanvullend recht is, valt aan te nemen dat in de praktijk vaak een contractuele regeling over de samenstelling van het bestuur zal worden getroffen. Dit kan gebeuren bij overeenkomst van alle vennoten. Dat kan de overeenkomst zijn waarbij de vennootschap wordt aangegaan, maar ook een latere overeenkomst. Zo bestaat de mogelijkheid op eenvoudige wijze de inrichting van het bestuur aan te passen aan gewijzigde omstandigheden of inzichten. Te denken valt aan een in de overeenkomst voorzien meerderheidsbesluit of aan een ingevolge de overeenkomst vastgesteld roulatieschema.
3. Over de besluitvorming door de vennoten bevat de huidige wet geen regel. Algemeen wordt aangenomen dat besluiten van vennoten, als uitvoering van de verbintenissen die op grond van de vennootschapsovereenkomst tussen hen bestaan, slechts met instemming van iedere vennoot kunnen worden genomen. Met het oog op de inzichtelijkheid van de wettelijke regeling wordt deze regel nu in de wet opgenomen. Zij is van regelend recht: de vennoten kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat voor bepaalde besluiten een al dan niet gekwalificeerde meerderheid van stemmen voldoende is. Bij overeenkomst of besluit kan de bevoegdheid besluiten te nemen ook worden toegekend aan derden. Hieraan kan in het bijzonder behoefte bestaan in het geval dat de vennoten niet tot een besluit kunnen komen.

4. Het derde lid van dit artikel regelt tot welke handelingen een vennoot in zijn verhouding tot de andere vennoten bevoegd is, dat wil zeggen welke handelingen voor rekening van de vennootschap, dus de gezamenlijke vennoten komen. De vraag in hoeverre een vennoot bevoegd is te handelen met derden, met andere woorden hoever zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid strekt, wordt behandeld in afdeling 3 van deze titel.
5. In overeenstemming met artikel 810 van de ontwerptitel 7.13 is als maatstaf gekozen dat het moet gaan om handelingen die gelet op het doel van de vennootschap tot haar normale werkzaamheden behoren. Daaraan is toegevoegd dat iedere vennoot ook bevoegd is handelingen te verrichten die geen uitstel kunnen lijden. In geval van geschil zal door uitleg van wat in de overeenkomst is opgenomen, moeten worden vastgesteld of de rechtshandeling kan worden aangemerkt als een die tot de normale werkzaamheden ter bereiking van het doel behoort. Of sprake is van een handeling die geen uitstel kan lijden zal veelal afhankelijk zijn van de specifieke omstandigheden van het geval. Omdat het hier gaat om de interne verhouding tussen de vennoten, past de in artikel 18 lid 2 gehanteerde maatstaf dat de handeling het doel van de vennootschap op enigerlei wijze kan dienen, niet goed: de andere vennoten moeten immers ervan kunnen uitgaan dat voor hun rekening geen andere handelingen worden verricht dan die welke daadwerkelijk behoren tot de normale werkzaamheden.
6. Op grond van het vierde lid is voor handelingen die buiten de normale exploitatie vallen, afzonderlijke instemming van de andere vennoten vereist, willen zij voor rekening van de vennootschap komen. Ook hier bevat de wettelijke bepaling regelend recht. Partijen kunnen dus afwijkende regelingen treffen, bijvoorbeeld door de bevoegdheid te beperken tot handelingen die een bepaald bedrag niet te boven gaan, of door te bepalen dat slechts twee vennoten gezamenlijk bevoegd zijn, of door bepaalde handelingen te binden aan een meerderheidsbesluit van de vennoten, enz. Ook een verruiming van de bevoegdheid is mogelijk, bijvoorbeeld in die zin dat voor andere handelingen dan die tot de normale exploitatie behoren, geen instemming van alle andere vennoten is vereist, maar dat instemming van bepaalde of een meerderheid van de andere vennoten voldoende is. Wordt een handeling verricht zonder dat daartoe bevoegdheid bestaat, dan hoeven de overige vennoten niet te accepteren dat zij voor rekening van de vennootschap komt.
7. Het vijfde lid regelt het afleggen van rekening en verantwoording. Dit zal in de regel eenmaal per jaar gebeuren, en wel, in overeenstemming met het gebruik, bij het vaststellen van de balans en de staat van baten en lasten (artikel 16 lid 3). Zie in vergelijkbare zin ook artikel 809 lid 4 van de ontwerptitel 7.13. De formulering laat de mogelijkheid open dat vaker dan eenmaal per jaar of op een ander tijdstip dan bij het vaststellen van de jaarstukken rekening en verantwoording moet worden afgelegd. In dit verband kan worden gedacht aan een vennootschap die voor een bepaald werk of voor korte duur is opgericht. Uitgangspunt van het ontwerp is dat in ieder geval periodiek rekening en verantwoording wordt afgelegd. Het is dus niet mogelijk overeen te komen dat deze verplichting wordt uitgesloten of met zodanig lange tussenpozen plaatsvindt dat het beoogde effect illusoir wordt. In zoverre is de bepaling op dit punt dwingendrechtelijk van aard.
8. Als een vennoot nalatig is in het afleggen van rekening en verantwoording, kan ieder van de medevennoten vorderen dat hij daartoe wordt veroordeeld. Daartoe kan van de gewone

dagvaardingsprocedure gebruik worden gemaakt. Als voldaan is aan de in artikel 771 Rv gestelde eisen kan ook de in dat artikel bedoelde rekenprocedure worden toegepast.

9. Evenmin als in de ontwerptitel 7.13 zijn in het onderhavige ontwerp bepalingen opgenomen in de trant van artikel 1665 en 1666 van Boek 7A, waarvan de precieze betekenis overigens ook omstreden is. Dergelijke voorzieningen kunnen worden beschouwd als uitwerking van wat al uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeit.
10. Het zesde lid geeft de mogelijkheid om de bevoegdheid van een vennoot tot het verrichten van handelingen voor rekening van de vennootschap wegens gewichtige redenen te herroepen of te beperken. Van gewichtige redenen kan worden gesproken wanneer de handelende vennoot zich zodanig gedraagt dat van de overige vennoten redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat zij diens bevoegdheid laten voortduren. Net als in het geldend recht wordt aangenomen, kan een dergelijke mogelijkheid niet worden uitgesloten: het is niet wenselijk dat een vennoot zijn bevoegdheid tot het verrichten van handelingen voor rekening van de vennootschap niet kan worden ontnomen. In zoverre bevat deze bepaling dwingend recht. Wel is het mogelijk dat de vennoten bij hun overeenkomst bepalen dat een vennoot deze bevoegdheid kan worden ontnomen of dat een vennoot in deze bevoegdheid kan worden beperkt zonder dat zich een gewichtige reden voordoet. Ook kunnen zij nadere bepalingen opnemen over wat in hun onderlinge verhoudingen een gewichtige reden constitueert.

Artikel 15 Administratieplicht en verantwoording

1. Lid 1 correspondeert met lid 1 van artikel 7.13.1.9 voorontwerp-Van der Grinten en artikel 814 lid 1 van de ontwerptitel 7.13. De redactie sluit aan op de formulering van lid 1 van artikel 15i van Boek 3. Zie ook de terminologie van artikel 10 lid 1 van Boek 2. Tot de in lid 1 aangeduide verplichting zijn de gewone vennoten gehouden.
2. De in lid 2 vervatte bepaling, die overeenkomt met artikel 814 lid 5 van de ontwerptitel 7.13, is ontleend aan artikel 10 lid 3 van Boek 2. De bepaling in lid 3 correspondeert met artikel 10 lid 4 van Boek 2. Met het oog op de volledigheid wordt voorgesteld in deze afdeling een op de personenvennootschap toegesneden versie van deze bepalingen op te nemen.
3. Het vierde lid bevat een op de personenvennootschap toegesneden regeling van artikel 15j van Boek 3. Hierin wordt verduidelijkt dat ook bij faillissement van de vennootschap openlegging van de boekhouding of onderdelen daaruit kan worden gevorderd door een schuldeiser die daarbij een rechtstreeks en voldoende belang heeft.
4. Van dit artikel kan niet worden afgeweken, wat in het vijfde lid tot uitdrukking is gebracht. Dit behoeft geen nadere toelichting.

Artikel 16 Boekjaar en jaarrekening

1. Lid 1 correspondeert met artikel 10a van Boek 2. Deze bepaling sluit ook aan bij wat in de praktijk gebruikelijk is. De vennoten zijn vrij overeen te komen dat het boekjaar niet overeenkomt met het kalenderjaar. Zij kunnen niet overeenkomen dat de vennootschap geen boekjaar zal kennen: om administratieve en fiscale redenen is een boekjaar onmisbaar.

2. Lid 2 komt overeen met lid 3 van artikel 814 van de ontwerptitel 7.13. Het behoort tot de taak van de gewone vennoten tenminste eenmaal per jaar de jaarstukken op te maken aan de hand waarvan in overeenstemming met het gebruik ook rekening en verantwoording kan worden afgelegd ingevolge lid 5 van artikel 14. Een tussentijds opmaken blijft mogelijk en is soms aangewezen. De terminologie «balans en staat van baten en lasten» komt ook voor in artikel 10 lid 2 van Boek 2. In beginsel moet dit gebeuren binnen zes maanden na afloop van het boekjaar, maar in de overeenkomst van vennootschap kan deze termijn worden verlengd, bijvoorbeeld door de gewone vennoten zelf, door alle vennoten samen of bij meerderheidsbesluit van de vennoten. Het is echter redelijk deze verlenging niet langer te laten voortduren dan vier maanden (zie voor een dienovereenkomstige bepaling ook lid 1 van de artikelen 48, 101 en 210 van Boek 2). Na verloop van de eventueel verlengde termijn kan iedere vennoot in rechte vorderen dat de jaarstukken door de gewone vennoten worden opgemaakt. Van dit lid kan niet worden afgeweken. Dit behoeft geen nadere toelichting.
3. In overeenstemming met artikel 814 lid 4 van de ontwerptitel 7.13, volgt uit lid 3 dat de bevoegdheid tot het vaststellen van de jaarstukken toekomt aan alle vennoten samen. In de overeenkomst van vennootschap kan echter anders worden bepaald. Voorzien kan bijvoorbeeld worden dat die vaststelling plaatsvindt bij een besluit van vennoten. Dit kan een meerderheidsbesluit zijn; denk hierbij aan vennootschappen met een groot aantal vennoten. Het kan ook zijn dat wordt bepaald dat bijvoorbeeld alleen de zgn. senior-partners of zelfs één partner het besluit kunnen nemen. Niet mogelijk is evenwel dat wordt bepaald dat een of meer derden de jaarstukken kunnen vaststellen: vaststelling van de jaarrekening is zozeer verbonden met het bepalen van het resultaat van de samenwerking dat deze bevoegdheid slechts binnen de kring van vennoten kan worden uitgeoefend. Op dit punt is de regeling dwingend van aard. Dat de vaststelling moet plaatsvinden binnen een redelijke termijn na het opmaken spreekt voor zich. Al op grond van de redelijkheid en billijkheid moet iedere vennoot hieraan meewerken. In het algemeen zal een redelijke termijn niet meer dan enige maanden bedragen.

Artikel 17 Deel in resultaat

1. Evenals de overeenkomstige bepaling in lid 1 van artikel 7.13.1.10 voorontwerp-Van der Grinten en artikel 815 lid 1 van de ontwerptitel 7.13, wijkt letter a van lid 1 af van het huidige artikel 1670 van Boek 7A. Vooral de in lid 2 van dit artikel vervatte regel dat inbreng van slechts arbeid voor de winst- en verliesdeling gelijk staat met de inbreng van de kleinste waarde aan goederen, heeft veel kritiek ondervonden. Zie Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 68. Met het oog daarop bevat het onderhavige ontwerp de regel dat, tenzij in de overeenkomst van vennootschap anders is bepaald, iedere vennoot voor een gelijk deel deelt in de winst en in het verlies. Om ongewenste wijzigingen in de tussen partijen bestaande winst- en verliesverdeling te voorkomen, zal in de Invoeringswet bij het onderhavige wetsvoorstel een overgangsbepaling worden opgenomen dat bestaande situaties zullen worden geëerbiedigd. De gelijke winstdeling geldt ongeacht de waarde van ieders inbreng in de vennootschap, of deze nu uit geld of goederen bestaat of iets anders, zoals arbeid.

Dit spreekt zozeer voor zich, dat deze bedoeling, anders dan in de ontwerptitel 7.13, niet in de wet zelf tot uitdrukking wordt gebracht. Men kan echter in de vennootschapsovereenkomst een winst- en verliesdelingsregeling opnemen die in meerdere of mindere mate is gerelateerd aan de (feitelijke) inbreng waarvoor men is gecrediteerd, terwijl daarbij ook voor de arbeid inbrengende vennoot een overeen te komen redelijke maatstaf kan worden gehanteerd. Variaties daarbij zijn denkbaar.

2. Letter b van lid 1 is gelijk aan lid 3 van artikel 7.13.1.10 voorontwerp-Van der Grinten en lid 4 van artikel 815 van de ontwerptitel 7.13. De bepaling verheft tot wettelijke uitlegregel wat in literatuur en rechtspraak (zie HR 19 december 1934, NJ 1935, 881) wordt aanvaard.
3. Letter c van lid 1 correspondeert met artikel 815 lid 2 van de ontwerptitel 7.13. Deze bepaling is van regelend recht. Het is dus mogelijk dat in de vennootschapsovereenkomst wordt bepaald dat ieders winstdeel kan worden vastgesteld bij een besluit van vennoten. Ook hier kan men denken aan een meerderheidsbesluit of bijvoorbeeld aan een besluit van de zgn. senior-partners. Dit is in de praktijk van belang bij grote vennootschappen waarin aldus, uiteraard met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, ieders aandeel, bijvoorbeeld aan de hand van een puntensysteem, kan worden vastgesteld. Zie al voor het huidig recht: Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 69 met vermelding van verdere literatuur. Deze toevoeging waarborgt dat niet te zeer wordt getornd aan het karakter van de vennootschap als een overeenkomst tot samenwerking.
4. Lid 2 komt overeen met lid 1 van artikel 7.13.1.11 voorontwerp-Van der Grinten en met lid 1 van artikel 816 van de ontwerptitel 7.13. Het recht op uitkering ontstaat pas nadat de balans en de staat van baten en lasten overeenkomstig lid 3 van artikel 16 zijn vastgesteld. De vraag hoe groot het aandeel is waarop de betreffende vennoot recht kan doen gelden, moet worden beantwoord aan de hand van het hierboven toegelichte lid 1 van artikel 17.
Deze bepaling is van regelend recht. De vennootschapsovereenkomst kan op dit punt diverse voorzieningen inhouden, bijvoorbeeld uitkering van een bepaald percentage of, eventueel krachtens de overeenkomst, vaststelling van de omvang van de uitkering telkens door de gezamenlijke vennoten bij meerderheidsbesluit of zelfs bij besluit van één vennoot.
5. Als in de overeenkomst van vennootschap niets over dit punt is bepaald, heeft iedere vennoot in beginsel recht op uitkering van zijn gehele aandeel in de winst. Zoals echter in de toelichting-Van der Grinten, p. 1100, en in de toelichting op de ontwerptitel 7.13, p. 26, wordt opgemerkt, kan onder bijzondere omstandigheden het vorderen van een integrale uitkering in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de harde noodzaak van een (gedeeltelijke) interne financiering. Als het aandeel in de winst niet of niet volledig wordt uitgekeerd, wordt door bijboeking van het niet uitgekeerde gedeelte op de kapitaalrekening van de betreffende vennoot diens inbreng verhoogd.
6. In het wetsvoorstel is geen regel opgenomen die een vennoot ertoe verplicht zijn aandeel in het verlies aan te zuiveren; dit kan echter wel bij overeenkomst worden bepaald. Tegen het opnemen van een dergelijke wettelijke verplichting kan worden aangevoerd dat niet valt niet in te zien waarom een vennoot die volledig aan zijn inbrengplicht heeft voldaan, tenzij ingeval van zeer bijzondere omstandigheden, gedwongen zou kunnen worden additionele middelen in de vennootschap in te brengen. Zie Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 65. Bij vereffening na ontbinding kan dit anders liggen; zie lid 10 van artikel 30, en de toelichting op deze bepaling.
7. Naast hun afspraken over winst- en verliesdeling of rentes of vaste vergoedingen, kunnen vennoten ook overeenkomen dat zij periodiek tot een bepaald maximum voorschotten op een winstaandeel uit de vennootschapskas kunnen opnemen, die dan met hun winstaandeel over het betreffende boekjaar moeten worden verrekend.

8. In afwijking van zowel lid 4 van artikel 7.13.1.10 van het voorontwerp-Van der Grinten als van lid 4 van artikel 815 van de ontwerptitel 7.13 is ervan afgezien een bepaling op te nemen die een beding dat een vennoot niet in de winst zal delen nietig of vernietigbaar verklaart. In het stelsel van het wetsvoorstel is een dergelijk beding in beginsel rechtsgeldig. Deze wijziging ten opzichte van het geldende recht is ingegeven door de kritiek tegen deze bepaling in de literatuur, door de wensen uit de praktijk (getuige het eerdergenoemde ZIFO-onderzoek, p. 34-35) en door de wens de regeling van de winstgerechtigdheid bij de personenvennootschap niet stringenter te doen zijn dan bij de BV. Bij deze laatste rechtsvorm is het creëren van winstrechtloze aandelen sinds 1 oktober 2012 onder bepaalde voorwaarden toegestaan; zie artikel 216 lid 7 van Boek 2. In de opzet van het wetsvoorstel kunnen de vennoten, evenals onder het huidige recht het geval is, eveneens rechtsgeldig overeenkomen dat een vennoot niet of slechts tot een bepaald bedrag in het verlies zal delen.

Afdeling 3. Verhoudingen van de vennoten en de vennootschap tegenover derden

Artikel 18 Vertegenwoordiging

1. De in artikel 18 voorgestelde regeling is van toepassing op de openbare vennootschap. Voor de stille vennootschap geldt zij niet. De regeling stemt inhoudelijk overeen met de huidige regeling voor de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. Een tekstueel verschil is dat niet is opgenomen dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging kan worden beperkt of uitgesloten. Net als in het huidige recht bestaat de mogelijkheid tot beperking of uitsluiting van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging. Artikel 18 is immers regelend van aard. Zij laat onverlet dat uit de aard van de personenvennootschap voortvloeit dat de gezamenlijke gewone vennoten steeds bevoegd zijn de vennootschap te binden. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging kan voorts aan derden worden toegekend. Deze bevoegdheid kan voortvloeien uit een incidentele volmacht van een of meer vennoten die bevoegd zijn om de vennootschap te vertegenwoordigen, maar bijvoorbeeld ook uit de overeenkomst van vennootschap. Op dit punt volstaat de algemene regeling over volmacht. In het onderhavige wetsvoorstel hoeft hierover geen nadere regeling te worden opgenomen.
2. Omdat de regeling van toepassing is op de openbare vennootschap, geldt zij ook voor de maatschap. Dit verdient opmerking omdat naar huidig recht voor de maatschap een andere regeling geldt. Naar huidig recht immers bindt een maat die handelt op naam van de maatschap in beginsel slechts zichzelf. De maatschap als zodanig is naar huidig recht pas verbonden als alle maten volmacht hebben verleend om hen te vertegenwoordigen (artikel 1679 en 1681 van Boek 7A). Deze regel geldt voor zowel de stille maatschap als de openbare maatschap. Na invoering van het onderhavige wetsvoorstel zal deze regel alleen nog gelden voor de stille vennootschap.
3. In het voorgestelde artikel 18 wordt voor wat betreft de bevoegdheid tot vertegenwoordiging de openbare maatschap gelijk gesteld met de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. Ook bij de maatschap nemen de vennoten onder gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deel. Hierbij sluit aan dat zij elkaar over en weer bevoegdheid tot vertegenwoordiging hebben toegekend. Het staat de vennoten vrij op dit punt een andere regeling overeen te komen, bijvoorbeeld in die zin dat een vennoot in het geheel niet vertegenwoordigingsbevoegd is, of slechts tot een bepaald bedrag en/of slechts samen met een andere vennoot of een derde bevoegd is tot vertegenwoordiging. Partijen kunnen de regeling treffen die ze willen. Voor de goede orde: een uitsluiting of beperking moet in het handelsregister worden ingeschreven. Een wederpartij die van een beperking of uitsluiting onkundig was, wordt beschermd tegen onvolledigheid of onjuistheid van wat in het handelsregister is ingeschreven. Dit vloeit voort uit artikel 25 Handelsregisterwet 2007.
4. Een beperking van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging vloeit voorts voort uit het bepaalde in lid 2 van artikel 18: handelingen die het doel van de vennootschap te buiten gaan, zijn niet bindend voor de vennootschap. Het mandaat van de vennoten wordt ingeperkt door de activiteiten waarop de samenwerking is gericht en waartoe de vennoten zich tegenover elkaar hebben verbonden. Een handeling die buiten dit mandaat valt, bindt slechts de vennoot die deze heeft verricht en niet de vennootschap en andere vennoten. Dit sluit aan bij wat nu op grond van artikel 17 WvK voor de vennootschap onder

firma wordt geleerd; zie Asser/Maeijer 5-V 1995, nrs. 132 en 133, en HR 8 juni 1990, NJ 1990, 607. In relatie tot het tweede lid wordt nog gewezen op artikel 7. Deze bepaling houdt voor het geval de inschrijving in het handelsregister nog niet heeft plaatsgevonden in de eerste plaats in dat met betrekking tot de vertegenwoordigingsbevoegdheid geen beperking bestaat wat betreft handelingen waardoor het doel van de vennootschap wordt overschreden. De vennootschap geldt dan ten aanzien van een derde als algemeen voor alle zaken, zodat geen handelingen denkbaar zijn die niet dienstig kunnen zijn tot verwezenlijking van het doel. Als de vennootschap niet is ingeschreven, hebben verder alle vennoten onbeperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid, tenzij de derde er niet onkundig van was dat in de overeenkomst die bevoegdheid was uitgesloten of beperkt. Deze regeling correspondeert met het huidige artikel 29 WvK, maar zal anders dan nu het geval is, ook gaan gelden voor de maatschap.

5. In het geval dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging is beperkt of uitgesloten, kan de vennootschap alsnog rechtsgeldig worden vertegenwoordigd als de vennoten of de tot vertegenwoordiging bevoegde vennoten daartoe machtiging verlenen. Laatstgenoemden kunnen een onbevoegd verrichte rechtshandeling ook bekrachtigen (artikel 69 van Boek 3). Aangezien de vennoten steeds bevoegd zijn de overeenkomst te wijzigen, kunnen handelingen die buiten de doelomschrijving van de vennootschap vallen worden bekrachtigd met instemming van alle vennoten. Net als onder huidig recht, is niet steeds noodzakelijk dat expliciet op naam van de vennootschap is gehandeld. Als de wederpartij weet dat hij handelt met een vennoot, dan mag hij onder omstandigheden aannemen dat deze voor de vennootschap handelt, ook als dat niet met zoveel woorden gebeurt: zie HR 3 december 1971, NJ 1972, 117, m.nt. Scholten.
6. Net als onder het huidige recht, moet onderscheid worden gemaakt tussen de bevoegdheid tot vertegenwoordiging en de bevoegdheid om een bepaalde handeling voor rekening van de vennootschap te verrichten. Zo kan zich de situatie voordoen dat een vennoot als vertegenwoordiger van de vennootschap bevoegd heeft gehandeld, zodat de gevolgen van die rechtshandeling komen te rusten op de vennootschap en bijvoorbeeld voor de vennootschap een verbintenis ontstaat, terwijl de vennoot intern niet bevoegd was tot die handeling. In een dergelijke situatie zal dus extern de handeling wel ten laste van de vennootschap komen, waarbij ook de vennoten in persoon tegenover de derde verbonden zijn (artikel 19), maar intern blijft de handeling voor rekening van de vennoot die zijn bevoegdheid heeft overschreden. Een vennoot die op grond van zijn persoonlijke verbondenheid door de derde is aangesproken en aan deze heeft betaald, zal zich dan ook op de handelende vennoot kunnen verhalen. Ook kan zich de situatie voordoen dat een vennoot in een concrete situatie geen vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft, maar op grond van de overeenkomst van vennootschap wel bevoegd is de desbetreffende rechtshandeling voor rekening van de vennootschap te verrichten. In dat geval is uitsluitend de vennoot persoonlijk verbonden voor de nakoming van die verbintenissen, maar komt het resultaat van die handeling voor rekening van de vennootschap.
7. De regeling die nu geldt voor de maatschap zal gaan gelden voor de stille vennootschap. Hiervoor is geen nadere regeling vereist. De aard van de stille vennootschap brengt mee dat niet op haar naam aan het rechtsverkeer wordt deelgenomen. Een vennoot in een stille vennootschap die in die hoedanigheid

² Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh- 6-I*, nr. 110.

aan het rechtsverkeer deelneemt, bindt daarom zichzelf. Als hij mede handelt op naam van een of meer andere vennoten, zijn die slechts verbonden als zij daartoe volmacht hebben verleend, schijn van bevoegdheid tot vertegenwoordiging hebben gewekt (artikel 61 van Boek 3) of in voorkomende gevallen de rechtshandeling hebben bekrachtigd (artikel 69 van Boek 3). De vennoten zijn alsdan op grond van artikel 6 van Boek 6 voor gelijke delen verbonden als het deelbare verbintenissen betreft en hoofdelijk als het ondeelbare verbintenissen betreft.

Artikel 19 Verbondenheid

1. De rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap krachtens artikel 6, brengt mee dat zij partij is bij de rechtshandelingen die in haar naam zijn verricht door degene die bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. De wederpartij kan dan de rechtspersoon tot nakoming aanspreken en zich in voorkomende gevallen op het vermogen van de rechtspersoon verhalen.
2. Typerend voor de openbare vennootschap is dat naast de vennootschap, ongeacht of deze rechtspersoonlijkheid heeft of niet, ook degenen die bij het aangaan van de verbintenis vennoot zijn, persoonlijk verbonden zijn voor bovenbedoelde verbintenissen. Zie in dit verband ook lid 4. Bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de vennootschap omvat aldus de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van degenen die ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling vennoot waren. De verbonden vennoten zijn naast de vennootschap partij bij overeenkomsten die op naam van de vennootschap zijn gesloten en derhalve persoonlijk verbonden voor de prestaties die uit die verbintenissen voortvloeien. Dit uitgangspunt is tot uitdrukking gebracht in lid 1 en lid 2. Voor het geval dat twee of meer personen voor dezelfde prestatie zijn verbonden, bepaalt artikel 6 van Boek 6 dat deze personen voor deelbare prestaties voor gelijke delen zijn verbonden en voor ondeelbare prestaties hoofdelijk. Voor de vennootschap onder firma geldt naar huidig recht dat de vennoten hoofdelijk zijn verbonden (artikel 18 WvK). Deze regel is gebaseerd op het oude (Franse) handelsrecht². Dit geldt ook voor de gewone vennoten in een commanditaire vennootschap (artikel 19 juncto artikel 18 WvK). De commanditaire vennoten zijn niet verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap. In het voorgestelde eerste lid van artikel 19, wordt de huidige regeling voor de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap op dit punt overgenomen. De regeling geldt ongeacht of de vennootschap is ingeschreven in het handelsregister. Deze hoofdelijke verbondenheid geldt ook bij deelbare prestaties. Het tweede lid geeft een regeling voor de maatschap. Ook deze regeling geldt ongeacht of de maatschap in het handelsregister is ingeschreven. In aansluiting op wat naar huidig recht geldt, en ook conform het voorontwerp-Van der Grinten, is het uitgangspunt bij de maatschap dat de vennoten voor gelijke delen zijn verbonden. Er bestaat onvoldoende aanleiding voor een verzwarende aansprakelijkheid van de vennoten van een maatschap. Bovendien komt, zoals gezegd, het verschil uitsluitend tot zijn recht ingeval de vordering waarvan sprake is, een deelbare prestatie betreft; is de prestatie ondeelbaar dan zijn immers conform artikel 6 van Boek 6, alle vennoten toch weer hoofdelijk verbonden.
3. De formulering van het eerste en het tweede lid brengt tot uitdrukking dat hiervan niet in het vennootschapscontract kan worden afgeweken. Dit laat onverlet dat op grond van de wet of overeenkomst met de wederpartij een andere regeling kan gelden. Zo kan met de wederpartij worden overeengekomen dat hij slechts de vennootschap en bijvoorbeeld niet mede de vennoten of bepaalde vennoten in privé kan aanspreken. Uit de wet kan voorts in afwijking van het bepaalde in lid 2 voortvloeien dat de

verbondenheid hoofdelijk is. Dit is bijvoorbeeld het geval als sprake is van een ondeelbare verbintenis (artikel 6 van Boek 6). Denkbaar is ook dat de wederpartij van een maatschap hoofdelijkheid heeft bedongen.

4. Ook de vennoot die in naam van de openbare vennootschap heeft gehandeld, is begrepen onder de vennoten waarop het eerste en het tweede lid zien. Anders dan bij de gewone gevallen van bevoegde vertegenwoordiging, waar de gevolgen van de door de vertegenwoordiger verrichte rechtshandeling – uitsluitend – de vertegenwoordigde treffen, is hier de vennoot op dezelfde voet als de anderen verbonden. Een vennoot die een rechtshandeling verricht op naam van de vennootschap, handelt aldus mede voor zichzelf. Dit brengt mee dat als een vennoot op naam van de vennootschap een rechtshandeling heeft verricht zonder dat hij vertegenwoordigingsbevoegd was, hij zich persoonlijk heeft verbonden tegenover de wederpartij. Naar huidig recht is dit niet anders (Vgl. Rb. 's-Gravenhage 29 januari 1946, NJ 1947, 19, m.nt. Van Baalen; Rb. Roermond 4 oktober 1951, NJ 1952, 771). In dat geval is de desbetreffende vennoot op zijn beurt ook bevoegd de wederpartij aan te spreken tot nakoming van de overeenkomst.
5. Een vordering op basis van het eerste en tweede lid moet worden gezien als een afzonderlijke (samenlopende) vordering, waartegen de vennoot zowel de vennootschapsverweren als ook eventuele hem persoonlijk toekomende verweermiddelen kan aanvoeren. Ditzelfde uitgangspunt geldt voor het huidige recht. Zie o.m. HR 13 december 2002, NJ 2004, 212, m.nt. Snijders en HR 6 februari 2015, JOR 2015/181, m.nt. Kortmann en Faber. Dit brengt onder meer mee dat een dading met de vennootschap niet automatisch ten goede komt aan de vennoten (zie HR 3 april 2015, NJ 2015, 255, m.nt. Van Schilfgaarde) en dat verval of verjaring van de vordering tegenover een vennoot kan hebben plaatsgevonden zonder dat dit gevolgen heeft voor de vordering tegenover de vennootschap (Vgl. HR 9 mei 1969, NJ 1969, 307 m.nt. HD). Een implicatie is ook dat een gerechtelijke uitspraak waarbij wordt vastgesteld dat de vennootschap toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verbintenissen, niet steeds en zonder meer geldt tegenover de vennoten in privé. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/118 en in deze lijn HR 18 december 2015, JOR 2016/28 m.nt. Blanco Fernández. Enigszins in afwijking van deze lijn zijn HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840 en HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, waarin de Hoge Raad lijkt aan te nemen dat (althans toegetreden) vennoten steeds en zonder meer persoonlijk zijn verbonden voor verbintenissen van de vennootschap. In het voorstel wordt aangeknoopt bij de hiervoor uiteengezette opvatting en jurisprudentie dat een vordering jegens een vennoot op basis van deze bepaling, moet worden gezien als een afzonderlijke (samenlopende) vordering. In het systeem van het ontwerp rust een op de vennootschap rustende verplichting tot vergoeding van schade niet steeds en zonder meer op de vennoten in privé. In lijn hiermee leidt de vaststelling dat de vennootschap heeft voldaan aan de voorwaarden voor haar faillietverklaring, niet steeds en zonder meer tot het faillissement van de vennoten die voor de verbintenissen van de vennootschap zijn verbonden. Op dit punt wijkt het wetsontwerp niet af van het huidige recht. Zie HR 6 februari 2015, JOR 2015/181, m.nt. Kortmann en Faber. Voor zover het deelbare prestaties betreft, geldt bij de maatschap dat de vennoten daarvoor persoonlijk, naast de maatschap, zijn verbonden voor gelijke delen. Dit brengt mee dat deze op de vennoten persoonlijk rustende verbintenissen volkomen zelfstandig zijn. Als een vennoot de op hem rustende verbintenis voldoet, heeft dit geen gevolg voor de op de andere vennoten rustende verbintenis tegenover de wederpartij. De prestatie van de desbetreffende vennoot wordt echter wel in mindering gebracht op de vordering.

6. De verbondenheid waarop dit artikel betrekking heeft, betreft zoals hierboven uiteen is gezet verbintenissen die zijn ontstaan uit prestaties waartoe de vennootschap zich heeft verbonden. Vennoten kunnen daarnaast aansprakelijk zijn voor verbintenissen uit de wet. Tot die verbintenissen behoren de verbintenis tot vergoeding van schade uit wanprestatie of onrechtmatige daad, belastingschulden, premies sociale zekerheid en andere wettelijke regelingen. Het antwoord op de vraag of een vennoot voor dergelijke verbintenissen naast de vennootschap persoonlijk aansprakelijk is, moet worden gevonden in de desbetreffende specifieke regeling. Zij valt buiten de reikwijdte van dit wetsvoorstel. Artikel 102 van Boek 6 bepaalt dat in het geval dat op twee of meer personen een verplichting rust tot vergoeding van dezelfde schade, de verbondenheid hoofdelijk is. Het onderhavige wetsvoorstel behoeft op dit punt niet in een regeling te voorzien.
7. Hierbij moet worden aangetekend dat ook de vennootschap op grond van een wettelijke regeling aansprakelijk kan zijn. In dat geval wordt de aansprakelijkheid van de individuele vennoten niet beheerst door het onderhavige artikel maar door de desbetreffende wettelijke regeling. Hierboven onder nr. 5, is al ingegaan op de aansprakelijkheid van de vennoten voor vergoeding van schade wegens wanprestatie in verband met verbintenissen van de vennootschap waarvoor de desbetreffende vennoten in persoon mede zijn verbonden. Aangenomen moet worden dat de vennootschap onder omstandigheden ook aansprakelijk is wegens onrechtmatige daad. Toerekening van onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan plaatsvinden op grond van de wet (zie bijvoorbeeld artikel 170 e.v. van Boek 6) of het door Hoge Raad daartoe ontwikkelde criterium dat de desbetreffende gedraging in het maatschappelijk verkeer moet gelden als gedraging van de rechtspersoon. Zie laatstelijk HR 23 november 2012, NJ 2013, 302, m.nt. Van Schilfgaarde. Dit criterium leent zich voor toepassing op gedragingen van een gewone vennoot in relatie tot de openbare vennootschap, ongeacht of deze rechtspersoonlijkheid heeft. Het effect van die toerekening is dat de schade kan worden verhaald op het vermogen van de vennootschap naast dat van de desbetreffende vennoot die de fout heeft gemaakt. Voor verhaal van die schade op het privévermogen van de andere vennoten is geen grond, tenzij ook zij door hun handelen of nalaten onrechtmatig mochten hebben gehandeld tegenover de gelaedeerde. De overige vennoten worden door toerekening van het onrechtmatig handelen aan de vennootschap desondanks geraakt doordat het vermogen van de vennootschap voor de hieruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding kan worden uitgewonnen.
8. In de literatuur is bepleit dat het recht zou moeten voorzien in een personenvennootschap die een zekere mate van afscherming van aansprakelijkheid biedt. In dit kader is wel verwezen naar buitenlandse rechtsfiguren zoals de LLP en de Duitse Partnerschaftsgesellschaft Angehöriger Freier Berufe. Het belangrijkste kenmerk van deze figuren is dat schade die wordt veroorzaakt door beroepsfouten slechts verhaald kan worden op het vermogen van de verantwoordelijke vennoot naast het vermogen van de vennootschap. De overige vennoten zijn voor die schade niet aansprakelijk. De ontwikkelingen op dit gebied in het buitenland en de behoefte aan deze modaliteit die ook in Nederland werd gevoeld zijn aanleiding om hierin te voorzien. Hiertoe is een regeling opgenomen in het derde lid. Deze regeling heeft betrekking op de situatie waarin een maatschap een overeenkomst van opdracht heeft aanvaard. Voor deze situatie bepaalt het derde lid dat slechts de vennoot of vennoten die met de uitvoering van die opdracht zijn belast, naast de maatschap, aansprakelijk zijn voor schade die het gevolg is van een beroepsfout. Deze regeling prevaleert ingevolge artikel 400 lid 2 van Boek 7 boven artikel 407 lid 2 van Boek 7. Deze regeling geldt voor het geval dat de opdracht is aanvaard door de maatschap. In dat geval

zijn op grond van het tweede lid alle maten tegenover de wederpartij verbonden. Is de opdracht niet door de maatschap aanvaard maar door een vennoot handelend op eigen naam voor rekening en risico van de maatschap, dan mist artikel 19 lid 2 toepassing. Aan het bepaalde in lid 3 bestaat dan geen behoefte.

9. Welke vennoot of vennoten met de uitvoering van de overeenkomst zijn belast, moet worden vastgesteld in het concrete geval. Vaak zullen dit de vennoot of vennoten zijn die de overeenkomst met de wederpartij namens de vennootschap zijn aangegaan. Bij het aanvaarden van de opdracht kunnen evenwel een of meer andere vennoten zijn aangewezen die (mede) met de uitvoering van de opdracht zijn belast. In deze bepaling is rekening gehouden met de mogelijkheid dat niet kan worden vastgesteld welke vennoot met de opdracht is belast. De onduidelijkheid die hieruit voortvloeit, moet voor rekening komen van de vennoten. Om die reden is bepaald dat als niet blijkt wie met de opdracht is belast, alle vennoten geacht worden daarmee belast te zijn. In dat geval zijn alle vennoten aansprakelijk.
10. Het slot van het derde lid sluit aan bij artikel 407 lid 2 van Boek 7, waar het gaat om een opdracht die door twee of meer personen samen is ontvangen. In de literatuur wordt wel betoogd dat, gelet op de huidige regeling van personenvennootschappen, de in artikel 407 lid 2 Van Boek 7 geboden mogelijkheid om aan de hoofdelijkheid te ontkomen, hier niet zou mogen worden benut. Zie Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 116. Er is evenwel geen goede grond waarom een in privé aangesproken vennoot geen disculpatieverweer zou mogen voeren. In dit verband mag ook worden verwezen naar de toelichting bij het eerste en het tweede lid, waarin is vermeld dat ook naar huidig recht een in privé aangesproken vennoot (mede) alle persoonlijke verweren mag voeren. Een vennoot aan wie de tekortkoming niet kan worden toegerekend – vgl. de artikelen 74 lid 1 en 75 van Boek 6 – is niet aansprakelijk.
11. De hier gegeven regels hebben, als gezegd, betrekking op een vennoot die in naam van de vennootschap handelt en daartoe bevoegd is. Zij sluiten op zichzelf niet uit dat een (gewone) vennoot in eigen naam, maar wel voor rekening van de vennootschap handelt. Bij een openbare vennootschap zal echter duidelijk moeten blijken dat dit het geval is; zo is persoonlijke ondertekening op het papier van de vennootschap hiertoe niet voldoende. Vgl. in dit verband ook HR 3 december 1971, NJ 1972, 117, m.nt. Scholten. Als een vennoot handelt op eigen naam maar voor rekening van de vennootschap, is hij voor wat betreft de relatie met de derde uitsluitend persoonlijk gebonden; in de interne verhouding zal de handelende vennoot met de andere vennoten moeten afrekenen. De overeenkomst kan inhouden dat een vennoot niet in eigen naam mag handelen: in dat geval pleegt de vennoot die dat toch doet wanprestatie tegenover de overige vennoten, maar in de externe verhouding maakt het geen verschil.
12. Als de vennootschap in strijd met artikel 5 en het bepaalde in de Handelsregisterwet 2007 niet is ingeschreven in het handelsregister, mist zij rechtspersoonlijkheid. Ook in dat geval brengen de artikelen 18 en 19 mee dat de gezamenlijke vennoten in die hoedanigheid partij zijn bij de desbetreffende rechtshandeling. De hieruit voortvloeiende verbintenissen gelden als verbintenissen van de vennootschap. In dit geval kan – evenals naar huidig recht het geval is – de wederpartij door de vennootschap aan te spreken de gezamenlijke vennoten in rechte betrekken. Voor de goede orde wordt erop gewezen dat de openbare vennootschap die niet is ingeschreven in het handelsregister weliswaar geen rechtspersoon is, maar wel een afgescheiden vermogen heeft (zie artikel 7). Voor de verhaalspositie van de wederpartij van de vennootschap en de persoonlijke verbondenheid van

de vennoten maakt het daarom feitelijk niet veel verschil of de vennootschap is ingeschreven in het handelsregister of niet.

13. Het vierde lid regelt de verbondenheid van een toegetreden vennoot voor verbintenissen die dateren van voor zijn toetreden. Deze kwestie is naar huidig recht omstreden. Artikel 7.13.1.6 van het voorontwerp-Van der Grinten en artikel 824 lid 2 van de ontwerptitel 7.13 bepaalden dat een toegetreden vennoot niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de vennootschap die dateren van voor zijn toetreden. In het arrest HR 13 maart 2015, NJ 2015, 241, m.nt. Van Schilfgaarde, oordeelde de Hoge Raad op dit punt anders voor de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. Voor de maatschap gelden volgens de Hoge Raad wel de bovengenoemde regelingen. In de commentaren op dit arrest is erop gewezen dat er geen goede grond bestaat voor een verschil in behandeling van de maatschap enerzijds en de vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap anderzijds
14. In het vierde lid wordt een regeling voorgesteld die gelijk is voor alle openbare vennootschappen. Deze stemt in belangrijke mate overeen met de regeling die in de twee eerder genoemde wetsvoorstellen was opgenomen. De argumentatie die daaraan ten grondslag ligt heeft aan betekenis niet ingeboet. Deze argumentatie houdt in dat de toegetreden vennoot part noch deel heeft gehad in het ontstaan van de desbetreffende verbintenis en dat de wederpartij als gevolg van het toetreden van een vennoot geen nadeel ondervindt. Zij behoudt haar verhaalspositie tegenover het vermogen van de vennoot en de individuele vennoten die ten tijde van het ontstaan van de verbintenis vennoot waren. Hierbij verdient opmerking dat de wederpartij reeds profiteert van het toetreden van de vennoot doordat laatstgenoemde voor de (nieuwe) schulden van de vennootschap mede is verbonden. Dit komt de kredietwaardigheid van de vennootschap ten goede. Bij de keuze voor deze regeling speelt mede een rol dat de toetreding tot een personenvennootschap niet mag leiden tot onevenredige en niet te voorziene risico's voor de toetredende vennoot. Als zich een risico voordoet dat bij het toetreden niet was te voorzien, lijdt de toegetreden vennoot al schade doordat dit leidt tot verhaal op het vennootschapsvermogen. Zou worden aangenomen dat hij ook in privé is verbonden, dan zou hij bovendien met zijn privévermogen aansprakelijk zijn, dit terwijl hij, zoals hierboven al gesteld, aan het ontstaan van de vordering part noch deel heeft gehad. Dit risico kan niet adequaat door een due diligence-onderzoek, eventueel aangevuld met vrijwaringen of garanties, worden afgedekt, nog afgezien van het feit dat hiermee niet onaanzienlijke kosten kunnen zijn gemoeid. Hier staat tegenover dat een wederpartij van de vennootschap zich voordat zij beslist of zij met de vennootschap zal handelen, kan oriënteren op wie er op dat moment de vennoten zijn. Zij kan dan een goede inschatting maken van haar positie en daarnaar handelen. Het is daarom wenselijk en redelijk dat een vennoot als regel slechts is verbonden voor verbintenissen die dateren van na zijn toetreden. Hierop kan een uitzondering worden gemaakt als het prestaties betreft waartoe de vennootschap zich heeft verbonden en die verschuldigd worden na het toetreden. Hierbij kan vooral worden gedacht aan het betalen van loon, huur, rente of aflossingsverplichtingen die na het toetreden verschuldigd worden. Deze overeenkomsten dienen de onderneming van de vennootschap zodat het in de rede ligt dat ook de toegetreden vennoot daarvoor na zijn toetreden is verbonden. De onderneming wordt immers vanaf dat moment mede door en voor hem gedreven. Het vierde lid bepaalt daarom dat een toegetreden vennoot verbonden is voor prestaties waartoe de vennootschap zich heeft verbonden, voor zover die opeisbaar zijn geworden na zijn toetreden. Voor alle duidelijkheid

wordt op grond van deze bepalingen tevens uitgesloten verbondenheid voor verbintenissen uit de wet die dateren van voor zijn toetreden. De regeling in het vierde lid laat vanzelfsprekend onverlet dat een toegetreten vennoot verdergaande verbondenheid kan aanvaarden. Een mogelijkheid hiertoe is dat in de toetredingsovereenkomst een derdenbeding ten behoeve van de wederpartij is opgenomen.

15. Als een vennoot uittreedt, wordt hij tegenover derden niet ontheven van aansprakelijkheid voor verbintenissen van de vennootschap die ten tijde van zijn uittreden bestaan. Het huidig recht kent op dit punt geen bijzondere regeling voor de positie van de uitgetreden vennoot. Dit wetsvoorstel kiest voor een wat andere benadering. Deze regeling, die is vervat in het vijfde lid, stemt overeen met de regeling in artikel 824 van de ontwerptitel 7.13. Voorop blijft staan dat de uittredende vennoot niet ontheven wordt van zijn verbondenheid voor de bedoelde verbintenissen. In navolging van enkele buitenlandse rechtstelsels en in aansluiting op pleidooien hiervoor in de literatuur en vanuit de rechtspraktijk, zie Wiersma, preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen 1970, p. 103 en Van Solinge, preadvies Vereniging Handelsrecht 1974, p. 103, verjaren de rechtsvorderingen tegen de uitgetreden vennoot tot nakoming van verbintenissen van de openbare vennootschap die ten tijde van zijn uittreden bestonden na vijf jaren. Zie in dit verband ook artikel 37 lid 1 EG-Verordening Europese Economische Samenwerkingsverbanden (EESV).
16. De termijn begint te lopen vanaf de dag volgend op die waarop de uittreding in het handelsregister is ingeschreven. Dergelijke korte verjaringstermijnen komen ook elders in het vermogensrecht voor, in het belang van de schuldenaar en van de rechtszekerheid, zonder dat daarmee wezenlijk aan de belangen van de schuldeisers wordt tekortgedaan. Zie artikel 307 e.v. van Boek 3. De hier bedoelde verjaring kan eveneens overeenkomstig artikel 316 e.v. van Boek 3 worden gestuit. De regeling kan echter meebrengen dat de rechtsvordering tegenover de uitgetreden vennoot is verjaard, terwijl dat nog niet het geval is tegenover de vennootschap. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie bedoeld in artikel 307 lid 2 en artikel 323 lid 3 van Boek 3. Zie ook de toelichting bij het eerste en het tweede lid. In voorkomende gevallen kan zich de situatie voordoen dat een ten tijde van het uittreden bestaande verbintenis nog niet opeisbaar is. De rechtsvordering ontstaat in dat geval op het moment dat onmiddellijke nakoming kan worden gevorderd (artikel 313 van Boek 3). Voor deze situatie bevat de slotzin van lid 5 een regeling. In dat geval begint de termijn voor verjaring te lopen vanaf het moment waarop de verbintenis opeisbaar is geworden. Voor verbintenissen van de vennootschap na zijn uittreding ontstaan, zal de uittredende vennoot niet zijn verbonden mits de uittreding in het handelsregister was ingeschreven. Zie artikel 25 Handelsregisterwet 2007.
17. Nadere bespreking behoeft het bepaalde in het vijfde lid in relatie tot de verbondenheid voor verbintenissen uit duurovereenkomsten, die ontstaan na het uittreden van een vennoot. Voor het antwoord op de vraag of een uitgetreden vennoot ook na zijn uittreden verbonden blijft voor de nakoming van de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichting, is de partijbedoeling doorslaggevend. De rechtsverhouding van een uitgetreden vennoot met de wederpartij kan door opzegging of in voorkomende gevallen door contractsovername worden beëindigd. Uit de desbetreffende overeenkomst kan voorts voortvloeien dat het uittreden de desbetreffende vennoot ontslaat van zijn verplichtingen tegenover de wederpartij. Het uittreden van een vennoot impliceert daarom niet zonder meer dat hij uit zijn verplichtingen die voortvloeien uit ten tijde van zijn uittreden bestaande duurovereenkomsten

is bevrijd, nog daargelaten of zijn uittreden is ingeschreven in het handelsregister. Zie o.m. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, GHARL:2015:4389; Hof 's-Hertogenbosch 16 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3642; Rb Zeeland-West-Brabant 17 april 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ8479; Hof Arnhem 8 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BP5692; Hof Amsterdam 23 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2551. Als regel mag worden aangenomen dat een uitgetreden vennoot zijn rechtsverhouding met de wederpartij door opzegging kan beëindigen. Daartoe zullen eventuele in de overeenkomst opgenomen bepalingen in acht moeten worden genomen. Uit de overeenkomst kan anders voortvloeien. Hiervoor behoeft geen nadere regeling in de wet te worden opgenomen. De uit deze overeenkomsten op het moment van uittreden voortvloeiende en al opeisbare vorderingen ten laste van de vennootschap verjaren overeenkomstig het bepaalde in artikel 19 lid 5.

18. De zinsnede «op hetzelfde tijdstip als waarop de rechtsovereenkomst tegen de vennootschap verjaart», is opgenomen om te verzekeren dat een eerdere verjaring van de rechtsovereenkomst tegen de vennootschap op grond van de artikelen 307 e.v. van Boek 3, ook de verjaring meebrengt van de daarmee corresponderende rechtsovereenkomst tegen de uitgetreden vennoot in persoon.
19. Evenals in het voorontwerp-Van der Grinten, zie de toelichting, p. 1095, en de ontwerptitel 7.13, is afgezien van een regeling van baattrekking, zoals nu vervat in artikel 1681 van Boek 7A.

Artikel 20 Vruchtgebruik

1. Anders dan in het huidige recht voorziet artikel 20 uitdrukkelijk in de mogelijkheid vruchtgebruik te vestigen op de rechten van vennoten op uitkeringen ten laste van het vermogen van de vennootschap. Met uitzondering van het vruchtgebruik als bedoeld in artikel 30 van Boek 4 ten behoeve van een langstlevende partner kunnen de vennoten de mogelijkheid van een vruchtgebruik uitsluiten of beperken. Bijvoorbeeld door de eis van toestemming van de vennootschap. Wanneer partijen het vruchtgebruik niet verder hebben gespecificeerd, geldt de regeling uit dit artikel.
2. Vruchtgebruik wordt gevestigd bij een door de betrokken vennoot ondertekende akte als bedoeld in artikel 94 van Boek 3 waarvan mededeling wordt gedaan aan de vennootschap. Het ligt voor de hand dat de vennoten in kennis worden gesteld van de bedoelde mededeling in de eerstkomende vergadering of daaraan voorafgaand. Een recht van vruchtgebruik kan ook worden gevestigd bij daartoe bestemde authentieke of geregistreerde akte. In dat geval is geen mededeling aan de vennootschap vereist. Het recht van vruchtgebruik kan echter niet aan de vennootschap worden tegengeworpen, zolang van de vestiging van het recht aan haar geen mededeling is gedaan. Net zoals bij de leveringsvoorschriften kunnen partijen niet afwijken van voorschriften voor vestiging van beperkte rechten. Dit is in het vierde lid tot uitdrukking gebracht.
3. Mede gelet op artikel 9 van Boek 3 verduidelijkt artikel 20 dat het vruchtgebruik gaat rusten op de rechten van de vennoot op uitkeringen ten laste van het vermogen van de vennootschap en/of een vergoeding bij opvolging als bedoeld in artikel 27 lid 3. Deze laatste vergoeding kan ook verschuldigd zijn door de opvolger van de vennoot. In het geval dat de positie van vennoot vrij overdraagbaar is, kan het recht van vruchtgebruik in overeenstemming met de regeling omtrent het pandrecht, ook op die positie als zodanig worden gevestigd. Op de zeggenschapsrechten van een vennoot kan geen vruchtgebruik worden gevestigd.

4. Treedt een vennoot uit, wordt deze opgevolgd of wordt de vennootschap ontbonden en vereffend dan gaat het vruchtgebruik, eventueel bij wege van zaaksvervanging (zie artikel 213 van Boek 3), rusten op datgene wat daarvoor in de plaats treedt: de uittreedvergoeding (artikel 26), de vergoeding bij opvolging (artikel 27 lid 3) of het recht op het aan de gewezen vennoot toekomende deel in het overschot na vereffening (artikel 30 lid 12). Bij vestiging van het vruchtgebruik kan overigens voor deze gevallen anders worden bepaald.
5. Indien de positie van een vennoot vrij overdraagbaar is stuit het niet op bezwaren dat op die positie een recht van vruchtgebruik kan worden gevestigd. Daarin voorziet artikel 20 lid 2.

Artikel 21 Verpanding

1. Anders dan het huidige recht biedt artikel 21 uitdrukkelijk de mogelijkheid een pandrecht op de rechten van een vennoot voortvloeiend uit de overeenkomst van vennootschap te vestigen zodat een wederpartij zekerheid kan worden verschaft voor nakoming van tegenover hem aangegane verplichtingen. Die mogelijkheid kan echter bij de overeenkomst van vennootschap worden uitgesloten of beperkt. Pandrecht wordt net als vruchtgebruik gevestigd bij een daartoe bestemde akte waarvan mededeling wordt gedaan aan de vennootschap. Wanneer partijen het pandrecht niet verder hebben gespecificeerd, geldt de regeling uit dit artikel. Partijen kunnen niet afwijken van de voorschriften voor vestiging van beperkte rechten. Dit is in het vijfde lid tot uitdrukking gebracht. Hetzelfde geldt voor de regel dat een pandhouder geen zeggenschapsrechten kan verkrijgen.
2. Het pandrecht omvat uiteraard niet de zeggenschapsrechten van de pandgever, maar wel al diens geldelijke aanspraken op uitkering van winst, reserves, een uittreedvergoeding als bedoeld in artikel 26 en op zijn deel in het overschot dat resteert na ontbinding en vereffening van de vennootschap. Als op de rechten die voortvloeien uit een overeenkomst van vennootschap pandrecht is gevestigd, heeft de pandhouder het recht om hiervan nakoming te eisen en de betalingen in ontvangst te nemen, als althans het pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld. Zie artikel 246 lid 1 van Boek 3.
3. De pandhouder die bevoegd is nakoming te verlangen, is ook bevoegd tot opzegging, wanneer de vordering niet opeisbaar is maar door opzegging opeisbaar gemaakt kan worden. Zie artikel 246 lid 2 van Boek 3. De vorderingen uit de overeenkomst van vennootschap kunnen niet als zodanig door opzegging opeisbaar worden gemaakt. Dit geldt ook voor de uittreedvergoeding als bedoeld in artikel 26 respectievelijk, als en voor zover het pandrecht hierop betrekking heeft, het aandeel van de pandgever in een overschot na vereffening van de vennootschap. Hiertoe moet immers de overeenkomst van vennootschap als zodanig worden opgezegd. Het tweede lid van artikel 21 geeft de mogelijkheid tot uitbreiding van de in artikel 246 lid 2 van Boek 3 gegeven bevoegdheid. Deze uitbreiding houdt in dat de pandhouder de bevoegdheid kan worden verleend tot opzegging van de vennootschap namens de pandgever. Vanwege het ingrijpend karakter van de opzegging voor de vennootschap, moet hierin in de overeenkomst van vennootschap zijn voorzien. Lid 2 bepaalt door verwijzing naar artikel 24 lid 2 uitdrukkelijk dat ook een gedwongen opzegging kan worden vernietigd als zij in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Bovendien moet deze bevoegdheid bij de vestiging van het pandrecht met de pandgever worden overeengekomen. De overeenkomst van vennootschap kan op dit punt beperkingen bevatten, bijvoorbeeld dat de onderhavige bevoegdheid alleen met instemming van de vennootschap kan worden verleend.

4. In aansluiting op artikel 27 lid 4, is in het derde lid voorzien in een regeling voor het pandrecht als de positie van vennoot vrij overdraagbaar is. In de regel is een dergelijke positie niet overdraagbaar. Een vennoot kan worden opgevolgd met instemming van alle vennoten. Zoals toegelicht bij artikel 27 kan de opvolging worden vormgegeven met continuïteit van de rechtsverhoudingen (contractsoverneming), of door beëindiging van de rechtsverhouding met de uittredende vennoot in samenhang met toetreding tot de vennootschap door de nieuwe vennoot. De positie van vennoot als zodanig kan ook krachtens het vennootschapscontract vrij overdraagbaar zijn. In de praktijk is dit fenomeen bekend bij de zogenoemde open CV's. De overdraagbaarheid van de positie van vennoot wordt ook naar huidig recht erkend (zie HR 6 februari 1935, NJ 1935, 1513 m.nt. EMM). Het ligt in de rede deze figuur te kwalificeren als een vorm van contractsoverneming. Dit komt echter gezien de voorschriften die voor contractsoverneming in acht moeten worden genomen (zie artikel 159 van Boek 6), de beoogde verhandelbaarheid niet ten goede. In dit wetsvoorstel is daarom in artikel 27 lid 4 bepaald dat de overdracht plaatsvindt met in achtneming van de voorschriften die zijn genoemd in artikel 94 van Boek 3. Het ligt dan in de rede dat ook een pandrecht als zodanig op deze participaties kan worden gevestigd met in achtneming van diezelfde voorschriften. Men zie artikel 98 van Boek 3. Het derde lid van artikel 21 voorziet hierin. In dat geval kan ook de positie van vennoot als zodanig worden uitgewonnen, waarbij de opbrengst daarvan aan de pandhouder ten goede komt. Deze mogelijkheid tot uitwinning kan bestaan naast een bevoegdheid als bedoeld in het tweede lid.

Afdeling 4. De commanditaire vennootschap

Algemene toelichting afdeling 4

1. Naar huidig recht bestaan veel onzekerheden over de rechtsfiguur van de commanditaire vennootschap. Het wetsvoorstel wil hieraan zoveel mogelijk een einde maken. Zo is vermeden om in de omschrijving van de commanditaire vennootschap, anders dan in het huidige artikel 19 WvK, de terminologie «vennootschap bij wijze van geldschieting» en «geldschieters» te gebruiken. De commanditair is niet slechts «geldschiet» maar ook en in de eerste plaats vennoot, zij het met een bijzondere, door het wetsvoorstel nader geduide positie. De omschrijving van de commanditaire vennootschap die in het wetsvoorstel wordt gegeven is ook gekozen om deze vennootschap duidelijker af te grenzen van andere overeenkomsten, zoals geldleningen en participatiecontracten.
2. In navolging van het voorontwerp-Van der Grinten (artikel 7.13.1.31 lid 2) en de ontwerptitel 7.13 kent het wetsvoorstel alleen de openbare commanditaire vennootschap. Vaak wordt nu al verdedigd dat de huidige wettelijke regeling alleen de openbare commanditaire vennootschap betreft, en dat in een “stille commanditaire vennootschap” de verhouding tussen de “commanditaire” vennoten en de gewone vennoten moet worden gekwalificeerd als maatschap. Zie Asser/Maeijer 5-V 1995, nrs. 352 en 356. Vgl. ook de toelichting-Van der Grinten, p. 1111.
3. De definitie van de commanditaire vennootschap is opgenomen in het derde lid van artikel 4; zie de toelichting op dat artikel. De commanditaire vennootschap is in de opzet van het wetsvoorstel een gekwalificeerde vorm van openbare vennootschap zoals die is aangeduid in artikel 3 lid 2. De gedachte dat er bij meerdere gewone vennoten een soort «ingebouwde» vennootschap onder firma zou zijn (zie artikel 19 lid 2 WvK), is verlaten. Als openbare vennootschap heeft de commanditaire vennootschap rechtspersoonlijkheid. Zie het voorgestelde artikel 6 lid 1 juncto artikel 4 lid 3. In een CV met beroepsactiviteiten is niet voorzien. Dit zou leiden tot een ongewenste complexiteit door de introductie van een nieuwe rechtsvorm. In de praktijk is van de behoefte aan een dergelijke rechtsvorm niet gebleken. Bovendien zou de introductie van een dergelijke rechtsvorm ertoe leiden dat de Nederlandse CV anders is vormgegeven dan haar buitenlandse equivalenten. Daardoor zou zij minder herkenbaar worden.
4. De aanduiding van de commanditaire vennootschap als gekwalificeerde vorm van een openbare vennootschap brengt mee dat de bepalingen in de overige afdelingen van deze titel voor zover die betrekking hebben op de openbare vennootschap ook op de commanditaire vennootschap van toepassing zijn, hoewel de artikelen 22 en 23 afwijkende voorzieningen behelzen en soms uit de aard van de desbetreffende, niet in deze afdeling opgenomen bepalingen anders voortvloeit. Hierna zullen laatstbedoelde bepalingen per afdeling kort worden besproken.
5. De in artikel 1 lid 1 gegeven omschrijving van vennootschap geldt ook voor de commanditaire vennootschap. Als openbare vennootschap is zij volgens artikel 6 lid 1 rechtspersoon met ingang van de dag volgend op die waarop zij in het handelsregister is ingeschreven. Zolang de commanditaire vennootschap niet is ingeschreven, is de sanctiebepaling van het eerste lid van artikel 7 mede van toepassing op de commanditaire vennoten. Ingevolge het vierde lid van artikel 4 moet een commanditaire vennootschap op alle geschriften, gedrukte stukken en aankondigingen waarbij zij partij is of die van

haar uitgaan, vermelden dat zij een commanditaire vennootschap is. Daartoe kan zij 'commanditaire vennootschap' voluit schrijven, of de afkorting 'CV' gebruiken.

6. De bepalingen in afdeling 2 over de inbreng (artikel 12) zijn ook van toepassing op de inbreng door de commanditaire vennoot. In afwijking van de ontwerptitel 7.13 is de regel dat een commanditaire vennoot niet uitsluitend arbeid kan inbrengen, die voor het huidige recht is aanvaard, niet in het wetsvoorstel opgenomen. Dit verbod lijkt geen redelijk doel meer te dienen en kan bovendien eenvoudig worden ontgaan doordat de commanditaire vennoot naast zijn arbeid een minuscule bedrag aan geld inbrengt. In het stelsel van het wetsvoorstel is het dus toegestaan te bepalen dat de commanditaire vennoot uitsluitend arbeid inbrengt, mits deze arbeid maar, in overeenstemming met het algemeen geldende vereiste van het voorgestelde artikel 12 lid 1, kan bijdragen tot de verwezenlijking van het doel van de commanditaire vennootschap. Eveneens is het toegestaan dat een commanditaire vennoot, evenals een gewone vennoot, slechts het economisch belang bij goederen inbrengt of het zuiver genot daarvan. In de literatuur wordt dit voor het huidige recht, in het bijzonder voor de inbreng in zuiver genot, wel betwijfeld; zie Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 395. In de opzet van het wetsvoorstel en de tekst van het voorgestelde artikel 4 lid 3 bestaat er tegen een dergelijke vorm van inbreng door een commanditaire vennoot echter geen enkele bedenking.
7. De in artikel 13 neergelegde verplichting om tegenover de andere vennoten en de vennootschap te handelen naar wat door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, geldt ook voor een commanditaire vennoot. Of de concrete verplichtingen genoemd onder a tot en met d van dat artikel ook op de commanditaire vennoot van toepassing zijn, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Voor zover een commanditaire vennoot niet naar buiten voor de vennootschap optreedt en evenmin enige zeggenschap kan uitoefenen op de ondernemingsactiviteiten die in de commanditaire vennootschap worden uitgeoefend, zal er voor de toepasselijkheid van deze concrete verplichtingen normaliter geen plaats zijn.
8. In de opzet van het wetsvoorstel kan de commanditaire vennoot, zoals ook door de meerderheid van de auteurs voor het huidige recht wordt aangenomen, deel hebben aan het bestuur van de commanditaire vennootschap als bedoeld in artikel 14. Deze regel is van regeland recht. Het staat partijen dus vrij overeen te komen dat de commanditaire vennoot geen deel heeft aan het bestuur van de vennootschap. Daarnaast is het mogelijk overeen te komen dat niet alle of zelfs geen van de gewone vennoten belast is met het bestuur. Dan zal het bestuur over de commanditaire vennootschap aan een commanditaire vennoot of een derde moeten worden opgedragen. De gewone vennoten zijn, ook als zij niet met het bestuur zijn belast, ingevolge artikel 4 lid 3 hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap. Zie al HR 6 mei 1966, NJ 1966, 287.
9. Ook de in afdeling 2 opgenomen bepalingen over het voeren van administratie, boekjaar en jaarrekening, en de verdeling van het resultaat, zijn in beginsel op de commanditaire vennootschap van toepassing. Wel behelst lid 2 van artikel 22 een afwijking van lid 1 van artikel 17. In artikel 22 lid 2 wordt bepaald dat de commanditaire niet verder bijdraagt in de verliezen van de commanditaire vennootschap dan het bedrag van de overeengekomen inbreng. Dit betekent ook, al is dat in navolging van het huidige lid 3 van artikel 20 WvK niet uitdrukkelijk in de voorgestelde wettekst bepaald, dat hij niet tot teruggave

van eenmaal door hem genoten winsten verplicht is. Zie hierover Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 388. Geoorloofd is een contractuele regeling op grond waarvan de commanditair tot een hoger bedrag of onbeperkt in de verliezen deelt. Eveneens is een beding denkbaar waardoor de commanditair, evenals een gewone vennoot, in het geheel niet in de verliezen deelt of in het geheel niet in de winsten deelt. Ook de commanditair zal een bepaalde rente over zijn inbreng kunnen bedingen; zie hierover de toelichting op artikel 12.

10. De bepalingen over de verhoudingen van de vennoten en de vennootschap tegenover derden, opgenomen in afdeling 3, gelden ook voor de commanditaire vennootschap, tenzij uit de tekst anders blijkt. Wel wijkt zowel de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de commanditaire vennoot als diens verbondenheid voor de schulden en verbintenissen van de vennootschap sterk af van die van de gewone vennoot. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de commanditaire vennoot wordt nader toegelicht bij de artikelsgewijze toelichting op artikel 22. Voor verbintenissen van de commanditaire vennootschap is de commanditaire vennoot in het geheel niet verbonden. Deze regel, die wortelt in een eeuwenoude traditie, blijkt uit de formulering van artikel 19, dat slechts gewag maakt van de verbondenheid van de gewone vennoten; zie de toelichting op artikel 19 hierboven.
11. De bepalingen over ontbinding en voortzetting van de vennootschap zoals opgenomen in afdeling 5, zijn eveneens op de commanditaire vennootschap van toepassing. De volgende punten verdienen daarbij aandacht. Onder omstandigheden kan het antwoord op de vragen of er een gewichtige reden tot rechterlijke ontbinding is (artikel 24 lid 1 onder f) en of een opzegging in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft plaatsgevonden (artikel 24 lid 2), mede beïnvloed worden door het gegeven dat de ontbinding of de opzegging een commanditaire vennoot betreft. Als aan de uittreedende vennoot een bedrag wordt betaald dat gelijk is aan zijn aandeel in de waarde van de vennootschap (artikel 26 lid 2), moet men bedenken dat ook de commanditair bij zijn inbreng, tenzij anders overeengekomen, zijn recht op de vermogenswaarde daarvan houdt. Ook zijn aandeel in de waarde van de vennootschap wordt, als hierover niets in de overeenkomst is geregeld, op de voet van het derde lid van artikel 26 bepaald door de grondslag waarop hij deelt in de winsten en verliezen. Daarbij geldt echter als ondergrens het bedrag van zijn overeengekomen inbreng. Gelet op artikel 22 lid 2, waarin is bepaald dat een commanditaire vennoot niet verder bijdraagt in de verliezen dan tot het bedrag van zijn overeengekomen inbreng, is de commanditair niet gehouden aan de vennootschap een eventuele negatieve waarde van de waarde van zijn aandeel te vergoeden. De tweede zinsnede van artikel 26 lid 1 van het wetsvoorstel is in zoverre voor de commanditaire vennoot zonder betekenis, tenzij de vennoten contractueel van artikel 22 lid 2 zijn afgeweken.
12. Ingevolge artikel 27 lid 1 is het mogelijk dat een nieuwe vennoot tot de vennootschap toetreedt. Op grond van het derde lid van dat artikel kan een vennoot door een ander worden opgevolgd. In beide gevallen is het mogelijk dat de nieuwe vennoot niet een gewone vennoot, maar een commanditaire vennoot wordt. Voor zover de vennootschap niet al een commanditaire vennootschap was, wordt zij dat dan op het moment van toetreding of opvolging. De regels van de onderhavige afdeling worden dan mede van toepassing. In haar identiteit komt geen wijziging. Op de voet van artikel 31 kan ook een commanditaire vennoot de activiteiten van een ontbonden commanditaire vennootschap voortzetten. Voor de verbintenissen die voor de ontbinding van de

vennootschap zijn ontstaan is hij dan niet verbonden; voor de verbintenissen die daarna ontstaan is hij volledig verbonden en met zijn gehele privé-vermogen aansprakelijk.

13. Ook de bepalingen over algehele ontbinding, vereffening en verdeling in afdeling 6 zijn van toepassing op de ontbonden commanditaire vennootschap. Van belang daarbij is dat commanditaire vennoten op grond van het voorgestelde artikel 19 lid 1 niet verbonden zijn voor verbintenissen van de vennootschap. In het verlengde hiervan zijn zij evenmin verbonden voor schulden van de vennootschap die zijn ontstaan door het handelen van vereffenaars. Voorts moet bij de vereffening en verdeling ingevolge artikel 30 rekening worden gehouden met de bijzondere positie van de commanditaire vennoot. In het geval van een tekort van de vennootschap als bedoeld in het voorgestelde artikel 30 lid 10 heeft de commanditaire vennoot, tenzij anders overeengekomen, aanspraak op terugbetaling van het bedrag van zijn inbreng voor zover dit niet door zijn aandeel in het verlies is opgeteerd (HR 24 januari 1947, NJ 1947, 71, m.nt. Meijers). Ook hier geldt dat het aandeel van een insolvente vennoot in het verlies moet worden omgeslagen over de overige vennoten in verhouding tot hun draagplicht in het verlies. Op grond van het voorziene artikel 22 lid 2, dat bij de toepassing van lid 10 van artikel 30 in aanmerking moet worden genomen, is de commanditaire vennoot echter niet gehouden tot het verlies meer bij te dragen dan het bedrag van de inbreng waartoe hij is verplicht; hij is daartoe immers niet draagplichtig. Het meerdere verlies wordt gedragen door de gewone vennoten naar evenredigheid van hun aandeel in het verlies. Bovendien kan, net als onder het huidige recht, dat wat aan een commanditaire vennoot als winst of anderszins is uitgekeerd niet door de vennootschap worden teruggevorderd; hij is niet meer tegenover de vennootschap draagplichtig voor haar schulden. Zie HR 8 mei 1998, NJ 1998, 888, m.nt. Maeijer en Verkade.
14. Afdeling 7 behelst bepalingen over de wijziging van de vennootschap in een (personen) vennootschap van een andere soort en over de omzetting van een openbare vennootschap in een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij en omgekeerd van een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een openbare vennootschap. Van deze bepalingen kan ook de commanditaire vennootschap gebruik maken. Zoals al is opgemerkt in de toelichting-Van der Grinten, p. 1110, en in de toelichting op de ontwerptitel 7.13, nr. 3, pagina 71, kunnen partijen bij een openbare vennootschap ook met ieders instemming een gewone vennoot tot commanditair maken en omgekeerd een commanditaire vennoot tot gewone vennoot (tenzij de overeenkomst op dit punt een nadere regeling bevat). De vormen van openbare vennootschap en commanditaire vennootschap zijn verwisselbaar. Wordt echter een vennoot commanditair, dan is hij tegenover derden niet direct ontheven van zijn verbondenheid voor de verbintenissen van de vennootschap die op dat moment bestaan. Artikel 23 lid 1, waarover hierna, verklaart voor die situatie lid 5 van artikel 19 (korte verjaringstermijn van 5 jaren) van overeenkomstige toepassing. Wordt een commanditaire vennoot een gewone vennoot, dan wordt hij voor verbintenissen van de vennootschap aansprakelijk op dezelfde wijze als een toegetreden vennoot. Zie hierover de toelichting bij artikel 23 hieronder.
15. Van de mogelijkheid een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij om te zetten in een commanditaire vennootschap zal naar verwachting relatief vaak gebruik worden gemaakt. Waarschijnlijk zal een aandeelhouder van een BV of NV of een lid van een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij gemakkelijker instemmen met een dergelijke omzetting als hij daarbij het

voorzicht heeft dat hij commanditaire vennoot zal worden en dus niet zal worden geconfronteerd met persoonlijke verbondenheid voor verbintenissen van de vennootschap die na de omzetting ontstaan. Als een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij zich omzet in een commanditaire vennootschap, bepaalt letter b van lid 2 van het voorgestelde artikel 35 dat in de notariële akte van omzetting de aanduiding van de hoedanigheid van gewone vennoot of commanditaire vennoot moet worden opgenomen. Lid 5 van dit artikel geldt niet voor de commanditaire vennoten; zij zijn immers niet voor de verbintenissen van de vennootschap verbonden.

16. De fusie- en splitsingsfaciliteiten die afdeling 8 voor de personenvennootschap openstelt zijn eveneens van toepassing op de commanditaire vennootschap. Niet alleen kunnen twee of meer commanditaire vennootschappen fuseren tot één commanditaire vennootschap, maar ook kunnen twee openbare niet-commanditaire vennootschappen fuseren tot een commanditaire vennootschap. Omgekeerd kunnen ook twee of meer commanditaire vennootschappen fuseren tot één niet-commanditaire openbare vennootschap. Combinaties daarvan zijn eveneens mogelijk. In letter d van het tweede lid van artikel 37 is bepaald dat het fusievoorstel de namen moet bevatten van degenen die in de gefuseerde vennootschap, wanneer dat een commanditaire vennootschap is, de hoedanigheid van commanditaire vennoot zullen hebben. Ook de commanditaire vennoot die niet vóór het besluit tot fusie heeft gestemd is bevoegd de vennootschap op te zeggen met inachtneming van de daarvoor in het voorgestelde artikel 37 lid 4 opgenomen regels. Voor splitsing geldt het bovenstaande ook. Zie het bepaalde in letter d van het zesde lid van artikel 38 en in artikel 38 lid 8.
17. Anders dan in artikel 7.13.3.3 van het voorontwerp-Van der Grinten en in overeenstemming met de ontwerptitel 7.13 geeft dit wetsvoorstel geen bijzondere voorziening voor de commanditaire vennootschap op aandelen. Deze rechtsfiguur is «afgeschaft» bij de Wet van 25 mei 1975, Stb. 277, door toevoeging van een derde lid aan het huidige artikel 19 WvK: de vennootschap bij wijze van geldschieting heeft geen in aandelen verdeeld kapitaal. Dit is gebeurd omdat het handhaven van deze rechtsfiguur in verband met een toen verplichte aanpassing aan de eerste EG-richtlijn (die ook voor deze rechtsfiguur geldt) een uitvoerige en gecompliceerde wetgevingsoperatie noodzakelijk zou maken, en voorts omdat het praktisch belang van deze rechtsfiguur gering was. Deze argumenten gelden nog steeds.
18. Gelet op het een en ander is daarom in lid 5 van artikel 22 van dit wetsvoorstel een soortgelijke bepaling opgenomen als nu in het hierboven geciteerde lid 3 van het huidige artikel 19 WvK is vervat. Intussen blijft de ook nu al erkende mogelijkheid van een commanditaire vennootschap met overdraagbare deelnemingen of participaties van de commanditaire vennoten bestaan. Daarnaast kan volgens het voorgestelde artikel 27 lid 4 de opvolging van een vennoot, als diens rechtspositie vrij overdraagbaar is, plaatsvinden bij een daartoe bestemde akte overeenkomstig artikel 94 van Boek 3.

Artikel 22 Bijzondere kenmerken

1. Dit artikel bevat enkele bijzondere kenmerken van de commanditaire vennootschap. De omschrijving van de commanditaire vennootschap is, zoals hierboven gememoreerd, niet in deze afdeling te vinden, maar opgenomen in lid 3 van artikel 4 van het wetsvoorstel. Zij is daar toegelicht. Datzelfde geldt voor het onderscheid tussen gewone en commanditaire vennoten. Wil van een commanditaire vennootschap kunnen worden gesproken, dan moet steeds ten minste één voor de verbintenissen van de vennootschap

verbonden gewone vennoot aanwezig zijn, en tevens ten minste één niet voor de verbintenissen van de vennootschap verbonden commanditaire vennoot. Zie verder de toelichting op artikel 4 van het wetsvoorstel.

Als hoofdregel is opgenomen dat een commanditaire vennoot niet verder bijdraagt in de verliezen van de vennootschap dan tot het bedrag van de overeengekomen inbreng. Dit is bepaald in het tweede lid van artikel 22. Door te verwijzen naar de overeengekomen inbreng is duidelijk dat het hierbij gaat om het totaal van de inbreng die tussen de vennootschap en de commanditaire vennoot is overeengekomen. Of en in welke mate deze inbreng ook daadwerkelijk is verricht en dus ten goede van de vennootschap is gekomen, is voor de bepaling van dat bedrag irrelevant. Deze bepaling is van regeland recht: de vennoten kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat een commanditaire vennoot wel voor een hoger bedrag dan zijn overeengekomen inbreng deelt in de verliezen, of omgekeerd dat hij daarin helemaal niet deelt.

2. Voor de positie van de commanditaire vennoot bevat het wetsvoorstel een tweetal belangrijke versoepelingen. In de eerste plaats vervalt het zogeheten naamvoeringsverbod uit het huidige artikel 20 lid 1 WvK. Volgens dit artikel mag de naam van de commanditaire vennoot niet voorkomen in de naam van de commanditaire vennootschap. De ratio hiervan is dat voorkomen moet worden dat derden een verkeerde voorstelling zouden ontwikkelen van de financiële kracht van de vennoten van een commanditaire vennootschap. Zie Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 378. Wanneer een kennelijk vermogend persoon als commanditaire vennoot in een commanditaire vennootschap deelneemt, en zijn naam zou in de vennootschapsnaam worden gebruikt, dan zouden derden kunnen menen dat deze kapitaalkrachtige persoon een beherend en dus met zijn privé-vermogen hoofdelijk verbonden vennoot is, terwijl hij in werkelijkheid als commanditaire vennoot tegenover die derde in het geheel niet is verbonden voor vennootschapsschulden. De vermogenspositie van deze persoon is voor de derde dus irrelevant. Sinds 1921 moet echter iedere commanditaire vennootschap in het handelsregister worden ingeschreven. Daardoor is het voor derden mogelijk op eenvoudige wijze de identiteit van de beherende vennoten te achterhalen. Zo bestaat er geen risico meer dat de naam van de vennootschap een grotere kredietwaardigheid suggereert dan er in werkelijkheid is. Bovendien is de regeling van het huidige artikel 20 lid 1 WvK in zoverre niet consistent, dat de naam van de commanditair wel in de naam van de vennootschap mag voorkomen als deze een voormalige gewone vennoot is. Op grond van deze overwegingen is het niet zinvol in de nieuwe wettelijke regeling van de commanditaire vennootschap het naamvoeringsverbod te handhaven.
3. De tweede versoepeling betreft het zogeheten beheersverbod. Volgens artikel 20 lid 2 WvK is het een commanditaire vennoot verboden daden van beheer te verrichten of in de zaken van de vennootschap werkzaam te zijn, zelfs niet uit kracht van een volmacht. Als dit verbod wordt overtreden, wordt de desbetreffende vennoot verbonden voor alle verbintenissen van de vennootschap, zowel voor de verbintenissen die zijn ontstaan voor de overtreding als voor die van daarna. Deze bepaling, waarvan de precieze reikwijdte altijd onduidelijk is gebleven, is de laatste jaren in de literatuur sterk bekritiseerd. Zie in het bijzonder Tervoort, Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap (diss. Rotterdam 2013). De rechtsgronden voor dit verbod, dat zijn directe oorsprong heeft in het Frankrijk van de late 18e eeuw, zijn inmiddels achterhaald. Het verbod beoogt aan de ene kant te voorkomen dat een commanditaire vennoot op naam van de vennootschap aan het handelsverkeer deelneemt als ware hij beherend vennoot en op die manier misbruik maakt van het rechtsgevolg dat is verbonden aan de

hoedanigheid van commanditaire vennoot; en aan de andere kant dat derden door het optreden van een commanditaire vennoot in de veronderstelling kunnen worden gebracht dat zij van doen hebben met een beherend vennoot, die ingevolge artikel 19 lid 2 WvK in verbinding met artikel 18 WvK met zijn gehele vermogen instaat voor de nakoming van de verbintenissen van de vennootschap. Zie HR 29 mei 2015, NJ 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde. Anders dan toen deze bepaling in 1838 in onze wetgeving werd opgenomen, moet de commanditaire vennootschap, zoals hiervoor al is opgemerkt, tegenwoordig in het handelsregister worden ingeschreven. Derden kunnen de status van de beherende vennoten dus zonder veel moeite achterhalen, zodat een eventuele onjuiste veronderstelling daarover voor hun rekening moet blijven. Daarnaast zijn commerciële samenwerkingsverbanden met beperkte aansprakelijkheid, zoals de NV en in het bijzonder de BV, tegenwoordig de norm. Dat een persoon in naam van een dergelijke entiteit tegenover derden kan optreden zonder zelf voor de aldus aangegane verbintenissen onbeperkt aansprakelijk te zijn is daarmee eerder regel dan uitzondering. De regel dat dat verboden moet zijn voor een commanditaire vennoot is daarmee inconsistent en achterhaald.

4. Gelet op het bovenstaande is het, in afwijking van wat daarover was bepaald in de ontwerptitel 7.13, volgens het eerste lid van artikel 22 een commanditaire vennoot niet categorisch verboden in naam van de vennootschap handelingen te verrichten: hij is daartoe bevoegd, mits hij handelt op basis van volmacht. Het wetsvoorstel sluit op dit punt aan op het voorontwerp-Van der Grinten. De volmacht kan zijn opgenomen in de overeenkomst van vennootschap of incidenteel worden verleend. Handelt de commanditaire vennoot zonder bevoegdheid tot vertegenwoordiging, dan is de vennootschap niet gebonden en dreigt voor de commanditaire vennoot persoonlijke aansprakelijkheid op grond van artikel 70 van Boek 3. De positie van de commanditaire vennoot is zo dus gelijk aan die van een gevolmachtigde. Als hij handelt op naam van de vennootschap wordt hij niet persoonlijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap.
5. De voorgestelde regeling laat onverlet dat tussen vennoten wordt overeengekomen dat de commanditaire vennoot op eigen naam, maar voor rekening van de vennootschap handelt. De commanditaire vennoot heeft hiertoe een machtiging van de vennootschap nodig. Doordat hij dan in eigen naam tegenover de wederpartij handelt, is hij ook zelf contractspartij. De voor- en nadelen van een dergelijke rechtshandeling komen echter niet voor zijn eigen rekening, maar geheel voor rekening van de commanditaire vennootschap: de commanditaire vennoot is dan enerzijds gehouden de baten aan de vennootschap te doen toekomen en anderzijds bevoegd de kosten bij de vennootschap in rekening te brengen.
6. In dit systeem is er geen enkele twijfel dat een commanditair tevens directeur-enig aandeelhouder kan zijn van een BV of NV die optreedt als besturend vennoot van de commanditaire vennootschap. Daarmee komt het wetsvoorstel tegemoet aan een in de praktijk veel gehoorde wens. Onverlet blijft daarnaast dat de commanditair anderszins medezeggenschap kan doen gelden in de vennootschap. Zo zal, tenzij anders is overeengekomen, ingevolge artikel 14 lid 4 zijn instemming nodig zijn voor de aldaar bedoelde handelingen voor rekening van de vennootschap. Ook kan worden overeengekomen dat de commanditair toezicht zal hebben op het bestuur en dat voor bepaalde categorieën van ingrijpende handelingen van de besturende vennoten de goedkeuring of instemming van de commanditair is vereist.

7. Een commanditaire vennoot die handelt op grond van volmacht, kan daardoor het vermogen van de vennootschap binden. In voorkomende gevallen kan dit tot gevolg hebben dat de vennootschap niet langer in staat is haar schulden te voldoen. Omdat de commanditaire vennoot deelt in eventuele winsten van de vennootschap maar niet persoonlijk is verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap, kan zich de situatie voordoen dat hij bij het handelen op rekening van de vennootschap onverantwoorde risico's neemt. Om misbruik te voorkomen bepaalt lid 3 van artikel 22 dat de commanditaire vennoot hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort, als zijn handelen op grond van volmacht een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap. Waar dat tot onredelijke consequenties leidt kan de rechter op grond van het vierde lid van artikel 22 de aansprakelijkheid matigen dan wel opheffen.
8. In twee belangrijke aspecten is deze sanctie lichter dan die van het huidige artikel 21 WvK. In de eerste plaats is de onbevoegd handelende commanditair, in lijn met het bepaalde in het eerste lid van artikel 22, niet zonder meer aansprakelijk als hij naar buiten optreedt, maar pas als hij dit doet op een zodanige wijze dat zijn handelen op grond van volmacht een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Deze formulering is ontleend aan artikel 138/248 lid 1 van Boek 2, dat de aansprakelijkheid van een bestuurder regelt ingeval van een faillissement van een NV en BV. De jurisprudentie op artikel 138/248 lid 1 van Boek 2 kan waar zinvol worden gebruikt voor de uitleg van dit artikel. In de tweede plaats is de commanditair die onbevoegd optreedt slechts hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap voor zover deze niet door vereffening kunnen worden voldaan. Daarmee breekt het wetsvoorstel met de in artikel 21 WvK neergelegde regel dat de onbevoegd optredende commanditair hoofdelijk aansprakelijk is voor alle schulden van de commanditaire vennootschap, ongeacht wanneer, hoe en ten opzichte van wie deze zijn ontstaan. Al kort na haar introductie in het Wetboek in 1838 is deze regel algemeen in de literatuur als te vergaand en onnodig streng aangemerkt.
9. Zoals hierboven al kort aan de orde is geweest, laat een en ander onverlet dat naast de sanctiebepaling die is neergelegd in artikel 22 lid 3 ook artikel 70 juncto artikel 79 van Boek 3 van toepassing is op een commanditair die onbevoegd optreedt; hij staat tegenover de wederpartij in voor het bestaan en de omvang van zijn volmacht. Intussen betekent het van toepassing worden van deze sanctie niet dat er daarmee wijziging komt in de interne rechtspositie van de commanditaire vennoot. Evenals naar huidig recht wordt zijn positie tot de overige vennoten van de vennootschap hierdoor niet gewijzigd. Zijn draagplicht blijft beperkt tot het bedrag van zijn verplichte inbreng.
10. Het vierde lid van artikel 22 voorziet in een matigingsrecht voor de rechter. Er kunnen zich gevallen voordoen waarin het niet gerechtvaardigd is dat een handelen van de commanditair, ook al is het een belangrijke oorzaak van het faillissement, ertoe leidt dat hij voor het gehele boedeltekort aansprakelijk is. Hierdoor kan de rechter rekening houden met omstandigheden zoals het ontbreken van verwijtbaarheid bij de commanditaire vennoot of de termijn die verstreken is sinds het handelen van de commanditaire vennoot. Daarom bepaalt lid 4 dat de rechter het bedrag waarvoor een commanditaire vennoot op grond van lid 3 van dat artikel aansprakelijk is, kan verminderen als hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van het handelen door de commanditaire vennoot, de andere oorzaken van het faillissement en de wijze waarop dit is afgewikkeld. Het wetsvoorstel trekt daarmee de lijn door die recentelijk door de Hoge Raad is ingezet. Zie HR 29 mei 2015, NJ 2015, 380, m.nt. Van Schilfgaarde. Zie al voor een dergelijke gedachtegang: Westbroek, Van vennootschappelijk belang (Maeijer-bundel,

1989) p. 406, en Mendel en Mohr, A-T-D (Van Schilfgaarde-bundel, 2000) p. 297. De bewijslast rust op degene die een beroep doet op de matiging. Door deze toevoeging wordt aan de rechter de mogelijkheid geboden het bedrag waarvoor de commanditaire vennoot aansprakelijk is onder bijzondere omstandigheden te verminderen of op nihil te stellen.

11. Lid 5 van artikel 22, dat overeenkomt met lid 3 van het huidig artikel 19 WvK, is al hierboven onder Algemeen, nummer 17, toegelicht. Het bepaalde in de leden 3 tot en met 5 is dwingendrechtelijk van aard. Aangezien dit een afwijking is van het in artikel 2 neergelegde uitgangspunt dat bepalingen in deze afdeling van regeland recht zijn, wordt ter wille van de duidelijkheid in lid 6 bepaald dat niet kan worden afgeweken van de leden 3 tot en met 5.

Artikel 23 Aansprakelijkheid

1. Zoals hierboven in de toelichting op deze afdeling onder Algemeen, nummer 14, is vermeld, kan een vennootschap onder firma commanditaire vennootschap worden. Wordt een vennoot van die openbare vennootschap daarbij commanditair, dan is hij tegenover derden niet direct ontheven van zijn verbondenheid voor de verbintenissen van de vennootschap die op dat moment bestaan. Hetzelfde geldt als bij een bestaande commanditaire vennootschap een gewone vennoot commanditair wordt. Het eerste lid van artikel 23 bepaalt voor deze situaties dat artikel 19 lid 5 van overeenkomstige toepassing is. Dit betekent dat een vordering tegen hem of zijn erfgenamen tot nakoming van ten tijde van het commanditair worden bestaande verbintenissen van de openbare vennootschap verjaart op het tijdstip dat ook de vordering verjaart, en in ieder geval door verloop van 5 jaren vanaf de dag volgend op die waarop in het handelsregister de verandering van zijn status is ingeschreven.
2. Ook het omgekeerde kan zich voordoen, namelijk dat een commanditaire vennoot gewoon vennoot wordt. Het tweede lid van artikel 23 bepaalt om onduidelijkheden te vermijden dat dan artikel 19 lid 4 toepassing vindt. Op grond daarvan is een dergelijke vennoot niet persoonlijk verbonden voor verbintenissen van de vennootschap die zijn ontstaan voor zijn statuswisseling.

Afdeling 5. Uittreding en toetreding

Artikel 24 Uittreding van vennoten met voortzetting van de vennootschap

1. Dit artikel vindt zijn grondslag in gedachte die in de literatuur vaak naar voren komt dat bij uittreding van een (of meer) der vennoten ten gevolge van diverse oorzaken de vennootschap door de overblijvende vennoten moet kunnen worden voortgezet met behoud van identiteit, mits er ten minste twee vennoten overblijven (zie het hieronder aangeduide artikel 28 lid 1 sub c). In de praktijk bestaat ook behoefte aan continuïteit van de vennootschap bij een dergelijke uittreding en meer in het algemeen bij wisseling in het personenbestand die ook het gevolg kan zijn van toetreding of opvolging van nieuwe vennoten. Zie over toetreding en opvolging hierna ad artikel 27. Het behoud van identiteit van de vennootschap kan worden bereikt door te aanvaarden dat bij uittreding van een vennoot de vennootschap alleen tegenover deze vennoot wordt ontbonden. Deze mogelijkheid wordt al naar huidig recht aanvaard. Ook de ontwerptitel 7.13 ging in artikel 818 uit van het behoud van de identiteit van de vennootschap. Zo ook het voorontwerp-Van der Grinten in de artikelen 7.13.1.15 (voortzetting door de overblijvende vennoten), 7.13.1.16 (voortzetting met de erfgenamen of een bij de overeenkomst aangewezen erfgenaam), en 7.13.1.17 (opvolging of toetreding). De systematiek die in artikel 24 is opgenomen is regelend recht, met enkele uitzonderingen. Bij een overeenkomst van vennootschap die is aangegaan voor onbepaalde tijd moet zoals bij andere duurovereenkomsten een vennoot de mogelijkheid hebben de vennootschap op te zeggen. Dit hoeft niet in de wet te worden vastgelegd. Wel kan een redelijke termijn worden opgenomen waarin geen opzegging kan plaatsvinden. Het bepaalde onder letter a is daarom slechts in zoverre regelend van aard dat de vennoten mogen overeenkomen wat de gevolgen zijn van een opzegging door een van hen. Zo kunnen zij bijvoorbeeld in afwijking van lid 1 onder a, overeenkomen dat de vennootschap niet zal worden voortgezet of slechts zal worden voortgezet als de (meerderheid) van de vennoten daartoe besluit. Daardoor kan bijvoorbeeld in de vennootschapsovereenkomst worden voorzien dat het onbekwaam worden van een vennoot slechts tot gevolg heeft dat hij ophoudt besturend vennoot te zijn. Voor alle gevallen waarin een samenwerking niet kan worden voortgezet kan de rechter de vennootschap tegenover een vennoot ontbinden op grond van gewichtige redenen. Zie hierna artikel 25 lid 1. Die bepaling kan ook uitkomst bieden wanneer een uittreden van een vennoot door opzegging (voor een bepaalde tijd) contractueel is uitgesloten. Artikel 25 geeft in de daarvoor in aanmerking komende gevallen in het algemeen de mogelijkheid tot rechterlijke ontbinding, ook al is de vennootschap voor bepaalde tijd aangegaan en ongeacht of de opzeggingsbevoegdheid door partijen is uitgesloten of niet. Artikel 31 biedt een regeling als na een uittreden van een vennoot slechts één vennoot overblijft die de activiteiten van de vennootschap voortzet. Van het bepaalde in lid 1, sub f en de leden 2 en 3 kan niet worden afgeweken.
2. De grond tot partiële ontbinding die is opgenomen in lid 1 sub a betreft vrijwillige uittreding van een vennoot die opzegt aan de andere vennoten. De situatie waarin de vennootschap aan een vennoot wordt opgezegd is voorzien in lid 1 sub e, waarover hieronder meer. Als uittredingsgrond sub b is opgenomen het intreden van een gebeurtenis of tijdstip als opgenomen in de overeenkomst van vennootschap. Denk bijvoorbeeld aan het bereiken van een bepaalde leeftijdsgrens van een vennoot natuurlijk persoon (tijdstip) of de oplevering van een door de vennootschap afgerond project (gebeurtenis). De voortzetting van de vennootschap met een failliet verklaarde vennoot (al dan niet rechtspersoon) kan tot grote praktische moeilijkheden leiden. Hetzelfde geldt voor situaties waarin een vennoot onbekwaam wordt,

in een schuldsaneringsregeling of een surseance van betaling komt te verkeren. Deze situaties worden geregeld in lid 1 sub c.

3. De dood van een van de vennoten leidt niet tot ontbinding van de gehele vennootschap (tenzij dat in de vennootschapsovereenkomst is bepaald: artikel 28 lid 1 sub a) maar tot uittreding van de betreffende vennoot (lid 1 sub d). Als een vennoot overlijdt houdt deze bepaling evenals het huidige artikel 1684 sub 4 van Boek 7A een afwijking in van artikel 249 van Boek 6. Met de dood van een natuurlijke persoon is vergelijkbaar het ophouden te bestaan van een rechtspersoon die vennoot is. Dit kan zich voordoen bij ontbinding van de rechtspersoon, bij fusie en bij splitsing. In de vennootschapsovereenkomst kan worden voorzien in de opvolging bij overlijden door een erfgenaam of een derde. Ook in dit opzicht is deze bepaling regelend van aard. Hetzelfde geldt bij een fusie of splitsing waar de verkrijgende rechtspersoon als opvolger kan gelden. Als niet in een zodanige opvolging is voorzien, kan een uitgetreden vennoot alsnog met medewerking van alle vennoten worden opgevolgd (artikel 27 lid 1). Bij omzetting van een vennoot-rechtspersoon behoudt de vennoot als rechtspersoon zijn identiteit. Onder omstandigheden kan de rechter de vennootschap tegenover de omgezette rechtspersoon ontbinden op grond van gewichtige redenen (artikel 25 lid 1). De in lid 1 sub e opgenomen gedwongen uittreding of uitstoting van een (of meer) van de vennoten doordat aan hen de vennootschap wordt opgezegd door een of meer andere vennoten is evenals de opzegging door een vennoot in de nu geldende wetgeving niet geregeld. Ook naar huidig recht wordt aangenomen dat deze opzeggingsmogelijkheden bestaan, mits hierover (uitdrukkelijk) in de overeenkomst van vennootschap is voorzien. Bij uitstoting moet uit de vennootschapsovereenkomst duidelijk blijken of deze via opzegging kan plaatsvinden door de overige vennoten gezamenlijk, door een meerderheid van hen, of zelfs door een of meer bepaalde vennoten zonder medewerking van de overige vennoten. Er kunnen verschillende redenen zijn om de mogelijkheid tot uitstoting door opzegging op te nemen in de vennootschapsovereenkomst. Daarbij kan worden gedacht aan verlies van een bepaalde kwaliteit of bevoegdheid, een strafrechtelijke veroordeling, het toepassen van een tuchtrechtelijke maatregel of blijvende arbeidsongeschiktheid. Naar huidig recht is er discussie over de vraag of de redenen tot opzegging in de overeenkomst van vennootschap moeten worden vermeld en of er bij zo'n opzegging in elk geval sprake moet zijn van gewichtige redenen. In de formulering van lid 1 sub a en e ligt een ontkennende beantwoording van beide vragen besloten. Het wetsvoorstel gaat er echter van uit, zie hierna artikel 24 lid 2, dat iedere opzegging moet voldoen aan de eisen van de door contractspartijen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. De in lid 1 sub f genoemde ontbinding (door de rechter in de gevallen die de wet bepaalt) doet zich voor bij rechterlijke ontbinding van de vennootschap tegenover een of meer vennoten op de gronden aangeduid in het hierna volgende artikel 25 en mogelijk ook bij toepassing van artikel 258 van Boek 6. Zie hierna artikel 25.
4. Iedere opzegging, zowel die aan alle andere vennoten (artikel 24 lid 1 sub a) als die aan een of meer andere vennoten (artikel 24 lid 1 sub e), moet in overeenstemming zijn met de eisen van de redelijkheid en billijkheid die partijen tegenover elkaar in acht moeten nemen. Artikel 1686 lid 1 van Boek 7A verwijst slechts naar een opzegging van een vennoot aan de (alle) andere vennoten (artikel 1683 lid 1 sub 3 van Boek 7A). De voorgestelde bepaling betekent dat bij opzegging rekening moet worden gehouden met de redelijke belangen van de medevennoten of medevennoot. Of deze belangen in onevenredige mate worden geschaad, zal afhangen van de omstandigheden van het concrete geval. De redelijkheid en billijkheid moeten in acht worden genomen zowel bij de opzegging zelf als bij de termijn van opzegging.

Een ontijdige opzegging zal vrijwel steeds in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Zie verder Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 226 e.v. Intussen kan een opzegging die wegens haar ontijdigheid in verband met de eisen van de redelijkheid en billijkheid is vernietigd, worden geconverteerd in een geldige opzegging tegen een later tijdstip, als aan de voorwaarden van artikel 42 van Boek 3 is voldaan.

5. Lid 3 correspondeert met het huidige artikel 1684 lid 3 van Boek 7A zoals dat sinds 1 januari 1992 (aanpassing in verband met de invoering van de Boeken 3, 5 en 6) is komen te luiden. Er is geen reden om nu op de niet-toepasselijkheid op een vennootschap van artikelen 265 tot en met 279 van Boek 6 terug te komen. Wel verdient aandacht dat artikel 258 van Boek 6 op een vennootschap van toepassing blijft voor wijziging en gehele of gedeeltelijke ontbinding door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden. Ook een dergelijke ontbinding valt onder de categorie «door de rechter in de gevallen die de wet bepaalt» zoals aangeduid in artikel 24 lid 1 sub f en in artikel 28 lid 1 sub e. Zie over het karakter van de ontbindingsregeling van artikel 258 van Boek 6: Asser/Maeijer 5-V 1995.

Artikel 25 Rechterlijk bevel tot uittreding

1. De bepaling vervat in lid 1 houdt in tweeërlei opzicht een uitbreiding in van het huidige artikel 1684 lid 1 van Boek 7A. In de eerste plaats is rechterlijke ontbinding op vordering van ieder van de vennoten niet alleen mogelijk van een vennootschap in haar geheel maar ook tegenover een (of meer) van de vennoten, waardoor die vennoot gedwongen wordt uit te treden (of wordt «uitgestoten»). Naar huidig recht is onduidelijk of dit laatste alleen mogelijk is als een hiertoe strekkend beding in de vennootschapsovereenkomst is opgenomen. Zie Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 219 en ook artikel 7.13.1.15 lid 2 voorontwerp-Van der Grinten en de ontwerptitel 7.13 in artikel 820. De nu voorgestelde bepaling stelt deze eis niet. Ontbinding tegenover een of meer vennoten kan steeds door de rechter worden gedaan, ook al is hierover niets in de overeenkomst bepaald. De voorgestelde bepaling is in het bijzonder van belang in de gevallen dat partijen geen gebruik hebben gemaakt van de in artikel 24 lid 1 sub e geboden mogelijkheid in de vennootschapsovereenkomst te bedingen dat aan een of meer van de vennoten kan worden opgezegd. Door rechterlijke interventie kan dan onder omstandigheden mogelijk toch een oplossing worden bereikt waarbij de vennootschap door de overblijvende vennoten wordt voortgezet. In de tweede plaats houdt de voorgestelde bepaling in dat rechterlijke ontbinding van de vennootschap in haar geheel of tegenover een of meer van de vennoten niet alleen kan plaatsvinden op grond van gewichtige redenen maar ook op andere gronden die in de overeenkomst van vennootschap zijn voorzien. Van een gewichtige reden is sprake als, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijkerwijs van een of meer van de vennoten niet langer kan worden gevergd het vennootschappelijk verband in zijn geheel of tegenover een vennoot voort te zetten. De beoordeling hiervan is aan de rechter. Het staat partijen niet vrij om «gewichtige redenen» als rechterlijke ontbindingsgrond in hun overeenkomst uit te sluiten of te beperken. Vennoten moeten niet tot samenwerking gedwongen blijven als dat redelijkerwijs niet meer van hen kan worden gevergd. De voorgestelde bepaling bevat echter wel uitdrukkelijk de mogelijkheid om daarnaast andere rechterlijke ontbindingsgronden in de vennootschapsovereenkomst op te nemen. Zie onder het huidig recht al HR 5 juni 1970, NJ 1970, 429. Zie ook artikel 820 lid 1 van de ontwerptitel 7.13 waarin die mogelijkheid is opgenomen. Ten slotte verdient aandacht dat de rechterlijke ontbinding van de vennootschap in haar geheel of tegenover een of meer van de vennoten uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard.

2. Lid 2 komt overeen met lid 2 van artikel 1684 van Boek 7A zoals dat sinds 1 januari 1992 (aanpassing in verband met de invoering van de Boeken 3, 5 en 6) is komen te luiden.

Artikel 26 Uittreedvergoeding

1. In deze bepaling wordt de financiële compensatie van de uittredende vennoot voor het verlies van zijn aandeel in de vennootschap geregeld. In de huidige wetgeving wordt dit punt niet geregeld; alleen artikel 1688 lid 2 van Boek 7A herinnert hieraan. Lid 2 correspondeert met artikel 7.13.1.15 lid 5 voorontwerp-Van der Grinten, maar bevat enkele afwijkingen. Als de vennoten daar zelf niets over zijn overeengekomen is de hoofdregel dat de vennootschap gehouden is een bedrag te betalen dat gelijk is aan de waarde van het aandeel van de uittredende vennoot in de waarde van de vennootschap per de datum van uittreden (lid 2). De omvang van het aandeel wordt bepaald overeenkomstig artikel 17 lid 1 (deel in resultaat). Bij het bepalen van de waarde van de vennootschap wordt uitgegaan van de waarde in het economisch verkeer bij voortzetting van de vennootschap (going concern) (lid 3). Artikel 7.13.1.15 lid 5 voorontwerp-Van der Grinten geeft een regeling waarbij een vennoot die uittreedt recht heeft op «het bedrag gelijk aan de waarde van het deel dat de vennoot ingeval van ontbinding zou hebben genoten». Hiertegen is het bezwaar gerezen, zie Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 259, dat dan steeds slechts de liquidatiewaarde van de activa en passiva in de berekening zou worden betrokken. In de nu voorgestelde regeling wordt uitgegaan van de werkelijke waarde van de activa en passiva van de vennootschap; de boekwaarde daarvan is niet beslissend. Stille reserves en de eventuele waarde van niet-geactiveerde goodwill komen als surplus boven het kapitaal (de waarde van de ingebrachte activa) tot uitdrukking en worden verdeeld overeenkomstig de winstverdelingsmaatstaf. In het geval van uittreding waarbij de goederen dienstbaar blijven aan de voortgezette vennootschap, zal bij de bepaling van de werkelijke waarde de going concern-maatstaf meestal de juiste zijn.
2. Betaling van de aldus vastgestelde vergoeding strekt tot volledige vereffening van de rekening tussen de vennootschap en uittredende vennoot. Niettemin kan een uitgetreden vennoot nog door derden tegenover wie hij ingevolge artikel 19 aansprakelijk blijft worden aangesproken voor schulden van de vennootschap die zijn ontstaan vóór diens uittreden. Lid 5 beoogt daarin te voorzien. De vennootschap is voor die schulden draagplichtig.
3. In deze bepaling wordt de ontbinding van de vennootschap ten aanzien van de uittredende vennoot uitgewerkt en wel precies de afrekening tussen partijen, de verbintenisrechtelijke kant van de zaak. De openbare vennootschap zal normaal gesproken rechtspersoon zijn; zie hiervoor artikel 6. Er is daarom geen regeling nodig voor de afwikkeling van het vermogen van de vennootschap ten aanzien van de uittredende vennoot. De vennootschap blijft na een uittreden daartoe de gerechtigde. Als de vennootschap geen rechtspersoon is vindt Boek 3 titel 7 toepassing op het vermogen van de vennootschap voor zover dat gemeenschappelijk vermogen is van de vennoten. In het algemeen zal de uittredende vennoot zijn aandeel in (de goederen die behoren tot) die gemeenschap dan moeten toedelen aan de voortzettende vennoten, waarvoor leveringsvereisten moeten worden nageleefd, zie artikel 186 lid 1 van Boek 3. Vennoten kunnen ook anders overeenkomen.

Artikel 27 Toetreding en opvolging

1. Dit artikel handelt over toetreding en opvolging van een uit de vennootschap tredende vennoot door een derde. Uitgangspunt is dat toetreding of opvolging alleen kan plaatsvinden met instemming van alle vennoten. Dit uitgangspunt heeft ook belangrijke fiscale consequenties; zie de bijlage fiscale aspecten. Zie echter lid 4 voor de situatie dat geen instemming van alle vennoten nodig is. Een opvolging of toetreding heeft geen impact op het voortbestaan van de vennootschap; ook de identiteit van de vennootschap blijft bestaan. Een toetreding of opvolging kan ad hoc worden overeengekomen. Ook kan in de vennootschapsovereenkomst een optie tot toetreding worden verleend of een desbetreffend beding ten behoeve van die derde zijn vervat. Bij aanvaarding en toetreding zullen op de derde rechten en verplichtingen gaan rusten zoals die uit de vennootschapsovereenkomst voor hem voortvloeien en voor zover daarvan niet wordt afgeweken in de toetredingsovereenkomst.
2. Een opvolging kan langs verschillende wegen gestalte krijgen. Opvolging kan plaatsvinden door middel van de figuur van contractsoverneming ingevolge artikel 159 van Boek 6 waarvoor een akte is vereist. Dit is de figuur als opgenomen in het voorontwerp-Van der Grinten, zie de toelichting-Van der Grinten, p. 1106. De opvolging zal dan doorgaans in zoverre buiten de vennootschap omgaan dat de toetreder aan de uittreder een vergoeding zal betalen. Artikel 26 zal dan geen toepassing vinden. Opvolging kan voorts plaatsvinden door een overgang van de positie van vennoot onder algemene titel op een erfgenaam of op een verkrijgende rechtspersoon bij fusie of splitsing. In die situatie vinden de artikelen 19 lid 5 en 26 geen toepassing. In beide gevallen is er sprake van continuïteit van de rechtsverhouding en treedt de toetredende vennoot in alle rechten en verplichtingen van de uittredende vennoot. Opvolging kan ook plaatsvinden doordat ter gelegenheid van de toetreding van een nieuwe vennoot de vennootschap tegenover de uittredende vennoot wordt ontbonden. Dit is de figuur die in lid 3 is geregeld. In die situatie zal een vennoot uittreden en daarop zijn de daarvoor relevante bepalingen als opgenomen in artikel 19 lid 5 en artikel 26 van overeenkomstige toepassing.
3. In een “open vennootschap” is de positie van een vennoot vrij overdraagbaar. In de fiscale wetgeving is dit fenomeen bekend bij de zogenoemde open CV's. De overdraagbaarheid van de positie van vennoot wordt ook naar huidig recht erkend (zie HR 6 februari 1935, NJ 1935, 1513 m.nt. EMM). Het ligt in de rede deze figuur te kwalificeren als een vorm van contractsoverneming. De voorschriften die op grond van artikel 159 van Boek 6 in acht moeten worden genomen voor een rechtsgeldige contractsoverneming bemoeilijken evenwel de beoogde verhandelbaarheid. In dit wetsvoorstel is er daarom in artikel 27 lid 4 voor gekozen dat de levering geschiedt door een door de overdragende vennoot ondertekende akte en mededeling daarvan aan de vennootschap. Deze leveringsvoorschriften zijn ontleend aan artikel 94 van Boek 3. De leveringsvoorschriften staan niet ter vrije dispositie van partijen. Het dwingendrechtelijk karakter is in de bewoordingen van het vierde lid tot uitdrukking gebracht. Deze voorschriften zijn ook relevant voor het vestigen van recht van vruchtgebruik en een pandrecht. Zie artikel 20 lid 2 respectievelijk 21 lid 3. Bij een niet-ingeschreven vennootschap zal de goederenrechtelijke positie van een vennoot afzonderlijk overgedragen moeten worden.

Afdeling 6. Algehele ontbinding, vereffening en verdeling

Artikel 28 Algehele ontbinding

1. Het artikel bepaalt wanneer de vennootschap in haar geheel wordt ontbonden. Daarnaast worden enkele artikelen uit het Burgerlijk Wetboek over ontbinding van wederkerige overeenkomsten buiten toepassing verklaard. Dit alles is nu al geldend recht (artikel 1683 en 1684 lid 2 van Boek 7A). De gedeeltelijke ontbinding van de vennootschap ten opzichte van een of enkele vennoten kent een vergelijkbare regeling in artikel 24.
2. De vennootschap eindigt in haar geheel wanneer een van de omstandigheden genoemd in het eerste lid zich voordoet. De twee eerste omstandigheden – een contractueel voorziene omstandigheid of een besluit van de vennoten – zijn het gevolg van een wilsbeschikking van de vennoten. De andere omstandigheden zijn omstandigheden buiten de macht van de vennoten. Bij een contractueel voorziene ontbindingsgrond (lid 1 sub a) past dat de vennoten aan die grond ontbindingswerking kunnen ontnemen. Dat kan door een uitdrukkelijke wijziging van de overeenkomst of door een stilzwijgende voortzetting van de vennootschap alsof de ontbindingsgrond niet zou zijn voorgevallen, bijvoorbeeld door de vennootschap voort te zetten nadat de datum is verstreken waarop de vennootschap zou worden ontbonden. Het tweede lid stelt de mogelijkheid van stilzwijgende voortzetting buiten twijfel. Zij doet er niet aan af dat voortzetting ook uitdrukkelijk kan worden overeengekomen.
3. Het derde lid is gelijk aan het nu geldende artikel 1684 lid 3 van Boek 7A. Deze bepaling is ingevoerd bij gelegenheid van de invoering van Boeken 3, 5 en 6. Toen is ook gesteld dat als titel 7.13 zou worden ingevoerd, nader zou kunnen worden bezien in hoeverre het wenselijk is de toepasselijkheid van de artikelen 265 tot en met 279 van Boek 6 uit te sluiten. Deze problematiek verdient een genuanceerde benadering. Er bestaan aarzelingen over de onverkorte toepasselijkheid op de overeenkomst van vennootschap van artikelen die toegesneden zijn op wederkerige overeenkomsten. Zo is de bepaling dat een gedeeltelijke ontbinding een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid inhoudt (artikel 270 van Boek 6) niet onverkort van toepassing op een vennootschap. De overeenkomst van vennootschap strekt tot samenwerking en een gedeeltelijke ontbinding in de vorm van het uittreden van een of meer vennoten zal zich vaak moeilijk laten vormgeven in een vermindering van de wederzijdse prestaties zoals in artikel 270 van Boek 6 bedoeld. Iets vergelijkbaars zou kunnen gelden voor andere artikelen, zoals artikel 265, 266 of 277 van Boek 6. Aan de andere kant kan niet op voorhand worden uitgesloten dat een of meer van deze artikelen onder omstandigheden toepassing vinden. Zo komt de mogelijkheid van buitengerechtelijke ontbinding (artikel 267 van Boek 6) in vennootschapscontracten met enige regelmaat voor. Eveneens kunnen partijen er behoefte aan hebben de ontbindingsmogelijkheden te regelen langs de lijnen van artikel 265 van Boek 6. Vooral in gevallen waarin partijen voor de toepasselijkheid van deze normen kiezen, zou die toepasselijkheid niet categorisch moeten worden afgewezen.

Artikel 29 Algehele ontbinding wegens gewichtige redenen

1. Het artikel regelt de mogelijkheid dat de vennootschap of de rechtspersoon onder bepaalde omstandigheden door de rechter wordt ontbonden. Behalve het tweede lid is het artikel nu geldend recht (artikel 1684 van Boek 7A). Het gaat hier om de algehele ontbinding van de vennootschap.

De gedeeltelijke ontbinding van de vennootschap door de rechter, ten opzichte van een of enkele vennoten, kent een vergelijkbare regeling in artikel 25.

2. Leden 1 en 3 zijn zoals gezegd gebaseerd op het geldende recht (artikel 1684 van Boek 7A). Een dwingende reden is een omstandigheid die de vennootschappelijke samenwerking ernstig en langdurig in de weg staat. Het is aan de rechter om te bepalen of een dergelijke omstandigheid zich voordoet. De vennoten kunnen vrijelijk bepalen of zij iets als een dwingende reden beschouwen. De rechter behoort dan het vrije inzicht van de vennoten te respecteren. Alleen wanneer het beroep op de betreffende omstandigheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, kan de rechter dat beroep afwijzen (artikel 248 lid 2 van Boek 6).
3. De bepaling in het tweede lid is nieuw. De rechter ontbindt een rechtspersoon wanneer de vennootschap niet voldoet aan de materiële kenmerken van artikel 1. Indien de vennootschap krachtens artikel 6 rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, rijst de vraag wat ten aanzien van die rechtspersoonlijkheid dient te geschieden indien de overeenkomst van vennootschap nietig of vernietigd is. In overeenstemming met de gedachte die ten grondslag ligt aan artikel 4 lid 2 van Boek 2 BW, bepaalt het voorgestelde lid 2 dat in zulk een geval de rechtspersoon slechts door de rechter kan worden ontbonden op verzoek van een belanghebbende. Een «vennoot» zal al snel als belanghebbende kunnen worden beschouwd. De regeling vertoont gelijkenis met artikel 21 lid 1 sub c van Boek 2. De rechter biedt partijen de gelegenheid om de vennootschap te laten voldoen aan artikel 1. Doen partijen dat, dan blijft de ontbinding achterwege. Doen partijen dat niet, dan ontbindt de rechter de rechtspersoon. De rechter moet tot ontbinding overgaan omdat het onwenselijk is dat rechtspersonen blijven voortbestaan als de vennootschappen niet voldoen aan de materiële kenmerken van artikel 1. Op de vereffening van een door de rechter ontbonden rechtspersoon vinden de bepalingen van afdeling 6 overeenkomstige toepassing. De rechter kan aanvullende voorschriften bepalen alsmede een of meer vereffenaars aanwijzen. Het tweede lid laat onverlet dat een overeenkomst die niet voldoet aan de materiële kenmerken van artikel 1, zo nodig na conversie, toch kan voortbestaan.
4. Voor de rechtspersonen van Boek 2 bevat de wet een specifieke voorziening voor het geval dat ten name van een niet bestaande rechtspersoon een vermogen wordt gevormd (artikel 4 lid 3 van Boek 2). In het onderhavige wetsvoorstel bestaat geen behoefte aan een dergelijke regeling. Als de personenvennootschap niet voldoet aan de materiële kenmerken doen zich twee mogelijkheden voor. In de eerste plaats kan de vennootschap door inschrijving in het handelsregister rechtspersoon zijn geworden. In dat geval ontstaat de rechtspersoon wel maar moet hij conform het tweede lid van artikel 29 worden ontbonden. Het is ook denkbaar dat de vennootschap geen rechtspersoonlijkheid heeft omdat zij niet is ingeschreven. In dat geval doet het probleem dat artikel 4 lid 3 van Boek 2 regelt zich niet voor.

Artikel 30 Inschrijving en gevolgen van ontbinding en vereffening

1. Het artikel regelt de gevolgen van de algehele ontbinding van de vennootschap. Het huidige recht regelt deze materie op verschillende plaatsen (o.a. in Afdeling 2 van Titel 7 van Boek 3 en in de Handelsregisterwet 2007). De nieuwe regeling verschilt inhoudelijk niet wezenlijk van de huidige, met dien verstande dat de nieuwe regeling uitgaat van het feit dat de vennootschap een rechtspersoon is. Ten aanzien van de ontbonden stille vennootschap en de ontbonden niet-ingeschreven openbare vennootschap is ingevolge artikel 7 lid 7, Afdeling 2 van Titel 7 van Boek 3 van toepassing.

2. De vennootschap houdt als rechtspersoon niet op te bestaan op het moment van ontbinding. Haar rechtspersoonlijkheid duurt voort totdat het proces van vereffening is geëindigd. Ontbinding heeft wel tot gevolg dat het doel van de rechtspersoon materieel wijzigt: van de contractueel overeengekomen samenwerking naar de vereffening van het vermogen van de vennootschap. Overigens hoeft de ontbinding geen onomkeerbaar feit te zijn. Herroeping van de ontbinding is naar analogie van wat geldt voor de rechtspersonen van Boek 2 mogelijk (HR 19 december 2014, NJ 2015, 231, m.nt. Van Schilfgaarde). Een uitdrukkelijke regeling van deze mogelijkheid is niet noodzakelijk.
3. Van de ontbinding moet opgave worden gedaan aan het handelsregister. Het feit dat de verplichting tot inschrijving bij ieder der vennoten berust, betekent niet dat alleen zij de opgave kunnen doen. De opgave kan bijvoorbeeld ook door de vereffenaar worden gedaan.
4. Het derde lid geeft een aanvullende regeling over de aanwijzing van de personen die de vereffening uitvoeren. Uitgangspunt is dat de overeenkomst van vennootschap hierin kan voorzien, net zoals dat het geval is voor het bestuur van de vennootschap (artikel 14). De wettelijke regeling is aanvullend bedoeld, voor het geval dat de overeenkomst hier niets over bepaalt. In beginsel komt de vereffeningstaak toe aan alle vennoten gezamenlijk (vgl. voor de bestuurstaat artikel 14 lid 1). In de overeenkomst van vennootschap, of bij besluit van de vennoten, kunnen een of meer vereffenaars worden benoemd. In dat geval wordt ieder van hen geacht zelfstandig bevoegd te zijn om de vereffening uit te voeren. In het contract of bij het benoemingsbesluit kan anders worden bepaald (bijv. dat zij gezamenlijk bevoegd zijn of dat zij voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen voorafgaande goedkeuring van de vennoten nodig hebben). De rechter kan als hem dat wordt verzocht een of meer vereffenaars benoemen.
5. De verbondenheid van de vennoten voor schulden van de vennootschap conform artikel 19 verandert niet in geval van ontbinding, ook niet als het vermogen van de vennootschap ontoereikend is om alle schulden te voldoen. Er zal onderscheiden moeten worden tussen de vennoten van een vennootschap onder firma en van een maatschap, tussen een gewone vennoot en een commanditaire vennoot, tussen schulden die zijn ontstaan voordat de vennoot toetrad en nadien, etc. De aansprakelijkheid van de vennoot wordt kortom door artikel 19 bepaald. Van de aansprakelijkheid van vennoten tegenover de vennootschapscrediteuren moet worden onderscheiden de onderlinge draagplicht voor het tekort. De vennoten zijn in de onderlinge verhouding vrij om dat risico naar eigen inzicht te verdelen (artikel 17). Hoe dat risico in de concrete omstandigheden is verdeeld, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst. De vennoten kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat alle vennootschapsschulden, door een van hen gedragen moeten worden, ook wanneer de draagplichtige vennoot niet persoonlijk aansprakelijk is voor die schuld. In het geval dat een niet draagplichtige (maar extern wel aansprakelijke) vennoot een crediteur van de vennootschap betaalt, heeft hij een regresrecht op de vennootschap en de draagplichtige vennoot. Indien hij meer betaalt dan waarvoor hij extern aansprakelijk is, wordt hij ook gesubrogeerd in de rechten van de crediteur jegens de vennootschap en de andere vennoten. Is over deze draagplicht niets overeengekomen, dan gelden de regels van artikel 17.
6. Het vijfde lid regelt de situatie dat het vermogen van de vennootschap een overschot vertoont nadat alle crediteuren zijn voldaan. De vennoten zijn tot dat overschot gerechtigd. De mate van die gerechtigheid mogen de vennoten zelf bepalen. Vaak zullen zij daarover in de overeenkomst afspraken hebben gemaakt.

Voor het geval dat de overeenkomst daarover geen voorziening bevat, gelden de regels van artikel 17. Hoe het vermogen onder de vennoten wordt verdeeld, moet in elk concreet geval, met inachtneming van eventuele afspraken daarover, worden bezien. Als het overschot iets anders dan geld omvat, kunnen in principe de wijzen van verdeling worden toegepast die voorzien zijn in artikel 23b lid 3 van Boek 2 en 185 lid 2 van Boek 3.

7. Het is in het algemeen wenselijk dat de verdeling van het overschot geformaliseerd is in een plan van verdeling. Dit is echter niet verplicht; de vennoten kunnen er van af zien. Een plan van verdeling kan ook in allerlei varianten bestaan; zo kan in een dergelijk plan opgenomen worden dat bij de verdeling bepaalde goederen aan bepaalde vennoten moeten worden toebedeeld.
8. Vennoten hebben een legitiem belang om de juistheid van de verdeling te controleren. Daarvoor dient de rekening en verantwoording (lid 8). Ook kan inzage in de administratie van de vennootschap gewenst zijn. Dit recht biedt lid 13 en ligt in het verlengde van het inzagerecht van artikel 15 lid 4.
9. Tijdens de vereffening kan de vennootschap nieuwe verbintenissen aangaan en kunnen verbintenissen die vóór de ontbinding waren aangegaan opeisbaar worden. Voor deze verbintenissen gelden de regels van artikel 19.

Artikel 31 Voortzetting onderneming van de vennootschap door enig overblijvende vennoot

1. De voorgestelde regeling doet recht aan de beoogde bevordering van continuïteit van de door een vennootschap gedreven onderneming. De mogelijkheid is in het bijzonder van belang voor de in de praktijk veelvuldig voorkomende vennootschap van een ouder met een kind om te voorzien in bedrijfsopvolging. Er is op gewezen dat de regeling van verplichte liquidatie hier voor de praktijk onnodig belastend zou uitwerken. Zie Van Veen, Bedrijfsopvolging bij personenvennootschappen, Preadvies KNB 2005, blz. 154 e.v. Ook in het geval dat bedrijfsvoortzetting is beoogd niet in de vorm van een vennootschap maar als eenmanszaak, zou voortzetting zonder liquidatie mogelijk moeten zijn. De voorgestelde regeling maakt voor het hier bedoelde geval mogelijk dat bij ontbinding van de vennootschap op vergelijkbare wijze wordt gehandeld als bij het uittreden van een vennoot en voortzetting van de vennootschap door de overige vennoten. Het belangrijkste verschil met laatstbedoelde situatie is uiteraard dat wanneer de goederen van de vennootschap door de voortzettende gewezen vennoot zijn verkregen, zij niet langer als vermogen van de vennootschap-rechtspersoon los staan van het privévermogen van deze gewezen vennoot. Privéschuldeisers van de gewezen vennoot die de onderneming voortzet kunnen daardoor verhaal nemen op dat vermogen op gelijke voet met de schuldeisers van de ontbonden vennootschap. Hoewel in deze regeling voor de schuldeisers van de ontbonden vennootschap een zekere verslechtering van hun positie kan zijn gelegen omdat het vermogen dat de voortzettende vennoot verkrijgt geen afgescheiden karakter heeft, weegt dit niet op tegen het belang dat de onderneming desgewenst door een van de vennoten succesvol moet kunnen worden voortgezet. Hierbij dient te worden aangetekend dat ook de vennoot of vennoten die de onderneming niet voortzetten in (privé) aansprakelijk blijven jegens de crediteuren van de (ontbonden) vennootschap. De jegens hen bestaande verhaalsmogelijkheden op hun privévermogen worden door de voortzetting krachtens dit artikel, niet aangetast.

2. Om de activiteiten zo eenvoudig mogelijk voort te kunnen zetten is ervoor gekozen het vermogen van de vennootschap onder algemene titel te doen overgaan op de vennoot die de activiteiten voortzet. Het ophouden te bestaan van de vennootschap-rechtspersoon en de overgang van het vermogen zijn beide gekoppeld aan de inschrijving van deze wijze van voortzetting in het handelsregister (lid 2). Zie voor deze systematiek de toelichting bij artikel 6 lid 2 en artikel 33 lid 2. De overgang onder algemene titel brengt mee dat de voortzettende vennoot ook persoonlijk wordt verbonden voor alle verbintenissen van de vennootschap waarvoor hij voordien niet persoonlijk verbonden was. Daarbij kan worden gedacht aan de commanditaire vennoot die de activiteiten voortzet. Ook kan worden gedacht aan verbintenissen waarvoor een vennoot niet verbonden was omdat die waren aangegaan voor zijn toetreden.
3. Het ontwerp sluit met deze regeling aan bij overeenkomstige regelingen in paragraaf 142 van het Oostenrijkse Unternehmensgesetzbuch (2005), paragraaf 140 van het Duitse Handelsgesetzbuch, artikel 1844-5 van de Franse Code Civil en artikel 579 juncto 619 van het Zwitserse Zivilgesetzbuch (Obligationenrecht).

Artikel 32 Opgave einde vereffening en bewaarplicht. Heropening vereffening

1. Het artikel regelt enkele kwesties over het einde van de vennootschap. Deze kwesties worden in het huidige recht niet of slechts partieel geregeld.
2. Lid 1 stelt het moment waarop de vereffening eindigt vast en legt aan de vereffenaar de verplichting op opgave te doen aan het handelsregister. Het proces van vereffening komt ten einde wanneer alle (aan de vereffenaar) bekende schulden van de vennootschap voldaan zijn en hetgeen daarna eventueel resteert door de vereffenaar aan de gewezen vennoten in gemeenschappelijke gerechtigdheid wordt overgedragen dan wel overeenkomstig een door de gewezen vennoten vastgesteld plan van verdeling aan hen overgedragen of indien en voor zover het geld betreft, uitbetaald. Vooral bij vennootschappen met een beperkt vermogen kan sprake zijn van wat in de praktijk wel 'turboliquidatie' wordt genoemd. Dat houdt in dat op het moment van ontbinding alle schulden zijn voldaan en de overblijvende activa aan de vennoten of andere gerechtigden zijn uitgekeerd. In dat geval kan de vereffening feitelijk achterwege blijven, maar moet de vereffenaar niettemin opgave doen aan het handelsregister van de beëindiging.
3. Het is wenselijk dat de wet het moment bepaalt waarop de vennootschap als rechtspersoon ophoudt te bestaan. Lid 2 fixeert dat moment op de dag volgend op de dag waarop de beëindiging van de vereffening is ingeschreven in het handelsregister. Het voorstel kiest op dit punt voor een wat ander systeem dan artikel 19 lid 6 van Boek 2. Volgens dit artikel houdt de rechtspersoon op te bestaan op het tijdstip waarop de vereffening eindigt. Volgens lid 2 van het voorstel houdt de rechtspersoon op te bestaan één dag nadat de beëindiging van de vereffening in het handelsregister is ingeschreven. Als de vereffening bijvoorbeeld op 1 maart is geëindigd, maar de inschrijving daarvan wordt pas op 1 april gedaan, houdt de vennootschap op te bestaan op 2 april.
4. De wet verplicht rechtspersonen en eenieder die een bedrijf of een beroep uitoefent om de administratie betreffende de rechtspersoon, het bedrijf of beroep gedurende zeven jaren te bewaren (artikel 10 lid 3 van Boek 2 en 15i van Boek 3). Voor rechtspersonen bepaalt de wet dat deze bewaarplicht ook geldt nadat de rechtspersoon is opgehouden te bestaan (artikel 24 van Boek 2). Het heeft zin deze verplichting

ook voor vennootschappen te laten gelden, ongeacht of zij rechtspersoon zijn of niet. Lid 3 legt deze taak in beginsel op aan de vereffenaar. De vereffenaar of de vennoten kunnen een andere persoon als bewaarder aanwijzen. Ontbreekt een bewaarder, dan kan de bevoegde rechter een persoon tot bewaarder benoemen. Het ligt voor de hand een van de vennoten, althans iemand uit de omgeving van de vennootschap, te benoemen; maar de rechter kan aanleiding zien om iemand anders te benoemen.

5. Het is mogelijk dat behoefte bestaat aan heropening van de vereffening, bijvoorbeeld omdat na de vereffening blijkt dat een tot dat moment onbekend actief van de vennootschap niet in de vereffening is betrokken. Lid 4 voorziet in de mogelijkheid van heropening. Heropening doet de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap herleven, maar uitsluitend om de heropende vereffening af te wikkelen. Heeft de vennootschap geen rechtspersoonlijkheid, dan zal de vennootschap, als hersteld samenwerkingsverband, worden geacht te bestaan uit de personen die vennoot waren op het moment van ontbinding. Heropening vindt plaats op verzoek van de in dit lid genoemde personen, waaronder mede begrepen crediteuren van de vennootschap wier vorderingen niet zijn voldaan. De rechterlijke uitspraak die de heropening gelast, moet een definitieve uitspraak zijn. Het is niet wenselijk dat een vennootschap die is opgehouden te bestaan herleeft waarna blijkt dat de herleving toch ten onrechte heeft plaatsgevonden. Daarom stelt de wet de eis dat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.

Afdeling 7. Wijziging en omzetting

Algemene toelichting afdeling 7

1. Zoals hierboven in het algemene deel is uiteengezet, is in het onderhavig voorstel gekozen voor een modernisering van de wettelijke regeling van de personenvennootschap. Bij deze opzet past dat ook mogelijkheden bestaan om de personenvennootschap die in een bepaalde soort is opgezet te wijzigen in een andere soort. Daarbij behoort ook de mogelijkheid van het wijzigen van een stille vennootschap in een openbare vennootschap met daarbij het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid en de mogelijkheid tot het opgeven van rechtspersoonlijkheid door een openbare vennootschap die wijzigt in een stille vennootschap. Deze mogelijkheden zijn er ook zonder dat dit uitdrukkelijk in de wet wordt bepaald. Het voorstel bevestigt deze mogelijkheid van wijziging en regelt de daaraan verbonden rechtsgevolgen in artikel 33.

Daarbij is van belang dat de vennoten die van deze mogelijkheden gebruik willen maken hun overeenkomst wijzigen en gaan voldoen aan de materiële kenmerken die gelden voor de nieuw gekozen soort. Voorts is van belang dat de positie van de crediteuren van de vennootschap niet wordt aangetast. Bij wijziging van een stille vennootschap in een openbare vennootschap of andersom is er sprake van het ontstaan c.q. eindigen van rechtspersoonlijkheid. Dat heeft ook goederenrechtelijke consequenties. Om een dergelijke wijziging zo eenvoudig mogelijk te maken is ervoor gekozen het vermogen van de vennootschap in dat kader onder algemene titel te laten overgaan op de vennoten of de vennootschap-rechtspersoon.

In de onderlinge verhouding tussen de vennoten brengt een ontstaan of verdwijnen van de rechtspersoonlijkheid geen wezenlijke verandering; deze wordt door de overigens voortbestaande overeenkomst van vennootschap beheerst.

2. Voor de praktijk is het daarnaast dienstig dat de openbare vennootschap zich kan omzetten in een van de commerciële rechtspersonen als geregeld in Boek 2 en omgekeerd. Het gaat daarbij om de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Vanwege de beperkte populariteit van de rechtsvorm EESV is die rechtsvorm buiten beeld gelaten. Overigens kan via het gebruik van de coöperatie mogelijk een omzetting in of van een EESV worden bewerkstelligd, zodat die route niet is afgesneden (zie artikel 8 Uitvoeringswet Verordening EESV).

In artikel 2.3.1.8 van het oorspronkelijk ontwerp Boek 2 was ook voorzien in de mogelijkheid van omzetting onder bepaalde voorwaarden van een dergelijke vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een naamloze vennootschap (de BV bestond toen nog niet). Hierbij was aangesloten bij het ontwerp Meijers, dat uitging van de gedachte dat een (personen)vennootschap (volledige) rechtspersoonlijkheid krijgt wanneer zij volgens het vennootschapscontract naar buiten onder een gemeenschappelijke naam optreedt (zie de toelichting bij het oorspronkelijk artikel 2.1.3 lid 2, Parl. Gesch. Boek 2, p. 110). Zie Parl. Gesch. Boek 2, p. 562 e.v. De bepalingen van deze oorspronkelijke artikelen 2.1.3 lid 2 en 2.3.1.8 zijn bij de Invoeringswet Boek 2 geschrapt in afwachting van de totstandkoming van titel 13 van Boek 7. Zie Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 2, p. 1065 en 1265. Intussen werd in de oorspronkelijke artikelen 19 en 20 van Boek 2 wel voorzien in een algemene regeling van de omzetting van een rechtspersoon in een andere rechtspersoonsvorm, die bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 per 1 januari 1992 fundamenteel is gewijzigd en nu is vervat in artikel 18 van Boek 2. Hiernaast geven de huidige artikelen

71, 72, 181 en 183 van Boek 2 aanvullende voorschriften voor bepaalde omzettingen van of in een NV of BV. Ook in ontwerp-titel 7.13 werd voorzien in de omzetting van een openbare vennootschap in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en andersom. In de literatuur is op die regeling wel kritiek uitgeoefend, vooral ook op het feit dat daarbij alleen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid als optie was opgenomen.

3. De omzetting van een openbare vennootschap in een Boek 2 rechtspersoon en omgekeerd, is in het wetsvoorstel ter wille van de overzichtelijkheid in titel 13 van Boek 7 en niet in Boek 2 geregeld, en wel in de artikelen 34 en 35. Daarbij moest worden gelet op de te bewaken belangen van vennoten, aandeelhouders en crediteuren. Bij de formulering van de bepalingen is mede inspiratie geput uit en aansluiting gezocht bij bepalingen over omzetting zoals deze nu voorkomen in Boek 2. Zie verder de toelichting bij de genoemde artikelen.

Artikel 33 Wijzigen in een andere soort van vennootschap

1. Voor het wijzigen van de soort vennootschap is in de eerste plaats vereist dat de vennoten dit willen. Dit betekent dat wijziging moet worden gebracht in de overeenkomst van vennootschap. In beginsel is voor een wijziging instemming van alle vennoten vereist, tenzij in de overeenkomst uitdrukkelijk in een nadere regeling is voorzien. Zie de toelichting bij artikel 11 en Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 47a. In de tweede plaats is uiteraard vereist dat wordt voldaan aan de nieuwe materiële kenmerken die voor de gewijzigde soort van vennootschap gelden. Zie de toelichting bij artikel 4.
2. Als een openbare vennootschap rechtspersoon is en zich wijzigt in een andere soort van de openbare vennootschap blijft zij rechtspersoon. Het ontstaan of eindigen van rechtspersoonlijkheid komt wel aan de orde wanneer een stille vennootschap wijzigt in een van de soorten van de openbare vennootschap of andersom. In aansluiting op de systematiek als beschreven onder artikel 6 is ervoor gekozen die wijziging te laten plaatsvinden met ingang van de dag volgend op de dag dat de inschrijving van de wijziging van de soort is ingeschreven in het handelsregister. Het verkrijgen of verdwijnen van rechtspersoonlijkheid heeft noodzakelijkerwijs gevolgen voor het vermogen van de vennootschap. Als de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap eindigt, kan zij niet langer rechthebbende zijn tot het vennootschapsvermogen. Als de vennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt, is het wenselijk dat de vennootschap-rechtspersoon eigenaar en contractspartij wordt ten opzichte van het vennootschappelijk vermogen: zie hiervoor de toelichting bij artikel 6. In aansluiting op de systematiek bij het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid bij het aangaan van een openbare vennootschap zoals geregeld in artikel 6 is er ook bij de wijziging voor gekozen een vermogensovergang onder algemene titel te doen plaatsvinden om die wijziging zo eenvoudig mogelijk te maken. Indien vermogen op de vennoten onder algemene titel overgaat, zijn zij goederenrechtelijk ieder voor een gelijk deel gerechtigd. Als het vennootschapsvermogen activa omvat die in openbare registers (moeten) zijn ingeschreven, moet een wijziging in de gerechtigdheid daartoe aan de beheerders van die registers worden opgegeven; zie de toelichting bij artikel 6 lid 3 dat bij wijziging van de soort overeenkomstige toepassing vindt.
3. Het ontstaan of eindigen van rechtspersoonlijkheid heeft geen invloed op de aansprakelijkheid van vennoten die zij hadden vóór de wijziging van de soort. Dat geldt ook als vennoten zouden besluiten de vennootschap voort te zetten in een soort waarbij extern een minder grote exposure geldt, zoals bij

wijziging van de vennootschap onder firma in een maatschap. De vennoten blijven na wijziging van de soort aansprakelijk voor de schulden waarvoor zij aansprakelijk waren voor de wijziging, op dezelfde voet aansprakelijk als voor de wijziging.

Artikel 34 Omzetting van een openbare vennootschap in een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborg maatschappij

1. Voor het omzetten van de openbare vennootschap in een Boek 2-rechtspersoon is in de eerste plaats vereist dat de vennoten dit willen. Dit kan blijken uit een overeenkomst tot omzetting, of, als de overeenkomst van vennootschap hierin uitdrukkelijk voorziet, uit een besluit daartoe. In beginsel is voor een omzetting instemming van alle vennoten vereist, tenzij in de overeenkomst uitdrukkelijk in een nadere regeling is voorzien. Zie de toelichting bij artikel 11 en Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 47a. Bij een omzetting in een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid zal duidelijk moeten zijn welke soort en welk aantal aandelen aan de vennoten zal worden toegekend bij de omzetting. Uitgangspunt daarbij is dat de toe te kennen aandelen volgestort zullen zijn; aan de vennoten kan alleen met hun instemming een bijkomende verplichting tot storting op aan hen toe te kennen aandelen worden opgelegd.
Bij een omzetting in een coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij moet duidelijk zijn welke rechten en verplichtingen ieder van de vennoten zal verkrijgen; daarbij is uiteraard ook van belang welke vorm van aansprakelijkheid voor leden bij die rechtsvorm wordt gekozen. Het ligt voor de hand dat de vennoten door overeenkomst of bij besluit pas hun instemming betuigen nadat zij kennis hebben genomen van het ontwerp van de notariële omzettingsakte.
2. Als een openbare vennootschap zich omzet in een naamloze vennootschap moet in verband met de voor die rechtsvorm geldende regeling van kapitaalbescherming aandacht worden besteed aan de formele vereisten op dat gebied. Aansluiting is gezocht bij de regeling van artikel 72 lid 2 van Boek 2.
3. In aansluiting op de regeling van Boek 2 voor het ontstaan van de coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid moet de omzetting worden vastgelegd in een notariële akte. De omzetting komt tot stand met het verlijden van de notariële akte, tenzij daarin een andere datum wordt vermeld. De omzetting moet uiteraard worden ingeschreven in het handelsregister.
4. Een vennoot die niet instemt met de omzetting kan de vennootschap ingevolge het derde lid opzeggen tegen de datum van omzetting van de vennootschap in een andere rechtsvorm. Tot die datum blijft hij vennoot. In verband met zijn opzegging zal de vennoot een uittreedvergoeding ontvangen; artikel 26 is voor de berekening daarvan van overeenkomstige toepassing. Anders dan in de ontwerp-titel 7.13 is voor de omzetting geen rechterlijke machtiging voorgeschreven. Nu er geen andere belangen dan die van de vennoten zelf in het geding zijn lijkt dat een te zware regeling. Als in het kader van de omzetting geschillen ontstaan die de vennoten niet zelf kunnen oplossen, blijft tussenkomst van de rechter uiteraard mogelijk. De onderhavige uittreedregeling is slechts relevant in het geval dat een besluit tot omzetting bij meerderheidsbesluit kan worden genomen en niet met instemming van alle vennoten is genomen.

5. Om zeker te stellen dat een vennoot niet tegen zijn zin in een rechtspersoon in de zin van Boek 2 terecht komt, wordt in lid 4 bepaald dat de akte van omzetting niet kan worden verleden voordat duidelijk is dat een vennoot het recht tot opzegging van de vennootschap niet meer kan uitoefenen. Dat is na het verstrijken van de termijn van een maand vanaf het moment dat het besluit is genomen. De omzetting kan ook plaatsvinden voordat de opzegtermijn van één maand is verstreken, namelijk wanneer al eerder vastgesteld kan worden dat geen opzegging meer kan plaatsvinden.
6. Omzetting van de personenvennootschap in een Boek 2-rechtspersoon zal tot gevolg hebben dat de vennoten (als algemene regel) niet langer persoonlijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die na de omzetting worden aangegaan. In het oorspronkelijk ontwerp Boek 2 was in artikel 2.3.1.8 lid 3 voorzien dat bij omzetting van een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid in een naamloze vennootschap (de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid bestond toen nog niet), als vennoten voor schulden van de vennootschap persoonlijk aansprakelijk zijn, deze persoonlijke aansprakelijkheid na de omzetting voortduurt voor schulden die vóór de omzetting zijn ontstaan. In ontwerptitel 7.13 werd in artikel 824 lid 1 bepaald dat rechtsvorderingen tegen de uitgetreden vennoot of zijn erfgenamen tot nakoming van ten tijde van het uittreden bestaande verbintenissen van de openbare vennootschap verjaren door verloop van vijf jaren nadat zijn uittreding in het handelsregister is ingeschreven. In lijn daarmee werd in artikel 834 lid 7 een soortgelijke bepaling opgenomen. In dit ontwerp wordt dit uitgangspunt gevolgd. Vennoten blijven aansprakelijk voor de verbintenissen die door de vennootschap zijn aangegaan voor de omzetting. De vennoten die gebruik hebben gemaakt van de uitreedregeling van lid 3 blijven aansprakelijk, met dien verstande dat een vordering uiterlijk verloopt door verloop van vijf jaren na de inschrijving van de omzetting in het handelsregister. Zie voor een meer uitgebreide toelichting op dit principe hiervoor de toelichting bij artikel 19 onder 15 tot en met 18.
7. Als een openbare vennootschap rechtspersoon is en zich omzet in een Boek 2-rechtspersoon zal de rechtspersoon in een andere gedaante voortbestaan. Er is dan ook geen regeling nodig voor het vermogen van de vennootschap. De rechtspersoon blijft de rechthebbende. Wel zal van de gedaantewisseling opgave moeten worden gedaan aan de beheerders van registers waarin de gerechtigdheid tot activa kan worden ingeschreven; zie de toelichting bij artikel 6 lid 3 dat bij omzetting overeenkomstige toepassing vindt.

Artikel 35 Omzetting van een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een openbare vennootschap

1. Dit artikel dat de mogelijkheid opent tot omzetting van een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij, een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in een openbare vennootschap, vormt het spiegelbeeld van artikel 34. Ook aan deze omzetting zijn vanwege het verschillend karakter van de beide rechtsvormen specifieke aandachtspunten verbonden.
2. De vereisten zijn aangeduid in lid 2. Voor de omzetting van een Boek 2-rechtspersoon in een openbare vennootschap is een notariële akte voorgeschreven. Bij een omzetting in een personenvennootschap moet duidelijk zijn welke rechten en verplichtingen de leden of aandeelhouders als vennoten zullen verkrijgen. Daarom moet in die akte de overeenkomst van vennootschap worden opgenomen. Alternatief

is dat aan de akte een door alle partijen die vennoot worden ondertekende overeenkomst wordt gehecht. In de akte zal ook moeten worden aangeduid wat voor soort vennoot de leden of aandeelhouders worden en welke rechten en verplichtingen zij als vennoot zullen verkrijgen. Het ligt voor de hand dat de vennoten door overeenkomst of bij besluit pas hun instemming betuigen nadat zij kennis hebben genomen van het ontwerp van de notariële omzettingsakte.

3. Bij de omzetting van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in een personenvennootschap vervalt haar aandelenkapitaal. In verband met de kapitaal- en vermogensbescherming zoals voor de naamloze vennootschap in de wet is voorzien, is in lid 2 sub c voor omzetting van een naamloze vennootschap vereist dat artikel 100 van Boek 2 op de omzetting van toepassing is. Bij verzet van schuldeisers wordt een besluit tot omzetting pas van kracht als het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar is. Pas dan kan de notariële akte van omzetting worden verleden. Voor de omzetting van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid zijn geen voorzieningen getroffen.
4. De omzetting vereist een besluit van de algemene vergadering met inachtneming van de vereisten die gelden voor een besluit tot statutenwijziging. De regeling uit artikel 18 van Boek 2 waarin een meerderheid is vereist voor een besluit tot omzetting van negen tienden van de uitgebrachte stemmen is niet opgenomen, om de regeling eenvoudig toepasbaar te houden. In de statuten van een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij, een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid kunnen uiteraard bijzondere eisen worden opgenomen voor een omzetting in een openbare vennootschap.
5. In de leden 3 en 4 zijn extra waarborgen voor leden of aandeelhouders opgenomen. In lid 3 is allereerst als uitgangspunt opgenomen dat leden of aandeelhouders die niet met een besluit tot omzetting hebben ingestemd geen vennoot worden in de openbare vennootschap. Hiermee worden zij beschermd tegen het ongewild vennoot worden van een openbare vennootschap met de daaraan verbonden privé-aansprakelijkheid. Als zij na een besluit tot omzetting toch vennoot willen worden en zij niet hebben ingestemd, bestaat de mogelijkheid alsnog met de omzetting in te stemmen. Leden of aandeelhouders die geen vennoot worden hebben recht op een schadeloosstelling voor het verlies van hun aandeelhouder- of lidmaatschap. De schadeloosstelling wordt vermeld in het voorstel tot omzetting waarover de algemene vergadering besluit en wordt vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen, aan te wijzen door de rechtspersoon. Bij statuten of overeenkomst kan invulling worden gegeven aan de wijze van berekening van de schadeloosstelling of kan een duidelijke maatstaf worden opgenomen. In het laatste geval kan de benoeming van deskundigen achterwege blijven.
6. Na omzetting in een openbare vennootschap zullen de voormalige leden of aandeelhouders aansprakelijk zijn voor de verbintenissen van de vennootschap overeenkomstig de voor die vennootschap geldende regels. Ten aanzien van de aansprakelijkheid voor verbintenissen die zijn ontstaan voor de omzetting is aansluiting gezocht bij artikel 19 lid 4.
7. Als een Boek 2-rechtspersoon zich omzet in een openbare vennootschap eindigt dat niet het bestaan van de rechtspersoon; deze zal in een andere gedaante voortbestaan. Er is dan ook geen bijzondere

regeling nodig voor het vermogen van de rechtspersoon. De rechtspersoon blijft de rechthebbende. Wel zal van de gedaantewisseling opgave moeten worden gedaan aan de beheerders van registers waarin de gerechtigdheid tot activa kan worden ingeschreven; zie de toelichting bij artikel 6 lid 3 dat bij omzetting overeenkomstige toepassing vindt. Daarnaast zal de door de omzetting ontstane openbare vennootschap moeten worden ingeschreven in het handelsregister; artikel 5 vindt overeenkomstige toepassing.

Artikel 36 Beperkingen in mogelijkheid tot omzetting

1. Een stille vennootschap kan zich wel wijzigen maar niet (rechtstreeks) omzetten in een Boek 2-rechtspersoon. Een stille vennootschap kan zich na wijziging in een openbare vennootschap wel omzetten in een Boek 2-rechtspersoon.
2. Onderdeel b sluit de omzetting uit in het geval dat een rechtspersoon als bedoeld in artikel 35 lid 1 een zogenoemd beklemd vermogen heeft in de zin van artikel 18 lid 6 van Boek 2. Dit is het geval wanneer een stichting is omgezet in een NV/BV, coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij. In dat geval moet uit de statuten van de betreffende rechtspersoon blijken dat het vermogen dat de stichting bij de omzetting had en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven. Het oorspronkelijke stichtingsvermogen dat door omzetting tot het vermogen van een kapitaalvennootschap is gaan behoren, blijft om die reden gebonden aan het (oorspronkelijke) ideële doel van de stichting. Van die regeling kan slechts worden afgeweken met toestemming van de rechter. Bij de omzetting van een rechtspersoon naar een openbare, en mogelijk daarna stille vennootschap met een beklemd vermogen gaat het beklemd vermogen mee over, maar kan niet worden gegarandeerd dat er geen uitkering plaatsvindt aan de vennoten. Om die reden wordt een omzetting van een NV/BV in een openbare vennootschap niet wenselijk geacht en wordt zij voor dat geval uitgesloten.
3. De regeling dat ontbinding gevolgd door een uitkering en dat een faillissement of surseance van betaling in de weg staan aan een omzetting is ontleend aan een soortgelijke regeling bij de juridische fusie en splitsing; artikel 310 leden 5 en 6 en artikel 324b leden 4 en 5 van Boek 2.

Afdeling 8. Fusie en splitsing van openbare vennootschappen

Algemene toelichting afdeling 8

In de literatuur is bepleit om in het kader van een verruiming van de reorganisatiemogelijkheden de wettelijke regeling in Boek 2 van de juridische fusie en splitsing uit te breiden tot personenvennootschappen. Zie o.a. Raaijmakers in zijn verhandeling in WPNR 6280 en in: Personenvennootschappen en onderneming (1999) Serie Center for Company Law, Tilburg en meer recent het ZIFO-Onderzoek 2012, waarover Van Veen in Postmoderne rechtsvormen, paragraaf 2.4. In de ontwerptitel 7.13 is ervan afgezien een regeling van fusie of splitsing voor de personenvennootschap te introduceren, daarop is wel kritiek uitgeoefend; zie o.a. Raaijmakers, Ondernemingsrecht 2012/47, para 4.2. Nu de openbare vennootschap als uitgangspunt rechtspersoonlijkheid heeft, verdient dit heroverweging en wordt in dit voorstel wel een regeling voor fusie en splitsing opgenomen. In het huidige voorstel is de regeling beperkt tot die van een fusie of splitsing van een openbare vennootschap met of in een andere openbare vennootschap. Als daarmee ervaring is opgedaan kan wellicht in een later stadium de regeling worden uitgebreid tot andere rechtspersonen.

De voorgestelde regeling is voor een belangrijk deel gebaseerd op die van de fusie en splitsing van de Boek 2-rechtspersonen. Daar waar specifieke voorzieningen nodig zijn in verband met het karakter van de openbare vennootschap zijn die opgenomen en worden die hieronder toegelicht.

Anders dan bij de fusie en splitsing van Boek 2-rechtspersonen is bij de fusie van of splitsing van een openbare vennootschap geen tussenkomst van een notaris voorgeschreven. Zie de toelichting bij artikel 6. Anders dan bij een reguliere toetreding is er geen reden de aansprakelijkheid te beperken van de personen die door een fusie of splitsing vennoot worden van een verkrijgende vennootschap. Daarin voorzien artikel 37 lid 8 en artikel 39 lid 6. Dit heeft tot gevolg dat in geval van een fusie of splitsing alle vennoten aansprakelijk zijn voor de verplichtingen van de verkrijgende vennootschap.

Artikel 37 Fusie openbare vennootschappen

1. In de praktijk vinden met enige regelmaat transacties plaats tussen maatschappen. Denk aan een fusie van accountants, advocaten, notarissen of andere vrije beroepsbeoefenaren. Bij gebreke aan rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap gaan dergelijke transacties naar huidig recht gepaard met soms ingewikkelde regelingen met betrekking tot de activa en passiva van betrokken partijen. Het feit dat de openbare vennootschap rechtspersoon zal zijn, maakt dat soort transacties al eenvoudiger. Een extra slag kan worden gemaakt wanneer ook het instrument van de juridische fusie wordt aangeboden.
2. Juridische fusie kan plaatsvinden tussen twee of meer bestaande openbare vennootschappen of tussen twee of meer bestaande openbare vennootschappen met een openbare vennootschap die bij de fusie tot stand komt. Het vermogen van de bij de fusie verdwijnende openbare vennootschappen gaat over op de verkrijgende openbare vennootschap. Als hoofdregel worden de vennoten van de verdwijnende vennootschap vennoot van de verkrijgende vennootschap. In het wetsontwerp zijn verschillende soorten openbare vennootschappen opgenomen; de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. Een fusie tussen een maatschap en een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap zal ertoe moeten leiden dat er na de fusie wordt voldaan aan de materiële kenmerken van de verkrijgende openbare vennootschap. Zie artikel 4.

3. Het proces van de juridische fusie valt uiteen in vier onderdelen. Allereerst is er de voorbereidende fase. Hierin wordt door de fuserende vennootschappen een gezamenlijk voorstel tot fusie opgesteld. In dat voorstel wordt informatie opgenomen die voor de vennoten van de fuserende vennootschappen van belang is, en die geïnspireerd is door het bepaalde in artikel 312 lid 2 van Boek 2. Nadat de voorbereidende fase is afgerond komt de tweede fase en kan er over de fusie worden besloten. Iedere bij de fusie betrokken vennootschap moet met het voorstel tot fusie instemmen conform de regeling die is opgenomen in de overeenkomst van vennootschap. Als een zodanige regeling ontbreekt, geldt de regeling als vereist voor wijziging van de overeenkomst. Daarbij is instemming van alle vennoten vereist, tenzij in de overeenkomst uitdrukkelijk in een nadere regeling is voorzien. Zie de toelichting bij artikel 11. Als voor afzonderlijke wijzigingen verschillende meerderheden gelden, is voor een besluit tot fusie de grootste daarvan vereist.
- Nadat over de fusie is besloten vangt de derde fase aan. Binnen een maand na de datum van het besluit tot fusie kan een vennoot die niet met het besluit tot fusie heeft ingestemd de vennootschap opzeggen tegen de datum waarop de fusie tot stand komt. De vennoot die opzegt heeft recht op een uittreedvergoeding. Artikel 26 vindt toepassing op de vaststelling daarvan.
- In de vierde en afsluitende fase stellen de fuserende openbare vennootschappen een gezamenlijke schriftelijke verklaring op die wordt ingeschreven in het handelsregister. Inschrijving van die verklaring kan na verloop van de maand waarin vennoten na een besluit tot fusie kunnen uittreden of eerder als vaststaat dat geen vennoten zullen uittreden. De fusie komt tot stand met ingang van de dag na de dag waarop zij is ingeschreven in het handelsregister.
4. Lid 7 voorziet in een vervanging van beperkte rechten bij fusie die een derde heeft op de rechten van een vennoot in een verdwijnende vennootschap. Als een vennoot bij de fusie uittreedt, komt het beperkte recht te rusten op het recht tot uitbetaling van de uittreedvergoeding.
5. Als een openbare vennootschap fuseert met een andere openbare vennootschap kan in het kader van de vermogensovergang onder algemene titel vermogen overgaan dat een opgave nodig maakt aan de beheerders van registers waarin de gerechtigdheid tot activa kan worden ingeschreven; zie de toelichting bij artikel 6 lid 3 dat bij fusie overeenkomstige toepassing vindt.

Artikel 38 Splitsing openbare vennootschappen

1. Ook de figuur van de splitsing zal kunnen bijdragen aan de flexibiliteit en daarmee het gebruik van de personenvennootschap. Net zoals bij de Boek 2-regeling voorziet dit ontwerp in zowel de zuivere splitsing als de afsplitsing. Bij de zuivere splitsing houdt de openbare vennootschap op te bestaan en gaat haar vermogen onder algemene titel over op ten minste twee andere openbare vennootschappen. Bij een afsplitsing blijft de openbare vennootschap bestaan en gaat een deel van haar vermogen onder algemene titel over op ten minste een andere openbare vennootschap. In het wetsontwerp zijn verschillende soorten openbare vennootschappen opgenomen; de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. Een splitsing waarbij naast een maatschap ook een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap is betrokken, zal ertoe moeten leiden dat ook na de splitsing door de betrokken openbare vennootschappen wordt voldaan aan de materiële kenmerken van de verkrijgende openbare vennootschap. Zie artikel 4.

2. Bij een splitsing worden de vennoten van de splitsende openbare vennootschap als hoofdregel vennoot van de verkrijgende vennootschap(pen). Daarop bestaan twee uitzonderingen. De eerste is dat bij de splitsing bepaald kan worden dat onderscheiden vennoten vennoot worden bij verschillende verkrijgende openbare vennootschappen. Zo kan bijvoorbeeld bewerkstelligd worden dat bij een vennootschap met vier vennoten een splitsing zal plaatsvinden waarbij twee nieuwe openbare vennootschappen ontstaan met ieder twee van de oorspronkelijke vennoten. Deze regeling bestaat ook bij Boek 2-rechtspersonen en wordt daar wel aangeduid als de ruzie-splitsing; er is overigens geen ruzie nodig om van deze vorm van splitsing gebruik te maken. Anders dan in Boek 2 kan deze variant zowel bij de zuivere splitsing als bij de afsplitsing worden toegepast. Daarmee is meer flexibiliteit geboden voor de vennoten. De tweede uitzondering is dat een vennoot ter gelegenheid van de splitsing uittreedt; hij wordt dan geen vennoot bij een verkrijgende openbare vennootschap.
3. Het proces van de juridische splitsing lijkt erg op het hiervoor besproken proces van de juridische fusie en valt eveneens uiteen in vier onderdelen. Allereerst is er de voorbereidende fase. Hierin wordt door de splitsende vennootschap(pen) een (gezamenlijk) voorstel tot splitsing opgesteld. In dat voorstel wordt informatie opgenomen die voor de vennoten van de splitsende vennootschap(pen) van belang is. Het gaat daarbij om dezelfde soort informatie als hiervoor bij de juridische fusie is besproken, waaraan enkele elementen zijn toegevoegd die specifiek van belang zijn bij een splitsing, zoals de beschrijving van vermogensbestanddelen die zullen overgaan op een verkrijgende openbare vennootschap en de verdeling van vennoten als die niet allen vennoot worden van de verkrijgende openbare vennootschappen. Nadat de voorbereidende fase is afgerond, komt de tweede fase en kan er over de splitsing worden besloten. Iedere bij de splitsing betrokken vennootschap moet met het voorstel tot splitsing instemmen conform de regeling die daarvoor is opgenomen in de overeenkomst van vennootschap. Als een zodanige regeling ontbreekt, geldt de regeling als vereist voor wijziging van de overeenkomst. Daarbij is instemming van alle vennoten vereist, tenzij in de overeenkomst uitdrukkelijk in een nadere regeling is voorzien. Zie de toelichting bij artikel 11. Als voor afzonderlijke wijzigingen verschillende meerderheden gelden, is voor een besluit tot splitsing de grootste daarvan vereist.
- Nadat over de splitsing is besloten vangt de derde fase aan. Binnen een maand na de datum van het besluit tot splitsing kan een vennoot die niet met het besluit tot splitsing heeft ingestemd de vennootschap opzeggen tegen de datum waarop de splitsing tot stand komt. De vennoot die opzegt, heeft recht op een uittreedvergoeding. Artikel 26 vindt toepassing op de vaststelling daarvan.
- In de vierde en afsluitende fase stellen de splitsende openbare vennootschappen een gezamenlijke schriftelijke verklaring op die wordt ingeschreven in het handelsregister. Die verklaring kan worden ingeschreven na verloop van de maand waarin vennoten na een besluit tot splitsing kunnen uittreden of eerder als vast staat dat geen vennoten zullen uittreden. De splitsing komt tot stand met ingang van de dag na de dag waarop zij is ingeschreven in het handelsregister.
4. De in lid 10 opgenomen regeling voor vermogensbestanddelen waarvan niet kan worden vastgesteld aan welke openbare vennootschap die toekomen is ontleend aan artikel 334s van Boek 2.
5. In lid 11 is een regeling opgenomen die voorziet in een vervanging of uitbreiding na splitsing van een beperkt recht dat een derde heeft op rechten van een vennoot in een splitsende openbare vennootschap.

6. Als een openbare vennootschap splitst, kan in het kader van de vermogensovergang onder algemene titel vermogen overgaan dat een opgave aan de beheerders van registers waarin de gerechtigdheid tot activa kan worden ingeschreven noodzakelijk maakt; zie de toelichting bij artikel 6 lid 3 dat bij splitsing overeenkomstige toepassing vindt.

Artikel 39 Aansprakelijkheid

1. De regeling van de aansprakelijkheid na een splitsing van een splitsende openbare vennootschap en die van een verkrijgende openbare vennootschap is ontleend aan artikel 334t van Boek 2.
2. De in lid 7 opgenomen regeling over de verjaring van een vordering op een vennoot is gebaseerd op het principe dat rechtsvorderingen op uittreedende vennoten verjaren door verloop van vijf jaren na inschrijving van de uittreding; zie de toelichting bij artikel 19 lid 5. De in lid 6 beschreven regeling ziet op de situatie dat een vennootschap door zuivere splitsing ophoudt te bestaan en de rechtsverhouding waarop een vordering is gebaseerd is overgegaan op een verkrijgende openbare vennootschap waarin een vennoot van de splitsende vennootschap geen vennoot is geworden. Zoals hiervoor besproken kan die situatie zich voordoen wanneer onderscheiden vennoten van de splitsende openbare vennootschap vennoot worden van onderscheiden verkrijgende openbare vennootschappen of wanneer een vennoot ter gelegenheid van de splitsing ophoudt vennoot te zijn. Als een vennoot bij een afsplitsing ter gelegenheid van de splitsing ophoudt vennoot te zijn van de splitsende vennootschap vindt artikel 19 lid 5 toepassing.

Artikel 40 Beperkingen in mogelijkheid tot fusie of splitsing

Deze regeling is ontleend aan die bij de juridische fusie en splitsing; artikel 310 leden 5 en 6 en artikel 324b leden 4 en 5 van Boek 2. Daaraan is toegevoegd dat de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid moet hebben; zie daarvoor de toelichting bij artikel 6.

Artikel 41 Vernietiging van een fusie of splitsing

Deze regeling is ontleend aan die bij de juridische fusie en splitsing; artikel 323/334u van Boek 2.

In verband met de discussie in de literatuur over mogelijk nietige of non-existente fusies of splitsingen bij Boek 2-rechtspersonen is in artikel 41 lid 1 vastgelegd dat een niet door een rechter vernietigde fusie (en daarmee ook een splitsing, zie lid 8) geldig is.

Het commissariaat in het familiebedrijf, gedachten over nuancering van aansprakelijkheid

De commissaris kan worden getroffen door een aansprakelijkheid in privé wanneer de vennootschap of derden schade lijden veroorzaakt door tekortschietend toezicht. In deze bijdrage analyseert Schwarz de taak en positie van commissarissen binnen verschillende verschijningsvormen van de kapitaalvennootschap. Zijn conclusie is dat de interne aansprakelijkheid van commissarissen op grond van art. 2:9 BW niet past bij de rol van de commissaris in het familiebedrijf.



1. Inleiding

De wettelijke taak van de commissaris is tweeledig. Het gaat enerzijds om het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de onderneming, terwijl anderzijds het bestuur met raad terzijde wordt gestaan. De commissaris combineert, vanuit het wettelijk perspectief, de positie van toezichthouder en adviseur. Als richtsnoer voor het functioneren geldt dat de commissaris handelt vanuit het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.¹ Het vennootschappelijk belang is echter een glibberig en niet eenduidig begrip. Het wordt, in het continentaal Europees perspectief, wel gezien als de som van alle betrokken deelbelangen.² Wanneer we het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor het functioneren van de commissaris hanteren, komt direct de vraag op hoe we dit begrip nader moeten invullen.³ Hieronder zal ik betogen dat, waar het betreft de toezichtfunctie van commissarissen, het in het wettelijk model als uitgangspunt gaat om het toezicht van commissarissen op het bestuur in het kader van de bewaking van het aandeelhoudersbelang. Vanuit dit vertrekpunt kan vervolgens invulling worden gegeven aan het in de praktijk waargenomen verschil tussen het functioneren van de commissaris bij een beursgenoteerde onderneming dan wel een familiebedrijf met een groot aantal niet bij de vennootschap betrokken aandeelhouders enerzijds en het functioneren van de commissaris bij de kapitaalvennootschap met een maatschapachtige structuur anderzijds. Bij deze laatste verschijningsvorm doel ik op de overgrote meerderheid van besloten vennootschappen, waarin één persoon enig aandeel-

houder is en tevens bestuurder van de vennootschap, dan wel er een beperkt aantal aandeelhouders is dat nauw bij de onderneming betrokken is.⁴ Bij dit type besloten samenwerkingsverbanden is, mijns inziens, geen sprake van het houden van toezicht zoals de wetgever dat, bij het formuleren van de wettelijke taken van de commissaris, voor ogen stond. In deze vennootschappen functioneren commissarissen als klankbord en adviseur van het management. Deze waarneming vormt, zo zal ik verdedigen, de aanleiding voor een genuanceerde benadering van de aansprakelijkheidspositie van commissarissen in verschillende verschijningsvormen van vennootschappen.

2. Verschillend perspectief op het commissariaat

Vanuit rechtseconomisch perspectief is de RvC een instrument met een monitorfunctie. De toezichthoudende functie moet een bijdrage leveren aan het intomen van het opportunistisch gedrag van bestuurders, die opereren met het door de aandeelhouders ter beschikking gestelde vennootschappelijk vermogen. De RvC vormt, vanuit dat perspectief, een instrument waarmee de aandeelhouder zijn relatie met het bestuur tot op zekere hoogte kan managen. In de 'principal-agent theory', die met name ziet op de situatie bij grote vennootschappen met een verspreid aandelenbezit maar ook binnen de BV een rol speelt in die situaties waarin het bestuur niet door aandeelhouders wordt gevoerd, is management van de relatie tussen bestuur en kapitaalverschaffer noodzakelijk. De economisch tegengestelde strevingen van aandeelhouders enerzijds, te weten maximalisatie van het rendement op de investering in de vennootschap, en anderzijds die van de bestuurder, die in die theorie streeft naar maximalisatie

* Prof. mr. C.A. Schwarz is hoogleraar Handels- en ondernemingsrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid Universiteit Maastricht, partner Baker Tilly Berk en redacteur van dit tijdschrift.

1. Art. 2:140 en 2:250 lid 2 BW. Zie het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor het functioneren van commissarissen reeds HR 25 februari 1949, *NJ* 1949, 558 (*Doetinchemse IJzergieterij*) en, in relatie tot instructiebevoegdheid binnen concern, de beschikking van de OK inzake *Corus*, OK 13 maart 2003, *NJ* 2003, 248, waarover M. Tuytel, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 157 e.v.

2. Men spreekt wel van de betrokken 'stake-holders' of 'constituencies'.

3. Overigens is het vennootschappelijk belang sinds de invoering van de Wet bestuur en toezicht ook voor bestuurders de wettelijk neergelegde leidraad voor het functioneren. Zie de per 1 januari geldende tekst van art. 2:129 en 2:239 lid 5 BW.

4. Van de thans 750 000 BV's in Nederland is zo'n 70% een eenpersoonsvennootschap. De andere 30% kent veelal slechts enkele aandeelhouders. De, in aandeelhoudersaantallen, grote BV komt slechts sporadisch voor.

van zijn persoonlijke behoeftebevrediging bij een per definitie sub-optimale performance, noodzaken tot management van die relatie. Helder is dat deze economische strevingen haaks op elkaar staan en dat, wanneer bestuurders ruimte krijgen voor opportunistisch gedrag, de financiële belangen van aandeelhouders bedreigd worden. De rol van commissarissen als monitor beschermt aandeelhouders, enerzijds doordat, wanneer misstanden blijken, deze worden gecommuniceerd richting aandeelhouders die vervolgens in actie kunnen komen. Immers, het recht tot (benoeming en) ontslag van bestuurders is in het gewone vennootschappelijk model in handen van aandeelhouders. Anderzijds is uitgangspunt dat de toezichthouder, in acute situaties, ook zelf kan ingrijpen bij blijkend bestuurlijk tekortschieten. Zowel in NV als BV heeft de RvC, tenzij statutair anders bepaald, de mogelijkheid te allen tijde een bestuurder te schorsen. Deze schorsing kan door de aandeelhoudersvergadering worden opgeheven.⁵ Bij de structuurvennootschap geldt dat de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders zelfs dwingendrechtelijk bij de RvC berust.⁶

Ten aanzien van de benoeming van commissarissen geldt, in het gewone model alsook in het structuurmodel, dat deze berust bij de aandeelhouders.⁷ In het gewone model kunnen bindende voordrachtsrechten door aandeelhouders worden gepasseerd en de commissarissen die door aandeelhouders zijn benoemd kunnen ook door aandeelhouders worden ontslagen.⁸ Ook in het structuurmodel worden de commissarissen, tenzij statutair anders bepaald, door aandeelhouders benoemd en kan de voordracht van kandidaten als opgesteld door de RvC steeds worden afgewezen bij volstreekte meerderheid, vertegenwoordigende een derde deel van het kapitaal.⁹ En ook in het structuurmodel is ontslag van commissarissen door aandeelhouders mogelijk, weliswaar niet in individuele gevallen, maar wel 'en groupe'.¹⁰ Kortom, de aandeelhoudersvergadering bepaalt wie als toezichthouder voor hen optreedt en het bestuur, met die taak voor ogen, van advies moet dienen. In het nieuwe BV-recht wordt de band tussen (bepaalde) aandeelhouders en commissarissen nog verder versterkt. Wanneer binnen de BV commissarissen niet door de algemene vergadering worden benoemd maar door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, berust de ontslagbevoegdheid, overeenkomstig de gebruikelijke structuur, bij die bijzondere vergadering.¹¹ Maar wanneer statutair gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om de ontslagbevoegdheid eveneens aan een ander orgaan toe te kennen, kan

dat andere orgaan *slechts* de aandeelhoudersvergadering zijn en niet bijvoorbeeld de RvC, terwijl de keuze voor deze mogelijkheid eigenlijk wel voor de hand zou hebben gelegen. Bij commissarissen bestaat dus niet, zoals bij ontslag van bestuurders die door de vergadering van een soort of aanduiding aandelen wordt benoemd, de mogelijkheid om de ontslagbevoegdheid eveneens aan een ander orgaan dan de aandeelhoudersvergadering toe te kennen.¹²

De basis voor de positie en taak van commissarissen als geschetst vanuit rechtseconomisch perspectief kan worden herleid tot de historische, zo men wil traditionele, opvatting over de rol van de commissaris als toezichthouder namens aandeelhouders, zoals die door rechtshistorici wordt aangetroffen in de juridische structuur van de VOC. In die organisatie werd een 'college van hoofdparticipanten' ingesteld nadat de ontevreden kapitaalverschaffers blijk hadden gegeven van een gezond wantrouwen jegens de bestuurders van deze vroege kapitaalvennootschap. De rol van deze rudimentaire commissarissen was dus, ook toen al, gelegen in het bewaken van het aandeelhoudersbelang tegen opportunisme en gebrek aan transparantie. Van der Heijden schrijft:

'Rekening en verantwoording werd aanvankelijk geweigerd door bewindhebbers, die naar ouden trant de zaken der Compagnie nog beschouwden als eigen zaken. Eerst in 1623 werd door de overheid de eerste rekening bevolen, welke zou worden geverifieerd door gedeputeerde hoofdparticipanten. Een college van hoofdparticipanten werd verder belast met commissarische macht en het aanhooren der jaarlijksche rekeningen.'¹³

Eerst bij de invoering van het vernieuwde NV-recht in 1929 verdween de oudvaderlandse mogelijkheid om de commissarissen, namens de aandeelhouders, de jaarrekening van goedkeuring te doen voorzien, welke was gecodificeerd in het Wetboek van Koophandel van 1838.¹⁴ Dit traditioneel perspectief, waarin het functioneren van commissarissen nauw verknoopt is met het belang van de aandeelhouders wordt, als gezegd, weerspiegeld in de actuele regeling met betrekking tot benoeming, schorsing en ontslag van commissarissen.

De rol van de commissaris is, historisch en functioneel, primair gericht op het bewaken van het aandeelhoudersbelang. Die rol is gedacht in een setting waarin er spanning tussen aandeelhouders en bestuurders aanwezig is, binnen welke verhouding de RvC zijn rol als monitor/toe-

5. Art. 2:146/257 BW.

6. Art. 2:162/272 BW.

7. Art. 2:142/252 BW, resp. art. 2:158/268 BW.

8. Art. 2:142 lid 2 BW, resp. art. 2:144 en 2:252 lid 2 BW, resp. art. 2:254 BW.

9. Art. 2:158/268 lid 9 BW.

10. Art. 2:161a/272a BW.

11. Zie art. 2:254 lid 1 BW.

12. Vgl. art. 2:244 lid 1 BW.

13. E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de Naamloze Vennootschap naar Nederlandsch Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1936 (derde druk), p. 4.

14. Van der Heijden, a.w., noot 3, p. 355. In de regeling van de structuurvennootschap van vóór 2004 was dit systeem overigens weer decennialang het uitgangspunt bij dat type vennootschappen, nu de wet de bevoegdheid tot vaststelling van de jaarrekening bij de structuurcommissarissen legde en het systeem vervolgens voorzag in goedkeuring van de aldus vastgestelde jaarrekening door de aandeelhoudersvergadering. Bij de wijziging van het structuurregime in 2004 kwam de bevoegdheid tot vaststelling van de jaarrekening weer in handen van de aandeelhoudersvergadering.

zichthouder kan spelen. Daar waar die spanning binnen de BV in het overgrote deel van de gevallen ontbreekt gegeven de nauwe betrokkenheid van aandeelhouders bij de vennootschap en hun grote bestuurlijke inbreng, is de rol van commissarissen, vanuit dit perspectief, zinledig. Tegelijkertijd is de rol van de commissaris, afhankelijk van de invulling van het begrip vennootschappelijk belang, breder en moet zijn toezichthoudende taak vooral worden gezien in het licht van de bescherming van belangen van anderen dan aandeelhouders. In dit verband zou de keuze voor inrichting van een raad van advies in plaats van een (formele) raad van commissarissen in het familiebedrijf voor de hand liggen. In de praktijk blijkt in het familiebedrijf toch regelmatig de keuze gemaakt te worden voor inrichting van een RvC, omdat men meent dat op deze wijze een steviger positie wordt gecreëerd binnen de onderneming, terwijl ook naar buiten toe de inrichting van een RvC als robuuster wordt ervaren.¹⁵

3. Weging van bij de vennootschap betrokken belangen en verschijningsvormen van vennootschappen

Wanneer we terugkeren naar het functioneren van de RvC in het kader van het vennootschappelijk belang, lijkt de conclusie te moeten zijn dat het belang van kapitaalverschaffers, als te dienen deelbelang, zwaar moet wegen. Mag aan dat belang, bij weging van alle betrokken belangen, dan een groter gewicht worden toegekend in relatie tot andere belangen? Of is dat niet noodzakelijk nu er per definitie een 'alignment' bestaat tussen alle andere deelbelangen en het aandeelhoudersbelang, zodat het dienen van het aandeelhoudersbelang tevens de belangen van alle andere betrokkenen dient? Dit soort vragen is onderwerp van heftige discussie.¹⁶

Maar hoe de invulling van het vennootschappelijk belang en dus van de taak van de commissaris ook wordt gedacht, het uitgangspunt is steeds dat de commissaris onafhankelijk moet zijn. Een commissaris in een afhankelijke positie kan immers niet naar eigen inzicht keuzes maken bij zijn afwegingen.¹⁷ In de praktijk blijkt de (on)afhankelijkheid van commissarissen ten opzichte van het bestuur in hoge mate af te hangen van de aard van de vennootschap. De

rol van de commissaris, gedacht als dienaar van het aandeelhoudersbelang binnen de vennootschap, wordt, zo zou ik menen, met name ingekleurd door de aard van de onderneming en de eigendomsverhoudingen die aan de orde zijn. Deze traditionele rol was en is aan de orde in die situaties waarin de bestuurlijke inbreng van aandeelhouders gering is en er dus reden is de groep te beschermen tegen opportunistisch gedrag van het bestuur. Men denke dan aan de grote publieke vennootschappen waarin de aandeelhouders geen betrokkenheid voelen met de vennootschap, eigenlijk gewoon belegger zijn en gemiddeld niet geïnteresseerd zijn in het uitoefenen van aandeelhoudersmacht. In die situaties, waarin de spanning tussen aandeelhouders en bestuur groot is, is er behoefte aan de monitorfunctie ten behoeve van de op afstand staande aandeelhouders. In de praktijk zijn er ook bij dit type vennootschappen wel betrokken aandeelhouders aanwijsbaar, zoals institutionele beleggers, die een zekere invloed op het bestuur uitoefenen, maar de commissaris is hier de aangewezen figuur om de aandeelhoudersbelangen, waaronder ook de belangen van de minderheidsaandeelhouders,¹⁸ te beschermen. Het wekt dan ook geen verbazing dat een voorwaarde voor beursnotering is dat een RvC binnen de vennootschap is ingesteld. De Corporate Governance Code bepaalt wat het toezicht op het bestuur ten minste moet omvatten¹⁹ en disciplineert het functioneren van commissarissen.²⁰ Ten aanzien van de onafhankelijkheid van commissarissen gelden strikte regels²¹ en er worden eisen gesteld aan deskundigheid en samenstelling:

Elke commissaris dient geschikt te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. Elke commissaris beschikt over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak, binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de raad. De raad van commissarissen dient zodanig te zijn samengesteld dat hij zijn taak naar behoren kan vervullen. De raad van commissarissen streeft naar een gemengde samenstelling, onder meer met betrekking tot geslacht en leeftijd. Een herbenoeming van een commissaris vindt slechts plaats na zorgvuldige overweging. Ook bij een herbenoeming

15. Zo bleek uit een aantal inleidingen van ondernemers op de Dag van het Familiebedrijf, die op 11 november 2013 op Nyenrode werd georganiseerd. Wel gaf een aantal grotere familiebedrijven aan een raad van advies te hebben geïnstalleerd om op die wijze de mogelijkheid te scheppen om binnen beursvennootschappen actieve toezichthouders aan hun onderneming te kunnen binden wanneer die reeds vijf toezichthoudende posities bij grote vennootschappen bekleden. Vgl. art 2:252a BW. Op ruime schaal werd de wens vernomen het familiebedrijf uit te sluiten van bedoelde regeling en deze te beperken tot beursvennootschappen.

16. Zie, recent, onder meer Huizink die, in relatie tot de wettelijke taak van commissarissen, de vraag opwerpt waarom de aandeelhoudersvergadering, die beslist over het al dan niet instellen van de raad, bij een keuze voor instelling niet de vrijheid heeft om de taak van de commissarissen te definiëren in WPNR 2013-6982, p. 535 e.v. en A.F. Verdam over de grenzen van de beleidsvrijheid van (bestuurders en) commissarissen *Ondernemingsrecht* 2013, p. 93 e.v.

17. De glibberigheid van het begrip vennootschappelijk belang wordt nog eens versterkt door het feit dat het wegingsproces, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, niet alleen wordt beïnvloed door uitgekristalliseerde opvattingen in regelgeving, rechtspraak en literatuur, maar natuurlijk ook door rechtspolitieke, economische en wereldbeschouwelijke opvattingen.

18. Bij beursvennootschappen is regelmatig sprake van grote invloed van een relatief kleine groep aandeelhouders. Wanneer bijvoorbeeld een 25%-aandeelhouder feitelijk de aandeelhoudersmacht uitoefent omdat de rest niet geïnteresseerd is in de zeggensmacht als aandeelhouder, is die rest (75%) te beschouwen als de minderheidsaandeelhouders in de vennootschap.

19. Best-practicebepaling III.1.6.

20. Bij frequente afwezigheid bij vergaderingen van de RvC wordt de betrokken commissaris daarop aangesproken, terwijl het verslag van de RvC, dat deel uitmaakt van de jaarstukken, vermeldt welke commissarissen frequent afwezig zijn geweest. Wanneer een commissaris onvoldoende functioneert dan wel structureel in een 'conflict of interest'-positie met de vennootschap verkeert, treedt hij tussentijds af. Ook treedt een commissaris af wanneer de RvC van oordeel is dat zulks is geïndiceerd.

21. Principe III.2.

wordt de hiervoor genoemde profielschets in acht genomen.²²

De spanning tussen kapitaalverschaffer en bestuur varieert, als opgemerkt, al naar gelang de aard van het samenwerkingsverband. Spanning tussen bestuurder en aandeelhouder is, bijvoorbeeld in de eenpersoonsvennootschap waarin de enig aandeelhouder ook enig bestuurder is, niet waarneembaar en toch wordt, als hierboven opgemerkt, ook in deze vennootschappen met regelmaat gekozen voor de instelling van een RvC. De intermediaire- en toezichthoudende rol van de commissaris is niet aan de orde, zijn adviserende rol verandert van kleur en zijn positie is vanuit juridisch perspectief krachteloos en niet onafhankelijk. De commissaris beschikt immers enerzijds niet over mogelijkheden om zijn toezicht te effectueren door bijvoorbeeld schorsing van bestuurders c.q. advies tot ontslag van bestuurders aan aandeelhouders, terwijl hij anderzijds steeds door de bestuurder, in diens hoedanigheid van aandeelhouder, kan worden ontslagen.

In het familiebedrijf, waarin een beperkt aantal aandeelhouders samenwerkt en bijvoorbeeld één van hen, of een buitenstaander, het bestuur vormt, kan sprake zijn van een milde spanning. Anderzijds zijn in dit type samenwerkingsverbanden de opkomstpercentages van aandeelhouders gemiddeld hoog en controleert de aandeelhoudersvergadering effectief het bestuur. In ieder geval geven de verschillende verschijningsvormen van vennootschappen aanleiding tot een verschillende definitie van het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor het functioneren van commissarissen. Op dit punt kan verwezen worden naar de opvattingen van de wetgever als geuit bij de totstandkoming van het flexibele BV-recht,²³ waar expliciet wordt overwogen dat bij de vennootschap met een (zeer) beperkt aantal aandeelhouders en geen of nauwelijks werknemers, bij de definiëring van het vennootschappelijk belang het aandeelhoudersbelang zwaarder zal wegen dan bij de grote publieke vennootschap, die een stevige maatschappelijke exposure heeft.²⁴ Het lijkt aantrekkelijk bij onderzoek naar nuancering van aansprakelijkheid te onderscheiden tussen open samenwerkingsverbanden en besloten samenwerkingsverbanden. In het kader van het onderscheid naar de positie van commissarissen in relatie tot bestuur/aandeelhouders, kan de keuze tussen NV en BV echter niet bepalend zijn. Wij kennen immers al jaren de besloten NV²⁵ en zien ons, sinds invoering van het nieuwe BV-recht, ook geconfronteerd met de mogelijk-

heid een open BV in te richten. Als bekend is het wettelijk kenmerk van de BV, bestaande uit het feit dat bij overdracht van aandelen buiten enige vrije kring een blokkeringsregeling verplicht is, in het nieuwe BV-recht komen te vervallen.²⁶

Het onderscheid tussen open- en besloten samenwerkingsverbanden zou ik in dit kader willen zoeken bij de vraag of er sprake is van een beslissende bestuurlijke inbreng van aandeelhouders zonder dat er sprake is van te beschermen minderheidsposities. Daarvan is (in ieder geval) sprake wanneer alle aandeelhouders ook bestuurder van de vennootschap zijn, hetgeen ook in het overgrote deel van de BV's het geval is.²⁷ Op deze wijze wordt aansluiting gevonden bij het criterium dat geldt voor de wettelijke regeling waarin ondertekening van de opgestelde jaarrekening door het bestuur ook steeds direct de vaststelling van de jaarrekening met zich brengt.²⁸

Ik concludeer dat bij deze vennootschappen, waarin feitelijk geen sprake is van onderscheid tussen 'ownership' en 'control', de rol van de commissaris een geheel andere is dan ooit door de wetgever is gedacht en derhalve ook juridisch op een andere wijze zou moeten worden benaderd dan thans gebruikelijk is.

4. Aansprakelijkheid van commissarissen in het familiebedrijf

De inhoud van het vennootschappelijk belang als toetssteen voor het functioneren van commissarissen wordt dus mede bepaald door de aard van het samenwerkingsverband. Bij de hierna te bespreken nuancering van aansprakelijkheid van commissarissen in het familiebedrijf speelt dat vennootschappelijk belang als wettelijk richtsnoer voor hun activiteiten een belangrijke rol. Dit uitgangspunt noodzaakt de commissaris zijn beleid vorm te geven door zijn besluitvorming de resultante te doen zijn van de afweging van alle betrokken belangen, waartoe ook het aandeelhoudersbelang behoort. De weging van dat aandeelhoudersbelang bij die besluitvorming dient zwaarder uit te pakken naarmate de bestuurlijke inbreng van aandeelhouders geringer is. Naarmate de bestuurlijke inbreng van de aandeelhouder groter is, marginaliseert dat aandeelhoudersbelang als onderdeel van het door commissarissen te dienen vennootschappelijk belang. Bij het functioneren van de commissaris in de vennootschap waarin alle aandeelhouders ook in het bestuur zitten, speelt het aandeelhoudersbelang als in aanmerking te ne-

22. Principe III.3.

23. Zie *Kamerstukken II*, 31 058, nr. 3, p. 2 e.v., alsook nr. 6, p. 12, waarover G.J.C. Rensen in *WPNR* 2013-6979, p. 458, die terecht aangeeft dat de wetgever hier vertolkt hetgeen Maeijer schreef in zijn Nijmeegse oratie getiteld *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, Deventer: Kluwer 1964, aan te treffen in Bulten e.a., *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer*, Deventer: Kluwer 2009, p. 141 e.v.

24. Zie M.J.G.C. Raaijmakers & G.J.H. van der Sagen, 'De directeur-grootaandeelhouder in het nieuwe BV-recht', in: P.J. van der Korst e.a. (red.), *Handboek Onderneming en aandeelhouder, serie Onderneming en Recht*, deel 69, Deventer: Kluwer 2012, p. 513-543, en in relatie tot tegenstrijdige belangen, p. 538-540.

25. Waarvan de definitie wordt aangetroffen in art. 2:335 lid 2 BW.

26. Art. 2:195 BW kent als default-rule een aanbiedingsblokkade, maar statutair kan de beperkte overdraagbaarheid anders worden geregeld of weggeschreven.

27. Dit is slechts anders in de schaarse situatie waarin de BV een gro(o)t(er) aantal aandeelhouders kennen die geen directe band met de vennootschap hebben en niet echt geïnteresseerd zijn in het gebruiken van hun stemrecht in het kader van het disciplineren van het bestuur.

28. Zie art. 2:210 lid 5 BW. Men zou het criterium anders kunnen formuleren, bijvoorbeeld door een besloten samenwerkingsverband in deze zin te constateren wanneer een meerderheid van het aandelenkapitaal deel uitmaakt van het bestuur van de vennootschap. Nadeel van zo'n ruimere definitie is dat er in die gevallen sprake kan zijn van een beschermingswaardige minderheidspositie, afhankelijk van de verhoudingen in de vennootschap.

men deelbelang geen rol van betekenis nu optimale controle van het bestuur in deze setting voor zich spreekt. Anders geformuleerd, bij een commissariaat in dit type besloten verhoudingen is het toezicht op het bestuur, in ieder geval gezien vanuit het perspectief van het aandeelhoudersbelang, niet aan de orde en is er ook geen minderheidsbelang waarmee rekening moet worden gehouden. Daarbij komt dat bij dit type vennootschappen er realiter ook geen toezicht gehouden kan worden. De commissaris in het familiebedrijf is schijnbokser, denktank en slijpsteen voor het bestuur, en dit alles zonder institutionele macht, ook omdat hij te allen tijde door de bestuurders, in de hoedanigheid van aandeelhouders, kan worden ontslagen. Toch wordt een onderscheid in aansprakelijkheidspositie bij beursfondsen en familiebedrijf, in ieder geval wettelijk, niet gemaakt en dat is, mijns inziens, opvallend en onwenselijk.

In de jurisprudentie wordt, zo nu en dan, wel getracht tot nuancering van aansprakelijkheid te komen op basis van de feiten en omstandigheden van het geval. De Rechtbank 's-Hertogenbosch²⁹ lijkt hier wat door te schieten, in dit geval met name lettend op de aard en de honorering van het commissariaat. Wanneer de curator de aansprakelijkheid van commissarissen in een BV baseert op de rechterlijke beoordeling van de aansprakelijkheid van commissarissen in de *Ceteco*-zaak,³⁰ overweegt de rechtbank:

‘Op geen enkele manier verwijt Curator aan [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] frauduleus gedrag of gedrag op gericht (is) om zelf ergens beter van te worden. Daarvan is kennelijk geen sprake geweest.

Commissarissen kregen voor hun toezicht een vergoeding van € 10 000 per jaar. In de periode na maart 2000 hebben zij aan de onderneming een mate van aandacht besteed (of die nu meer of minder competent was) die de gebruikelijke inzet waarvoor die € 10 000 als tegenprestatie gold, verre oversteeg.

Een groot verschil met de *Ceteco*-zaak is dat daar de commissarissen in dienst waren van Hagemeyer (de 60%-aandeelhouder) en hun persoonlijke aansprakelijkheid, naar mag worden aangenomen, door deze werkgever, die zelf ook aansprakelijk werd gehouden, gedekt werd. In deze zaak echter is in ieder geval voor [gedaagde sub 2] zijn aandelenbelang in Vialle verloren gegaan.

Bij deze beperkte honorering en vermogensverlies moet aan [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] naast wellicht naïviteit en incompetentie, werkelijk verwijtbaar onbehoorlijk gedrag verweten kunnen worden, vooraleer zij ook nog eens voor het tekort van ruim € 7,4 miljoen aansprakelijk behoren te worden gehouden. Wat [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] nu in concreto hebben gedaan of nagelaten dat geen redelijk handelend commissaris zou doen of nalaten, heeft Curator onvoldoende duidelijk naar voren gebracht.’

Ik zou menen dat naïviteit en incompetentie niet vallen te rijmen met de positie van een commissaris die in dienst staat voor eigen kwaliteiten en eigenschappen die een passende taakvervulling kunnen garanderen. Mooi is in dit vonnis wel de rechterlijke worsteling te zien om te komen tot een passende aansprakelijkheidsmaatstaf voor commissarissen waar het gaat om de aansprakelijkheid tegenover crediteuren.

Er valt mijns inziens veel te zeggen voor een andere benadering van commissarissen in het onderhavige type familiebedrijf, niet alleen vanuit het belang van de commissaris, maar ook vanuit het belang van de vennootschap en de daarbij betrokken kringen van belanghebbenden. Want wat nu als een belangrijk verschil van inzicht tussen bestuur en commissarissen in het familiebedrijf ontstaat? Commissarissen kunnen, in deze setting, niet serieus ingrijpen,³¹ tenzij, in extreme situaties, de bestuurlijk ingeslagen weg zou kunnen worden gekwalificeerd als wanbeleid en een commissaris gebruik zou moeten maken van de recent gecreëerde mogelijkheid tot het instellen van een verzoek tot enquête.³² De consequentie is dat, vooral met het oog op het geprononceerd aansprakelijkheidsprofiel, commissarissen in die omstandigheden al snel besluiten tot aftreden.

Ik zou menen dat het vennootschappelijk belang – met name in termen van andere belangen dan het aandeelhoudersbelang – onder omstandigheden gediend is met aanblijven. Commissarissen kunnen dan voortgaan met het op andere gedachten brengen van het bestuur en schade voor de vennootschap en derden zo veel mogelijk beperken. Mijns inziens een belangrijke bijkomende reden om de persoonlijke aansprakelijkheid van commissarissen te nuanceren.

In welke richting zou dan kunnen worden gedacht? Ik zou menen dat persoonlijke aansprakelijkheid van de commissaris ten opzichte van de vennootschap niet past in het familiebedrijf. Deze regeling van interne aansprakelijkheid leidt immers in theorie slechts tot (indirecte) vergoeding van schade aan aandeelhouders.³³ Weliswaar wordt naar huidig recht aangenomen dat de curator de actie van art. 2:9 BW (mede) kan instellen met het oog op de bescherming van andere belanghebbenden, zoals crediteuren, die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen, maar ik zou menen dat die zienswijze dogmatisch onverdedigbaar is. Aangenomen moet immers worden dat de actie van art. 2:9 BW door de curator slechts kan worden ingesteld handelend namens de boedel. Wanneer men al zou willen aannemen dat de actie ook strekt ter bescherming van anderen die belangen hebben bij de instandhouding van het vermogen van de vennootschap, dan zal, zoals Van der Sangen terecht verdedigde, voor een succesvol resultaat toch ten minste door de curator moeten worden aangetoond dat het handelen of nalaten van commissarissen schade heeft be-

29. Rb. 's-Hertogenbosch 19 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU4403 (*Vialle*).

30. Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008, 10.

31. Schorsing van bestuurders is bij deze rolverdeling tussen bestuur en aandeelhouders geen serieuze optie.

32. Zie art. 2:346 lid 1 onder 2 in verband met lid 2 van dit artikel.

33. De actie uit art. 2:9 BW komt de vennootschap toe en biedt aandeelhouders geen mogelijkheid tot het rechtstreeks aanspreken van bestuurders. Vlg. HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 (*Poot/ABP*).

rokkend aan de gezamenlijke crediteuren.³⁴ Dat zal, wanneer de commissaris bij verschil van inzicht met het bestuur niet aftreedt maar er alles aan doet om de negatieve gevolgen van de gekozen beleidslijn te minimaliseren, niet eenvoudig zijn. Op deze wijze geeft de commissaris vorm aan zijn bredere taakopvatting binnen de definitie van het vennootschappelijk belang.

De toezichthouder, ook bij het familiebedrijf, dient niet (alleen) de aandeelhoudersbelangen, maar ook die van andere 'stakeholders'. Het ligt voor de hand de potentiële aansprakelijkheid van commissarissen in het familiebedrijf te beperken tot schade die, gerelateerd aan tekortschietend toezicht, door derden is geleden. De conclusie is dan de interne aansprakelijkheid van commissarissen niet langer aan de orde te doen zijn in het familiebedrijf.³⁵ Overwogen zou kunnen worden deze aansprakelijkheidsgrond te schrappen voor commissarissen in vennootschappen waarin alle aandeelhouders ook bestuurder van de vennootschap zijn waarbij geldt dat, in geval van faillissement, ook de curator, als vertegenwoordiger van de boedel, niet over deze actie jegens commissarissen kan beschikken.³⁶ Wat overblijft, is de externe aansprakelijkheid van commissarissen, dus ten opzichte van derden, wanneer er een causaal verband bestaat tussen het disfunctioneren van commissarissen en de bij derden ontstane schade. Hier moet dan met name gedacht worden aan toepassing van art. 2:138/248 BW, de wettelijke bepaling die de curator helpt bij het in persoon aansprakelijk stellen van bestuurders en commissarissen in geval van faillissement, waarbij er een causaal verband bestaat tussen kennelijk onbehoorlijk toezicht en het faillissement. Daarnaast is denkbaar dat commissarissen ten opzichte van de vennootschap of derden aansprakelijk zijn wanneer het handelen of nalaten kwalificeert als een zelfstandige onrechtmatige daad ten opzichte van gelaedeerden.

Wanneer de aansprakelijkheid van commissarissen in het familiebedrijf op deze wijze zou worden genuanceerd, zou recht worden gedaan aan de feitelijke positie waarin de commissaris zich bevindt. Daardoor zou een situatie worden geschapen waarin de commissaris zich niet steeds gedwongen ziet af te treden bij een verschil van inzicht over het beleid met het bestuur. Wanneer hij, in die situaties, zich inspant om de schade voor derden verbonden aan dat bestuursbeleid zo veel mogelijk te beperken, zal van persoonlijke aansprakelijkheid van de commissaris in deze benadering niet snel sprake kunnen zijn.³⁷ En dat is, ook gezien vanuit het vennootschappelijk belang, een wenselijke situatie.

34. Zie G.J.H. van der Sangen, *TvOB* 2012-2, p. 60 e.v. In deze lijn van denken past dat de décharge van het management met zich brengt dat de claim op grond van art. 2:9 BW niet succesvol tegen hen kan worden ingesteld, ook niet door de curator. Dat ligt, als bekend, anders wanneer de curator bestuurders of commissarissen aanspreekt op grond van art. 2:248 BW. Zie lid 6 van dit artikel.

35. Dan wel, als men al van mening is dat art. 2:9 BW ook de financiële belangen van crediteuren kan dienen, aan de inzet van dit middel in geval van faillissement de voorwaarde te verbinden dat de curator de door anderen dan aandeelhouders geleden schade, samenhangend met tekortschietend toezicht, moet stellen en bewijzen.

36. Zie noot 35.

37. Als gezegd heeft de commissaris geen juridische middelen tot zijn beschikking anders dan in extreme gevallen de mogelijkheid een enquêteprocedure uit te lokken. Hij zal het dus van zijn overtuigingskracht moeten hebben.

Vergaderrechten van het management en besluitvorming buiten vergadering

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de positie van vergadergerechtigden zonder stemrecht in de B.V. nieuwe stijl. Het betreft hier de certificaathouders en de beperkt gerechtigden op aandelen. Daarnaast lijken ook bestuurders en commissarissen tot de kring van vergadergerechtigden te moeten worden gerekend. Bezien wordt hoe de aanwezigheid van vergaderrechten van anderen dan aandeelhouders van invloed is op de mogelijkheid van besluitvorming buiten vergadering onder het nieuwe art. 2:238 BW, waarbij leuke vragen aan de orde komen, zoals die naar de consequentie van het niet tevoren advies vragen aan het management bij besluitvorming buiten vergadering.



1. Inleiding; vergadergerechtigden zonder stemrecht

Bij de invoering van het nieuwe B.V.-recht per 1 oktober 2012¹ zijn de mogelijkheden voor besluitvorming door aandeelhouders buiten vergadering fors verruimd. In deze bijdrage zal aandacht worden gegeven aan dit thema, waarbij enkele vragen aan de orde komen die, in ieder geval in de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van het nieuwe B.V.-recht, niet beantwoord zijn. Na een korte duiding van de ratio van het nieuwe B.V.-recht in dit verband wordt ingegaan op de besluitvorming door aandeelhouders in de B.V. en de positie van vergadergerechtigden zonder stemrecht, waarbij aandacht wordt besteed aan certificaathouders, beperkt gerechtigden op aandelen alsook het management, met name ook bij besluitvorming buiten vergadering.

Versoepeling van de wijze van besluitvorming buiten vergadering past uitstekend binnen het doel van de nieuwe wettelijke structuur van de B.V., waarin vergroting van flexibiliteit van de samenwerking tussen aandeelhouders het uitgangspunt was. De aandeelhouders binnen de B.V. oefenen hun zeggensmacht uit in de algemene vergadering. Uitgangspunt is dat het orgaan in correct bijeengeroepen vergadering bijeenkomt, dat aldaar de leden van dat orgaan met elkander van gedachten wisselen en vervolgens het orgaan, op basis van stemming door aandeelhouders, zijn wil bepaalt. Niet alleen aandeelhouders maken deel uit van dit orgaan. Zeer wel is denkbaar dat anderen dan aandeelhouders lid zijn van de algemene vergadering, dus vergadergerechtigd zijn als ware zij aandeelhouder. Het enige verschil in de positie tussen deze vergadergerechtigden en aandeelhouders is, dat de eersten geen stemrecht hebben. Stemmen is immers voorbehouden aan aandeelhouders (met stemrecht). Hoewel vergadergerechtigden zonder stemrecht geen

stem kunnen uitbrengen bij besluitvorming door het orgaan, wordt hun rol in het besluitvormingsproces, van oudsher, als wezenlijk gezien. De Hoge Raad definieert het besluit van het orgaan als de vrucht van onderling overleg tussen alle vergadergerechtigden, waarbij met name ook grote waarde wordt gehecht aan het spreekrecht ter vergadering.² Een begenadigd causeur kan, zo is de gedachte, de uitslag van de stemming krachtig beïnvloeden, ook al beschikt hij zelf niet of nauwelijks over stemrechten. Hoewel in het huidige tijdsgewricht dit model, zeker bij beursgenoteerde vennootschappen waar aandeelhouders (ruim) voor de vergadering hun stem langs elektronische weg kenbaar maken, is achterhaald, wordt in de rechtspraak en literatuur nog steeds vastgehouden aan het uitgangspunt dat slechts rechtsgeldig kan worden besloten wanneer alle vergadergerechtigden tijdig en op de voorgeschreven wijze voor de algemene vergadering zijn opgeroepen. Wanneer de houder van een minimaal aantal aandelen of een vergadergerechtigde die überhaupt geen stemrecht heeft, niet is opgeroepen kan het orgaan in beginsel niet besluiten conform de formele eisen betreffende de totstandkoming van aandeelhoudersbesluiten. Uitgangspunt is immers dat ook de vergadergerechtigde die geen stemrecht heeft, op basis van de agenda moet kunnen bepalen of hij gebruik zal maken van zijn vergaderrecht/spreekrecht, om zijn visie te presenteren aan degenen die de inhoud van het besluit van de algemene vergadering, door te stemmen, bepalen.

2. Het nieuwe B.V.-recht; maatschapachtige structuren in de kapitaalvennootschap

De recente ingrijpende aanpassing van het B.V.-recht in 2012 had te maken met het streven van de wetgever om de B.V. aantrekkelijker te maken voor de consument van die rechtsvorm, de ondernemer in het mkb. Nadat het

* Prof. mr. C.A. Schwarz is hoogleraar Ondernemingsrecht te Maastricht, partner Baker Tilly Berk en redacteur van dit tijdschrift. Deze bijdrage is een bewerking van een essay dat verschenen is in het *Liber amicorum Gerrit van Maanen* (Deventer: Kluwer 2014).

1. Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (*Kamerstukken* 31058, *Stb.* 2012, 299)/Invoeringswet (*Kamerstukken* 32426, *Stb.* 2012, 300).

2. HR 20 november 1996, *NJ* 1997/188.

Europees Hof van Justitie de vrije vestiging van rechtspersonen uit alle lidstaten van de EU in alle andere lidstaten sacrosanct had verklaard,³ waarbij het uitgangspunt is dat herkenning en erkenning van die rechtsvormen zonder enige discriminatie ten opzichte van autochtone rechtsvormen moet geschieden, ontstond het besef dat rechtssystemen met elkaar concurreren. Wanneer de ondernemer kan kiezen voor elke rechtsvorm die in de EU wordt aangeboden, is de vraag of het eigen product de consument wel aanstaat uiteraard relevant. Uit divers onderzoek naar de aantrekkelijkheid van de B.V. kwam een verontrustend resultaat. Die rechtsvorm werd als inflexibel bestempeld en slecht passend bij de werkelijke aard van het samenwerkingsverband dat in de praktijk voor die rechtsvorm koos. Het overgrote deel van de B.V.'s bleek een eenpersoons-B.V., in de praktijk ook wel aangeduid als een dga-situatie, te zijn, dus een B.V. die maar één aandeelhouder kent die tegelijkertijd ook de enig bestuurder is. Eigenlijk is hier sprake van een eenmanszaak, maar om fiscale redenen en/of aansprakelijkheidsoverwegingen koos die ondernemer toch voor de B.V., hoewel de structuur van de vennootschap, met zijn verschillende organen en voorschriften voor besluitvorming en dergelijke, niet bij hem past. De rest van de B.V.'s bleek te bestaan uit samenwerkingsverbanden van enkele aandeelhouders, die veelal ook allemaal als bestuurder betrokken waren. Deze samenwerkingsverbanden waren gericht op samenwerking tussen juist deze personen, hadden dus een sterk 'intuitu-personae'-karakter en waren eigenlijk maatschapachtige structuren. Het feit dat die samenwerkingsverbanden niet voor de maatschap als rechtsvorm kozen, heeft opnieuw te maken met aansprakelijkheidsaspecten⁴ alsook een andere fiscale behandeling. In uitzonderlijke gevallen, met name de oudere familiebedrijven in de vorm van een B.V., bleken er tientallen aandeelhouders aanwezig te zijn, die niet allen sterk bij het management van de vennootschap betrokken zijn. De problematiek die in deze vennootschappen speelt, is goed vergelijkbaar met de situatie die binnen de beursgenoteerde N.V. aan de orde is, waar aandeelhouders niet vennootschappelijk betrokken zijn en beschermd moeten worden tegen opportunistisch gedrag van bestuurders en toezichthouders, alsook tegen meerderheidsblokken in de aandeelhoudersvergadering.

De conclusie was dat de B.V.-vorm met name minder aantrekkelijk was voor de grote groep van al dan niet besloten samenwerkingsverbanden die niet voor een personenvennootschap kozen maar voor een B.V., maar

tegelijkertijd probeerden die B.V. in de aandeelhoudersovereenkomsten een maatschapachtig karakter te geven. In veel gevallen bleken deze aandeelhoudersovereenkomsten dan ook in strijd te zijn met het dwingend vennootschapsrecht van Boek 2 BW, hetgeen de vraag deed stellen naar de geldigheid van deze overeenkomsten.⁵ Wat hier ook van zij, de ingrijpende wijziging van het B.V.-recht, zoals ingevoerd in oktober 2012, was in hoge mate gericht op het vergemakkelijken van het aanleggen van een maatschapachtige, en dus flexibele structuur in de B.V. nieuwe stijl.⁶

3. Besluitvorming door aandeelhouders in de B.V.

De B.V. wordt dus gekenmerkt door het feit dat er in de meeste gevallen maar één aandeelhouder/bestuurder is, en in de rest van de gevallen er sprake is van een samenwerkingsverband van enkele aandeelhouders, die veelal ook als bestuurder bij de vennootschap zijn betrokken. In deze setting is het niet gebruikelijk om te besluiten in een formeel bijeengeroepen bestuurs- of aandeelhoudersvergadering, maar is het usance te besluiten bij het koffie-apparaat, in het café of, in groepsverhoudingen, door het bestuur van de moeder op het hoofdkantoor. De wetgever heeft zich dit gerealiseerd en getracht met name de informele wijze van besluitvorming door aandeelhouders beter vorm te geven in het gewijzigd B.V.-recht. Dat was nodig omdat besluitvorming buiten formele vergadering vaak werd bemoeilijkt door het bestaan van vergadergerechtigden zonder stemrecht. Daarnaast werd de oude wettelijke regeling dat slechts unaniem buiten vergadering kon worden besloten, als te klemmend ervaren⁷ en werd het vereiste van schriftelijke stemming losgelaten.⁸ Overigens is de kring van personen die vergadergerechtigd zijn zonder stemrecht in het nieuwe B.V.-recht, in potentie groter geworden nu het thans mogelijk is om aandelen zonder stemrecht uit te geven.⁹ Men dient zich te realiseren dat, wanneer van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, er altijd vergadergerechtigden zonder stemrecht in de algemene vergadering van de B.V. ontstaan en dat dus niet, zoals bij certificaten, statutair het al dan niet ontstaan van vergaderrechten in de algemene vergadering kan worden gecontroleerd.¹⁰ Hierbij moet nog worden opgemerkt dat het aandeel zonder stemrecht geen stemrecht in de algemene vergadering met zich brengt, maar de aandeelhouder wel stemgerechtigd maakt in een ander orgaan van de B.V., namelijk de vergadering van aandeel-

3. HvJ EG 5 november 2002, NJ 2002/58 (*Überseering*) en HvJ EG 30 september 2003, NJ 2004/394 (*Inspire Art*).

4. In de maatschap zijn alle maten voor gelijke delen aansprakelijk tegenover schuldeisers. Art. 7A:1680 BW. Bij de v.o.f. geldt een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de vennoten tegenover de zaakscrediteuren. Art. 18 WvK. Aan deze aspecten valt nog de werking van de opdracht titel toe te voegen, leidend tot hoofdelijke aansprakelijkheid van alle maten wanneer de maatschap de opdracht aanvaardt. Zie art. 7:407 lid 2 BW alsook HR 15 maart 2013, NJ 2013/290, m.nt. Van Schilfgaarde.

5. Vgl C.A. Schwarz, *TvOB* 2009, afl. 1, p. 14 e.v. Recent werd een nieuw geluid vernomen, te weten dat een aandeelhoudersovereenkomst, zelfs wanneer die in strijd is met dwingend recht, prevaleert boven een statutaire regeling die de wettelijke regeling reflecteert, in Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:193, JOR 2014/158. Zie ook Rb. Alkmaar 31 oktober 2012, HA ZA 11-627, ECLI:NL:RBALK:2012:4511 en Hof Amsterdam 21 januari 2014, 200.126.599/01, ECLI:NL:GHAMS:2014:91.

6. Zie C.A. Schwarz, *Inleiding tot het nieuwe BV-recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012.

7. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 88. 'In de praktijk kan het voorkomen dat een aandeelhouder weliswaar tegen het besluit wenst te stemmen, maar er tegelijkertijd geen bezwaar tegen heeft dat het besluit op een andere wijze dan in een vergadering wordt genomen.'

8. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31058, 7, p. 18. Dit resulteerde in de nieuwe regeling van art. 2:238 lid 2 BW.

9. Art. 2:228 lid 4 BW.

10. Zie art. 2:227 lid 2 BW. Hier zien we een belangrijk onderscheid tussen certificaathouders en houders van aandelen zonder stemrecht, waarover uitgebreid R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss. Maastricht) (Nijmeegse serie, deel 116), Deventer:

houders zonder stemrecht, zeker wanneer aan dit nieuwe orgaan organisatierechtelijke rechten worden toegeëld, zoals het benoemen van een bestuurder.¹¹ Hieronder wordt nader ingegaan op de problematiek van besluitvorming door aandeelhouders wanneer vergadergerechtigden zonder stemrecht in beeld zijn, en op de oplossingen die het nieuwe B.V.-recht daarvoor biedt. Aangetekend zij dat, waar het betreft het ontstaan van vergadergerechtigden zonder stemrecht in de vorm van houders van aandelen zonder stemrecht, de aandeelhouders steeds zelf in control zijn, nu zij besluiten over de emissie van aandelen zonder stemrecht en daarbij dus voor lief nemen dat besluitvorming buiten vergadering wordt bemoeilijkt. Anders geformuleerd, wanneer dit type aandelen niet wordt uitgegeven, wordt voorkomen dat langs deze weg er vergadergerechtigden zonder stemrecht ontstaan. Hieronder zal worden gezien op welke wijze in het nieuwe recht voorkomen kan worden dat er op andere wijze binnen de B.V. vergadergerechtigdheid zonder stemrecht ontstaat.

4. Vergaderrecht voor de certificaathouder

In het oude recht was informele besluitvorming door aandeelhouders lastig omdat vergadergerechtigden zonder stemrecht een blokkade vormden, terwijl ook niet altijd helder was of bepaalde bij de vennootschap betrokkenen vergadergerechtigd waren. De eerste betrokkene die hier in beeld komt is de certificaathouder. Wanneer aandelen zijn gecertificeerd is er meestal sprake van de situatie waarin de B.V. aandelen plaatst bij een Stichting Administratiekantoor (STAK), die economische deelgerechtigdheden (certificaten) uitgeeft aan de uiteindelijk risicodragend kapitaalverschaffers, de certificaathouders. Certificaathouders storten op de certificaten onder de STAK, die dat geld benut ter storting op de aandelen. Op basis van de overeenkomst die tussen STAK en certificaathouders wordt gesloten, is de STAK gehouden alle revenuen op de aandelen direct door te betalen aan certificaathouders. Op deze wijze wordt bereikt dat het stemrecht bij de STAK berust, terwijl het vorderingsrecht aan de aandelen verbonden, indirect bij certificaathouders komt te liggen.

Tot invoering van het nieuwe B.V.-recht hing de vergadergerechtigdheid van certificaathouders af van de vraag of de certificaten 'met medewerking der vennootschap' waren uitgegeven. Indien dit het geval was, ontstonden er allerhande rechten voor certificaathouders in relatie

tot de vennootschap, waaronder het vergaderrecht.¹² Het medewerkingsbegrip was echter niet wettelijk gedefinieerd, hetgeen leidde tot verschillende opvattingen. De klassieke opvatting (de rechtshandeling gerichte benadering) kwam, kort gezegd, neer op de gedachte dat er sprake was van medewerking van de vennootschap wanneer het orgaan van de vennootschap dat bevoegd was tot emissie van aandelen uitdrukkelijk besloot tot het verlenen van medewerking aan de certificering.¹³ Daar kwam al snel een andere visie tegenover te staan (de feitelijke benadering) die het ontstaan van bewilligde, dus vergadergerechtigde certificaten verbond aan de vraag of de vennootschap feitelijk medewerking had verleend aan de certificering.¹⁴ Op dit punt ontstond discussie en dus rechtsonzekerheid met betrekking tot de vraag wanneer een certificaathouder in een organisatierechtelijke betrekking tot de vennootschap kwam te staan. Deze discussie werd beëindigd bij invoering van het nieuwe B.V.-recht, waar thans geldt dat vergaderrechten alleen dan aan certificaten zijn verbonden wanneer dat statutair is voorzien. Sinds die wijziging is het voor de vennootschap eenvoudig het ontstaan van vergaderrechten van certificaathouders uit te sluiten door statutair geen vergaderrecht aan certificaten toe te kennen.¹⁵

5. Vergaderrecht voor beperkt gerechtigden op aandelen en blooteigenaren

Een andere belangrijke hick-up bij de gewenste mogelijkheid om informeel aandeelhoudersbesluiten te nemen lag in de consequenties van het vestigen van een beperkt recht op aandelen. Statutair kan de mogelijkheid van vestiging van pandrecht worden uitgesloten, maar dat kan niet ten aanzien van het vestigen van een recht van vruchtgebruik op aandelen.¹⁶ Naar huidig recht ontstaat vergaderrecht voor beperkt gerechtigden wanneer zulks statutair is geregeld. Het verdient uiteraard aanbeveling om geen gebruik te maken van deze mogelijkheid. Daarnaast kunnen vergaderrechten voor beperkt gerechtigden ontstaan wanneer het stemrecht op de aandelen wordt overgedragen aan de pandhouder of vruchtgebruiker. In die gevallen blijft de aandeelhouder/blooteigenaar overigens ook vergadergerechtigd. Het is bij de B.V. krachtig aan te raden de mogelijkheid van overdracht van stemrecht aan de beperkt gerechtigde uit te sluiten. Bij een juiste statutaire inrichting is er, bij het ontstaan van beperkte rechten op aandelen, geen bedreiging voor de mogelijkheid tot informele besluitvorming door aandeelhouders.

Kluwer 2013. De aandeelhouder zonder stemrecht beschikt, als aandeelhouder, steeds over vergaderrecht in de aandeelhoudersvergadering en deze rechten kunnen hem ook niet ontnomen worden.

11. Vgl. art. 2:189a jo. 2:242 lid 1 BW.

12. Daarnaast werden de houders van bewilligde certificaten geacht te behoren tot de redelijkheids- en billijkheidskring van art. 2:8 BW, waten in staat stelde om besluiten van organen van de vennootschap voor vernietiging voor te dragen op grond van strijd met normen van redelijkheid en billijkheid. Art. 2:15 lid 1 onderdeel b BW. Tenslotte beschikten alleen de houders van bewilligde certificaten over het gemeenschappelijk wettelijk pandrecht van art. 3:259 BW (oud).

13. Zie F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1991, hoofdstuk 6.

14. C.A. Schwarz, 'Enkele vragen bij certificering van aandelen', *TVVS* 1992, afl. 1, p. 6-11.

15. Zie noot 10.

16. Vgl. art. 2:198 resp. 2:197 BW.

Aldus is het mogelijke ontstaan van vergaderrecht bij alle potentieel vergadergerechtigden volgens de nieuwe wettelijke regeling in Boek 2 BW in kaart gebracht.¹⁷

6. Vergaderrecht van bestuurders en commissarissen?

In de rechtspraak¹⁸ en literatuur wordt vrij algemeen aangenomen dat bestuurders en commissarissen binnen de algemene vergadering in zekere zin vergadergerechtigd zijn nu de wet, in ieder geval tekstueel benaderd, aan hen dwingendrechtelijk een adviserende stem in de algemene vergadering toekent.¹⁹ Met name is dit, zo wordt in brede kring aangenomen, aan de orde wanneer het in die algemene vergadering gaat om het ontslag van een bestuurder. De raadgevende stem²⁰ in de algemene vergadering dient het vennootschappelijk belang, maar wanneer het ontslag van de bestuurder aan de orde is, geschiedt het horen van de bestuurder volgens de Hoge Raad,²¹ (eveneens) in verband met de privébelangen van de bestuurder en speelde de raadgevende stem ook een rol bij besluitvorming buiten vergadering.

Besluitvorming buiten vergadering was onder het oude recht slechts mogelijk wanneer de statuten die mogelijkheid openden en er geen met medewerking der vennootschap uitgegeven certificaten in omloop waren. Daarnaast gold dat besluitvorming buiten vergadering slechts rechtsgeldig mogelijk was wanneer het besluit werd genomen met algemene stemmen van de stemgerechtigd aandeelhouders.²² In het nieuwe recht zijn de mogelijkheden voor besluitvorming buiten vergadering fors verruimd, zoals hieronder nog aan de orde zal komen.

Wanneer het gaat om een voorgenomen ontslag van een bestuurder zijn de privéaspecten in beeld en heeft de algemene vergadering de plicht, zo leert de rechtspraak, de bestuurder op te roepen bij besluitvorming in vergadering. Zeker in dat geval moet de oproeping voor de algemene vergadering tijdig plaatsvinden²³ en heeft de algemene vergadering een hoorplicht, waaraan, zo zou ik menen, een zekere motiveringsplicht gekoppeld is, welke verplichtingen worden gebaseerd op de normen van rede-

lijkheid en billijkheid die de relatie tussen bestuurder en vennootschap beheersen. Vraag is hoe deze positionering zich verhoudt tot het vergaderrecht en de mogelijkheid om, zonder betrokkenheid van bestuurders en commissarissen, in ieder geval naar huidig recht besluiten te kunnen nemen buiten vergadering, ook over het ontslag van de bestuurder.

7. Management niet vergadergerechtigd in de zin van art. 2:227 lid 2 BW

In het nieuwe B.V.-recht geeft de wet een limitatieve opsomming van de vergadergerechtigden in de algemene vergadering van de B.V.²⁴ Het gaat dan om (1) de aandeelhouders en (2) om de houders van certificaten van aandelen waaraan bij de statuten vergaderrechten zijn verbonden, waarbij overigens de mogelijkheid wordt geboden om statutair te bepalen dat tot het verbinden of ontnemen van vergaderrecht aan certificaten kan worden besloten door een daartoe statutair aangewezen orgaan.²⁵ Ook kunnen (3) pandhouders en (4) vruchtgebruikers vergadergerechtigd worden wanneer dit statutair als consequentie aan de vestiging van het beperkt recht zou zijn verbonden, terwijl bij de vestiging niet anders is bepaald. Daarnaast kan het vergaderrecht aan vruchtgebruikers en pandhouders toekomen wanneer aan hen het stemrecht wordt overgedragen door de aandeelhouder.²⁶ In die gevallen blijft ook de aandeelhouder, als blooteigenaar van de aandelen, stemgerechtigd.

In deze limitatieve opsomming van de vergadergerechtigden komt de bestuurder of de commissaris niet voor. Wel bepaalt ook het nieuwe recht dat bestuurders en commissarissen in de algemene vergadering een raadgevende stem hebben, hetgeen noodzakelijkerwijze met zich brengt dat betrokkene op een zodanige termijn voor de algemene vergadering wordt opgeroepen dat hij zich op maat kan voorbereiden.²⁷

17. De wet geeft in art. 2:227 lid 2 BW thans een limitatieve opsomming van vergadergerechtigden, zijnde de aandeelhouder (uiteraard inclusief de aandeelhouder zonder stemrecht), de certificaathouder, de pandhouder, de vruchtgebruiker en de blooteigenaar/aandeelhouder. De inventarisatie tot nu geeft aan dat statutair het ontstaan van vergadergerechtigden van al deze categorieën, uiteraard behalve van de aandeelhouder, kan worden voorkomen.

18. HR 10 maart 1995, *NJ* 1995/595 en, bijv. HR 22 december 2009, *NJ* 2010/16.

19. Art. 2:227 lid 7 BW.

20. Voor 1 oktober 2012 neergelegd in art. 2:227 lid 4 BW (oud).

21. HR 22 december 2009, *NJ* 2010/16 (*Janssen Pers*). Zie ook C.A. Schwarz, 'Goede raad is duur; motiveringsplicht, hoorrecht en raadgevende stem bij ontslag van bestuurders', *WPNR* 1995, afl. 6191, p. 527-531.

22. Art. 2:238 BW (oud).

23. Tijdig betekent op een zodanig moment dat de bestuurder zich terdege op de vergadering kan voorbereiden, waarbij dus niet noodzakelijk de statutaire termijn voor oproeping van de algemene vergadering moet worden gehanteerd. In deze zin HR 29 januari 1943, *NJ* 1943/198.

24. Zie art. 2:227 lid 2 BW.

25. Lid 4 van art. 2:227 BW regelt, niet onlogisch, dat in bestaande vergadergerechtigdheid van certificaathouders slechts wijziging kan worden gebracht wanneer de betrokken certificaathouders met statutenwijziging in deze zin instemmen tenzij statutair gebruikgemaakt is van de mogelijkheid om vergaderrecht bij besluit van een orgaan van de vennootschap toe te kennen of te ontnemen.

26. Zie art. 2:197 lid 3 en art. 2:198 lid 3 BW. Het stemrecht kan worden overgedragen bij de vestiging van het beperkt recht of, sinds invoering van het nieuwe B.V.-recht, bij latere schriftelijke akte wanneer de beperkt gerechtigde een persoon is aan wie de aandelen vrijelijk kunnen worden overgedragen. Indien dit niet het geval is, bijvoorbeeld wanneer de statuten een blokkeringsregeling kennen in de zin van art. 2:195 BW, geldt er een goedkeuringsregeling voor de overdracht van het stemrecht aan de beperkt gerechtigde bij vestiging van het beperkt recht of latere overdracht bij schriftelijke akte, alsook bij de latere overdracht van het beperkt recht wanneer het stemrecht aan de beperkt gerechtigde toekomt.

27. Art. 2:227 lid 7 BW.

8. Vergadergerechtigden en besluitvorming buiten vergadering

Als eerder opgemerkt is de wettelijke regeling betreffende besluitvorming buiten vergadering in het nieuwe recht aangepast met het doel deze wijze van besluitvorming, immers de normale situatie bij de B.V., te vergemakkelijken. Anders dan onder het oude recht is unanimité niet meer vereist voor besluitvorming buiten vergadering en is besluitvorming buiten vergadering ook steeds mogelijk wanneer de B.V. vergadergerechtigden zonder stemrecht kent.²⁸ Voorwaarde die thans geldt is dat alle vergadergerechtigden instemmen met de besluitvorming buiten vergadering.²⁹ De vraag of deze instemming vóór de besluitvorming buiten vergadering moet blijken wordt in de parlementaire geschiedenis ontkennend beantwoord, waar wordt opgemerkt:³⁰

‘Het ligt op de weg van degene die de besluitvorming entameert om instemming van de vergadergerechtigden te verkrijgen en – indien daarover achteraf onduidelijkheid mocht bestaan – te bewijzen.’

Op dit moment kan een aantal conclusies worden getrokken. Het management behoeft geen instemming te verlenen aan de besluitvorming buiten vergadering. Zij zijn immers niet vergadergerechtigd. Daarnaast blijkt, mijns inziens, uit bovenstaand citaat dat ook achteraf de mogelijkheid bestaat om aan te tonen dat de vergadergerechtigden zonder stemrecht hebben ingestemd met de besluitvorming buiten vergadering.³¹ Dit lijkt de mogelijkheid te bieden om, ook zonder voorafgaande formele toestemming, rechtsgeldig te besluiten en later, wanneer er discussie zou ontstaan, alsnog aan te tonen dat alle vergadergerechtigden instemden. Conclusie is dat besluitvorming buiten vergadering steeds rechtsgeldig geschiedt, zeker wanneer alle stemgerechtigde aandeelhouders rechtstreeks bij de besluitvorming zijn betrokken, omdat de wet de ruimte biedt ook op een later moment alsnog de instemming van de overige vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming te verkrijgen.³² Ten slotte komt de

vraag op of op deze wijze ook niet een aardig eind gekomen kan worden met het bewerkstelligen van de situatie waarin vergadergerechtigden (feitelijk) instemmen met het afzien van vergaderrechten voor meerdere besluitvormingsmomenten in de toekomst.³³

Aangenomen moet worden dat rechtsgeldige besluitvorming in formele vergadering niet kan plaatsvinden wanneer niet alle vergadergerechtigden per vergadering worden opgeroepen onder toezending van de agenda.³⁴ Wanneer, in ieder geval bij besluitvorming buiten (jaar)vergadering, in beginsel steeds rechtsgeldig kan worden besloten totdat er een probleem ontstaat, zou ik menen dat het perspectief is gewijzigd.

Bezien we thans de rechtsgeldigheid van besluiten genomen buiten vergadering in het licht van de positie van het management, dan kan het volgende worden opgemerkt. Onder het oude recht was de literatuur verdeeld over de noodzakelijke betrokkenheid van het bestuur bij besluitvorming buiten vergadering. Zo werd verdedigd dat de raadgevende stem van het management bij besluitvorming buiten vergadering moest worden gerespecteerd en dat die stem schriftelijk moest worden uitgebracht,³⁵ waarbij overigens de vraag is hoe het raadgevende karakter van die stem zijn invloed heeft op de stemgerechtigde aandeelhouders die ook schriftelijk hun stem uitbrachten. Anderen meenden dat er in dat geval geen plaats was voor de raadgevende stem³⁶ en weer anderen waren diezelfde mening toegedaan maar namen aan dat onder omstandigheden normen van redelijkheid en billijkheid met zich brachten dat het management vooraf moest worden geraadpleegd.³⁷

In het nieuwe recht is deze discussie beslecht. Thans bepaalt de wet dat bestuurders en commissarissen, in geval van besluitvorming buiten vergadering, vóór de besluitvorming in de gelegenheid worden gesteld om advies uit te brengen.³⁸ Wanneer er dus, bijvoorbeeld bij een gezamenlijk toevallig treffen van aandeelhouders bij de open haard, overgegaan wordt tot besluitvorming, is, zeker wanneer er geen vergadergerechtigden zonder stemrecht in de B.V. zijn, het enige vereiste voor rechtsgeldig opereren dat het management in staat wordt gesteld te advi-

28. Art. 2:238 BW (oud) maakte besluitvorming buiten vergadering niet mogelijk wanneer er met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten waren uitgegeven.

29. Art. 2:238 lid 1 BW schrijft dat besluitvorming op deze wijze slechts mogelijk is wanneer alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd, waarbij bedoelde instemming langs elektronische weg kan worden gegeven.

30. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 88 (MvT).

31. Weliswaar dwingt de letterlijke tekst van het citaat niet tot deze conclusie, nu die ook gelezen kan worden als houdende de mogelijkheid om achteraf de aan de besluitvorming voorafgaande instemming te bewijzen. De context waarin de zinsnede gelezen wordt lijkt in de richting van mijn uitleg te duiden, ook al omdat dit de flexibiliteit van het besluitvormingsproces ten goede komt. In een vergelijkbare situatie, namelijk de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening volgens art. 2:215 lid 3 BW waarbij geldt dat andere vergadergerechtigden met deze wijze van vaststelling moeten instemmen, wordt in de toelichting opgemerkt als volgt (*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 89): ‘Instemming kan ook impliciet of stilzwijgend worden aangenomen.’ Er is geen reden om aan te nemen dat in onze situatie de mening van de wetgever een andere zou zijn.

32. Zie in gelijke zin Wolf, a.w., noot 9, p. 222. Zie ook de aldaar geciteerde literatuur.

33. Vgl. Wolf, a.w., noot 14, p. 298 e.v.

34. Overigens anders: De Kluiver/Meinema, *WPNR* 2002, afl. 6503, p. 648 e.v.

35. Zo bijvoorbeeld H. Boschma, *De eenpersoons-bv* (Groningse Reeks, deel 28), Deventer: Kluwer 1997.

36. J.M. Blanco Fernandez, *Ondernemingsrecht* 1999, afl. 6, p. 148 e.v.

37. J.B. Huizing, *WPNR* 1995, afl. 6205, p. 837 e.v.

38. Art. 2:238 lid 2 BW. Overigens geldt hetzelfde ingeval men bij een gebrekkige oproeping gebruik wil maken van de mogelijkheid toch rechtsgeldig te kunnen besluiten met algemene stemmen als het gehele kapitaal vertegenwoordigd is (art. 2:225 BW) of wanneer er elders dan behoort wordt vergaderd (art. 2:226 lid 3 BW). In die gevallen moeten, evenals bij de besluitvorming buiten vergadering, alle vergadergerechtigden hebben ingestemd en moeten bestuurders en commissarissen in de gelegenheid zijn gesteld om advies uit te brengen voorafgaand aan de besluitvorming.

seren. Wanneer de aandeelhouders, voorafgaand aan de besluitvorming, de bestuurders in staat stellen advies te geven bijvoorbeeld via de telefoon of per e-mail, is aan deze voorwaarde voldaan. Overigens zou ik willen aannemen dat de regels van redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat de aandeelhouders aan het management mededelen over welke onderwerpen er buiten vergadering zal worden (gedelibereerd en) besloten alsook dat het management enige tijd voor voorbereiding van het advies moet worden gegund. Wanneer op deze wijze het advies in de besluitvorming verdisconteerd kan worden, is aan alle eisen voor geldige besluitvorming voldaan.³⁹

Een van de opkomende vragen in dit verband is wat de consequentie voor de besluitvorming is wanneer het management niet correct⁴⁰ of helemaal niet is geadieerd in het kader van de besluitvorming. Alsdan is het besluit vernietigbaar wegens strijd met de wettelijke bepalingen die de totstandkoming van besluiten regelen.⁴¹ Vraag is of hier een enorme dreiging aan de orde is. Ik denk dat dit wel meevalt. Want stel dat de enig aandeelhouder heeft besloten over welk thema dan ook zonder het management te raadplegen. Wanneer bestuurders en commissarissen over deze besluitvorming worden geïnformeerd, zijn er mijns inziens twee situaties denkbaar. Of het management blijkt over informatie te beschikken waarover de aandeelhouder bij zijn besluitvorming niet beschikte, welke achteraf relevant blijkt te zijn. Alsdan zal uiteraard worden overgegaan tot aanpassing van het besluit op basis van het aanvankelijk gemist advies.⁴² Maar als er bij het management niet anders blijkt dan gevoelens van frustratie en er geen informatie beschikbaar blijkt die de aandeelhouder niet kende, lijkt de kans op vernietiging van het aandeelhoudersbesluit door de rechter uiterst gering, zo niet nul. Immers, in gevolge de wet⁴³ geschiedt vernietiging van het besluit door de rechtbank op vordering van een belanghebbende die een redelijk belang heeft bij de naleving van de verplichting om tijdig van advies te kunnen dienen. En ik zou willen aannemen dat, wanneer de rechtbank blijkt dat het management geen advies van belang had kunnen geven dat van invloed op de besluitvorming zou zijn geweest, er niet tot vernietiging van het besluit zal (mogen) worden besloten. Op basis van de huidige wettelijke regeling moet worden aangenomen dat, in ieder geval na het tijdig inwinnen van advies, steeds rechtsgeldig buiten vergadering kan worden besloten. Dat geldt, zo lijkt mij, dus ook voor een besluit buiten vergadering tot ontslag van een bestuurder. Wellicht is

de consequentie dat de te betalen ontslagvergoeding aan de bestuurder als werknemer van de B.V. stijgt, omdat de rechter – mijns inziens ten onrechte – uitgangspunten van arbeidsrechtelijke bescherming geschonden ziet worden,⁴⁴ maar dat staat de rechtsgeldigheid van het besluit overigens niet in de weg.

9. Afsluiting

Conclusie is derhalve dat de mogelijkheden voor informele besluitvorming binnen de B.V. in de huidige wetgeving krachtiger zijn aangezet, hetgeen past binnen het maatschapachtige karakter dat het gemiddeld samenwerkingsverband binnen de B.V. kenmerkt, als er al sprake is van een samenwerking tussen aandeelhouders en niet van een eenpersoonsvennootschap. Op deze wijze wordt beter aangesloten bij uitgangspunten van democratisering van besluitvorming binnen een kapitaalvennootschap zoals die vrij algemeen worden gepercipieerd. In die perceptie is besluitvorming in handen van stemgerechtigde aandeelhouders die bij hun besluitvorming kunnen worden beïnvloed door de visie van vergadergerechtigden zonder stemrecht en dat zijn, in de huidige wettelijke benadering, alleen lieden die als belanghebbenden bij de financiering van het eigen vermogen van de vennootschap zijn betrokken. Het management is dat niet en is dienstbaar aan het belang van de vennootschap zoals dat door vergadergerechtigden wordt gedefinieerd en door besluitvorming wordt geconcretiseerd.

39. In de praktijk komt de vraag wel op of deze wijze van besluitvorming ook mogelijk is wanneer het gaat om het vaststellen van een uitkering in de zin van art. 2:216 lid 1 BW. Ik zou deze vraag bevestigend willen beantwoorden nu de positie van de bestuurders door deze wijze van besluitvorming niet wezenlijk wordt geraakt aangezien lid 2 van bedoeld artikel uitdrukkelijk bepaalt dat het aandeelhoudersbesluit geen gevolgen heeft zolang het bestuur daaraan geen goedkeuring heeft verleend. Zolang het bestuur die goedkeuring niet verleent ontstaat er voor aandeelhouders door het uitkeringsbesluit geen vorderingsrecht op de vennootschap.

40. Bijvoorbeeld op te korte termijn of zonder volledige aanduiding van de thema's van voorgenomen of later blijvende besluitvorming.

41. Art. 2:15 lid 1 onderdeel a BW. In de literatuur en jurisprudentie wordt algemeen aangenomen dat in dit geval geen sprake is van nietigheid van het besluit. Zie Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 323 e.v. en de daar geciteerde uitspraken.

42. In dit voorbeeld zou geen sprake zijn van de bevestiging van een vernietigbaar besluit, nu de inhoud van dit besluit na verkregen informatie van het management anders zal luiden dan het besluit dat eerder werd genomen.

43. Art. 2:15 lid 3 onderdeel a BW.

44. Zie uitgebreid over de beëindiging van de vennootschappelijke verhouding in relatie tot beëindiging van de contractuele relatie, Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 749 e.v. Men realiseer zich dat, als het zou gaan om een meerhoofdig bestuur, de andere bestuurders een raadgevende stem hebben bij besluitvorming in vergadering overeenkomstig art. 2:227 lid 7 BW en zij, wanneer over het ontslag van hun collega buiten vergadering zou worden besloten, voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid moeten worden gesteld om advies uit te brengen ex art. 2:238 lid 2 BW.